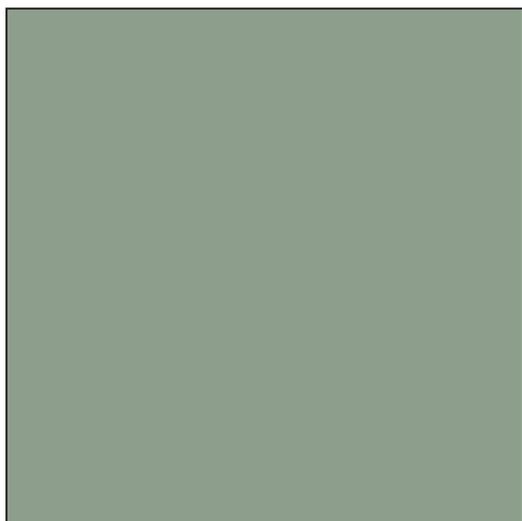


per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

105



MICHAEL STOLLEIS

STORIA
DEL DIRITTO PUBBLICO
IN GERMANIA

II

*DOTTRINA DEL DIRITTO PUBBLICO
E SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE 1800-1914*



GIUFFRÈ EDITORE

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA

fondata nel 1973 da PAOLO GROSSI
diretta da PAOLO CAPPELLINI

La sede del Centro di Studi è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9

www.centropgm.unifi.it

VOLUME CENTOCINQUESIMO

MICHAEL STOLLEIS

STORIA
DEL DIRITTO PUBBLICO
IN GERMANIA

II

*Dottrina del diritto pubblico
e scienza dell'amministrazione 1800-1914*

traduzione di CRISTINA RICCA e STEFANO PIETROPAOLI



GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-18205-1

Titolo originale dell'opera:
Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*
Bd.II *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*

- © Copyright by Verlag C.H.Beck, München, 1992
- © Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2014

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

PAGINA INTRODUTTIVA

Cinque anni dopo la pubblicazione, in questa collana (vol. 79), del primo volume della Geschichte di Michael Stolleis e venti anni dopo la recensione, sui Quaderni fiorentini (vol. 22, 1993), dell'edizione tedesca del secondo volume, si è finalmente in grado di offrire al pubblico italiano la traduzione di questo secondo tomo dell'opera.

Nel frattempo, grazie all'alacrità dell'A., l'originaria trilogia ha varcato le colonne d'Ercole del 1945, ampliando la ricostruzione al secondo dopoguerra e alla Repubblica federale, sino alla riunificazione del 1990, completando così un affresco di lunghissima durata che non ha eguali nella storiografia giuridica europea.

Il lettore interessato al quarto volume potrà leggerne una prima recensione sui Quaderni (vol. 42, 2013). Ma intanto può tuffarsi in questo secondo volume che, solcando per intero l'Ottocento tedesco e l'accidentata costruzione delle impalcature del Rechtsstaat e della monarchia costituzionale, sino alla vigilia della prima guerra mondiale, offre una ricostruzione, ad un tempo prospettica e millimetrica, di un momento epocale di fondazione delle moderne scienze dello Stato.

Non posso nascondere una grande soddisfazione per il traguardo raggiunto, nella convinzione che questo rinnovato incontro con la giuspubblicistica tedesca, seguita qui nei ritratti dei suoi protagonisti, nelle sue complesse articolazioni territoriali, nelle progressive frammentazioni disciplinari, nelle grandi controversie metodologiche, ma pure negli istituti giuridici cardine sia del diritto costituzionale sia del diritto amministrativo, svelerà una nuova complessità anche per il giurista italiano, avvezzo, almeno dalle ultime decadi dell'Ottocento, ad una assidua frequentazione dei giuristi tedeschi, al punto da sentire come componente ineliminabile della propria formazione un profondo germanismo amministrativo e costituzionale, anche se non sempre criticamente riflettuto e storicamente situato.

L'incontro diretto con il coro polifonico ed intensamente plurale delle fonti tedesche, opportunamente guidato con rara sensibilità storiografica dall'A., potrà essere uno stimolo ed un ausilio imprescindibile per ripercorrere, con nuova consapevolezza, anche i percorsi della scienza giuridica italiana e, soprattutto, i principali paradigmi fondativi del diritto pubblico europeo.

Ai traduttori, Cristina Ricca, cui si deve la prima versione della traduzione, e a Stefano Pietropaoli che ne ha operato una puntuale revisione giuridico-concettuale, va un sentito ringraziamento per aver reso finalmente disponibile, con grande impegno e non poca fatica, la versione italiana di questo formidabile strumento di lavoro.

BERNARDO SORDI

PREMESSA

La traduzione italiana di questo secondo volume esce venti anni dopo la pubblicazione dell'edizione tedesca. Ringrazio di cuore la traduttrice, Dr.ssa Cristina Ricca (Karlsruhe), per aver portato a termine con così grande pazienza la traduzione di questa vasta opera nel tempo lasciatole libero dagli impegni accademici. Ringrazio anche il Dr. Stefano Pietropaoli (Salerno), che ha accuratamente revisionato il manoscritto preparandolo per la pubblicazione dell'edizione italiana. Quest'opera non si sarebbe potuta realizzare senza il sostegno dell'amico Prof. Bernardo Sordi (Firenze), che ne ha patrocinato la pubblicazione presso l'editore Giuffrè.

L'edizione italiana varia dal punto di vista contenutistico solo in minima misura rispetto a quella tedesca. Sono stati corretti alcuni errori e in molti punti sono state aggiunte indicazioni bibliografiche più recenti. Non era a mio parere necessaria una completa revisione del testo. Voglio però qui almeno ricordare, in aggiunta alle opere già citate nel testo, l'importante lavoro del politologo e storico della scienza del diritto di Gottinga Manfred Friedrich (1933-2005), *Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, pubblicato a Berlino nel 1997, che nella terza e nella quarta parte tratta della storia del diritto pubblico tedesco dell'Ottocento.

Francoforte sul Meno, 6 dicembre 2012

MICHAEL STOLLEIS

DALLA PREMESSA ALL'EDIZIONE TEDESCA DEL 1992

Le reazioni all'uscita del primo volume (1988) mi hanno incoraggiato a riprendere il percorso intrapreso, trattando delle vicende teoriche e storiche del diritto pubblico tedesco nell'Ottocento. I confini temporali della trattazione erano in un certo senso già

stabiliti dalle due fondamentali cesure della storia costituzionale del 1806 e del 1914, mentre proprio a metà del secolo possiamo rilevare quel tentativo, infelice ma ricco di conseguenze, di creare una costituzione liberale per una nazione unificata sulla base di una rivoluzione incompiuta. La struttura del testo segue questa cronologia: cinque capitoli sono dedicati al periodo precedente il 1848, e quattro alla fase successiva. La suddivisione della materia in questi capitoli rappresenta un compromesso. Il pur auspicabile tentativo di condurre un'analisi che seguisse fedelmente lo sviluppo cronologico dei singoli processi si è rivelato irrealizzabile. Gli avvenimenti che si sono verificati contemporaneamente possono infatti essere raccontati soltanto uno dopo l'altro, e inoltre le correlazioni tematiche esigono una certa sintesi, uno sguardo che possa spaziare tanto indietro nel tempo quanto verso il futuro. L'unica soluzione è parsa una suddivisione in « campi », che a sua volta potesse essere condotta e soppesata secondo una successione temporale. In questa prospettiva, la dottrina generale dello Stato viene affrontata relativamente presto e in modo assai ampio nel *Vormärz*, mentre nel periodo dell'Impero è trattata verso la fine. Non esistono soluzioni definitive: è pertanto sufficiente individuare, senza eccessive difficoltà, le diverse materie, e ordinarle temporalmente. Ciò rende inevitabile che alcuni autori debbano essere trattati a più riprese.

Altre difficoltà nascevano dal confronto con un materiale così ricco e politicamente sensibile. L'Ottocento non è soltanto il secolo delle rivoluzioni e della repressione politica, del *Biedermeier* e dell'anarchia, della questione sociale e del movimento dei lavoratori, dell'imborghesimento della nobiltà e della feodalizzazione della borghesia, della rivoluzione industriale e della scienza. È anche il secolo del liberalismo, del movimento costituzionale e del nazionalismo. Il mondo dell'*ancien régime* era sicuramente superato, ma sopravviveva a molti livelli. Non si portavano più parrucca e codino, certo, ma il pensiero dell'assolutismo sicuramente non era scomparso. Sotto lo shock della rivoluzione francese e dei successivi moti rivoluzionari vennero persino rimossi ed eliminati gli elementi liberali emersi nel corso del Settecento. Rispettivamente dopo il 1819, il 1830 e il 1848 si registrarono ondate di « neoassolutismo ». La società era sconvolta sul piano politico, e onnipresenti erano le tensioni con i governi che tentarono di mantenere le redini del

potere, sotto la guida di Metternich fino al 1848, e successivamente per un altro decennio (1850-60).

L'alto grado di emotività e di politicità che caratterizza la riflessione teorica sullo Stato e sulla società accompagna inesorabilmente una trattazione dedicata alla storia della scienza del diritto pubblico. Soprattutto nella prima metà dell'Ottocento ogni posizione presa sul piano del diritto pubblico si ritrovava in uno spazio sottoposto a un'alta pressione politica. Nessun autore poteva sottrarsi, indipendentemente dallo Stato della Confederazione germanica in cui scriveva. Nella seconda metà del secolo il clima si tranquillizzò, la depressione politica successiva al 1848 lasciò il posto a un ottimismo progressista di natura economica e scientifica e all'euforia nazionalista suscitata dalla fondazione dell'Impero. In ognuna di queste fasi la dottrina generale dello Stato, la dottrina del diritto pubblico e quella del diritto amministrativo erano in dialogo con i processi evolutivi politici e sociali. Fu scritto molto e molto fu pubblicato. La mole della sola letteratura politica e giuspubblicistica tedesca è impressionante ⁽¹⁾. Per altro verso si andava sviluppando una differenziazione delle diverse materie. Rispetto al passato i confini disciplinari erano infranti più raramente, i settori specialistici del diritto pubblico diventarono più comprensibili, e non mancarono

⁽¹⁾ Tra i più importanti strumenti bibliografici ricordiamo: G.H. v. BERG, *Neue deutsche Staatslitteratur*, in 12 parti, Göttingen 1795; G. STRELIN, *Versuch einer Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Erlangen 1827; K.H.L. PÖLITZ, *Kritische Übersicht der neuesten Literatur der Staatswissenschaften*, I, II, Leipzig 1835; J.J. ROSSBACH, *Die Grundrichtungen in der Geschichte der Staatswissenschaft*, Erlangen 1848; R. v. MOHL, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 3 voll., Erlangen 1855-1858 (ristampa Graz 1960). Indici bibliografici si trovano in: J.S. ERSCH, *Literatur der Jurisprudenz und Politik, mit Einschluß der Cameralwissenschaften, seit der Mitte des 18. Jahrhunderts bis auf die neueste Zeit*, nuova edizione di J.CH. KOPPE, Leipzig 1823; H. SCHLETTER, *Handbuch der juristischen Literatur in systematisch-chronologischer Ordnung seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts bis 1840*, Leipzig 1840, 2^a ed. Leipzig 1851; O.R. Walther, *Handbuch der juristischen Literatur des 19. Jahrhunderts*, Weimar 1854. Ancora oggi insostituibile è R. v. STINTZING-E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, ai nostri fini in particolare nella parte scritta da Landsberg (III-2), München-Berlin 1910 (ristampa 1957), insieme a E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, voll. I-IV, ed alla raccolta di documenti a questi allegata.

no neppure riflessioni interne alla materia e trattazioni generali della storia della disciplina (Mohl, Bluntschli, Stintzing-Landsberg).

Per quanto riguarda le mie convinzioni metodologiche, rinvio all'introduzione al primo volume. Anche nel presente volume è mia intenzione combinare la storia della scienza del diritto pubblico con la storia costituzionale e dello sviluppo politico e sociale, almeno nella misura sufficiente a rendere chiaro in quale misura il discorso scientifico fosse generalmente influenzato da tali elementi nei campi della dottrina generale dello Stato, nel diritto amministrativo e nel diritto costituzionale, e in che modo ciò li condizionasse. L'oggetto della storia della scienza, in altre parole « la preventiva definizione di metodo e oggetto della ricerca, la autonomia della posizione nel canone delle discipline della ricerca, la comunicazione critica dei risultati tra gli esperti della materia » (2), non è una storia delle idee nel senso metodologicamente screditato del termine, per il quale si ricerca nel materiale storico l'essere in qualche modo autonomo e l'operare di certe idee, la loro ascesa e decadenza. Non si tratta neppure soltanto di una storia dei « riflessi » spirituali dipendenti dalla storia politica, sociale o economica. Si tratta, piuttosto, di prendere sul serio la scienza giuridica del passato, vista prima di tutto come documento testuale che esprime la visione problematica del proprio tempo, e di comprenderla nel contesto della sua situazione storica. Questi testi rappresentano la via d'accesso alla costituzione interna della scienza dello Stato dell'Ottocento, e portano allo stesso tempo, per quanto possa apparire paradossale, alle « cose stesse ». La storia non è certo un *factum brutum*, non è accompagnata dalla pretesa di una oggettività depurata da ogni soggettivismo, ma in quanto e per quanto le cose vengono costituite a livello

(2) H. MOHNHAUPT, in E.V. HEYEN (a cura di), *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, I (1989), 76; W. DIEDERICH (a cura di), *Theorien der Wissenschaftsgeschichte*, 1974; T.S. KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1973 (trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, 1969); C. BURRICHTER (a cura di), *Grundlegung der historischen Wissenschaftsforschung*, 1979; E. STRÖKER, *Wissenschaftsgeschichte als Herausforderung*, 1976; M. FICHANT-PECHEUX (a cura di), *Überlegungen zur Wissenschaftsgeschichte*, 1977; W. LEPENIES, *Wissenschaftsgeschichte und Disziplingeschichte*, in « Geschichte und Gesellschaft », 4 (1978), 437-451; C. CANGUILHEM, *Wissenschaftsgeschichte und Epistemologie. Gesammelte Aufsätze*, a cura di W. LEPENIES, 1979; K. BAYERTZ (a cura di), *Wissenschaftliche Revolutionen*, Köln 1980.

linguistico, l'analisi della lingua del passato può aiutare a chiarire come l'interpretazione razionale ed emotiva e l'esperienza del mondo di una certa epoca venissero colte a livello linguistico e diventassero così « realtà » (3). Le lotte costituzionali dell'Ottocento erano sicuramente lotte per il potere reale, ma il loro mezzo era — al di là della forza fisica — il linguaggio. Fu il linguaggio a guidare i monarchi e i ministri tanto quanto i rivoluzionari sulle barricate, i borghesi che leggevano i giornali, i professori che facevano politica, i deputati e i loro elettori. In questo la storia della scienza, che potrebbe sembrare soltanto l'esoterica decifrazione di testi ingialliti, rende accessibile un settore del reale comportamento umano del passato. Oltre a questo, ci può essere la « possibilità di recuperare approcci e questioni dimenticate, messe da parte, ignorate, di recuperare prospettive di ricerca ormai sepolte » (4). Non era però questa la motivazione principale dell'opera. Determinanti sono stati piuttosto la curiosità dello storico di comprendere meglio il contesto della riflessione sullo Stato nell'Ottocento, e la speranza di contribuire a una ridefinizione del presente in maniera indiretta, storicamente mediata.

Dal momento che il testo ha superato le dimensioni originariamente previste, desidero ancora accennare ai limiti che l'hanno in un certo senso « contenuto ». Al centro della trattazione dovevano trovarsi il diritto costituzionale, il diritto amministrativo e la dottrina generale dello Stato. Sono passati dunque in secondo piano altri campi, pur rilevanti, che secondo una più antica terminologia e in un'accezione più ampia di *ius publicum* sarebbero dovuti essere considerati settori del diritto pubblico. Questi erano il diritto feudale, un ramo della scienza ormai in via di estinzione (5); il diritto privato dei principi, che è esistito fino al 1918 e che attraeva gli

(3) J.R. DAVITZ, *The Language of Emotion*, New York 1969; L. FEBVRE, *Sensibilität und Geschichte. Zugänge zum Gefühlsleben früherer Epochen* (1941), in CL. HONEGGER (a cura di), *Schrift und Materie der Geschichte*, 1977, 313-334; R. DE SOUSA, *The Rationality of Emotion*, Cambridge 1987.

(4) O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft“*, in N. HAMMERSTEIN (a cura di), *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, 1988, 195.

(5) L'ultima sua trattazione importante, un « manuale di diritto feudale » (Göttingen 1808, 2ª ed. 1832) è di Wilhelm Paetz (1781-1807). Cfr. LANDSBERG, III-2, 178-180.

studiosi di diritto pubblico, soprattutto in qualità di consulenti ⁽⁶⁾; tutto il diritto processuale; il diritto penale; il diritto internazionale. Quest'ultimo già nel Settecento aveva visto la comparsa di panoramiche dottrinali per opera di D.H.L. von Ompteda e di C.A. von Kamptz ⁽⁷⁾, il *System des Völkerrechts* di J.L. Klüber con le sue ricche indicazioni biografiche, e a partire da questi una continua tradizione autonoma di manuali ⁽⁸⁾ che consente in questa sede di non trattare specificamente il diritto internazionale, per lo più trattato da penalisti.

Un ulteriore importante campo del diritto pubblico che viene qui tralasciato è rappresentato dal diritto ecclesiastico di entrambe le grandi confessioni. Ancora meno del precedente esso può essere considerato come « diritto pubblico » nell'Ottocento, anche se le chiese in generale e le loro articolazioni godevano del titolo di « corporazioni di diritto pubblico ».

« Il diritto pubblico » dell'Ottocento è un diritto statale oppure riconosciuto come vigente dalla volontà statale. In questo senso, tuttavia, il diritto ecclesiastico è ancora oggi un diritto pubblico genuino, che proprio a proposito dell'Ottocento offre prospettive di estremo interesse, a partire dalle numerose controversie sui concordati ai « tumulti di Colonia » (*Kölner Wirren*), dai dibattiti sul tema tenutisi nella *Paulskirche* fino al *Kulturkampf* ⁽⁹⁾. Che tutto questo sia assente dalla presente trattazione è una grave mancanza, che può essere scusata soltanto con un richiamo alla esigenza pragmatica di contenere le dimensioni del testo.

Infine, una trattazione dedicata al « diritto pubblico » pretenderebbe davvero troppo se volesse abbracciare anche materie che rientrano fra le scienze dello Stato quali la politica, la statistica, l'economia nazionale, la scienza delle finanze e la scienza di polizia,

⁽⁶⁾ Tra questi i principali sono Heinrich Zöpfl, Hermann Schulze e Hermann Rehm, dei quali si parlerà più avanti in altri contesti. Vedi sul punto DOROTHEE GOTTWALD, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert. Eine wissenschaftsgeschichtliche Studie*, Frankfurt 2009.

⁽⁷⁾ Cfr. cap. 1, nt. 1.

⁽⁸⁾ W. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden 1984 (trad. inglese *The Epochs of International Law*, Berlin-New York 2000).

⁽⁹⁾ E.R. HUBER-W. HUBER (a cura di), *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert. Dokumente zur Geschichte des deutschen Staatskirchenrechts*, 4 voll., 1976-1990.

con le relative numerose discipline di taglio tecnico, medico, politico-sociale o storico-letterario. Tutti questi campi erano sicuramente riferiti allo Stato, e quindi non si può trattare il diritto pubblico senza considerarne i contenuti. Ma il cosmo unitario delle « scienze dello Stato », tenuto insieme dall'idea di Stato dell'assolutismo, si dissolse nel corso dell'Ottocento. Le diverse materie si separarono e guadagnarono una propria storia ⁽¹⁰⁾. Tuttavia, per quanto riguarda questo punto, l'emersione del diritto amministrativo dalla scienza di polizia e la sua trasformazione in scienza dell'amministrazione richiedono che gli steccati disciplinari vengano superati.

Francoforte sul Meno, 20 luglio 1992

⁽¹⁰⁾ H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 4^a ed., München 2009, 222 ss.; V. HENTSCHEL, *Die Staatswissenschaften an den deutschen Universitäten im 18. und frühen 19. Jahrhundert*, in « Berichte zur Wissenschaftsgeschichte », I (1978), 181-200.

ABBREVIAZIONI

ADB	<i>Allgemeine Deutsche Biographie</i>
ALR	<i>Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten</i>
Bluntschli	J.C. Bluntschli, <i>Geschichte des Allgemeinen Staatsrechts und der Politik</i> , 1864
Böckenförde	E.W. Böckenförde, <i>Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus</i> , 1958
Boldt	H. Boldt, <i>Deutsche Staatslehre im Vormärz</i> , 1975
Brandt	H. Brandt, <i>Landständische Repräsentation im Vormärz</i> , 1968
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Coing	H. Coing (a cura di), <i>Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte</i> , 1973 ss.
Dennewitz	B. Dennewitz, <i>Systeme des Verwaltungsrechts</i> , 1948
DBA	Deutsche Bundes-Akte
Drüll	D. Drüll, <i>Heidelberger Gelehrtenlexikon 1803-1932</i> , 1986
DVG, I-VI	<i>Deutsche Verwaltungsgeschichte</i> , a cura di K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G.Chr. v. Unruh, 1983-1988
FS	Festschrift
Geschichte	M. Stolleis, <i>Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland</i> , vol. I, 1988 (trad. it. <i>Storia del diritto pubblico in Germania</i> , I. <i>Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1660-1800</i>)

- Grünhuts Zeitschrift *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, a cura di C.S. Grünhut, 1874 ss.
- GV *Gesamtverzeichnis des deutschsprachigen Schrifttums 1800-1910*
- HciBStaatsWiss *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*
- HRG, I-V *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, a cura di A. Erler-E. Kaufmann, 1971 ss.
- Huber, I-VIII E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. I (ristampa della 2^a edizione 1990), vol. II (3^a edizione 1988), vol. III (3^a edizione 1988), vol. IV (2^a edizione 1982), vol. V (1978), vol. 6 (1981), vol. 7 (1985), vol. 8 (1991).
- Huber, Dokumente 1-4 E.R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*, voll. 1-4 (3^a edizione 1978, 1986, 1990, 1991)
- Hist. Jahrb. *Historisches Jahrbuch*
- HZ *Historische Zeitschrift*
- JöR *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*
- JuS *Juristische Schulung*
- Kleinheyser-Schröder G. Kleinheyser-J. Schröder, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5^a edizione 2008
- Klüber J. L. Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1817, 4^a edizione 1840 (ristampa 1970)
- Landsberg Stintzing-Landsberg
- MIÖG *Mitteilungen des Österreichischen Instituts für Geschichtswissenschaft*
- Mohl R. Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, 3 voll., Erlangen 1855-1858
- Mohl Lebenserinnerungen R. v. Mohl, *Lebenserinnerungen*, 2 voll., 1902
- NDB *Neue Deutsche Biographie*

Nipperdey	Th. Nipperdey, <i>Deutsche Geschichte 1800-1866</i> , 4 ^a edizione, 1987
PrGS	<i>Preußische Gesetzessammlung</i>
PrOVG	<i>Preußisches Oberverwaltungsgericht</i>
Pütter, Pütter-Klüber	J.S. Pütter, <i>Litteratur des Teutschen Staatsrechts</i> , parti 1-4, 1776-1791
RJ	D. Simon (a cura di), <i>Rechtshistorisches Journal</i> , voll. 1-20, 1982-2001.
Staatsdenker	M. Stolleis (a cura di), <i>Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert</i> , 3 ^a edizione 1995
Stintzing-Landsberg	R. v. Stintzing - E. Landsberg, <i>Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft</i> , parte III-2 (Landsberg), 1910
VjH	<i>Vierteljahreshefte</i>
VSWG	<i>Vierteljahresschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte</i>
VVDStRL	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>
Wieacker	F. Wieacker, <i>Privatrechtsgeschichte der Neuzeit</i> , 2 ^a edizione 1967
WSA	Atto finale della Conferenza di Vienna (<i>Wiener Schluß-Akte</i>)
ZBLG	<i>Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte</i>
ZGORh	<i>Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins</i>
ZgStW	<i>Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften</i>
ZHF	<i>Zeitschrift für Historische Forschung</i>
ZNR	<i>Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte</i>
ZRG GA	<i>Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung</i>

CAPITOLO I
IL DIRITTO PUBBLICO TEDESCO INTORNO AL 1800

I. Dall'assolutismo illuminato all'età costituzionale. — 1. Cesure nella storia della scienza del diritto pubblico. — 2. La svolta epocale. — 3. Condizioni storico-sociali. — II. La pubblicistica imperiale nella fase conclusiva dell'Impero. — 1. La tradizione e la rottura del 1806. — 2. Giusnaturalismo e primo costituzionalismo. — 3. Diritto pubblico e diritto privato. — 4. Gli ultimi pubblicisti imperiali. — III. Il tramonto dell'Impero e la sconfitta della Prussia. — IV. La Confederazione del Reno e la sua letteratura. — 1. La situazione politica e letteraria. — 2. La nuova sovranità. — 3. La Confederazione del Reno come Stato federale. — 4. Conclusioni.

I. *Dall'assolutismo illuminato all'età costituzionale.*

1. *Cesure nella storia della scienza del diritto pubblico.*

La storia della riflessione teorica, dell'insegnamento e degli scritti sul « diritto pubblico » è connessa in modo imprescindibile con le condizioni sociali e con le specifiche « costituzioni » della collettività nella quale tali processi spirituali si sono svolti. L'analisi storica di un pensiero è affermazione sulla realtà di una mentalità del passato. La sua profondità è legata alla considerazione della realtà in cui quello specifico pensiero è maturato. Per esaminare la storia della scienza del diritto pubblico dal primo Ottocento fino allo scoppio della prima guerra mondiale è dunque necessario individuare prima di tutto le condizioni politiche e sociali nelle quali si trovavano il diritto pubblico e i suoi interpreti alla fine del Settecento.

Gli anni epocali della storia costituzionale tedesca, il 1803 e il 1806, dai quali parte questa trattazione ⁽¹⁾, pur rappresentando

⁽¹⁾ Sull'epoca precedente e sullo stato della ricerca cfr. *Geschichte*, 50-53 (trad. it. 12-16). Oltre alle opere di Pütter e Klüber che vi sono ricordate, si vedano: J.TH. ROTH,

profonde cesure per la costituzione dell'Impero, devono anche essere contemporaneamente visti come il punto conclusivo di un processo già in atto da tempo. Per quanto riguarda la storia economica e sociale, questi anni non assumono un significato particolare. È evidente che il liberalismo economico si affermò lentamente nei confronti del tardo mercantilismo e della fisiocrazia (2). Si possono anche osservare capovolgimenti a favore della borghesia, l'emancipazione dei ceti contadini (3) e della minoranza ebraica (4) e un certo « borghesismo » della nobiltà (5). Ma questi sono processi a lungo termine che possono essere associati solo simbolicamente a date precise. Questa lenta continuità vale anche per la storia del diritto privato, del diritto feudale e del diritto penale. I singoli territori dell'Impero mantennero il « proprio » diritto, sovrastato dal « diritto generale » (6), anche se alcuni si volsero in modo più attivo verso legislazioni riformatrici mentre altri furono coinvolti involontariamente nei cambiamenti a cui aveva dato origine la Francia rivoluzionaria. Nei campi del diritto sopra

Beiträge zum teutschen Statsrecht und zur Literatur desselben, Nürnberg 1791; D.H.L. FRHR. V. OMPTEDA, *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*, in due tomi, Regensburg 1785, riveduta e continuata da K.A.H.CH. V. KAMPTZ, *Neue Literatur des Völkerrechts seit dem Jahre 1784*, Berlin 1817.

(2) H. WINKEL, *Die deutsche Nationalökonomie im 19. Jahrhundert*, 1977, 7-20.

(3) G. FRANZ (a cura di), *Bauernschaft und Bauernstand 1500-1970*, 1975; Id., *Geschichte des deutschen Bauernstandes vom frühen Mittelalter bis zum 19. Jahrhundert*, 1976; F.W. HENNING, *Landwirtschaft und ländliche Gesellschaft in Deutschland*, vol. II, 1750-1976, 1978; CH. DIPPER, *Die Bauernbefreiung in Deutschland 1790-1850*, 1980.

(4) J. TOURY, *Der Eintritt der Juden ins deutsche Bürgertum*, Tel Aviv 1972; M. RICHARZ, *Der Eintritt der Juden in die akademischen Berufe. Jüdische Studenten und Akademiker in Deutschland 1678-1848*, 1974; R. RÜRUP, *Emanzipation und Antisemitismus. Studien zur „Judenfrage“ der bürgerlichen Gesellschaft*, 1974; H. LIEBESCHÜTZ, A. PAUCKER (a cura di), *Das Judentum in der deutschen Umwelt 1800-1850. Studien zur Frühgeschichte der Emanzipation*, 1977.

(5) H. GOLLWITZER, *Die Standesherren (1815-1918)*, 1957; R. SCHIER, *Standesherren. Zur Auflösung der Adelsberrschaft in Deutschland (1815-1918)*, 1975; H. STEKL, *Österreichs Aristokratie im Vormärz*, 1973; H.U. WEHLER (a cura di), *Europäischer Adel 1750-1950*, 1990; per un inquadramento più ampio, Id., *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, vol. I, 1987.

(6) H. COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. I: *Älteres Recht (1500-1800)*, 1985; vol. II: *19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, 1989.

ricordati non dominano cesure nette ma processi di evoluzione e trasformazione su ampia scala (7).

La storia costituzionale (8) e la storia della scienza del diritto pubblico conoscono sia sviluppi improvvisi, immediatamente legati a dati storici, sia evoluzioni a lungo termine, senza i quali non si potrebbe arrivare ad avvenimenti imprevisti. In questo senso la storia moderna del diritto pubblico inizia simbolicamente a Parigi il 14 luglio 1789 e continua in Germania con gli importanti trattati di pace del periodo napoleonico, passando per il *recessus imperii* della Dieta imperiale (*Reichsdeputationshauptschluss*) del 1803, la fondazione della Confederazione del Reno, il dissolversi dell'Impero tedesco e la disfatta della Prussia del 1806, fino ad arrivare al Congresso di Vienna del 1814-15 (9). Ognuno di questi avvenimenti pose la scienza del diritto pubblico, i cui vecchi principî si erano oramai dissolti, davanti al compito di una nuova riflessione e di un nuovo inizio.

Ma allo stesso tempo la storia del diritto pubblico si mostra anche portatrice di una continuità sia nel suo legame con i processi storici a lungo termine sia dal punto di vista scientifico, portando con sé nell'Ottocento, al di là delle cesure, l'atteggiamento spirituale,

(7) Un'eccezione, rispetto alla profonda cesura del 1803, è rappresentata dal diritto canonico e dal diritto ecclesiastico. Sul punto si veda K.D. HÖMIG, *Der Reichsdeputationshauptschluss vom 25. Februar 1803 und seine Bedeutung für Staat und Kirche unter besonderer Berücksichtigung württembergischer Verhältnisse*, 1969.

(8) Recentemente sono state pubblicate numerose opere incentrate sull'Ottocento o di cui l'Ottocento è comunque parte importante. Questi lavori, e in generale i fatti esterni alla storia costituzionale, sono presupposti di qui in poi senza ulteriori citazioni. Si tratta in particolare di H. FENSKE, *Deutsche Verfassungsgeschichte (Vom Norddeutschen Bund bis heute)*, 2^a ed., 1984; H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. I, 2^a ed., 1990, e vol. II, 1990; O. KIMMINICH, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2^a ed., 1989; CH.F. MENGER, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 7^a ed., 1990; K. KRÖGER, *Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988; D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankreich bis zur Teilung Deutschlands*, 2^a ed. 1991. Tutte queste opere sono superate per ricchezza di materiali da E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 voll., 1957-1991, vol. 1 e 4 in 2^a ed. 1975, 1982, vol. 2 e 3 in 3^a ed. 1988, completati da documenti sulla storia costituzionale tedesca, 4. voll., 1961-91; e da E.R. HUBER-W. HUBER (a cura di), *Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert*, 3 voll., 1973, 1976, 1983.

(9) Un eccellente e conciso riassunto è offerto da K.O. FRHR. v. ARETIN, *Vom Deutschen Reich zum Deutschen Bund*, 1980.

gli insegnamenti accumulati nella letteratura scientifica, le convinzioni e le tradizioni di formazione, e reagendo alla nuova situazione sulla base di questo patrimonio ideale ⁽¹⁰⁾.

Il fatto che dal 1740 l'Impero fosse dominato dal dualismo austro-prussiano fa parte delle evoluzioni che ebbero effetto a lungo termine nella storia costituzionale tedesca. Gli Stati "intermedi" (*Mittelstaaten*) si orientarono verso l'uno o l'altro centro di gravitazione, « come la tartaruga a metà strada tra due corazze, quella prussiana da una parte e quella austriaca dall'altra » ⁽¹¹⁾. Le città imperiali ⁽¹²⁾, i liberi cavalieri dell'Impero (*Reichsritterschaft*) e le altre istituzioni minori soggette alla immediata soggezione al potere imperiale (*Reichsunmittelbarkeit*) ⁽¹³⁾ si mostrarono fedeli all'Impero e, per la tutela giurisdizionale, guardavano al Tribunale camerale dell'Impero (*Reichskammergericht*) di Wetzlar e al Consiglio aulico (*Reichshofrat*) di Vienna ⁽¹⁴⁾. I sudditi dei diversi territori, grandi o piccoli che fossero, mostravano interesse per le questioni a loro più prossime: i risultati o le deficienze delle amministrazioni della propria zona, le riforme agrarie e la politica commerciale, lo stato delle scuole e delle università, la giustizia e la « polizia ». La politica imperiale era invece presa in considerazione dal suddito di un principe, oppure dal cittadino di una città imperiale, soltanto nel momento in cui questioni come la guerra e la pace, la contribuzione forzata e l'occupazione militare li toccavano direttamente. Lo status di « cittadino dell'Impero » sussisteva soltanto per i ceti imperiali, non per gli individui, quindi non esisteva una coscienza di cittadi-

⁽¹⁰⁾ E. SCHMIDT-ABMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967; BÖCKENFÖRDE, 65 ss.; F.L. KNEMEYER, *Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1970.

⁽¹¹⁾ JEAN PAUL, *Friedens-Predigt an Deutschland* (1808), parte IV, in *Werke* (a cura di N. Miller), vol. V, 1963, 886.

⁽¹²⁾ K.P. SCHROEDER, *Das Alte Reich und seine Städte. Untergang und Neubeginn: Die Mediatisierung der oberdeutschen Reichsstädte im Gefolge des Reichsdeputationshauptschlusses 1802-03*, 1991; M. STOLLEIS (a cura di), *Recht, Verfassung und Verwaltung in der frühneuzeitlichen Stadt*, 1991.

⁽¹³⁾ Tra la letteratura del tempo vedi C.W.V. LANCIZOLLE, *Übersicht der deutschen Reichsstandschafts- und Territorial-Verhältnisse vor dem französischen Revolutionskriege*, Berlin 1830.

⁽¹⁴⁾ K.O. FRHR. V. ARETIN, *Das Reich. Friedensgarantie und europäisches Gleichgewicht 1648-1806*, 1986.

nanza del singolo o una sua responsabilità individuale come cittadino. La lunga agonia dell'Impero era considerata con imperturbabilità, quasi con indifferenza, cosa che non escludeva certamente la cultura di un certo « patriottismo imperiale » nella cerchia degli intellettuali più influenti ⁽¹⁵⁾. La pubblicistica imperiale, che proprio nella fase finale dell'Impero era diventata una disciplina fondamentale e rispettata nelle facoltà giuridiche ⁽¹⁶⁾, coprì con l'imponente massa della sua produzione scientifica e i suoi « sistemi » apparentemente intatti lo stato rovinoso dell'Impero quale appariva soprattutto alla fine della guerra dei Sette Anni (1763). Osservatori obiettivi potevano riconoscere senza difficoltà quanto l'erudito diritto costituzionale del Sacro Romano Impero fosse oramai lontano dalla realtà costituzionale. È comprensibile che i pubblicisti imperiali non avessero l'interesse di rilevare questa divergenza. E si può dunque spiegare perché a redigere, nel 1800, il certificato di morte dell'Impero prima che esso spirasse veramente, fu un giovane filosofo con queste parole: « La Germania non è più uno Stato. Ciò che non può più essere compreso non è più realtà. Ciò che era intero è stato smembrato, lo Stato non esiste più » ⁽¹⁷⁾.

2. La svolta epocale.

Questa diagnosi fu formulata un decennio dopo gli avvenimenti decisivi della rivoluzione francese ⁽¹⁸⁾. Tutti i contemporanei percepirono che si trattava di un cambiamento storico che avrebbe

⁽¹⁵⁾ M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Reichspatriotismus vom 16. zum 18. Jahrhundert*, in G. BIRTSCH (a cura di), *Patriotismus*, in « Aufklärung », 4-2 (1989), 7-23.

⁽¹⁶⁾ N. HAMMERSTEIN, *Jus und Historie*, 1972; Id., *Aufklärung und katholisches Reich*, 1977; *Geschichte*, 309 ss. (trad. it. 401 ss).

⁽¹⁷⁾ G.W.F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands (1800-1802)*, in Id., *Theorie-Verkaufsgabe in zwanzig Bänden*, vol. I, Frankfurt 1971, 451 ss. Cfr. H. MAIER, *Hegels Schrift über die Reichsverfassung*, in « Polit. Vierteljahresschrift », 4 (1963), 334-349.

⁽¹⁸⁾ E. SCHULIN, *Die Französische Revolution*, 1988 (con una bibliografia scelta); H. DIPPEL, *Austritt aus dem Ghetto? Deutsche Neuerscheinungen zur Französischen Revolution*, in « HZ », 252 (1991), 339-394; B. STOLLBERG-RILINGER, *200 Jahre Französische Revolution. Bilanz einer historischen Gedenkfeier auf dem deutschen Buchmarkt*, in ZHF, 17 (1990), 429-490.

comportato anche la fine dell'Impero (19). Una presa di posizione era in ogni caso inevitabile. La rivoluzione toccava i fondamenti del pensiero legittimistico e apriva in un solo colpo nuove prospettive. Il vecchio ordine collassava, i suoi detentori perdevano il potere, venivano impiccati o allontanati. Gli avvenimenti si susseguirono in Germania nell'ambito di strutture che erano assai progredite in parte dei territori, ma che erano tuttavia ancora arcaiche nell'Impero. Questo doppio livello di ricezione determinò tutte le reazioni successive. Si poteva affermare il bisogno di una rivoluzione a livello dell'Impero e negarla a livello dei singoli territori. Allo stesso tempo si poteva differenziare tra l'affermazione dei bisogni obiettivi di riforma e il deciso rifiuto del « terrore » francese (20). Procedendo in questo modo si tentava di raggiungere una difficile sintesi: il raggiungimento dei risultati positivi della rivoluzione e allo stesso tempo il mantenimento, almeno in linea di massima, dell'ordine politico fino ad allora ritenuto legittimo. In altre parole, si voleva raccogliere i frutti della modernizzazione e passare all'ordine borghese costituzionale senza dover portare tutta la dinastia ereditaria al patibolo.

La Germania è quindi stata influenzata e, per alcuni aspetti, trasformata dalla rivoluzione francese, ma non ha vissuto una rivoluzione in senso proprio. Non vi si formò la "massa critica" necessaria. Ciò avvenne per i seguenti motivi: 1. La frammentazione territoriale del potere, che significò allo stesso tempo la frammentazione delle energie rivoluzionarie; 2. La mancanza di una capitale, in cui le azioni potessero essere concentrate e le questioni pubbliche potessero essere definite su un palcoscenico centrale (21); 3. Le riforme, relativamente progressiste, con cui l'assolutismo illuminato

(19) R. KOSELLECK-R. REICHARDT (a cura di), *Die Französische Revolution als Bruch des gesellschaftlichen Bewusstseins*, 1988, con una documentazione generale; K.O. FRHR. V. ARETIN-K. HÄRTER (a cura di), *Revolution und konservatives Beharren. Das Alte Reich und die Französische Revolution*, 1990.

(20) D. HENRICH, *Französische Revolution und klassische deutsche Philosophie*, in ID., *Eine Republik Deutschland. Reflexionen auf dem Weg aus der deutschen Teilung*, 1990.

(21) Così l'autore anonimo dello scritto *Ist bey der Deutschen Staatsverfassung eine allgemeine Volksempörung möglich? In Beziehung auf Frankreich*, senza indicazione del luogo di pubblicazione, 1794. Si veda a questo proposito anche L. GALL, *Frankfurt als*

aveva evitato che si accumulasse una materia esplosiva come quella che si era invece creata in Francia, 4. La struttura sociale quasi completamente agraria e fissata negli ordinamenti dei ceti dell'*ancien régime*, e quindi ancora relativamente pacifica; 5. Il rispetto dell'autorità e della « polizia »⁽²²⁾, radicato attraverso l'insegnamento della Chiesa e la pedagogia laica, il senso borghese per la tranquillità e l'ordine, la disponibilità ad inserirsi « ognuno nel suo ceto », che lo si chiami « carattere nazionale » o meno.

Nonostante questi fattori « antagonisti della rivoluzione », la Germania tra il 1770 e il 1820 era assai aperta agli influssi spirituali dell'Europa, e nel contempo irradiava la propria cultura verso l'esterno. Visse un'epoca del « genio » che stupiva già i contemporanei soprattutto nei campi della letteratura, della musica, delle scienze e in particolare della filosofia. Vibrante culturalmente e intellettualmente; frammentata politicamente e quasi incapace di reagire; un paese grande e benestante nel cuore dell'Europa ma senza accesso al commercio mondiale e senza colonie, sovrastato da un ordinamento costituzionale antiquato e giuridificato fino all'impossibile: così si presentava la Germania nell'opinione pubblica della fine del Settecento.

La rivoluzione francese agì su questa struttura in maniere diverse⁽²³⁾. Ciò che fino ad allora era ancora rimasto "potenziale" nella « società borghese », che stava lentamente uscendo dall'*ancien*

deutsche Hauptstadt?, in D. SIMON (a cura di), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, 1-18.

(22) W. SOMMER, *Gottesfurcht und Fürstenherrschaft. Studien zum Objektivitätsverständnis J. Arndts und lutherischer Hofprediger zur Zeit der altprotestantischen Orthodoxie*, 1988; M. STOLLEIS, *Thron und Altar*, in « HRG », V (1992).

(23) R. VIERHAUS, „*Sie und nicht wir*“ — *Deutsch Urteile über den Ausbruch der Französischen Revolution*, in Id., *Deutschland im 18. Jahrhundert*, 1987, 202-215. Vedi anche H. REINALTER, *Der Jakobinismus in Mitteleuropa*, 1981; T.C.W. BLANNING, *The French Revolution in Germany. Occupation and Resistance in the Rhineland 1792-1802*, Oxford 1983; J. VOSS (a cura di), *Deutschland und die Französische Revolution*, 1983; H. BERDING (a cura di), *Soziale Unruhen in Deutschland während der Französischen Revolution*, 1988; A. HERZIG, I. STEPHAN, H.G. WINTER (a cura di), „*Sie und nicht wir*“. *Die Französische Revolution und ihre Wirkung auf Norddeutschland und das Reich: Politik und Recht, Literatur und Musik*, 2 voll., 1989; H.-O. MÜHLEISEN (a cura di), *Die Französische Revolution und der deutsche Südwesten*, 1989.

régime, sembrò divenire “reale” (24). Il superamento dei confini territoriali, corporativi e religiosi in direzione della libertà e dell’uguaglianza, la razionalità delle riforme in ogni settore, la guida di governi rispettosi del diritto e dei costumi, l’« Europa cristiana », l’immagine dell’individuo come membro dell’umanità, l’abolizione dello Stato, erano tutti elementi che si affiancavano e confondevano con una profonda paura della rivoluzione e del Terrore, con la difesa della legittimità dinastica, dei diritti quesiti e delle differenze acquisite per nascita, patrimonio e formazione. Non era mai successo che si scrivesse e stampasse tanto e tanto in fretta (25). Dal momento che in Germania non vi era stata una rivoluzione e che i « giacobini tedeschi » erano stati rapidamente emarginati e perseguitati (26), i tedeschi poterono sfruttare la spinta rivoluzionaria nel senso della rielaborazione e della trasformazione delle strutture statali sulla base dei nuovi rapporti che si erano venuti a creare. Naturalmente vi furono reazioni diverse, secondo che si trattasse di situazioni che riguardavano la Prussia oppure l’Austria, gli Stati piccoli o quelli intermedi, i rapporti ecclesiastici o laici, le monarchie, i liberi cavalieri dell’Impero o le città imperiali. Contadini, commercianti, artigiani, funzionari dello Stato, professori, chierici e militari aveva-

(24) G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte* (trad. it. *Lezioni sulla filosofia della storia*, Firenze 1978): « Dacché il sole è nel firmamento e i pianeti gli ruotano intorno, non si era visto che l’uomo poggia sulla testa, cioè sul pensiero, e, in base ad esso, edifica la realtà » (*Theorie-Werkausgabe*, Frankfurt 1970, vol. 12, 529). Sulle premesse cfr. R. VIERHAUS, *Politisches Bewusstsein in Deutschland vor 1789*, in Id., *Deutschland* (cfr. nt. 23), 183-201.

(25) Tra gli altri si veda R. BRINKMANN (a cura di), *Deutsche Literatur und Französische Revolution*, 1974 (in particolare i contributi di R. BRINKMANN sul primo romanticismo, di G.-L. FINK su Wieland, di W. MÜLLER-SEIDEL sul classicismo tedesco, di L. RYAN su Hölderlin e di K. WÖLFEL su Jean Paul); C. TRÄGER (a cura di), *Die Französische Revolution im Spiegel der deutschen Literatur*, 1975; TH. STAMMEN-F. EBERLE (a cura di), *Deutschland und die Französische Revolution 1789-1806*, 1988. Vedi anche il catalogo *Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit. 200 Jahre Französische Revolution* del German Nationalmuseum Nürnberg, 1989.

(26) H. REINALTER (a cura di), *Jakobiner in Mitteleuropa*, Innsbruck, 1977; del medesimo autore (cfr. nt. 23) si veda anche la bibliografia dettagliata suddivisa per regioni sulla Germania in generale, Magonza, il Sud e il Nord della Germania, i paesi del Reno e la monarchia degli Asburgo. Si veda anche F. DUMONT, *Die Mainzer Republik von 1792-93. Studien zur Revolutionierung in Rheinbessen und der Pfalz*, 1982; W. GRAB, *Ein Volk muß seine Freiheit selbst erobern. Zur Geschichte der deutschen Jakobiner*, 1984.

no ognuno una propria opinione sui cambiamenti. Ma soltanto la classe più colta e socialmente elevata riuscì a esprimersi a livello di letteratura.

In tale espressione letteraria la rivoluzione fu quasi sempre salutata, almeno inizialmente, come un evento di enorme portata per l'umanità. Il suo ricordo era ancora vivo per gli intellettuali. « Era il grandioso levarsi di un nuovo sole », scrisse Hegel nei suoi corsi sulla storia della filosofia degli anni trenta: « Tutti gli esseri pensanti hanno festeggiato quell'epoca. Una soave commozione regnava in quel tempo, un entusiasmo dello spirito ha mosso il mondo come se si fosse solo allora arrivati alla conciliazione tra la divinità e il mondo » (27).

Da una parte, la Costituzione repubblicana del 1792, la dichiarazione di guerra della Francia rivoluzionaria dello stesso anno, l'esecuzione di Luigi XVI e la svolta verso il Terrore del 1793 e « La Grande Terreur » del 1794, insieme alla crescente minaccia della guerra, aumentarono la paura degli « orrori » e della distruzione dei rapporti consolidati e considerati legittimi. Dall'altra, la speranza di soluzioni costituzionali moderate e di un pacifico progresso senza spargimenti di sangue si rafforzò, tanto nell'ambito di una nuova costituzione dell'Impero quanto nella concezione contemporanea dell'assolutismo illuminato.

Accanto a ciò perdurava l'entusiasmo umanitario, e a volte anche antistatuale, sia di chi ancora guardava con fiducia all'Illuminismo, sia dei preromantici e degli esponenti della prima filosofia idealistica: « Innanzitutto, l'idea di umanità: io voglio mostrare » scrisse il giovane Hegel (o, secondo alcuni, Schelling) (28), « che non si dà alcuna idea di Stato, perché lo Stato è qualcosa di meccanico, e non si dà alcuna idea di una macchina. Soltanto ciò che è oggetto della libertà si può chiamare idea. Dobbiamo dunque andare oltre lo

(27) G.W.F. HEGEL (nt. 24), p. 529.

(28) A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling. Quellenstudien zu seiner Rechts- und Staatsphilosophie*, 1957, 85 ss. La tesi proposta da Franz Rosenzweig nel 1917, secondo la quale Hegel avrebbe copiato un testo di Schelling in cui sono riconoscibili influssi estetici di Hölderlin, è ormai stata accantonata a favore della attribuzione del testo a Hegel: O. PÖGGELER, *Hegel, der Verfasser des ältesten Systemprogramms des deutschen Idealismus*, in « Hegel Studien », supplemento nr. 4 (*Hegel-Tage Urbino* 1965), 1969, 17-32.

Stato. Perché ogni Stato deve trattare gli uomini liberi come le ruote di un ingranaggio, ma ciò è proprio quello che non dovrebbe fare; dunque lo Stato deve cessare di esistere. Vedete voi stessi che qui tutte le idee come quella della pace eterna e così via, sono solo idee dipendenti da un'idea più alta. Allo stesso tempo voglio scrivere qui i principî di una storia dell'umanità e mettere a nudo la misera opera umana dello Stato, della costituzione, del governo, della legislazione ». Da una parte, questa affermazione evoca l'umanità e la libertà, e soprattutto la speranza escatologica dell'abolizione dello Stato⁽²⁹⁾. Dall'altra, la critica dello Stato meccanicistico che distrugge la libertà⁽³⁰⁾ è un'espressione dello spirito anti-illuministico che, servendosi di metafore organologiche, presto si rivelò sul piano politico sempre più favorevole alla Restaurazione.

Al grido di « Dobbiamo avere una nuova mitologia » si rimpiangeva l'unità distrutta dal razionalismo e, allo stesso momento, si creavano le premesse per un nuovo oscurantismo. Il « programma sistematico » dell'idealismo era ancora aperto, antistatale e, potremmo dire, ebbro di libertà e tendente a un anarchismo ideale, e non era ancora conservatore nel senso in cui fu concepito dopo il 1815. Al contrario: la ricerca del superamento della separazione tra Stato e sudditi su un più elevato piano "organico" poteva essere intesa come emancipazione della società borghese a seguito della creazione di uno Stato adatto ai suoi interessi. Se gli errori dell'assolutismo erano stati il suo pensiero autoritario e la sua sfiducia nei confronti dell'intelligenza dei sudditi⁽³¹⁾, ora le speranze potevano essere rivolte verso il libero sviluppo di tutte le forze e la partecipazione al processo di creazione di una volontà politica.

Così, in un primo momento, si ritrovarono insieme gli atteggiamenti più disparati: lo zelo riformatore dell'assolutismo illuminato, la selvaggia azione *in tyrannos*, la paura della rivoluzione, il pathos

⁽²⁹⁾ HOLLERBACH (cfr. nt. 28), 88, nt. 24, segnala un interessante parallelo con Fichte del 1794.

⁽³⁰⁾ B. STOLLBERG-RILLINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaates*, 1986.

⁽³¹⁾ Si veda ad esempio la critica di Hegel all'ideale meccanicistico intorno al 1801: « La gerarchia meccanicistica, altamente intelligente e dedicata agli scopi più elevati, non mostra fiducia nei confronti dei suoi cittadini, e pertanto non può aspettarne da parte loro » (HEGEL, *Werkausgabe*, nt. 17, vol. I, 483; cfr. anche 481 ss.).

umanitario, i concetti evolucionistico-organicistici, il nazionalismo dirompente, il la timorosa conservazione dello *status quo*, il patriottismo imperiale da una parte e il provincialismo dall'altra ⁽³²⁾.

3. Condizioni storico-sociali.

Nell'ultimo terzo del Settecento e ancora fino alla prima metà dell'Ottocento la Germania era un paese a carattere prevalentemente agrario ⁽³³⁾. In tale periodo il modello sociale ed economico dell'*ancien régime* rimase momentaneamente intatto. Unità fondamentale per la famiglia e l'economia continuava ad essere la « casa » ⁽³⁴⁾, che comprendeva non soltanto diverse generazioni familiari ma anche apprendisti, servitù ⁽³⁵⁾ e altri dipendenti. Solo gradualmente emerse tra gli artigiani, i vecchi lavoratori agricoli e i piccoli contadini, la figura dell'operaio occupato in un'industria, la cui esistenza si basava non più sull'unione sociale della « casa » ma sul contratto di lavoro individuale. All'inizio esisteva ancora una fitta rete di rapporti di ceto, cui ognuno era sottomesso, si trattasse del « ceto contadino », del « ceto cittadino » oppure del « ceto nobiliare » ⁽³⁶⁾. Un cambiamento di ceto, almeno in linea di principio, era impensabile e, in ogni caso, non era visto con favore e veniva reso il più difficile possibile. Questa staticità delle condizioni d'appartenenza ai ceti era garantita da vincoli giuridici. Un sistema di ordini

⁽³²⁾ A. MÜLLER, *Die Auseinandersetzung der Romantik mit den Ideen der Revolution*, in B. HEIMANN-J. KÖRNER (a cura di), *Romantik-Forschungen*, 1929, 243-333; M. BOUCHER, *La révolution de 1789 vue par les écrivains allemands ses contemporains*, Paris, 1954; W. MALSCH, „Europa“. *Politische Rede des Novalis. Deutung der Französischen Revolution und Reflexion auf die Poesie in der Geschichte*, 1965.

⁽³³⁾ H. AUBIN-W. ZORN (a cura di), *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, vol. II, 1976; W. CONZE (a cura di), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz 1815-1848*, 2^a ed. 1970; ID., *Sozialer und wirtschaftlicher Wandel*, in DVG, II, 19-56.

⁽³⁴⁾ O. BRUNNER, *Das „ganze Haus“ und die alteuropäische „Ökonomik“*, in ID., *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 2^a ed., 1968, 103.

⁽³⁵⁾ La servitù era considerata anche giuridicamente come « parte della comunità familiare » (*ALR I*, 1, § 1, 4).

⁽³⁶⁾ Come modelli normativi di questa organizzazione cetuale si possono prendere il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* del 1756 e soprattutto l'*ALR*, II, 7, 8, 9.

e divieti, doveri e punizioni, incatenava le classi più umili e il cetο medio alla loro terra e alla loro attività. Prima dell'Ottocento, naturalmente, vi erano stati diversi tentativi di emancipazione, come il movimento illuminista per la riforma agraria (*Bodenkulturbewegung*) del Settecento, l'abolizione o la mitigazione delle forme di servaggio e l'affrancazione dei contadini ⁽³⁷⁾, il permesso di aprire attività al di fuori dei legami corporativi e il conferimento di privilegi finalizzati a metodi produttivi più « moderni » ⁽³⁸⁾. Ma in generale la società in Germania rimase divisa in ceti, vincolati sul piano pratico e normativo, e inconsapevoli sul piano politico. Era attraversata da confini territoriali e doganali, non utilizzava misure e pesi unitari e non adottava una valuta unica. Significativi accumuli di capitale e imprese commerciali di portata internazionale, in grado di misurarsi con quelle inglesi, francesi od olandesi, erano molto rari in Germania prima del 1800.

Ciò che si articolava nella coscienza « borghese » si legittimò soprattutto attraverso l'educazione e uno status ben individuato giuridicamente, meno attraverso la proprietà e in nessun caso attraverso il senso di appartenenza o la partecipazione a una classe politica ⁽³⁹⁾.

Bourgeoisie e *Bildungsbürgertum* (borghesia intellettuale), con prevalenza del secondo termine, avevano contorni indefiniti. Tipica è la definizione negativa dell'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, che considera cittadini coloro che « secondo la propria nascita non possono essere considerati né parte della nobiltà né dei ceti contadini e che anche in seguito non sono incorporati da alcuno di questi ceti » ⁽⁴⁰⁾. La somma dei prestatori di servizi, degli artigiani, dei commercianti, degli osti e albergatori, dei gestori di attività, dei fabbricanti, dei banchieri, dei pastori e degli insegnanti, dei medici e degli avvocati, degli artisti e di altri « liberi professionisti », non costituiva ancora in senso politico una « borghesia » omogenea, anche se la consapevolezza degli interessi comuni e della comune

⁽³⁷⁾ DIPPER (cfr. nt. 3), 46 ss.

⁽³⁸⁾ K.H. KAUFHOLD, *Das Gewerbe in Preußen um 1800*, 1978.

⁽³⁹⁾ H.H. GERTH, *Bürgerliche Intelligenz um 1800. Zur Soziologie des deutschen Frühliberalismus*, 1976.

⁽⁴⁰⁾ ALR, II, 8, § 1.

capacità di azione venne diffondendosi ed intensificandosi a partire dal 1750 circa ⁽⁴¹⁾. Questa coscienza poteva rafforzarsi soltanto attraverso la partecipazione alla creazione di una volontà politica e altre simili esperienze coronate da successo. Attorno al 1800 non vi erano ancora possibilità istituzionali adeguate a questo scopo. Laddove esistevano assemblee cetuali, esse si concentravano su questioni economiche e amministrative coinvolgenti interessi del tutto particolaristici. Ciò considerato, si comprende come il bisogno di comunicare e di collaborare politicamente anche al di là dello Stato si fece strada nella nuova « opinione pubblica » che si stava formando attraverso gli scritti, la stampa e la parola ⁽⁴²⁾.

Nel dibattito pubblico prima e dopo il 1789 dominavano i professori, i funzionari, i giudici, gli avvocati, i pastori e tutte le altre figure che avevano una formazione universitaria comune. Anche se nell'ultimo terzo del Settecento si arrivò a quell'evidente « morte accademica » della quale furono vittime la metà delle circa quaranta università imperiali ⁽⁴³⁾, in Germania non cambiò nulla per quanto riguardava la tipica predominanza della formazione universitaria ⁽⁴⁴⁾. Questa primazia, al contrario, continuò a rafforzarsi nell'Ottocento, dopo la riforma dell'istruzione promossa da Humboldt: la « scienza » diventò un fattore di potere ⁽⁴⁵⁾. La *Bildungsbürger-*

⁽⁴¹⁾ R. VIERHAUS (a cura di), *Bürger und Bürgerlichkeit im Zeitalter der Aufklärung (Wolfenbütteler Studien zur Aufklärung, vol. VII)*, 1981. Dettagliate testimonianze in J. KOCKA (a cura di), *Bürgertum im XIX Jahrhundert. Deutschland im europäischen Vergleich*, 3 voll., 1988, ivi soprattutto il contributo introduttivo di KOCKA, 11 ss. Cfr. anche la dettagliata recensione di U. FREVERT, in « Gesch. u. Gesellschaft », 16, 1990, 491-501.

⁽⁴²⁾ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962; F. SCHNEIDER, *Pressefreiheit und politische Öffentlichkeit. Studien zur politischen Geschichte Deutschlands bis 1848*, 1966; R. ENGELSING, *Analphabetentum und Lektüre. Zur Sozialgeschichte des Lesens in Deutschland zwischen feudaler und industrieller Gesellschaft*, 1973; G. JÄGER-J. SCHÖNERT, (a cura di), *Die Leihbibliothek als Institution des literarischen Lebens im 18. und 19. Jahrhundert*, 1980; O. DANN (a cura di), *Lesegesellschaften und bürgerliche Emanzipation*, 1981.

⁽⁴³⁾ *Geschichte*, I, 331 ss. (trad. it. 433 ss).

⁽⁴⁴⁾ H.H. GERTH, *Bürgerliche Intelligenz um 1800. Zur Soziologie des deutschen Frühliberalismus*, con una prefazione e una bibliografia generale a cura di U. HERRMANN, 1976.

⁽⁴⁵⁾ P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987.

tum ⁽⁴⁶⁾ prese a definirsi come quel raggruppamento della borghesia che compensava con i titoli accademici quello che le mancava in termini di proprietà e di privilegi.

Nella seconda metà del Settecento e fino al primo Ottocento, la maggior parte dei contributi al dibattito politico che venivano pubblicati provenivano senz'altro ancora dalle università. Ma è anche vero che a partire dal 1750 iniziarono a farsi sentire sempre più spesso, e sempre con maggiore autorevolezza, voci esterne al mondo accademico. Johann Jakob Moser e suo figlio Friedrich Carl von Moser, Justus Möser, Wilhelm Ludwig Wekhrlin, Christian Wilhelm von Dohm, Christian Garve, Moses Mendelssohn, Johann Georg Zimmermann, Adolph von Knigge, August Wilhelm Rehberg, Johann Georg Schlosser, Joachim Heinrich Campe, Friedrich Heinrich Jacobi, Georg Forster, Johann Gottfried Herder e Christoph Martin Wieland, Wilhelm Heinse, Heinrich von Kleist, Adam Müller, Friedrich von Gentz, insieme a molti altri appartenenti alle due generazioni degli anni compresi tra il 1750 e il 1810, non dissertavano dall'alto di una cattedra universitaria, ma parlavano in qualità di liberi scrittori, pur essendo spesso a servizio dello Stato o della Chiesa. La comunicazione all'interno della « repubblica dei dotti » nel corso dell'illuminismo si era già allargata a tutte le persone colte. Si sottolineava con enfasi il fatto che nel "regno dello spirito" non esistevano pregiudizi di ceto, ogni argomento era esaminato obiettivamente, ognuno era chiamato a esercitare pubblicamente il proprio intelletto.

Per gli autori di testi giuridici vi erano, certo, delle limitazioni. Nel campo del diritto vigente (*ius publicum Imperii romano-germanici*, *ius publicum territoriale*) la libertà di movimento era relativamente ostacolata dalla mole di materiale che si era storicamente sedimentato. Il ragionamento teorico si poteva tuttavia liberamente sviluppare nello *ius publicum universale* o nel sistema giusnaturalistico ⁽⁴⁷⁾. Anche l'aspetto formale delle pubblicazioni giocava un ruolo importante: le grandi edizioni di atti, manuali e

⁽⁴⁶⁾ Sulla problematica del concetto cfr. KOCKA (cfr. nt. 41), vol. I, 1988, 60 ss.; K. VONDUNG, *Das wilhelminische Bildungsbürgertum*, 1976.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. per esempio A.L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungslehre*, Göttingen 1793.

libri di testo sembravano in genere più tradizionaliste e reagivano con maggiore lentezza rispetto alle più flessibili monografie, agli opuscoli e volantini e alla messe di articoli su rivista. In definitiva, la polifonia di voci tra il 1770 e il 1800 è realmente molteplice. È una « epoca agitata » (48). Per ognuna di queste manifestazioni è necessario chiedersi in che misura sia coinvolta dal turbine della politicizzazione seguita al 1789 e in quale contesto si inserisca: se essa sia riferita all'Impero o al singolo territorio, al potere spirituale o a quello temporale, e a quale delle molteplici opzioni politiche rese improvvisamente possibili possa essere collegata, a partire dal giacobinismo fino ad arrivare alla più aspra difesa dell'*ancien régime*. Fra tutte queste posizioni, la più ufficiale è sempre quella formulata da autori al servizio di chi governa. « Naturalmente! » — per riprendere le parole che un critico adoperò nel 1806 — « Perché nel diritto pubblico tedesco non c'è nient'altro: la verità, qui più che da altre parti, ha il sapore del paese o della terra in cui è cresciuta, allo stesso modo del vino o delle rape » (49).

II. *La pubblicistica imperiale nella fase conclusiva dell'Impero.*

1. *La tradizione e la rottura del 1806.*

Fino a quando l'Impero rimase in piedi, la pubblicistica imperiale rimase espressione della classe accademica. Alla fine del Settecento essa era ancora completamente improntata al modello della scuola di Gottinga (50). Questa tradizione non fu messa in discussione neppure all'epoca della Confederazione del Reno e della Confederazione germanica, ma, al contrario, la sua continuità venne sempre considerata auspicabile (51). Non essendosi verificata una rottura rivoluzionaria, tanto il diritto naturale quanto la pubblicisti-

(48) J. GÖRRES, *Teutschland und die Revolution*, Coblenz 1819, 64.

(49) « Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung », numero 259 del 3.11.1806 (K.S. ZACHARIÄ).

(50) HAMMERSTEIN, *Jus und Historie* (nt. 16); *Geschichte* 309 ss. (trad. it. 401 ss).

(51) Cfr. le riflessioni di K.F. EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, vol. I, Göttingen 1808, introduzione.

ca imperiale proseguirono il proprio percorso nell'Ottocento ⁽⁵²⁾. Come la scienza storica ⁽⁵³⁾, così anche le discipline giuridiche trasferirono nel nuovo contesto politico i propri metodi e *loci communes*, le proprie casistiche e i propri testi di riferimento.

Nel diritto privato trovò facile nutrimento l'illusione di una continuità col passato, indipendente dalla politica, come meccanismo di difesa contro i pericoli del cambiamento politico. Ma nel diritto pubblico era innegabile l'influenza degli sconvolgimenti dell'epoca napoleonica. « Nel 1803 e nel 1806 la biblioteca del pubblicista imperiale si trasformò in gran parte in carta da macero, e la sua erudizione divenne un'arte che non dava più da mangiare » ⁽⁵⁴⁾. In ogni caso, a prima vista « con la decadenza e poi con la fine dell'Impero il pubblicista imperiale aveva smarrito l'oggetto stesso della propria disciplina » ⁽⁵⁵⁾. Dal momento che i pubblicisti imperiali continuavano a scrivere e a insegnare il diritto pubblico, essi applicarono l'esperienza pregressa alla nuova situazione.

Tra coloro che negli ultimi due decenni del Settecento avevano studiato a Gottinga, molti avrebbero avuto, agli inizi dell'Ottocento, una responsabilità politica. L'elenco in cui Johann Stephan Pütter raccolse i nomi dei propri allievi mostra quanti, fra questi, assunsero successivamente ruoli di grande rilievo ⁽⁵⁶⁾. I più importanti specialisti di diritto pubblico prima del 1848 — Leist, Gönner, Häberlin, Klüber, Behr, G.H. v. Berg, Rotteck, Welcker, Mohl e altri — avevano le proprie radici spirituali nel Settecento. Mohl, inoltre, era pronipote di Johann Jakob Moser. In quanto « professori politici », essi erano consapevoli non soltanto di portare avanti una tradizione

⁽⁵²⁾ BÖCKENFÖRDE, p. 65 ss.; ID., (a cura di), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, 2ª ed. 1981; SCHMIDT-ARMANN (nt. 10); KLIPPEL (nt. 65).

⁽⁵³⁾ N. HAMMERSTEIN, *Der Anteil des 18. Jahrhunderts an der Ausbildung der historischen Schulen des 19. Jahrhunderts*, in K. HAMMER-J. VOSS (a cura di), *Historische Forschung im 18. Jahrhundert* (Pariser Historische Studien, vol. XIII), 1976, 432-450.

⁽⁵⁴⁾ MOHL, II, 239.

⁽⁵⁵⁾ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10ª ed. 1973, 41.

⁽⁵⁶⁾ J.S. PÜTTER, *Litteratur des Teutschen Staatsrechts*, parte II, Göttingen 1781, VI. *Hauptstück von solchen, die zu Göttingen studiert, und sich seitdem entweder eben daselbst oder anderswo in einzelnen Teutschen Staatsrechte gehörigen Schriften hervorgethan haben* (§ 296 ss.).

accademica, ma anche di dover difendere una consolidata base di opinioni politiche.

Il successore spirituale di Pütter, Johann Ludwig Klüber, nel 1817 scrisse, a conclusione dell'importante decennio trascorso a Heidelberg, che « una gran parte del diritto pubblico dell'epoca dell'Impero e della Confederazione del Reno, e la relativa letteratura, sono oggi — e verosimilmente saranno a lungo — non soltanto utili, ma indispensabili all'uomo di Stato e allo studioso di diritto, e per questo motivo il loro ricordo deve essere tenuto vivo » (57). Una simile affermazione sicuramente esprimeva le aspirazioni personali di Klüber, dal momento che egli aveva appena sperimentato il superamento dei suoi primi lavori a causa della nuova situazione politica (58). Tuttavia si trattava anche di un programma sensato dal punto di vista metodologico. Come si sarebbe altrimenti potuto predisporre e interpretare il materiale emerso dal Congresso di Vienna, come l'Atto istitutivo della Confederazione germanica (*Deutsche Bundesakte*), l'Atto finale della Conferenza di Vienna (*Wiener Schlußakte*) e le costituzioni dei nuovi Stati? Se il diritto pubblico voleva avere una possibilità di difendere la propria identità sul piano scientifico, esso doveva preservare gli elementi « immemorabili » elaborati a partire dal Seicento, gli istituti fondamentali del diritto naturale, del diritto delle genti e dello *ius publicum universale* (59), i metodi della scienza dello Stato e — non ultima — la formazione giuridica fondata sul diritto comune, che ogni giuspubblicista del tempo doveva seguire. Le argomentazioni romanistiche, unanimemente accettate nel campo del diritto civile, erano trasposte con disinvoltura alle questioni di diritto pubblico (60).

(57) J.L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, Frankfurt 1817, XVI.

(58) J.L. KLÜBER, *Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des deutschen Staatsrechts*, Erlangen 1803; ID., *Staatsrecht des Rheinbundes. Lehrbegriff*, Tübingen 1808.

(59) Vedi anche ANONIMO, *Deutschlands höchst nothwendige politisch-publizistische Regeneration, wegen der aus dem Entschädigungs-Systeme und dessen Folgen hervorgehenden Umwandlung seiner wichtigsten staatsrechtlichen Verhältnisse*, Leipzig 1803; J.F. RUNDE, *Über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungs-Ländern, nach dem Deputations-Hauptschlusse vom 25. Februar 1803*, Göttingen 1805.

(60) STOLLEIS, *Rezeption- öffentlichrechtlich*, in HRG, IV (1990), col. 984-995.

Anche nel diritto privato si poneva la questione su come l'eredità del giusrazionalismo avrebbe agito nel contesto di una scienza giuridica rinnovata, e su come la lacerazione tra ricerca storico-antiquaria, produzione normativa e « speculazione » giusrazionalistica potesse essere superata, tenendo conto anche delle opzioni politiche che vi erano implicate. Se sul versante giuspubblicistico Pütter continuò fino al *Vormärz* a collegare storia dell'Impero, diritto naturale e diritto costituzionale imperiale ⁽⁶¹⁾, sul versante del diritto civile Gustav Hugo (1764-1844) ⁽⁶²⁾ fondò quella scienza civilistica che, operando sia sul piano della ricostruzione storica sia sul piano « filosofico », sarebbe confluita nella cosiddetta « scuola storica del diritto » ⁽⁶³⁾ di Friedrich Carl von Savigny ⁽⁶⁴⁾ e Karl Eichhorn.

2. *Giusnaturalismo e primo costituzionalismo.*

Tra il diritto pubblico e il diritto civile non vi erano soltanto evidenti analogie. I sistemi di diritto naturale, in particolare nella loro espressione giuspubblicistica — lo *ius publicum universale* o « *Staatsrecht* secondo ragione » — rappresentavano la tradizione « filosofica » dalla quale il nuovo diritto pubblico poteva svilupparsi, superando la costituzione imperiale ormai al tramonto. Si tratta di uno sviluppo prevedibile, dal momento che i numerosi sistemi

⁽⁶¹⁾ CH. LINK, *Johann Stephan Pütter*, in « *Staatsdenker* », 310-331.

⁽⁶²⁾ LANDSBERG, III-2, 1-48; G. MARINI, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, 1969; J. BLÜHDORN, *Naturrechtskritik und „Philosophie des positiven Rechts“*. *Zur Begründung der Jurisprudenz als positiver Fachwissenschaft durch Gustav Hugo*, « *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* », 41 (1973), 3-17; M. DIESELHORST, *Gustav Hugo (1764-1844) oder: Was bedeutet es, wenn ein Jurist Philosoph wird?* in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, 146-165; J. RÜCKERT, „... dass dies nicht das Feld war, auf dem er seine Rosen pflücken konnte...“? *Gustav Hugos Beitrag zur juristisch-philosophischen Grundlagendiskussion nach 1789*, in R. DREIER (a cura di), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, 1990, 94-128.

⁽⁶³⁾ H. SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, 6^a ed. 1988, 119 ss.; per una panoramica generale M. STOLLEIS, *Die Historische Schule und das öffentliche Recht*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift f. Sten Gagnér*, 1991, 495-508.

⁽⁶⁴⁾ H. KIEFNER, *Savigny*, in HRG, IV (1990), col. 1313-1323.

giusnaturalistici kantiani, tra il 1790 e il 1810 ⁽⁶⁵⁾, avevano già inserito all'interno della più antica tradizione del diritto naturale i concetti fondamentali della nuova riflessione costituzionale: il vincolo del monarca a una costituzione scritta; la distinzione tra principe come persona privata e principe come rappresentante della *persona moralis* che lo Stato incarnava ⁽⁶⁶⁾; i cataloghi dei diritti dell'uomo e del cittadino; la limitazione della possibilità di intervento dello Stato per « il mantenimento della sicurezza » e il vincolo di tali misure a una legge approvata dai diretti interessati; la separazione tra polizia e giustizia e la protezione giuridica contro l'« arbitrio ». In questo senso, il futuro movimento costituzionale poteva contare su tutta la tradizione dei « limiti del potere statale espressa nella più antica dottrina tedesca dello Stato » ⁽⁶⁷⁾. Come nel diritto privato, la sistemazione « filosofica » della materia fungeva da « lascito » ⁽⁶⁸⁾ del diritto naturale e della scienza politica del Settecento a favore dell'Ottocento. Alla « eredità giusrazionalistica della scuola storica del diritto » nel diritto privato (Wieacker) corrisponde, nel diritto pubblico, la funzione di « ponte » in direzione della pubblicistica del *Vormärz* svolta dal diritto pubblico generale e dal metodo della pubblicistica imperiale ⁽⁶⁹⁾.

Spesso viene sottovalutata la spinta verso il movimento costituzionale di cui è stata artefice questa pubblicistica, orientata allo « *Staatsrecht* secondo ragione », alle tradizionali dottrine della « storia imperiale » e alla metodologia della scienza politica nel suo complesso. Ciò probabilmente perché, secondo i criteri ottocenteschi, la linea che separava la nuova epoca dall'*ancien régime* era stata tracciata troppo in profondità. In realtà si trattava di una serie di passaggi gradualisti, facilitati dal fatto che le basi del pensiero costi-

⁽⁶⁵⁾ D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976.

⁽⁶⁶⁾ P. GROSSI (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, Milano 1986.

⁽⁶⁷⁾ CH. LINK, *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, 1979.

⁽⁶⁸⁾ WIEACKER, 373.

⁽⁶⁹⁾ C. SCHMITT, *Das „Allgemeine deutsche Staatsrecht“ als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, in *ZgStW*, 100 (1940), 5-24.

tuzionale liberale erano già state poste almeno dal 1750 e in parte rinviano a un tempo ancora più risalente ⁽⁷⁰⁾.

3. *Diritto pubblico e diritto privato.*

Altrettanto graduale è il passaggio dall'antica idea di unità dell'ordine giuridico, che aveva caratterizzato gli inizi dell'epoca moderna, alla dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato. Anche se già dal Seicento si era andata formando la consapevolezza di uno *ius publicum* autonomo sul piano scientifico, ciò non significava affatto che l'ordine giuridico fosse avvertito come intrinsecamente soggetto a una dicotomia. Tutt'altro: lo *ius publicum*, il diritto feudale, il diritto penale, il diritto canonico e il diritto privato costituivano semmai un'unità articolata dal punto di vista delle finalità pedagogiche e sistematiche ⁽⁷¹⁾. Soltanto all'epoca della contrapposizione politica tra « Stato » (monarchico) e « società » (borghese) si arrivò a una divisione, che era anche divisione delle sfere politiche.

La fondazione giusrazionalista del potere statale pose la cesura decisiva tra lo stato di natura (prima dello Stato) e lo stato « civile » (reso possibile solo dallo Stato). Intorno al 1800 era opinione dominante che la suddivisione dell'ordine giuridico in diritto dei cittadini (diritto privato), da una parte, e diritto che riguardava lo Stato e i rapporti tra lo Stato ed i sudditi (diritto pubblico), dall'altra, fosse una suddivisione che aveva valore all'interno dell'ordinamento statale. Quest'opinione corrispondeva alla tanto venerata distinzione introdotta dal diritto romano. Non giungeva, peraltro, a una soluzione sostanzialmente diversa chi, ai fini della divisio-

⁽⁷⁰⁾ Per un inquadramento del tema si veda LINK (nt. 67).

⁽⁷¹⁾ PH. GODDING, *La distinction entre droit public et droit privé dans les Pays-Bas Méridionaux avant 1800*, in *Rapports belges au VIIe Congrès international de droit comparé* (Uppsala), Bruxelles 1966; M. BULLINGER, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968; S. GAGNÉ, *Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonistischen Bereich*, in E. v. CAEMMERER-K. ZWEIGERT (a cura di), *Deutsche Landesreferate zum VII. Internat. Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala* 1966, 1967; D. GRIMM, *Zur politischen Funktion der Trennung vom öffentlichen und privatem Recht in Deutschland*, in W. WILHELM (a cura di), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift f. H. Coing*, 1972, 224-242.

ne tra diritto pubblico e diritto privato, assumeva come criterio la contrapposizione tra interesse privato e bene comune, considerando dunque decisiva non la soggettività giuridica bensì lo scopo delle norme. Una soluzione originale, e che tuttavia non si affermò presso i giuristi, fu invece quella proposta da Kant, che inquadrava il diritto privato nello stato di natura prestatuale e il diritto pubblico (in senso ampio) nello stato “civile” formatosi attraverso lo Stato ⁽⁷²⁾.

Le affermazioni, così spesso citate, formulate su questo punto da Savigny, sono ancora moderate e consentono di delineare « varchi » e « affinità » tra le due discipline. « Se guardiamo al diritto nel suo complesso » scrive Savigny « vi distinguiamo due campi, il diritto pubblico e il diritto privato. Il primo ha come oggetto lo Stato, cioè la manifestazione del popolo nella sua organicità; il secondo ha per oggetto la somma dei rapporti giuridici che circondano i singoli uomini, guidando la loro vita interiore e consentendogli di raggiungere una forma specifica. Non che manchino varchi e affinità tra questi due campi [...]. Eppure tra entrambi i campi rimane una chiara contrapposizione, per la quale nel diritto pubblico il tutto appare come lo scopo cui il singolo è sottomesso, mentre nel diritto privato è il singolo a essere di per sè lo scopo, e ogni rapporto giuridico indica soltanto un mezzo della sua esistenza o delle sue specifiche condizioni » ⁽⁷³⁾. In questo senso Savigny faceva rientrare nel concetto di “diritto pubblico” (*öffentliches Recht*), oltre allo *Staatsrecht*, anche il diritto processuale e quello penale ⁽⁷⁴⁾. La sua autorità è sicuramente rilevante, ma per la divisione tra diritto pubblico e diritto privato, che si sarebbe delineata in modo più netto negli anni seguenti tanto da diventare un’irrinunciabile categoria concettuale, ancor più decisivi sono i radicali mutamenti del rapporto tra Stato e società. La garanzia dei diritti fondamentali, lo sviluppo della tutela giuridica, il dogma della non intromissione

⁽⁷²⁾ Tutte le informazioni a questo proposito si trovano in L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, 1984.

⁽⁷³⁾ F.K. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin 1840, 22 ss.

⁽⁷⁴⁾ SAVIGNY, op. cit., 27.

dello Stato nello sviluppo economico (75), esigevano ormai una demarcazione più chiara tra il diritto pubblico e il diritto privato, affinché potesse essere delimitato il campo che veniva indicato con i termini « libertà e proprietà » e che era protetto da interventi non decisi dal parlamento. A parte questo, la divisione dei poteri sempre più chiaramente fissata dal nuovo diritto costituzionale richiedeva una delimitazione tra il “diritto della Costituzione” (*Constitutionsrecht*) e il “diritto amministrativo” (*Administrativrecht*). La giurisprudenza improntata all’idealismo, con il suo approccio sistematico e la sua tendenza a rendere assolute sul piano concettuale le differenziazioni terminologiche, supportava questi impulsi politici più o meno consapevolmente. Dalla suddivisione dell’ordinamento giuridico in una molteplicità di campi giuridici si passa lentamente ad una bipartizione. In questo senso, ad esempio, Thibaut nel 1797 effettuava una quadripartizione tra « diritto pubblico », « diritto privato », « diritto amministrativo » (interno ed esterno) e « diritto delle genti » (76). Hufeland nel 1803 mutò la sua suddivisione del 1796 in una tripartizione: « diritto privato » (diritto civile, diritto feudale, diritto canonico), « diritto pubblico » (diritto pubblico, diritto civile dello Stato o *Regierungsprivatrecht* (77), diritto criminale, diritto processuale) e « diritto delle genti »; (78) lo stesso fece Mühlenbruch nel 1807, togliendo però il diritto canonico dal diritto privato e attribuendolo alle « istituzioni di polizia » (79). Ma la bipartizione più chiara, e ormai dominante (80), era quella di Gustav Hugo, che parla di « due parti di cui ogni diritto positivo si

(75) D. GRIMM, *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, in D. SIMON (nt. 21), 45-76.

(76) BJÖRNE (nt. 72), 44-48.

(77) Inteso come categoria generale per i campi del diritto nei quali lo Stato sovrano interviene in rapporti di diritto privato.

(78) BJÖRNE (nt. 72), 44-48.

(79) BJÖRNE (nt. 72), 68.

(80) Si allontana dallo schema tradizionale N. FALCK, *Juristische Encyklopädie, auch zum Gebrauch bei academischen Vorlesungen*, Kiel 1821, che mette insieme i campi che riguardano i cittadini (diritto civile, diritto canonico, diritto di polizia, diritto criminale, diritto processuale) e li contrappone a quelli che riguardano lo Stato e i suoi funzionari (diritto pubblico, diritto governativo, diritto finanziario e camerale, diritto delle genti). Cfr. su questa ripartizione BJÖRNE (nt. 72), 82-85 e K. VOLK, *Die juristische Enzyklopädie des Nikolaus Falck. Rechtsdenken im frühen 19. Jahrhundert*, 1970.

compone »⁽⁸¹⁾ e attribuisce al diritto pubblico tutto ciò che non è privato (diritto pubblico, *Regierungsrecht* ovvero diritto civile dello Stato, diritto canonico, diritto delle genti, diritto processuale, diritto criminale, diritto camerale, diritto di polizia).

La tradizionale dicotomia del diritto romano tra *ius publicum* e *ius privatum* si trova dunque verso il 1800 in un mutato clima politico-costituzionale e filosofico. La distanza, avvertibile già da qualche tempo, tra un mondo borghese con la propria economia (e ora anche con una propria politica) e uno Stato assolutistico, fa diventare il diritto privato uno spazio « libero dallo Stato » degno di essere protetto. La doppia opposizione, all'assolutismo da una parte e alla rivoluzione e alle sue conseguenze dall'altra, conferisce al diritto privato energie antistatalistiche sufficienti a porsi come sfera autonoma « libera dalla politica ». Il diritto pubblico, invece, si trova in una fase di rottura radicale. Lentamente esso assume un nuovo profilo, dopo la fine improvvisa del diritto costituzionale imperiale, con il sorgere della Confederazione del Reno e della Confederazione germanica, del diritto pubblico territoriale degli Stati confederati e con la formazione graduale di un diritto dell'amministrazione orientato nel senso dello Stato di diritto.

L'attribuzione di entrambe le sfere, ormai indipendenti, del diritto privato e del diritto pubblico, ancora non può svolgersi, come invece avviene oggi⁽⁸²⁾, nella prospettiva di un ordinamento costituzionale predominante e capace di positivizzare i valori fondamentali. Ben più importante è la "vicinanza" o la "distanza" tra lo Stato e la società. Alla fine del Settecento non è ancora in uso l'espressione « diritto pubblico »⁽⁸³⁾. I giuspubblicisti sono generalmente ancora

⁽⁸¹⁾ BJÖRNE (nt. 72), 38.

⁽⁸²⁾ E. MOLITOR, *Über öffentliches Recht und Privatrecht*, 1949; H.J. WOLFF, *Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht*, in *AöR*, 76 (1950-51), 205-217; CH.F. MENGER, *Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht*, in *Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für H.J. Wolff*, 1973, 149-166; O. BACHOF, *Über öffentliches Recht*, in *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festg. Z. 25.jähr. Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts*, 1978, 1-21.

⁽⁸³⁾ G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus I*, 5^a ed., Berlin 1817, § 6, dice che da circa trent'anni l'espressione « diritto pubblico » (*öffentliches Recht*) è usata al posto di « diritto statale » (*Staatsrecht*) o *droit politique*. Cfr. BJÖRNE (nt. 72), 115.

legati in modo tradizionale alla rispettiva autorità territoriale, sono per lo più legati al modello di pensiero favorevole alle riforme del tardo assolutismo illuminato, e già per questo poco propensi a sostenere una divisione radicale tra lo Stato e la società e, in questo modo, bloccare l'interventismo dello Stato.

4. *Gli ultimi pubblicisti imperiali.*

I pubblicisti imperiali praticarono fino alla fine dell'Impero un positivismo moderato, tenendosi stretti i vecchi modelli e ignorando del tutto, o al massimo reagendo con grande cautela, ai mutamenti del clima politico. Il tradizionale atteggiamento verso l'imperatore e l'Impero fu mantenuto fino a quando fu possibile. Non era compito dei professori intonare patetici canti sul tramonto dell'Impero, seppellirlo oppure lottare per il suo mantenimento. Al contrario, essi si preoccuparono di dimostrare che la Germania aveva da lungo tempo una « costituzione » felicemente ordinata, che assicurava la libertà e la pace, e che pertanto essa non aveva da temere alcuna rivoluzione ⁽⁸⁴⁾.

Carl Friedrich Häberlin (1756-1808), ad esempio, che ancora nel 1792 aveva scritto un articolo *Über die Güte der Deutschen Staatsverfassung* ⁽⁸⁵⁾, in cui notava con gioia che « il tedesco aveva finalmente cominciato a preoccuparsi più del solito della costituzione della sua patria », non fu dissuaso dall'evidente sfacelo dell'Impero quando pubblicò la vasta opera in cui racchiudeva, ancora per una volta, tutti i pregi di questo atteggiamento, e che era intitolata *Handbuch des Teutschen Staatsrecht nach dem System des Herrn Geheimen Justizrath Pütter. Zum gemeinnützigen Gebrauch der gebildeten Stände in Teutschland, mit Rücksicht auf die neuesten merkwürdigsten Ereignisse* ⁽⁸⁶⁾. Egli, come disse Mohl, discuteva « le

⁽⁸⁴⁾ D. GRIMM, *Verfassung II*, in BRUNNER, CONZE, KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 6, 1990, 870 ss.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. « Deutsche Monatsschrift », 1793, 3 ss. Di questa tendenza anche G.H. v. BERG, *Über Deutschlands Verfassung und die Erhaltung der öffentlichen Ruhe darin*, Göttingen 1795.

⁽⁸⁶⁾ 1794 (voll. 1 e 2) e 1797 (vol. 3). Cfr. *Geschichte*, 319 ss. (trad. it. 416 ss). Sul concetto di legge di Häberlin e la sua fondazione del potere legislativo cfr. BÖCKENFÖRDE, 61 ss.

questioni principali in forma piacevole e comprensibile a tutti » (87). Häberlin non reagì alla fine dell'Impero, che pure gli fu dato di vivere. Il suo « Staatsarchiv », fondato nel 1796, terminò le pubblicazioni, dopo 47 numeri, nel 1807. Un anno dopo la sua morte chiuse anche l'università di Helmstedt, ultima sede del suo insegnamento.

Un testo parallelo all'opera di Häberlin, anche se ormai proiettato su un altro sfondo, è l'*Handbuch des deutschen Staatsrechts* di Theodor (v.) Schmalz (1760-1831) del 1805 (88). Schmalz declinava il rifiuto kantiano dell'utilitarismo e dell'eudemonismo in chiave giusnaturalistica (89), e di conseguenza riduceva lo scopo dello Stato a mera garanzia della sicurezza. Allo stesso tempo, però, egli era rimasto un rappresentante politico dell'assolutismo illuminato e un sostenitore di un'economia di stato attiva (90), favorevole a una forte compressione della proprietà fondiaria e profondamente ostile alla costituzione rappresentativa e alla separazione dei poteri. Nel suo *Handbuch* e nei suoi corsi universitari Schmalz affrontava innanzi tutto le questioni della costituzione imperiale e delle costituzioni territoriali, dell'ambito dell'Impero e della "Nazione", del ruolo dei governanti e del governo nei territori e nell'Impero. Nella seconda parte proseguiva la trattazione discutendo la tripartizione del potere statale (di sorveglianza, legislativo, esecutivo), i diritti di sovranità

(87) MOHL, II, 238.

(88) TH. SCHMALZ, *Handbuch des deutschen Staatsrechts. Zum Gebrauch akademischer Vorlesungen*, Halle 1805. Schmalz, nato nel 1760 ad Hannover, diventò nel 1787 professore straordinario a Rinteln. Fu poi docente dal 1789 a Königsberg, nel 1793 divenne assessore della Camera di guerra e dei domini della Prussia orientale, nel 1797 membro del Concistoro evangelico, nel 1801 amministratore e rettore dell'università di Königsberg, nel 1803 membro del *Geheimrat*, rettore dell'università di Halle, infine nel 1809 primo professore di diritto all'università di Berlino. Cfr. E. LANDSBERG, in ADB, 31 (1890), 624-627; Id., *Geschichte*, III-1, 514 ss.; III-2, 254 ss.

(89) TH. SCHMALZ, *Das Recht der Natur* (1791), 2^a ed. Königsberg 1795-1804 (ristampa 1969). Cfr. anche L.H. v. JAKOB, *Aus dem Naturrechte*, Halle 1796.

(90) Schmalz, lo « sventurato » (LANDSBERG, III-2, 254), denunciò durante il suo periodo all'università di Berlino la « Lega delle virtù », cui rimproverava scopi « degni di maledizione » e le rivendicazioni filocostituzionali. Fu così che Schmalz venne profondamente disprezzato dall'opinione pubblica. Cfr. il rapporto del « Dr. Scheidler », *Tugendbund*, in ROTTECK-WELCKER, *Staatslexikon*, 2^a ed., vol. 12 (1848), 585-590.

interni (sovranità giudiziaria e camerale) ⁽⁹¹⁾ e i diritti di sovranità esterni. Schmalz pensava alla costituzione dell'Impero in modo « prussiano », dando quindi estremo risalto al potere territoriale, e rimase fedele a questa prospettiva politica anche nella Prussia post-fridericiana ⁽⁹²⁾, in cui il modello di società e di Stato dell'*ancien régime* fu toccato dalle idee riformiste senza però mutare radicalmente forma ⁽⁹³⁾.

Autori più giovani, che avevano scritto manuali di diritto pubblico tra il 1800 e il 1806, con un po' di abilità potevano ancora fare riferimento nei loro testi ad avvenimenti recenti ⁽⁹⁴⁾. Un esempio in questo senso è il *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* di Justus Christoph Leist (1770-1858) ⁽⁹⁵⁾, all'epoca professore a Gottinga, opera di impianto tradizionale la cui prima edizione venne pubblicata nel 1803 e la seconda nel 1805 ⁽⁹⁶⁾. Proprio durante la stampa della prima edizione gli avvenimenti che portarono alla Pace di Lunéville e al *recessus imperii*, costrinsero Leist a effettuare delle correzioni. « L'autore » secondo il giudizio di Carl Salomo Zachariä ⁽⁹⁷⁾, « sembra non aver avuto la più vaga idea di quello che stava per succedere » ⁽⁹⁸⁾. Nella parte costituzionalistica dell'opera i territori venivano almeno ricordati, ma la costituzione imperiale —

⁽⁹¹⁾ Tra i diritti di sovranità interni rientrano la sovranità di polizia (polizia in senso stretto, economia pubblica, educazione popolare ivi compresa quella scolastica e quella religiosa) e la sovranità finanziaria (demanio, regalie, tasse, debito statale).

⁽⁹²⁾ G. LANDWEHR-H. HATTENHAUER (a cura di), *Das nachfriderizianische Preußen 1786-1806*, 1988.

⁽⁹³⁾ R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution*, 2^a ed., 1975.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. J.L. KLÜBER, *Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des deutschen Staatsrechts*, Erlangen 1803, che aveva appena finito di descrivere in sei capitoli il concetto, la ripartizione e i metodi del diritto pubblico tedesco, le sue fonti, il suo campo di applicazione e i fondamenti dell'ordinamento costituzionale, quando gli avvenimenti politici stravolsero la situazione. Quest'introduzione fu peraltro nuovamente utilizzabile già nel 1807, come compendio del diritto della Confederazione del Reno.

⁽⁹⁵⁾ F. FRENSDORFF, in ADB, 18 (1883), 226 ss.; E. LANDSBERG, III-2, note, 81 ss. Leist non ha la stampa a suo favore perché considerato « Günstling Jérômes » (prediletto da Jérôme) e autore del testo in cui si chiedeva il licenziamento dei « Göttinger Sieben ». Cfr. cap. 4, nt. 170.

⁽⁹⁶⁾ J.CH. LEIST, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Göttingen 1803 (2^a ed. 1805).

⁽⁹⁷⁾ Anonimo. Cfr. K. BULLING, *Die Rezensenten der Jenaischen Allgemeinen Literaturzeitung im ersten Jahrzehnt ihres Bestehens 1804-1813*, Weimar 1962.

⁽⁹⁸⁾ *Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung*, n. 258 del 3 nov. 1806, 216.

con l'eccezione del diritto ecclesiastico — era ancora presentata in modo tradizionale come « un quadro storico praticamente integro »⁽⁹⁹⁾, rendendo così il manuale di Leist carta da macero già al momento della sua pubblicazione⁽¹⁰⁰⁾.

Un terzo esempio della tarda pubblicistica imperiale è il *Teutsches Staatsrecht* di Nicolaus Thaddäus Gönner (1764-1827)⁽¹⁰¹⁾, pubblicato nel 1804⁽¹⁰²⁾. Su di esso, per usare le parole di Robert Piloty, aleggiava “la tragedia di una morte in fasce”⁽¹⁰³⁾. Gönner aveva infatti cercato « di ricostruire il diritto pubblico tedesco ancora nel senso della più rigorosa unitarietà, non preoccupandosi dei segnali di sfacelo che gli si presentavano quotidianamente ». In effetti, Gönner si preoccupò di interpretare la sovranità territoriale come derivata, di sottometterla al potere dello Stato imperiale e di qualificare gli appartenenti ai ceti imperiali come « cittadini dell'Impero » anche se questo non era più o non era ancora coincidente con la realtà⁽¹⁰⁴⁾. Era un tentativo di considerare i territori come « parti integranti del tutto »⁽¹⁰⁵⁾, per contrastare le forze centrifughe che ormai determinavano la realtà in maniera irrefutabile. Partendo dalla costruzione del « cittadino dell'Impero », teoricamente si sarebbe potuta tracciare una linea in direzione della futura partecipazione politica della cittadinanza. In questo senso l'opera si trovava ancora nel solco della tradizione della pubblicistica imperiale, ma era destinata — data la situazione di fatto — a rimanere senza alcuna applicazione pratica perché presentava quelle che sarebbero state le idee dominanti partendo dall'oggetto sbagliato.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁰⁰⁾ Lo stesso vale per Andreas Joseph SCHNAUBERT, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Jena 1806 (prima parte, « diritto costituzionale »). Cfr. sotto, nt. 113.

⁽¹⁰¹⁾ LANDSBERG, III-2, p. 145 ss., note 73 ss.; ULLMANN, in ADB, 9 (1879), 367; L. SCHAFFNER, in NDB, 6 (1964), 518; H. HOLZHAUER, in HRG, I (1971), col. 1752-1755. Sul diritto costituzionale cfr. J.B. KOCH, *Nikolaus Thaddäus von Gönners Staatslehre, eine rechtshistorische Schule*, 1902; R. PILOTY, *Ein Jahrhundert bayerisches Staatsrechts-Literatur*, in *Festgabe f. P. Laband*, vol. I, 1908, 205-282 (219 ss.).

⁽¹⁰²⁾ N.TH. GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut 1804.

⁽¹⁰³⁾ PILOTY (nt. 101), 219. Si veda anche LANDSBERG, III-2, 149.

⁽¹⁰⁴⁾ K.O. FRHR. V. ARETIN, *Heiliges Römisches Reich 1776-1806*, vol. I, 1967, 453

ss.

⁽¹⁰⁵⁾ GÖNNER (nt. 102), 6.

Questo approccio rivela però il proprio reale significato se viene applicato allo Stato territoriale (che nel caso di Gönner era la Baviera). In quella dimensione, infatti, l'acuta elaborazione del concetto di sovranità⁽¹⁰⁶⁾, la sua distinzione dai diritti patrimoniali, la separazione tra privilegi e legge generale, così come l'inquadramento giuspubblicistico dell'apparato dei funzionari proposto da Gönner — e destinato a una lunga fortuna —⁽¹⁰⁷⁾ corrispondevano esattamente alle linee politiche del ministro Montgelas.

Non è dato approfondire in questa sede in quale misura Gönner, inizialmente mosso dall'idea di un « diritto pubblico nell'antica accezione della pubblicistica imperiale »⁽¹⁰⁸⁾, già prima del 1804 abbia intrapreso una svolta da una concezione meccanicistica a una elaborazione organicistica dello Stato⁽¹⁰⁹⁾. Se l'influsso di Schelling è avvertibile a partire dal 1803⁽¹¹⁰⁾, il mutamento della metafora dalla « macchina » all'« organismo », con la sua generale presa di distanza dal razionalismo e dall'utilitarismo illuminista, è rintracciabile già a partire dal 1800⁽¹¹¹⁾, soprattutto per ragioni politiche. Avremo modo di tornare più avanti su questo punto.

Infine, val la pena ricordare il relativamente breve *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* di Andreas Joseph Schnaubert (1750-

⁽¹⁰⁶⁾ BÖCKENFÖRDE, 62, rileva giustamente che Gönner considera i diritti derivati dalla sovranità come funzioni dello scopo dello Stato, moltiplicabili a piacere, tanto che risultano soltanto come manifestazioni di un potere statale ubiquitario.

⁽¹⁰⁷⁾ Gönner ha negato il carattere contrattuale del rapporto di lavoro dei funzionari prima nel *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 1804, § 425, poi, dopo la pubblicazione della *Pragmatica* del 1805, in un'opera di 300 pagine: N.TH. GÖNNER, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreiche Baiern*, Landshut 1808. Cfr. il dettagliato testo di H. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, 1980, 182-193.

⁽¹⁰⁸⁾ LANDSBERG, III-2, 147.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. LANDSBERG, III-2, nt. 75.

⁽¹¹⁰⁾ LANDSBERG, III-2, nt. 75 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. anche Johann Baptist NIBLER, *Der Staat aus dem Organismus des Universums entwickelt*, Landshut 1805, e Johann Jakob WAGNER (1775-1841), nettamente anti-illuminista e anti-rivoluzionario, appartenente alla cerchia di Schelling, con il suo libretto *Über die Trennung der legislativen und executiven Staatsgewalt. Ein Beitrag zur Beurtheilung des Werthes landständischer Verfassungen*, Monaco 1804. A questo proposito cfr. HEINZE, in ADB, 40 (1896), 510-515.

1825) ⁽¹¹²⁾. L'opera di Schnaubert ⁽¹¹³⁾, allora docente di primo piano a Jena, conclude un'epoca. Come Gönner, Schmalz e Leist, Schnaubert considerava l'Impero uno « Stato », poneva un proprio diritto civile imperiale e riuniva i cittadini dell'Impero nella « nazione » ⁽¹¹⁴⁾. Per lui è anche ovvio che l'Impero e i suoi territori abbiano ognuno una propria costituzione (*Verfassung*), rappresentabile in termini di « diritto della costituzione » (*Konstitutionsrecht*) ⁽¹¹⁵⁾. In Schnaubert convivono elementi oramai superati, come ad esempio le dettagliate descrizioni delle cerimonie di elezione e incoronazione dell'imperatore, ed elementi del primo costituzionalismo. Se il lettore moderno non sapesse che l'Impero era oramai a pochi passi dal suo sfacelo, dopo la lettura del testo di Schnaubert lo riterrebbe sicuramente in grado di sopravvivere e di essere riformato.

Le opere che abbiamo ricordato, scritte durante i tre anni che precedettero la fine dell'Impero nel 1806, sono certamente diverse nella struttura e nei dettagli. Tuttavia, se le si esamina con il dovuto distacco temporale, non se ne può negare l'omogeneità. Tutte erano influenzate sul piano metodologico dalla « scuola di Gottinga » di Schmauss, Pütter, Achenwall, Schlözer e degli altri. I loro autori credevano di poter seguire quella linea, inserendovi i nuovi sviluppi del diritto pubblico, fino a quando l'Impero sarebbe sopravvissuto. Ciò significa che l'ambizione di questi autori consisteva innanzi tutto nel descrivere le strutture portanti della costituzione imperiale e delle corrispondenti costituzioni territoriali nel quadro complessivo di una scienza dello Stato, e, in secondo luogo, nell'elaborarne,

⁽¹¹²⁾ A.J. SCHNAUBERT, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, Jena 1806.

⁽¹¹³⁾ Su di lui cfr. EISENHART, in ADB, 31 (1891), 83 ss. Schnaubert, nato a Bingen, studiò teologia cattolica a Magonza e, dal 1776, giurisprudenza a Gießen. Dopo la conversione al credo riformato ricevette nel 1783 una cattedra straordinaria a Gießen, nel 1784 fu professore a Helmstedt, nel 1785 a Jena, dove divenne un membro di primo piano della facoltà come professore di diritto pubblico, feudale e canonico. Importante è soprattutto il suo manuale *Grundsätze des Kirchenrechts der Katholiken und Protestanten in Deutschland*, 2 voll., Jena 1805-1806.

⁽¹¹⁴⁾ SCHNAUBERT, *Lehrbuch* (nt. 112), § 44: « C'è un diritto civile imperiale generale », « tutti i cittadini dell'Impero costituiscono dunque una nazione », l'Impero tedesco è uno « Stato » (§ 44) e « un impero d'elezione completamente libero » (§ 51).

⁽¹¹⁵⁾ *Zur Allgemeinen Konstitution der Reichslande*, *ivi*, § 149 ss.

attraverso il diritto naturale, i principî che ne erano alla base, in modo tale da restituire l'immagine di un « diritto pubblico tedesco » nella sua unitarietà.

Si può già cogliere qui una differenza nei confronti della vecchia dottrina statutale dell'Impero. Questa si limitava nella maggior parte dei casi all'Impero, e trattava il diritto pubblico territoriale come materia separata ⁽¹¹⁶⁾. Ora, invece, le costituzioni imperiali e quelle territoriali sono esaminate insieme, come espressione di un « diritto pubblico tedesco » nel quale risalta però ormai il ruolo delle costituzioni territoriali, in un quadro complessivo dove l'influsso del patriottismo imperiale e già quasi nostalgico degli ultimi anni dell'Impero si combina con l'espressione di un sentimento nazionale risvegliato dalle minacce esterne, e con il tentativo di matrice giusnaturalistica di trasformare la confusa struttura dell'Impero in un potere statale unitario, dove la sovranità è fonte del diritto. In ogni caso, il diritto naturale kantiano gioca un ruolo importante tra il 1790 e il 1806 ⁽¹¹⁷⁾. Il pensiero di Kant, insieme a quello di Montesquieu ⁽¹¹⁸⁾ (recepito a partire dalla metà del Settecento), spiega la forte accentuazione della separazione dei poteri, la cui funzione di suddivisione del rischio e di equilibrio del potere era

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. J.J. MOSER, *Allgemeine Einleitung in die Lehre des besonderen Staats-Rechts aller einzelnen Stände des Heil. Röm. Reichs*, Francoforte e Leipzig 1739; e la premessa di J.S. PÜTTER a *De utilitate et praesentia iuris publici specialis singulorum Germaniae territorium*, in W.C.F. SAMES, *Delinatio iuris publici Münzenbergensis*, Gießen 1781. Ricordiamo come esempi, oltre alle numerose opere di J.J. MOSER (cfr. le annotazioni bibliografiche di R. RÜRUP in *Johann Jakob Moser, Pietismus und Reform*, 1965, 262, II. *Territorialstaatsrecht*, n. 1-20); J.G. ESTOR, *Origines juris publici Hassiaci*, Jena 1738; ID., *Jus publicum Hassiacum hodiernum*, Jena 1739; W.X. FRHR. V. KREITTMAYR, *Grundriß des allgemeinen deutschen und bayerischen Staatsrechtes*, München-Leipzig 1769. Cfr. anche D. WILLOWEIT, *Das Staatsrecht Kreittmayrs*, in R. BAUER, H. SCHLOSSER (a cura di), *Freiherr von Kreittmayr. Ein Leben für Recht, Staat und Politik*, 1991, 101-117.

⁽¹¹⁷⁾ KLIPPEL (nt. 65); indicazioni più precise ora in J. RÜCKERT, *Kant-Rezption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts*, in M.P. THOMPSON (a cura di), *John Locke und Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, 1991, 144-215, che data l'influsso diretto di Kant fino a circa il 1820.

⁽¹¹⁸⁾ R. VIERHAUS, *Montesquieu in Deutschland. Zur Geschichte seiner Wirkung als politischer Schriftsteller im 18. Jahrhundert*, in ID., (nt. 23), 9-32; F. HERDMANN, *Montesquieu-Rezeption in Deutschland im 18. und beginnenden 19. Jahrhundert*, 1990.

ormai da tempo ritenuta un principio di primaria importanza. Lo stesso vale per la distinzione, ormai generalmente accettata, tra beni dello Stato e beni patrimoniali, per l'idea del principe come servitore dello Stato, per l'indisponibilità del nucleo centrale della sfera giuridica degli uomini e dei cittadini nel rapporto tra cittadino e potere statale. Infine, è indicativa la separazione tra diritto costituzionale (*Constitutionsrecht* oppure *Verfassungsrecht*) e amministrativo (*Administrativrecht* oppure *Verwaltungsrecht*) ⁽¹¹⁹⁾. Anche se questi, in conformità con la vecchia dottrina dei diritti di sovranità, sono elencati l'uno dopo l'altro e vengono completati *ratione materiae* con il diritto vigente, viene a crearsi una specie di tradizione espositiva secondo la quale il diritto costituzionale ha un rango superiore al diritto amministrativo ed è strutturato secondo i diritti di sovranità oppure — come sarà nell'Ottocento — secondo le funzioni.

III. *Il tramonto dell'Impero e la sconfitta della Prussia.*

Il 12 luglio 1806 veniva fondata la Confederazione del Reno. Il primo agosto gli aderenti alla Confederazione dichiararono ufficialmente la secessione dall'Impero, e il 6 dello stesso mese Francesco II deponeva la corona ⁽¹²⁰⁾. Questi avvenimenti furono considerati dalla maggior parte dei contemporanei come la conclusione, divenuta ineludibile, di uno sviluppo ormai avviato da tempo ⁽¹²¹⁾. Essa non diede luogo a sconvolgimenti ne' patriottici ne' sociali. La metafora dell'Impero come « rovina gotica » non albergava più soltanto nella fantasia degli storici. La rovina appariva ormai sempre più inabitabile. L'Impero era diventato inattuale. Soltanto alcune cerchie lo ricordavano con nostalgia, riconoscendogli un carattere

⁽¹¹⁹⁾ Così per A.L. SCHLÖZER (nt. 47), 14 ss.; N.TH. GÖNNER (nt. 102), 4 ss.; LEIST (nt. 96) 2^a ed. Göttingen 1805, 1 ss.

⁽¹²⁰⁾ HUBER, I, 2^a ed. 1967, cap. 2, 75 ss. I testi sono riportati in HUBER, *Dokumente* 1, numero 5.

⁽¹²¹⁾ J. G. GAGLIARDO, *Reich and Nation. The Holy Roman Empire as Idea and Reality, 1783-1806*, Bloomington, London 1980; H. ANGERMEIER, *Deutschland zwischen Reichstradition und Nationalstaat. Verfassungspolitische Konzeptionen und Nationalstaat. Verfassungspolitische Konzeptionen und nationales Denken zwischen 1801 und 1815*, ZRG GA, 107 (1990), 19-101, con ulteriori indicazioni.

giusto, pacifico e liberale ⁽¹²²⁾, pur lamentando la sua innegabile debolezza nell'agire politico. Sarebbe però esagerato affermare che fu in generale « disprezzato » dai tedeschi e che la sua fine fu « ingnommosa » ⁽¹²³⁾. L'Impero aveva dato protezione ai liberi cavalieri dell'Impero, alle città imperiali e ai territori ecclesiastici, e grande era il prestigio del Tribunale camerale dell'Impero ⁽¹²⁴⁾. È ovvio che i pubblicisti imperiali, gli assessori del Tribunale camerale dell'Impero, i membri del Consiglio aulico e il resto del personale al servizio dell'Impero deplorassero la sua fine.

A partire dalla Pace di Basilea (5 aprile 1795) ⁽¹²⁵⁾, passando per il Trattato di Campoformio (17 ottobre 1797) ⁽¹²⁶⁾ e il Congresso di Rastatt, fino ad arrivare alla Pace di Lunéville (9 febbraio 1801) e al conseguente *recessus imperii* della Dieta imperiale (*Reichsdeputationshauptschluss*) del 25 febbraio 1803 ⁽¹²⁷⁾, non era più possibile negare che il disfacimento dell'Impero fosse inevitabile, forzato dalla maggior parte dei grandi ceti imperiali e addirittura dall'imperatore stesso. I territori ecclesiastici, la maggior parte delle città imperiali e i liberi cavalieri dell'Impero facevano parte degli sconfitti ⁽¹²⁸⁾. Gli

⁽¹²²⁾ Cfr. i testi di Aretin citati alla nt. 14 e alla nt. 9, 94 ss.

⁽¹²³⁾ G. ROELLECKE, *Kalte Verachtung und obszöner Repsekt. Politische Layouts nach 1806 und nach 1945*, in "Frankfurter Allgemeine Zeitung", 14.7.1988, 2, e in RJ, 7 (1988), 401-411; la posizione contraria è stata assunta da R. VIERHAUS, „Si tacuisses...“ *Bemerkungen zu Roelleckes „politischen Layouts“*, in RJ, 7 (1988), 412-416, con una replica di Roellecke in RJ, 8 (1989), 369-380.

⁽¹²⁴⁾ F. HERTZ, *Die Rechtssprechung der höchsten Reichsgerichte im römisch-deutschen Reich und ihre politische Bedeutung*, in MIÖG, 69 (1961), 331; B. DIESTELKAMP, *Das Reichskammergericht im Rechtsleben des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation*, 1985; A. LAUFS, *Reichskammergericht*, in HRG, IV (1990), 655-662.

⁽¹²⁵⁾ HUBER, I (1957), 29 ss.; H. HAUSHERR, *Hardenberg und der Friede von Basel*, in HZ, 184 (1957), 292-335.

⁽¹²⁶⁾ HUBER, I (1957), 32.

⁽¹²⁷⁾ A. SCHARNAGEL, *Zur Geschichte des Reichsdeputationshauptschlusses von 1803*, in Hist. Jahrb., 70 (1950), 238-259; HÖRNIG (nt. 7).

⁽¹²⁸⁾ Sull'opinione pubblica più critica nei riguardi delle signorie ecclesiastiche, cfr. P. WENDE, *Die geistlichen Staaten und ihre Auflösung im Urteil der zeitgenössischen Publizistik*, 1966; K.O. FRHR. V. ARETIN, (nt. 14), 403 ss. (in particolare 419 ss.). Sulla secolarizzazione cfr. HÖMIG (nt. 7) e HUBER, I (1957), § 4; J.G. WEIß, *Die Reichsritterschaft beim Ende des alten Reichs*, in ZGORh, 47 (1893), 298 ss.; H. MÜLLER, *Der letzte Kampf der Reichsritterschaft um ihre Selbstständigkeit*, 1910; E. v. WAECHTER, *Die letzten Jahre der deutschen Reichsritterschaft*, in Württ. VjH, 40 (1935), 243 ss.; R. VIERHAUS,

Stati intermedi (Baviera, Württemberg, Baden, Assia-Darmstadt, Nassau), che già da tempo aspiravano alla sovranità e che non avevano interesse a un rafforzamento dell'Impero, a partire dalla pace di Preßburg (26.12.1805) potevano considerarsi invece i vincitori, che reclamavano « lo spirito della costituzione territoriale »⁽¹²⁹⁾. Per questo motivo tra il 1795 e il 1803 vi fu un graduale cambiamento d'umore. Una parte della generazione più giovane apparteneva al gruppo degli ammiratori di Napoleone, un'altra parte sperava almeno che l'eliminazione dell'Impero e dei ceti feudali ed ecclesiastici ad esso collegati producesse una spinta modernizzatrice. In mancanza di un terzo stato attivo, questa poteva però essere raggiunta solo attraverso una rigida politica sovrana di ogni singolo Stato, nella tradizione dell'assolutismo illuminato. Sostenitori di questa politica erano essenzialmente gli alti funzionari⁽¹³⁰⁾. Anche coloro che miravano a un ammodernamento della società cetuale e che in linea di principio erano favorevoli all'Impero, sapevano però che esso era ormai svuotato di qualsiasi energia riformatrice. Per tale motivo vennero poste grandi speranze nella fondazione della Confederazione del Reno⁽¹³¹⁾.

L'opinione generale, secondo la quale con l'Impero era crollato — sotto la pressione esterna — un edificio non più risanabile, non fu praticamente neppure sfiorata da dubbi giuridici sulla dichiarazione di secessione dall'Impero e sulla deposizione della corona da

Eigentumsrecht und Mediatisierung. Der Kampf um die Rechte der Reichsritterschaft, 1803-1815, in ID., *Eigentum und Verfassung. Zur Eigentumsdiskussion im ausgehenden 19. Jahrhundert*, 1971, 229-257. Sulle città imperiali cfr. SCHROEDER (nt. 12).

⁽¹²⁹⁾ Cfr. K.S. ZACHARIÄ, *Geist der deutschen Territorialverfassung*, Leipzig 1800; J. F.X. v. EPPLER, *Ueber das Princip der deutschen Territorialverfassung*, Frankfurt a. M. 1803; N.TH. GÖNNER, *Ueber das rechtliche Princip der deutschen Territorialverfassung*, Landshut 1804. Si veda anche R. FREIN v. OER, *Der Friede von Pressburg. Ein Beitrag zur Diplomatiegeschichte des napoleonischen Zeitalters*, 1965.

⁽¹³⁰⁾ K.O. FRHR. v. ARETIN (a cura di), *Der aufgeklärte Absolutismus*, 1974.

⁽¹³¹⁾ H. BERDING, *Napoleonische Herrschafts- und Gesellschaftspolitik im Königreich Westfalen 1807-1813*, 1973; W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1977; E. FEHRENBACH, *Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, 2ª ed. 1978; ID., sintesi in *Vom Ancien Régime zum Wiener Kongreß*, 1981, 76 ss., 170 ss.; E. WEIS (a cura di), *Reformen im rheinbündischen Deutschland*, 1984.

parte dell'imperatore del 6 agosto 1806 ⁽¹³²⁾. Ovviamente, nessuna procedura giuridica disciplinava la separazione dall'Impero. Altrettanto ovviamente l'imperatore non poteva agire senza la Dieta imperiale, e in pratica la deposizione della corona imperiale avrebbe dovuto mettere in moto il meccanismo del vicariato imperiale e il processo di elezione. Ma queste erano solo fantasie. « L'Impero era in bancarotta, di esso non rimaneva che l'ombra » ⁽¹³³⁾. Gli unici soggetti che avrebbero potuto tenere in piedi l'Impero o erano già membri della Confederazione del Reno oppure lo sarebbero diventati di lì a poco, come ad esempio il Principato Elettorale di Sassonia, che vi aderì l'11 dicembre 1806. Le procedure concepite per le situazioni normali non funzionavano più. Si era spenta la volontà dell'Impero di sopravvivere ⁽¹³⁴⁾.

In Prussia la situazione era diversa. Con la sconfitta nella doppia battaglia di Jena e Auerstedt del 14 ottobre 1806, era crollato uno Stato che non aveva rinunciato a se stesso, ma che si era ingannato sulla misura delle proprie forze.

Durante il regno di Federico Guglielmo II (1786-1797) lo sviluppo dello Stato si era arrestato oppure si era trasformato — soprattutto sotto i ministri J.R. v. Bischoffwerder (1741-1803) e J.Ch. v. Wöllner (1732-1800) — in una spinta reazionaria dettata dalla paura di una rivoluzione. Allo stesso tempo le forze della borghesia si erano riunite, formando nell'apparato statale un gruppo di riformatori più giovani, che già prima del 1806 furono in grado di progettare o realizzare alcune riforme sotto Federico Guglielmo III (1791-1840).

La sconfitta del 1806 diventò successivamente il fattore che fece scattare quelle riforme ad ampio respiro che tradizionalmente vengono denominate « riforme di Stein e Hardenberg », e che vennero avviate dopo la pace di Tilsit (9 luglio 1807) o più precisamente

⁽¹³²⁾ HUBER, I (1957), 71 ss.; G. WALTER, *Der Zusammenbruch des Heiligen Römischen Reiches deutscher Nation und die Problematik seiner Restauration in den Jahren 1814-15*, 1980.

⁽¹³³⁾ NIPPERDEY, I, 12.

⁽¹³⁴⁾ U. RAMEIL, *Restitutio Imperii? Betrachtungen zu Sinclairs Entwurf einer Verfassung Deutschlands mit Rücksicht auf Hegels Verfassungsschrift*, in CH. JAMME-O. PÖGGELER (a cura di), „Frankfurt aber ist der Nabel dieser Erde“. *Das Schicksal einer Generation der Goethezeit*, 1983, 135-167.

dopo l'affidamento della « direzione di tutte le questioni civili »⁽¹³⁵⁾ al barone Karl vom und zum Stein (1757-1831)⁽¹³⁶⁾. La loro idea centrale non era soltanto di riorganizzare lo Stato, ma anche di rendere cittadini i sudditi, risvegliando la loro energia attraverso la partecipazione alla vita pubblica e dando loro la possibilità di una libertà modellata in piena autonomia⁽¹³⁷⁾. Si trattava del tentativo di superare la crisi dello Stato attraverso il passaggio da una tutela autoritaria a un pensiero liberale, all'insegna dell'identificazione tra popolo e Stato e della liberazione di quelle risorse intellettuali ed economiche ancora inespresse. Questa straordinaria partenza, avvenuta negli anni 1806-1814, con la quale la Prussia aveva avviato il passaggio dall'assolutismo all'epoca borghese, ha determinato per molto tempo la positiva immagine di cui la Prussia ha goduto nell'opinione pubblica ottocentesca, anche nei momenti in cui dominavano tendenze restauratrici. I liberali continuarono a sperare che la Prussia, sulla scia delle riforme di Stein e Hardenberg, assumesse una funzione di guida nel movimento costituzionale, mettendo da parte l'Austria di Metternich e portando a compimento la svolta verso lo Stato nazionale (costituzionale e liberale).

Le idee portanti di quelle riforme provengono da un gruppo di funzionari statali, e in particolare dal barone vom Stein. Già governatore (*Oberpräsident*) della Vestfalia, ruolo in cui aveva dimostrato una spiccata e moderna indole riformatrice abolendo la servitù della

⁽¹³⁵⁾ G.CHR. V. UNRUH, *Preußen. Die Veränderungen der Preußischen Staatsverfassung durch Sozial- und Verwaltungsreformen*, in DVG, II (1983), 399-470; B. VOGEL (a cura di), *Preußische Reformen 1807-1820*, 1980.

⁽¹³⁶⁾ R. HOKE, *Friede von Tilsit*, in HRG, V, 33 (1991), 241-244; A. ERLER, *Karl Frhr. vom Stein*, in HRG, IV (1990), in particolare 1938-1942, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽¹³⁷⁾ In questo senso anche J.G. FICHTE, *Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters*, Berlin 1806 (trad. it. *I tratti fondamentali dell'epoca presente*, Guerini, Milano 1999). La posizione liberale di Fichte ha però contorni indefiniti. In *Der geschlossene Handelsstaat*, Tübingen 1800 (trad. it. *Lo stato secondo ragione, o lo stato commerciale chiuso. Saggio di scienza del diritto e d'una politica del futuro*, Bocca, Torino 1909), egli aveva tratteggiato il modello di un controllo dell'economia caratterizzato dalla divisione per ceti e da scopi autarchici e di inibizione del commercio con l'esterno. Un chiaro rafforzamento della posizione dello Stato quale educatore, lasciando da parte il suo nazionalismo ancora legato a norme etiche, si ritrova anche in *Reden an die Deutsche Nation*, Berlin 1808 (trad. it. *I discorsi alla nazione tedesca*, Sandron, Milano 1915).

gleba e secolarizzando i beni ecclesiastici, a partire dal 1804, in qualità di « ministro dell'economia » (138), egli aveva abolito le dogane interne e istituito un ufficio statistico (139). Dopo la catastrofe prussiana nell'ottobre del 1806, e dopo una serie di contrasti con il re nel gennaio del 1807, nell'ottobre 1807 e nel novembre 1808 riuscì a varare le riforme che aveva trattenuto nel *memorandum* di Nassau (*Nassauer Denkschrift*, del giugno 1807): il vecchio sistema di gabinetto doveva essere sostituito da dipartimenti specializzati con una direzione collegiale. Questa novità fu, com'è stato detto a ragione, « non solo una pietra miliare nella storia amministrativa ma anche un atto costituzionale di portata epocale » (140). I governi provinciali presero il posto delle camere provinciali (141). A livello comunale l'unica — ma significativa — riforma che riuscì ad essere introdotta fu la *Städteordnung* del 19 novembre 1808 (142), mentre il nuovo ordinamento dei distretti patrimoniali, delle municipalità e delle province non si concluse fino alla metà del secolo. Il punto più importante delle riforme riguardava le riforme agrarie e sociali, a partire dal riconoscimento di coloro che coltivavano terre demaniali come proprietari terrieri a tutti gli effetti, passando per l'Editto di ottobre sull'affrancamento dei contadini dalla servitù della gleba del 9 ottobre 1807 (*Oktoberedikt*) (143), e giungere infine all'Editto di regolazione (*Regulierungsedikt*) e all'Editto per la cultura (*Landeskulturedikt*) del 1811 (144).

(138) *Minister des Akzise-, Zoll-, Salz-, Fabrik- und Kommerzialwesens. Neueste knappe Darstellung bei G. Chr. v. Unruh, Heinrich Friedrich Karl Reichsfreiherr vom und zum Stein (1757-1831)*, in K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS (a cura di), *Persönlichkeiten der Verwaltung*, 1991, 65-69.

(139) H. KLUETING, *Die Lehre von der Macht der Staaten. Das außenpolitische Machtproblem in der „politischen Wissenschaft“ und in der praktischen Politik im 18. Jahrhundert*, 1986.

(140) HUBER, II (1960), 150.

(141) K. SCHWABE, *Die preußischen Oberpräsidenten 1815-1945*, 1985; M. STOLLEIS, *Oberpräsident*, HRG, III (1984), col. 1153-1156.

(142) Cfr. G. CHR. V. UNRUH, in DVG, II (1983), 416 ss.

(143) HUBER, *Dokumente*, 1, nr. 7.

(144) N. HABERMANN, *Die preußische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums*, in H. COING-W. WILHELM (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. III, 1976, 3-43; DIPPER (nt. 3), 55 ss.

Sotto la responsabilità del cancelliere di stato K.A. Frhr. v. Hardenberg (1750-1822) ⁽¹⁴⁵⁾ furono intrapresi i più significativi provvedimenti sull'emancipazione degli ebrei ⁽¹⁴⁶⁾, la riforma del commercio e delle finanze ⁽¹⁴⁷⁾, la riforma dell'esercito ⁽¹⁴⁸⁾ — all'insegna del motto « tutti i cittadini dello Stato sono i difensori naturali dello Stato » (Scharnhorst) — e, infine, la cosiddetta riforma Humboldt dell'istruzione, con i suoi importanti miglioramenti riguardanti l'obbligo scolastico generale, la formazione dei docenti e la fondazione dell'Università di Berlino del 16 agosto 1809 ⁽¹⁴⁹⁾. L'idea centrale di tale riforma è stato espresso in maniera puntuale dal re in persona, come il « ridare allo Stato, attraverso le forze intellettuali, ciò che ha perduto sul piano materiale » (Memel, 1807).

Il dibattito politico in Prussia dopo il 1806 si concentrò naturalmente sulle questioni più urgenti. Le ragioni militari, politiche e amministrative del collasso vennero alla luce insieme alla più profonda causa della mancata identificazione dei cittadini con il proprio Stato. Fu a partire da quest'ultimo punto che il barone vom Stein ⁽¹⁵⁰⁾ avviò la sua opera di rimozione delle barriere cetuali e degli ostacoli economici, e di rafforzamento dell'autonomia ammi-

⁽¹⁴⁵⁾ P.G. THIELEN, *Karl August von Hardenberg, 1750-1822. Eine Biographie*, 1967; A. ERLER, *Karl August von Hardenberg*, HRG, I (1971), col. 2004-2007; G.CHR. V. UNRUH, in DVG, II (1983), 435 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽¹⁴⁶⁾ *Edikt betreffend die bürgerlichen Verhältnisse der Juden* dell'11.3.1812, PrGS, 17.

⁽¹⁴⁷⁾ Rientrano tra queste riforme l'abolizione delle dogane interne (1805, 1818), l'introduzione della libertà di commercio (editto del 28 ottobre 1810, PrGS 79), e l'abolizione dell'obbligo di aderire a una corporazione (legge del 7 settembre 1811, PrGS 263).

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto si veda più precisamente HUBER, II (1960), 216 ss. Importanti sono in particolare la legge sulla difesa del 3 settembre 1814 (HUBER, *Dokumente*, 1, nr. 18), il capitolato sull'organizzazione della difesa del 17 marzo 1813 (PrGS 36), e l'ordinamento della riserva del 21 aprile 1813 (PrGS 79), riuniti poi nell'ordinamento per la difesa del 21 novembre 1815 (PrGS 1816, 77)

⁽¹⁴⁹⁾ S.A. KAEHLER, *Wilhelm von Humboldt und der Staat*, 2^a ed. 1963; P. BERGLAR, *Wilhelm von Humboldt mit Selbstzeugnissen und Bilddokumenten*, 1970 (1985); C. MENZE, *Die Bildungsreform Wilhelm von Humboldts*, 1975; HUBER, I (1957), § 17.

⁽¹⁵⁰⁾ Una ricerca complessiva sulle riforme di Stein-Hardenberger è in W. HUBATSCH, *Die Stein-Hardenbergschen Reformen*, 1977; R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, 1967, 2^a ed. 1975; D. SCHWAB, *Die „Selbstverwaltungs Idee“ des Freiherrn*

nistrativa ⁽¹⁵¹⁾. È in questo senso che il 28 agosto del 1814 Gneisenau scrisse a Ernst Moritz Arndt che « il triplice primato delle armi, della Costituzione, delle scienze è l'unica cosa che ci può tenere in piedi in mezzo a vicini più potenti » ⁽¹⁵²⁾.

La discussione, negli anni tra il 1806 e il 1814, si concentrava esclusivamente sulle questioni pratiche della situazione attuale. Lo « Stato » era ancora, e sarebbe restato a lungo, l'amministrazione (*Administration*), e non la « Costituzione » (*Constitution*). La Prussia continuò la sua lunga tradizione amministrativa, compensando, in un certo senso, le aspirazioni di partecipazione politica della borghesia attraverso prestazioni amministrative e protezione giuridica. È caratteristica di quest'epoca la concentrazione degli scritti su questioni amministrative ⁽¹⁵³⁾. La « Costituzione » promessa non arrivò. L'opposizione tra vecchi ceti, la nobiltà rurale, la parte della burocrazia avversa alle riforme, il cambiamento di prospettiva successivo al 1815 e la pressione in politica estera di Metternich, furono tutti elementi che concorsero ad ostacolarla ⁽¹⁵⁴⁾.

vom Stein und ihre geistigen Grundlagen, 1971; v. UNRUH, *Preußen*, in DVG, II (1983), 399-470. Un breve riassunto si trova in G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, 272-278.

⁽¹⁵¹⁾ W. HUBATSCH, *Stein-Studien. Die preußische Reformen des Reichsfreiherrn Karl vom Stein zwischen Revolution und Restauration*, 1975; E. KLEIN, *Von der Reform zur Restauration. Finanzpolitik und Reformgesetzgebung des preußischen Staatskanzlers Karl August von Kardenberg*, 1965.

⁽¹⁵²⁾ G.H. PERTZ-H. DELBRÜCK, *Das Leben des Feldmarschalls Grafen Neithardt v. Gneisenau*, 4 voll., Berlin 1880, 279 ss.

⁽¹⁵³⁾ A.W. REHBERG, *Über die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft des Regenten*, Hannover 1807 (su Rehberg, cfr. U. VOGEL, *Konservative Kritik an der bürgerlichen Revolution. August Wilhelm Rehberg*, 1972); a Rehberg rispose F. v. BÜLOW, *Bemerkungen, veranlaßt durch das Hn Hofraths Rehberg Beurtheilung der königlich preußischen Staatsverwaltung und Staatsdienerschaft*, Frankfurt-Leipzig 1808; F. BUCHHOLZ, *Gemälde des gesellschaftlichen Zustandes im Königreich Preußen, bis zum 14. October des Jahres 1806*, Berlin-Leipzig 1808 (su Buchholz cfr. MUTHER, ADB, 3 (1876), 480; O. TSCHIRCH, *Geschichte der öffentlichen Meinung im Friedensjahrzehnt vom Baseler Frieden bis zum Zusammenbruch des Staates (1795-1806)*, 2 voll., 1933-34; W. HAACKE, NDB, 2 (1955), 701; F. v. CÖLLN, *Vertraute Briefe über die neuern Verhältnisse am preußischen Hofe seit Friedrichs II. Tode*, Leipzig 1807-09.

⁽¹⁵⁴⁾ A questo proposito cfr. il capitolo 4, III, 12.

IV. *La Confederazione del Reno e la sua letteratura.*

1. *La situazione politica e letteraria.*

Sia la Prussia — pur avendo perso la metà dei suoi territori — sia l'Austria mantennero la propria identità negli anni in cui Napoleone raggiunse l'apice del proprio potere. Negli Stati aderenti alla Confederazione del Reno la situazione mutò radicalmente dopo il 1803. L'Impero non era più in grado di proteggere i territori minori dagli attacchi degli Stati intermedi (Baviera, Württemberg, Baden, Assia). Gli Stati intermedi per poter sopravvivere e integrare le nuove parti del paese rivendicavano la loro « sovranità statale » e vi si riferivano quale punto di partenza dei loro intensi sforzi di modernizzazione. Da una parte, si recuperava ciò che era stato in parte già raggiunto grazie alle riforme ispirate dall'assolutismo illuminato di Federico II e Giuseppe II, e da un'altra parte s'instaurava un'idea di Stato completamente nuova di stampo francese ⁽¹⁵⁵⁾. Il suo nodo centrale era la sovranità onnipotente di uno Stato, che si teneva lontano sia dall'assolutismo personalistico sia dalla partecipazione al potere della borghesia. I problemi da risolvere all'interno della Confederazione del Reno si differenziavano in modo decisivo da quelli della Prussia o dell'Austria. Il catalogo delle questioni impellenti era lungo: Costituzione confederale *versus* sovranità dei singoli Stati, riforme della Confederazione del Reno o dei singoli Stati, incorporazione dei soggetti « mediatizzati » e dei nuovi sudditi degli Stati, recezione del diritto francese o codificazione di un

⁽¹⁵⁵⁾ F.L. KNEMEYER, *Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1970; ID., *Die Rheinbundstaaten bis 1814*, in DVG, II (1983), 333 ss. Tra la letteratura meno recente TH. BITTERAU, *Geschichte des Rheinbundes und der Untergang des alten Reiches*, I, 1905 (ristampa 1983); H.A.L. FISHER, *Studies in Napoleonic Statemanship*, Oxford 1903; M. DOEBERL, *Rheinbundverfassung und bayerische Konsitution*, Sitz. Br. D. Bay. Akad. d. Wiss. Philos.-Philolog. Hist. Kl. 1924, 5 App.; E. HÖLZLE, *Das Napoleonische Staatensystem in Deutschland*, in HZ, 148 (1933), 277-293; ID., *Württemberg im Zeitalter Napoleons und der deutschen Erhebung*, 1937; M. DUNAN, *Napoléon et l'Allemagne. Le système continental et les débuts du royaume de Bavière 1806-1810*, Paris 1942; K. V. RAUMER, « *Préfecture française* », Festgabe Braubach, 1964, 636; una ricostruzione complessiva è adesso in E. WEIS (a cura di), *Reformen im rheinbündnischen Deutschland*, 1984, e in E. FEHRENBACH, *Vom Ancien Régime zum Wiener Kongress*, 2^a ed. 1986.

proprio ordinamento giuridico, modernizzazione dell'apparato amministrativo e riordinamento dei rapporti tra Chiesa e Stato dopo il processo di secolarizzazione.

La cosiddetta "letteratura della Confederazione del Reno" (*Rheinbundliteratur*) che sorge in questi anni è specchio fedele della instabile situazione in cui furono discusse le questioni politiche, scientifiche e giuridiche dello Stato. Si tratta in questo caso di un insieme eterogeneo di espressioni politiche, statistiche e di diritto pubblico, in un primo tempo accomunate soltanto dal riferimento a quella costruzione, esistente tra il 1806 e il 1813, che racchiudeva sotto un unico e predominante protettorato gli Stati intermedi, minori e minimi ⁽¹⁵⁶⁾, i quali a loro volta perseguivano interessi completamente diversi. Gli Stati più grandi, resi più docili dall'ampliamento territoriale e dall'innalzamento di rango, cercarono di mantenere i loro possessi e la loro sovranità senza entrare in conflitto con Napoleone ⁽¹⁵⁷⁾. Il bendisposto ma impotente Karl-Theodor von Dalberg (1744-1817), principe primate della Confederazione del Reno e granduca di Francoforte, arcivescovo di Aschaffenburg-Regensburg e vescovo di Costanza ⁽¹⁵⁸⁾, sperava in una costituzione confederale e nelle riforme. Quanto ai territori minori e minimi, si può ben capire perché, nell'impossibilità di creare una effettiva forma di opposizione, essi preferissero comportarsi come leali membri della Confederazione.

In modo altrettanto vario si espressero gli autori della pubblicistica contemporanea. Alcuni si mostrarono felici di potersi scrolare di dosso il millenario peso della storia giuridica e della pubbli-

⁽¹⁵⁶⁾ W. v. GROOTE (a cura di), *Napoleon I. und die Staatenwelt seiner Zeit*, 1969; H.-O. SIEBURG (a cura di), *Napoleon und Europa*, 1971; A. v. REDEN-DOHNA (a cura di), *Deutschland und Italien im Zeitalter Napoleons*, 1979; M. WIERICHS, *Napoleon und das „Dritte Deutschland“ 1805-1806. Die Entstehung der Großherzogtümer Baden, Berg und Hessen*, 1978.

⁽¹⁵⁷⁾ Ampie testimonianze ora in P. SAUER, *Napoleons Adler über Württemberg, Baden und Hohenzollern. Südwestdeutschland in der Rheinbundzeit*, 1987.

⁽¹⁵⁸⁾ A. FREYH, *Karl Theodor von Dalberg: ein Beitrag zum Verhältnis von politischer Theorie und Regierungspraxis in der Endphase des aufgeklärten Absolutismus*, 1978; K. ROB, *Karl Theodor von Dalberg (1744-1817). Eine politische Biographie für die Jahre 1744-1806*, 1984; K.M. FÄRBER, *Kaiser und Erzkanzler Carl von Dalberg und Napoleon am Ende des Alten Reiches*, 1988.

cistica imperiale. Finalmente sembrava possibile, sotto la tutela di un protettore, abbattere le resistenze politiche interne a favore di riforme oramai indispensabili ⁽¹⁵⁹⁾. Questi autori rivendicavano l'importanza del ruolo della sovranità, dell'integrazione delle nuove parti del paese e di una legislazione energica. Altri si esprimevano con cautela, a volte controllati sia dalla censura di Napoleone sia da quella dei propri signori cetuali, soffermandosi a lungo su aspetti scontati e accennando appena ai punti problematici, sempre che non li omettessero del tutto. Altri ancora s'impegnavano in qualità di eruditi a favore della Confederazione del Reno, considerandola come lo strumento idoneo a traghettare la tradizione della pubblicistica imperiale nella modernità. A tutto questo si aggiungevano le speranze nazionalistiche: la perduta funzione unificatrice dell'Impero doveva — così si sperava — essere sostituita da un diritto pubblico comune tedesco, scaturente dalla Confederazione del Reno ⁽¹⁶⁰⁾. Chi la pensava così, poteva sentirsi avvocato di un'unità della quale nessuno più sembrava essere responsabile ⁽¹⁶¹⁾.

Tutti questi atteggiamenti sono accomunati dal fatto che a causa della vaghezza del loro oggetto non erano altro che abbozzi, mentre i più sviluppati tra loro erano in insanabile conflitto con il proprio tempo ⁽¹⁶²⁾. In sostanza, il mezzo di pubblicazione adatto alla

⁽¹⁵⁹⁾ E. WEIS, *Montgelas. 1759-1799. Zwischen Revolution und Reform*, vol. I, 2^a ed. 1988, e *Montgelas. 1799-1838. Der Architekt des modernen bayerischen Staates*, 2005.

⁽¹⁶⁰⁾ J.G. PAHL, *Über das Einheitsprincip in dem Systeme des Rheinischen Bundes*, Nördlingen 1808. Questi tentativi ebbero una eco duratura. Cfr. C.F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852, 8: «Alcuni dei vecchi pubblicisti imperiali, con improvvisa remissività, decisero di dedicare le proprie energie, spese fino ad allora per l'Impero, all'esposizione del diritto della Confederazione del Reno».

⁽¹⁶¹⁾ M. FRIEDRICH, *Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in *JöR*, 34 (1985), 1 ss.

⁽¹⁶²⁾ Quando Jean Paul rivolse il suo sguardo indietro, al tempo del Congresso di Vienna (*Nachdämmerungen für Deutschland*, in *Politische Fastenpredigten während Deutschlands Marterwoche*, 1816), ironizzò: «Tra l'altro, nel 1809 e anche più tardi, si continuò a scrivere nelle migliori trattazioni giuridiche e pubblicistiche dell'atto di confederazione voluto da Napoleone, e si trassero conclusioni molto precise, che non possono essere confutate in quanto l'atto stesso non entrò mai in vigore. Così Lichtenberg considera la possibilità che gli astronomi possano occuparsi per tanti anni delle stelle fisse, calcolando e osservando, pur essendo queste già svanite da tempo, in quanto ne rimane ancora il luccichio sulla lunga strada che lo porta fino a noi».

Confederazione del Reno non era il libro di testo, il manuale o il « sistema », ma era la rivista, la raccolta di saggi, il lavoro accademico dedicato a questioni attuali ⁽¹⁶³⁾ o addirittura il volantino. La Confederazione del Reno era oggetto in tutti i giornali di un dibattito a carattere pubblico in cui si esprimeva la veloce politicizzazione della società. I contributi si concentravano in modo particolare sul ruolo degli organi centrali, come nella rivista di P.A. Winkopp « Der Rheinische Bund » (1806-1813), nel quotidiano « Die Rheinische Bundes-Zeitung » ⁽¹⁶⁴⁾, oltre che nel « Kriegsarchiv des rheinischen Bundes » (1806-1807) ⁽¹⁶⁵⁾, in « Germanien » ⁽¹⁶⁶⁾, ma anche in « Minerva » ⁽¹⁶⁷⁾, negli « Europäischen Annalen » ⁽¹⁶⁸⁾, nelle « Europäischen Staats-Relationen » ⁽¹⁶⁹⁾, nella « Nationale-Chronik der Teutschen » ⁽¹⁷⁰⁾, nella « Jenaische Allgemeine Literatur-Zeitung » (dal 1804) e in altre riviste ancora. Tra queste, « Der Rheinische Bund » si distingueva sia per il livello qualitativo, sia per il tentativo di sfruttare al massimo, in ottica riformatrice e nazionalistica, le possibilità che la Confederazione del Reno — nonostante fosse stata di fatto imposta e non liberamente istituita — offriva.

Nella maggior parte delle riviste dominava — fino alla caduta di Napoleone — l'impeto illuministico di mettere da parte i pregiudizi, rendere pubbliche conoscenze utili (soprattutto di statistica), discutere le riforme e in generale rendere le questioni pubbliche oggetto

⁽¹⁶³⁾ Cfr. A.H. MEISEL, *Quaestiones de jure civitatum foederi Rbenano adscriptarum*, Leipzig 1811, che nella sua discussione di dottorato tratta della permanenza del diritto imperiale in ambito civilistico negli Stati della Confederazione del Reno.

⁽¹⁶⁴⁾ Mannheim 1808-1809, guidato da Heinrich Eschenmayer (1763-1820), professore di economia statale a Heidelberg.

⁽¹⁶⁵⁾ Bamberg 1806-1808, edito da Paul Oesterreicher.

⁽¹⁶⁶⁾ *Germanien, eine Zeitschrift für Staats-Recht, Politik und Statistik von Deutschland*, edito da A.F.W. Crome (1753-1833) e K. Jaup (1781-1860), voll. I-IV, Gießen 1808-1811. Continuato poi con il titolo di *Europa und Germanien* (1812).

⁽¹⁶⁷⁾ J.W. v. ARCHENHOLTZ (a cura di), « Minerva. Ein Journal historischen und politischen Inhalts », Berlin-Jena 1792-1858.

⁽¹⁶⁸⁾ *Europäische Annalen*, Tübingen-Stuttgart 1795-1820, curato fino al 1804 da E.L. Posselt.

⁽¹⁶⁹⁾ Editto da Niklas Vogt (1756-1836), 1804-1809. Su Vogt: H. WEBER, *Vogt*, 1984.

⁽¹⁷⁰⁾ Editto da J.G. (v.) Pahl, Gmünd 1801-1809.

di una discussione ⁽¹⁷¹⁾. Una funzione centrale era conferita alla « statistica », utilizzata più o meno in modo politico come collegamento tra politica, giurisprudenza e storia. Anche i governi riconoscevano sempre più il potere dell'opinione pubblica, utilizzando i giornali per divulgare notizie ufficiali, per pubblicare le leggi e per diffondere le opinioni da loro caldegiate. La forma più ruvida di riconoscimento negativo dell'« opinione pubblica » in quanto potere politico era chiaramente la censura, presto riattivata, con i suoi imponenti apparati burocratici ⁽¹⁷²⁾.

2. *La nuova sovranità.*

Una delle prime questioni che furono poste al momento dell'Atto istitutivo della Confederazione del Reno (*Rheinbundakte*) del 12 luglio 1806 riguardava l'estensione del potere legislativo. Tale questione coinvolgeva, secondo una tradizione che affondava le radici in tempi antichi ⁽¹⁷³⁾, il fulcro della sovranità, e si riferiva sia alla Confederazione germanica sia ai suoi singoli membri. Venuti meno i legami della sovranità affermati dalla costituzione imperiale, e dunque « toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu'à présent concerner et obliger les rois et princes » ⁽¹⁷⁴⁾, i legislatori dei territori sembravano godere di una nuova libertà. Dipendeva tutto, quindi, dall'interpretazione del futuro rapporto tra potere centrale confederale e sovranità dei membri. Se la Confederazione del Reno fosse diventata un vero Stato federale (*Bundesstaat*), dotata di effettive prerogative costituzionali, non si sarebbe potuto conciliarla con un'illimitata sovranità dei membri. I singoli Stati erano al più disposti ad accettare le irrilevanti funzioni di coordinazione e amministrazione proposte da Dalberg. Fino a quando Napoleone

⁽¹⁷¹⁾ U.A.J. BECHER, *Politische Gesellschaft. Studien zur Genese bürgerlicher Öffentlichkeit in Deutschland*, 1978; KLUETING (nt. 139).

⁽¹⁷²⁾ E. BÜSSEM, *Die Karlsbader Beschlüsse von 1819*, 1974; J. MARX, *Die österreichische Zensur im Vormärz*, 1959.

⁽¹⁷³⁾ M. STOLLEIS, *Condere leges et interpretari. Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit*, in Id., *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit*, 1990, 167 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ Art. 2 dell'Atto istitutivo della Confederazione del Reno (HUBER, *Dokumente*, I, nr. 2).

prendeva sul serio la Confederazione del Reno e la considerava in espansione, chiaramente si doveva rimanere cauti.

Nicolaus Thaddäus Gönner, che pure aveva difeso in precedenza l'unità dell'Impero e considerato quello dei territori come un potere derivato, fu il più rapido a reagire diventando un sostenitore della sovranità dei singoli Stati ⁽¹⁷⁵⁾, che egli però faceva derivare dall'Atto istitutivo della Confederazione del Reno, in modo da scongiurare il ritorno a precedenti posizioni oramai sorpassate. Si trattava di un'astuzia giuridica, che corrispondeva in particolare agli interessi della Baviera di Montgelas ⁽¹⁷⁶⁾. Mentre spiegava che non sarebbe più potuto esistere un comune diritto privato tedesco, Gönner apriva la strada a una legislazione particolaristica che poteva accantonare i privilegi della nobiltà e del clero. Quest'ultimo punto, collegato a una costituzione rappresentativa, sembrava diventare la strada logica e necessaria per arrivare a un'integrazione delle nuove parti del paese e a una « costituzionalizzazione » del debito pubblico ⁽¹⁷⁷⁾.

Su questa linea politica si trovava anche lo *Entwurf eines Staatsrechts für den Rheinischen Bund nach den Grundsätzen des allgemeinen Völkerrechts* di Joseph Zintel, procuratore presso l'*Hofgericht*, scritto in brevissimo tempo ⁽¹⁷⁸⁾, del quale si diceva che fosse « interessante soltanto per la sua superficialità » ⁽¹⁷⁹⁾. In effetti, l'opera era priva di una struttura autonoma ed era scritta con una

⁽¹⁷⁵⁾ ANONIMO (= N. TH. GÖNNER), *Ueber den Umsturz der deutschen Staatsverfassung und seinen Einfluß auf die Quellen des Privatrechts in den neu souveränen Staaten der rheinischen Conföderation*, Landshut 1807. Gönner se ne dichiara autore in « Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums », 1, 1808, 1.

⁽¹⁷⁶⁾ W. QUINT, *Souveränitätspolitik in Bayern. Von der Mitte des 17. bis zur Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1971; E. WEIS, *Montgelas* (nt. 159).

⁽¹⁷⁷⁾ H.P. ULLMANN, *Staatsschulden und Reformpolitik. Die Entstehung moderner öffentlicher Schulden in Bayern und Baden 1780-1820*, 2 voll. 1986; ID., *Die öffentlichen Schulden in Bayern und Baden 1780-1820*, in HZ, 242 (1986), 31-67; ID., *Überlegungen zur Entstehung des öffentlichen verfassungsmäßigen Kredits in den Rheinbundstaaten (Bayern, Württemberg und Baden)*, in H. BERDING (a cura di), *Napoleonische Herrschaft und Modernisierung*, 1980, 500-522; W. DEMEL, *Der bayerische Staatsabsolutismus 1806/08-1817*, 1983.

⁽¹⁷⁸⁾ La prefazione è datata 1 gennaio 1807.

⁽¹⁷⁹⁾ K.A.H. CHR. V. KAMPTZ, *Beyträge zum Staats- und Völkerrecht*, vol. I, Berlin 1815, 18.

certa diplomatica vaghezza ⁽¹⁸⁰⁾. Essa ruotava, nelle sue argomentazioni, intorno alla sovranità dei singoli Stati. Assunta come unica base giuridica il diritto delle genti, Zintel poteva sostenere che ogni limitazione di sovranità decisa dalla Confederazione del Reno doveva sottostare a un accordo internazionale. Sul piano giuridico la differenza nei confronti di Gönner è quindi che Zintel negava che la costituzione della Confederazione del Reno limitasse la sovranità dei suoi membri, mentre Gönner vedeva proprio in essa l'unica fonte di sovranità. Entrambi naturalmente miravano a garantire la massima libertà di azione del governo bavarese, il che significava per Gönner la capacità di avviare riforme sul piano interno e per Zintel l'emancipazione da inaccettabili pressioni dall'esterno (cosa che però non gli impedì di lodare « il più gran monarca che l'Europa abbia mai visto »). Quello che in sostanza Zintel proponeva non era neppure vagamente accettabile per i suoi contemporanei: « Dato che il Signor Z. [...] non può aspettare, e che nel "periodo di rivoluzione", di cui parla a pag. 8, si rivoluzionerebbe volentieri anch'egli, e che tuttavia non è neppure in grado di inventarsi quali vantaggi futuri ne verrebbero, egli finisce per costruire castelli in aria fondati sui *suoi* principî di diritto delle genti generale. Così egli tesse, senza alcuna materia prima, facendo tutto da solo, ma non dalla testa, come i ragni, una messe di tela brutta e marcia. Così intrattiene se stesso e i suoi simili con il fantasma di un principio di sovranità, che impaglia e traveste secondo le sue fantasie » ⁽¹⁸¹⁾. Mohl in seguito avrebbe più concisamente parlato di « deplorable scribacchiatura di Zintel » ⁽¹⁸²⁾.

3. *La Confederazione del Reno come Stato federale.*

Wilhelm Joseph Behr (1775-1851) ⁽¹⁸³⁾ aveva studiato a Gottinga con Pütter e Schlözer, per poi iniziare la sua carriera nel 1799

⁽¹⁸⁰⁾ Chiara è, però, la posizione contro la Chiesa cattolica, che egli desidera sottoporre a un rigido controllo (103-115).

⁽¹⁸¹⁾ J.L.A. SEIDENSTICKER, « Jenaische Allgemeine Literaturzeitung », nr. 282 del 3 dicembre 1807, col. 436 s.

⁽¹⁸²⁾ MOHL, II, 481.

⁽¹⁸³⁾ HEIGEL, ADB, 2 (1875), 286; ANGERMANN, NDB, 2 (1955), 10 s.; LANDSBERG, III-2, nt. 83 s.; L. GRÖSSER, *Der gemäßigte Liberalismus im bayerischen Landtag von 1819-1848*, diss., München 1929; F. MERZBACHER, ZBLG, 40 (1977), 303 ss.; M.

a Würzburg come professore straordinario di diritto feudale e dal 1800 anche di dottrina generale dello Stato⁽¹⁸⁴⁾. Era stato dunque dal 1802 al 1805 suddito della Baviera, e dal 1806 al 1814, a causa del mutamento del possesso del Principato di Würzburg, suddito del Granducato di Toscana⁽¹⁸⁵⁾, anche quest'ultimo membro della Confederazione del Reno. Per queste ragioni Behr può essere considerato qui solo in parte come autore bavarese⁽¹⁸⁶⁾. Neppure i suoi lavori sulla Confederazione del Reno⁽¹⁸⁷⁾ perseguivano l'obiettivo della sovranità interna o esterna degli Stati confederati, ma prendevano ancora sul serio la pretesa della Confederazione del Reno, in un primo tempo ancora credibile, di volere diventare uno Stato federale costituzionale. Behr sosteneva con decisione riforme dalle quali sperava — esattamente come il barone vom Stein — potesse derivare una più forte identificazione dei cittadini con il loro Stato. L'omogeneità tra gli Stati della Confederazione del Reno, rinnovati internamente, doveva portare ad uno Stato nazionale federativo, i cui singoli Stati dovevano essere monarchie costituzionali a « rappresentanza nazionale »⁽¹⁸⁸⁾. Il problema di Behr consisteva dunque soprattutto nel trovare un equilibrio tra il diritto di sovranità dei singoli Stati e la sintesi, a suo parere indispensabile, rappresentata dalla auspicata futura costituzione della Confederazione del Re-

DOMARUS, *Bürgermeister Behr. Ein Kämpfer für den Rechtsstaat*, 3^a ed., 1985; U. WAGNER (a cura di), *Wilhelm Josef Behr*, 1985.

⁽¹⁸⁴⁾ W.J. BEHR, *System der allgemeinen Staatslehre zum Gebrauche für seine Vorlesungen*, Bamberg 1804.

⁽¹⁸⁵⁾ A. CHROUST, *Geschichte des Großherzogtums Würzburg (1806-1814)*, 1932; W. BILZ, *Die Großherzogtümer Würzburg und Frankfurt*, diss., Würzburg 1968.

⁽¹⁸⁶⁾ PILOTY, (nt. 101) insiste su questo punto, in quanto bavarese e per i suoi stretti rapporti con Ludovico I.

⁽¹⁸⁷⁾ D.J.W.B.PR. IN W. (W.J. BEHR, professore a Würzburg), *Der Organismus des rheinischen (deutschen) Bundes, zum Behufe seines Zwecks, soweit er bis jetzt positiv bestimmt ist, und Materialien zur näheren Bestimmung jenes Organismus*, Altona 1807; ID., *Das teutsche Reich und der Rheinische Bund; eine publicistisch-politische Parallele zur Ausmittelung der Vorzüge, welche der Rheinische Bund vor dem Römischen Reiche der deutschen Nation darbietet und darbieten wird*, Frankfurt 1808; ma in particolare ID., *Systematische Darstellung des rheinischen Bundes aus dem Standpunkte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt 1808.

⁽¹⁸⁸⁾ W.J. BEHR, *Versuch des Grundrisses einer Constitution für Monarchien*, Bamberg 1816.

no (189). Il suo appello ai tedeschi di approfittare delle possibilità di modernizzazione offerte dalla Confederazione del Reno, al fine di realizzare libertà ed eguaglianza, univa un'ammirazione per il modello francese e per Napoleone con un atteggiamento nazionalistico e liberale, quale appariva sicuramente plausibile prima del 1814, almeno per un animo idealista. Behr chiedeva che l'esecutivo e il monarca fossero giuridicamente vincolati alla legge, e invocava la libertà d'opinione e di stampa, la libertà scientifica ed economica, l'abolizione dei privilegi nobiliari e soprattutto la partecipazione parlamentare del terzo stato (190). Il suo « sistema » del 1804 è definito da Robert Piloty come una « opera storica, infuocata, scritta con il sangue, dall'entusiasmo travolgente, piena di rivelazioni coraggiose e della forza incendiaria dell'individualità », e ancora: « Behr è la voce tedesca della rivoluzione. La sua idea di uno Stato costituzionale, che sviluppa in 100 paragrafi, è in fondo un invito a tutti i popoli della terra per la loro autoliberazione » (191).

A uno sguardo più attento non sarebbe sfuggito che questo concetto non era realistico ancora prima della fine della Confederazione del Reno. Napoleone utilizzava la Confederazione come bacino di reclutamento per le sue armate e aveva presto perso interesse per una sua costituzione. E gli Stati più forti non erano disposti a devolvere la propria sovranità a favore della Confederazione guidata da Dalberg. Inoltre, dopo il 1815 le forze conservatrici si erano talmente rafforzate da poter incominciare a ritirare le riforme che erano state realizzate sotto la pressione napoleonica.

(189) Cfr. a questo proposito la *Systematische Darstellung des rheinischen Bundes* (1808) in particolare i capp. V (*Verhältnis der Mitglieder des Rheinbundes untereinander*), VI (*Stellung des Protektors*), VIII (*Rechte und Pflichten, nach außen und innen*).

(190) Soprattutto in *System der allgemeinen Staatslehre*, 1804 e *System der angewandten allgemeinen Staatslehre oder Staatskunst*, Frankfurt 1810; ID., *Darstellung der Bedürfnisse, Wünsche und Hoffnungen deutscher Nation*, Aschaffenburg 1814. Altre opere: W.J. BEHR, *Staatswissenschaftliche Erörterung der Fragen: 1. Inwieferne ist der Regent eines Staates an die Handlungen seines Regierungsvorfahren gebunden? [...]*, Bamberg-Leipzig 1818; ID., *Die Lehre von der Wirthschaft des Staats, oder pragmatische Theorie der Finanzgesetzgebung und Finanzverwaltung*, Leipzig 1822; ID., *Bedürfnisse und Wünsche der Baiern, begründet durch freimüthige Reflexionen, über die Verfassung, die Gesetzgebung und Verwaltung des Baierschen Staats*, Stuttgart 1830.

(191) PILOTY (nt. 101), 224.

Behr, « l'idealista dello Stato puro come l'acqua più cristallina, completamente appagato dalle idee sullo Stato di Rousseau, Kant e Schiller »⁽¹⁹²⁾, non poteva o non voleva rendersene conto. Il resto della sua vita sarebbe stato impressionante, la sua fine infelice. Dal 1819 Behr guidò l'opposizione nella prima assemblea dei ceti bavaresi, dal 1821 fu borgomastro a Würzburg. I rapporti tra Behr e il governo di Monaco diventarono più difficili nel clima delle tensioni politiche interne seguite ai deliberati di Karlsbad. Nel 1831 non ottenne la riconferma del suo mandato al *Landtag*. Ci furono dimostrazioni e « celebrazioni per la costituzione »⁽¹⁹³⁾, a seguito delle quali Behr fu in malo modo denunciato, sospeso dal suo ufficio (1832), imprigionato (1833) e, nel 1836, condannato all'ergastolo per alto tradimento e lesa maestà e obbligato a fare pubblica ammenda davanti al ritratto del re. Solo con l'amnistia del 6 marzo 1848 Behr fu liberato e ottenne un nuovo mandato per la *Paulskirche*. Era ormai un uomo distrutto⁽¹⁹⁴⁾.

Se si osservano gli autori attivi nella medesima epoca nel Baden⁽¹⁹⁵⁾, è possibile rintracciare analoghe aporie dovute alla situazione politica. Come la Baviera, il Baden era interessato all'esercizio della propria sovranità e all'integrazione delle nuove parti del paese. Ma, rispetto alla Baviera, era ancora più sotto la pressione della censura e della presenza francese. Per questo motivo si poteva affrontare solo con grande cautela la questione se Napoleone fosse un effettivo « membro » della Confederazione, o se esistesse invece un potere a lui superiore. Altrettanto difficili erano le questioni riguardanti la recezione del diritto francese e la disciplina dei rapporti giuridici dei rappresentanti dei ceti.

Eppure il panorama intellettuale, almeno fino al Congresso di

⁽¹⁹²⁾ PILOTY (nt. 101), 222.

⁽¹⁹³⁾ Così nel parco del castello di Gaibach, nei pressi di Schweinfurt, il 26 maggio del 1832 in occasione dell'inaugurazione di una « colonna della Costituzione » per ricordare l'entrata in vigore della Costituzione bavarese del 16 maggio 1818. Su questa festa cfr. la descrizione dettagliata di DOMARUS (nt. 183), 167 ss. Un giorno più tardi, il 27 maggio del 1832, ebbe luogo la « festa di Hambach » nel Palatinato.

⁽¹⁹⁴⁾ HEIGEL (nt. 183); DOMARUS (nt. 183).

⁽¹⁹⁵⁾ ZACHARIÄ (cfr. nt. 129); J.N.F. BRAUER, *Beyträge zu einem allgemeinen Staatsrecht der Rheinischen Bundes-Staaten*, Karlsruhe 1807; J.L. KLÜBER, *Staatsrecht des Rheinbundes* (nt. 58).

Vienna, era tutt'altro che angusto, specialmente presso la nuova — e immediatamente divenuta prestigiosa — università di Heidelberg. Dal 1803 quest'università richiamò personalità di spicco, in particolare A.F.J. Thibaut (1772-1840), Ch.R.D. Martin (1772-1857), J.L. Klüber (1762-1837), G.A. Heise (1778-1851) e C.S. Zachariä (1769-1843) ⁽¹⁹⁶⁾. I motivi di quest'interesse erano evidenti: « una vita che pulsava liberamente, un incrocio di tutte le confessioni, una piacevole condotta di vita grazie al benessere generale, giovanissime costruzioni statali e giuridiche che richiedevano espressamente una rielaborazione scientifica. In più la condizione fiorente dell'università, la compagnia di studiosi eccezionali che stimolava la competizione intellettuale, le condizioni politiche eccitanti! » ⁽¹⁹⁷⁾. La giurisprudenza — « perla della nuova università » ⁽¹⁹⁸⁾ — esercitava una formidabile attrattiva. Nel semestre estivo del 1809 più della metà degli studenti vi studiava diritto. Il vero riformatore dello Stato del Baden, Sigismund von Reitzenstein ⁽¹⁹⁹⁾, fu rettore dell'università tra il 1806 e il 1807.

In queste circostanze fu naturale attivare immediatamente i corsi universitari sul diritto pubblico della Confederazione del Reno. Zachariä e Klüber erano gli studiosi più adatti a questo scopo. Carl

⁽¹⁹⁶⁾ J. RÜCKERT, *Heidelberg um 1804, oder: die erfolgreiche Modernisierung der Jurisprudenz durch Thibaut, Savigny, Heise, Martin, Zachariä u.a.*, in F. STRACK (a cura di), *Heidelberg im säkularen Umbruch. Traditionsbewußtsein und Kulturpolitik um 1800*, 1987, 83-116.

⁽¹⁹⁷⁾ LANDSBERG, III-2, 104. Cfr. anche W. LEISER, *Die Juristische Fakultät und die Heidelberger-Romantik (1805-1820)*, in *Semper Apertus*, 1985, 84-104.

⁽¹⁹⁸⁾ L. GALL, *Die Heidelberger Jahrbücher. Geschichte und Neubegründung*, in ZGORh, 111 (1963), 307-331 (316). Ivi anche sul conflitto tra facoltà del 1814-15 riguardo al penalista e processualista CH.R.D. MARTIN, provocato probabilmente dal « timore della rivoluzione » di Thibaut (F. LAUTENSCHLAGER, *Die Universität Heidelberg und der Fall Martin. Mit ungedruckten Briefen aus dem Nachlaß des Juristen Georg Arnold Heise*, in ZGORh, 85, 1933, 636-663). Martin, Klüber e il filosofo Fries lasciarono l'università nel 1816-17.

⁽¹⁹⁹⁾ F. SCHNABEL, *Sigismund von Reitzenstein, der Begründer des Badischen Staates (Schr. Reihe der Ak. Mitt. Heidelberg)*, a cura di F. LAUTENSCHLAGER e H. MITGAU, vol. 6, 1927, 81 ss.; TH. SCHNABEL, *Sigismund Karl Johann von Reitzenstein (1766-1847)*, in JESERICH-NEUHAUS (nt. 138), 79-83 con bibliografia.

Salomo Zachariä (1769-1843) ⁽²⁰⁰⁾, che era arrivato nel 1807 da Wittemberg e che aveva scritto su quasi tutti i campi del diritto ⁽²⁰¹⁾, diede inizio alla pubblicistica del Baden sulla Confederazione del Reno con la pubblicazione del suo compendio in latino dedicato al diritto pubblico degli Stati della Confederazione ⁽²⁰²⁾. I 72 paragrafi della sua breve opera dedicata agli studenti servivano da primo orientamento. Zachariä descriveva la genesi della Confederazione del Reno, definiva il suo *ius publicum* e le sue fonti, tra l'altro ponendovi a fondamento anche la differenza tra diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*) e diritto amministrativo (*Regierungsrecht*). Il testo prosegue affrontando i seguenti temi: i membri della Confederazione, la loro sovranità verso l'esterno e le relative limitazioni fissate dall'Atto istitutivo; le costituzioni territoriali e i ceti territoriali; ⁽²⁰³⁾ la sovranità verso l'interno (legislazione, giurisdizione, amministrazione), con un breve schizzo dei principali diritti di sovranità; infine, la costituzione generale della Confederazione, per

⁽²⁰⁰⁾ Sulla biografia cfr. MOHL, I, 131 s.; II, 512 s.; J.C. BLUNTSCHI, 596 s.; G. JELLINEK, *Die Staatslehre und ihre Vertreter*, in E.I. BEKKER (a cura di), *Heidelberger Professoren aus dem 19. Jahrhundert, Festschr. Z. 500-Jahrfeier der Universität*, 1903, vol. I, 262 s.; W. FISCHER, in ADB, 44 (1898), 646 s.; LANDSBERG, III-2, 110-112 e note 52-54; R.B. WEIGLE, *Die Staatsrechtler an der Heidelberger Universität im 19. Jahrhundert. Lebensbilder und Forschungsbeiträge*, 1986, 31-38; DRÜLL, 307; TH. LANG, *Die Staats- und Verfassungslehre Carl Salomo Zachariaes*, 1996. Suo figlio K.E. Zachariä v. Lingenthal (1812-1894) fu fondatore della storia del diritto bizantino (cfr. M.TH. FÖGEN, in RJ, 9 [1990], 278-286). Tra gli scritti sul diritto pubblico di K.S. ZACHARIÄ ricordiamo: *Iuris publici Germanici in artis formam redacti delineation*, Leipzig 1797; *Über die vollkommenste Staatsverfassung*, Leipzig 1800; *Geist der Deutschen Territorialverfassung*, Leipzig 1800; *Über die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat*, Leipzig 1802; *Janus*, Leipzig 1802; *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*, Leipzig 1806; sui *Vierzig Büchern vom Staate* cfr. sotto, cap. 3, II.

⁽²⁰¹⁾ LANDSBERG, II-2, 100-110; WEIGLE (nt. 200), 31-38.

⁽²⁰²⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Jus publicum civitatum quae foederi rhenano adscriptae sunt*, Heidelberg 1807; ID., *Das Staatsrecht der rheinischen Bundesstaaten und das rheinische Bundesrecht, erläutert in einer Reihe von Abhandlungen*, Heidelberg 1810.

⁽²⁰³⁾ Zachariä non si esprime chiaramente sulla questione se i ceti territoriali fossero compatibili con il *genius saeculi* e con il principio di sovranità (§ 31), e rimanda allo scritto anonimo *Lösung des Staats-Problems: Ist mit dem Begriffe der Souveränität der Begriff der Landstände vereinbar?*, del 1806 (una copia del quale si trova presso la Biblioteca dell'Università di Heidelberg).

quanto il suo Atto istitutivo ammetteva affermazioni in tal senso (§§ 64 ss.). Se vi erano lacune, Zachariä, in quanto kantiano, le completava senza problemi utilizzando precetti di diritto naturale ⁽²⁰⁴⁾. Per lui il compito scientifico del diritto consisteva nell'elaborare un « sistema » sottostante alla materia, se necessario anche attraverso la sua « costruzione ».

In questa prospettiva, Zachariä ha continuato a trattare i singoli punti del diritto della Confederazione del Reno, riassumendo ampiamente i risultati del suo lavoro scientifico nel 1810 ⁽²⁰⁵⁾. Che allo stesso tempo egli curasse anche l'importante *Handbuch des französischen Civilrechts*, più volte edito e tradotto ⁽²⁰⁶⁾, mostra l'incessante attività di pubblicista di quest'uomo un po' eccentrico ⁽²⁰⁷⁾ e contraddittorio in campo politico. È palese il rapporto con il diritto pubblico della Confederazione del Reno. La Confederazione del Reno e il diritto francese erano stati interiorizzati, per quanto se ne sia detto a posteriori. Si ha l'impressione che anche gli altri autori abbiano rapidamente reso disponibile il *Code civil* (1804) ai lettori tedeschi combinando la felicità per le riforme all'ambizione personale ⁽²⁰⁸⁾, specialmente sulla linea geografica e politica di Landshut ⁽²⁰⁹⁾, Karls-

⁽²⁰⁴⁾ Ipercritico fino all'incomprensibile è a questo proposito LANDSBERG, III-2, 104: « Egli ottiene così il vantaggio di adattarsi ai desideri politici dei detentori del potere grandi e piccoli, e allo stesso tempo di adattarsi all'altezzosa pretesa di sovranità e alla mania straniera, molto di più di quanto sarebbe stato possibile utilizzando il metodo storico della pubblicistica imperiale ».

⁽²⁰⁵⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Staatsrecht* (nt. 202). Cfr. a questo proposito MOHL, II, 512-528.

⁽²⁰⁶⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 2 voll., Freiburg 1808; 2ª ed. in 4 voll., 1811-1812, 3ª ed. 1827-1828; 4ª ed. 1837. In tutto 8 edizioni fino al 1894. Postfazioni delle traduzioni italiana e francese si trovano in LANDSBERG, III-2, note 55 s. Cfr. anche A.B. SCHWARZ, *Einflüsse deutscher Zivilistik im Auslande* (1935), in ID., *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Ges. Schr.* 1960, 26-72 (40 s.); H. COING, *Europäisches Privatrecht*, vol. II, 1989, 33.

⁽²⁰⁷⁾ R. v. MOHL, *Lebenserinnerungen*, vol. I, 1902, 107 s.

⁽²⁰⁸⁾ Dettagliate testimonianze a questo proposito si trovano in B. DÖLEMEYER, in COING, *Handbuch*, III-2 (1982), in particolare 1461 ss.

⁽²⁰⁹⁾ Sulla Baviera dettagliatamente DÖLEMEYER (nt. 208), 1472-1491. Eccellente N.TH. GÖNNER (a cura di), *Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums*, 4 voll., Landshut 1808-1814; P.J.A. v. FEUERBACH, *Themis oder Beyträge zur Gesetzgebung*, Landshut 1812.

ruhe ⁽²¹⁰⁾, Heidelberg ⁽²¹¹⁾, Coblenza ⁽²¹²⁾, Gießen ⁽²¹³⁾, Magonza ⁽²¹⁴⁾, Wiesbaden ⁽²¹⁵⁾ e Colonia ⁽²¹⁶⁾.

Oltre a Zachariä, ad Heidelberg operò a partire dal 1807 anche Johann Ludwig Klüber (1762-1837), già allora impegnato più come diplomatico e alto funzionario di Stato che come docente di diritto pubblico ⁽²¹⁷⁾. La sua imponente elaborazione, pubblicata nel 1808, di una « dottrina » del « diritto pubblico della Confederazione del

⁽²¹⁰⁾ DÖLEMEYER, (nt. 208), 1143-1449.

⁽²¹¹⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Die Einführung des Code Napoléon in den Staaten des Rheinischen Bundes, betrachtet aus den Gesichtspunkten des Staatsrechts*, in ID., *Staatsrecht*, (nt. 202), 43 s.

⁽²¹²⁾ F. v. LASSAULX (1781-1818), *Napoleon I. Code Civil, ins Deutsche übersetzt mit Anmerkungen*, Koblenz 1805; ID., *Introduction à l'étude du Code Napoléon*, Koblenz 1812; ID., *Der Code Napoleon, dargestellt und kommentiert*, 4 voll., Koblenz 1809-1815. Suo nipote, (P.)E. v. LASSAULX (1805-1861), fu deputato alla Paulskirche. Cfr. L. JUST, *Franz von Lassaulx*, 1926. Sulle lezioni presso la Scuola di diritto istituita nel 1806 a Coblenza cfr.: L. MALLMANN, *Französische Juristenausbildung im Rheinland 1794-1814. Die Rechtsschule von Koblenz*, 1987; H. COING, *Die Französische Rechtsschule zu Koblenz*, in *Festschr. f. F. Wieacker*, 1978, 195-208; E. FRANCOIS, *Koblenz im 18. Jahrhundert. Zur Sozial und Bevölkerungsstruktur einer deutschen Residenzstadt*, 1982.

⁽²¹³⁾ K.L.W. v. GROLMAN, *Ausführliches Handbuch über den Code Napoléon zum Behufe wissenschaftlich gebildeter deutscher Geschäftsmänner*, Gießen 1810-1812.

⁽²¹⁴⁾ F. BODMANN, *Code de police administrative. Sammlung sämtlicher Gesetze in Betreff des Polizeiamtes der Prefecten, Unterprefecten, Maire*, 3 voll., Magonza 1810-12; N. VOGT-J. WEITZEL, *Rheinisches Archiv für Geschichte und Literatur*, Mainz 1810-1815.

⁽²¹⁵⁾ Sul Ducato di Nassau cfr. DÖLEMEYER (nt. 208), 1456 ss. Su L. Harscher von Almendigen cfr. GÖPPERT, ADB, 1 (1875), 351 s.; LANDSBERG, III/2, 144-146.

⁽²¹⁶⁾ Sulla « lotta per il diritto renano » cfr. FEHRENBACH e SCHUBERT (nt. 131); DÖLEMEYER (nt. 208), 1504-1518. Sono da ricordare anche W. BLANCHARD, *Übersetzung des Kommentars von Maleville*, 4 voll., Köln 1808-1809; G. v. SANDT-K.A. ZUM BACH (a cura di), *Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege*, 4 voll., Köln 1817-1819; G. v. SANDT-F.J. HANF (a cura di), *Archiv für Civil- und Criminalrecht der königlich Preussischen Rheinprovinzen*, Köln 1819-1914.

⁽²¹⁷⁾ Sulla biografia cfr. K.E. MORSTADT, *Nekrolog, statt einer Vorrede zu der vierten Ausgabe "Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten"*, Frankfurt 1840, III-XVI; MOHL, II, 473-487; EISENHART, ADB, 16 (1882), 235 s.; JELLINEK (nt. 200), 260 s.; LANDSBERG, III-2, 165-169 e note 84-87; W. MAGER, NDB, 12 (1980), p. 133; WEIGLE (nt. 200), 23-30, DRÜLL, p. 139. La parte principale del lascito di Klüber si trova nell'Archivio generale del Land a Karlsruhe, una parte minore è invece conservata nell'Archivio comunale di Baden-Baden.

Reno » (*Staatsrecht des Rheinbundes. Lehrbegriff*)⁽²¹⁸⁾ era la prosecuzione di un'opera avviata nel 1803 come « introduzione a una nuova dottrina del diritto pubblico tedesco », e sarebbe stata successivamente sviluppata nel monumentale *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten* del 1817. Grazie a queste opere, insieme alla pubblicazione ufficiosa delle fonti del Congresso di Vienna⁽²¹⁹⁾ e al suo *Europäisches Völkerrecht*⁽²²⁰⁾, Klüber diventò un'autorità indiscussa del Vormärz. I pregi, frequentemente ricordati, della sua opera, consistevano nella chiarezza e nella coerenza della struttura, nell'abbondanza di dettagli di diritto positivo e nella ricchezza dei riferimenti bibliografici. Egli stesso definiva il proprio metodo così: « Il diritto pubblico tedesco non è una scienza razionale, ma è una scienza in parte storica e in parte positiva, in cui le lacune vanno colmate col diritto naturale statuale e il diritto delle genti. Le forme razionali delle scienze speculative non sono dunque qui praticabili. [...] Per raggiungere un'unità sistematica generale si devono presentare i principî secondo un piano meditato, chiaro, logico e ben ponderato, disposti in un ordine semplice e spontaneo per quanto possibile, considerata la particolarità e la varietà della materia »⁽²²¹⁾.

In questo modo Klüber ha rielaborato lo *Staatsrecht* della

⁽²¹⁸⁾ Tübingen 1808.

⁽²¹⁹⁾ J.L. KLÜBER, *Akten des Wiener Congresses, in den Jahren 1814 und 1815*, 8 voll., Erlangen 1815 (volume di aggiornamento Erlangen 1835); ID., *Ausgabe der Schlußakte und der Bundesakte*, Erlangen 1815 (2^a ed. Erlangen 1818; 3^a ed. Erlangen 1830 con il titolo di *Quellensammlung zu dem öffentlichen Recht des deutschen Bundes*, con riedizione del 1833), ID., *Übersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Kongresses überhaupt und insonderheit über wichtige Angelegenheiten des deutschen Bundes*, 3 voll., Frankfurt 1816; ID., (a cura di), *Staatsarchiv des Deutschen Bundes*, quaderni 1-4, Erlangen 1816, quaderni 5 e 6 Erlangen 1817. Cfr. anche C.TH. WELCKER, *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation mit eigenhändigen Anmerkungen von Johann Ludwig Klüber, aus dessen Papieren mitgeteilt und erläutert*, Mannheim 1844.

⁽²²⁰⁾ J.L. KLÜBER, *Droit des gens modernes de l'Europe*, 2 voll., Stoccarda 1819; edizione tedesca col titolo *Europäisches Völkerrecht*, 2 voll., Stoccarda 1821.

⁽²²¹⁾ J.L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4^a ed., Frankfurt 1840, § 14. Minime sono le differenze di questo testo con *Staatsrecht des Rheinbundes*, Tübingen 1808, 11-14 (§§ 9,10) e *Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff*, Erlangen 1805, § 9.

Confederazione del Reno (*Staatsrecht des Rheinbundes*), in primo luogo (e in forma necessariamente breve) come diritto dello Stato federale (*Bundesstaatsrecht*), e poi come somma dei diritti pubblici degli Stati membri della Confederazione (*Staatsrecht der Bundesstaaten*). Questo secondo aspetto poteva continuare a essere sviluppato senza problemi anche dopo il 1815. Si è giustamente accennato al fatto che Klüber — nonostante alcuni superficiali punti di convergenza — lavorava in modo completamente diverso da Zachariä, ovvero con un metodo molto più storico e con grande distanza sia nei confronti di argomenti speculativi di diritto naturale sia nei confronti di chiare prese di posizione sul piano politico. La sua sobria cautela lo proteggeva dal farsi illusioni nei confronti di Napoleone. Klüber reputava che il suo compito sarebbe stato adempiuto nel momento in cui fosse riuscito a presentare il diritto positivo vigente della Confederazione del Reno in modo non falsato, possibilmente in modo ordinato, trasparente e convincente: « Klüber primeggia per la completezza del sistema, per la chiara disposizione dei principî, per la limitazione al campo giuridico, per la ricca bibliografia »⁽²²²⁾. Egli guardava con simpatia alle promesse costituzionali della Confederazione del Reno e considerava come proprio ideale quello della « libertà borghese » all'interno di una monarchia costituzionale. Nonostante ciò non s'impegnò per una distruzione dell'*ancien régime* e dei suoi Stati provinciali. L'Atto istitutivo della Confederazione del Reno, così come più tardi l'Atto istitutivo della Confederazione germanica, erano per Klüber il fondamento giuridico attraverso il quale egli sperava di cogliere le condizioni costituzionali negli Stati della Confederazione. Mentre esponeva gli elementi comuni, orientati in senso liberale, del diritto pubblico dei singoli Stati, prendendo come punto di riferimento l'antica unità dell'Impero, egli in un certo senso prefigurava la possibilità di individuare un livello nazionale condiviso. Che lo facesse senza clamori ha certamente giovato alla sua posizione di guida, ma non ha potuto evitarli dal 1822 di diventare « oggetto di

(222) MOHL, II, 481.

una diffamazione politica sistematica » e di una « persecuzione pianificata » (223).

Per il suo metodo di argomentazione storico, razionale e misurato, Klüber era l'erede spirituale della pubblicistica imperiale, e in particolare di Pütter. Tipico liberale della Germania meridionale, sul piano giuridico era di una linearità e di una precisione che si ispiravano alla "incorruttibilità" di Johann Jakob Moser (224). Usando una bella immagine, Mohl ha detto di lui: « Il suo insegnamento fu l'arca in cui, quando il diluvio universale si abbatté sulla Germania, trovò riparo la conoscenza indispensabile a ricominciare il cammino quando le acque si sarebbero ritirate. A Klüber dobbiamo la continuità di quel sapere » (225).

Zachariä e Klüber cercarono, nell'epoca della Confederazione del Reno, di adattarsi alla nuova situazione costituzionale con gli strumenti scientifici a loro disposizione. Accanto a loro si posiziona Nikolaus Friedrich Brauer (1754-1813) (226), che, funzionario nel Baden dal 1774, nonché attivo « pubblicista imperiale della vecchia scuola » (227), aveva fatto carriera nell'amministrazione diventando una figura chiave per le riforme nell'epoca della Confederazione del Reno con Sigismund von Reitzenstein. Brauer fu autore dei tredici « Editti di organizzazione » (*Organisationsedikte*) del 1803 e dei nove « Editti di Costituzione » (*Konstitutionsedikte*) del 1807 (228), e adattò il *Code Napoléon* alla situazione del Baden attraverso circa

(223) Così Klüber stesso nella prefazione alla 3^a edizione dell'*Öffentliches Recht* (nt. 221) del 1831 (riportata anche nella 4^a ed. del 1840).

(224) *Geschichte*, 258-267 (trad. it. 322-336).

(225) MOHL, II, 481.

(226) F. v. WEECH, ADB, 3 (1876), 263; W. ANDREAS, NDB, 2 (1955), 542; K. SCHENKEL, in F. v. WEECH et al. (a cura di), *Badische Biographien*, Heidelberg 1875-1935, parte prima, 117 s.; LANDSBERG, III-2, 100 e note 51 s.; L. GALL, *Der Liberalismus als regierende Partei. Das Großherzogtum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung*, 1968, 15 s.

(227) LANDSBERG, III-2, 52 e note, con riferimento alle *Abhandlungen zur Erläuterung des Westphälischen Friedens*, 3 voll., Offenbach-M. 1782-1785.

(228) R. GOLDSCHMIT, *Geschichte der Badischen Verfassungsurkunde 1818-1918*, 1918; *Badische Geschichte. Vom Großherzogtum bis zur Gegenwart* (a cura della Landeszentrale f. politische Bildung), 1979.

500 integrazioni, proponendolo con successo come diritto territoriale del Baden (1810-1900) ⁽²²⁹⁾.

Tra l'autunno del 1806 e il febbraio del 1807 Brauer scrisse i suoi *Beyträge zu einem allgemeinen Staatsrecht der Rheinischen Bundes-Staaten in Fünzig Sätzen* ⁽²³⁰⁾, nei quali presentò brevi valutazioni sui problemi più urgenti del « diritto pubblico interno » della Confederazione del Reno. Tra le altre cose, trattò i diritti dei signori dei territori soggetti a mediatizzazione, la validità degli antichi titoli di diritto privato, i beni dell'Ordine Teutonico, la determinazione dei nuovi confini, il patrimonio dello Stato e il patrimonio privato dei principi, il diritto feudale, il diritto forestale, le tasse, i privilegi fiscali, lo sfruttamento del territorio, il potere della Chiesa, i poteri di polizia, l'amministrazione del debito pubblico, i trattamenti di quiescenza « causati dai presenti cambiamenti dello Stato », il regolamento dei rapporti con l'estero del nuovo Stato, e così via. Il punto centrale consisteva per Brauer nel dare la giusta importanza alla sovranità acquisita e consolidata dall'Atto istitutivo della Confederazione del Reno, che definiva « una piena e forte sovranità di comando, e non una sovranità imperiale incompleta e debole » ⁽²³¹⁾. Attraverso di essa egli poteva eliminare l'appello agli antichi titoli giuridici « irrazionali », istituire un nuovo codice « razionale » e riportare i principi mediatizzati al rango, seppur elevato e privilegiato, di persone private. Per questo Brauer, nonostante tutto il suo pragmatismo politico, rimane un riformatore dall'alto, che allo stesso modo di Montgelaas utilizzò la pressione napoleonica

⁽²²⁹⁾ Cfr. *Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden*, introdotto il 1 gennaio 1810; J.N.F. BRAUER, *Erläuterungen über den Code Napoléon und der großherzoglich Badenschen bürgerlichen Gesetzgebung*, 6 voll., Karlsruhe 1809-1812. Si vedano a questo proposito anche: R. CARLEBACH, *Badische Rechtsgeschichte*, II, 1909, 19 ss.; W. ANDREAS, *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, in ZRG GA, 31 (1910), 182; J. FEDERER, *Beiträge zur Geschichte des Badischen Landrechts*, in K.S. BADER (a cura di), *Baden im 19. und 20. Jahrhundert*, I, 1948, 81 ss.; FEHRENBACH (nt. 131), 104 ss.; SCHUBERT (nt. 131), 193 ss.; una ricostruzione completa in DÖLEMEYER (nt. 208), 1403 (1443 ss.).

⁽²³⁰⁾ Karlsruhe 1807.

⁽²³¹⁾ Op. cit., 73 s. (XIII sull'art. 26 dell'Atto istitutivo della Confederazione del Reno).

esterna per creare all'interno dello Stato una società civile omogenea ⁽²³²⁾.

4. *Conclusioni.*

La letteratura sul diritto pubblico nei nove anni che vanno dalla fine dell'Impero alla fondazione della Confederazione germanica è in larga misura politicizzata, anche se gli autori sottolineano con forza che le loro posizioni sono « senza partito ».

I riferimenti alle condizioni antecedenti alla rivoluzione erano animati da spiriti differenti, così come differenti erano le speranze, gli interessi dei singoli territori e i caratteri degli autori. Tutto questo costituisce indubbiamente un terreno impervio. Le domande centrali erano poste dalla politica: che cosa significava « sovranità » nel contesto di una futura costituzione della Confederazione del Reno? Il « protettore » della confederazione era un suo membro oppure era un dittatore militare che si era insediato in uno spazio rimasto senza diritto? Potevano adesso i singoli Stati, in virtù della propria sovranità, ignorare i vecchi titoli giuridici, e soprattutto la posizione dei « mediatizzati », o dovevano almeno preoccuparsi di un passaggio graduale ⁽²³³⁾? La Confederazione del Reno stava diventando uno Stato federale costituzionale con chiare premesse di riforma e di omogeneità per i propri membri, oppure era forse una confederazione di Stati tenuta insieme approssimativamente? La Confederazione del Reno era una zattera di salvataggio, sulla quale preservare la tradizione sapienziale dell'antica pubblicistica dell'Impero, sotto l'egida di una nuova « Costituzione dell'Impero »? ⁽²³⁴⁾ Nella risposta a tali domande si rispecchiava la specifica reazione dei giuristi

⁽²³²⁾ I contemporanei temevano una « rivoluzione dall'alto »: così J.A.L. SEIDENSTICKER, *Jenaische Allgemeine Literaturzeitung*, nr. 304 del 29 dicembre 1807, col. 613, e G.H. v. BERG, *Abhandlungen* (nt. 235).

⁽²³³⁾ In quest'ultimo senso si veda in particolare la posizione espressa da P.A. Winkopp nei suoi contributi sulla « Confederazione del Reno » (cfr. *supra*, nt. 164).

⁽²³⁴⁾ Cfr. a questo proposito ANONIMO, *Grundzüge zu einem Entwurfe einer Deutschen Reichsverfassung*, 1814 (Universitätsbibliothek Frankfurt am Main, già Bibliothek der Deutschen Bundesversammlung); C.S. ZACHARIÄ, *Entwurf zu dem Grundvertrage des durch den Pariser Frieden vom 30. Mai 1814 verheißenen deutschen Staatenbundes*, Heidelberg 1814.

blicisti tedeschi, dei teorici dello Stato e, in generale, degli autori che determinavano l'opinione pubblica.

Si possono individuare tre gruppi: 1. gli autori legati agli Stati intermedi della Confederazione del Reno, divenuti sovrani (Gönnner, Zintel, Zachariä, Brauer); 2. coloro che immaginavano una « Confederazione costituzionale del Reno » o per il proprio progressismo politico o perché vi riconoscevano la moderna forma organizzativa di una « terza Germania » (Behr, Winkopp); 3. i giuristi legati al positivismo della tarda pubblicistica imperiale, che tentavano di rielaborare la materia giuridica possibilmente senza ricorrere alla politica (Klüber, v. Berg).

Partendo dalla figura di Günter Heinrich von Berg (1765-1843) e dalle sue *Abhandlungen zur Erläuterung der rheinischen Bundesakte* (235), si può ben chiarire la terza posizione. Berg era infatti, in quanto funzionario dello Stato di Hannover, non direttamente coinvolto nella politica, e si collocava nel solco della tradizione della pubblicistica imperiale di Gottinga. Riuscì veramente a perseguire il suo obiettivo di analizzare soltanto « ciò che al momento è il *diritto* e come e in che cosa sia cambiato *legalmente* quello che prima era definito diritto » (236). Riferendosi a vecchi argomenti della pubblicistica imperiale (Pufendorf, Titius) egli qualificava la Confederazione del Reno come confederazione di Stati, spiegava le linee guida dell'interpretazione dell'Atto istitutivo, similmente rifacendosi alla vecchia dottrina del diritto pubblico (237), spiegava dettagliatamente le conseguenze giuridiche del crollo dell'Impero e si concentrava poi

(235) Hannover 1808. Sulla sua biografia cfr. MERZDORF, in ADB, 2 (1875), 363; Berg aveva studiato a Tubinga e, dopo un soggiorno a Wetzlar, era stato prima segretario del conte von Neipperg, per poi divenire professore a Gottinga grazie all'intervento di Pütter (1793-1800). Fino al 1810 operò come consigliere di corte presso la cancelleria di Hannover, nel 1811 come presidente del governo in Schaumburg-Lippe e dal 1815 come presidente dell'Alta corte d'appello a Oldenburg e delegato al parlamento federale. Nel 1823 divenne consigliere del *Geheimrat* del governo di Oldenburg e infine nel 1842 ministro di Stato e di gabinetto. Sul suo *Handbuch des Deutschen Polizeyrechts*, Hannover 1799-1809, cfr. H. MAIER, *Staats- und Verwaltungslehre* (1980), 207-219; *Geschichte*, 388-390 (trad. it. 520-522).

(236) *Abhandlungen*, II-V.

(237) *Abhandlungen*, 45 s.

nella più importante delle sue trattazioni ⁽²³⁸⁾ sulla sovranità degli Stati della Confederazione del Reno. Presenta così un'immagine non sentimentale, accurata e ricca di materiali ⁽²³⁹⁾, che non a caso coincideva con quella di Klüber.

Passando ancora una volta in rivista la letteratura ⁽²⁴⁰⁾, si deve prima di tutto correggere il giudizio, tipico dell'Ottocento, che si tratti di una produzione giornalistica politicizzata e francofila, quindi sprezzante verso la nazione, priva di un qualsiasi serio contenuto giuridico ⁽²⁴¹⁾. Le ricerche nel campo storico, statistico e di teoria dello Stato in numerosi « archivi » e manuali ⁽²⁴²⁾ erano condotte in modo preciso e dettagliato. I concreti programmi di riforma della Germania occidentale e meridionale, con i quali si ultimava il difficile passaggio dall'*ancien régime* alla società economica borghese, furono presentati e discussi in gran parte della letteratura della

⁽²³⁸⁾ *Abhandlungen*, 60-286 (§§ 1-118).

⁽²³⁹⁾ Sovranità in generale (§§ 1-18), sovranità della Confederazione del Reno (§§ 29-47), conseguenze per il diritto imperiale (§§ 48-66), condizione sugli ordinamenti giuridici dei singoli Stati (§§ 67-107), conseguenze per il diritto privato (§§ 108-114).

⁽²⁴⁰⁾ K.A.H.CHR. v. KAMPTZ, *Beiträge zum Staats- und Völkerrecht*, Berlino 1815, vol. I, 3-48, dove (cfr. vol. I, 95-112) si trova anche un resoconto « dei cambiamenti che il diritto delle genti subì sotto Napoleone »; Id., *Neue Literatur des Völkerrechts seit dem Jahr 1784*, Berlino 1817. — Karl Albert Heinrich Christoph v. Kamptz (1769-1849), dopo gli studi di diritto e di dottrina dello Stato a Gottinga, fu prima funzionario del Meclemburgo-Strelitz (1790-1794) e poi, nel 1805, divenne membro del Tribunale camerale imperiale. Nel 1811 fu giudice presso il tribunale camerale di Berlino, dal 1812 presso il ministero degli interni prussiano, dal 1817 presso il ministero di polizia — divenendo una figura di spicco delle « persecuzioni dei demagoghi » dopo il 1819 —, nel 1822 presso il ministero dell'istruzione, e nel 1832 divenne ministro per le riforme legislative. Sulla sua biografia cfr.: WIPPERMANN, in ADB, 15 (1882), 66 ss.; P. BAUMGART, in NDB, 11 (1977), 95-97.

⁽²⁴¹⁾ Cfr. ad esempio MOHL, II, 243: « Una particolare trattazione dei testi dedicati al diritto della Confederazione del Reno non sembrava assolutamente necessaria. »

⁽²⁴²⁾ G.G. KEYSER, *Der Rheinbund, unmittelbar nach seinem Abschlusse, statistisch dargestellt*, in E. POSSELT, *Staats-Geschichte Europas*, Tübingen 1808; P. OESTERREICHER (a cura di), *Denkwürdigkeiten der Staaten-Kunde Teutschlands, besonders des Rheinischen Bundes*, Bamberg 1809; K.L.H. PÖLITZ, *Geschichte und Statistik des Rheinbundes*, Leipzig 1810; Id., *Der Rheinbund, historisch und statistisch dargestellt*, Leipzig 1811; Id., *Handbuch der Geschichte der souveränen Staaten des Rheinbundes*, Leipzig 1811; Id., *Handbuch der Geschichte und Statistik des Rheinbundes*, Leipzig 1816. Su Pölitz cfr.: MATAJA, in ADB, 26 (1888), 389-392; LIPPERT, in HdBStaatsWiss, 2^a ed., vol. 6 (1901), 106-108; BOLDT, *Staatslehre*, 126-189; BRANDT, 214-223.

Confederazione del Reno ⁽²⁴³⁾. Nel nostro contesto il dato più importante è però l'accomodamento operato dalla pubblicistica dell'Impero, divenuta ormai vecchia e quasi soffocata dalla mole delle proprie dimensioni, nei confronti dell'intervento di Napoleone. Qui si rivelò la flessibilità del metodo storico-dogmatico, dominante alla fine del Settecento e influenzato dal modello di Gottinga, e la sua capacità di essere adattato a nuovi contenuti. Esso riuscì velocemente a comprendere i nuovi fenomeni in modo giuridicamente convincente, per quanto questo fosse possibile nei tormentati anni che vanno dal 1806 al 1814. Tra i giuristi attivi presso le università e i funzionari statali spiccano in particolare coloro che in qualche modo avevano mantenuto un collegamento con la teoria dello Stato antecedente il 1806 e che appartenevano al tipo dei riformatori energici e illuministi, che intervenivano dall'alto per dare una forma ai rapporti sociali in Prussia, Baden, Baviera, Württemberg e nel regno di Vestfalia. In tale prospettiva si può affermare che « la teoria tedesca dello Stato dell'Ottocento si ricollega a quella del Settecento. La tradizione del giusrazionalismo, che in quanto parte della filosofia aveva dominato il pensiero del Settecento, continuava ad avere influenza, così come la tradizione della teoria del diritto pubblico imperiale e del diritto pubblico tedesco, ampliatisi negli anni ma disorganico e non sistematico » ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴³⁾ Cfr. in KAMPTZ (nt. 240) la letteratura riguardante le corporazioni, la polizia, l'istituzione di università e tribunali, l'emancipazione degli ebrei, il conio delle monete.

⁽²⁴⁴⁾ BÖCKENFÖRDE, 65.

CAPITOLO II
IL CONGRESSO DI VIENNA E LA CONFEDERAZIONE
GERMANICA (1815-1848)

I. Il Congresso di Vienna e la fondazione della Confederazione germanica — II. La dottrina giuspubblicistica nel *Vormärz*. — 1. J.L. Klüber. — 2. Fonti e compendi. — 3. K.E. Weiss, H. Zöpfl. — 4. H.A. Zachariä. — III. Posizioni dogmatiche. — 1. La possibilità di un « diritto pubblico comune tedesco ». — 2. « Costituzione » (*Verfassung*). — 3. Il « principio monarchico ». — 4. Responsabilità ministeriale, controfirma. — 5. Sovranità statale e « persona giuridica ». — 6. Le rappresentanze popolari e i loro diritti. — 7. Il terzo potere. — 8. Costituzione e forze armate. — 9. Dottrina del diritto pubblico e politica.

I. *Il Congresso di Vienna e la fondazione della Confederazione germanica.*

« Finalmente, attraverso la fondazione della Confederazione germanica e la quasi contemporanea formazione dei nuovi Stati tedeschi, si aprì una terza era per la scienza del diritto pubblico [...]. Occorreva sviluppare un diritto federale al posto del diritto pubblico imperiale, un diritto pubblico di Stati sovrani che sostituisse il diritto territoriale, un diritto costituzionale che rimpiazzasse il diritto delle corporazioni cetuali e il potere assoluto dei principi, un diritto amministrativo sistematico che poggiasse su basi sostanzialmente nuove » (1).

Era questo, in definitiva, il « terzo » compito affidato al diritto pubblico dopo il crollo dell'Impero e della Confederazione renana. Si ripresentavano così i tipici problemi che si riscontrano nel dare avvio a una nuova fase dopo una catastrofe istituzionale. Il problema era ancora una volta quello di individuare rapidamente un immagi-

(1) MOHL, II, 239 ss.

nario punto di Archimede nell'« anno zero » del diritto pubblico, sul quale potesse far leva un nuovo ordinamento giuridico come punto di raccordo di una nuova legittimità. E occorre nuovamente osservare la tenacia con cui le precedenti convinzioni e abitudini di pensiero, le tradizioni d'insegnamento e le situazioni d'interesse rimasero salde nella vecchia mentalità. Il vecchio e il nuovo in tal modo si sovrapposero, e in un primo momento fu difficile prevedere quali forze avrebbero successivamente prevalso.

Il Congresso di Vienna, con i suoi intricati sviluppi, inizialmente sottratti all'osservazione della pubblica opinione, all'inizio del 1815 si era arenato. Soltanto dopo che le potenze partecipanti furono colte di sorpresa dal ritorno di Napoleone si arrivò rapidamente a un compromesso finale ⁽²⁾. Con ciò vennero soppresse parti essenziali del vecchio progetto federativo, e ne derivò — soprattutto per le proteste della Germania meridionale, supportate dalla Sassonia — un singolare risultato. Rimase profondamente deluso sia chi aveva sperato che il vecchio Impero potesse sopravvivere, sia chi al contrario si era aspettato una costituzionalizzazione del potere imperiale e una partecipazione politica del terzo stato, chiari consensi per le costituzioni territoriali, libertà politiche ed economiche e la soppressione di tutti i tipi di privilegi ⁽³⁾. Le grandi speranze di chi aveva preso parte alle guerre di liberazione rimasero deluse tanto dal punto di vista nazionalistico quanto da quello liberale. L'Atto istitutivo della Confederazione germanica sembrava il minimo comune denominatore sul quale si potessero conciliare, da una parte, il dualismo austro-prussiano e, dall'altra, le tensioni tra una struttura federale e la sovranità che gli Stati intermedi avevano appena conseguito. La Confederazione germanica, un ermafrodito tra una confederazione di Stati e uno Stato federale, rimase senza alcuna capacità di integrazione o, più chiaramente, a partire dal 1819 fu guardata in modo sempre più critico e perfino odiata ⁽⁴⁾. Essa potrebbe oggi essere giudicata in modo maggior-

⁽²⁾ HUBER, I, § 31.

⁽³⁾ Sulla libertà di stampa in particolare cfr. U. EISENHARDT, *Die Garantie der Pressefreiheit in der Bundesakte von 1815*, in « Der Staat », 10 (1971), 339-356.

⁽⁴⁾ R. DARMSTADT, *Der Deutsche Bund in der zeitgenössischen Publizistik*, 1971, documentazione; H. RUMPLER (a cura di), *Deutscher Bund und deutsche Frage 1815-1866*.

mente positivo, per l'essere stata uno strumento di quel « sistema del federalismo restaurativo » di Metternich ⁽⁵⁾ che riuscì con un certo successo a contenere il liberalismo borghese e il nazionalismo, e per l'aver esercitato una funzione di mantenimento della pace ⁽⁶⁾. Ma questo giudizio sulla Confederazione è retrospettivo e anti-liberale, mette in primo piano la pace e l'ordine in maniera molto più forte di quanto non facesse la maggioranza dei suoi contemporanei.

È evidente che l'istituzione della Confederazione germanica pose fine a un'epoca turbolenta. In un primo momento essa alimentò nuove speranze ⁽⁷⁾, tuttavia non rappresentò né una chiara apertura nella direzione che la borghesia in generale auspicava, né un netto ritorno alla situazione precedente la rivoluzione. Al principio le cose si mantennero in equilibrio. Rimasero irrisolte le tensioni tra le aspirazioni politiche della maggioranza e quel debole costrutto che non era più il vecchio Impero e non era ancora lo Stato moderno. Il passare del tempo favoriva intanto un processo di restaurazione. I promotori delle riforme varate dopo il 1806 vennero gradualmente privati del proprio ruolo. Ne presero il posto forze conservatrici segnate dal profondo trauma della rivoluzione. La polizia politica da queste organizzata determinò il clima politico interno del *Vormärz* ⁽⁸⁾.

Le prime manifestazioni concrete del nuovo assetto istituzionale

Europäische Ordnung, deutsche Politik und gesellschaftlicher Wandel im Zeitalter der bürgerlich-nationalen Emanzipation, 1990 (Wiener Beiträge zur Geschichte der Neuzeit, voll. 16-17), ivi in particolare F. FELLNER, *Perspektiven für eine historiographische Neubewertung des Deutschen Bundes*, 21-30.

⁽⁵⁾ HUBER, I, 542.

⁽⁶⁾ NIPPERDEY, I, 355 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. ad esempio il breve contributo di A.H.L. HEEREN, *Der Deutsche Bund in seinen Verhältnissen zu dem Europäischen Staatensystem; bey Eröffnung des Bundestags dargestellt*, Göttingen 1816, in cui la Confederazione germanica viene salutata come *Friedenstaat von Europa* e garante della politica di equilibrio.

⁽⁸⁾ W. OBENAU, *Die Entwicklung der preußischen Sicherheitspolizei bis zum Ende der Reaktionszeit*, 1940; W. SIEMANN, *Deutschlands Ruhe, Sicherheit und Ordnung. Die Anfänge der politischen Polizei 1806-1866*, 1985; A. LÜDTKE (a cura di), *„Sicherheit und Wohlfahrt“. Polizei, Gesellschaft und Herrschaft im 19. und 20. Jahrhundert*, 1992.

furono presto avvertibili ⁽⁹⁾. La promessa costituzionale della Prussia di « dare alla nazione una rappresentanza appropriata sia a livello provinciale sia a livello generale », rinnovata con il decreto del 22 maggio 1815 a causa del ritorno di Napoleone dall'Elba, fu vanificata dall'accordo tra Metternich e i conservatori prussiani ⁽¹⁰⁾. L'art. 13 dell'Atto istitutivo della Confederazione germanica, sostanzialmente riformulato durante il Congresso di Vienna e volutamente ambiguo nell'assicurare « costituzioni territoriali », non lasciava presagire niente di buono ⁽¹¹⁾. In Baviera il riformatore e illuminista Montgelas fu licenziato il 2 febbraio 1817 ⁽¹²⁾. Nell'autunno del 1817 era stata celebrata la festa studentesca di Wartburg (*Wartburgfest*); ⁽¹³⁾ tra il 1815 e il 1816 lo scioglimento della "Lega della virtù" (*Tugendbund*) ⁽¹⁴⁾ aveva agitato gli animi in Prussia; infine, il 23

⁽⁹⁾ Eccellenti ricostruzioni e note biografiche in K.G. FABER, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert: Restauration und Revolution*, 1979, 24 ss., 54 ss., 82 ss. e D. LANGEWIESCHE, *Europa zwischen Restauration und Revolution 1815-1849*, 2ª ed. 1989.

⁽¹⁰⁾ *Finanzedikt* del 27.10.1810. Cfr. E.W. ZEEDEN, *Hardenberg und der Gedanke einer Volksvertretung in Preußen 1807-1812*, 1940; H. OBENAU, *Anfänge des Patriotismus in Preußen bis 1848*, 1984.

⁽¹¹⁾ Un'analisi puntuale si trova in H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, parte II, 5ª ed., Leipzig-Heidelberg 1863 (ristampa 1975), § 330-338.

⁽¹²⁾ E. WEIS, *Die Begründung des modernen bayerischen Staates unter Kg. Max I. (1799 bis 1825)*, in M. SPINDLER (a cura di), *Handbuch der bayerischen Geschichte*, IV-1, 1974 (ristampa riveduta e corretta 1979), 3-86 con ulteriore documentazione.

⁽¹³⁾ G. STEIGER, *Aufbruch. Urburschenschaft und Wartburgfest*, 1967; H. TÜMLER, *Wartburg, Weimar und Wien. Der Staat Carl Augusts in der Auseinandersetzung mit den Folgen des Studentenfestes von 1817*, in HZ, 215 (1972), 49; H. ASMUS (a cura di), *Studentische Burschenschaften und bürgerliche Umwälzung. Zum 175. Jahrestag des Wartburgfestes*, 1992.

⁽¹⁴⁾ TH. SCHMALZ, *Berichtigung einer Stelle in der Bredow-Venturinischen Chronik für 1808. Über politische Vereine und ein Wort über Schandhorsts und meine Verhältnisse zu ihnen*, Berlin 1815; in senso diverso cfr., tra gli altri, B.G. NIEBUHR, *Ueber geheime Verbindungen im preußischen Staat und deren Denunciation*, Berlin 1815; F. SCHLEIERMACHER, *An den Herrn Geheimrat Schmalz*, Berlin 1815. Il governo Hardenberg pose fine, con l'« Ordinanza sulle società segrete » del 6 gennaio 1816, a ulteriori discussioni sull'argomento. Cfr. il contributo sul *Tugendbund* in ROTTECK-WELCKER e J. VOIGT, *Geschichte des sogenannten Tugend-Bundes oder des sittlich-wissenschaftlichen Vereins*, Berlin 1850; G. BAERSCH, *Beiträge zur Geschichte des sogenannten Tugendbundes*, Hamburg 1852; A. LEHMANN, *Der Tugendbund. Aus den hinterlassenen Papieren des Mitstifters H.F.G. Lehmann*, Berlin 1867; importanti le considerazioni in G. KÜNTZEL, (a cura di), B.G. Niebuhr. *Politische Schriften in Auswahl*, 1923, 346 ss. e D. GERHARD-W.

marzo 1819 venne assassinato August von Kotzebue e il primo luglio dello stesso anno subì un attentato il presidente del governo di Nassau, il liberale Karl von Ibell: ⁽¹⁵⁾ la « persecuzione dei demagoghi » aveva raggiunto il suo punto più alto. Metternich sfruttò la paura dei ceti dominanti che la situazione potesse degenerare in una rivoluzione, contrapponendosi a chi, invocando la sovranità del parlamento e la responsabilità dei ministri, metteva in pericolo il principio monarchico. I tristemente noti deliberati di Karlsbad del 20 settembre 1819 ⁽¹⁶⁾ e i relativi documenti di attuazione nei singoli Stati della Confederazione cercarono soprattutto di evitare « il pericolo che poteva nascere per la stabilità degli Stati dall'introduzione di una rappresentanza popolare, anche nella sua forma più limitata » ⁽¹⁷⁾. Questo obiettivo non sembrava realizzabile se non attraverso la repressione della vita intellettuale e politica della nazione da parte della polizia ⁽¹⁸⁾. Così, fra le altre cose, esso

NORVIN (a cura di), *Die Briefe Barthold Georg Niebuhrs*, 1929, in particolare 508, 650, 654, e K.A. VARNHAGEN VON ENSE, *Denkwürdigkeiten des eignen Lebens*, 2 voll. (1810-1815), ristampa a cura di K. FEILCHENFELDT, 1987, 768-770. Per la letteratura contemporanea cfr. O. DANN, *Gebeime Organisation und politisches Engagement im deutschen Bürgertum des frühen 19. Jahrhunderts. Der Tugendbund-Streit in Preußen*, in P.CH. LUDZ (a cura di), *Gebeime Gesellschaften*, 1979, 399-428.

⁽¹⁵⁾ Questo attentato segnò una cesura nella carriera politica di Ibell (cfr. OESELE, in ADB, 13, 1881, 737 ss.) e provocò una forte repressione politica nel Nassau. Fu arrestato anche Ludwig Snell (nato nel 1785 a Idstein, morto nel 1854 a Küsnacht, nei pressi di Zurigo), che ebbe nel 1830-31 grande influenza sulla riforma di 12 costituzioni cantonali svizzere. Cfr. A. KÖLZ, *Der Verfassungsentwurf von Ludwig Snell als Quelle der Regenerationsverfassungen*, in *Festschr. f. U. Häfelin*, Zurigo 1989, 299-322, e A. KÖLZ, *Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte*, Bern 1992, 246 ss. Snell fu autore di un *Handbuch des schweizerischen Staatsrecht*, 2 voll., Zurich 1837-1845.

⁽¹⁶⁾ HUBER, *Dokumente*, 1, nr. 31-33. E. BÜSSEM, *Die Karlsbader Beschlüsse von 1819. Die endgültige Stabilisierung der restaurativen Politik im Deutschen Bund nach dem Wiener Kongreß von 1814-15*, 1974; K. GRIEWANK, *Der Wiener Kongreß und die europäische Restauration 1815-19*, 2ª ed. 1954.

⁽¹⁷⁾ Protocollo della *Bundesversammlung* del 13 agosto 1819.

⁽¹⁸⁾ D.E. EMERSON, *Metternich and the Political Police (1815-1830)*, The Hague 1968; W. SIEMANN, „Deutschlands Ruhe, Sicherheit und Ordnung“. *Die Anfänge der politischen Polizei 1806-1866*, 1985; A. LÜDTKE, „Geheimwobl“, *Polizei und „Festungspraxis“*. *Staatliche Gewaltsamkeit und innere Verwaltung in Preußen, 1815-1850*, 1982; Id., (nt. 8). — Sul tema della libertà di stampa e l'editoria, cfr. per esempio D. FOUQUET-PLÜMACHER, *Jede neue Idee kann einen Weltbrand entzünden: Georg Andreas Reimer und*

giustificava la rimozione dal proprio incarico dei docenti universitari che « si sottraevano ai propri doveri o superavano i limiti della propria professione, abusando della loro altrimenti legittima influenza sugli animi della gioventù attraverso la diffusione di insegnamenti dannosi, nemici dell'ordine e della tranquillità pubblica, o che minavano i fondamenti delle istituzioni dello Stato » (19).

Le reazioni che ne conseguirono furono addirittura isteriche. La lettera di conforto scritta da un teologo alla madre del giovane che era stato giustiziato per l'assassinio di Kotzebue costò al mittente il proprio incarico. Furono avviati d'ufficio procedimenti penali contro note personalità quali Schleiermacher e Arndt. Studenti sospetti furono allontanati dalle università prussiane senza processo. « Considerando soltanto il periodo di tempo fino al 1836, si riscontrano 204 condanne di studenti per alto tradimento da parte del Tribunale camerale; tra queste, 39 erano condanne a morte; i condannati venivano però regolarmente graziati a 30 anni di reclusione » (20). Come al tempo delle persecuzioni della società segreta degli Illuminati alla fine del Settecento (21), si sviluppò anche in questo caso una polizia politica ispirata da un'ideologia che perseguiva energicamente il suo mandato repressivo. L'attività pubblicistica era così pericolosa che Ludwig Börne dovette esprimere la sarcastica preoccupazione che già lo spennare un'oca, di cui una penna sarebbe poi servita a scrivere un articolo tacciato di alto tradimento, avrebbe dovuto presto essere considerato come « atto preparatorio » di un crimine (22). Il richiamo alle garanzie giuridiche tipico del *Vormärz* è radicato in queste esperienze.

die preussische Zensur während der Restauration, 1987; K. HERTEL, *Der Politiker Johann Friedrich Cotta. Publizistische verlegerische Unternehmungen 1815-1819*, 1987; M. NEUGEBAUER-WÖLK, *Revolution und Constitution — Die Brüder Cotta: eine biographische Studie zum Zeitalter der französischen Revolution und des Vormärz*, 1989.

(19) *Provisorischer Bundesbeschluß über die in Ansehung der Universitäten zu ergreifenden Maßnahmen v. 20. September 1819*, meglio nota come *Universitätsgesetz*, in *Protokolle der Bundesversammlung*, 1819, 35, seduta § 220 (HUBER, *Dokumente*, I, nr. 31).

(20) A. ERLER, *Demagogenverfolgung*, in HRG, I (1971), col. 667-680 (678).

(21) M. AGETHEN, *Geheimbund und Utopie. Illuminaten, Freimaurer und deutsche Spätaufklärung*, 1984.

(22) C.U. SCHMINCK, *Hochverrat*, in HRG, II (1978), 179 ss. (185).

La borghesia era irritata: in alcuni casi si sottomise, in altri protestò⁽²³⁾, e in ogni caso non fece mistero della sua profonda delusione per lo sviluppo della situazione dopo il 1814. I timori emersi dopo la conclusione del Congresso di Vienna e la pubblicazione dell'Atto istitutivo della Confederazione germanica trovarono presto conferma. I vecchi poteri avevano rapidamente trovato un accordo sotto la guida di Metternich, decisi a lasciare spazio al nuovo spirito del tempo solo laddove questo non si poteva evitare, mantenendo saldo il principio monarchico e concedendo ai ceti niente più che "l'esercizio di alcuni diritti di partecipazione" ⁽²⁴⁾. Nel suo parere presentato alle conferenze di Karlsbad, Friedrich von Gentz dichiarò l'impossibilità di conciliare le costituzioni territoriali con le costituzioni rappresentative del nuovo tipo. Queste ultime sarebbero state, secondo Gentz « sempre in ultima istanza fondate sulla concezione sbagliata della suprema sovranità del popolo » o avrebbero comunque portato al riconoscimento dell'« insensato principio della suprema sovranità del popolo » ⁽²⁵⁾.

Per i sostenitori della sovranità in senso tradizionale il movimento nazionalista era pericoloso al pari della corrente di pensiero che propugnava una costituzione rappresentativa fondata sulla sovranità popolare. L'onda nazionalista minacciava le case regnanti tradizionali — le quali si potevano richiamare alla « legittimità » ⁽²⁶⁾ nell'accezione di Talleyrand — e a maggior ragione quelle di recente istituzione, e metteva in pericolo l'equilibrio che lo Stato multinazionale asburgico aveva appena raggiunto. L'unità nazionale della Germania, per come era vagheggiata dagli studenti, era per Gentz « altamente rivoluzionaria nel senso peggiore e più terrificante della

⁽²³⁾ R. WIRTZ, „Widersetzlichkeiten, Exzesse, Crawalle, Tumulte und Skandale“. *Soziale Bewegungen und gewalthafter sozialer Protest in Baden 1815-1848*, 1981.

⁽²⁴⁾ Art. 57 del *Wiener Schlussakte* del 15.5.1820 (HUBER, *Dokumente*, I, nr. 31)

⁽²⁵⁾ F. v. GENTZ, *Über den Unterschied zwischen den landständischen und repräsentativen Verfassungen* (1819), in C. v. WELCKER (a cura di), *Wichtige Urkunden über den Rechtszustand der deutschen Nation*, Mannheim 1844.

⁽²⁶⁾ H.W.A. GRAF VON KARKREUTH, *Die Legitimität*, Leipzig 1823; MALTE-BRUN, *Traité de la légitimité, considérée comme base du droit public de l'Europe chrétienne*, Paris 1825; cfr. anche la polemica voce *Legitimität* in K. v. ROTTECK, *Staatslexikon*, vol. 8 (1840), 476-481.

parola » (27). Anche la concessione di una costituzione rappresentativa sembrava a Gentz un passo fatale su un sentiero insicuro, che poteva condurre soltanto verso la tirannia della sovranità popolare. Come insegnava l'esempio francese, alla fine di tale sentiero si trovava un patibolo in attesa del monarca.

La linea di confine tra rivoluzione e controrivoluzione era stata stabilita a conclusione del Congresso di Vienna. Fu essa a determinare le dispute successive. La discussione pubblicistica di questi anni è quindi segnata da una sostanziale acrimonia, caratterizzata dal timore da una parte e dalla delusione dall'altra. I sostenitori delle riforme illuministiche di stampo settecentesco erano insoddisfatti della situazione tanto quanto lo erano i nazionalisti e i liberali che reclamavano garanzie costituzionali. La linea politica sostenuta dai singoli Stati della Confederazione germanica dopo il 1815 era reazionaria non soltanto agli occhi dell'opposizione, ma lo era nei fatti.

Ciò che la nobiltà aveva perso sul piano giuridico fu generalmente ristabilito (28). L'emancipazione degli ebrei venne limitata (29). In riferimento al contesto di Monaco del 1813, Karl Heinrich

(27) G. MANN, *Friedrich von Gentz, Geschichte eines europäischen Staatsmannes*, 1947, ristampa 1972, 284.

(28) W. CONZE, *Adel, Aristokratie*, in BRUNNER-CONZE-KOSSELCK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. I, 1972, 1 ss.; J. ROGALLA V. BIEBERSTEIN, *Adelsberrschaft und Adelskultur in Deutschland*, 1989; H.H. HOFMANN, *Adlige Herrschaft und souveräner Staat. Studien über Staat und Gesellschaft in Franken und Bayern im 18. und 19. Jahrhundert*, 1962; H. REIF, *Westfälischer Adel 1770 bis 1860*, 1979; R. SCHIER, *Standesherren. Zur Auflösung der Adelsvorherrschaft in Deutschland (1815-1918)*, tesi, Bonn 1975; A.J. MAYER, *Adelsmacht und Bürgertum. Die Krise der europäischen Gesellschaft 1848-1914*, 1984; R.M. BERDAHL, *The Politics of Prussian Nobility. The Development of a Conservative Ideology 1770-1848*, Princeton 1988; F.L. CARSTEN, *Geschichte der preußischen Junker*, 1988. Particolarmente dettagliato è H.U. WEHLER (a cura di), *Europäischer Adel 1750-1950* (numero straordinario « Geschichte und Gesellschaft », 13, 1990) in cui si trovano i fondamentali contributi: R. BRAUN, *Konzeptionelle Bemerkungen zum Obenbleiben. Adel im 19. Jahrhundert*, 87 ss.; K. MÖCKL, *Der deutsche Adel und die fürstlich-monarchischen Höfe 1750-1918*, 96 ss.; F.L. CARSTEN, *Der preußische Adel und seine Stellung in Staat und Gesellschaft bis 1945*, 112 ss.; W. DEMEL, *Der bayerische Adel von 1750 bis 1871*, 126 ss.; H. STEKL, *Zwischen Machtverlust und Selbstbehauptung. Österreichs Hocharistokratie vom 18. bis ins 20. Jahrhundert*, 144 ss.

(29) Esemplare D. PREISSLER, *Frühantisemitismus in der Freien Stadt Frankfurt und im Großherzogtum Hessen (1810-1860)*, 1989.

Ritter von Lang (1764-1835) scrisse: « I giovani signori, conti e baroni, cercavano nei caffè e nelle osterie i vecchi filofrancesi per prodursi davanti a loro in bestemmie e maledizioni. Così, grazie a Dio e al prezzo di molto del nostro sangue, siamo tornati ai bei vecchi tempi dei tribunali patrimoniali, delle dogane, delle carte bollate e dei privilegi tributari, dei nuovi fedecommissi, del rinnovato vincolo dei beni della servitù della gleba, della sacralità degli ordinamenti comunitari, dei pellegrinaggi, dell'elemosina dei cappuccini »⁽³⁰⁾. Questa descrizione sfiorava certamente gli estremi della satira, come accade frequentemente negli scritti di Lang, ma indica anche lo stato d'animo di un fervente illuminista che si vede improvvisamente dalla parte del perdente.

Un'altra voce particolarmente significativa è quella di Joseph Görres. Nel 1819, all'epoca dei deliberati di Karlsbad, volgendo lo sguardo al Congresso di Vienna Görres scrisse che era stato « finalmente raggiunto l'accordo sull'Atto istitutivo della Confederazione germanica: un atto che, nella sua genericità pallida e incolore, aveva istituito — cosa mai vista prima di allora — un consiglio in cui non valeva la maggioranza dei voti ma soltanto la totale unanimità. Una democrazia pura, il cui *demos*, formato da componenti diversissime per principî, interessi e rapporti di potere, diventa automaticamente omogeneo; un potere centrale, che non sta al di sopra ma neppure al di sotto delle parti coinvolte; un potere esecutivo, che è impotente, e che non è in grado di portare a termine alcunché in quanto non può contrastare gli oppositori, perché incapace di raggiungere anche solo una volta il voto che manca per poter prendere una decisione; un potere legislativo, che non è in grado neppure di sapere quale sia la propria competenza; e un potere giudiziario, cui nessuno è obbligato a obbedire, dove attraverso una sempiterna opera diplomatica tutti gli atti dell'autorità vengono continuamente cercati ma mai trovati. Una tale costituzione, se avesse avuto successo, sarebbe diventata per i popoli una prova inconfutabile della completa su-

⁽³⁰⁾ H. HAUSHERR (a cura di), *Die Memoiren des Ritters von Lang, 1774-1835*, 1957, 251.

perfluità di ogni governo. Soltanto i tedeschi, che non perdono la speranza di fronte a niente, potevano provarci » (31).

II. *La dottrina giuspubblicistica nel Vormärz.*

I docenti di diritto pubblico, che nella maggioranza condividevano tali sentimenti, si trovavano nel dilemma qui accennato. In qualità di docenti di diritto pubblico positivo essi dovevano e volevano accettare e rielaborare sul piano giuridico l'Atto istitutivo della Confederazione germanica dell'8 giugno 1815 e l'Atto finale della Conferenza di Vienna del 15 maggio 1820 (32), rendendo disponibili manuali e raccolte di fonti per l'insegnamento del « diritto confederale » e del « diritto degli Stati federali ». In qualità di cittadini che riflettevano sulla condizione politica del proprio paese essi rimanevano però nella maggior parte dei casi fortemente critici nei confronti della Confederazione germanica, della sua costituzione o almeno della politica da essa condotta soprattutto a partire dal 1819. Direttamente colpiti dal commissariamento delle università, spiati durante le lezioni e sottoposti alla censura (33), privati del ruolo di interpreti del diritto confederale per espressa dichiarazione della stessa Assemblea della Confederazione (34), nonché perennemente sospettati a causa del contatto diretto con un corpo studen-

(31) J. GÖRRES, *Teutschland und die Revolution, Teutschland (Coblenz)*, 1819 (2^a ed.), 19. Su Görres cfr. H. RAAB, in B. POLL (a cura di) *Rheinische Lebensbilder*, 8 (1980), 183-204 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(32) HUBER, *Dokumente*, I, nr. 29, 30.

(33) Cfr. per esempio l'ordinanza prussiana per i delegati straordinari del governo nelle università del 18 novembre 1819, in PrGS, 1819, 233 (HUBER, *Dokumente*, I, nr. 35). E. WEBER, *Die Mainzer Zentraluntersuchungskommission*, 1970.

(34) La *Bundesversammlung* dichiarò l'11.12.1823 « che non si vuole dare spazio a nuove dottrine sulla federazione e a false teorie di autori che influenza alcuna devono avere sulle deliberazioni federali » (J.L. KLÜBER, *Quellen*, 3^a ed. 1830, nr. XXVI, 309 ss.). Questa deliberazione, secondo gli studiosi di diritto costituzionale, danneggiava gravemente la Confederazione. In senso contrario si espresse soltanto R. MAURENBRECHER, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Frankfurt 1837, § 100, sulla nt. h (cfr. anche il § 115 sulla nt. i), per il quale « senza riluttanza alcuna e in muta rassegnazione, la "comune opinione sull'interpretazione delle leggi federali" deve essere esclusa dalle fonti del diritto » (LANDSBERG, III-2, 399).

tesco estremamente animato ⁽³⁵⁾, i docenti difficilmente potevano trovare reale sintonia con la costituzione della Confederazione. Ciò ebbe notevoli ripercussioni sulla formazione universitaria nel campo del diritto pubblico. Chi insegnava diritto pubblico dopo il 1819 si muoveva su di un terreno potenzialmente insicuro, sia in senso soggettivo che in senso oggettivo. Molti erano coloro che incontravano gravi difficoltà con i propri governi. I casi di Klüber, Behr, Jordan, Rotteck, Welcker o dei “Sette di Gottinga” costituiscono soltanto la punta dell’iceberg. L’emigrazione delle menti più brillanti verso discipline meno pericolose come il diritto romano, il diritto commerciale, il diritto penale, il diritto canonico e la storia del diritto è un fenomeno evidente, rilevato già dai contemporanei.

August Wilhelm Heffter ha così delineato la situazione del 1829: mentre il vecchio diritto imperiale era ormai scomparso e il diritto della Confederazione renana poteva essere considerato niente più che un fenomeno temporaneo, il diritto della Confederazione germanica lasciava invece sperare in una nuova cultura del diritto pubblico, e così anche il diritto costituzionale degli Stati che si erano dotati di una carta fondamentale: da esso incominciò a maturare a sua volta un diritto pubblico comune tedesco. La scienza poteva e doveva raccogliere, mettere in ordine, combinare in modo sensato il vecchio e il nuovo, « quindi spiegare lo stato delle cose secondo la sua intrinseca natura giuridica » ⁽³⁶⁾, colmare le lacune e rendere possibile un nuovo diritto. Tuttavia, mancavano un archivio centrale dell’Impero, un organo di coordinamento delle attività amministrative e una pubblicazione ufficiale degli atti normativi. Del resto, e cosa ancora più importante, nelle università « in contrapposizione alla consueta attività e vivacità, sull’orizzonte pubblicistico era calato un profondo silenzio accademico, rotto soltanto di rado da qualche proposta programmatica o da una dissertazione ». A spiegazione di questa situazione si sosteneva

⁽³⁵⁾ H. HAUPT, *Quellen und Darstellungen zur Geschichte der Burschenschaft und der Deutschen Einheitsbewegung*, 17 voll., 1911-1940; H. HAUPT, P. WENTZKE (a cura di), *Darstellungen und Quellen zur Geschichte der Deutschen Einheitsbewegung im 19. und 20. Jahrhundert*, vol. I ss., 1957 ss.; G. BERGER-D. AURAND, *Weiland Bursch in Heidelberg*, 1986.

⁽³⁶⁾ A.W. HEFFNER, *Zustand der publicistischen Studien in Deutschland; Aussichten und Anforderungen derselben*, prefazione a *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht*, Berlin 1829, IV.

che « la scuola giusprivatistica, probabilmente grazie al rinato spirito che l'animava e alle nuove energie su cui poteva contare, eliminò o quantomeno compresse lo spazio per gli studi pubblicistici »⁽³⁷⁾.

D'altra parte, considerare il diritto della Confederazione dal punto di vista della scienza giuridica poteva sembrare, almeno in un primo momento, un'operazione proiettata verso il futuro. La creazione della Confederazione germanica offriva certamente delle possibilità di sviluppo e, nonostante la sua denominazione ufficiale quale « associazione di diritto internazionale » (art. 1 dell'Atto finale del Congresso di Vienna), sembrava rendere possibile l'introduzione di elementi costituzionali nella Confederazione o almeno l'interpretazione in senso costituzionalistico della vaga formulazione contenuta nell'art. 13 dell'Atto istitutivo⁽³⁸⁾. In un periodo dominato dalla paura di una rivoluzione e dalla « persecuzione dei demagoghi », già pubblicare gli *arcana* della diplomazia, attenersi rigorosamente al piano giuridico e sottolineare energicamente la propria non appartenenza a un partito erano chiari indizi di posizione liberale. Ma, allo stesso tempo, erano anche uno scudo protettivo per chi sapeva di avere dalla sua parte l'opinione pubblica⁽³⁹⁾.

1. *J.L. Klüber.*

Nella prospettiva appena delineata si colloca l'attività successiva al Congresso di Vienna di Johann Ludwig Klüber⁽⁴⁰⁾, che per più di due decenni fu la figura di riferimento della pubblicistica del

⁽³⁷⁾ HEFFTER, op. cit., X.

⁽³⁸⁾ DBA, art. 13: « In tutti gli Stati della Confederazione si avrà una costituzione dei ceti territoriali ». La portata di questo articolo, che avrebbe giocato un ruolo fondamentale nel primo movimento costituzionale, fu ridimensionata e « delimitata » a favore del potere monarchico nell'Atto conclusivo della Conferenza di Vienna (art. 53-62 WSA). Cfr. più avanti, II, 2, e W. MAGER, *Das Problem der landständischen Verfassungen auf dem Wiener Kongreß 1814-15*, in HZ, 217 (1973), 296.

⁽³⁹⁾ L. v. DRESCH, *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der deutschen Bundesstaaten*, Tübingen 1820, per esempio, nella prefazione ribadisce che non avrebbe espresso opinioni politiche prendendo in esame l'*Untersuchungsgesetz* (deliberazione del 20.09.1819 concernente il conferimento a un'autorità centrale dell'incarico di condurre una dettagliata inchiesta sulle attività sovversive scoperte in alcuni Stati della Confederazione, HUBER, *Dokumente* I, nr. 33).

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *supra*, cap. I, nt. 217.

Vormärz. Un autorevole studioso quale fu Mohl, a questo proposito, scrisse che « è indubbio che Klüber sia oggi lo studioso di dottrina dello Stato le cui opere sono più diffuse e la cui autorità è riconosciuta anche laddove viene lasciato ben poco spazio ai teorici. La sua opera *Öffentliches Recht* è diffusa in migliaia di copie [...]. I suoi *Akten des Wiener Congresses* sono adottati anche ufficialmente [...]. Il suo *Europäisches Völkerrecht* è stato più volte tradotto e pubblicato in entrambi gli emisferi » (41). Allo stesso modo, Heinrich Albert Zachariä ancora nel 1841 confermava che Klüber « ha tenuto a battesimo l'attuale prospettiva del diritto pubblico » (42).

Klüber ha adoperato in modo coerente i fondamenti metodologici che aveva individuato nel 1806. In sostanza, egli è rimasto un « pubblicista imperiale », dotato di una sconfinata conoscenza della letteratura e capace di sintetizzare in maniera affidabile grandi masse di materiale. Egli non è un giurista innovatore dal punto di vista dogmatico o sistematico, ma è un preciso rielaboratore del diritto vigente, un autore senza fronzoli oltre che un liberale indipendente. Grazie agli ottimi rapporti personali con il cancelliere di Stato prussiano Hardenberg, Klüber fu al centro degli avvenimenti del 1814-15 e poté sfruttare le possibilità offertegli dalla posizione di fiducia che ricopriva. Dato che non esistevano né una esaustiva presentazione dei materiali del Congresso di Vienna né una affidabile e completa pubblicazione ufficiale dei protocolli dell'Assemblea della Confederazione germanica, Klüber con i suoi *Akten des Wiener Congresses* in nove volumi colmò una grave lacuna (43). Lo stesso vale per la fondamentale *Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses* (44). Da tali testi deriva una breve raccolta di fonti « sul diritto pubblico della Confederazione germanica » che accompagnò i giuristi del *Vormärz* fino agli anni quaranta del

(41) MOHL, II, 473.

(42) H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, parte I, Göttingen 1841, 18.

(43) J.L. KLÜBER (a cura di), *Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815*, voll. I-IX, Erlangen 1815-1835.

(44) J.L. KLÜBER, *Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses überhaupt, und insonderheit über wichtige Angelegenheiten des teutschen Bundes*, I-III, Frankfurt 1816; ID., (a cura di), *Staatsarchiv des teutschen Bundes*, Erlangen (anche Frankfurt) 1816-1818.

secolo ⁽⁴⁵⁾. Klüber in questo periodo si trovava ancora al centro della politica della Confederazione germanica, a Francoforte, e poteva continuare a raccogliere materiale valendosi dei suoi buoni contatti e dell'alta considerazione di cui godeva ⁽⁴⁶⁾.

L'opera di Klüber più celebre e ammirata, ritenuta il suo capolavoro, è l'imponente manuale intitolato *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten* ⁽⁴⁷⁾. Come ha sostenuto Mohl, essa « è di una qualità incommensurabilmente più alta rispetto alle opere che l'hanno preceduta » ⁽⁴⁸⁾. Quando apparve, nel 1817, Klüber si mostrò assai fiducioso nel futuro, nello sviluppo di « dinamiche giuridiche » e in una rinascita presso le università del diritto pubblico, al quale il suo solido compendio offriva una nuova base teorica. Stabilito un nesso tra pubblicistica imperiale e letteratura della Confederazione renana, il “diritto pubblico della Confederazione renana” (1808) offriva a Klüber una struttura in cui poter inserire la sua imponente conoscenza pratica e dottrinale. Nella lunga introduzione (§§ 1-103) ⁽⁴⁹⁾ egli delinea le distinzioni teoriche fondamentali, espone il suo metodo « storico-dogmatico » e ricostruisce in chiave diacronica le tappe che hanno portato alla nascita della Confederazione germanica, passando poi all'esame delle fonti del diritto confederale e del diritto pubblico dei singoli membri della Confederazione e tratteggiando rapidamente la struttura della Confederazione stessa e in particolare le sue prerogative sovrane.

La prima parte (§§ 104-237) è dedicata al « diritto confederale », in altre parole alla Confederazione e ai suoi organi — la Dieta

⁽⁴⁵⁾ J.L. Klüber, *Quellensammlung zu dem Oeffentlichen Recht des Teutschen Bundes*, Erlangen 1816 (2^a ed. 1817, 3^a ed. Erlangen 1830, ristampa 1970; nuova edizione Erlangen 1833); ID., *Wichtige Urkunden* (nt. 25).

⁽⁴⁶⁾ J.L. KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe; avec un supplément contenant une bibliothèque choisie du Droit des Gens*, I, II, Stuttgart 1819; ID., *Europäisches Völkerrecht*, Stuttgart 1821, 2^a ed. a cura di MORSTADT, Heidelberg 1847. A proposito della 2^a ed., Mohl disse che non poteva darne « altro giudizio che non fosse quello di un pasticcio disordinato e male informato » (MOHL, II, 485). Mohl loda il lavoro di Klüber con i soliti epiteti: chiaro, completo, con molta letteratura, limitato al piano positivo, debole come prodotto filosofico.

⁽⁴⁷⁾ 1817 (2^a ed. Frankfurt 1822; 3^a ed. 1833; 4^a ed. 1840)

⁽⁴⁸⁾ MOHL, II, 266 (che però, in II, 473 ss., riconosce l'importanza di Klüber); cfr. anche LANDSBERG, III-2, 165-178.

⁽⁴⁹⁾ La numerazione si riferisce alla 3^a ed., Frankfurt 1831.

confederale con l'Assemblea plenaria e il Consiglio confederale —, e all'analisi dei rapporti giuridici della Confederazione con i propri membri, all'interno, e con gli altri Stati, all'esterno.

La seconda parte, ben più ampia (§§ 238-585), racchiude l'esame della struttura fondamentale del diritto pubblico comune a tutti gli Stati monarchici della Confederazione, relegando nelle note a piè di pagina le particolarità delle singole costituzioni territoriali. È in questa parte che Klüber, recuperando il metodo della vecchia « scuola storico-dogmatica del diritto pubblico imperiale » (Mohl), collega fra di loro gli elementi comuni alla maggior parte degli Stati, elevandoli al rango di un « diritto pubblico comune tedesco » e riconoscendogli così uno status normativo. In tal modo, in una prospettiva patriottica, la scienza del diritto pubblico colmò almeno parzialmente la mancata unità ⁽⁵⁰⁾, e permise allo stesso tempo di salvare la cultura giuridica pubblicistica al di là delle catastrofi statuali. Quest'ultimo aspetto assumeva una particolare importanza per gli studenti, che in questo modo studiavano una materia « tedesca comune » e potevano così passare da un'università all'altra senza difficoltà. Le deviazioni da questo « standard » di diritto pubblico comune tedesco dovevano pertanto trovare una qualche giustificazione, anche se in molti casi era sufficiente un riferimento a ragioni storiche, per esempio nel caso delle ultime quattro « città libere imperiali ». Tuttavia il metodo adottato da Klüber — con il quale egli era arrivato a teorizzare tale diritto pubblico comune tedesco attraverso il confronto tra le leggi fondamentali dei singoli Stati, l'individuazione dei loro elementi portanti e colmando le eventuali lacune facendo ricorso a norme di diritto naturale — venne criticato, in particolare da Mohl ⁽⁵¹⁾.

I punti di forza della teoria di Klüber erano la documentazione, la conoscenza della letteratura e il metodo sistematico. Le opinioni politiche — che pure egli non aveva difficoltà ad esprimere — secondo il suo credo scientifico dovevano essere nettamente distinte dalle opinioni giuridiche. In questa prospettiva egli chiariva che « il carattere politico determinante del nostro tempo (lo spirito del

⁽⁵⁰⁾ M. FRIEDRICH, *Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in JÖR NF, 34 (1985), 1 ss.

⁽⁵¹⁾ MOHL, II, 286 ss.

tempo, le idee che animano e sostengono il presente), che deriva dalla formazione politica dell'assoluta maggioranza delle intelligenze di ogni ceto, è la tensione verso un ordinamento della collettività basato su atti certi e di natura pattizia. Questa tensione è, in primo luogo, aspirazione a una libertà civile costituzionalmente garantita e al godimento di una eguaglianza giuridica tra i cittadini protetta dalle leggi. In secondo luogo, essa è aspirazione a mantenere tale libertà e tale eguaglianza attraverso la rappresentanza popolare generale, la libertà di coscienza, una ragionevole libertà di stampa e l'attenzione all'opinione pubblica, intesa come espressione della maggior parte delle intelligenze del popolo » (52). Ciò che lo spirito del tempo richiedeva, assicurava Klüber, avrebbe prevalso. A tal proposito egli stilò un fitto elenco di speranze e di richieste del liberalismo politico, soprattutto per quanto riguardava la trasformazione dei ceti territoriali in « veri » parlamenti (53). Ma nel 1822, alla morte di Hardenberg, il protettore di Klüber, queste opinioni diventarono pericolose. Poco prima di tale evento era stata pubblicata anche la seconda edizione dell'*Öffentliches Recht*. Mentre si trovava a Francoforte in qualità di plenipotenziario prussiano per la liquidazione del Granducato, Klüber fu raggiunto da una denuncia, cui seguì una lunga indagine segreta che sfociò in un'ammonizione d'ufficio, alla quale Klüber reagì con la richiesta di essere sospeso dall'incarico. Nel 1824 egli si dimise dal proprio incarico e da allora visse come libero docente di diritto e come esempio di pubblicista indipendente e fedele ai propri principî.

2. *Fonti e compendi.*

Dopo il 1815 e il 1819 divenne generale l'esigenza di informazione sui fondamenti giuridici della Confederazione germanica e sui mutamenti costituzionali negli Stati della Confederazione. Non soltanto l'insegnamento universitario aveva bisogno di nuovi strumenti di lavoro, ma anche la prassi amministrativa e il dibattito politico non potevano guidare il « dibattito costituzionale » senza adeguati testi di riferimento e senza posizioni interpretative. Venne così

(52) *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes*, 3^a ed. 1831, § 93.

(53) Ivi, §§ 279-300, soprattutto § 280, sul « punto di vista politico ».

ripreso il metodo di lavoro di Klüber, già sperimentato sulla Confederazione renana, consistente nel raccogliere prima le fonti nella maniera più completa possibile, e poi nel presentare il diritto della Confederazione germanica come un diritto “armonico” degli Stati della Confederazione. Risultato di questa operazione fu un copioso numero di raccolte di fonti, brevi compendi e dettagliati manuali.

Tra le diverse opere dedicate alle fonti che cercavano di documentare il nuovo stato del diritto, si può prima di tutto ricordare, a parte il già citato testo di Klüber e le schematiche tavole sinottiche di Lancizolle⁽⁵⁴⁾, la breve raccolta curata da Maximilian C.F.W. Grävell (1781-1860), allora funzionario prussiano in conflitto con il proprio governo⁽⁵⁵⁾. La raccolta di Grävell, pur divenuta rapidamente obsoleta, è tuttavia notevole per il suo autore, giurista che successivamente sarebbe stato sfortunato protagonista delle vicende della Paulskirche e che per un breve periodo sarebbe divenuto ministro degli interni dell’Impero⁽⁵⁶⁾. Lo stesso si può dire, anche se sviluppata in tutt’altra prospettiva politica, per la raccolta curata da Gustav von Struve (1805-1870), all’epoca avvocato di Mannheim e rivoluzionario⁽⁵⁷⁾. L’opera di Struve comprende una notevole prefazione critica, una nutrita serie di testi e una nota conclusiva nella quale si sostiene che la Dieta confederale è « diventata serva

⁽⁵⁴⁾ C.W. v. LANCIZOLLE, *Uebersicht der deutschen Reichsstandschafts- und Territorial-Verhältnisse vor dem französischen Revolutionskriege, der seitdem eingetretenen Veränderungen und der gegenwärtigen Bestandtheile des deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, Berlin 1830.

⁽⁵⁵⁾ M.C.F.W. GRÄVELL, *Die Quellen des allgemeinen deutschen Staatsrechts seit 1813-1829*, Leipzig 1820. Su Grävell cfr. TEICHMANN, in ADB, 9 (1879), 613-615. — Per il periodo fino al 1821 cfr. la cosiddetta *Karlsruher Sammlung* (raccolta di Karlsruhe): *Quellen des öffentlichen Rechts der deutschen Bundesstaaten, oder Sammlung der wichtigsten Urkunden, die zur Kenntniß des allgemeinen deutschen Bundesstaatsrechts dienen, von 1800-1821*, in 3 parti, Karlsruhe 1821.

⁽⁵⁶⁾ HUBER, II, 631, 857 ss.

⁽⁵⁷⁾ G. v. STRUVE, *Das öffentliche Recht des deutschen Bundes*, in 2 parti, Mannheim 1846. Su Struve, che Heinrich Laube ha definito « un erudito dall’aspetto magro e tenace, un *abstractum* e vegetariano di orientamento socialdemocratico » (*Erinnerungen*, Wien 1882, 96), cfr. WIPPERMANN, in ADB, 36 (1983), 681-687; F.X. VOLLMER, *Vormärz und Revolution 1848-49 in Baden. Strukturen, Dokumente, Fragestellungen. Modelle zur Landesgeschichte*, 1979, e M. KUNZE, *Der Freiheit eine Gasse. Traum und Leben eines deutschen Revolutionärs*, 1990.

incondizionata del cosiddetto principio monarchico. Invece di porsi al di sopra delle parti è diventata serva dei più estremisti sostenitori di tale principio». Struve constata che la Confederazione germanica « non affonda le proprie radici nel cuore dei tedeschi, è anzi considerata dagli uomini di progresso soltanto come un ostacolo », con la conseguenza che essa « deve necessariamente o dissolversi, oppure accogliere al proprio interno nuovi elementi vitali » (58). Toni di tal genere rimanevano pericolosi, e costarono a Struve lunghi periodi di detenzione sia nel 1845 che nel 1846.

Tra le molte raccolte di fonti di questo periodo, quella cui va riconosciuto il più alto valore documentario è quella di Philipp Anton Guido von Meyer, consigliere legislativo del Meclemburgo (59). Essa comprende i trattati internazionali (I), il diritto costituzionale della Confederazione germanica e tutte le determinazioni dell'Assemblea della Confederazione fino al 1864 (II, III), e diventò il testo di riferimento pratico per molto tempo. Le altre brevi raccolte (60) diventarono invece ben presto obsolete, oppure comprendevano soltanto una parte dei documenti rilevanti o rispondevano, come quella di Stüve, a particolari esigenze (61).

Anche per quanto riguarda i compendi in cui veniva esposto il diritto confederale il quadro era assai composito. Uno dei primi manuali di questo tipo è un'opera giovanile dell'alto funzionario

(58) STRUVE (nt. 57), II, 578.

(59) *Corpus juris Confoederationis Germanicae*, a cura di PH.A.G. v. MEYER, Frankfurt 1822-1824; più ampio PH.A.G. v. MEYER, *Repertorium zu den Verhandlungen der Bundesversammlung in einer systematischen Uebersicht*, vol. I, *Verhandlungen von 1816-1819*, Frankfurt 1820; seconda edizione dal titolo *Staatsakten für Geschichte und öffentliches Recht des deutschen Bundes*, voll. I-III, Frankfurt 1833-1839; terza edizione completata e continuata da Heinrich Zöpfl, Frankfurt 1858, 1859, 1861, 1865.

(60) G. EMMINGHAUS, *Corpus iuris germanici, tam publici quam privati, academicum*, 2 voll., Jena 1824; CHR.F. ELVERS, *Die Hauptquellen des deutschen Bundes-Staatsrechts*, Göttingen 1824; A. MICHAELIS (a cura di), *Corpus iuris publici germanici academicum*, Tübingen 1825; TH. v. SCHMALZ, *Grundgesetze des deutschen Bundes*, Berlin 1825. Cfr. anche MOHL, II, 247.

(61) J.K.B. STÜVE, *Aktenstücke zur neuesten Geschichte Deutschlands (mit besonderer Beziehung auf Hannover)*, Hannover 1848. Si tratta del sindaco di Osnabrück e importante politico dell'Hannover. Cfr. G. STÜVE, in ADB, 37 (1894), 84-94.

bavarese Ignaz von Rudhart (1790-1838) ⁽⁶²⁾. Benchè Rudhart nella prefazione del 1820 spiegasse che « la necessità e il desiderio del mio governo sono la ragione della pubblicazione di questo libro, a cui è estranea ogni forma di polemica politica e il cui contenuto vuole essere invece completamente di tipo positivo », la stampa del testo fu in un primo momento rinviata. A causa di alcuni passaggi ritenuti troppo vicini a posizioni liberali, il testo incontrò lo sfavore del governo e Rudhart, anche se l'avvenimento non ne compromise la carriera, fu sottoposto a un trasferimento per ragioni disciplinari ⁽⁶³⁾.

Rudhart afferma che l'interpretazione di un testo deve essere condotta su tre diversi piani: quello grammaticale, quello logico e quello storico. In altre parole, l'interpretazione deve procedere in « modo prettamente matematico », mentre « tutto il resto rientra nell'ambito delle valutazioni politiche ». In questa prospettiva, Rudhart rifiuta il ricorso all'analogia come strumento di individuazione delle norme giuridiche ⁽⁶⁴⁾. I sei capitoli del suo manuale si concentrano di fatto sul diritto positivo e sviluppano il tema dello status giuridico della Confederazione, esaminando i rapporti tra essa e gli Stati membri e i sudditi di quest'ultimi, nonché quelli tra i membri della Confederazione fra di loro e con i territori "mediatizzati", con la nobiltà imperiale, con le chiese, affrontando anche le importanti questioni della libertà di stampa, della riproduzione dei libri e delle determinazioni confederali sul commercio e sulla navigazione. Tutto ciò rispecchiava in maniera rapida e sintetica il catalogo dei temi che

⁽⁶²⁾ I. V. RUDHART, *Das Recht des deutschen Bundes. Ein Lehrbuch zu dem Gebrauche bei Vorlesungen an deutschen Universitäten*, Stuttgart-Tübingen 1822. — Rudhart era già nel 1811 professore di storia del diritto e di diritto internazionale a Würzburg, e si trasferì nel 1817 a servizio dello Stato bavarese. Nel 1822 diventò consigliere presso il Ministero delle finanze e membro dell'Accademia delle Scienze. Fu trasferito nel 1823 a Bayreuth e nel 1826 a Regensburg. Dal 1825 era membro dell'assemblea cetuale. Tra il 1836 e il 1838 fu una figura politica determinante a fianco del re Ottone di Grecia. Sul suo ruolo in Grecia cfr. HEIGEL, in ADB, 29 (1889), 459-465; H. HOLZSCHUHER (a cura di), *Ignaz Ritters v. Rudhart Lebensabriß. Letzterer von ihm verfaßt*, Nürnberg 1837; si veda anche il *Neuer Nekrolog der Deutschen*, 16 (1838), 499.

⁽⁶³⁾ F. KOEPEL, *Ignaz von Rudhart. Ein Staatsmann des Liberalismus*, 1933; ID., *Ignaz von Rudhart. Verwaltungsbeamter, Statistiker und Politiker 1790-1838*; in A. CHROUST (a cura di), *Lebensläufe aus Franken*, vol. 5, 1936, 297-310.

⁽⁶⁴⁾ Prefazione, IV, V; Introduzione, § 7.

erano stati toccati nell'Atto istitutivo della Confederazione e nell'Atto finale della Conferenza di Vienna e che sarebbero stati oggetto, negli anni successivi, delle determinazioni confederali.

Dal punto di vista politico, si situa agli antipodi rispetto all'opera di Rudhart il compendio elaborato da Theodor von Schmalz ⁽⁶⁵⁾, acutamente anticostituzionalistico e, nonostante un impianto teorico giusnaturalistico di tipo kantiano, espressamente indirizzato contro i « dannosi principî » enunciati da Klüber ⁽⁶⁶⁾. Ciò non impedì a Schmalz di dichiarare con pathos che quella che difendeva era « la grande e sacra questione della libertà », ammonendo allo stesso tempo che « quando in alcune recenti costituzioni sono stati introdotti principî e forme istituzionali estranei alla tradizione tedesca, importati e ispirati a una sedicente politica illuminista e liberale, proprio allora tali costituzioni sono state meno approvate dal popolo, se non addirittura odiate » ⁽⁶⁷⁾. Tale era l'avversione di Schmalz per questi fenomeni, che egli si rifiutò persino di citarli nel proprio testo.

L'opera di Schmalz si apre con un'introduzione storica inusualmente lunga (1), seguita dai capitoli dedicati al « diritto pubblico territoriale tedesco comune » (2) e al « diritto della Confederazione germanica » (3), esposti in maniera sommaria e senza approfondimenti o problematizzazioni anche laddove sarebbero stati più opportuni, come nel caso dell'esposizione dedicata ai deliberati di Karlsbad. Del resto, il libro ha un carattere prettamente politico. Da una parte, lo scopo dello Stato è ridotto da Schmalz al ruolo di garanzia della sicurezza personale e di protezione della libertà, in una prospettiva quindi sicuramente liberale. Dall'altra parte,

⁽⁶⁵⁾ TH. V. SCHMALZ, *Das teutsche Staats-Recht. Ein Handbuch zum Gebrauche academischer Vorlesungen*, Berlin 1825. Su Schmalz cfr. cap. 1, nt. 88 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. a questo proposito la lettera di B.G. Niebuhr al conte F.L. Stolberg del 2 ottobre 1814, in cui si legge: « Schmalz ha scritto di diritto naturale, e per questo ha raggiunto la celebrità nel periodo della filosofia kantiana: è però il professore più superficiale e sconsiderato che possa esserci, e il suo diritto naturale non è migliore, e chiaramente neanche peggiore, di quello che è insegnato presso le università » (cfr. nt. 14). Similmente J. V. EICHENDORFF, *Erlebtes* (1857): « il futuro consigliere dei cacciatori di demagoghi, che vaneggiando cercava di rendere elegante la filosofia kantiana che si era appena procacciato a Königsberg. »

⁽⁶⁷⁾ Prefazione, V.

Schmalz limita l'ambito del diritto civile e la partecipazione politica ai soli proprietari fondiari, in virtù, egli sostiene, di un antico principio tedesco che si contrapponeva al tanto esaltato sistema rappresentativo ⁽⁶⁸⁾. Con questo Schmalz stesso si annoverava tra gli « amici del trono », cosa del resto di cui allora a Berlino nessuno dubitava.

Fino al 1840 non furono pubblicate grandi opere in grado di rivaleggiare con quella di Klüber ⁽⁶⁹⁾. La mole di materiali che egli aveva reso disponibile costituì invece la base per altri scritti di piccole dimensioni.

Risposte diverse, secondo la più o meno dettagliata correlazione con la storia del vecchio Impero e della Confederazione renana, vennero date alla questione se fosse o meno necessario inserire il diritto positivo della Confederazione in una dottrina generale dello Stato, che rappresentava in un certo senso la stadia, il metro con cui valutare lo stato di sviluppo della Confederazione e degli Stati confederati.

In tale direzione procedette, per esempio, Friedrich Wilhelm Tittmann, in un breve compendio pubblicato poco dopo l'opera di Klüber ⁽⁷⁰⁾. Tittmann apre il proprio testo esaminando lo schema teorico dei concetti di Stato federale e di confederazione tra Stati — concludendo che la Confederazione germanica appartiene alla se-

⁽⁶⁸⁾ Op. cit., §§ 334-336.

⁽⁶⁹⁾ Oltre agli scritti trattati nel testo, cfr. anche A. MICHAELIS, *Entwurf einer Darstellung des öffentlichen Rechts des Deutschen Bundes und der Deutschen Bundesstaaten*, Tübingen 1820 (si tratta di un indice di 29 pagine); E.H. DE S. (SCHWARZKOPF), *Exposé du droit public de l'Allemagne*, Genève-Paris 1821; K.E. SCHMID, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts*, parte I, Jena 1821 (incompleto, cfr. più avanti al cap. 3); F.J. HAAS, *Grundriß des Deutschen Staatsrechts. Zum Gebrauch bei Vorlesungen. Nebst einem Abdrucke der deutschen Bundesacte und der Wiener Schlussacte vom 15. Mai 1820*, Bonn 1827 (anche questo soltanto un indice di 12 pagine); F. FRH. V. LINDELOF, *Grundriß des deutschen Staatsrechts mit beigefügten Quellen- und Litteratur-Belegen, zum Gebrauch bei academischen Vorlesungen*, Gießen 1828; A.W. HEFFTER, *Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht*, fascicolo I, Berlin 1829 (tutto); infine, cfr. il libro ricco di materiale ma senza pretese scientifiche opera del funzionario H.G. REICHARD, *Monarchie, Landstände und Bundesverfassung in Deutschland, nach der historischen Entwicklung und auf den gegenwärtigen Standpuncten der Staaten- und Bundesgesetzgebung beleuchtet*, Leipzig 1836, vol. I (tutto).

⁽⁷⁰⁾ F.W. TITTMANN, *Darstellung der Verfassung des deutschen Bundes*, Leipzig 1818.

conda categoria — e passa poi a esaminare le questioni giuridiche interne ed esterne della Confederazione. Di particolare interesse è il paragrafo dedicato all'art. 13 dell'Atto istitutivo della Confederazione e alla questione se la Confederazione avesse l'obbligo di garantirne l'applicazione. Si avvertiva distintamente l'insicurezza politica di quella fase storica, che ancora non aveva conosciuto i deliberati di Karlsbad e l'Atto finale del Congresso di Vienna.

Decisamente influenzato da Klüber fu Sylvester Jordan (1792-1861) ⁽⁷¹⁾, il cui *Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts* ⁽⁷²⁾, rimasto incompiuto, includeva una sezione dedicata al diritto positivo della Confederazione germanica. Jordan sosteneva di attenersi « strettamente alle norme legislative, e addirittura alla lettera di queste, tanto che il libro in tante parti corrisponde quasi parola per parola all'opera di Klüber, dal momento che egli, com'è noto, spesso adoperava nella sua opera il testo stesso delle leggi » ⁽⁷³⁾. In effetti, le due opere presentano strutture pressoché identiche, non soltanto perché l'opera di Klüber era il principale punto di riferimento teorico per Jordan, ma anche perché entrambe erano modellate sull'impianto della costituzione confederale. Come gli altri autori, Jordan doveva prendere posizione in riferimento a questioni determinanti: la natura giuridica della Confederazione e dei suoi membri, la sua estensione territoriale, la definizione dei suoi poteri e delle sue specifiche funzioni verso l'interno e verso l'esterno, il ruolo degli organi confederativi e in particolare della Dieta confederale, l'amministrazione delle finanze, l'esecuzione confederale (*Bundesexekution*) e la "costituzione di guerra" (*Kriegsverfassung*). A Jordan, che si era proposto di « sviluppare tutti questi temi partendo dalle fonti, secondo un ordine scientifico e in modo chiaro e sintetico » (§ 177), va riconosciuto il merito di aver redatto un compendio effettivamente dettagliato, ricco di informazioni eppure intelligibile.

⁽⁷¹⁾ WIPPERMANN, in ADB, 14 (1881), 513-529; R. BOVENSIEPEN, *Sylvester Jordan*, in I. SCHNACK, *Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck, 1830-1930*, vol. III, 1955, 163-186; HÜBER, II, 68 ss.; W. KLÖTZER, NDB, 10 (1974), 603-605.

⁽⁷²⁾ Kassel 1831. Il libro si basa sulla prima parte di S. JORDAN, *Versuche über allgemeines Staatsrecht in systematischer Ordnung und in bezug auf Politik*, Marburg 1828.

⁽⁷³⁾ Premessa, VII.

Non molto diversa dalla impostazione di Jordan è quella di Georg Leonhard von Dresch (1786-1836) ⁽⁷⁴⁾, di pochi anni successiva, che ci riporta nel contesto bavarese. Dresch fu uno dei massimi esperti di diritto confederale fino al 1830 ⁽⁷⁵⁾. Il suo *Oeffentliches Recht des deutschen Bundes* costituisce la prima parte di una trilogia rimasta incompiuta e che avrebbe dovuto comprendere l'esposizione del diritto confederale (1), del diritto pubblico degli Stati confederati (2) e dei « principî giuridici generali sull'amministrazione e sulla forma di amministrazione nei diversi Stati tedeschi » (3). Come Klüber, Dresch interpretò il diritto confederale alla luce « dell'antico diritto pubblico tedesco nonché del diritto, vecchio di soli sette anni, della Confederazione renana » ⁽⁷⁶⁾. Ciononostante, Dresch pare rinunciare alla prospettiva storica e apre il proprio testo con una breve dottrina generale dello Stato ⁽⁷⁷⁾, seguita dalla descrizione della nascita della Confederazione germanica, dei suoi membri e dei suoi obiettivi (§§ 16, 25). Infine, egli delinea la struttura interna della Confederazione, esaminandone gli organi e le loro competenze verso l'esterno e verso l'interno e la "costituzione di guerra". Il risultato è un testo conciso e di una certa utilità pratica, anche se il tentativo di evitare qualsiasi polemica politica lo rende privo di una reale profondità teorica. In ogni caso, non vi è dubbio sulla sua colloca-

⁽⁷⁴⁾ Nato nel 1786 a Forchheim (in Franconia), nel 1808 ottenne l'abilitazione all'insegnamento universitario ad Heidelberg. Dal 1810 professore ordinario di storia e filosofia del diritto a Tubinga, nel 1816 direttore della biblioteca e nel 1817 professore di diritto canonico, nel 1822 fu chiamato presso la facoltà di giurisprudenza di Landshut e dal 1826 a Monaco, dove nel 1827 divenne direttore della biblioteca e membro dell'Accademia, e nel 1831 consigliere ministeriale (WASSERSCHLEBEN, ADB, 5 [1877], 395 ss.; K. KLÜPFEL, *Die Universität Tübingen in ihrer Vergangenheit und Gegenwart*, Leipzig 1877, 371; MOHL, *Erinnerungen*, I, 90 ss.; R. PILOTY, *Festgabe f. Laband*, 1908, I, 239; Landsberg, III-2, note 186 ss.).

⁽⁷⁵⁾ L. v. DRESCH, *Betrachtungen über den Deutschen Bund*, Tübingen 1817; ID., *Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der deutschen Bundesstaaten*, Tübingen 1820; ID., *die Schlußakte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen in ihrem Verhältnisse zur Bundesakte betrachtet*, Tübingen 1821; ID., *Beiträge zu dem öffentlichen Rechte des deutschen Bundes*, Tübingen 1822; ID., *Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechts sowohl des deutschen Bundes überhaupt, als auch einzelner Bundesstaaten*, München 1830.

⁽⁷⁶⁾ Prefazione, IX.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. anche L. v. DRESCH, *Naturrecht*, Tübingen 1822.

zione nel quadro del liberalismo costituzionale moderato tipico della Germania meridionale.

Con la Costituzione del 5 maggio 1816 la Sassonia-Weimar era diventata uno dei primi Stati costituzionali. Sotto il granduca Karl-August (1815-1828) il clima politico era di tendenza liberale. Fu in questo contesto che nel 1824, con la pubblicazione dello *Staatsrecht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, il consigliere di Stato August Brunnquell (1781-1827) poté apertamente dichiararsi a favore del movimento costituzionale e dei principî liberali ⁽⁷⁸⁾. Brunnquell si sentiva esonerato dal dovere di affrontare molti temi grazie all'« opera, ricca dal punto di vista contenutistico e magistralmente costruita, di Klüber ». Per tale ragione egli rinunciò sia a delineare, preliminarmente, una dottrina generale dello Stato, sia a proporre una ricostruzione storica, e in pochi passi percorre tutto il diritto confederale ⁽⁷⁹⁾. Nella seconda parte del testo egli espone invece il « diritto pubblico comune tedesco » secondo la ormai consueta suddivisione tematica e con una discussione sui diritti di sovranità, affrontando però tali questioni in maniera ancora più sommaria e senza fare alcun riferimento alla situazione concreta dei singoli Stati.

Sul versante opposto rispetto alle opere appena citate, e quindi in prospettiva conservatrice, si collocano i *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* ⁽⁸⁰⁾ di Romeo Maurenbrecher (1803-1843) ⁽⁸¹⁾. Maurenbrecher era un rappresentante dell'alta borghesia

⁽⁷⁸⁾ Op. cit., capitolo IX. Mohl (II, 265) lo definisce « trasportato dal sentimento tedesco », rimproverandogli tra l'altro la sovrapposizione tra diritto e politica, l'insicurezza metodologica, la lacunosità, e per di più osservando che non sarebbe « né uomo di spirito né di Stato ». Sulla biografia, cfr. *Neuer Nekrolog der Deutschen*, V (1827), 830, e le brevi note di BRÜCKNER, in ADB, 3 (1876), 449.

⁽⁷⁹⁾ Il confronto con L. v. DRESCH, *Beiträge* (nt. 75), si riferisce a singole questioni (parte 1, cap. 10 e 12).

⁽⁸⁰⁾ Frankfurt 1837 (ristampe 1842 e 1847).

⁽⁸¹⁾ Studiò dal 1822 a Bonn, Marburgo e Gottinga, dove fu noto esponente dell'associazione goliardica studentesca. Conseguì il dottorato a Greiswald nel 1826. Ottenne l'abilitazione all'insegnamento universitario a Monaco nel 1827, divenendo libero docente nel 1828 a Bonn e dal 1833 professore straordinario, poi dal 1838 professore ordinario di diritto costituzionale. Fu attivo come germanista nel solco della scuola storica del diritto, studiò il diritto renano e pubblicò un manuale di diritto tedesco comune contemporaneo (Bonn 1832). Nel 1841 si dimise dall'università per motivi di

cattolica renana ed era tutt'altro che liberale. Ai suoi occhi lo Stato aveva il compito, in quanto « istituzione deputata all'educazione del genere umano, di promuovere il suo più alto scopo divino »; in altre parole, secondo le allora diffuse formule idealistiche, lo Stato aveva il compito di rendere effettive le leggi morali ⁽⁸²⁾. Maurenbrecher legittima il potere statale combinando argomenti religiosi, storici e razionalistici, giungendo a rifiutare il principio della separazione dei poteri e l'esistenza dei vincoli giuridici del monarca ⁽⁸³⁾, e negando, di conseguenza, il riconoscimento ai popoli di un diritto di opposizione o di rivoluzione. Egli non era in alcun modo capace di adattarsi a quelle che definisce le « cosiddette innumerevoli idee di emancipazione della nostra epoca » ⁽⁸⁴⁾. Ciononostante — a dispetto della leggenda che lo perseguita — egli fu sostenitore di una monarchia costituzionale rispettosa dei ceti territoriali, seppur soltanto per ragioni di ordine pratico. Infatti, tale modello era a suo avviso l'unico applicabile « se, o fino a quando, non si fosse trovata per il governo un'altra strada per riconoscere i veri interessi della nazione » ⁽⁸⁵⁾. Maurenbrecher non costruisce le proprie argomentazioni in maniera « giusprivatistica », ma concepisce lo Stato come « persona morale », intendendo così lo Stato e il suo apparato amministrativo come soggetto di relazioni giuridiche governate dal diritto pubblico.

La struttura dell'opera rinvia a uno schema didattico già ampiamente sperimentato. Dopo un'introduzione dedicata alla dottrina generale dello Stato (I), Maurenbrecher delinea sinteticamente il diritto pubblico del primo Impero (II), della Confederazione renana (III) e della Confederazione germanica (IV). L'opera si concentra principalmente sulla definizione, attraverso un metodo comparatistico ⁽⁸⁶⁾, del diritto pubblico comune tedesco degli Stati confede-

salute. Morì nel 1843. In proposito cfr. LANDSBERG, III-2, nota 189; W.M., in ADB, 20 (1884), 693 ss. (695).

⁽⁸²⁾ *Grundsätze*, § 26.

⁽⁸³⁾ *Grundsätze*, §§ 38, 43, 58.

⁽⁸⁴⁾ *Grundsätze*, § 57, k.

⁽⁸⁵⁾ *Grundsätze*, § 49, b.

⁽⁸⁶⁾ *Grundsätze*, § 128. Mohl fu estremamente critico sulla possibilità di estrapolare i principi del diritto vigente attraverso la comparazione giuridica, come evidenzia la sua recensione del volume di Maurenbrecher contenuta in A.E.L. RICHTER (a cura di),

rati, senza però i toni d'impronta liberale tipici della letteratura coeva. L'aspetto dell'opera che venne maggiormente criticato, tuttavia, non fu il suo colore politico, ma fu invece il vasto ricorso all'analogia con istituti diritto privato. D'altra parte, tale operazione risultava particolarmente semplice a Maurenbrecher, che era autore di un manuale di diritto privato tedesco⁽⁸⁷⁾. Egli si avvalese di questo metodo soprattutto per sostenere che i principi erano titolari della sovranità « secondo un'analogia con la proprietà, così che ai sovrani tedeschi essa spetta *quasi dominium* e *quasi possessio*, allo stesso modo in cui alle persone private spettano i propri diritti e la propria giustizia »⁽⁸⁸⁾.

Il libro di Maurenbrecher, che sostanzialmente non era molto più di un compendio di corsi universitari corredato di molte note, sarebbe stato ben presto dimenticato se non fosse stato recensito in modo epocale da Wilhelm Eduard Albrecht⁽⁸⁹⁾ nelle *Göttingischen gelehrten Anzeigen*⁽⁹⁰⁾. In tale recensione Albrecht riassumeva la propria visione del contrasto tra due opposti approcci scientifici: la vecchia concezione "giusprivatistica" dello Stato, reazionaria per quanto riguardava le sue conseguenze sul piano politico, si contrapponeva alla nuova concezione di stampo giuspubblicistico, che considerava lo Stato a partire dal dualismo tra principe e popolo per poterlo elevare a *persona giuridica* e, così, neutralizzarlo. In tal modo il baricentro teorico del problema si spostava su di un altro asse. Il monarca non era più il proprietario (privato) dello Stato — cosa che,

« Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft », 1 (1837), 452-468 (455 ss.), dove si trova anche una replica dello stesso Maurenbrecher (854-860).

⁽⁸⁷⁾ *Grundsätze*, §§ 145-147.

⁽⁸⁸⁾ *Grundsätze*, § 145.

⁽⁸⁹⁾ W.E. Albrecht (1800-1876) studiò a Königsberg (1818) e dal 1819 a Gottinga sotto la guida di Eichhorn. Portò a termine il dottorato nel 1822, ottenendo l'abilitazione all'insegnamento universitario nel 1824 a Königsberg, dove nel 1825 divenne professore straordinario e poi, nel 1829 professore ordinario di diritto tedesco, diritto costituzionale e diritto canonico. Dal 1830 al 1837 insegnò a Gottinga, fino alla sua sospensione da parte del governo di Hannover, e poi fino al 1868 a Lipsia. Sulla sua partecipazione alla *Paulskirche* e sulle sue opere germanistiche (*Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, Königsberg 1828) cfr. R. HÜBNER, in ADB, 45 (1900), 743-750; LANDSBERG, III-2, 318-327; H. SCHÖNEBAUM, in NDB, 1 (1953), 185 ss.

⁽⁹⁰⁾ E.A. (=WILHELM EDUARD ALBRECHT), *Rezension in den Göttingischen gelehrten Anzeigen*, 1837 (ristampa 1962), 1489, 1492 ss., 1496 ss.

in sostanza, egli non era ormai più già a partire dalla prima modernità — ma era invece, dal punto di vista del diritto, organo di una persona giuridica e, dal punto di vista dell'etica pubblica, servitore di un'unità stabilita a livello costituzionale ⁽⁹¹⁾. È possibile immaginare che anche la recensione di Albrecht sarebbe stata presto dimenticata, se Carl Friedrich Gerber, suo allievo a Lipsia, non ne avesse ripreso i motivi di fondo a più riprese a partire dal 1851 ⁽⁹²⁾.

Maurenbrecher ancora si ribellava all'idea che il titolare della sovranità fosse lo Stato ⁽⁹³⁾ e — contrariamente allo spirito del tempo — aveva tentato di legittimare nuovamente la sovranità dei principi. Era però ormai chiaro che questa posizione non era più difendibile a quasi dieci anni di distanza dalla rivoluzione di luglio del 1830: « Raramente un libro è stato accolto da una così forte disapprovazione sul piano giuridico, politico e morale. E ciò non stupisce affatto » ⁽⁹⁴⁾.

3. K.E. Weiss, H. Zöpfl.

Dopo la pubblicazione postuma, nel 1840, della quarta edizione dell'*opus magnum* di Klüber, l'impossibilità di proseguirne il lavoro rese evidente la necessità di un nuovo manuale generale di riferimento. Appena un anno più tardi, nel 1841, vennero pubblicati due testi di diritto pubblico tedesco e della Confederazione, entrambi opera di giovani studiosi — Heinrich Zöpfl e Heinrich Albert Zachariä — che sarebbero stati « per lungo tempo tra le opere più significative dedicate al diritto pubblico e al diritto confederale tedesco » ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ Cfr. nt. 177.

⁽⁹²⁾ C.F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Jena 1852; ID., *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete*, in L.K. AEGIDI (a cura di), « Zeitschr. f. Deutschen Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte », 1 (1865), 5-24; ID., *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, 3^a ed.1880. Cfr. sul tema W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, 88 ss.; P. v. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974, 163 ss., in particolare 196 ss. e cap. 8, nt. 83 ss.

⁽⁹³⁾ R. MAURENBRECHER, *Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität*, Frankfurt a. M. 1839.

⁽⁹⁴⁾ MOHL, II, 302 ss.

⁽⁹⁵⁾ BÖCKENFÖRDE, 119.

Nel 1843 apparve, poi, il *System des deutschen Staatsrechts* di Karl Eduard Weiss ⁽⁹⁶⁾, docente a Giessen. Si tratta di un'opera che Mohl, col suo classico stile, ha definito « puntuale, oggettivamente e giuridicamente diligente, ma anche sostanzialmente sbagliata » ⁽⁹⁷⁾. La parte positiva del giudizio di Mohl è dovuta al fatto che Weiss rinunciò sia a una introduzione storica sia a una dottrina generale dello Stato, concentrandosi invece sul diritto vigente. Ad avviso di Weiss, il compito di esporre una ricostruzione storica apparteneva, disciplinarmente, alla storia del diritto, mentre stava alla filosofia del diritto interessarsi del « diritto naturale pubblico ». A chi si occupava di diritto pubblico spettava invece lo studio dogmatico del diritto positivo ⁽⁹⁸⁾. La parte negativa del giudizio di Mohl era invece legata a obiezioni in parte giuridiche e in parte patriottiche, suscitate dalla considerazione che Weiss attribuiva alla Confederazione germanica la qualità di « Stato costituzionale », cercando anche, coerentemente, di teorizzare una forma di diritto amministrativo confederale ⁽⁹⁹⁾. Weiss aveva sicuramente l'intenzione, altrettanto patriottica, di « perfezionare in modo organico » la Confederazione germanica in direzione di una vera e propria costituzione. Si trattava però di un patriottismo più ottimista di quello di chi tentava di ridimensionare, anche nei manuali, il ruolo della poco amata Confederazione germanica. Weiss diede voce a speranze largamente diffuse, sia esprimendo l'augurio di un ulteriore sviluppo della Confederazione germanica, sia prefigurando un diritto pubblico tedesco, vincolante per tutti, che sarebbe dovuto servire come base comune dell'unità tedesca ⁽¹⁰⁰⁾. In generale il libro è solido e chiaro, seppur privo di ogni originalità. Rapidamente e palesamente superato da lavori di maggior successo, venne dimenticato già prima del 1848.

Fu invece non dimenticato dai posteri, bensì ricordato con una

⁽⁹⁶⁾ K.E. WEISS, *System des deutschen Staatsrechts*, Regensburg 1843. Indicazioni biografiche al cap. 4, nt. 147.

⁽⁹⁷⁾ MOHL, II, 266.

⁽⁹⁸⁾ WEISS, op. cit., §§ 23, 24.

⁽⁹⁹⁾ WEISS, op. cit., §§ 63 ss. (*Allgemeines inneres Bundesregierungsrecht*), §§ 106 ss. (*Besonderes inneres Bundesregierungsrechts*).

⁽¹⁰⁰⁾ WEISS, op. cit., § 7, 11.

cattiva fama, Heinrich Zöpfl (1807-1877) ⁽¹⁰¹⁾, docente a Heidelberg che mutò posizione politica in base alla situazione contingente. Si ricorda che nel 1848 « saliva in cattedra con una grande sciabola al fianco e con un nastro tricolore sul petto » per tenere « lezioni con una larghezza di idee estremamente ampia » ⁽¹⁰²⁾, salvo poi difendere posizioni sempre più conservatrici, tanto da diventare consulente giuridico dell'alta nobiltà ⁽¹⁰³⁾. « In conclusione » — sostiene Landsberg — « Zöpfl è diventato il sostenitore più accanito della Confederazione germanica e della Dieta confederale di Francoforte, che a suo parere rappresentavano un ordinamento capace di dare forma alla vita statale tedesca, così che egli non fu in alcun modo in grado né di comprendere, né tanto meno di provare simpatia per gli sconvolgimenti del 1866 » ⁽¹⁰⁴⁾.

Tuttavia, nel 1841 nulla lasciava presagire una simile evoluzione. La prima edizione dei *Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts* ⁽¹⁰⁵⁾ di Zöpfl era niente più di un inventario, convenzionale e positivista, del diritto confederale (I) e del diritto pubblico territoriale comune (II). Gli accadimenti politici che avevano drammaticamente segnato i primi due decenni di vita della Confedera-

⁽¹⁰¹⁾ Sul tema non vi sono studi recenti. Cfr. MOHL, II, 264, 267, 304, 306, 328, 384; ID., *Lebenserinnerungen*, I, 231 ss.; v. SCHULTE, in ADB, 45 (1900), 432-434; G. JELLINEK, *Heidelberger Festschr. von 1905*, vol. I, 268 ss.; DRÜLL, 312. Sulla concezione dei diritti di sovranità di Zöpfl cfr. BÖCKENFÖRDE, 119-122; BOLDT, *passim*.

⁽¹⁰²⁾ MOHL, *Lebenserinnerungen*, I, 231.

⁽¹⁰³⁾ H. ZÖPFL, *Die Regierungsvormundschaft im Verhältnisse zur Landesverfassung*, Heidelberg 1830; ID., *Über Missbeiraten in den deutschen regierenden Fürstenhäuser überhaupt und im Oldenburgischen Gesammthause insbesondere*, Stuttgart 1853. Per i particolari cfr. SCHULTE (nt. 101).

⁽¹⁰⁴⁾ LANDSBERG, II-2, nt. 239. Heinrich Zöpfl (1807-1877) veniva da Bamberg, aveva studiato a Würzburg e si abilitò all'insegnamento universitario nel 1828 a Heidelberg. Nel 1839 diventò professore straordinario, nel 1842 ordinario di diritto costituzionale. Nel 1850 divenne rappresentante dell'università nella Camera alta del Baden. Sul passaggio all'ala conservatrice descritto da Landsberg, v. SCHULTE (nt. 101) accenna all'influenza di J.J.B. v. LINDE.

⁽¹⁰⁵⁾ ZÖPFL, 1^a edizione, Heidelberg 1841 (come *Grundsätze des allgemeinen Staatsrechts, nebst einem kurzen Abrisse des deutschen Bundesrechtes*, 3^a ed. Heidelberg 1846; 4^a ed. « riveduta con particolare attenzione alla luce dei più recenti avvenimenti », vol. I, Heidelberg-Leipzig 1856; 5^a ed. *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts mit besonderer Rücksicht auf das Allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse*, in due parti, Leipzig 1863).

zione germanica erano di fatto rimossi, nello sforzo di enfatizzare, come aveva fatto Klüber, il rapporto storico con il Settecento. Zöpfl focalizzava la propria attenzione sul « diritto tedesco oggi vigente »; la sua prospettiva soltanto raramente si spingeva all'epoca antecedente il 1815. In compenso nel corso delle edizioni successive l'opera di Zöpfl diventò sempre più completa e informata, cosa che anche il sempre critico Mohl fu costretto a riconoscere ⁽¹⁰⁶⁾. Come Weiss, che abbiamo appena ricordato, e come molti altri, Zöpfl concentrava i propri sforzi in direzione della costruzione scientifica e politica di un « diritto pubblico comune tedesco ». L'unificazione spirituale della dottrina del diritto pubblico tedesco sarebbe dovuta rimanere intatta nonostante la frammentazione dei diversi diritti particolari. Contemporaneamente, si sarebbe dovuto anche tenere presente che la nazione tedesca aveva elaborato e conservato una « ideologia nazionalista del diritto pubblico » che andava al di là dei confini fra i singoli Stati che la componevano ⁽¹⁰⁷⁾. Ciò, in sostanza, altro non era che l'eco di una dottrina giuridica del *Volksgeist*, anche se priva del pathos del primo romanticismo e del rifiuto di Savigny nei confronti della legislazione. La « ideologia nazionalista » del diritto pubblico, piuttosto, veniva determinata in senso giuscomparatistico. Quello che accadeva nella maggior parte degli Stati e che veniva reputato sufficientemente importante da fungere come « caratteristica essenziale » venne trasformato in un elemento del diritto pubblico comune tedesco. In questo modo era possibile interpretare il graduale sviluppo di istituzioni costituzionali nel quadro di un processo di integrazione comune alla nazione tedesca. Ovviamente un tale atteggiamento positivistico poteva soltanto seguire all'emersione fattuale di questi elementi comuni. Esso non si fondava su di un progetto di ispirazione giusnaturalistica che guardasse al futuro. È questa la ragione per cui da manuali con tale impostazione, che riportavano il diritto « vigente », non ci si poteva aspettare alcuna innovazione ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ MOHL, II, 267.

⁽¹⁰⁷⁾ ZÖPFL, premessa alla quarta edizione, VIII.

⁽¹⁰⁸⁾ BÖCKENFÖRDE, 119, sostiene che « in Zöpfl, più che in Zachariä, si possono individuare elementi di novità sul piano concettuale e metodologico ». Ciò è corretto sicuramente per la questione della differenza tra legge e regolamento, rilevata da Böckenförde, ma non può valere per l'intera opera di Zöpfl.

La seconda grande opera di raccolta e di rielaborazione di fonti normative redatta da Zöpfl riguardava il campo della storia del diritto ⁽¹⁰⁹⁾. Il lavoro di Eichhorn, che era stato il primo ad aver davvero integrato la prospettiva storico-politica con quella storico-giuridica, tuttavia non viene qui minimamente ripreso. L'idea di poter ricostruire organicamente lo sviluppo politico insieme a quello giuridico non è colta da Zöpfl, per il quale la storia politica torna ad essere di competenza degli storici, mentre egli in qualità di storico del diritto elabora un testo che, anche se continua a considerare l'evoluzione del diritto pubblico come "cornice" di riferimento, col passare delle edizioni diventa sempre più un manuale dedicato a singoli istituti del diritto tedesco.

4. H.A. Zachariä.

Come si è anticipato, parallelamente all'opera di Zöpfl si situa il lavoro, dedicato al diritto della Confederazione e degli Stati confederati, di Heinrich Albert Zachariä (1806-1875) ⁽¹¹⁰⁾. Proveniente dalla scuola di Gustav Hugo, Zachariä si dedicò inizialmente allo studio del diritto privato, subendo però anche l'influenza della concezione del diritto pubblico elaborata da Karl Friedrich Eichhorn ⁽¹¹¹⁾. Si occupò poi di diritto penale ⁽¹¹²⁾, ma nel 1837, con

⁽¹⁰⁹⁾ H. ZÖPFL, *Deutsche Staats- und Rechts-Geschichte. Ein Lehrbuch in zwei Bänden*, Heidelberg 1834-1836; nella seconda edizione (Stuttgart 1844) Zöpfl distingue tra storia politica (vol. 1) e storia del diritto (vol. 2). Nella terza edizione del 1858 viene pretermessa la storia politica e rimane invece la « storia del diritto tedesco » (storia delle fonti, istituti di diritto pubblico e di diritto privato); invariata la quarta edizione del 1871-72. Cfr. anche ZÖPFL, *Altertümer des deutschen Reichs und Rechts*, 3 voll., Leipzig 1860 ss.

⁽¹¹⁰⁾ F. FRENSDORFF, in ADB, 44 (1898), 617-632; LANDSBERG, III-2, 685-664, note 283-286; meno ricco di spunti D. BANDEMÉR, *Heinrich Albert Zachariä. Rechtsdenken zwischen Restauration und Reformation*, 1985; CHR. STARCK, *Heinrich Albert Zachariä (1806-1875). Staatsrechtslehrer in reichsloser Zeit*, in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, 209-228.

⁽¹¹¹⁾ H.A. ZACHARIÄ, *Johann Stephan Pütter und Karl Friedrich Eichhorn*, in *Göttinger Professoren*, Göttingen 1872.

⁽¹¹²⁾ H.A. ZACHARIÄ, *Über die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Göttingen 1834; ID., *Geschichtserzählungen aus Kriminalakten*, Göttingen 1835; ID., *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttingen 1836, 1839; ID., *Grundlinien des gemeinen deutschen Criminal-Processes, mit erläuternden Ausführungen und mit besonderer Rück-*

la rimozione dagli incarichi accademici dei “Sette di Gottinga”, e in particolare di Wilhelm Eduard Albrecht, a Zachariä venne affidato l’incarico di insegnare diritto pubblico. In preparazione del corso, Zachariä trascorse un periodo presso la Dieta confederale di Francoforte. Risultato di tale esperienza fu il manuale in tre volumi *Deutsches Staats- und Bundesrecht* ⁽¹¹³⁾, che rappresenta non solo dal punto di vista storico ma anche da quello metodologico un interessante tentativo di mediazione tra la vecchia pubblicistica imperiale e il « metodo giuridico esegetico » che sarebbe stato sviluppato a partire dal 1850.

Nel suo testo, Zachariä mette in evidenza gli elementi fondamentali di quella che possiamo definire “pubblicistica imperiale di Gottinga”, di cui assume l’opzione metodologica di fondo: « un’autentica trattazione scientifica del diritto pubblico esige l’unione del metodo pratico con quello storico e filosofico » ⁽¹¹⁴⁾. Tale metodo viene sviluppato da Zachariä come una semplice combinazione, senza profonde pretese teoriche, tra scuola storica del diritto e tradizione giusnaturalistica, e viene utilizzata nel testo in modo pragmatico, al solo scopo di definire il diritto vigente. Il vecchio Impero e la Confederazione renana non vengono presi in considerazione da Zachariä, in quanto, a suo avviso, sono fenomeni oramai consegnati alla storia. Determinante è invece il diritto « attuale », la cui vicenda storica deve essere rielaborata « nella misura in cui può servire al chiarimento e alla individuazione del diritto vigente » ⁽¹¹⁵⁾. Il « punto di vista filosofico » svolge invece la funzione, secondo

sicht auf die neuern deutschen Legislationen, Göttingen 1837, ripubblicato più tardi come *Handbuch des deutschen Strafprocesses*, 2 voll., 1861, 1868.

⁽¹¹³⁾ H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, parte I: *Allgemeine Lehren und Verfassungsrecht der Bundesstaaten*, Göttingen 1841; parte II: *Das Regierungsrecht der deutschen Bundesstaaten und zwar: Von der Regierung im Allgemeinen und vom Staatsdienste. — Gesetzgebung, Oberaufsicht und vollziehende Gewalt. — Justiz und Polizeibohheit*, Göttingen 1842; parte III: *Schluß des Staatsrechts der deutschen Bundesstaaten und zwar: Das Finanz- oder Staatswirthschaftsrecht, die Lehre von der Militärbohheit und das auswärtige Staatsrecht. — Das deutsche Bundesrecht*, Göttingen 1845 (2ª ed. in 2 voll. 1853, 1854; 3ª ed. in 2 voll. 1865, 1866).

⁽¹¹⁴⁾ 1ª ed., parte I, Göttingen 1841, § 11, 26.

⁽¹¹⁵⁾ Introduzione, VII.

Zachariä, di cogliere i « principî superiori » che, pur non assurgendo al rango di fonti del diritto, devono essere riconosciuti come “mas-sime”, dotate di valore giuridico e appartenenti all'ordinamento. In questo senso, Zachariä non riconosce la validità di principî astratti sovraordinati al diritto positivo vigente, ponendosi così in continuità con il tradizionale atteggiamento della scuola di Gottinga.

Lo Stato per Zachariä è, secondo la terminologia del tempo, una « istituzione organica », basata sulla natura delle cose e sulla ragione: deve essere uno Stato di diritto (*Rechtsstaat*), e il diritto a sua volta deve affondare le proprie radici in una concezione giuridica ampiamente condivisa. Zachariä dunque non è un giusnaturalista nel senso indicato da tale espressione nel Settecento, e neppure formula una teoria organicistica nel senso indicato dalla teoria dello Stato del romanticismo. Egli indaga i fondamenti storici del diritto « positivo » per rintracciarne la forza legittimante, e partendo da questi sviluppa una costruzione « razionale », ma per niente astratta, che a sua volta è affidata alla capacità dispositiva del legislatore. Si tratta, evidentemente, di una variazione sul pensiero di Eichhorn, che viene proiettato da Zachariä nella prospettiva del diritto pubblico, in una direzione che viene definita da Landsberg « positivistica e mediatrice, con un forte accento storico, ma anche con reminiscenze giusnaturalistiche »⁽¹¹⁶⁾. Questa definizione, apparentemente nebulosa, in realtà è puntuale. Zachariä è prima di tutto un positivista, un oppositore dichiarato della sovrapposizione tra diritto e politica, ma è anche un autore eclettico. In riferimento alla sua opera non si può certo parlare di « purezza del metodo » nel senso del tardo neokantismo.

Anche per quanto riguarda la ricostruzione teorica del diritto pubblico e confederale Zachariä rimane legato alla tradizione, che ben si prestava a trattare in termini pratici il diritto della Confederazione germanica. Partendo da un'analisi delle più importanti costituzioni emanate dai singoli Stati della Confederazione dopo il 1830, Zachariä ricostruì un « diritto pubblico comune tedesco » — concetto che egli riteneva già appartenente alla tradizione e che aveva ripetutamente difeso —, del quale sottolineò però con una

⁽¹¹⁶⁾ LANDSBERG, III-2, 660.

serie di ulteriori considerazioni anche il collegamento con i diversi diritti statuali. Il diritto confederale in senso proprio veniva esaminato per ultimo, e in ciò poteva anche essere scorta una precisa opzione politica.

Per quanto riguarda le posizioni sostanziali sostenute da Zachariä, si può sostenere che egli fosse un liberale moderato, con alcuni tratti decisamente conservatori ⁽¹¹⁷⁾. Zachariä pone l'accento sui diritti fondamentali, sulla necessità del parlamentarismo e sull'assoggettamento del potere monarchico a vincoli costituzionali, ma afferma anche la necessità del controllo in sede giudiziale, specialmente attraverso l'avveniristica idea di una giurisdizione imperiale con competenze di rango costituzionale ⁽¹¹⁸⁾. Sovrano, per Zachariä, non è il principe, né il popolo, ma è lo Stato. Questa prospettiva era ormai patrimonio comune del liberalismo moderato della metà del secolo, politicamente e umanamente rispettabilissima, ma poco originale. E Zachariä è cauto: nella prima edizione del suo lavoro, nel 1841, egli ricorda appena e si esime dal valutare la frattura costituzionale del 1837, cui pure doveva direttamente il proprio incarico. Soltanto venti anni più tardi Zachariä si deciderà a prendere una posizione più chiara, definendo l'abrogazione della costituzione come una violazione dell'art. 56 dell'Atto finale della Conferenza di Vienna ⁽¹¹⁹⁾. D'altronde, Mohl gli ha riconosciuto di essersi mantenuto « aperto, virile e coerente, né irretito dalla corrente che si trovava momentaneamente al potere, né smanioso di un profitto personale », e di aver affermato « la legittima aspettativa del popolo tedesco di migliorare la propria comune forma costituzionale e di raggiungere una maggiore libertà; egli riconobbe con franchezza quanto trovava di sbagliato e di insufficiente nella situazione vigente, e denunciò il ritardo di una modifica che la rendesse migliore e più flessibile; egli non ha dimenticato le concessioni e le promesse, anche

⁽¹¹⁷⁾ Ciò è evidente nella sua opera più conosciuta: *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Prinzips*, Göttingen 1846.

⁽¹¹⁸⁾ A questo proposito cfr. STARK (nt. 110), 216 ss.

⁽¹¹⁹⁾ H.A. ZACHARIÄ, voce « Besitz, staatsrechtlicher », in BLUNTSCHI-BRATER (a cura di), *Deutsches Staats-Wörterbuch*, 2 voll., Stuttgart-Leipzig 1857, 94 ss. Cfr. STARK (nt. 110), 216 ss.

laddove il ricordo non era piacevole. Purtroppo, tali scelte sul piano politico lo hanno privato della possibilità di accedere a fonti giuridiche che gli vennero precluse » (120).

III. *Posizioni dogmatiche.*

1. *La possibilità di un « diritto pubblico comune tedesco ».*

Le opere sul diritto della Confederazione e degli Stati confederati che abbiamo finora ricordato, a partire dal testo fondamentale di Klüber, prendevano le mosse da una comune ipotesi di lavoro: accanto al diritto positivo della Confederazione germanica — sviluppatosi attraverso l'Atto istitutivo della Confederazione, l'Atto finale della Conferenza di Vienna e gli atti normativi successivi — esisteva anche “un diritto” degli Stati confederati che era più della semplice somma dei diritti particolari degli Stati. Questa idea non era nuova. Già nel vecchio Impero si era cercato di modellare al di sotto del diritto costituzionale imperiale un diritto risultante dall'insieme dei singoli diritti territoriali, che racchiudeva la sovranità territoriale, i diritti dei monarchi che da essa derivavano, il diritto dei ceti territoriali, della nobiltà, della Chiesa e dei sudditi (121). Anche allora si poneva il problema che questo « diritto pubblico territoriale comune tedesco » (*gemeine deutsche Landesstaatsrecht*) non era diritto vigente, ma era in sostanza soltanto il frutto della penna del giuspubblicista. La sua validità era dunque tanto incerta quanto il suo contenuto. Vi era accordo sul mettere a confronto gli elementi « tipici » comuni a tutti i diritti degli Stati territoriali e riconoscerne il valore normativo. Su questo punto, gli autori vicini a posizioni giusnaturalistiche tendevano a sovrapporre il concetto di « tipico » con quello di « razionale », in una prospettiva che peraltro poteva esprimere anche intenzioni riformiste (122). Gli autori che

(120) Cfr. MOHL, II, 266 ss., dove viene riferito che il governo precluse a Zachariä l'accesso ad alcuni atti perché considerato troppo liberale.

(121) J.J. MOSER, *Von der Landesboheit in Policeysachen*, Frankfurt-Leipzig 1773.

(122) C. SCHMITT, *Das „Allgemeine deutsche Staatsrecht“ als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, in ZgStW, 100 (1940), 5-24 (10 ss.). Sulla parallela evoluzione nel diritto privato cfr. K. LUIG, *Die sozialetischen Werte des römischen und germani-*

avevano un più forte approccio di tipo storico-empirico cercavano invece di individuare gli elementi “tipici”, comuni ai diversi diritti territoriali, attraverso il confronto tra le situazioni concrete, storicamente determinate, dei singoli Stati territoriali.

Questa visione venne ripresa all’epoca della Confederazione germanica, anche se in un contesto politico radicalmente mutato e in un rinnovato clima spirituale. Le ragioni che motivavano la difesa di un « diritto pubblico comune tedesco », dopo quella che molti consideravano la deludente esperienza della Confederazione germanica, erano notevolmente aumentate rispetto al 1806. I cultori del diritto pubblico erano solo marginalmente interessati al diritto pubblico positivo della Confederazione germanica, sia per ragioni politiche, « perché non vi è coinvolta la vita reale della nazione »⁽¹²³⁾, sia perché il suo contenuto normativo sembrava troppo instabile e comunque inadatto a diventare oggetto di un percorso costituzionale. Inoltre, i giuristi che vivevano negli Stati più piccoli della Confederazione dovevano confrontarsi con il problema che già al diritto pubblico locale era attribuita scarsa importanza, tanto che spesso esercitava una attrattiva insufficiente a richiamare un ampio numero di uditori all’Università.

Il discorso era invece radicalmente diverso per il diritto pubblico comune tedesco. Le aspirazioni nazionalistiche delle guerre di liberazione, del “movimento ginnico tedesco” (*Turnbewegung*) e delle associazioni studentesche erano riposte nel diritto pubblico, nella speranza che esso potesse rappresentare dal punto di vista giuridico il tessuto connettivo dell’unità nazionale, consentendo di superare i particolarismi e, per così dire, di tener vivo nel regno delle idee ciò che pareva ancora irraggiungibile nel regno della realtà⁽¹²⁴⁾. A ciò si aggiungeva l’ulteriore elemento, di natura propriamente

schen Rechts in der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts bei Grimm, Stahl, Kuntze und Gierke, in Wege europäischer Rechtsgeschichte, Festschr. K. Kroeschell, 1987, 281-307.

⁽¹²³⁾ MOHL, II, 286.

⁽¹²⁴⁾ S. JORDAN, *Lehrbuch* (nt. 72), illustra il concetto di « diritto costituzionale tedesco », che comprende il diritto federale e il diritto dei singoli Stati, affermando che « l’idea più profonda dell’unità della Germania rimane viva almeno sul piano scientifico, se non sul piano meramente politico » (§ 8). Nello stesso senso cfr. K.E. SCHMID, *Lehrbuch des gemeinen Staatsrechts*, Jena 1821. Cfr. sotto, cap. 3, nt. 296.

dottrinale, che il diritto pubblico sembrava consentire una continuità con l'epoca precedente il 1806 sul piano dei diritti territoriali. Il diritto pubblico comune tedesco si prestava inoltre a colmare le frequenti lacune dei diritti statuali territoriali, ponendosi così come "metro" politico col quale valutare criticamente le relazioni giuridiche oramai superate. Inoltre, cosa non meno importante, esso si presentava come un campo di estremo interesse dal punto di vista scientifico, offrendo l'opportunità di una comparazione tra i diritti statuali interni alla Germania.

Più difficile era invece giustificare la validità del diritto pubblico — ma anche di quello privato ⁽¹²⁵⁾ — tedesco comune. Che non si trattasse di diritto positivo vigente era evidente ⁽¹²⁶⁾. Tuttavia, per fornirgli una qualche base di validità, ci si appellò alla « tradizione » e alla « ragione ». La tradizione, in primo luogo, poteva essere intesa superficialmente, come concordanza con la prassi scientifica antecedente al 1806. Ma ciò non era sufficiente per sostenere la validità del diritto pubblico comune tedesco. Fu così che, per individuare un fondamento incontestabile, diventò inevitabile fare riferimento ai principî comuni espressi dal concetto di « spirito del popolo » (*Volksgeist*) elaborato dalla scuola storica del diritto ⁽¹²⁷⁾. Questa operazione, certo, era complessa in un'epoca in cui proprio i rapporti disciplinati dal diritto pubblico erano stati più o meno rivoluzionati. Le innovazioni costituzionali cui si era arrivati non erano state originate dal *Volksgeist*, ma si fondavano sul compromesso politico seguito alla rivoluzione francese. I giurubblicisti influenzati

⁽¹²⁵⁾ S. JORDAN, *Lehrbuch* (nt. 72), § 173, III: « Si può dunque parlare di un diritto pubblico tedesco comune nello stesso modo e con la stessa prospettiva applicativa in cui si parla di un diritto privato tedesco comune. » Sulla genesi del « diritto privato tedesco comune del presente », cfr. K.F. EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privat-Recht*, Göttingen 1824; C.F. v. Gerber, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts*, Jena 1846; Id., *System des deutschen Privatrechts*, Jena 1848-49.

⁽¹²⁶⁾ MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 6, indica precisamente nel diritto pubblico territoriale comune « il complesso delle analogie tra i diritti pubblici dei singoli Stati tedeschi, per questa sua natura dunque non direttamente applicabile, che esiste certamente sul piano scientifico ma che può servire soltanto quale premessa al diritto pubblico del singolo Stato. »

⁽¹²⁷⁾ Sul punto cfr. M. STOLLEIS, *Die Historische Schule und das öffentliche Recht, in Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschr. f. Sten Gagnér*, 1991, 495-508.

dalla scuola storica del diritto, del resto, non cercavano di far derivare completamente dal concetto di *Volksgeist* i fondamenti del diritto pubblico costituzionale, ma, in genere, si limitavano a mettere in evidenza — coerentemente con le proprie idee politiche — il collegamento di essi con alcuni principî dell'*ancien régime*: il diritto divino dei re (*Gottesgnadentum*) e il principio monarchico, l'attribuzione del potere esecutivo e militare al monarca, la natura della rappresentanza popolare dei vecchi ceti e, in generale, delle costituzioni come "concessioni" da parte del monarca. Ovunque si presentasse l'opportunità di trovare un fondamento storico e un radicamento territoriale, come nel caso dei diritti dei sovrani che avevano subito il processo di mediatizzazione, essa veniva subito colta.

La maggior parte dei cultori del diritto pubblico del *Vormärz*, tuttavia, si orientava in un'altra direzione rispetto a quella indicata dalla scuola storica del diritto. Essi facevano riferimento alla tradizione giusrazionalista, legata a postulati politici liberali, ponendo l'accento sui tratti del costituzionalismo che, pur essendo nuovi, erano conformi al diritto naturale. Ai loro occhi, realmente giusta e desiderabile era soltanto una costituzione concordata, e non "concessa" o "ottriata". La « costituzione » (*Konstitution*) era, per loro, il perfezionamento della tradizione del *pactum dominationis* e del *pactum subjectionis*, tanto tormentati nella storia del diritto naturale. Le norme del diritto pubblico comune tedesco dovevano essere identificate, prima di tutto, per la loro « razionalità ». Ma questo non escludeva affatto la possibilità di un compromesso con un atteggiamento storicistico ⁽¹²⁸⁾. La fragilità della dottrina del diritto pubblico nel *Vormärz* rese necessaria una mediazione tra posizioni legittimate dal punto di vista storico e aspettative della pubblica opinione ⁽¹²⁹⁾. La stessa espressione « metodo storico-dogmatico » ⁽¹³⁰⁾, cui è sottesa la rinuncia a scegliere soltanto una fra le due opzioni che essa offre, ben esprime questo faticoso tentativo di mediazio-

⁽¹²⁸⁾ JORDAN, *Lehrbuch* (nt. 72), § 173, III.

⁽¹²⁹⁾ Cfr. per esempio H. ZÖPFL, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, parte I, 5ª edizione, Leipzig 1863, § 74, « Sull'uso pratico del diritto pubblico generale in Germania ».

⁽¹³⁰⁾ J.L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes* (nt. 47), § 14.

ne ⁽¹³¹⁾. Come scriveva Gustav Gaertner nel 1839, « per quanto concerne il diritto pubblico, il compito dei giuristi è quello di individuare le relazioni giuridiche storicamente determinate del nostro Stato, determinandone la forma secondo i principî giuridici » ⁽¹³²⁾.

Robert von Mohl ha formulato in modo estremamente chiaro le obiezioni alla generale convinzione dell'esistenza e del valore scientifico del « diritto pubblico comune tedesco » ⁽¹³³⁾. Prima di tutto, Mohl ha messo in evidenza come i fondamenti comuni sui quali si pretendeva di ricostruire tale diritto erano stati sostanzialmente rimossi dai radicali mutamenti intercorsi tra il 1789 e il 1814, e come le divergenze tra i vari ordinamenti locali erano rese ogni giorno sempre più profonde dall'incessante attività legislativa dei sovrani territoriali. Che le norme dettate dalla teoria giuridica non fossero norme di diritto positivo sembrava a Mohl tanto evidente quanto l'impossibilità di giungere all'individuazione di una norma giuridica di diritto pubblico comune tedesco attraverso la mera addizione dei diversi ordinamenti locali ⁽¹³⁴⁾. Dal momento che ormai anche il riferimento all'« Impero » non poteva più portare a risultati concreti, rimaneva soltanto la strada « di riuscire a trovare un diritto pubblico comune tedesco a partire dalle concordanze tra le diverse legislazioni locali, in modo tale che le visioni storiche o dogmatiche sulle quali tali concordanze si basavano, venissero individuate e

⁽¹³¹⁾ Giudica positivamente la sovrapposizione metodologica MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 11.

⁽¹³²⁾ G. GAERTNER, *Ueber die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Staatsrechts*, Bonn 1839, 24. Mohl (II, 297) ha osservato a questo proposito, non senza ragione, che questo volume era « completamente incomprensibile. Si può solo vagamente intuire ciò che l'autore aveva intenzione di trattare ». Sta di fatto che in esso si possono cogliere almeno le convinzioni liberali e nazionaliste e, cosa notevole per un professore di Bonn, la studiata assenza di riferimenti a ogni tematica prussiana. Su Gaertner scrisse una nota critica il giovane Marx, contenuta in una lettera del 10 novembre 1837 (*Marx-Engels Werke*, parte I, 1981, 11). Secondo Marx, Gaertner era un hegeliano che aveva scritto un mediocre testo sulle leggi provinciali. Si veda anche G. GAERTNER, *Die Rechts- und Staatslehre*, Bonn 1839, un'opera dai toni eccentrici ed entusiastici.

⁽¹³³⁾ MOHL, II, 286-295. Mohl ha espresso la propria posizione soprattutto in « (Richters) Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft », 1837, 454 ss.

⁽¹³⁴⁾ In questo senso anche G. GAERTNER (nt. 132): « abbiamo una sola dottrina generale, filosofica, dello Stato, e tanti diritti pubblici quanti sono gli Stati che si sono formati nel corso della storia. »

stabilite come regola comune a tutti gli Stati tedeschi che non si erano esplicitamente dati una diversa disciplina » (135). Alla fine, Mohl giunse a un riconoscimento assai limitato, sostanzialmente frammentario, del diritto pubblico comune tedesco. Questo risultato era sicuramente corretto dal punto di vista metodologico, ma collideva con le forti aspettative della maggioranza e soprattutto con le necessità didattiche delle università.

Di conseguenza, nel periodo del *Vormärz* i cultori del diritto pubblico si trovarono in sostanziale accordo. Un diritto pubblico comune tedesco certo non era un diritto vigente, ma era un diritto “presente”, che emergeva dal *Volksgeist*, dalla storia nazionale, dalla tradizione scientifica oppure da un bisogno ideale. Esso era doppiamente desiderabile: da un lato, per lo sviluppo di una scienza tedesca comune che andasse oltre gli Stati minori; dall’altro, per il movimento nazionale, che in esso trovò un’adeguata espressione a livello giuridico. In tal modo si fece strada la convinzione che, nella congerie di diritti statuali particolari, « nonostante la varietà dei singoli casi, è possibile rinvenire una certa unitarietà delle idee fondamentali » (136). Lo stesso Mohl dovette ammettere che la maggioranza dei giuristi considerava necessario « un insegnamento del diritto pubblico generale degli Stati della Confederazione », « elevato ormai dalla maggior parte degli studiosi addirittura a materia fondamentale, mentre il diritto confederale veniva relegato in una posizione di secondo piano. In ogni caso, sta di fatto che nella maggior parte delle università veniva presentato un diritto pubblico comune a partire dai punti di contatto tra i diversi *Länder* tedeschi » (137).

2. « Costituzione » (*Verfassung*).

Nel lungo passaggio dall’*ancien régime* a una monarchia costituzionale pienamente sviluppata (138), la teoria del diritto pubblico si concentrò sull’enigmatico termine « costituzione » (*Konstitution*). In

(135) MOHL, II, 293.

(136) W.E. ALBRECHT, *Rezension* (nt. 90), 1490.

(137) MOHL, II, 291.

(138) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert* (1967), in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, 1990, 273-305; ID., (a cura di), *Probleme*

esso si condensano non soltanto i problemi teorici della legittimazione e della limitazione dell'autorità, ma anche le speranze politiche espresse in Germania a partire dalla rivoluzione francese⁽¹³⁹⁾. Sullo sfondo dell'assolutismo, le previsioni costituzionali sembravano buone. Naturalmente, per la Germania l'idea centrale del processo costituzionale era diversa rispetto all'America o alla Francia. Mentre in America una società giovane, partendo da una "condizione primigenia" era giunta a formare un'unità attraverso un patto fondamentale, senza dover prima sperimentare una rivoluzione sociale, in Francia, prima di tutto, era necessario demolire l'*ancien régime*. La costituzione (*Verfassung*) era frutto della rivoluzione, e i frutti della rivoluzione doveva preservare⁽¹⁴⁰⁾. Rispetto ad altri paesi, in Germania l'idea di costituzione era molto più legata alla tradizionale limitazione dell'autorità sulla base del diritto naturale e del diritto della costituzione imperiale⁽¹⁴¹⁾. Il passaggio allo Stato costituzionale si compì gradualmente e lentamente, dal sud verso il nord. Magari indebolite da proteste e paure, ma certo non infrante, le monarchie mantennero la propria legittimità. Esse entrarono nel dibattito, per così dire, come già "giuridicamente vincolate", rendendo così insignificante sin dall'inizio la possibilità di essere bollate come illegittime, oppure di vedersi opposto un diritto naturale di resistenza⁽¹⁴²⁾. Nella loro prospettiva, i vecchi principî giuridici, adeguatamente aggiornati sullo stampo dei modelli anglo-americani e francesi, dovevano semplicemente confluire nel testo di una legge fondamentale⁽¹⁴³⁾.

A livello giuridico, il punto di partenza era quindi diverso

des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert, in « Der Staat », supplemento 1 (1975); ID., (a cura di), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, 2ª ed. 1981.

⁽¹³⁹⁾ D. GRIMM, *Verfassung I*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 6 (1990), soprattutto 868 ss. Cfr. anche F. BÜLAU, *Constitution und Constitutionelle*, in ID., (a cura di) « Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik », 2 (1843), 519-553.

⁽¹⁴⁰⁾ U.K. PREUIß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem modernen Verfassungsverständnis*, 1990.

⁽¹⁴¹⁾ G. STOURZH, *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, in ENGEL JÁNOSI-KLINGENSTEIN-LUTZ (a cura di), *Fürst, Bürger, Mensch*, 1975.

⁽¹⁴²⁾ M. KÖHLER, *Die Lehre von Widerstandsrecht in der deutschen konstitutionellen Staatsrechtslehre der 1. Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1973.

⁽¹⁴³⁾ G.CHR. V. UNRUH, *Die amerikanische Verfassung und europäisches Verfassungsdenken — Ausstrahlung und Vergleich: Polen, Norwegen, Deutschland*, in « Amerika-Studien », 34 (1990), 135-148.

rispetto a quello americano o francese: le costituzioni tedesche non erano in alcun caso creazioni di una *volonté générale* costituente, espressa nella “ora zero” di una rivoluzione, e non erano state oggetto di un accordo tra il monarca e i ceti territoriali — con l’unica eccezione del Württemberg —, ma erano concessioni da parte di un sovrano, con le quali il potere monarchico si imponeva autonomamente delle limitazioni. Nel contesto del pensiero del tardo assolutismo, che aveva messo in moto l’indispensabile processo di modernizzazione attraverso « riforme dall’alto », le costituzioni erano contemporaneamente strumenti di innovazione, di autoconservazione delle monarchie, di integrazione delle aree territoriali di nuova acquisizione. Inoltre, esse erano strumenti di calcolo politico, atti a difendere la propria sovranità all’interno della Confederazione germanica. Questo vale soprattutto in riferimento alla prima ondata di costituzioni (1814-1824), nota anche come “primo costituzionalismo” (*Frühkonstitutionalismus*), ma anche per i processi e le riforme costituzionali che ebbero luogo dopo le agitazioni interne del 1830 e del 1848. La partecipazione del potere monarchico era sempre supposta come condizione determinante. Il costituzionalismo tedesco dell’Ottocento fa riferimento al monarca. Il pathos delle idee di libertà, progresso e umanità, proprio del pensiero occidentale, si è dissolto, anche se riemerge parzialmente in alcune specifiche connessioni con la riflessione sullo Stato nazionale.

Inoltre, si rivela in questo contesto la dicotomia, tipica della Germania, tra costituzione economica e costituzione politica. Mentre le riforme economiche e sociali progredivano a piccoli passi, e mentre si palesavano i primi segni della rivoluzione industriale, l’articolazione politica della cittadinanza rimase per decenni all’interno dei limiti fissati dal sistema della Confederazione germanica. Lo sviluppo della vita parlamentare e la discussione pubblica erano frenati su più fronti: ora attraverso la limitazione stabilita a livello dei *Länder*, ora attraverso l’uso di contrappesi appositamente predisposti (Camera bassa, Consiglio di Stato, diritto di voto per censo), la repressione dell’opposizione da parte della polizia, la censura e la destituzione dai pubblici uffici. In questo modo il movimento costituzionale tedesco era sottoposto a condizioni fortemente disincentivanti. Tuttavia, esso portava in dote un’importante tradizione nella giuridicizzazione dei rapporti autoritativi, una amministrazione

qualitativamente straordinaria e un'etica di responsabilità sociale dei pubblici poteri ⁽¹⁴⁴⁾.

Le tensioni di questo periodo, cui è stato dato lo svilente nome di epoca *Biedermeier* ⁽¹⁴⁵⁾, sono innate al costituzionalismo. Le costituzioni erano temute dai sostenitori dell'*ancien régime* perché erano un prodotto della rivoluzione, perché stabilivano definitivamente l'abolizione dei privilegi in un documento pubblico e perché giungevano ad obbligare il monarca a sancirle. In fondo, così ritenevano giustamente i conservatori, il movimento costituzionale era un piano inclinato, il cui punto inferiore coincideva con la totale eliminazione della monarchia. Nell'immaginario dell'*ancien régime*, forgiato da legami primigeni e diseguaglianze sacralizzate, la proclamazione della « *liberté* » e della « *égalité* » doveva apparire come un vero incubo. I veri perdenti erano le autorità spirituali, i signori dei territori mediatizzati e la nobiltà in generale. Già incalzati dallo Stato assoluto, essi si trovarono a dover sostenere pure la pressione della borghesia. Anche se questo processo nel *Vormärz* era in qualche modo frenato, tanto da mostrare addirittura alcune tendenze di rifeudalizzazione, la questione costituzionale non era per questo meno intensa sul piano emotivo.

Lo slittamento dei problemi più complessi dal piano politico al piano costituzionale — caratteristico di quel periodo — portò inesorabilmente a una politicizzazione della discussione sul diritto pubblico. In tale contesto, la linea di confine tra ragionamento politico e ragionamento giuridico è quasi sempre impercettibile. Laddove gli autori hanno espressamente respinto la separabilità dei due atteggiamenti, gli storici non possono addebitar loro la commistione delle due materie. Il giuspubblicista del *Vormärz* doveva pensare politicamente, doveva prendere posizione sulla politica costituzionale del proprio *Land* ma anche sulla politica della Confederazione germanica, e doveva aver chiaro, nel proprio interesse, ciò che pensava di sostenere dalla propria cattedra.

In questa prospettiva, ogni concezione costituzionale coinvolge

⁽¹⁴⁴⁾ H. MAIER, *Ältere deutsche Staatslehre und westliche politische Tradition*, 1966, 23 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ F. SENGLE, *Biedermeier. Deutsche Literatur im Spannungsfeld zwischen Restauration und Revolution 1815-1848*, vol. I, 1971, 118 ss.

determinate premesse politiche. Quanto più vennero discussi i singoli concetti, tanto più si dovrà supporre che si sia verificato un conflitto semantico dal contenuto politico. La gamma dei diversi modi di intendere la costituzione è dunque molto ampia. La graduale trasformazione dei vecchi rapporti costituzionali in un nuovo ordinamento costituzionale⁽¹⁴⁶⁾ corrispose sempre a una trasformazione sul piano teorico, anche se in alcuni casi quest'ultima precedette la prima, mentre in altri accadde il contrario, e in altri ancora i due processi si svolsero contemporaneamente⁽¹⁴⁷⁾. Una fiumana di opuscoli, libri e riviste dai toni molto differenti accompagna il movimento costituzionale. Accanto alla semplice raccolta e al commento delle costituzioni⁽¹⁴⁸⁾ si trovano i primi compendi, manuali e monografie, accompagnati da una fioritura di riviste che, tuttavia, soltanto dopo la metà del secolo saranno specificamente dedicate al diritto pubblico⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ H. GANGL, *Der deutsche Weg zum Verfassungsstaat im 19. Jahrhundert. Eine Problemskizze*, in E.W. BÖCKENFÖRDE (a cura di), *Probleme* (nt. 138), 23; K. BOSL (a cura di), *Der moderne Parlamentarismus und seine Grundlagen in der ständischen Repräsentation*, 1977; G. OESTREICH, *Zur Vorgeschichte des Parlamentarismus: Ständische Verfassung, landständische Verfassung*, in ZHF, 6 (1979), 63; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in A. BUSCHMANN ET. AL. (a cura di), *Festschr. f. R. Gmür*, 1983, 7-19; H. HOFMANN, *Zur Idee des Staatsgrundgesetzes*, in ID., *Recht-Politik-Verfassung*, 1986, 261 ss.; G. DILCHER, *Zum Verhältnis von Verfassung und Verfassungstheorie im frühen Konstitutionalismus*, in *Gedächtnisschr. f. H. Conrad*, 1979, 65-84; ID., *Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz*, in «Der Staat», 27 (1988), 161 ss.; D. GRIMM, *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, in D. SIMON (a cura di), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, 45-76.

⁽¹⁴⁷⁾ E. SCHMIDT-ABMANN, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967; TH. WÜRTEMBERGER, *An der Schwelle zum Verfassungsstaat*, in P. KRAUSE (a cura di), *Aufklärung*, Jg. 3, H. 2, (1988), 53-88 con ulteriori indicazioni bibliografiche; H. DIPPEL (a cura di), *Die Anfänge des Konstitutionalismus in Deutschland. Texte deutscher Verfassungsentwürfe am Ende des 18. Jahrhunderts*, 1990.

⁽¹⁴⁸⁾ Gli autori del tempo hanno documentato questo movimento costituzionale. Cfr. ad esempio K.H.L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungsurkunde seit dem 1789 bis auf die neueste Zeit*, 2ª edizione Leipzig 1847; G.W. HUGO, *Die Grundgesetze und Verfassungsurkunden älterer und neuerer Zeit*, Karlsruhe 1836; G.L. v. ZANGEN, *Die Verfassungsgesetze deutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung*, 3 voll., Darmstadt 1828, 1829, 1836.

⁽¹⁴⁹⁾ M. STOLLEIS-I. SCHMITT, *Zur Entstehung der öffentlich-rechtlichen Zeitschriften nach 1848*, in «Quadern fiorentini», 13 (1984), 747-761.

Nel dibattito costituzionale apertosi successivamente al Congresso di Vienna si differenziano le seguenti tendenze principali:

1. costituzione come “ordinamento fondamentale” che legittima l'autorità, fondato sulla sovranità popolare e di questa espressione, nel solco della tradizione giusnaturalistica del *pactum dominationis* e del *pactum subjectionis* integrata con gli elementi fondamentali delle dottrine dei diritti dell'uomo, della separazione dei poteri e della rappresentanza popolare;

2. costituzione come contratto fondamentale formale, espressione di un modello dualistico dove la sovranità — nel caso individuata dall'espressione “sovranità statale” — è condivisa tra monarca e rappresentanza popolare;

3. costituzione come legge fondamentale “concessa” al fine della limitazione dell'esercizio del potere monarchico, visto come indivisibile e fondato a livello extra-costituzionale ⁽¹⁵⁰⁾.

Al di là di queste posizioni, si situavano le voci dell'estrema destra, che consideravano generalmente le costituzioni come illegittimi interventi su di un principio monarchico ancora assolutamente intatto, cui facevano da contraltare le richieste repubblicane dell'estrema sinistra ⁽¹⁵¹⁾.

Non poteva dunque esserci, nel periodo tra il 1815 e il 1848, un concetto unitario, dai contorni ben definiti, di costituzione. La situazione era resa complessa, certo, dalla contrapposizione politica dei due maggiori partiti, ma anche dalle differenze tra gli stessi Stati costituzionali, e dalla instabilità degli umori che precedette e seguì i deliberati di Karlsbad del 1819 e che segnò poi la fase successiva alla rivoluzione di luglio del 1830 a Parigi, la quale ebbe forti ripercussioni sulla Germania.

In tale quadro, le osservazioni che seguono sono certamente esposte all'obiezione di essere inappropriate semplificazioni, e di dare un'immagine riduttiva dei diversi percorsi individuali. Il loro scopo è però non tanto quello di ricostruire analiticamente le differenze all'interno della letteratura di quel periodo storico, quan-

⁽¹⁵⁰⁾ R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, in « Der Staat », 20 (1981), 485-516.

⁽¹⁵¹⁾ K.L. v. HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, 6 voll., 2^a ed., Winterthur 1820-1834 (ristampa 1964).

to piuttosto quello di individuare la struttura delle questioni centrali che tale letteratura affrontava.

3. *Il « principio monarchico ».*

La questione fondamentale di tutta la dottrina del diritto pubblico antecedente il 1848 era l'individuazione di un assetto giuridico che consentisse un bilanciamento tra l'assolutismo, ormai desacralizzato e lesa in profondità dalla rivoluzione ⁽¹⁵²⁾, e la sovranità popolare, che ancora doveva essere conseguita. Si trattava di trovare un equilibrio tra monarchia, nobiltà e chiesa, da un lato, e il terzo stato, che si avviava a diventare "nazione", dall'altro. Con la rivoluzione francese, ma ancor più con le vittorie di Napoleone, il mondo era cambiato. Il semplice ritorno al modello di governo assolutistico era precluso, ma allo stesso tempo i vecchi poteri si dimostravano ancora abbastanza forti da contenere il terzo stato o almeno da costringerlo a un accordo.

Per l'intera Europa fu un punto di riferimento il compromesso francese, rappresentato dalla *Charte constitutionnelle* del 4 giugno 1814, dal cui preambolo emergevano da un lato il desiderio di « conserver [...] les droits et les prérogatives de notre couronne », e dall'altro la spinta a « modifier l'exercice, suivant la différence des temps ». Per potersi riappropriare del trono, ai Borboni non bastava l'aiuto straniero, ma dovevano anche condividere il potere con il terzo stato, « en réunissant les temps anciens et les temps modernes ». Le conquiste della rivoluzione dovevano essere mantenute, in particolare i diritti di libertà e di uguaglianza (artt. 1-12 della *Charte constitutionnelle*). Il re era depositario del potere esecutivo, ma doveva condividere l'« esercizio collettivo » del potere legislativo con entrambe le Camere (art. 15). Da lui dipendeva l'amministrazione della giustizia (art. 57), ma i giudici erano « inamovibles » (art. 15). Il monarca deteneva i diritti di sovranità, ma nel loro esercizio era vincolato alla costituzione.

La *Charte constitutionnelle* del 1814 divenne anche per la

⁽¹⁵²⁾ O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*, in Id., *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 2^a ed. 1968, 160-186, dove il « principio monarchico » dell'Ottocento è interpretato in modo convincente come surrogato ideologico del « diritto divino dei re ».

Germania il modello di riferimento. Le soluzioni di compromesso che essa proponeva vennero poste alla base di tutte le costituzioni tedesche tra il 1818 e il 1848, a partire da quelle della Baviera (tit. II, § 1, Costituzione del 1818), del Baden (§ 5, Costituzione del 1818) e del Württemberg (§ 4, Costituzione del 1819). In conformità ai « concetti fondamentali determinati » dalla sovranità del principe, così disponeva l'Atto finale del Congresso di Vienna del 15 maggio 1820: « l'intero potere statale deve [...] rimanere riunito nel Capo dello Stato, e il sovrano può, attraverso una costituzione dei ceti territoriali, essere vincolato alla partecipazione dei ceti soltanto per l'esercizio di alcuni diritti » (art. 57) ⁽¹⁵³⁾.

Tuttavia, su questo punto persisteva un problema irrisolto. Alcuni intesero la nuova fase costituzionale alla luce della tradizionale concezione giusnaturalistica del contratto sociale, e videro dunque nella costituzione il patto su cui si fondava l'autorità e che poteva essere sciolto in caso di violazione degli obblighi contrattati. Questa era certo una lettura estrema, antimonarchica, ma allo stesso tempo rappresentava anche un'opportunità per i futuri sviluppi della partecipazione politica. Agli antipodi di questa concezione si trovava quella, rappresentata ad esempio dai ministri riuniti nel 1820 a Vienna, di chi vedeva nella costituzione soltanto la concessione che il diritto divino dei re (*Gottesgnadentum*) doveva elargire allo spirito del tempo. Per questo motivo, la linea difensiva che si cercava di tenere prevedeva di evitare il più possibile le infrazioni del « principio monarchico », e di conservare in ogni caso l'assetto giuridico così com'era, o al massimo concedendo al terzo stato alcuni diritti « particolari » (cioè limitati). Le costituzioni, in questa prospettiva, erano oggetto non di un accordo, ma di una « concessione » ⁽¹⁵⁴⁾. Il monarca acconsentiva a un'autolimitazione. In ciò si potrebbe anche

⁽¹⁵³⁾ Sul principio monarchico cfr. E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes* (1906), in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. I, 1960, 1-49; H.O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration und des Deutschen Bundes*, 1913; O. HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in *Gesammelte Abhandlungen*, vol. I, 2^a ed. 1962; BOLDT, 15 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. ad esempio A. MIRUS, *Uebersichtliche Darstellung des Preußischen Staats-Rechts nebst einer kurzen Entwicklungs-Geschichte der Preußischen Monarchie*, Berlin 1833, § 21: « solo dal sovrano può provenire in modo giuridicamente corretto l'introduzione di una nuova costituzione. Il sovrano si preoccupa del mantenimento e del

ravvisare la prosecuzione della vecchia linea di pensiero, per la quale il sovrano era già vincolato al diritto divino e al diritto naturale, ai quali si aggiungevano adesso anche le norme costituzionali « fondamentali » (155). In questo modo, alcuni rimarcarono gli elementi di discontinuità con l'*ancien régime*, altri invece quelli di continuità con esso; ma per entrambi gli schieramenti era chiaro che non si trattava di un problema meramente dottrinale, bensì di una questione che richiedeva una precisa presa di posizione sul piano del confronto politico.

Si comprende così come la formulazione del « principio monarchico » fosse un'ingegnosa ideazione giuridica (156), capace di risolvere i conflitti e allo stesso tempo di celare la posizione di chiaro vantaggio che forniva sul piano argomentativo ai sostenitori dell'autorità tradizionale. Tuttavia, sul fronte opposto, la medesima formula si prestava anche a unire il riconoscimento della monarchia con le aspettative di quegli anni, e a proiettare nel futuro i punti ancora irrisolti.

Tutte le controversie di diritto pubblico del tempo sono segnate dall'indecisione — se non dalla falsità — che si annidava nel compromesso costituzionale. Le parti non si fidavano l'una dell'altra. Già nell'Atto finale del Congresso di Vienna i governi si erano assicurati il mutuo sostegno contro la « ribellione dei sudditi nei confronti dell'autorità » e contro la « diffusione di movimenti sovversivi », prevedendo un intervento della Confederazione qualora un governo rischiasse di perdere il controllo della situazione (artt. 25-34 dell'Atto finale di Vienna). Del resto, un'analogha diffidenza poteva essere colta sia nell'opinione pubblica liberale sia nella maggioranza dei giuristi, i quali si trovavano in un dilemma implicito alla propria funzione, che li costringeva spesso a destreggiarsi tra lealismo e resistenza. In questa prospettiva, tutta la lette-

perfezionamento delle istituzioni statali, e la storia ci mostra i deprecabili risultati dell'opinione secondo cui l'arbitrio del popolo può mutare la costituzione vigente ».

(155) Fondamentale CH. LINK, *Herrschaftsordnung und Bürgerliche Freiheit*, Wien 1979; H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der „Lex Fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung der europäischen Dynastien*, in J. KUNISCH (a cura di), *Staatsverfassung und Mächtepolitik*, 1979, 3 ss.

(156) BOLDT, 27 ss.

ratura giuspubblicistica del *Vormärz* è anche, seppur con diversi gradi di intensità, letteratura politica. Chi parlava del principio monarchico non poteva non rendere noto a quale schieramento appartenesse ⁽¹⁵⁷⁾. Tutti i concetti fondamentali coinvolgevano aspetti del confronto politico, all'interno del dibattito occupavano una precisa posizione politica, e ogni loro trasformazione ne riguardava il significato politico: sovranità del popolo, del principe o dello Stato, costituzione (*Constitution*), ceti territoriali, cittadini e sudditi, legittimità, potere sovrano del popolo, separazione dei poteri, sistema rappresentativo, diritto di bilancio, iniziativa legislativa, responsabilità dei ministri, Stato di diritto, diritti fondamentali, e così molti altri ⁽¹⁵⁸⁾.

Per quanto riguarda il « principio monarchico », esso fu inizialmente uno dei cardini della politica di Metternich successiva al 1819. Il « principio monarchico » doveva costituire la colonna portante della pacificazione interna della Confederazione germanica. L'interpretazione dell'art. 57 dell'Atto finale di Vienna divenne così lo spartiacque politico del dibattito costituzionalistico del *Vormärz*. Fu essa a determinare in maniera definitiva anche il margine di manovra dei singoli Stati nella elaborazione delle « costituzioni dei ceti territoriali » (art. 13 dell'Atto istitutivo della Confederazione germanica) che avevano concesso o imposto. Ove gli Stati, tra il 1815 e il 1820, si fossero già spinti troppo in là secondo il parere di Metternich, occorreva almeno porre un limite a ulteriori concessioni. Ogni autore, pertanto, doveva esprimersi in maniera chiara sulle principali questioni poste dal principio monarchico: qual è il fondamento giuridico del potere monarchico? È un'autorità o un ufficio derivato da Dio, ereditabile, oppure è un potere limitato e revocabile, fondato su di un *pactum dominationis* con il popolo? È, per così dire, « proprietà allodiale » del monarca stesso o è un diritto esercitato concretamente dal monarca in nome dell'ente astratto che risponde al termine « Stato », in altre parole, il monarca è un « signore

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. ad es. K. v. ROTTECK, voce « Monarchie, monarchisches System, monarchisches Prinzip, Monarchismus », in *Staatslexikon*, 1^a ed. Altona 1834-1843, 10 voll. (1840), 658-677, e ID., *Demokratisches Prinzip*, op. cit., vol. IV (1837), 252-263.

⁽¹⁵⁸⁾ In generale, su questo noto fenomeno si veda T.D. WELDON, *The Vocabulary of Politics*, London 1953.

patrimoniale” o è un organo dello Stato? Ogni risposta a questi interrogativi comportava una diversa decisione preliminare, di cui gli autori erano ben consapevoli e che influenzava l’interpretazione storica dei processi di cui erano l’esito ⁽¹⁵⁹⁾.

Di « principio monarchico » si è occupato per primo Friedrich Schlegel, tra il 1804 e il 1806 ⁽¹⁶⁰⁾. Successivamente, l’espressione venne usata nel 1814 in Francia e al Congresso di Vienna, diventando lo slogan che riuniva i desideri antirivoluzionari della monarchia: « Così, passo dopo passo, attraverso il ripetuto uso dell’espressione “principio monarchico” in documenti ufficiali di ogni tipo — note diplomatiche, negoziati e protocolli — ma presto anche in opere di autori che tentavano di ottenere il favore dei detentori del potere, tale principio (o la sua tutela) divenne l’argomento principale del diritto pubblico europeo, e raggiunse un ampio riconoscimento senza che se ne fosse individuato un effettivo fondamento giuridico » ⁽¹⁶¹⁾. Di fatto, si trattava di un « concetto » suggestivo e politicamente centrale.

Chi sosteneva che il monarca fosse totalmente libero da vincoli costituzionali, interpretava il principio monarchico in modo assolutistico ⁽¹⁶²⁾. Chi invece — e si trattava della maggioranza — era a favore della monarchia costituzionale, lo intendeva come un « principio » dal contenuto variabile, e dunque come la formula che esprimeva un compromesso costituzionale fondato sulla divisione del potere ⁽¹⁶³⁾.

4. *Responsabilità ministeriale, controfirma.*

Quanto più il principio monarchico venne interpretato nella prospettiva auspicata dai governi, tanto più fu necessario, sotto la

⁽¹⁵⁹⁾ BOLDT, 28, fa riferimento a K.G. HUGELMANN, *Zur Lehre vom monarchischen Prinzip*, in « Österr. Zeitschr. f. öff. Recht », 2 (1915-16), 472-486; E. HUBRICH, *Das monarchische Prinzip in Preußen*, in « Zeitschrift für Politik », I (1908), 193-218; H.O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration und des Deutschen Bundes*, 1913.

⁽¹⁶⁰⁾ BOLDT, 45.

⁽¹⁶¹⁾ K. v. ROTTECK, « Monarchie » (nt. 157), 2^a ed., 9 (1847), 161-174 (169).

⁽¹⁶²⁾ Così K.L. v. HALLER (nt. 151).

⁽¹⁶³⁾ BOLDT, 15-54 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

pressione dell'opinione pubblica, individuare dei contrappesi interni al sistema. Questi consistevano in una nuova regolamentazione del rapporto tra monarca e alti funzionari. Già nel corso del Settecento era apparso evidente che il vecchio sistema di trasmissione diretta degli ordini del sovrano ai propri funzionari funzionava sempre peggio. Ciò sia a causa della sempre maggiore complessità delle funzioni amministrative, sia perché i sovrani più fragili soffrivano una sostanziale incapacità di controllo. Si impose così il nuovo sistema dei "ministri tecnici". Ogni alto funzionario doveva rispondere personalmente del settore di propria competenza, sollevando così il monarca — il cui potere rimaneva intatto — da ulteriori responsabilità (responsabilità ministeriale, *Ministerverantwortlichkeit*) (164). A questo sistema era strettamente collegato l'istituto della controfirma, secondo il quale il ministro poteva essere ritenuto responsabile degli atti di Stato, emanati in nome del monarca, cui aveva apposto la firma. Ma tale istituto consentì anche ai ministri di conquistare una certa libertà di manovra nei confronti del monarca (165). Il monarca doveva mettere su di un piatto della bilancia il danno politico che sarebbe derivato dal licenziamento di un ministro e, sull'altro, le conseguenze di una sua rinuncia ad esprimersi su di un problema tecnico; allo stesso modo, il ministro che si rifiutava di controfirmare un atto doveva ben calcolare i rischi cui andava incontro (166).

Nel passaggio dall'assolutismo allo Stato costituzionale la posizione del funzionario statale mutò dunque in maniera ben più profonda di quanto possa sembrare a un primo sguardo. Come il monarca si era lentamente trasformato da « signore patrimoniale »

(164) (BUDDEUS), *Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien*, Leipzig 1833; R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung*, Tübingen 1837; F. MURHARD, *Ueber die Ministerverantwortlichkeit in der repräsentativen Erbmonarchie*, in « (Bülau's) Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik », 2 (1839), 289-334, 409-433.

(165) K. FRH. SCHENCK ZU SCHWEINSBERG, *Die ministerielle Gegenzeichnung*, tesi, Bonn 1960; J. KASTNER, *Die Gegenzeichnung im deutschen Staatsrecht*, tesi, Münster 1962; R. HERZOG, *Entscheidung und Gegenzeichnung*, in *Festschr. f. G. Müller*, 1970, 117 ss.; K. KRÖGER, *Die Ministerverantwortlichkeit*, 1971; A. SCHULZ, *Die Gegenzeichnung*, 1978.

(166) BOLDT, 111 ss.

— che dominava su « genti e territori » — a organo di uno Stato che diventava sempre più rapidamente astratto, così anche i suoi « servitori » divennero sempre più « funzionari di Stato »⁽¹⁶⁷⁾, ed è perciò assolutamente coerente con queste premesse che sul piano teorico, a partire dal 1800, il loro ruolo sia da interpretare come un puro rapporto di diritto pubblico⁽¹⁶⁸⁾. I ministri, certo, erano ancora nominati e licenziati dai monarchi. Ma la loro responsabilità penale, insieme alla sempre maggiore influenza politica che su di essi esercitavano la rappresentanza popolare e la pubblica opinione, corrispondevano a un chiaro allentamento della dipendenza dei ministri nei confronti dei monarchi.

Non è possibile in questa sede descrivere dettagliatamente lo sviluppo delle forme di governo, del ruolo dei ministri e della genesi del moderno diritto del pubblico impiego nel *Vormärz*⁽¹⁶⁹⁾. Si cercherà, pertanto, di rilevarne le principali posizioni, e di accennare almeno alle conseguenze che esse ebbero nel processo di edificazione dello Stato in Germania.

⁽¹⁶⁷⁾ R. MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 160 d, sostiene in modo originale che l'espressione *Staatsdiener* testimonia la recezione del « diritto pubblico filosofico ». Di conseguenza, i funzionari erano « servitori » dello Stato come « persona morale », il loro impiego era « certamente un rapporto di diritto pubblico » (op. cit., § 161).

⁽¹⁶⁸⁾ J.M. SEUFFERT, *Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegen einander im rechtlichen und politischen Verstande*, Würzburg 1793; FR.A. VON DER BECKE, *Vom Staatsämtern und Staatsdienern*, Heilbronn 1797; N.TH. GÖNNER, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, nebst der Hauptlandespragmatik über die Dienstverhältnisse der Staatsdiener im Königreich Bayern*, Landshut 1808; A.W. REHBERG, *Über die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft der Regenten*, Hannover 1807; F. v. BÜLOW, *Bemerkungen veranlaßt durch des Herrn Hofraths Rehberg Beurtheilung der Königl. Preußischen Staatsverwaltung und Staatsdienerschaft*, Frankfurt-Leipzig 1808; F. MEISTERLIN, *Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen entwickelt*, Cassel 1838; A.W. HEFFTER, *Einige Bemerkungen über die Rechtsverhältnisse der Staatsdiener*, in *Beiträge* (nt. 36), 106-167. Cfr. HATTENHAUER, *Geschichte des Beamtentums*, 1980, 134 ss., 161 ss.; H. HENNING, *Die deutsche Beamtschaft im 19. Jahrhundert. Zwischen Stand und Beruf*, 1984; B. WUNDER, *Geschichte der Bürokratie in Deutschland 1780-1986*, 1986.

⁽¹⁶⁹⁾ BOLDT, 111 ss.; B. WUNDER, *Privilegierung und Disziplinierung. Die Entstehung des Berufsbeamtentums in Bayern und Württemberg (1780-1825)*, 1978; HATTENHAUER (nt. 168).

5. *Sovranità statale e « persona giuridica ».*

Ingegna quanto quella del « principio monarchico » fu la formulazione della « sovranità statale ». Essa rappresentò la via d'uscita dal dilemma, che si è tentato di delinearne, tra sovranità dei principi, assolutistica, da un lato, e sovranità popolare, democratica, dall'altro. Nel corso della sua lunga storia lo Stato territoriale era stato depurato dagli elementi personalistici, e dunque "neutralizzato", tanto da consentire di impiegare come punto di riferimento il concetto astratto di « Stato ». L'uso semantico del concetto di Stato a partire dal Seicento ⁽¹⁷⁰⁾, la graduale differenziazione delle funzioni statali con la conseguente previsione di divieti di intervento da parte del sovrano assoluto ⁽¹⁷¹⁾ e la distinzione tra finanze (o debiti) dello Stato e finanze private dei sovrani ⁽¹⁷²⁾, alle soglie dell'Ottocento sfociarono nella separazione tra Stato e società che si stava allora sviluppando. Più la società reclamava e poneva in essere pratiche di « auto-amministrazione » a livello municipale, economico, scientifico e religioso ⁽¹⁷³⁾, più si definivano i contorni della sua controparte, il burocratico Stato-istituzione (*Anstaltsstaat*). In quanto astratto concetto « transpersonale », esso assunse nuovamente tratti personalistici, diventando un'entità superiore: superiore sul piano morale perché istituzione etica, superiore sul piano della solerzia perché Stato di benessere, superiore sul piano del timore

⁽¹⁷⁰⁾ P.L. WEINACHT, *Staat. Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis ins 19. Jahrhundert*, 1968; W. CONZE, *Staat und Souveränität*, in BRUNNER-CONZE-KOSSELCK, *Geschichtliche Grundbegriffe*, vol. 6, 1990, 7-25.

⁽¹⁷¹⁾ Si pensi in particolare alla separazione tra affari di giustizia e affari di polizia intorno alla metà del Settecento. Cfr. a questo proposito P. PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre. Die Entwicklung des Polizeibegriffs durch die Rechts- und Staatswissenschaften des 18. Jahrhunderts*, 1983.

⁽¹⁷²⁾ H.P. ULLMANN, *Öffentliche Finanzen im Übergang vom Ancien Régime zur Moderne: die bayerische Finanzreform der Jahre 1807-08*, in « Archiv für Sozialgeschichte », 23 (1983), 51-98; ID., *Badische Finanzreformen in der Rheinbundzeit*, in « Geschichte und Gesellschaft », 8 (1982), 333-366; ID., *Staatsschulden und Reformpolitik. Die Entstehung modernen öffentlicher Schulden in Bayern und Baden 1780-1820*, 2 voll., 1986; CH.P. KINDLEBERGER, *A Financial History of Western Europe*, London 1984, 158 ss.; A. WILDARSKY-C.WEBBER, *A History of Taxation and Expenditure in the Western World*, 1986.

⁽¹⁷³⁾ M. STOLLEIS, *Selbstverwaltung*, in HRG, IV (1990), col. 1621-1625.

che poteva incutere perché apparato di polizia. Giuridicamente, — a differenza del vecchio Stato patrimoniale — esso doveva fondarsi esclusivamente sul diritto pubblico. I rapporti giuridici sui quali si basava erano, in linea di principio, di natura sovrana. Non si era dunque lontani dall'idea di situare il controverso concetto di sovranità su di un piano astratto, in modo tale da superare il dilemma del dualismo tra principe e popolo.

Quella appena descritta era, d'altra parte, una posizione politicamente interlocutoria. Chi poneva in risalto lo « Stato » astratto e gli conferiva la sovranità, rifiutava la « concezione giusprivatistica dello Stato » — che considerava la terra e il popolo come *patrimonium* del principe, con chiare ricadute assolutistiche — ma allo stesso tempo rifiutava la teoria contrattualistica intesa in senso democratico, per la quale la comunità era una organizzazione creata per soddisfare gli interessi della maggioranza, che poteva essere sciolta in caso di dissensi insuperabili e che si presentava dunque come una minaccia per tutte le vecchie istituzioni e per le posizioni patrimoniali consolidate. Tanto la concezione giusprivatistica dello Stato quanto la teoria contrattualistica democratica erano inaccettabili nella prima metà del secolo XIX. Una interpretazione teorica e pratica dello Stato, per essere soddisfacente, doveva rispondere ad altre esigenze: gli interessi che era scopo dello Stato tutelare dovevano essere « più alti » e indipendenti dalla mera volontà popolare; il monarca e il parlamento non dovevano contendersi il primato, ma dovevano collaborare in quanto « organi » di un'unità politica a essi sovraordinata; l'apparato statale doveva essere strettamente collegato all'idea di uno Stato indipendente dalla sorte e dalla debolezza delle dinastie regnanti; lo Stato — conformemente a quello che stava a poco a poco diventando il dogma della separazione tra Stato e società — doveva essere purificato dalle scorie giusprivatistiche e venire edificato su base giuspubblicistica.

Questi postulati parvero consolidarsi nella qualificazione dello Stato come « persona giuridica » ⁽¹⁷⁴⁾. Inizialmente la nuova formu-

⁽¹⁷⁴⁾ Questa formulazione, dopo che fu utilizzata da GEORG ARNOLD HEISE in *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*, Heidelberg 1807, prese il posto dell'antica *persona moralis (simplex o composita)* di Pufendorf, anche se all'inizio solo nell'ambito del diritto privato. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 3^a ed. (sesta ristampa)

lazione, che doveva estendere la capacità giuridica — non più limitata alle persone fisiche — a « soggetti artificiali presupposti per mera finzione »⁽¹⁷⁵⁾, parve essere riferita soltanto al diritto privato, e ancora una volta soltanto ai rapporti patrimoniali. In ogni caso era di questo avviso Savigny, la cui autorità ha influenzato anche il successivo dibattito sulla cosiddetta “teoria della finzione”, nonché la più tarda *Theorie der realen Verbandsperson* formulata da Gierke⁽¹⁷⁶⁾.

Questa limitazione al diritto privato, che in Savigny non trovava ulteriori giustificazioni, non era però sostenibile. Al contrario, era in riferimento al diritto pubblico che il concetto di « persona giuridica » si mostrava più penetrante, perché dava la possibilità di soppiantare gli elementi dello Stato patrimoniale e consentiva di inserire sul piano giuridico il monarca — cui veniva riconosciuta la qualità di “organo” — nella struttura dello Stato e nell’ordinamento costituzionale. Per questo motivo Wilhelm Eduard Albrecht (1800-1876), il giuspubblicista di Gottinga⁽¹⁷⁷⁾, considerava la « persona giuridica, correttamente concepita [...], come la formula fondamentale dell’unica concezione dello Stato che poteva essere ritenuta reale sul

1959, 169 ss. (trad. it. *La dottrina generale dello Stato*, traduzione italiana sulla 2ª ed. tedesca di Modestino Petrozziello; con introduzione e capitoli aggiunti di Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1921); U. HÄFELIN, *Die Rechtspersönlichkeit des Staates*, 1959.

⁽¹⁷⁵⁾ F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. II, 1840 (seconda ristampa 1981), § 85. — Cfr. W. FLUME, *Savigny und die Lehre von der Juristischen Person*, in *Festschr. Wieacker*, 1978, 340 s.; F. WIEACKER, *Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts*, in *Festschrft. E.R. Huber*, 1973, 339-383 (361 s.); M. DIESELHORST, *Zur Theorie der juristischen person bei Carl Friedrich von Savigny*, in « Quaderni fiorentini », 11-12 (1982-83), 319-337.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. a questo proposito E. ZITELMANN, *Begriff und Wesen der sog. Juristischen Personen*, Leipzig 1873; CHR. MEURER, *Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht*, 1901; W. HENKEL, *Zur Geschichte der Juristischen Person im 19. Jahrhundert. Geschichte und Kritik der Fiktionstheorien*, tesi di dottorato, Göttingen 1973; C. TIETZE, *Zur Theorie der juristischen Person in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, tesi, Göttingen 1974; M. LIPP, « *Persona moralis* », « *Juristische Person* » und « *Personenrecht* » — *Eine Studie zur Dogmengeschichte der « Juristischen Person » im Naturrecht und frühen 19. Jahrhundert*, in « Quaderni Fiorentini », 11-12 (1982-83) 217.

⁽¹⁷⁷⁾ R. HÜBNER, in ADB, 45 (1900), 743-750; H. SCHÖNEBAUM, in NDB, 1 (1953), 18 s.

piano del diritto pubblico »⁽¹⁷⁸⁾. In proposito, Albrecht si è espresso nel modo più chiaro nella sua non appariscente recensione ai *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* (1837) di Romeo Maurenbrecher. Ciò permetteva non soltanto, come già si è detto, di vincolare il monarca, ma anche di riferire lo scopo dello Stato a un interesse superiore a quello degli uomini (monarca e sudditi), e dunque a un interesse cui potevano essere vincolati anche i parlamentari. Essi erano così veri deputati nel senso della teoria costituzionale, non più « ceti territoriali » secondo l'uso linguistico dell'*ancien régime*. Il monarca e il parlamento erano adesso evidentemente « organi », i funzionari non erano servitori né del principe né del popolo ma erano « servitori dello Stato », su di un piano neutrale, vincolati a un unità politica superiore. Era anche chiaro che tutti gli elementi giusprivatistici ancora esistenti (il diritto feudale, la giurisdizione signorile, gli oneri fondiari, i fedecommissi familiari, il diritto privato dei principi) facevano parte di uno stadio evolutivo ormai superato ed erano destinati a venire eliminati col passare del tempo. Con ciò veniva definitivamente risolta la questione — tanto attuale in quel periodo nell'Hannover — del carattere vincolante degli atti dei reggenti per i loro successori: il principe era « organo dello Stato », quindi la persona giuridica « Stato » era vincolata, e allora anche i successori erano a loro volta vincolati a rispettare tali atti. La costituzione non poteva più venire concepita come un « diritto acquisito dei sudditi » e perciò anche essere, in caso di necessità, ritirata, ma era invece l'atto di nascita, vincolante, dello Stato persona giuridica. La sovranità, che per esempio Maurenbrecher intendeva espressamente come « diritto privato del suo titolare »⁽¹⁷⁹⁾ in « analogia con la proprietà », si riferisce adesso alla persona giuridica, ragion per cui divenne impossibile applicare il diritto delle successioni allo Stato, nel senso della dottrina dello Stato patrimoniale. Anche le reciproche pretese economiche tra lo Stato e i cittadini avevano adesso un chiaro punto di riferimento, ovverosia il « soggetto artificiale patrimonialmente capace » di cui parlava Savigny.

⁽¹⁷⁸⁾ Op. cit., (nt. 90), 1492.

⁽¹⁷⁹⁾ MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 145.

6. *Le rappresentanze popolari e i loro diritti.*

La questione cruciale del dibattito costituzionale dell'Ottocento riguardava la posizione delle rappresentanze popolari ⁽¹⁸⁰⁾. Il problema del potere si concentrava, da una parte, nel rapporto tra la monarchia e i ceti più alti, che ad essa erano legati in modo simbiotico, e, dall'altra, nel rapporto tra la monarchia e il terzo stato, che reclamava il proprio diritto alla partecipazione politica. Il quarto stato, la classe operaia, fino al 1850 sembra essere invece ancora soltanto un'ombra minacciosa che si staglia sullo sfondo degli avvenimenti.

Certamente il rapporto tra potere monarchico, chiesa e nobiltà, non era privo di tensioni: la secolarizzazione dei beni ecclesiastici, i « tumulti di Colonia » (*Kölner Wirren*) tra lo Stato prussiano e la Chiesa cattolica ⁽¹⁸¹⁾, la « contesa sulla genuflessione » (*Kniebeugestreit*) ⁽¹⁸²⁾ bavarese, insieme a molti altri avvenimenti, testimoniano l'assoggettamento alla sovranità dello Stato ⁽¹⁸³⁾ di quelli che una volta erano i liberi cavalieri dell'Impero nonché dei cosiddetti principi « mediatizzati », e, insieme a questi, delle rispettive controversie finanziarie. Ciononostante, il potere monarchico, la chiesa e la nobiltà avevano una posizione unanime sul grande problema della rivendicazione da parte della "nazione", rivelatasi nel terzo stato, di partecipare al potere politico: era necessario affrontare

⁽¹⁸⁰⁾ U. BERMBACH, *Über Landstände, Zur Theorie der Repräsentation im deutschen Vormärz*, in C.J. FRIEDRICH-B. REIFENBERG (a cura di), *Sprache und Politik, Festschr. D. Sternberger z. 60. Geb.*, 1968, 241 ss.; H. BRANDT, 1968; F. MÖGLE-HOFACKER, *Zur Entwicklung des Parlamentarismus in Württemberg*, 1981; H. OBENAU, *Anfänge des Parlamentarismus in Preußen bis 1848*, 1983; B. WUNDER, *Landstände und Rechtsstaat. Zur Entstehung und Verwirklichung des Artikels 13 DBA*, in ZHF, 5 (1978), 139 ss.; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 116 ss.; V. PRESS, *Landstände des 18. und Parlamente des 19. Jahrhunderts*, in H. BERDING-H.P. ULLMANN (a cura di), *Deutschland zwischen Revolution und Restauration*, 1981, 133; D.C. UMBACH, *Parlamentsauflösung in Deutschland. Verfassungsgeschichte und Verfassungsprozeß*, 1989.

⁽¹⁸¹⁾ HUBER, II (1960), cap. 3.

⁽¹⁸²⁾ Il riferimento è all'obbligo, introdotto con decreto reale nel 1839, per i soldati protestanti in servizio presso l'esercito bavarese di assistere alla messa celebrata con rito cattolico e di inginocchiarsi davanti al Santissimo Sacramento. La disputa politico-teologica derivatane terminò solo nel 1845.

⁽¹⁸³⁾ H.H. HOFMANN (a cura di), *Die Entstehung des modernen souveränen Staates*, 1967.

radicalmente questo « pericolo », o almeno mirare a compromessi che tenessero conto, certo, dello spirito del tempo, ma che lasciassero intatte le loro prerogative. Si è già accennato ad uno degli strumenti impiegati per conseguire quest'obiettivo, vale a dire alla separazione tra titolarità del potere sovrano e suo esercizio, che permetteva alcune concessioni per quanto riguardava l'esercizio della sovranità.

Dal momento che negli Stati costituzionali della Confederazione germanica, dopo il 1830, non era assolutamente più in discussione l'esistenza di rappresentanze popolari, il dibattito si spostò sulla questione della competenza dei « ceti territoriali » o delle « camere ». La disputa si rivela sin dal piano semantico.

a) *Ceti territoriali o parlamenti?*

Chi, come Friedrich von Gentz e altri ⁽¹⁸⁴⁾, adoperava i termini « ceti territoriali » (*Landstände*), « stati » (*Standschäfte*) o « consigli territoriali » (*Landtage*), propendeva per un'interpretazione delle rappresentanze popolari nel senso dell'*ancien régime* ⁽¹⁸⁵⁾, e dunque come « corpus dei sudditi, intesi quali elemento della libertà del *Land* ed emanazione del signore territoriale, il cui parere o la cui approvazione dovevano essere richiesti su determinate questioni, affinché potesse dare un indirizzo ad alcune situazioni riguardanti il benessere del *Land*, organizzarle, o semplicemente poter dire qual-

⁽¹⁸⁴⁾ J. GRUNER, *Ueber deutsche Landstände*, in « Der rheinische Bund », 22 (1812), 112-153; M.K.FR.W. v. GRÄVELL, *Der Regent I*, Stuttgart 1823, 476 ss.; CH.CH. DABELOW, *Über Souverainität, Staats-Verfassung und Repräsentativ-Form mit Berücksichtigung der Ancillonischen Grundsätze und in Anwendung auf die deutschen Staaten*, Marburg 1816; TH. SCHMALZ, *Das teutsche Staats-Recht*, Berlin 1825, parte IV; A. MÜLLER, *Meine Ansichten wider das deutsche Repräsentativsystem, und über die Hauptursachen der zunehmenden Volksunzufriedenheit, insbesondere über manches, was päbstelt*, Ilmenau 1828; C. VOLLGRAFF, *Über die Täuschungen des Repräsentativ-Systems, oder Beweis: dass dieses System nicht das geeignete, rechte und zeitgemässe Mittel ist, den Bedürfnissen unserer Zeit zu begegnen*, Marburg 1832; A.W. REHBERG, *Die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde ihrer Fürsten*, Jena 1835, 17 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ V. PRESS, *Landtage im Alten Reich und im Deutschen Bund*, in « Zeitsch. f. württ. Landesgeschichte », 39 (1980), 100 ss.

cosa in proposito » (186). Ciò significa che i ceti territoriali non erano organi legislativi, ma avevano soltanto il dovere nei confronti del signore di tutelare, soprattutto in ambito finanziario, i diritti del *Land* e dei suoi sudditi. La loro composizione inoltre non corrispondeva al generale status di cittadini dello Stato, ma rappresentava i « ceti » (cavalleria, prelati, città) dai quali i cittadini e i contadini erano ancora largamente esclusi (187). La loro funzione era quella di approvare le tasse, esprimersi sul bilancio dello Stato e prendere parte al processo legislativo, ma soltanto in via consultiva e senza avere un proprio diritto di iniziativa (188). Da una parte, sicuramente, esisteva di fatto un diritto d'iniziativa che si esprimeva attraverso la proposizione di « mozioni » o « petizioni », con le quali una determinata materia poteva essere sottoposta al governo. Dall'altra, il governo non era tenuto ad occuparsene. Anzi, esso poteva cercare di sottrarre importanti competenze al parlamento attraverso la scelta della forma del decreto. Si comprende dunque perché a ispirare i grandi sforzi teorici dell'Ottocento sia stato il tentativo di delineare con sempre maggiore precisione i concetti di legge e di potere legislativo, e con questo rendere certo l'ambito di competenza delle rappresentanze popolari (189).

Nel tradizionale modello “cetus-territoriale” della rappresentanza popolare, il principio monarchico era tutelato in maniera assoluta. Il monarca era il legislatore, che si lasciava consigliare, e allo stesso tempo era capo di governo, titolare del potere militare, nei paesi protestanti anche capo della Chiesa evangelica locale. In questa prospettiva è esemplare il caso della costituzione bavarese del 1818, nel cui preambolo si spiega che i ceti sono chiamati, « attraverso l'esercizio del diritto di consigliare, approvare, accordare,

(186) J.J. MOSER, *Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici*, Frankfurt-Leipzig, 1769; D.G. STRUBE, *Von Landständen, in Nebenstunden*, parte II, Hannover 1789, 136-186.

(187) O. HINTZE, *Typologie der ständischen Verfassungen*, in Id., *Staat und Verfassung*, 2^a ed. 1962, 120 ss.

(188) W. REINHARD, *Die Bundesakte. Über Ob, Wann und Wie Deutscher Bundesstände*, Heidelberg 1817; con altro orientamento politico, CH.CH. DABELOW (nt. 184).

(189) Fondamentale BÖCKENFÖRDE, 1958. Sull'importanza della differenziazione tra legge e regolamento per la tutela giuridica cfr. R. OGOREK, *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, in ZNR, 11 (1989), 12.

proporre e ricorrere contro la violazione di diritti costituzionalmente garantiti, ad accrescere la saggezza delle deliberazioni del governo, senza indebolirne la forza ».

Rispetto a queste posizioni, chi parlava di « Camera dei deputati » o di « Parlamento », pensava a un modello completamente diverso ⁽¹⁹⁰⁾. In questo, la « nazione » si esprimeva in un'assemblea rappresentativa, seppur in una forma estremamente limitata dal diritto di voto per censo ⁽¹⁹¹⁾. La nazione, in questo modo, poteva darsi autonomamente delle leggi su ogni possibile materia (diritto di iniziativa legislativa illimitato) oppure almeno su quelle che concernevano « libertà e proprietà » (riserva di legge). Essa poteva influenzare in modo decisivo la politica, in caso di conflitto addirittura bloccarla, attraverso l'approvazione dell'imposizione fiscale e la determinazione delle spese dello Stato. Nel caso in cui il parlamentarismo fosse molto avanzato, la rappresentanza del popolo sarebbe stata perfino in grado di rovesciare il governo (voto di sfiducia, responsabilità dei ministri) ⁽¹⁹²⁾. Quest'ultima ipotesi rimase ovviamente soltanto teorica, in quanto la mutevole storia della responsabilità dei ministri nelle costituzioni tedesche dell'Ottocento mostra che i governi diventarono, di fatto, sempre più dipendenti dal parlamento, ma anche che la loro nomina rimase senza eccezioni una prerogativa del monarca ⁽¹⁹³⁾. Le denunce, rimaste senza esito,

⁽¹⁹⁰⁾ C. v. ROTTECK, *Ideen über Landstände*, Karlsruhe 1819 (in: *Sammlung kleiner Schriften*, vol. II, Stuttgart 1829).

⁽¹⁹¹⁾ R. SMEND, *Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed., 1968, 19-38; P.M. EHRLE, *Volksvertretung im Vormärz. Studien zur Zusammensetzung, Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation*, 1979; U. BERMBACH (nt. 180); H. BOBERACH, *Wahlrechtsfragen im Vormärz. Die Wahlrechtsanschauung im Rheinland 1815-1849 und die Entstehung des Dreiklassenwahlrechts*, 1959; S. AEPPLI, *Das beschränkte Wahlrecht im Übergang von der Stände- zur Staatsbürgergesellschaft. Zielsetzung des Zensuswahlrechts*, Zürich 1988.

⁽¹⁹²⁾ Il necessario punto di partenza è B. CONSTANT, *De la responsabilité des Ministres*, Paris 1814, cfr. nt. 164.

⁽¹⁹³⁾ H. BISCHOF, *Ministerverantwortlichkeit und Strafgerichtshöfe in Deutschland*, Gießen 1859, A. SAMUELY, *Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen Monarchie*, Berlin 1869; F. HAUKE, *Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit*, Wien 1880; F. THUDICHUM, *Die Ministeranklage nach geltendem deutschen Recht und ihre Unrätlichkeit in Reichssachen*, in « (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs », 1885, 637

rivolte contro i ministri nell'Assia elettorale ⁽¹⁹⁴⁾, mostrano con chiarezza la posizione di stallo che segnava il conflitto tra potere monarchico e parlamentarismo. Esse testimoniano anche come a quel tempo la responsabilità penale e la responsabilità sul piano giuridico-costituzionale (*staatsrechtliche Verantwortlichkeit*) fossero ancora molto vicine, e che l'accusa di aver violato la costituzione poteva anche essere impiegata nel tentativo di ottenere un governo politicamente più gradito alla maggioranza parlamentare. Si era ancora lontanissimi dall'idea che il leader della maggioranza parlamentare avesse il diritto di formare un governo. Non si giunse, quindi, a realizzare sistemi parlamentari in senso proprio.

b) *Sistema bicamerale, diritto di voto, Consiglio di Stato.*

Per la determinazione dell'effettivo peso politico che le rappresentanze popolari avevano nei confronti del principio monarchico, erano determinanti le loro suddivisioni interne, la loro composizione orientata dal voto, e il loro rapporto con gli altri organi dello Stato.

Innanzitutto, l'articolazione politica della maggioranza del popolo era limitata dal fatto che i « ceti » erano regolarmente separati in due camere, legittimate l'una dalle consultazioni elettorali, l'altra dalla nomina diretta da parte del potere monarchico. Già il fatto che l'assemblea elettiva fosse denominata « seconda Camera » (Camera bassa) è segno della differenza di rango tra le due Camere. La prima Camera (Camera alta, Camera dei pari, Camera dei consiglieri imperiali) era costituita da membri per nascita, e dunque dai « discendenti della casa reale, dai capi delle casate di principi e conti », nonché « dai membri, ereditari o a vita, nominati dal re », scelti « tra

ss.; A. LUCZ, *Ministerversantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe*, Wien 1893; H. v. FRISCH, *Die Verantwortlichkeit der Monarchen und höchsten Magistrate*, 1904; P.G. HOFFMANN, *Monarchisches Prinzip der Ministerversantwortlichkeit. Eine politische Studie*, 1911; R. PASSOW, *Das Wesen der Ministerversantwortlichkeit in Deutschland*, 1904; F. FRH. MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, *Die Verantwortlichkeit der Reichsminister*, in ANSCHÜTZ-THOMA (a cura di), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, 1930, 520 ss.; F. GREVE, *Die Ministerversantwortlichkeit im konstitutionellen Staat*, 1977 (ivi anche bibliografia delle tesi sul tema).

⁽¹⁹⁴⁾ HUBER, II, (1960), 72 ss.

i più meritevoli cittadini dello Stato » (195). Il blocco conservatore che ne risultava era dunque costituito da principi, signori cetuali, alta nobiltà, vescovi e prelati evangelici, deputati scelti dalla nobiltà terriera, rappresentanti delle università nonché membri incaricati per nomina diretta. Coerentemente con le premesse che ne erano alla base, esso era in grado di svolgere una funzione frenante nel complesso gioco d'insieme tra il monarca e le due camere (196). Nella prima Camera il diritto di voto giocava un ruolo assolutamente insignificante, in quanto la sua composizione era così chiara, e in ogni caso talmente pilotabile, da scongiurare qualsiasi sorpresa. Tuttavia, vennero stabilite addirittura ulteriori garanzie, attraverso la previsione di un'età per l'elettorato passivo relativamente alta (25 anni) e l'obbligo di possedere un patrimonio minimo per poter essere eletti.

Nel *Vormärz*, l'esercizio del diritto di voto per le seconde Camere corrispondeva alla struttura ancora cetuale della società e all'influenza dominante della monarchia. Attraverso una profusione di limitazioni (procedimenti elettorali, censo, limiti di età, durata della residenza, religione, domicilio in città o in campagna) si tentava di "filtrare" i deputati della seconda Camera in modo da ottenerne una tipologia ben precisa. Lo scopo era quello di creare un parlamento di notabili i cui membri, attraverso le prestazioni fiscali o il riconoscimento sociale, potessero sopportare un determinato onere, e che di conseguenza fossero interessati alla sicurezza, alla quiete e all'ordine. L'idea basilare di questo sistema era semplice: chi dipendeva dagli altri e non contribuiva allo Stato né dal punto di vista finanziario né con un altro tipo di prestazione, allora non doveva contribuire neppure dal punto di vista politico. Ciò corrispondeva al modo in cui si autopercepiva la borghesia liberale, la quale dava per

(195) §§ 129-131 della costituzione del Württemberg (1819). Cfr. anche: Tit. VI, §§ 1-6 della costituzione bavarese (1818); §§ 27-32 della costituzione del Baden (1818); art. 52 della costituzione dell'Assia-Darmstadt (1820); §§ 63-67 della costituzione della Sassonia (1831); § 84 della costituzione dell'Hannover (1840); § 65 della costituzione prussiana (1850); diverso il sistema monocamerale della costituzione dell'Assia elettorale (1830), §§ 63-105.

(196) Carlo Salomo Zachariä ha dichiarato davanti al parlamento del Baden « che la funzione frenante è lo scopo proprio della Camera alta ». Cfr. W. FISCHER, in ADB, 44 (1898), 641-652 (648).

scontata una diversificazione sulla base delle prestazioni erogate e che cercava di differenziarsi sul piano politico dal Quarto stato. I destinatari dei sussidi di povertà, i falliti, gli insolventi verso il fisco, tutti dovevano essere esclusi dalla composizione delle assemblee rappresentative. Allo stesso modo, escluse dovevano essere le donne, ancora considerate secondo l'opinione tradizionale come persone non libere sul piano personale né su quello politico, e quindi non eleggibili. Tuttavia, l'opera di "filtro" degli orientamenti politici più sgraditi non si compì soltanto attraverso previsioni che escludevano la gran parte dell'elettorato, soprattutto tra i ceti più bassi ⁽¹⁹⁷⁾, ma fu conseguita anche attraverso la subordinazione del riconoscimento del diritto di voto all'accertamento di un censo particolarmente alto, e quindi limitando tale diritto alle persone maggiormente benestanti.

Peraltro, gli interessi dei settori politicamente impegnati della borghesia coincidevano soltanto in parte con quelli del potere monarchico, come del resto dimostrano le tensioni che divamparono durante tutto il *Vormärz*. In questo senso, i meccanismi elettorali non furono in grado di conseguire i risultati che i monarchi auspicavano. Basti pensare, soltanto per fare un esempio, all'insoddisfazione del re di Baviera Ludovico I che proprio a causa delle difficoltà con la seconda Camera dovette abbandonare l'entusiasmo con cui aveva inizialmente guardato alla costituzione.

Un analogo effetto frenante nei confronti della rappresentanza popolare derivò dall'istituzione del Consiglio di Stato. Nel Settecento esso era stato dapprima concepito come un collegio di alti funzionari di supporto al monarca (Austria 1760, Prussia 1781). Questa funzione, specialmente per quanto riguardava la consulenza sulle leggi più importanti, era propria anche del *Conseil d'état* del sistema governativo napoleonico. Nel quadro costituzionale, però, vi furono dei cambiamenti: il Consiglio di Stato ⁽¹⁹⁸⁾ delineato da vom Stein, in una Prussia allora ancora priva di una costituzione, doveva

⁽¹⁹⁷⁾ In media solo l'1% della popolazione aveva diritto di voto prima del 1848. Particolarmente bassi sono i dati concernenti la Baviera: cfr. i dati riferiti al 1843 (elettorato attivo: popolazione cittadina 0,57 %; popolazione delle campagne 1,4 %; elettorato passivo come grande elettore: popolazione cittadina 0,5 %; popolazione delle campagne 0,02 %), in D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 127.

⁽¹⁹⁸⁾ *Organisationsedikt* del 24.11.1808.

essere un supremo organo esecutivo, ma ciò non era conciliabile con la transizione verso una forma di governo con ministri tecnici, che si riunivano in un gabinetto. Per questo motivo il Consiglio di Stato prussiano, istituito finalmente nel 1817, fu trasformato in un organo di consulenza per le questioni legislative e i più importanti affari di Stato ⁽¹⁹⁹⁾. Con la trasformazione della Prussia in uno Stato costituzionale, il Consiglio di Stato perse la propria importanza, tanto che nel 1852 venne, di fatto, subordinato al Ministero ⁽²⁰⁰⁾. Non soltanto il suo ruolo, così poco accettabile in uno Stato costituzionale, ma anche il carattere altamente conservatore della sua composizione in tutti i territori che lo avevano introdotto (Württemberg 1819 ⁽²⁰¹⁾, Assia elettorale 1821, Baviera 1825, Sassonia 1831, Baden 1844) ⁽²⁰²⁾, dimostrano che il Consiglio di Stato era un organo che esprimeva lo spirito del « principio monarchico ».

c) *Riserva di legge e diritti fondamentali.*

Per comprendere quale fosse l'effettivo ruolo della rappresentanza popolare, è determinante sapere quali erano i diritti di partecipazione che ad essa erano concessi. Questo catalogo costituiva quella che potremmo chiamare una "formula breve" per la ripartizione del potere all'interno dello Stato. Dal momento che l'assolutismo, nella sua vecchia forma, non poteva più essere sostenuto, e che l'avveniristico modello parlamentare dell'Ottocento non poteva essere realizzato nella sua purezza, la situazione rimase bloccata in uno stadio intermedio, di compromesso. Particolarmente evidente è la situazione di conflitto riguardante il diritto di approvare l'imposizione fiscale, attorno al quale si era già accesa nel Cinquecento la polemica tra monarca e ceti territoriali. Mentre le costituzioni francesi del 1791, 1793, 1795 e 1799 avevano riconosciuto al Parla-

⁽¹⁹⁹⁾ *Kabinettsordre* del 31.3.1810; *Verordnung über die veränderte Verfassung aller obersten Staatsbehörden in der preußischen Monarchie* del 27.10.1810, in PrGS, 1810, 3.

⁽²⁰⁰⁾ Ampiamente sul punto H. SCHNEIDER, *Der preußische Staatsrat 1817-1918*, 1952.

⁽²⁰¹⁾ Sotto la denominazione di *Geheimer Rat*, cfr. §§ 54 ss., cost. del 1819.

⁽²⁰²⁾ M.W. FRANCKSEN, *Die Institution des Staatsrats in den Deutschen Staaten des 19. Jahrhunderts*, in «*Zeitschr. f. Neuere Rechtsgeschichte*», 7 (1985), 19-52; P. CONRING, *Staatsrat*, in HRG, IV (1990), col. 1832-1836.

mento sia il diritto di autorizzare il prelievo fiscale sia il diritto di determinare le spese, la *Charte constitutionnelle* del 1814 riconobbe soltanto il primo dei due, e quindi soltanto il diritto che riguardava le entrate, il cui esercizio doveva essere approvato da entrambe le Camere e sancito da parte del monarca. A questa linea, assai più moderata, si attennero gli autori tedeschi dopo il 1814 ⁽²⁰³⁾. Come hanno dimostrato le fondamentali ricerche di Karl Heinrich Friauf, le costituzioni tedesche del *Vormärz* non seguono assolutamente il semplice modello secondo il quale, prima del 1848, le diete territoriali avrebbero avuto soltanto il diritto di autorizzare il prelievo fiscale (sistema bavarese) ma non il diritto di approvare il bilancio (sistema prussiano), mentre la costituzione prussiana del 1848-50 sarebbe stata la prima a riconoscere a una dieta territoriale un tale diritto all'approvazione del bilancio ⁽²⁰⁴⁾. In realtà, la situazione del *Vormärz* era ben più complessa. La distinzione tra autorizzazione al prelievo fiscale e approvazione del bilancio non segue tanto il solco tracciato dagli eventi del 1848, quanto la linea di confine tra grandi Stati e piccoli Stati. Negli Stati di piccole proporzioni venne rapidamente raggiunto con le rappresentanze popolari un accordo anche sull'impiego dei mezzi di tassazione. Al contrario tutti gli Stati più grandi — col sostegno dalla Confederazione germanica, che minacciava di intervenire ⁽²⁰⁵⁾ — stavano attenti a tenere lontane le rappresentanze popolari dalla possibilità di essere consultate sull'uso dei mezzi di tassazione, in particolare per quanto riguardava le spese militari. A ciò corrispondevano aspre dispute dottrinarie su tale questione, che tanta importanza aveva per la determinazione della effettiva capacità di movimento sul piano politico da parte dei governi ⁽²⁰⁶⁾.

⁽²⁰³⁾ K.H. FRIAUF, *Der Staatshaushaltsplan im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung. I. Verfassungsgeschichtliche Untersuchungen über den Haushaltsplan im deutschen Frühkonstitutionalismus*, 1968, 34 ss.; W. HEUN, *Staatshaushalt und Staatsleitung*, 1989.

⁽²⁰⁴⁾ *Preußische Verfassung* del 31 gennaio 1850, artt. 99, 100.

⁽²⁰⁵⁾ *Bundesbeschluß über Maßregeln zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ruhe und Ordnung in Deutschland vom 28.6.1832* (HUBER, *Dokumente*, I, 117).

⁽²⁰⁶⁾ F. MURHARD, *Budget*, in ROTTECK-WELCKER, 2^a ed., vol. II (1846), 689-703; K. v. ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, vol. IV, Stuttgart 1835, 460-461; P.A. PFIZER, *Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grundsätzen der*

Altrettanto significative, per comprendere la situazione costituzionale antecedente al 1848, sono le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali (207). La loro funzione era, in primo luogo, quella di garantire al Terzo stato, attraverso la soppressione dei privilegi e l'equiparazione risultante dal superamento dei vecchi ostacoli, concrete possibilità di sviluppo economico ed effettiva tutela giuridica, in modo tale da poter guadagnare consenso sul piano politico. L'equiparazione si manifestava soprattutto nell'ambito degli oneri pubblici, nell'accesso ai pubblici uffici e nell'obbligo del servizio militare. Lo sviluppo economico aveva come obiettivo quello di rendere più dinamici l'agricoltura, l'industria e il commercio (208), anche se lo Stato si riservava di intervenire nei casi di pubblico interesse.

La seconda funzione delle garanzie dei diritti fondamentali era quella di rimarcare la libera autolimitazione della burocrazia statale nei confronti della società. Si evidenzia così come gli Stati tedeschi favorissero energicamente il lato economico della libertà, certo per la prospettiva di aumentare le entrate tributarie (209), ma ciò che qui rileva è che essi erano straordinariamente sensibili quando si trattava di diritti fondamentali (libertà di opinione e di stampa, diritto di associazione e di riunione) (210). « La libertà di stampa — così si

württembergischen Verfassung, mit Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen des Deutschen Bundes, Stuttgart 1836, 44-47 ss.

(207) La letteratura sulla genesi dei diritti fondamentali e di libertà è estremamente ampia. Segnalo almeno: R. SCHNUR (a cura di), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß*, 2ª ed. 1978; G. BIRTSCH (a cura di), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte*, 1981; ID., (a cura di) *Grund- und Freiheitsrechten von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, 1987; W. v. RIMSCHA, *Die Grundrechte im süddeutschen Konstitutionalismus*, 1973; U. SCHEUNER, *Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte im Übergang von der Aufklärung zum 19. Jahrhundert*, in « Der Staat », supplemento 4, 1980, 105 ss.; D. KLIPPEL, *Die Theorie der Freiheitsrechte am Ende des 18. Jahrhunderts in Deutschland*, in H. MOHNHAUPT (a cura di), *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1888 bis 1990)*, 1991, 348-386.

(208) J.C. LEUCHS, *Gewerb- und Handelsfreiheit, oder über die Mittel, das Glück der Völker, den Reichtum und die Macht der Staaten zu begründen*, Nürnberg 1827.

(209) ULLMANN, nt. 172.

(210) G. BIRTSCH, *Gemäßigter Liberalismus und Grundrechte. Zur Traditionsbestimmtheit des deutschen Liberalismus von 1848-49*, in W. SCHIEDER (a cura di), *Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz*, 1983; W. SIEMANN, *Kampf und Meinungsfreiheit im*

esprimeva la costituzione del Baden del 1818, con parole caute e oscure — sarà trattata secondo le future disposizioni dell'Assemblea confederale » (211).

Ovunque i diritti fondamentali erano, esattamente come le costituzioni, « concessioni ». Non erano stati ottenuti attraverso un'azione rivoluzionaria come diritti naturali provenienti “dal cielo”, ma erano stati donati alle particolari nazioni dei singoli Stati da parte dei regnanti: « *Lo Stato concede* ad ogni abitante la garanzia della propria persona, della sua proprietà e dei suoi diritti »; (212) e « *Lo Stato assicura* ad ogni cittadino la libertà personale, la libertà di coscienza e di pensiero, la libertà della proprietà e la libertà di espatriare » (213). Il tono paternalistico e politicamente limitante dei cataloghi dei diritti fondamentali del *Vormärz* è evidente. Altrettanto chiaro è il nesso, rintracciabile in tali cataloghi, con la funzione dei vecchi ceti di assicurare la proprietà e la libertà dei sudditi — l'antico « Gut und Blut » — contro le prevaricazioni del sovrano. La tutela dei diritti fondamentali nei confronti del cittadino è dunque in primo piano, ed è connessa al riscatto dei diritti di partecipazione del parlamento attraverso l'incontro di « libertà e proprietà ». Nel *Vormärz*, come è stato giustamente notato, i diritti fondamentali poggiavano « sulla garanzia offerta da una riforma parziale, che era stata avviata dal vecchio potere statale e che era portata avanti nella misura in cui ad esso pareva desiderabile e attuabile » (214). La loro efficacia era indebolita dall'uso di formule volutamente imprecise, dal ricorso a riserve di legge o a rinvii alla Confederazione germanica, ma soprattutto la loro realizzazione pratica era ostacolata dalla dominanza ininterrotta del potere esecutivo. Essi non erano la spia di una nuova società, ma erano concessioni fatte a una società che in linea di principio era ancora pronta all'obbedienza, almeno fin quando le pressioni cui era sottoposta non superassero un certo limite.

deutschen Konstitutionalismus, in J. SCHWARTLÄNDER-D. WILLOWEIT (a cura di), *Meinungsfreiheit — Grundgedanken und Geschichte in Europa und den USA*, 1986, 173 ss.

(211) § 17, *Verfassungsurkunde für Baden* (1818).

(212) Parte IV, § 8, *Verfassungsurkunde für Bayern* (1818).

(213) § 24, *Verfassungsurkunde Württemberg* (1819).

(214) GRIMM (nt. 197), 133.

In contrasto con questa assai limitata funzionalità giuridica, che nella odierna prospettiva della realizzazione dei diritti fondamentali sembra particolarmente debole, va invece messo in evidenza il significato politico-costituzionale che i diritti fondamentali assumevano nel contesto del *Vormärz*. La possibilità di leggere per la prima volta, in un documento redatto in maniera concisa e ampiamente comprensibile, i fondamenti giuridici e un catalogo di valori della collettività, costituiva un progresso significativo. Il ritorno alla condizione precedente presentava per i governi alti rischi sul piano politico. Il discredito morale cui andava incontro un governo, o addirittura un monarca, cui si poteva rimproverare un comportamento incostituzionale, era considerevole; entrava qui in gioco la sacralità della parola data e delle dichiarazioni solenni. Le controversie costituzionali in Hannover e le polemiche in Assia elettorale lo dimostrano chiaramente. In questa prospettiva, il reale significato dei cataloghi dei diritti fondamentali del *Vormärz* si coglie non tanto nel loro debole valore giuridico, quanto nel ruolo che essi svolsero per il rinnovamento politico, per la formazione di una coscienza parlamentare e per la creazione di una « coscienza costituzionale » che integrasse i cittadini ⁽²¹⁵⁾.

7. *Il terzo potere.*

« La giurisdizione deriva dal potere regio » ⁽²¹⁶⁾. « I tribunali sono indipendenti nei limiti delle loro competenze » ⁽²¹⁷⁾. « La giurisdizione viene amministrata in nome del re e sotto la sua sorveglianza attraverso tribunali costituiti collegialmente in un ordinamento organizzato per gradi secondo la legge. I tribunali, sia civili

⁽²¹⁵⁾ Originale l'articolo di P. PFIZER, *Urrechte oder unveräußerliche Rechte*, in ROTTECK-WELCKER, *Staatslexikon*, 2^a ed., vol. 12 (1848), 689-706. Tra la letteratura più recente cfr. soprattutto W. v. RIMSCHA (nt. 207); R. WAHL, *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, in « Der Staat », 18 (1979), 321 ss.; G. KLEINHEYER, *Aspekte der Gleichheit in den Aufklärungskodifikationen und den Konstitutionen des Vormärz*, in *Von der ständischen Gesellschaft zur bürgerlichen Gleichheit*, supplemento 2 a « Der Staat », 1980, 7-31; G. BIRTSCH (nt. 207).

⁽²¹⁶⁾ Tit. VIII, § 1, *Verfassungsurkunde für Bayern* (1818).

⁽²¹⁷⁾ § 14 *Verfassungsurkunde für Baden* (1818).

che penali, sono indipendenti nei limiti del loro ambito di competenza » (218). In questo modo suonano le garanzie costituzionali. Esse cercano di mantenere l'equilibrio: da una parte la giustizia come diritto sovrano del re, dall'altra i vincoli legali di una giustizia indipendente.

La derivazione della *Justizhobeit* dalla sovranità statale (*Souveränität*) appare necessaria già dalla considerazione che gli Stati tedeschi del primo Ottocento dovevano ancora attuare la fusione, in un organo giudiziario statale unitario, della giurisdizione patrimoniale e della giurisdizione spirituale (219). La ragione principale di ciò era l'intenzione di mantenere intatto il possesso dei beni del potere monarchico proprio nell'ambito dei classici diritti di sovranità (220). Era ancora lontana l'idea di un intervento parlamentare sulla giustizia.

Le diverse posizioni, ognuna con il proprio accento, sono ricche di significato: mentre gli uni parlavano di « potere giudiziario del sovrano » (221), gli altri accentuavano il fatto che « ogni pubblica giurisdizione (*Rechtspflege*) deriva dallo Stato » (222). Simili divergenze riguardavano i limiti costituzionali della sovranità giudiziaria. Già a partire dal Settecento si erano lentamente imposte le garanzie del giudice precostituito per legge e dell'indipendenza giudiziaria (223), come anche il divieto di pronunce del sovrano (*Machtspruch*) e la chiara separazione di giudiziario ed esecutivo (224), ma proprio nel clima politico esasperato del *Vormärz* tali risultati erano continuamente sotto attacco (225). Un vero controllo giudiziario degli affari

(218) §§ 92, 93 *Verfassungsurkunde für Württemberg* (1819).

(219) Le principali testimonianze del dibattito sul tema si trovano in KLÜBER, 3^a ed. 1831, § 366, VII.

(220) MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 189, 190.

(221) MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 189.

(222) KLÜBER (nt. 47), 3^a ed. 1831, § 366, VII.

(223) D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, 1975; R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986.

(224) Cfr. § 181 della *Reichsverfassung* del 1849: « Giurisdizione e amministrazione devono essere separate ed indipendenti l'una dall'altra. ».

(225) Cfr. J.L. KLÜBER, *Die Selbstständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen, im Verhältnis zu einer Preußischen Verordnung vom 25. Januar 1823*, Frankfurt 1832; H. SIMON, *Die Preußischen Richter und die Gesetze*

amministrativi non era ancora possibile, a prescindere dalle limitate possibilità di accusare un funzionario davanti allo *Staatsgerichtshof* ⁽²²⁶⁾, di adire le corti ordinarie per accertamenti su espropriazioni e limitazioni della libertà contrarie alla legge ⁽²²⁷⁾ e di inoltrare petizioni ⁽²²⁸⁾. La « giustizia amministrativa » (*Verwaltungsrechtspflege*) che veniva praticata non aveva ancora natura giurisdizionale, ma era un controllo interno alla pubblica amministrazione, le cui debolezze e i cui pregi aprirono un lungo dibattito che sboccò nel 1863 nella « giurisdizione amministrativa » (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*) ⁽²²⁹⁾.

La garanzia costituzionale e legislativa della giustizia fu un tema centrale dell'Ottocento. La qualità delle decisioni giudiziarie rendeva evidente a ogni cittadino la condizione dell'amministrazione della giustizia nel suo Stato. Per la borghesia in generale la risposta alla domanda « quis iudicabit? » era decisiva per il livellamento dei residui dell'organizzazione cetuale nella società borghese, e per la nuova giustizia economica e politica che doveva essere stabilita. Per questo motivo la pubblicità del dibattimento ⁽²³⁰⁾, l'istituzione delle corti d'assise ⁽²³¹⁾, del pubblico ministero e dell'avvocatu-

vom 29. März 1844, Leipzig 1845. Questo scritto straordinario e coraggioso, che si opponeva al trasferimento dei giudici per motivi disciplinari, ebbe delle conseguenze. Cfr. H. SIMON, *Mein Austritt aus dem preußischen Staatsdienst*, 1846. Sulla biografia cfr. HUBER, II (1960), 401.

⁽²²⁶⁾ §§ 195-205 *Verfassungsurkunde für Württemberg* (1819); anche per « alti » funzionari, tit. X, § 6 *Verfassungsurkunde für Bayern* (1818).

⁽²²⁷⁾ Come regola particolare in Württemberg vedi anche §§ 60 nr. 3, 30 *Verfassungsurkunde für Württemberg* (1819).

⁽²²⁸⁾ Tit. VII, § 21, *Verfassungsurkunde für Bayern* (1818): « Ogni cittadino e ogni comune possono presentare all'assemblea cetuale reclami per la lesione di diritti costituzionali. » Una versione notevolmente più ampia del diritto di petizione è prevista al § 159 della *Reichsverfassung* (1849).

⁽²²⁹⁾ § 182, *Reichsverfassung* (1849): « La giustizia amministrativa cessa; su tutte le violazioni di diritto decidono i tribunali ». Per un inquadramento storico del rapporto tra giustizia e amministrazione cfr. sotto, cap. 5, I, 4.

⁽²³⁰⁾ M.TH. FÖGEN, *Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit*, 1974.

⁽²³¹⁾ C.TH. WELCKER, *Recht, Staat und Strafe*, 1813; C.J.A. MITTERMAIER, *Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht*, 1845 (ristampa 1970). Cfr. E. SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, 1926; E. SJÖHOLM, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik*, 1972; H. RÜPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 2^a ed. 1991, 76 ss.

ra⁽²³²⁾, fino ad arrivare all'architettura giudiziaria⁽²³³⁾, erano temi oggetto di un acceso dibattito, che dimostrava quanto fosse difficile riformare le tradizionali strutture della giustizia nella misura prevista dalle proclamazioni costituzionali, e quali resistenze si oppo-nessero già alla base della loro realizzazione. È così che si spiega come anche la letteratura giuspubblicistica fosse coinvolta sul vasto fronte di quelle lotte che, in definitiva, erano lotte a carattere politico-costituzionale.

8. *Costituzione e forze armate.*

Quanto le questioni costituzionali e quelle riguardanti l'organizzazione dello Stato fossero tra loro intrecciate è dimostrato anche dalle osservazioni giuspubblicistiche sulla posizione delle forze armate⁽²³⁴⁾. Strutture costituzionali assolutistiche sopravvivevano nell'Ottocento, come ad esempio, in maniera notevole, in Austria e in Prussia. Nonostante le riforme dell'esercito con cui si era reagito all'esperienza della *levée en masse* rivoluzionaria, il potere militare rimaneva un attributo tradizionale del monarca: ⁽²³⁵⁾ « Il monarca era nello Stato come nell'esercito dotato di un potere decisionale illimitato; alla sovranità del monarca nello Stato corrispondeva il potere assoluto del comandante in capo dell'esercito. La classe dirigente dello Stato coincideva chiaramente con la classe dirigente militare »⁽²³⁶⁾.

Laddove erano emerse le condizioni di una riforma costituzionale, si poneva la questione se potesse ancora sopravvivere una

⁽²³²⁾ CARSTEN, *Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, 1932 (ristampa 1971); BLANKENBURG-TREIBER, *Die Einführung der Staatsanwaltschaft in Deutschland*, in « Leviathan », 6 (1978), 169 ss.; W. KATERBERG, *Vom Fiscalat zur Generalstaatsanwaltschaft*, in *75 Jahre OLG Düsseldorf*, 1981, 117 ss.

⁽²³³⁾ P. LANDAU, *Rechtsjustizgesetze und Justizpaläste*, in E. MAI-H. POHL-S. WAETZOLD (a cura di), *Kunstpolitik und Kunstförderung im Kaiserreich*, 1982, 197 ss.

⁽²³⁴⁾ KLÜBER, 3^a ed., §§ 545-559; MAURENBRECHER, *Grundsätze* (nt. 34), § 205; ZÖPFL (nt. 129), parte II, § 492; H.A. ZACHARIÄ (nt. 113), parte III, §§ 21 ss.

⁽²³⁵⁾ E.R. HUBER, *Heer und Staat in der deutschen Geschichte*, 2^a ed. 1943; R. HÖHN, *Scharnhorst. Soldat, Staatsmann, Erzieher*, 3^a ed. 1981; ID., *Revolution, Heer, Kriegsbild*, 1944; G. RITTER, *Staatskunst und Kriegsbandwerk. Das Problem des „Militarismus“ in Deutschland*, vol. I: *Die altpreußische Tradition (1740-1890)*, 4^a ed. 1970.

⁽²³⁶⁾ HUBER, I (1957), 219.

organizzazione dell'esercito a carattere assolutistico. « La cittadinanza in uno Stato costituzionale, invece, », notava Carl Welcker, « richiede un esercito di cittadini e un ceto di ufficiali composto da cittadini, che dei cittadini dello Stato abbiano i generali diritti civili e i doveri » (237). In quale misura la rappresentanza popolare doveva poter influire, ad esempio, sulla questione fondamentale che riguardava il mantenimento di un « esercito permanente » (regio) in contrapposizione alla creazione di un « esercito popolare » (238), sul sistema delle riserve o della milizia territoriale (239), sulla chiamata alle armi, sulla durata del servizio militare in caso di coscrizione obbligatoria generale, sull'approvazione del bilancio per le spese militari? Doveva essa, attraverso la legge, poter forzare la situazione verso l'abolizione dei privilegi nobiliari (240) e l'eguaglianza della coscrizione obbligatoria? Ma, soprattutto, la questione centrale era: l'esercito doveva essere sottoposto al monarca oppure al popolo, doveva prestare un « giuramento di fedeltà alla bandiera » o un « giuramento sulla costituzione »? La decisione a favore di un « giuramento sulla costituzione », e dunque per un diritto di resistenza che poteva essere in caso di necessità invocato in nome della costituzione, era un attacco al principio monarchico e alla sua estrema possibilità, ancorata al potere militare, di difendersi contro la rivoluzione (241). I giuristi di diritto pubblico che si misuravano con tali questioni si aggiravano su di un sottile strato di ghiaccio con del materiale incandescente. La sorte di Wilhelm Behr, incarcerato

(237) C. WELCKER, *Heerwesen* (postilla), in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 2^a ed., vol. 6, 1847, 596.

(238) H.W. PINKOW, *Der literarische und parlamentarische Kampf gegen die Institution des stehenden Heeres in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (1815-1848)*, tesi, Berlin 1912; R. HÖHN, *Verfassungskampf und Heereseid, Der Kampf des Bürgertums im das Heer (1815-1850)*, 1938; ID., *Die Armee als Erziehungsschule der Nation. Das Ende einer Idee*, 1963.

(239) K. v. ROTTECK, *Ueber stehende Heere und Nationalmiliz*, 1816, in ID., *Kleine Schriften*, vol. II; C.TH. WELCKER, *Begründung der Motion für eine constitutionellere, weniger kostspielige und mehr sichernde Wehrverfassung*, Karlsruhe 1831.

(240) E. SOSSIDI, *Die staatsrechtliche Stellung des Offiziers im absoluten Staat und ihre Abwandlungen im 19. Jahrhundert*, 1939; K. DEMETER, *Das deutsche Offizierkorps in Gesellschaft und Staat 1650-1945*, 4^a ed. 1965.

(241) R. HÖHN (nt. 238); HUBER, I (1958), 364 ss.

per aver espresso un parere favorevole al giuramento sulla costituzione, parla da sé.

9. *Dottrina del diritto pubblico e politica.*

La trattazione scientifica del diritto pubblico nel *Vormärz* era in massima misura politicizzata. Tutte le questioni che riguardavano la struttura di uno Stato erano dibattute: la posizione del monarca, del suo governo, delle forze armate e dei funzionari civili, i rapporti tra Stato e Chiesa ⁽²⁴²⁾, le competenze delle rappresentanze popolari, l'estensione dell'autonomia amministrativa comunale, nonché l'effettiva portata dei diritti dei cittadini (il diritto di opinione e di stampa, il diritto di riunione, il diritto di associazione, la libertà del commercio, la libertà del suolo, la parità tra i cittadini, ecc.). È probabile che proprio la politicizzazione, allora inevitabile e molto intensa, del diritto costituzionale, abbia portato dalla metà del secolo alla sempre più forte richiesta di una costruzione puramente giuridica del diritto pubblico, cui alla fine si sarebbe arrivati.

Dipende da ciò l'impegno, quasi naturale, che accomunò i giuristi di diritto pubblico e le rappresentanze popolari tra il 1815 e il 1848. Prendere posizione a livello scientifico era tanto inevitabile che essi, quando vennero istituite le diete territoriali, furono spinti anche all'azione pratica. Troviamo tutti i più noti giuristi di diritto pubblico come deputati nelle camere, in parte in qualità di rappresentanti delle loro università ⁽²⁴³⁾, in parte come rappresentanti designati nelle circoscrizioni elettorali. Tali esperienze hanno svolto una funzione di stimolo e di approfondimento sulle loro opere. Essi erano convinti di poter cambiare qualcosa con le proprie parole e i propri scritti, e si sentivano in dovere di mettere le proprie capacità a servizio del bene comune. La politica orientata in senso costituzionale si era improvvisamente riaccesa, ed essi avevano trovato nelle diete territoriali un foro pubblico. Il contesto politico in cui potevano essere allora dibattuti gli argomenti rilevanti per il diritto pubblico era dunque radicalmente diverso sia da quello dell'epoca

⁽²⁴²⁾ HUBER, I (1957), 387 ss.

⁽²⁴³⁾ F. GACKENHOLZ, *Die Vertretung der Universitäten auf den Landtagen des Vormärz*, 1974.

della pubblicistica imperiale, sia dalla distaccata atmosfera che avrebbe caratterizzato, dopo il 1870, il positivismo giuridico.

In considerazione delle forti divergenze su singoli punti, non è possibile considerare le varie posizioni come un insieme dal contenuto uniforme. Ma tutte le ricerche sulla dottrina tedesca dello Stato del *Vormärz* hanno dimostrato che il « diritto pubblico comune tedesco » costruito dai giuspubblicisti era più di un mero ausilio pedagogico. Di fatto era possibile individuare un modello, che si rivelava come l'ordito su cui tutte le variazioni venivano diseguate, e che proprio negli Stati non costituzionali si mostrava come un segnale di avvertimento che ne indicava l'imperfezione.

La declinazione di questo modello come « monistico » oppure come « dualistico » dipendeva anche dalla valutazione delle possibilità di sviluppo democratico che ad esso si accordavano. La concezione « monistica » deriva dall'idea che il monarca detiene una sovranità indivisibile, e concede alla rappresentanza popolare una competenza esecutiva settoriale; l'interpretazione « dualistica » individua invece la legittimazione dei parlamenti nel fatto che essi derivano dal voto popolare. Si deve peraltro riconoscere che già le Camere alte e i Consigli di Stato non erano coperti da questa legittimazione, e che la limitazione dei diritti parlamentari nel *Vormärz* portava comunque sempre ad una asimmetria favorevole al monarca ⁽²⁴⁴⁾.

Più importante di questo inquadramento tipologico è però, per i nostri fini, l'osservazione che alcune convinzioni di fondo erano comuni a tutti gli attori coinvolti. Essi sapevano che l'assolutismo nella sua forma più rude era crollato. Laddove era stato ristabilito, come nell'Assia elettorale, era prevedibile che avrebbe fallito. Tutti erano però d'accordo anche nel considerare estremamente pericolosi sviluppi della situazione in senso democratico-repubblicano ⁽²⁴⁵⁾. Monarchie e monarchi erano rimasti inviolati non soltanto verso l'esterno, ma — cosa ben più importante — erano rimasti anche nell'immaginario « sacrosanti ». L'assoluta maggioranza del ceto superiore istruito desiderava una monarchia costituzionale (ereditaria), con un'equilibrata distribuzione dei poteri, con possibilità di sviluppo « organico »

⁽²⁴⁴⁾ GRIMM (nt. 197), 138-141.

⁽²⁴⁵⁾ P. WENDE, *Radikalismus im Vormärz. Untersuchungen zur politischen Theorie der frühen deutschen Demokratie*, 1975.

della società borghese, e allo stesso tempo « Stato di diritto » e, al momento debito, Stato di benessere. Si desiderava lo Stato nazionale, costruito su base federativa e nel contempo fedele ai suoi sviluppi storici, una sintesi pacifica di storia e progresso, in altre parole — per esprimersi in termini di negazione — non si desideravano radicalismi, barricate e spargimenti di sangue, centralismi e costruzioni razionali dello Stato, tutele paternalistiche esercitate da una burocrazia onnipotente, e neppure alcun *laissez-faire*. Lo Stato doveva essere presente ma senza opprimere, doveva dare alla borghesia la possibilità di partecipare al potere politico ma anche agire energicamente nel momento in cui fosse necessario.

Per i sostenitori del liberalismo questa ambivalente lista dei desideri poteva confluire in un'imponente rappresentazione ideale dello Stato borghese. Essa racchiude però anche tutti gli ingredienti del *Biedermeier* politico, dietro il quale si cela una borghesia che è troppo debole per liberarsi dalle proprie catene, che si adatta alla situazione e che tiene in serbo uno Stato monarchico forte, per poter fronteggiare l'imminente pericolo rappresentato dal Quarto stato.

CAPITOLO III
LA « DOTTRINA GENERALE DELLO STATO »
NEL VORMÄRZ

I. Conservatorismo, Romanticismo, Restaurazione — 1. Introduzione. — 2. La via razionale all'« identità ». — 3. Romanticismo politico. — 4. La restaurazione della scienza politica. — 5. La dottrina generale dello Stato d'ispirazione conservatrice. — 6. F.J. Stahl. — 7. Conclusioni. — II. Il liberalismo. — 1. Raggruppamenti. — 2. Fasi evolutive. — 3. Il liberalismo giusrazionalistico. — 4. C.S. Zachariä. — 5. R. v. Mohl. — 6. Il liberalismo « storico-organico » . — 7. Conclusioni.

I. *Conservatorismo, Romanticismo, Restaurazione.*

1. *Introduzione.*

Il nucleo centrale della riflessione e della letteratura sul diritto pubblico è l'immagine dello Stato. Ogni epoca crea su questo punto i propri miti e i propri modelli, in cui i fondamenti del diritto pubblico sono ricostruiti ora in maniera pulsionale e « pre-scientifica », ora invece sulla base di un'ambiziosa impostazione teorica. I modelli sono affiancati e intersecati da diverse e opposte correnti. Per questa ragione, chi vuole ripercorrere le linee fondamentali della concezione generale dello Stato tra il 1750 e il 1850, deve avere ben chiaro che le etichette tanto diffuse nella letteratura — per quanto rispondano ad esigenze sistematiche — più che altro confondono la visione generale. Non si tratta semplicemente del brusco passaggio dall'epoca della rivoluzione all'epoca della « reazione », dall'illuminismo razionalistico al romanticismo politico ⁽¹⁾, né si tratta semplicemente del riflesso sul piano della dottrina dello

(1) U. SCHEUNER, *Der Beitrag der deutschen Romantik zur politischen Theorie*, in « Rhein-Westf. Ak. d. Wiss. », *Vorträge* G 248, 1980.

Stato del percorso che « dal pietismo, attraverso la *Empfindsamkeit* e lo *Sturm und Drang*, giunge alla *Erlebnisdichtung* del giovane Goethe e alle vette del classicismo e del romanticismo » (2). Sono state proprio le espressioni più estreme di determinati assunti sul piano della dottrina dello Stato, una volta attenuate e combinate con altre idee, a confluire nella cosiddetta « opinione dominante », in modo tale che nella polifonia delle varie voci è possibile al massimo individuarne gli elementi più tipici e rappresentativi. Del resto, in riferimento al *Vormärz* è estremamente difficile stabilire che cosa possa intendersi per « opinione dominante ». Dal punto di vista teorico, dominante era sicuramente l'ampia corrente moderata che cercava una via intermedia tra assolutismo e repubblicanesimo, individuata nella « monarchia ereditaria con costituzione rappresentativa », e dunque rinvenibile in un liberalismo dalle varie sfaccettature che, sulla base del riconoscimento di garanzie costituzionali, cercava un compromesso con le case regnanti. Era questa, fondamentalmente, la direzione sostenuta dalla « pubblica opinione » (3).

Dal punto di vista pratico, però, dominante era invece il principio monarchico. Dietro ai pubblicisti che lo sostenevano si trovava il concreto potere dei funzionari e dei militari, della nobiltà e della chiesa, consacrato e sorretto da quelle che in Germania erano antiche e radicate convinzioni sulla legittimità dell'azione dell'autorità.

a) *Terminologia.*

Per comprendere il graduale cambiamento della prospettiva teorica e politica tra l'illuminismo e il *Vormärz*, è già particolarmente significativo il mutamento della terminologia. Lo *ius publicum universale* (4), sviluppato nel tardo Seicento come settore particolare

(2) R. SMEND, *Politisches Erlebnis und Staatsdenken seit dem 18. Jahrhundert* (1943), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed. 1986, 346 (347 s.).

(3) F. VALJAVEC, *Die Entstehung der politischen Strömungen in Deutschland 1770-1815* (1951), 1978; D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus in Deutschland*, 1988, 12 ss.

(4) Per quanto riguarda questo cambiamento cfr. H. KURIKI, *Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*, in *AöR*, 99 (1974), 556-585; CH. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*,

della dottrina giusnaturalistica generale, e di cui l'olandese Ulrich Huber (1636-1694) è considerato l'iniziatore ⁽⁵⁾, venne integrato con l'antica *prudentia civilis* ⁽⁶⁾ aristotelica, diventando così una disciplina giuridica in senso proprio e acquistando successivamente, a partire dalla metà del Settecento, le denominazioni di « diritto pubblico naturale » ⁽⁷⁾, « *Staatsrecht* secondo ragione » o « diritto pubblico generale » ⁽⁸⁾. All'epoca la sua origine era ancora chiara, se si considera che in una prolusione accademica del 1796 ad Heidelberg esso venne definito come « il diritto naturale applicato agli Stati (diritto pubblico generale) » ⁽⁹⁾. Ma anche i termini « dottrina dello Stato » e « dottrina costituzionale dello Stato » compaiono già durante il Settecento ⁽¹⁰⁾. Nel corso dell'Ottocento la disciplina accademica che in precedenza era stata denominata « diritto naturale » venne ribattezzata « filosofia del diritto » ⁽¹¹⁾, e il « diritto pubblico naturale » o « diritto pubblico generale » subì una nuova suddivisione, diventando da una parte il « diritto pubblico comune tedesco » ⁽¹²⁾ che legava tutti i singoli Stati tedeschi, e dall'altra la

Wien 1979, 46 ss.; M. FRIEDRICH, *Die Erarbeitung eines allgemeinen deutschen Staatsrechts seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in JöR, 34 (1985), 1, 15 ss.; *Geschichte*, 297 ss. (trad. it. 383 ss).

⁽⁵⁾ T.J. VEEN, *Recht en Nut, Studien over en paar aanleiding van Ulrik Huber (1636-1694)*, Zolle 1976.

⁽⁶⁾ Cfr. J.N. HERTIUS, *Elementa prudentiae civilis*, Gießen 1679, e F. SCHMIER, *Jurisprudencia publica universalis*, Salzburg 1722; J.F.L. v. SCHRODT, *Systema iuris publici universalis*, Bamberg, 1765.

⁽⁷⁾ K.H. HEYDENREICH, *Grundsätze des natürlichen Staatsrechts und seiner Anwendung*, Leipzig 1795.

⁽⁸⁾ H. G. SCHEIDEMANTEL, *Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet*, Jena 1770-1773; ID., *Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform*, Jena 1775.

⁽⁹⁾ KURIKI, (nt. 4), 557.

⁽¹⁰⁾ G.F. LAMPRECHT, *Versuch eines vollständigen Systems der Staatslehre*, 1784; A.L. SCHLÖZER, *Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassung-Lere*, Göttingen, 1793.

⁽¹¹⁾ G.W.F. HEGEL, *Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, Berlin 1821 (trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, traduzione di Giuliano Marini, Roma-Bari 1987), mostra, già nel titolo, questo cambiamento.

⁽¹²⁾ Cfr. a questo riguardo il cap. 2, par. III.

« dottrina generale dello Stato », di impostazione filosofica, separata anche dal punto di vista lessicale dal diritto vigente ⁽¹³⁾.

In questi mutamenti sul piano terminologico si rivela un'intera storia scientifica. Essa ha inizio con l'acquisizione, nel corso del Settecento, da parte della disciplina dello *ius publicum* di una importanza complessiva tale da poter ricavare sul piano formale i propri fondamenti teorici dal diritto naturale e di presentarli come una materia speciale (« diritto pubblico generale ») ⁽¹⁴⁾. Con il passaggio all'Ottocento diventa sempre più debole l'attenzione rivolta al diritto naturale, per poi spengersi del tutto a partire dagli anni trenta del secolo. La ragione più importante di questa svolta va individuata nel fatto che il termine "diritto naturale" evocava l'Illuminismo e la rivoluzione, e questa connotazione costituiva una seria ipoteca.

A tutto ciò si aggiungeva un ulteriore problema: il « diritto pubblico generale » d'impronta filosofica poteva essere confuso con il « diritto pubblico comune tedesco » sovraordinato ai singoli diritti statuali. Inoltre, il termine « diritto » suggeriva una validità in senso giuspositivistico. Per questi motivi si ripiegò sul ricorso a formulazioni quali « diritto pubblico filosofico » o « diritto pubblico ideale » ⁽¹⁵⁾, oppure si rinunciò completamente all'espressione « diritto » passando a quella di « dottrina generale dello Stato ». In sostanza, si era resa nuovamente possibile l'antica relazione con la « politica » ⁽¹⁶⁾. Sta di fatto che alla fine dell'Ottocento sarebbero

⁽¹³⁾ KURIKI, (nt. 4), 559. In base a tali considerazioni, la dottrina generale dello Stato appare nella prima metà dell'Ottocento come un'introduzione complessiva alle scienze dello Stato, ma viene successivamente introdotta come materia autonoma, di solito combinata con la « politica », tra gli insegnamenti obbligatori delle facoltà giuridiche nell'ultimo terzo dell'Ottocento e all'inizio del Novecento (Heidelberg 1875-76, Friburgo 1897, Berlino 1899, Tubinga 1902-03, Lipsia 1908, Vienna 1911-12, Göttinga 1914, Monaco 1918).

⁽¹⁴⁾ D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, 178 s; ID., *Politische Theorien im Deutschland des 18. Jahrhunderts*, in « Aufklärung », 2 (1987), 57 ss.

⁽¹⁵⁾ F. SCHMITTHENNER, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechts*, Gießen 1843. Cfr. più avanti nt. 403 ss.

⁽¹⁶⁾ K. PLOG, *Die Krise der Allgemeinen Staatslehre in der Wissenschaftsgeschichte der Politik*, tesi, Hamburg 1969; J. RÜCKERT, *Kant-Rezeption* (cfr. cap. 1, nt. 117).

stati impartiti corsi universitari di « dottrina generale dello Stato » che tenevano insieme « politica » e filosofia del diritto (17).

b) *Dalla « macchina » all'« organismo ».*

Per quanto variegato possa essere considerato il panorama ideale della teoria dello Stato nel Settecento, è opportuno rilevare che esso era invece piuttosto omogeneo per quanto riguardava i suoi fondamenti metodologici: era l'epoca dell'illuminismo, del diritto naturale o del diritto di ragione. Era possibile rinvenire un'intesa pressoché generale riguardo a temi quali l'origine dello Stato, la sua legittimazione e il suo scopo. Sembrava ormai comunemente accettato che lo Stato si fondasse su di un contratto ipotetico tra uomini liberi, che trovava la propria causa nella debolezza della natura umana e nell'impossibilità di risolvere i conflitti della condizione pre-statale se non attraverso l'unione e la sottomissione a un ordinamento giuridico e a una autorità superiore comunemente accettati (18). Era controverso quale preciso contenuto tale contratto dovesse avere, e se in caso di una sua violazione esso potesse essere risolto attraverso l'esercizio del diritto di resistenza (19). Ma il fondamento volontaristico, consensuale e razionalistico del potere statale era ormai un principio riconosciuto (20). Anche il primo Fichte condivideva questo orientamento, e dopo di lui nel *Vormärz* tutti i kantiani di seconda e di terza generazione (21). Vi era anche

(17) KURIKI (nt. 4), 559 s.; per il periodo successivo al 1900 cfr. P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, 1959.

(18) J.W. GOUGH, *The Social Contract. A critical Study of its Development*, 2^a ed. Oxford 1957; R. SCHOTTKY, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorien im 17. und 18. Jahrhundert*, 1962; P. BADURA-H. HOFMANN (a cura di), *Der Herrschaftsvertrag*, 1965; H. HÖPFL-M.P. THOMPSON, *The History of Contract as a Motif in Political Thought*, in « The American Historical Review », 84 (1979), 919-944; H. HOFMANN, *Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung*, in R. BRANDT (a cura di), *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, 1982, 12-46.

(19) A. KAUFMANN-L. E. BACKMANN (a cura di), *Widerstandsrecht*, 1972.

(20) A questo riguardo cfr. J.H.G. v. JUSTI, *Die Natur und das Wesen der Staaten, als die Grundwissenschaft der Staatskunst, der Policey, und aller Regierungs-Wissenschaft*, Berlin-Stettin-Leipzig 1760.

(21) J.G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Jena-Leipzig 1796, 1797 (trad. it. *Fondamento del diritto naturale secondo i principî della*

accordo sul fatto che il potere sovrano, in tal modo giustificato, non doveva avere natura tirannica, ma era invece « vincolato » in diversi modi: in parte da norme trascendentali di rango superiore (rivelazione, *ius divinum*), in parte da norme di diritto naturale, in parte da leggi fondamentali che poggiavano sulla storia o sul consenso il cui « carattere costituzionale », come si potrebbe anacronisticamente dire, il potere sovrano era tenuto a rispettare (22).

Il modello ricostruttivo del potere sovrano era non soltanto razionale, bensì anche meccanicistico; (23) le metafore dello Stato come « macchina » o « meccanismo » dominavano il pensiero dell'epoca (24). Ancora nel 1793 August Ludwig Schlözer (1735-1809) (25) precisava: « In primo luogo, lo Stato è un'invenzione: gli esseri umani lo hanno creato per il loro bene, così come hanno inventato le assicurazioni contro gli incendi o altro. Il modo più proficuo per intendere la dottrina dello Stato è quello di considerare lo Stato come una macchina artificiale estremamente complessa, che deve conseguire uno scopo preciso. Ma, in secondo luogo, questa

dottrina della scienza, traduzione di Luca Fannesu, Roma-Bari 1994). In che misura questo concetto si rifaccia a Kant, e in particolare « a quale Kant », è un ambito di ricerca a sé stante. Cfr. la trattazione, seppur incompleta, di H. KRÜGER, *Kant und die Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, in J. BLÜHDORN-J. RITTER (a cura di), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969, 49-56, e i contributi presenti nel medesimo volume di H. Kiefner e W. Naucke sul diritto civile e penale (per approfondimenti cfr. NAUCKE, *Die Dogmatisierung von Rechtsproblemen bei Kant*, in ZNR, 1, 1979, 3-20); riguardo al diritto civile cfr. H. COING, *Kant und die Rechtswissenschaft* (Frankfurter Univ.reden, 12), 1955.

(22) CH. LINK, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit. Grenzen der Staatsgewalt in der älteren deutschen Staatslehre*, Wien 1979; H. MOHNHAUPT, *Die Lehre von der „Lex Fundamentalis“ und die Hausgesetzgebung der europäischen Dynastien*, in J. KUNISCH (a cura di), *Der dynastische Fürstenstaat*, 1982, 3 ss.

(23) W. RÖD, *Geometrischer Geist und Naturrecht*, 1970; H.W. ARNDT, *Methodo scientifica pertractatum. Mos geometricus und Kalkülbegriff in der philosophischen Theorienbildung des 17. und 18. Jahrhunderts*, 1972; H. EICHBERG, *Geometrie als barocke Verhaltensnorm*, in ZHF 1977, 17-50.

(24) B. STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaates*, 1986.

(25) M. STOLLEIS, *Schlözer*, in HRG, IV, 1990, 1442 s.

invenzione è antichissima: la possiamo ritrovare già ai primordi della storia » (26).

Il punto di vista meccanicistico dello Stato, d'altra parte, aveva sempre trovato degli oppositori. Nell'ottica storico-pragmatica dei pubblicisti imperiali tale prospettiva non era accettabile. La costituzione imperiale non poteva essere spiegata in modo meccanicistico e *more geometrico*. Molto più adatte erano le metafore organiche, già diffuse da tanto tempo, del « corpo » e della « testa e membra » dell'Impero. E anche nel contesto dell'assolutismo territoriale, perlomeno se si prescinde dalla Prussia, la metafora dello Stato come macchina non era mai stata del tutto incontrastata. Essa contraddiceva la concezione cristiano-paternalistica, ancora attuale, della sua funzione, e rimuoveva con eccessiva forza l'elemento storico, al quale nel Settecento era stato invece riconosciuto un peso sempre maggiore. La rappresentazione organicista permaneva negli strati più profondi della coscienza collettiva (27), e dunque rimaneva attuale la visione per cui la collettività aveva una propria storia vitale, era un ente indisponibile al di sopra dei singoli, e le spettava una dignità che un meccanismo costruito razionalmente non poteva conferirle. Particolarmente importante per questo graduale cambiamento di prospettiva fu la visione, individualizzante e storicizzante, che Montesquieu ebbe delle singole collettività, e la raccomandazione, che egli formulò, di emanare leggi non in modo meccanico, bensì con riguardo alle esigenze pratiche che esse dovevano soddisfare (28). In questo senso Justus Möser (29) e Johann Georg Schlos-

(26) A.L. SCHLÖZER (nt. 10), 3. Riguardo al diritto naturale alla fine del Settecento, considerazioni riassuntive in D. KLIPPEL, *Von der Aufklärung der Herrscher zur Herrschaft der Aufklärung*, in ZHF, 1990, 193-210 (202 ss.).

(27) W. MELCHIOR, *Der Vergleich des Staates mit einem Organismus*, 1935; G. FRÜHSORGE, *Der politische Körper*, 1974; G. DOHR VAN ROSSUM, *Organ*, in BRUNNER-CONZE-KOSSELLECK (a cura di), « Geschichtliche Grundbegriffe », 4 (1978), 555; D. PEIL, *Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart*, 1983, 302 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als Organismus. Zur staats-theoretisch-verfassungspolitischen Diskussion im frühen Konstitutionalismus*, ora in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 263-272.

(28) H. TRESCHER, *Montesquieus Einfluß auf die Geschichts- und Staatsphilosophie bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts*, in « Schmollers Jahrb. », 42 (1918), 267-304; Id., *Montesquieus Einfluß auf die philosophischen Grundlagen der Staatslehre Hegels*, ivi,

ser ⁽³⁰⁾ tennero una posizione nettamente contraria a una legislazione unificata che essi vedevano come antistorica, inorganica e tendenzialmente sempre dispotica ⁽³¹⁾.

Ogni opposizione all'assolutismo «meccanicistico» — fosse quella dei nobili, dei ceti o del clero — si richiamava a diritti e libertà «acquisiti», con un'argomentazione dunque di tipo storico. A posteriori questo argomentare può essere denominato, in base all'orientamento dell'interprete, «liberale» oppure «reazionario», ma di fatto alla base di questo modo di pensare non vi è tanto l'ottimismo per il progresso tipico dell'illuminismo, quanto una più mite idea di «sviluppo». Essa poteva fondarsi cristianamente sulla soggezione alla volontà divina e sulla corrispondente scarsa considerazione dell'agire umano; oppure poteva intendere lo Stato panteisticamente, come un ente naturale che si sviluppa come una pianta; ma poteva anche scaturire da uno scetticismo conservatore che non era affatto disposto a sacrificare il presente, tutto sommato accettabile, ad un futuro utopico. Tutte e tre le varianti, anche se con diversa intensità, si sentivano comunque più attratte dall'immagine dello «organismo» che non dalla centralistica macchina «senza anima», che si limitava ad amministrare gli «interessi» umani. «The state ought not to be considered», scriveva Edmund Burke nel 1790, «as nothing better than a partnership agreement in a trade of pepper and coffee, calico or tobacco, or some other such low concern, to be

quad. 2, 49-79, quad. 3, 77-114: R. VIERHAUS, *Montesquieu in Deutschland*, in Id., *Deutschland im 18. Jahrhundert*, 1987, 9-32; F. HERDMANN, *Montesquieurezeption in Deutschland im 18. Jahrhundert und beginnenden 19. Jahrhundert*, 1990; H. MOHNHAUPT, *Montesquieu und die legislatorische Milieu-Theorie während der Aufklärungszeit in Deutschland*, in *Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung*, Rolf Lieberwirth z. 70. Geb., 1991, 177-191.

⁽²⁹⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, 1961, 23-41; J. SCHRÖDER, *Justus Möser*, in *Staatsdenker*, 2^a ed. 1987, 294-309. Cfr. anche nt. 36.

⁽³⁰⁾ J.G. SCHLOSSER, *Vier Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuches insbesondere*, Frankfurt 1789.

⁽³¹⁾ A questo riguardo fondamentale il contributo di K. MANNHEIM, *Konservatismus: ein Beitrag zur Soziologie des Wissens*, a cura di D. Kettler, 1984.

taken up for little temporary interest, and to be dissolved by the fancy of the parties » (32).

Quest'avversione nei confronti della visione meccanicistica e dei bassi interessi individuali ebbe influenza anche sui riformatori attivi in Prussia a partire dal 1806. Dopo che il sistema « meccanicistico » fridericiano era collassato di fronte ai loro occhi, essi puntarono sulla mobilitazione delle forze « vive » e « organiche ». Intendendo la collettività come organismo, essi facevano del cittadino un organo dello Stato, favorendone a tutti i livelli l'identificazione con il « suo » Stato. Ciò vale — dopo le esperienze degli eserciti rivoluzionari francesi — anche per le forze armate, i cui riformatori Scharnhorst e Gneisenau si adoperarono per superare la concezione dell'esercito come macchina (33). « Si è ben lontani dunque », scriveva anche Carl von Clausewitz (1780-1831) intorno al 1808, « dall'idea per la quale l'arte della guerra della modernità deve tendere ad usare gli esseri umani come mere macchine; essa deve, così come per tutto il resto, per quanto la natura delle sue armi lo consenta, animare le forze individuali » (34). In questo caso l'abbandono della metafora della macchina svolgeva una funzione che non era conservatrice ma che era invece modernizzatrice. L'« organismo » appariva superiore rispetto alla « macchina »: esso sapeva reagire in maniera più flessibile di fronte a mutevoli condizioni ambientali, ed era anche in grado di mobilitare, grazie alla maggiore identificazione delle parti con il tutto, riserve di energia che alla macchina mancavano; inoltre esso poteva rielaborare in modo più efficace le tensioni interne e, grazie a un maggiore spirito di sacrificio, rigenerarsi più velocemente in caso di sconfitta.

(32) E. BURKE, *Reflections on the French Revolution*, 1790 (Everyman's Library, London 1953, 93).

(33) Bibliografia in HUBER, I (1957), 216 s. (par. 16).

(34) Cit. in W. HAHLOWEG, *Carl von Clausewitz. Soldat, Politiker, Denker*, 2^a ed. 1969, 24 s. Cfr. J. KUNISCH, *Von der gezähmten zur entfesselten Bellona. Die Umwertung des Krieges im Zeitalter der Revolutions- und Freiheitskriege*, in ID., *Fürst-Gesellschaft-Krieg*, 1992, 203-226.

c) *Antirazionalismo e antindividualismo.*

Sullo sfondo letterario della *Empfindsamkeit* e dello *Sturm und Drang*, già prima dello scoppio della rivoluzione francese era cresciuto un atteggiamento di rifiuto nei confronti dell'illuminismo⁽³⁵⁾. Il conservatorismo storicamente appagato di Justus Möser (1720-1794)⁽³⁶⁾, lo scetticismo cristiano di Matthias Claudius (1740-1815)⁽³⁷⁾, la teoria poetica che si rifaceva allo « spirito del popolo » e la metafisica della storia di Johann Gottfried Herder (1744-1803)⁽³⁸⁾, il patriottismo imperiale del tardo Settecento che ben presto diventò una patetica venerazione dello spirito nazionale⁽³⁹⁾, erano tutti segnali di un sentimento anti-illuminista, che in qualche modo cercava un'occasione concreta per opporsi a una pedagogia avvertita come troppo invadente, a una filosofia eudemonistica tacciata di essere « piatta », nonché alle riforme sociali e amministrative ostili alla storia e « matematiche » dell'assolutismo⁽⁴⁰⁾.

L'occasione che si cercava fu la rivoluzione francese. Quando i giacobini andarono al potere, tutte le riserve che erano state espresse contro l'entusiasmo per la libertà e l'uguaglianza sembrarono trovare conferma. Anche per coloro che in un primo momento avevano salutato con soddisfazione la rivoluzione, la delusione fu cocente: « Niente di ciò che il franco promise di buono e di nobile — Niente di tutto questo avvenne — Ciò che l'eloquenza pronunciò con tono

⁽³⁵⁾ H. ZIMMERMANN (a cura di), *Der deutsche Roman der Spätaufklärung. Fiktion und Wirklichkeit*, (*Neue Bremer Beiträge*, 6) 1990; J. GARBER, *Spätabolutismus und bürgerliche Gesellschaft. Studien zur deutschen Staats- und Gesellschaftstheorie im Übergang zur Moderne*, 1990.

⁽³⁶⁾ J. B. KNUDSEN, *Justus Möser and the German Enlightenment*, Cambridge 1986; J. SCHRÖDER, *Justus Möser als Jurist*, 1986; J. RÜCKERT, *Historie und Jurisprudenz bei Justus Möser*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschr. f. Sten Gagnér*, 1991, 357 ss. e nt. 29.

⁽³⁷⁾ R. GÖRISCH, *Matthias Claudius und der Sturm und Drang*, 1981.

⁽³⁸⁾ TH. WÜRTEMBERG, *J.G. Herders Bedeutung für die Rechtsgeschichte*, in *JZ*, 1957, 137-141; G. SANDER (a cura di), *Johann Gottfried Herder 1744-1803 (Studien z. Achtzehnten Jb. vol. 9)*, 1987.

⁽³⁹⁾ M. STOLLEIS, *Reichspublizistik und Reichspatriotismus vom 16. zum 18. Jahrhundert* in G. BIRTSCH (a cura di), *Patriotismus*, in « Aufklärung », 1991.

⁽⁴⁰⁾ Sullo sviluppo del conservatorismo prima e dopo il 1789 cfr. la fondamentale l'opera di P. KONDYLIIS, *Konservativismus, Geschichtlicher Gehalt und Untergang*, 1986.

incantatore — E l'entusiasmo sollevò — Successe invece tutto ciò — che le più potenti delle parole chiamarono terribile... » scrisse Klopstock nel 1795, tre anni dopo essere diventato *citoyen* francese ⁽⁴¹⁾. Non diversamente si espresse Schiller nel 1800, all'« inizio del nuovo secolo »: « Nobile amico! Dove la libertà e la pace — più troveranno asilo? — Il secolo è finito nella tempesta, — il nuovo comincia colla strage ».

Molti, inorriditi, si dissociarono, altri distinsero tra « vero illuminismo » e pratica rivoluzionaria, altri ancora, la maggioranza, ricalibrarono i propri obiettivi, originariamente troppo ambiziosi, e videro in una monarchia ereditaria costituzionalmente limitata un più realistico obiettivo di riforma ⁽⁴²⁾. In questo caso il problema era soprattutto, da un lato, mantenere viva la visione di libertà e, dall'altro, di non legittimare le esecuzioni capitali che avvenivano in Francia e di non proiettare tale situazione nel contesto della situazione politica tedesca. Un piccolo gruppo di intellettuali, alla fine, mutò completamente atteggiamento, diventando decisamente conservatore. Tra questi, alcuni cambiarono posizione con una radicalità tale da far supporre che essi avessero bisogno di placare la propria coscienza, onerata dalla sensazione di avere tradito gli ideali giovanili in cui avevano creduto. L'illuminismo poteva dunque ancora essere individuato nei suoi « frutti » velenosi.

Tuttavia non fu soltanto l'olocausto prodotto dalla rivoluzione a determinare un cambiamento spirituale. Ancora più importante fu la paura collettiva scatenata dal rapido collasso degli ordinamenti tradizionali. Era evidente che l'illuminismo fosse in parte responsabile di questo crollo. Per questo motivo il sempre più forte atteggiamento anti-illuminista derivò anche dai gruppi sociali che si

⁽⁴¹⁾ J. DROZ, *Deutschland und die Französische Revolution*, 1955; R. COBB, *Reactions to the French Revolution*, 1972; K. EPSTEIN, *Die Ursprünge des Konservatismus in Deutschland. Der Ausgangspunkt: Die Herausforderung durch die Französische Revolution 1770-1806*, 1973.

⁽⁴²⁾ A. MÜLLER, *Die Auseinandersetzung der Romantik mit den Ideen der Revolution*, in « Romantik-Forschungen », 1929, 243-333; H.W. KUHN, *Der Apokalyptiker und die Politik. Studien zur Staatsauffassung des Novalis*, 1961; W. MALSCH, „Europa“. *Poetische Rede des Novalis. Deutung der Französischen Revolution und Reflexion auf die Poesie in der Geschichte*, 1965; R. BRINKMANN, *Deutsche Frühromantik und Französische Revolution*, in *Deutsche Literatur und Französische Revolution*, 1974, 172-191.

sentivano minacciati. Questi comprendevano i vecchi ceti territoriali — i quali non dovevano più temere soltanto il sovrano assoluto, ma anche le tendenze egalarie della sovranità popolare — e l'aristocrazia terriera, che temeva l'« abolition du régime féodal », brutalmente realizzata in Francia (43). Questa paura rispondeva sicuramente anche a cause reali; l'esclusione delle utilità del suolo dal dominio diretto era un evento di grande importanza. Ma decisiva fu la fondamentale consapevolezza dell'aristocrazia di star entrando in un mondo completamente nuovo, informato al denaro e al profitto. Achim von Arnim ha riassunto questa paura nell'ultima frase dell'opera *Die Majoratsherren* (1819), con la formula: « al posto del feudalesimo subentrò il credito » (44).

Ma già da molto tempo erano ostili all'illuminismo anche i rappresentanti dell'ortodossia ecclesiastica, poiché sentivano che esso, pur non osando un aperto ateismo secondo il modello francese, minacciava di abbattere strutture fin a quel momento ben salde, con le sue tendenze deistiche e razionalistiche o in ogni caso con l'impegno per il raggiungimento di atteggiamenti di « tolleranza » (45). In Germania l'illuminismo anticlericale non era giunto al punto di scuotere le fondamenta delle verità di fede, tuttavia si era decisamente schierato contro la rigida ortodossia protestante e contro le più deplorevoli componenti delle autorità spirituali cattoliche. In questo senso possiamo quindi dire che i fronti erano stati già da tempo definiti. L'aperta protesta contro l'illuminismo e la

(43) Cfr. lo scritto dell'eminente funzionario di Hannover AUGUST WILHELM REHBERG (1757-1836), *Untersuchungen über die Französische Revolution nebst kritischen Nachrichten von den merkwürdigsten Schriften welche darüber in Frankreich entstanden sind*, parte II, Hannover-Osnabrück 1793.

(44) B. DUNCAN, *Some Correspondences between Arnim's "Majoratsherren" and Fichte's Concept of the "Ich"*, in « Monatshefte für deutschen Unterricht, deutsche Sprache und Literatur », 68 (1976), 51-59; B. HAUSTEIN, *Romantischer Mythos und Romantikkritik in Prosadichtungen Achim von Arnims*, 1974; J. KNAACK, *Achim von Arnim — Nicht nur Poet*, 1976.

(45) Cfr. gli scritti del teologo di Monaco e Landshut Jakob Salat, vicino all'illuminismo: JAKOB SALAT, *Auch die Aufklärung hat ihre Gefahren...*, München 1801; ID., *Auch ein paar Worte über die Frage: Führt die Aufklärung zur Revolution?*, München 1802. Questi saggi furono duramente criticati da Hegel e in parte anche da Schelling. Cfr. C. BACHERER, *Dr. J. Salat*, in « (Bülau's) Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik », 1 (1839), 543-547.

rivoluzione — non a torto messa in diretto rapporto con esso — scoppiò però solamente dopo che la fase del Terrore cominciò a divorare i rivoluzionari stessi.

L'interesse per il mantenimento dello status sociale e la paura della rivoluzione furono rafforzati da una più o meno inconsapevole ragione esistenziale. Chi visse i decenni tra il 1780 e il 1810 dovette avere la nettissima impressione di vivere in un'epoca caratterizzata da rapidissime evoluzioni: la fisica e la chimica portavano ogni anno a nuove scoperte, l'ingegneria meccanica fu rivoluzionata, nel 1790 il primo laminatoio lavorò con forza vapore, nel 1799 si ebbe la prima macchina a vapore a Berlino, a partire dal 1804 furono utilizzate locomotive nell'industria mineraria, fu scoperto il vaccino antivaioloso (1796), poi il gas illuminante (1802), il telegrafo elettrico (1809) e la rotativa a forte tiratura (1810). L'umanità incominciava a volare con palloni aerostatici (1783) e ad utilizzare paracadute (1784).

Allo stesso tempo, cedevano le antiche colonne portanti dell'ordinamento giuridico e politico, fino a quel momento considerate incrollabili. Sul lungo periodo fu il congedo dall'*ancien régime*, ancora più della rivoluzione stessa, ad avere un effetto duraturo sulla psiche collettiva: la servitù della gleba, la tortura e le condanne per stregoneria scomparvero; furono consentiti i matrimoni al di fuori della chiesa; ma, soprattutto, emerse la percezione della frattura interna della dimensione sacrale della legittimità. Alla decapitazione dei legittimi sovrani seguì l'usurpazione del trono da parte dell'*homo novus*. Un generale della rivoluzione, di origine borghese, posò sulla propria testa — e con le sue stesse mani — una nuova corona imperiale, estorcendo un « matrimonio di Stato » ⁽⁴⁶⁾ si unì senza esitazione a un'antica dinastia aristocratica, designò re, principi e granduchi, versò una cornucopia di titoli e onorificenze sui suoi seguaci, e avvolse sé e la sua famiglia nell'aura degli antichi simboli dell'autorità sacrale e del potere temporale ⁽⁴⁷⁾. Ad Heinrich von Kleist, ferito nello spirito e nell'orgoglio nazionalistico, Napoleone

⁽⁴⁶⁾ M. STOLLEIS, *Staatsbeirat*, in HRG, IV (1990), col. 1822-24.

⁽⁴⁷⁾ Sul motivo dell'*homo novus* quale successore al trono oppure usurpatore, cfr. M. STOLLEIS, *Der Ranzen, das Hütlein und das Hörnlein*, in H. BRACKERT (a cura di), *Und wenn sie nicht gestorben sind... Perspektiven auf das Märchen*, 2^a ed. 1982, 153-164.

parve « uno spirito parricida, che si aggira nel tempio della natura scuotendo le colonne su cui esso è costruito » (48). Il plurisecolare carisma ereditario dei sovrani, l'idea di un'origine sacra e mitica della famiglia reale e le sacre prerogative che ne derivavano, ormai erano state violate (49). La rivoluzione non aveva scatenato soltanto terrore, ma anche la brama di guarigione di un mondo ferito. Attraverso un ritorno alle antiche epoche della « unità » si doveva ora ricostruire ciò che l'assolutismo e il razionalismo avevano distrutto sotto il vessillo dell'illuminismo e della rivoluzione. Già nella sua impostazione era chiaro che questo ritorno non costituiva una terapia naturale, bensì un intervento artificiale. La ferita non sarebbe stata veramente rimarginata.

Il medioevo apparve come il tempo di una unità che superava tutte le contraddizioni (50). Esso era anteriore all'epoca dell'individuo che si crede padrone di sé e della propria conoscenza. Divenne la superficie su cui proiettare la propria nostalgia. Fenomeno concomitante, caratteristico di questo cambiamento di prospettiva, è sicuramente l'emersione dell'elemento intellettuale cattolico: in questo periodo si può infatti riscontrare, a partire dal 1800, un elevato numero di conversioni al cattolicesimo, soprattutto tra scrittori e artisti (il conte Leopold von Stolberg, Adam Müller, Zacharias Werner, Johann Friedrich Schlosser (51), la contessa Hahn-Hahn, Friedrich e Dorothea Schlegel (52), Karl Ludwig von Haller (53), Carl

(48) H. v. KLEIST, *Katechismus der Deutschen*, 1809, cap. VII. Cfr. anche B. ALLEMANN, *Der Nationalismus Heinrich von Kleists*, in B. v. WIESE-R. HENTZ (a cura di), *Der Nationalismus in Germanistik und Dichtung*, 1967, 305-311.

(49) M. BLOCH, *Les rois thaumaturges*, Strasbourg, 1924 (trad. it. *I re taumaturghi*, Torino 1973). Cfr. anche A. ERLER, *Königsheil*, in HRG, II (1978), col. 1040 s.

(50) Cfr. NOVALIS, *Die Christenheit oder Europa* (trad. it. *Cristianità o Europa*, Torino 1942), del 1799 ma pubblicato per la prima volta nel 1826. In questa sede si fa riferimento all'edizione del 1962, a cura di A. Kelleat, 389-408.

(51) O. DAMMANN, *Johann Friedrich Heinrich Schlosser auf Stift Neuburg uns sein Kreis*, in « Neue Heidelberger Jahrbücher NF », 1934, 1-128.

(52) Quest'ultima addirittura in due passaggi: dall'ebraismo al protestantesimo e poi da questo al cattolicesimo. Cfr. C. STERN, "Ich möchte mir Flügel wünschen". *Das Leben der Dorothea Schlegel*, 1990, 221 ss.

(53) K.L. v. HALLER, *Lettre à sa famille, pour lui déclarer son retour à l'Eglise catholique*, Paris 1821. La sua conversione fu « in un certo senso un avvenimento di

Ernst Jarcke ⁽⁵⁴⁾ tra gli altri). Anche Heinrich von Kleist scriveva nel 1801 da Lipsia: « Oh, mi basterebbe solo una goccia di oblio e con voluttà diventerei cattolico » ⁽⁵⁵⁾. La teologia protestante dell'illuminismo sembrava giunta al termine, e il protestantesimo in generale appariva nelle vesti di un'istituzione fredda e severa che ostacolava il ritorno al medioevo ⁽⁵⁶⁾. Nella sua frammentazione organizzativa e a causa delle sue celebri dispute teologiche, il protestantesimo era considerato inadatto come tutore dell'unica e indivisibile verità. Al contrario la Chiesa cattolica, che con il giuseppinismo e la secolarizzazione del 1803 sembrava essere stata la principale vittima dell'assolutismo illuminato, si apriva ora a una rinnovata spiritualizzazione, era il rifugio della storicità medioevale, la grande madre che accoglieva in sé tutti coloro che a causa del razionalismo e dell'utilitarismo avevano abbandonato la retta via ⁽⁵⁷⁾. Essa considerava l'uomo come creatura senziente, lo reinseriva in seno alla tradizione — superando tutte le riforme e tutte le rivoluzioni —, gli donava un senso di sublimazione in una venerabile comunità mondiale e, attraverso rituali filantropici, lo liberava dal senso di colpa individuale. La riscoperta del medioevo tramite la storiografia, la letteratura e la storia dell'arte, lo stile architettonico « neo-gotico », il « nazarenismo » ⁽⁵⁸⁾ e la generale trasposizione della vita spirituale medioevale nell'arte figurativa e nella letteratura, sono tutte sfaccettature di un processo unitario: il distacco dal Settecento, dall'idea della illimitata plasmabilità del mondo attraverso la ragione, dalla

portata europea » (BLÖSCH, in ADB, 10, 1879, 433), e lo portò a perdere gli incarichi pubblici che ricopriva a Berna.

⁽⁵⁴⁾ MOHL, II, 578-592. Esaustivo H.-CH. KRAUS, *Carl Ernst Jarcke und der katholische Konservatismus im Vormärz*, in « Historisches Jahrbuch », 110 (1990), 409-445; ID., *Carl Ernst Jarcke*, in « Criticón », 1991, 54 ss.

⁽⁵⁵⁾ H. v. KLEIST, lettera a Wilhelmine von Zenge datata 21 maggio 1801.

⁽⁵⁶⁾ CH. LINK, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung im lutherischen Konfessionalismus des 19. Jahrhunderts, insbesondere bei Theodosius Harnack*, 1966, 17-30.

⁽⁵⁷⁾ J.V. EICHENDORFF, *Erlebtes* (1857), in G. BAUMANN (a cura di), *Neue Gesamtausgabe*, 3^a ed. 1978, vol. II, 1071: « una grandissima parte di questa gioventù che aveva ovunque ricevuto un'educazione protestante, tornò nel grembo della Chiesa cattolica tramite il romanticismo. [...] Essere cattolico significava essere alla moda » (ivi, 1072).

⁽⁵⁸⁾ Cfr. i saggi contenuti nel catalogo della mostra *Die Nazarener*, Frankfurt 1977.

tutela assolutistica, ma anche dall'illuminismo e dal *pathos* della libertà e dell'uguaglianza ⁽⁵⁹⁾.

2. *La via razionale all'« identità ».*

Il ricorso storicizzante al salvifico medioevo non era però l'unica via per sanare quelle che erano evidenti fratture. Anche il puro ragionamento sembrava essere in grado di « conciliare » la divisione tra mondo e coscienza, tra oggettività e soggettività.

a) *J.G. Fichte.*

J.G. Fichte (1762-1814) tentò questa strada partendo da Kant ⁽⁶⁰⁾, attraverso il progetto, articolato a vari livelli, di una « dottrina della scienza » ⁽⁶¹⁾. I concetti da lui elaborati di « io » come unità di soggetto e oggetto e di « non-io » come suo contrapposto, l'annullamento delle divisioni a un più elevato livello che va dalla sensibilità alla giuridicità e alla moralità, la sua concezione della religione e infine della scienza come « sguardo assolutamente certo » ⁽⁶²⁾, sono tutte concezioni dominate dalla nostalgia, tipica del

⁽⁵⁹⁾ Per quanto riguarda la spiritualizzazione dello Stato attraverso la religione, si veda in particolare J. GÖRRES, *Teutschland und die Revolution*, Coblenz 1819.

⁽⁶⁰⁾ ANONIMO (= J.G. FICHTE), *Versuch einer Kritik aller Offenbarung*, Königsberg 1792 (trad. it. *Saggio di una critica di ogni rivelazione*, a cura di Marco M. Olivetti, Roma-Bari 1998). Cfr., nonostante l'uso della terminologia della dottrina della scienza, ID., *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Jena-Leipzig 1796, 1797 (trad. it. cit.), a proposito della limitazione della libertà individuale attraverso altri individui, della funzione del diritto come forma di limitazione reciproca della libertà, e della costituzione contrattualistica del potere statale.

⁽⁶¹⁾ J.G. FICHTE, *Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre*, Jena-Leipzig 1794-95 (trad. it. *Sul concetto della dottrina della scienza. Fondamenti dell'intera dottrina della scienza*, a cura di Filippo Costa, Roma-Bari 1971); ID., *Die Wissenschaftslehre. Vorgelesen im Jahre 1804*, Bonn 1834 (*Dottrina della scienza: seconda esposizione del 1804*, a cura di Matteo Vincenzo D'Alfonso, Milano 2000); ID., *Das System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Jena-Leipzig 1798 (trad. it. *Il sistema della dottrina morale secondo i principi della dottrina della scienza*, a cura di Remo Cantoni, Firenze 1957).

⁽⁶²⁾ J.G. FICHTE, *Die Bestimmung des Menschen*, Berlino 1800 (trad. it. *La destinazione dell'uomo*, traduzione di Remo Cantoni, a cura di Claudio Cesa, Roma-Bari 2001); ID., *Die Anweisung zum seligen Leben oder auch die Religionslehre*, Berlino 1806 (trad. it. *Introduzione alla vita beata o dottrina della religione*, Lanciano 1911).

periodo, di un sentimento di sicurezza, e sono sintesi delle contrapposizioni che dilanano il mondo. Tuttavia, Fichte non può essere considerato tra i precursori della concezione organicistica dello Stato ⁽⁶³⁾. Il suo concetto di diritto presuppone esseri guidati dalla ragione in senso kantiano, dei quali « ciascuno limita la propria libertà col concetto della possibilità della libertà dell'altro, a condizione che il primo limiti a sua volta la propria attraverso quella dell'altro » ⁽⁶⁴⁾. Lo Stato si basa su di un fondamento razionale-consensuale, e garantisce la proprietà e la libertà, in particolare attraverso l'istituzione di un'autorità giurisdizionale che possa dirimere conflitti privati ⁽⁶⁵⁾.

Se non può essere considerato un rappresentante della concezione storico-organicistica dello Stato, Fichte non può essere visto però neppure come liberale. Le sue concezioni nel campo dell'economia e il suo programma pedagogico-nazionale, comprese le sue idee di riforma dell'università, assumono chiari tratti antiliberali e autoritari. Con uno zelo degno di Robespierre, in Fichte compaiono rigidi programmi la cui realizzazione prevede severe misure coercitive statali. Per quanto riguardava l'università, il suo sogno era che prevedesse la severità del monastero, la clausura e l'obbligo di indossare un'uniforme.

b) *F.W. Schelling.*

F.W. Schelling (1775-1854) elevò la nostalgia di una unità in grado di superare le contrapposizioni nella filosofia « romantica » dell'identità, la cui origine va rintracciata nel circolo di intellettuali dello *Stift* di Tubinga (Hölderlin, Hegel, Schelling), e che trovò la

⁽⁶³⁾ A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957, 145.

⁽⁶⁴⁾ J.G. FICHTE, *Naturrecht*, 1796, 52. Riguardo a questo tema cfr. R. ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, 1981, 35 ss. e M. KAHLO-E.A. WOLFF-R. ZACZYK (a cura di), *Fichtes Lehre vom Rechtsverhältnis*, 1992.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. a questo proposito la puntuale esposizione di P. BAUMANN, *J.G. Fichte. Kritische Gesamtdarstellung seiner Philosophie*, 1990, 115 ss., 120 ss.; J. BRAUN, *Freiheit, Gleichheit, Eigentum. Grundfragen des Rechts im Lichte der Philosophie J.G. Fichtes*, 1991.

sua prima formulazione nella filosofia della natura del 1797-99 ⁽⁶⁶⁾. I fenomeni naturali organici e inorganici (magnetismo, elettricità, chimica, mondo vegetale e animale) sono interpretati come espressione dell'azione reciproca di forze positive e negative, di processi di attrazione e repulsione, attività e passività, e così altre dicotomie. Anche se resta da capire in quale misura queste teorie possano avere un concreto valore conoscitivo alla luce delle moderne scienze naturali ⁽⁶⁷⁾, esse esprimono la continua tendenza di Schelling — rinvenibile anche nelle opere che egli avrebbe successivamente dedicato alla filosofia della storia, dell'arte e della religione — di tenere unite idealità e realtà, soggettività e oggettività, libertà e necessità nella storia ⁽⁶⁸⁾. Alla base di tale atteggiamento non vi è solamente l'inclinazione, tipica della scuola filosofica tedesca, alla costruzione di un « sistema » completo, ma anche il bisogno, accresciuto dalle circostanze di un periodo storico caratterizzato da forti

⁽⁶⁶⁾ F.W. SCHELLING, *Ideen zu einer Philosophie der Natur*, Leipzig 1797 (trad. it. *Aforismi sulla filosofia della natura*, a cura di Giampiero Moretti e Luigi Rustichelli, Milano); ID., *Von der Weltseele. Eine Hypothese der höheren Physik*, Hamburg 1798; ID., *Erster Entwurf eines Systems der Naturphilosophie*, Jena-Leipzig 1799 (trad. it. *Primo abbozzo di un sistema di filosofia della natura*, a cura di Gigliola Grazi, Roma 1989). Cfr. sul tema I. GÖRLAND, *Die Entwicklung der Frühphilosophie Schellings in der Auseinandersetzung mit Fichte*, 1973; H. BAUMGARTNER (a cura di), *Schelling. Einführung in seine Philosophie*, 1975; H.M. PAWLOWSKI ET AL. (a cura di), *Die praktische Philosophie Schellings und die gegenwärtige Rechtsphilosophie*, 1989.

⁽⁶⁷⁾ Lo stesso Hegel parlò nel 1814 della « pretesa della filosofia naturale di filosofare con una forte immaginazione ma senza conoscenza alcuna, scambiando trovate vuote, se non dissennate, per idee » (*Hegels Briefe*, a cura di J. Hoffmeister, 1953, II, 31). Cfr. anche Justus Liebig: « Il risultato, l'effetto della filosofia naturale, fu il morbo pestifero, la morte nera del secolo », cit. in W. PRANDTL, *Deutsche Chemiker in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1956, 10.

⁽⁶⁸⁾ F.W. SCHELLING, *System des transzendentalen Idealismus*, Tübingen 1800 (trad. it. *Sistema dell'idealismo trascendentale*, tradotto da Michele Losacco, Bari 1908); ID., *Philosophie der Kunst* (1802-03, 04-05), Stuttgart-Augsburg 1859 (trad. it. *Filosofia dell'arte*, a cura di Alessandro Klein, Napoli 1986); ID., *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums* (1803, in *Sämtliche Werke*, Stuttgart-Augsburg 1856-1861, V, 306 ss.; trad. it. *Lezioni sul metodo dello studio accademico*, a cura di Fabio Palchetti, Firenze 1989); ID., *Philosophische Untersuchungen über das Wesen der menschlichen Freiheit und die damit zusammenhängenden Gegenstände*, Landshut 1809 (trad. it. *Ricerche filosofiche su la essenza della libertà umana e gli oggetti che vi si collegano*, traduzione, proemio e note di Michele Losacco, Lanciano 1910).

« scissioni », di una armonia e di una trascendenza religiosa che possono essere raggiunte attraverso un personale concetto di divinità o, come in Schelling, ricorrendo a formule panteistiche ⁽⁶⁹⁾.

Quanto fosse diffuso questo bisogno di far convergere le varie dimensioni del reale — soltanto apparentemente separate — in un tutto, e di innestarle in un cosmo spirituale, è dimostrato anche dai frammenti *Blütenstaub* di Novalis (Friedrich von Hardenberg, 1772-1801) del 1798 o dalla *Lehre der Gegensätze* (1804) di Adam Müller ⁽⁷⁰⁾. L'estetica, la morale, il diritto e la politica, che proprio nel periodo illuminista erano stati tenuti distinti allo scopo di permettere lo sviluppo individuale a vari livelli, sono adesso nuovamente alla ricerca di un comune centro gravitazionale. Dunque non è un caso che questa ricerca potesse riabilitare la *Politica* di Aristotele, per certi aspetti in tensione con la distruzione kantiana dell'eudemonismo. Nel 1798 fu pubblicata una traduzione tedesca della *Politica* di Aristotele da parte di Johann Georg Schlosser ⁽⁷¹⁾ e l'anno seguente vi fu una seconda versione a cura di Christian Garve ⁽⁷²⁾.

Non è possibile stilare un bilancio delle conseguenze teoriche e politiche che la filosofia di Schelling ha avuto sull'immagine dello Stato e, più in generale, sul pensiero giuridico, prescindendo dalle cesure politiche del 1806 e del 1814-19, dalle quali si può cogliere quel passaggio di posizione dal pathos umano all'orgoglio nazionalistico, dalla libertà reale alla « vera » libertà, dalle idee repubblicane alla monarchia costituzionale limitata ⁽⁷³⁾. Appare evidente come i punti di vista politici di Schelling abbiano subito una evoluzione che lo ha condotto dalla quasi anarchica esaltazione del cosiddetto

⁽⁶⁹⁾ F.W. SCHELLING, *Bruno oder über das göttliche und natürliche Prinzip der Dinge. Ein Gespräch*, Berlin 1802 (trad. it. *Bruno, ossia Un discorso sul principio divino e naturale delle cose*, voltato in italiano dalla marchesa Florenzi Waddington, Milano 1844).

⁽⁷⁰⁾ A. MÜLLER, *Die Lehre von Gegensätzen, I: Der Gegensatz*, Berlin 1804.

⁽⁷¹⁾ M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969, 2ª ed. 1970, 141 s.

⁽⁷²⁾ M. STOLLEIS, *Staatsräson, Recht und Moral in philosophischen Texten des späten 18. Jahrhunderts*, 1972.

⁽⁷³⁾ Fondamentale a questo riguardo A. HOLLERBACH, (vedi nt. 63) 263 ss., nel suo *excursus* sulle visioni politiche di Schelling. Per analizzare anche lavori più datati a questo riguardo cfr. soprattutto J. KAMPFFMEYER, *Schelling und Deutschland*, tesi, Heidelberg 1939.

« programma di sistema » (74) a un conservatorismo « tra i fronti » (75).

Per il contesto che ci interessa non è però tanto importante il punto di vista proprio di Schelling, che rimane comunque fondamentale, quanto piuttosto l'influsso esercitato dalle sue idee sul pensiero giuridico del tempo. Infatti « le formulazioni contenute negli scritti di filosofia della natura di Schelling, divenute ormai punto di riferimento comune, si prestavano ad essere trasposte nell'ambito della filosofia sociale » (76). Al di là dell'influenza, assai nota e molto discussa su Savigny e Puchta, il pensiero di Schelling ha esercitato a partire dal 1800 un notevole ascendente su moltissimi altri autori, dei quali soltanto pochi possono trovare spazio in una storia del diritto pubblico (77). Tuttavia è doveroso menzionare almeno il filosofo di Würzburg Johann Jakob Wagner (1775-1841) (78), autore di un saggio contro l'illuminismo, contro le costituzioni, la divisione dei poteri e il sistema rappresentativo (79), e degli scritti *Grundriß der Staatswissenschaft und Politik* (80) e *Der Staat* (81). Wagner concepiva lo Stato come « corpo realmente organico » o « organismo vivente » (82). La ricezione di queste espressioni rivela l'iniziale ammirazione per le idee del coetaneo Schelling. Anche a Wagner interessa superare la divisione tra Stato

(74) Cfr. cap. 1, nt. 28.

(75) HOLLERBACH (nt. 63), 272.

(76) HOLLERBACH (nt. 63), 143.

(77) A proposito di Savigny e Puchta cfr. HOLLERBACH (nt. 63) 275 ss.; S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Uppsala 1960, 24 ss., WIEACKER, 355 ss., 381 ss., 399 ss. Uno sguardo sugli autori da analizzare lo offre HOLLERBACH, 11-14 (Stahl, Steffens, Wagner, Eschenmeyer, Oken, Troxler, Franz v. Baader, Bachofen, Engels, Bakunin, Rodbertus, A. Müller, Krause, Görres, C. Frantz, Gönner, Roßbach, v. Buß, Huschke, Ahrens, O. v. Gierke).

(78) W.G. STOCK, *Die Philosophie Johann Jakob Wagners*, in « Zeitschr. f. Philos. Forschung », 36 (1982), 262 ss., in cui è presente anche una completa bibliografia delle opere edite e inedite di Wagner, con indicazione della letteratura secondaria.

(79) J.J. WAGNER, *Ueber die Trennung der legislativen und executiven Staatsgewalt. Ein Beitrag zur Beurtheilung des Werthes landständischer Verfassungen*, München 1804, ristampa Leipzig 1971.

(80) Leipzig 1805.

(81) Würzburg 1815, 2ª ed. Ulm 1848.

(82) J.J. WAGNER (nt. 79), 11.

e popolo, suggerendo che lo Stato rappresenti la forma « organica » che concretizza il livello di sviluppo raggiunto dal popolo. Ciò però non impedisce a Wagner di schierarsi a favore del mantenimento della libertà di stampa e della pubblicità degli atti di governo, mantenendo così alcuni elementi liberali. I suoi scritti non sono propriamente originali, ma sono la tipica espressione di una eclettica « filosofia universale » capace di spaziare su diversi campi specifici ⁽⁸³⁾.

Le medesime considerazioni valgono anche per un'opera sulla concezione « organica » dello Stato scritta da Johann Baptist Nibler, che include una prefazione di Nikolaus Thaddäus Gönner, altro autore notevolmente influenzato in quegli anni dal pensiero di Schelling ⁽⁸⁴⁾.

c) *G.W.F. Hegel (1770-1831)*.

La tentazione di evitare di parlare, in una storia scientifica del diritto pubblico, di un « tipo come Hegel » (F. Engels), che ci ha consegnato la « filosofia del mondo del suo tempo » (K. Marx), è forte. L'influenza esercitata dalle sue opere e la letteratura secondaria ad esse riferita, ormai accessibile solo agli specialisti, sono non soltanto parte della storia della filosofia, ma anche della generale storia spirituale dell'Ottocento e del Novecento. In entrambe è coinvolto anche il diritto pubblico ⁽⁸⁵⁾. Eppure, una vera recezione del pensiero di Hegel è avvenuta solo in maniera circoscritta nel

⁽⁸³⁾ Brutale, ma a ragione, HEGEL, *Werkausgabe* 1970, vol. II, 542: « L'empiria più rozza con un formalismo materiale e polare, indorata da analogie irrazionali ed ebbri lampi di genio ».

⁽⁸⁴⁾ J.B. NIBLER, *Der Staat aus dem Organismus und Universum entwickelt*, Lands-hut 1805, con prefazione di N.Th. Gönner, *Über den Einfluß einer richtigen Ansicht vom Staate auf Geschichte, Politik, Statistik, Staatswirtschaft und Völkerrecht*. A questo proposito cfr. LANDSBERG, III-2, 149 s. Sui rapporti tra Gönner e Schelling cfr. J.B. KOCH, *Nikolaus Thaddäus von Gönners Staatslehre. Eine rechtshistorische Studie*, 1902 (=Staats- und völkerrechtliche Abhandl., a cura di v. G. Jellinek e G. Meyer, vol. 4, fascicolo 1) e LANDSBERG, III-2, nt. 75, n. 17.

⁽⁸⁵⁾ Per la biografia basti il rinvio alle classiche opere di K. ROSENKRANZ, *Georg Wilhelm Friedrich Hegels Leben*, Berlin 1844 (nuova ed. 1963; trad. it. *Vita di Hegel*, introduzione e note a cura di Remo Bodei, Firenze 1966) e W. DILTHEY, *Die Jugendgeschichte Hegels*, Berlin 1905 (=Ges. Werke, IV).

diritto pubblico ⁽⁸⁶⁾, come formale giustificazione filosofica per operazioni concettuali che comunque avevano altre ragioni alla propria base. Come per il diritto civile si fa riferimento a Eduard Gans (1797-1839) e a Johann Friedrich Kierulff (1806-1894) ⁽⁸⁷⁾, così nel campo del diritto pubblico i punti di riferimento sono tradizionalmente rappresentati da Lorenz von Stein ⁽⁸⁸⁾, Adolf Lasson ⁽⁸⁹⁾, e — a margine — Otto Mayer ⁽⁹⁰⁾. Gli effetti provocati da simili ricostruzioni verranno presi in considerazione al momento opportuno. In questo momento dobbiamo concentrarci invece su Hegel, e in particolare sui *Lineamenti di filosofia del diritto* del 1820-21 ⁽⁹¹⁾: un'opera senza dubbio estremamente importante, no-

⁽⁸⁶⁾ Da ricordare è soprattutto il breve testo, scritto nell'astratto stile hegeliano da Johann Friedrich Gottfried EISELEN, *Handbuch des Systems der Staatswissenschaften* Breslau 1828; cfr. inoltre K.M. BESSER, *System des Naturrechts*, Halle 1830; J.E. ERDMANN, *Philosophische Vorlesungen über den Staat*, Halle 1851; C. ROESSLER, *System der Staatslehre. A. Allgemeine Staatslehre*, Leipzig 1857.

⁽⁸⁷⁾ K.W. NÖRR, *Eber Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, 1991 (=Rechts- und Staatswiss. Veröff. D. Görres-Ges. NF vol. 58)

⁽⁸⁸⁾ M. STOLLEIS, *Lorenz von Stein*, in HRG, IV (1990), col. 1942-1945.

⁽⁸⁹⁾ K. LÜDERSEN, *Genesis und Geltung im Völkerrecht. Am Beispiel der Theorie des hegelianers Adolf Lasson*, in A. BÖHM-K. LÜDERSEN-K.H. ZIEGLER (a cura di), *Idee und Realität des Rechts in der Entwicklung internationaler Beziehungen, Festg. f. W. Preiser*, 1983, 133-151.

⁽⁹⁰⁾ E.V. HEYEN, *Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophischen Bildung Otto Meyers*, in «Quaderni Fiorentini», 8 (1979), 275-305; A. HUEBER, *Die "juristische Methode" im Verwaltungsrecht*, 1982, 160 s.

⁽⁹¹⁾ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Berlin 1821 (trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato in compendio*, traduzione di Giuliano Marini, Roma-Bari 1987). Si prende in considerazione la data del 1820 perché è nell'autunno di quell'anno che l'opera fu consegnata all'editore. L'edizione più autorevole è quella curata da J. Hoffmeister (Hamburg 1955). — Se le differenze tra l'edizione a stampa e gli appunti tratti dalle lezioni universitarie siano indicative nella comprensione del pensiero politico di Hegel, e se nella precaria situazione del periodo 1818-1820 siano osservabili « adattamenti » in direzione della linea politica del governo prussiano, sono questioni che hanno notevolmente interessato la ricerca su Hegel in questi ultimi anni. K.H. Iltting, M. Riedel, D. Heinrich, e il gruppo di ricerca di Bochum guidato da O. Pöggeler hanno proposto notevoli contributi sul tema tra il 1973 e il 1983. Cfr. a questo riguardo D. SUHR, *Hegels Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, in «Rechtstheorie», 5 (1974), 175-188; H. OTTMANN, *Hegels Rechtsphilosophie und das Problem der Akkomodation. Zu Ilttings Hegelkritik und seiner Edition der Hegelschen Vorlesungen über*

nostante la reazione negativa che le riservarono i contemporanei ⁽⁹²⁾, e della quale prendiamo qui in esame l'edizione del 1821, ovvero quella più largamente diffusa negli anni che ci interessano. La filosofia del diritto hegeliana offre una fondamentale interpretazione del concetto di diritto e del rapporto tra Stato e società borghese, e fu centrale per la dottrina dello Stato e la filosofia sociale, ma provocò anche attacchi feroci.

La teoria della società borghese presente nella filosofia del diritto di Hegel (§§ 182-256) è considerata oggi « il grande tentativo da parte dell'autore non di costruire la "società" come sistema di necessità, fondato sul lavoro e sul consumo, e nemmeno come elemento naturale della costituzione sociale della vecchia Europa, che si fonda, secondo lo *status* politico di un tempo, sulla dominanza da un lato e la dipendenza dall'altro, ma è il tentativo di mediare tra l'essere "sociale" dell'umanità europea così come era uscita dalla rivoluzione e il suo ordine "politico", giuridico e morale, elevando così tale umanità alla sua nuova dimensione concettuale » ⁽⁹³⁾.

Questo tentativo ha i suoi precursori. Già la dicotomia tra bene comune e interesse privato racchiude in sé un'intera tradizione occidentale che risale ai primordi del pensiero politico e alla distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum* nel diritto romano. Essa si ritrova a partire dal tardo Settecento in un nuovo contesto politico e con una carica chiaramente antiassolutistica. Divenne sempre più comune scindere concettualmente la vecchia « società civile » (*societas civilis*) — definita dal primo Hegel ancora come « società statale » — in sfere di sovranità istituzionale, da un lato, e sfera

Rechtsphilosophie, in « Zeitschr. f. Philos. Forschung », 3 (1979), 227-243; R. DREIER, *Recht — Moral — Ideologie. Studien zur Rechtslehre*, Frankfurt 1981, 319; G. LÜBBE-WOLFF, *Hegels Staatsrecht als Stellungnahme im ersten preußischen Verfassungskampf*, in « Zeitschr. f. philosoph. Forschung », 35 (1981), 476-501.

⁽⁹²⁾ M. RIEDEL (a cura di), *Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 2 voll., 1975, vol I, 53-205.

⁽⁹³⁾ M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1969, 159 (nuova ed. con il titolo *Zwischen Tradition und Revolution. Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 1982); D. HENRICH-R.P. HORSTMANN (a cura di), *Hegels Philosophie des Rechts. Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, 1982; A. v. BOGDANDY, *Hegels Theorie des Gesetzes*, 1989, in particolare 119 ss.

privata e d'interesse privato, dall'altro. Samuel Simon Witte⁽⁹⁴⁾ e August Ludwig Schlözer⁽⁹⁵⁾ non a caso vengo ricordati in questo contesto come sostenitori di un liberalismo economico e di una « pubblicità » borghese illuminata. Per questi autori il problema fondamentale era la limitazione dell'interventismo assolutistico e l'emancipazione dallo Stato delle forze borghesi.

Si può dunque affermare che la riflessione di Hegel sul passaggio dall'individuo allo Stato attraverso la famiglia e la società, con le distinzioni concettuali che questo comportava, era già patrimonio concettuale della vecchia filosofia sociale e del diritto naturale⁽⁹⁶⁾. Hegel ne era venuto a contatto principalmente tramite i sistemi giusnaturalistici e le dottrine generali dello Stato che erano apparsi negli ultimi due decenni del Settecento⁽⁹⁷⁾. Tuttavia, in tali opere l'argomento era stato trattato da altri punti di vista: in parte in senso rivoluzionario, ovvero intendendo che la società dovesse penetrare all'interno dello Stato e rigenerarsi in una nuova forma a partire da esso; in parte in maniera più moderata e progressista, puntando a una partecipazione politica della società allo Stato; in parte nella più ridotta prospettiva di limitare il controllo statale sull'attività economica.

Allorché la rivoluzione sembrò finita anche Hegel cercò, in qualità di filosofo e di pensatore politico, un *modus vivendi* tra potere monarchico e società borghese. Per lui il problema naturalmente non era quello di arrivare a compromessi pragmatici, bensì quello di trovare una « conciliazione » filosofica e un superamento dinamico dei contrasti ai « livelli più alti ». I suoi passaggi concettuali dall'individuo guidato dall'interesse personale alla società borghese, attraverso la famiglia, e quindi dalla società allo Stato, disegnano una scala che conduce gradualmente verso l'alto⁽⁹⁸⁾. Ogni

⁽⁹⁴⁾ D. KLIPPEL (nt. 26), 207.

⁽⁹⁵⁾ U. SCHEUNER, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht, Ges. Schriften*, 1978, 81 ss.

⁽⁹⁶⁾ M. RIEDEL, *Der Begriff der "Bürgerlichen Gesellschaft" und das Problem seines geschichtlichen Ursprungs*, in ID., *Studien* (nt. 93), 135 ss.

⁽⁹⁷⁾ D. KLIPPEL, *Politische Freiheit* (nt. 14) e altri contributi.

⁽⁹⁸⁾ G. LÜBBE-WOLFF, *Die Sittlichen in der bürgerlichen Gesellschaft. Hegels Wegweisung durch das Nadelöhr*, in ARSP, 1982, 223-254; ID., *Über das Fehlen von Grundrechten in Hegels Rechtsphilosophie*, in H.-CHR. LUCAS-O. PÖGGELER (a cura di),

gradino ha una dignità superiore a quello che lo precede. I meschini particolarismi degli interessi sono superati da prospettive più fortemente oggettivate. Così la società borghese è costituita (solamente) da aspetti parziali e materiali dell'esistenza umana, in altre parole dai rapporti economici (§§ 189-208, *Il sistema dei bisogni*), dalle associazioni private giuridicamente tutelate (§§ 209-229) nonché da quelle strutture istituzionali più elementari che appaiono irrinunciabili per il funzionamento della società stessa, come il controllo di polizia sull'attività commerciale e l'articolazione in corporazioni.

Non vi è qui alcun riferimento alla partecipazione politica allo Stato; la società borghese non consiste di *citoyens*, ma comprende soltanto la rete di relazioni private e di unità sottostatali, e il tutto è tenuto insieme mediante i costumi e la polizia. Di conseguenza, nella sfera dello Stato si concentrano (§§ 257-360) gli elementi della sovranità separati dalla società. Lo scopo non era quindi la liberazione della società economica dal controllo del tardo assolutismo, come volevano i liberali, ma era l'emancipazione dello Stato, dotato di tutti i suoi attributi di sovranità, dalla società⁽⁹⁹⁾. Come ha opportunamente rilevato Dieter Heinrich « bisogna superare la lacerazione della società borghese all'interno dello Stato razionale. È lo Stato che appiana i diversi contrasti della società e dei suoi membri e concede loro, nonostante le sue peculiarità, la consapevolezza di una sostanziale unità »⁽¹⁰⁰⁾. Lo Stato si erge al di sopra della società, placa i suoi antagonismi, e non con cieca violenza ma guidato dalla « ragione ». Questo Stato non è tuttavia soltanto uno Stato dell'intelletto (*Verstandesstaat*), cioè una necessaria costruzione illuministica, ma è un « organismo », che si fonda su se stesso e che ha il suo preciso scopo, e attraverso il quale sono « superati » gli

Hegels Rechtsphilosophie im Zusammenhang der europäischen Verfassungsgeschichte, 1986, 421-446. Ivi cfr. anche i contributi di Kimmerle, Jamme, Lucas, Jaeschke, Grawert, Pöggeler e Siep. Si veda anche CH. JERMANN (a cura di), *Anspruch und Leistung von Hegels Rechtsphilosophie*, 1987.

⁽⁹⁹⁾ J. KEANE, *Despotismus und Demokratie. Über die Unterscheidung zwischen bürgerlicher Gesellschaft und Staat 1750-1850*, in J. KOCKA (a cura di), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, vol. I, 1988 303 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ D. HEINRICH, *Karl Marx als Schüler Hegels*, in ID., *Hegel im Kontext*, 1971, 203.

antagonismi delle velleità libertarie individualistiche e dell'eradica-zione oppressiva della libertà ⁽¹⁰¹⁾.

Il fatto che sia giunto sino ai nostri giorni il dibattito, cominciato già all'epoca di Hegel, per capire se egli fosse un « filosofo di Stato prussiano », un pensatore totalitario pre-fascista, una « talpa » criptorivoluzionaria che tenta velatamente di conservare gli ideali della giovinezza, o un geniale teorico della sintesi lontano dalle questioni politiche quotidiane ⁽¹⁰²⁾, si spiega considerando le convinzioni — sia rivoluzionarie sia reazionarie — degli interpreti della sua ricca opera filosofica, carica di vari significati e a volte oscura. Ma ancor più si spiega considerando l'ambiguità della distinzione tra Stato e società, che poteva significare non soltanto conquista di libertà da parte della società, ma anche aumento di potere dello Stato. Rifacendosi, come accennato, all'edizione del 1821, e dunque ricostruendo la situazione storica del crollo delle speranze costituzionali prussiane e tenendo conto della contemporanea repressione delle forze di opposizione sotto Federico Guglielmo III, la filosofia del diritto di Hegel appare tutto sommato come una posizione intermedia ⁽¹⁰³⁾ e moderata tra il fronte della pura restaurazione e quello liberal-costituzionale. Sicuramente il rifiuto del diritto naturale in-

⁽¹⁰¹⁾ M. WOLFF, *Hegels staats-theoretischer Organizismus*, in « Hegel-Studien », 19 (1984), 147-177.

⁽¹⁰²⁾ K.R. POPPER, *The Open Society and its Enemies*, vol. II, Londra 1945 (trad. tedesca *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 2^a ed., Bern 1970, 41; trad. it. *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 2 voll., 1973-4); E. TOPITSCH, *Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie*, 1967; H. KIESEWETTER, *Von Hegel zu Hitler. Eine Analyse der Hegelschen Machtstaatsideologie und der politischen Wirkungsgeschichte des Rechtshegelianismus*, 1974; critica Popper W. KAUFMANN, *Hegel: Legende und Wirklichkeit*, in « Zeitschr. f. philos. Forsch. », 10 (1956), 191-226; E. WEIL, *Hegel et l'Etat*, Paris 1950; J. RITTER, *Hegel und die französische Revolution*, 1957 (con una bibliografia sulla teoria politica di K. Gründer); O. NEGt (a cura di), *Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels*, 1970; G.K. KALTENBRUNNER (a cura di), *Hegel und die Folgen*, 1970; D. LOSURDO, *Zwischen Hegel und Bismarck. Die achtundvierziger Revolution und die Krise der deutschen Kultur*, 1992.

⁽¹⁰³⁾ Il riferimento è all'intero campo della pubblicistica, e tiene conto del fatto che per i liberali l'opera di Hegel « ha trovato, a causa dei contenuti illiberali, conservatori e reazionari della teoria dello Stato che vi viene presentata, un'eco prevalentemente negativa presso i contemporanei » (R. DREIER, *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, 320).

dividualistico ⁽¹⁰⁴⁾ e delle teorie del contratto sociale, insieme alla divisa di una dottrina dello Stato « organico », erano una spina nell'occhio dei giusrazionalistici sostenitori del movimento costituzionale ⁽¹⁰⁵⁾. La divisione dei poteri era interpretata da Hegel in senso antiliberale, poiché non era vista come controllo del potere o meccanismo per garantire un certo equilibrio, bensì come metodo di distribuzione delle competenze; lo stesso vale anche per il principio monarchico, da Hegel integralmente conservato: il monarca rappresenta per Hegel il tutto, esercita il potere statale, e a lui, in quanto rappresentante del "tutto", sottosta l'esecutivo. I ceti possono consigliare ma non decidere. Essi non hanno il diritto di proporre leggi.

Se ci si interroga sulle dirette implicazioni politiche di questa dottrina generale dello Stato, si nota immediatamente che si tratta di una rielaborazione abbastanza convenzionale del modello politico più diffuso intorno al 1820 e messo in pratica proprio in Prussia: ⁽¹⁰⁶⁾ una monarchia forte; il riconoscimento del diritto di partecipazione della società alla vita politica solamente attraverso un parlamento filtrato corporativamente e con competenze ristrette; l'assenza di una divisione dei poteri che limiti realmente il potere statale; la chiara accentuazione della funzione neutralizzante di una burocrazia « razionale » e incorruttibile, la quale non rappresenta però solamente un fidato sostegno del principio monarchico, ma garantisce anche le libertà borghesi (e anche su questo punto si riscontra un'ambivalenza nella posizione di Hegel) ⁽¹⁰⁷⁾.

Queste posizioni sono state sostenute in modo simile da molti contemporanei, ovviamente in modo particolare da Eduard Gans (1797-1839) ⁽¹⁰⁸⁾, anche se non con un linguaggio così suggestivo e

⁽¹⁰⁴⁾ P. LANDAU, *Das Unrecht als Stufe des abstrakten Rechtes in Hegels Rechtsphilosophie. Zugleich zum Verhältnis Hegels zu Kants „Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre“*, in L. PHILIPPS-H. SCHOLLER (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus. A. Kaufmann zum 65. Geb.*, 1989, 143-162.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. gli le voci estremamente critiche di Karl Hermann SCHEIDLER, « Hegel-sche Philosophie und Schule » e « Hegel (Neu-Hegelianer) » in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexicon*, 2^a ed. 1846, 606-664, in particolare 625 ss. per la filosofia del diritto.

⁽¹⁰⁶⁾ Così anche DREIER (nt. 91), 322.

⁽¹⁰⁷⁾ S. AVINERI, *Hegels Theorie des modernen Staates*, 1976.

⁽¹⁰⁸⁾ LANDSBERG, III-2, 354-369; H.G. REISSNER, *Eduard Gans. Ein Leben im Vormärz*, 1965. H. SCHRÖDER (a cura di), *Eduard Gans. Philosophische Schriften*, 1971.

con uno sforzo intellettuale tanto forte come quello di Hegel. Per Gans la situazione del tempo appare « necessaria », e inevitabile è la strada che conduce dal soggettivo all'oggettivo e quindi all'assoluto; al lettore viene proposto lo spettacolo di una piramide concettuale che si muove tramite la dialettica. L'atteggiamento di una tale filosofia "imperiale", che aveva la pretesa di sapere tutto su tutto (Popper), doveva inevitabilmente portare a una divisione tra le parti in lotta. Celebri formule come « lo Stato è l'idea divina quale esiste in terra », lo Stato è un'entità « mondano-divina » che deve essere onorata, l'esistenza dello Stato come « ingresso di Dio nel mondo », hanno dimostrato la loro forza di attrazione per la cosiddetta « destra hegeliana » di ogni orientamento ⁽¹⁰⁹⁾. La cosiddetta « sinistra hegeliana » ⁽¹¹⁰⁾, da David Friedrich Strauss, Edgar e Bruno Bauer, Moses Hess e Arnold Ruge a Karl Marx e Friedrich Engels, ha invece seguito la propria via verso il Novecento, distanziandosi da Hegel ⁽¹¹¹⁾ ma essendone comunque profondamente influenzata. Nonostante il suo punto di partenza illuminista, critico delle ideologie ed emancipatore, essa alla fine è però comunque giunta a una pesante negazione dell'autodeterminazione individuale e politica.

Gans ha tenuto un corso sul « diritto naturale » (inverno 1828-29) e una prolusione sul tema « diritto pubblico tedesco » (estate 1834), in collaborazione con G. Waitz. Da queste lezioni risulta che Gans era a favore della monarchia ereditaria, della responsabilità dei ministri di fronte al parlamento, del sistema rappresentativo e bicamerale, della partecipazione pubblica al governo e della libertà di stampa. La dottrina del contratto sociale e la divisione dei poteri erano invece rifiutate, così come l'idea che il monarca dovesse essere vincolato alla costituzione. Lo Stato è « la vetta della libertà », la « realtà dell'idea etica ». Esso non ha necessariamente bisogno di una costituzione, la libertà può essere garantita anche attraverso l'amministrazione e inoltre « non ci può essere una migliore amministrazione statale di quella che esiste in Prussia » (Op. cit., 132). In dettaglio cfr. R. BLÄNKNER, „Der Absolutismus war ein Glück, der doch nicht zu den Absolutisten gehört“. Eduard Gans und die hegelianischen Ursprünge der Absolutismusforschung in Deutschland, in HZ, 255 (1992).

⁽¹⁰⁹⁾ G. MAYER, *Die Junghegelianer und der preußische Staat*, in HZ, 121 (1920), 413-440; H. LÜBBE (a cura di), *Die Hegelsche Rechte*, 1962.

⁽¹¹⁰⁾ K. LÖWITH (a cura di), *Die Hegelsche Linke*, 1962 (trad. it. *La sinistra hegeliana*, Bari 1960); Id., *Von Hegel zu Nietzsche*, 9^a ed. 1986 (trad. it. *Da Hegel a Nietzsche*, Torino 1949).

⁽¹¹¹⁾ Formulata classicamente da Karl MARX, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in MEW, 1-2 (Berlin-Ost 1958), 378-391; a questo riguardo cfr. D. HENRICH, *Karl Marx* (nt. 100).

Le realizzazioni in senso totalitario della dottrina hegeliana da parte della seconda generazione dei suoi successori — sempre che si possa effettivamente sostenere che vi siano state realizzazioni della sua filosofia, e in caso affermativo si dica quali — risultano alla fine talmente simili l'una all'altra che gli storici riscontrano parecchie difficoltà nel definire, vista appunto la confusione nella recezione del suo insegnamento filosofico, il vero Hegel. Hegel non dovrebbe, così affermano i suoi difensori, pagare per colpe altrui. La ricostruzione strettamente storica che riguarda il pensiero di Hegel fino al 1831 non affronta il problema di ciò che i seguaci, i divulgatori e i politici hanno poi fatto della sua filosofia. Ma se ciò è corretto, tuttavia non spiega come sia stato possibile che proprio Hegel sia stato strumentalizzato in modo simile, mentre altri filosofi, ad esempio Kant, ne sono rimasti esenti. Osservando il periodo successivo al 1831 si comprende che non è possibile ignorare questa delicata questione. Ci si dovrebbe rendere conto che lo stile di pensiero di Hegel, il linguaggio da lui usato e la sua pretesa di offrire insieme una teoria della conoscenza, della scienza, della società, della storia e del mondo attiravano una ben specifica categoria di lettori. Ogni filosofo in un certo senso si crea da solo i propri seguaci. L'audace affermazione per cui « la filosofia di Hegel in se stessa è uscita relativamente (!) indenne ⁽¹¹²⁾ dalle interpretazioni della destra — come del resto anche della sinistra — hegeliana » è dunque corretta solamente in senso strettamente storico. Se la storia degli effetti che ha prodotto può danneggiare retrospettivamente un lavoro, essa può anche rivelare ambiguità e pericoli di cui il filosofo e i suoi contemporanei erano ancora ignari.

d) *Filosofia dell'identità nel contesto politico.*

Si è qui ritenuto opportuno, come avviene usualmente negli scritti dedicati alla storia della filosofia, ripercorrere il percorso che conduce da Kant a Fichte e a Schelling fino ad arrivare a Hegel, allo scopo di metterlo in relazione, parallelamente alla dottrina generale dello Stato, con gli sconvolgimenti politici provocati dal periodo che

⁽¹¹²⁾ R. DREIER, *Julius Binder*, in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen: Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, 455.

va dalla rivoluzione francese ai deliberati di Karlsbad. L'evoluzione delle teorie filosofiche che tale sequenza richiama non è derivabile da tali sconvolgimenti, ma rappresenta una reazione al contesto politico e una risposta al proprio tempo. La « filosofia dell'unificazione (*Vereinigungsphilosophie*) che sgorga dalle fonti platoniche »⁽¹¹³⁾ cominciò a fiorire all'epoca in cui l'Europa dovette fare i conti con le tragiche esperienze della rivoluzione. Essa predicava il « superamento dei contrasti », l'« unità » e l'« amore »; l'entusiasmo si coagulò in « sistema » e al posto del soggetto fichtiano subentrarono, in misura crescente, elementi oggettivi. Quando, in seguito al Congresso di Vienna, gli sconvolgimenti politici vennero frenati, ritornò in auge il modello di Stato capace di sovrastare gli antagonismi, di garantire stabilità e razionalità e di controllare il progresso e la partecipazione della società borghese. Dunque nella sequenza che parte dalla filosofia critica di Kant, passando attraverso l'idealismo soggettivo di Fichte e di Schelling, per arrivare all'idealismo oggettivo di Hegel, non si individua soltanto quella necessità logica del pensiero, concetto così spesso usato dai filosofi, secondo la quale il sistema teorico successivo deve avere « superato » quello precedente: essa infatti corrisponde all'arco storico che va dalla rivoluzione alla Restaurazione, dal soggetto ebbro di libertà all'ordine oggettivo.

Le filosofie dell'identità, con le loro consapevoli indeterminanze concettuali e il loro rifiuto della « piatta » critica razionale, sono tendenzialmente antindividualistiche e antiliberali, ma non sono necessariamente antiegalitarie. Possono sognare di creare sistemi rigidamente egualitari, ma possono anche agire in senso conservatore attraverso l'accettazione degli elementi storici. In questo senso, è tipico che i loro destini cambino insieme alle circostanze sociali.

Nel panorama politico del tardo-assolutismo, l'appello al superamento dei « contrasti » sembrava rivoluzionario, poiché alludeva all'eliminazione delle barriere economiche e cetuali e soprattutto perché prometteva alla borghesia una reale possibilità di partecipazione politica. In campo militare ciò significava la fine dell'idea di esercito come meccanismo perfetto basato sul rispetto dei comandi,

⁽¹¹³⁾ D. HENRICH (nt. 100), 13.

a favore dell'immagine di un esercito popolare, fondato sul principio dell'uguaglianza generale e inteso idealmente come una unità mobile.

In un periodo di crisi gli appelli al superamento dei contrasti sono spesso solamente il grido con cui i ceti dominanti chiedono soccorso ai meno privilegiati, scongiurandoli di non abbandonarli nel momento del bisogno e di costituire un fronte comune al di sopra delle parti. Dietro a un simile atteggiamento si cela una minaccia nei confronti di coloro che non rinunciano al proprio isolamento e alla propria individualità. Le opere di Fichte *Lo Stato commerciale chiuso* e *Discorsi alla nazione tedesca* lo mostrano chiaramente. Ma il « superamento dei contrasti » in un periodo di crisi può sicuramente significare anche l'emancipazione dei ceti sociali oppressi, la partecipazione alla vita borghese e l'assunzione da parte dello Stato delle proprie responsabilità. Le riforme prussiane realizzate a partire dal 1806 lo confermano.

Infine, in un periodo di calma politica, magari correlato come nel *Vormärz* alla repressione delle forze di opposizione, una « filosofia della mitologia » e una « filosofia della rivelazione » ⁽¹¹⁴⁾ possono servire all'intellettuale come una via di fuga verso le inattaccabili zone dell'irrazionalità, allo stesso modo del riposo sugli allora *biedermeier* per il quietista politico. Non sembra dunque corretto interpretare i cambiamenti spirituali avvenuti dopo il 1790 soltanto nel senso del radicale abbandono della razionalità illuministica e dell'apprezzamento dell'idea di una struttura organicistica dello Stato caratterizzata da una latente tendenza all'oppressione. La prima filosofia idealistica e il primo romanticismo appaiono più vicini agli scopi della politica riformista dell'assolutismo e della rivoluzione francese di quanto sia stato ritenuto *a posteriori* ⁽¹¹⁵⁾ dagli interpreti dopo la soglia dell'anno 1819.

⁽¹¹⁴⁾ F.W. SCHELLING, *Philosophie der Mythologie und Philosophie der Offenbarung*, in *Sämtliche Werke*, seconda sez., vol. I-IV, 1856-1858 (trad. it. *Filosofia della mitologia*, Milano 1990). A questo riguardo W. SCHULZ, *Die Vollendung des deutschen Idealismus in der Spätphilosophie Schellings*, 1955; W. KASPER, *Das Absolute in der Geschichte. Philosophie und Theologie der Geschichte in der Spätphilosophie Schellings*, 1965; K.H. VOLKMANN-SCHLÜCK, *Mythos und Logos. Interpretationen zu Schellings Philosophie der Mythologie*, 1969.

⁽¹¹⁵⁾ R. BRINKMANN, (nt. 42).

3. *Romanticismo politico.*

Classificare i vari letterati, pubblicisti e giuristi di quella generazione come appartenenti alla corrente del primo idealismo di Kant oppure del romanticismo politico o della « Restaurazione », è in realtà un gioco con molte variabili e dipende in larga misura dalle categorie già esistenti ⁽¹¹⁶⁾. Non è molto difficile considerare romantici autori come Adam Müller, August Wilhelm e Friedrich Schlegel, Novalis, Achim von Arnim, Joseph von Eichendorff e anche i fratelli Jakob e Wilhelm Grimm ⁽¹¹⁷⁾. Ma come definire romantico Clemens Brentano, palesemente impolitico, e sua sorella Bettine von Arnim, un tipo forse un po' esaltato, ma certamente non impolitico ⁽¹¹⁸⁾? Si può includere accanto a Adam Müller anche l'autore Heinrich von Kleist, del cui interesse per la politica non è possibile dubitare, ma che forse non è opportuno definire come « romantico » ⁽¹¹⁹⁾? E.Th.A. Hoffmann, senza dubbio un « romantico » in senso letterario, sul piano politico aveva idee liberali ⁽¹²⁰⁾. Come si deve considerare Jean Paul, tenendo conto dei suoi significativi scritti

⁽¹¹⁶⁾ C. SCHMITT, *Politische Romantik*, 1919, 4^a ed. 1982 (trad. it. *Romanticismo politico*, a cura di Carlo Galli, Milano 1981); la letteratura secondaria su questo libro assai discusso e controverso è raccolta nel *Kindler's Literaturlexicon*, 1991, alla voce « Schmitt », 1009 s.); SCHEUNER, (nt. 1); per quanto riguarda la dipendenza della classificazione del romanticismo dalle « categorie preesistenti » cfr. K.H. BOHRER, *Die Kritik der Romantik*, 1989 che parte dalla lunga lista di critici e interpreti del romanticismo da Heinrich Heine a Carl Schmitt.

⁽¹¹⁷⁾ H. CONRAD, *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jakob Grimm*, in ZRG GA, 65 (1947), 261-283; F. WIEACKER, *Savigny und die Gebrüder Grimm*, in ZRG GA, 72 (1955), 232-244; T. SCHULER, *Jakob Grimm und Savigny. Studien über Gemeinsamkeit und Abstand*, in ZRG GA, 80 (1963), 197-305; W. EBEL, *Jakob Grimm und die deutsche Rechtswissenschaft*, 1963; G. MARINI, *Jakob Grimm*, Napoli 1972; D. HENNIG-B. LAUER (a cura di), *Die Brüder Grimm. Dokumente ihres Lebens und Wirkens*, 1985, in particolare il saggio di G. DILCHER, *Jakob Grimm als Jurist*, 25-41; W. OGRIS, *Jakob Grimm. Ein politisches Gelehrtenleben*, Graz 1990.

⁽¹¹⁸⁾ B. v. ARNIM, *Dies Buch gehört dem König*, a cura di I. Staff, 1982, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽¹¹⁹⁾ M. EMMRICH, *Heinrich von Kleist und Adam Müller: mythologisches Denken*, 1990.

⁽¹²⁰⁾ U. MÜCKENBERGER, *Ernst Theodor Amadeus Hoffmann (1776-1822) « Das literarische macht frei... »*, in *Streitbare Juristen. Eine andere Tradition*, 1988, 19-32; critico al riguardo CH. BERGFELD, *E.T.A. Hoffmann — ein streitbarer Jurist?*, in *Die*

politici (121), del suo « repubblicanesimo poetico » e della sua opzione in favore di uno Stato borghese sotto forma di monarchia costituzionale (122)? E infine: qual è il ruolo svolto da Schelling, in particolare su Savigny? Si può essere d'accordo almeno sul fatto che Friedrich von Gentz e Friedrich Ancillon non erano assolutamente « romantici », bensì fondamentalmente conservatori razionalisti. Ciò vale in particolar modo anche per Karl Ludwig von Haller.

La classificazione è resa più difficile dal fatto che nei due decenni compresi tra il 1795 e il 1815 la situazione politica cambiò notevolmente, trasformando di conseguenza anche le opinioni dei protagonisti di quel tempo. Il primo romanticismo di Jena dei fratelli Schlegel, di Tieck e di Novalis, è ancora entusiasta degli ideali rappresentati dalla rivoluzione francese e si orienta in direzione di Kant (123), ma a partire dal 1800 lo stato d'animo cambia e il *pathos* della libertà assume, soprattutto in Kleist, tratti antifrancesi e nazionalistici, e alla fine hanno il sopravvento le trasfigurazioni dello Stato corporativo medioevale, della chiesa e della società agraria feudale.

Tutto ciò non è però dovuto a una specifica mancanza di carattere politico del pensiero romantico, bensì, più che altro, alla predisposizione psicologica di questo gruppo di intellettuali, minacciato sotto ogni punto di vista dall'incapacità di unirsi in modo duraturo e allo straordinario ritmo dello sviluppo storico che tutti subirono. Proprio gli « entusiasti » tra questi erano i più soggetti a forti oscillazioni. I giovani, mossi inizialmente da ideali umanitari, abbandonarono del tutto l'ideologia illuministica e si trasformarono negli anni successivi in conservatori, se non addirittura in reazionari (Adam Müller, Friedrich Schlegel, Friedrich von Gentz, Clemens

Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschr. f. S. Gagnér, 15-32.

(121) *Friedenspredigt an Deutschland* (1808); *Dämmerungen für Deutschland* (1809), *Mars' und Phöbus Thronwechsel* (1814); *Politische Fastenpredigten* (1817).

(122) H.G. HELMS, *Jean Paul, ein politischer Autor*, e B. LINDNER, *Politische Metaphorologie*, entrambi gli scritti in H.L. Arnold (a cura di), *Text + Kritik, Sonderband bei Jean Paul*, 1970; W. HARICH, *Jean Pauls Revolutionsdichtung. Versuch einer neuen Deutung seiner heroischen Romane*, 1974; H. BADE, *Jean Pauls politische Schriften*, 1974; K. WÖLFEL, *Jean Paul-Studien*, 1989, in particolare 140 ss., 171 ss.

(123) BRINKMANN (nt. 42), C. TRÄGER (a cura di), *Die französische Revolution im Spiegel der deutschen Literatur*, 1975; STERN (nt. 52), 137 ss.

Brentano, Zacharias Werner, Joseph von Görres, Franz von Baader, Freidrich Wilhelm Schelling); alcuni non rimasero in vita abbastanza (Novalis, Wackenroder) o morirono tragicamente come Kleist, Hölderlin o Lenau. Altri ancora, come ad esempio Friedrich Carl von Savigny, Jakob Grimm o Achim von Arnim, erano sin dall'inizio di tendenze conservatrici. Fondamentalmente il romanticismo fu, come sottolinea Ricarda Huch, un « movimento giovanile » (124).

Se con la formula « romanticismo politico » intendiamo in primo luogo quelle manifestazioni letterarie unite nel rifiuto dell'illuminismo, della filosofia utilitaristica, del razionalismo e del dominio assolutistico, e attratte invece dal « meraviglioso », dalla fantasia, dall'idea del superamento della lacerazione nelle « unità » estetiche, filosofiche o religiose, che mettono in contrasto il soggettivo, l'ironico e il frammentario con l'oggettività e la classicità, che contrappongono la follia alla ragione, il misterioso alla piatta realtà terrena (125), allora le opzioni politiche già sono chiare. Si tratta soprattutto di una posizione a favore del pensiero storico; si preferisce ciò che è « cresciuto » in modo naturale e autonomo a ciò che è stato « creato » in modo artificiale. Nella misura in cui questa posizione era giustificata in senso antiassolutistico, essa aveva tratti liberali; nella misura in cui essa metteva in contrasto il « vissuto » storico con il movimento riformatore, essa era conservatrice, e non importa nell'interesse concreto di chi ciò potesse essere. In ogni caso è errato sostenere, com'è stato più volte notato, che il romanticismo fosse impolitico e privo di punti fermi. « Malgrado tutta la soggettività e l'ironia e nonostante la mescolanza di realtà e sogno e la tendenza alla fusione dei contrasti, il pensiero romantico mostra un profilo politico ben chiaro e riconoscibile » (126).

(124) R. HUCH, *Romantische Lebensläufe*, in Id., *Die Romantik, Blütezeit, Ausbreitung und Verfall*, 1951 (cit. dall'ed. 1985, 467-503), cfr. anche J. v. EICHENDORFF, *Erlebtes*, 1857 (Heidelberg-Halle).

(125) SCHMITT (nt. 116); J. BAXA, *Einführung in die romantische Staatswissenschaft*, 1923; P. KLUCKHOHN, *Das Ideengut der deutschen Romantik*, 5^a ed., 1966; E. BEHLER (a cura di), *Die europäische Romantik*, 1972; H. PRANG (a cura di), *Begriffsbestimmung der Romantik*, 2^a ed., 1972; BRINKMANN (nt. 42).

(126) SCHEUNER, (nt. 1), 18.

Nel campo del « romanticismo politico », i cui confini sono peraltro così vaghi, è dunque opportuno prestare attenzione alla mescolanza di motivazioni che lo ispirano. Da un lato, l'opposizione all'illuminismo si nutre delle passioni scatenate contro la Francia — la nazione del razionalismo e del centralismo, dell'« impertinente » Voltaire e degli enciclopedisti —. Dall'altro essa era un'opposizione contro il proprio assolutismo illuminato, fosse questo quello dei ceti territoriali, della nobiltà o della chiesa. Il sentimento antia-solutistico si univa altresì alla forte passione nazionalistica e antinapoleonica. Tutti erano d'accordo sul fatto che era preferibile ciò che era andato formandosi storicamente — ovvero il pensiero organicistico dello « sviluppo » — all'apparato rivoluzionario, artificiale, nemico della vita, così come si era d'accordo sul fatto che la pace e l'ordine rappresentassero un bene essenziale ⁽¹²⁷⁾ e che ciascuna forma di governo assolutistico fosse da considerare con sfiducia. Non vi era però accordo sul modo di affrontare la sfida rappresentata dal mondo borghese-capitalista. La ricerca di soluzioni « organicistiche » nello Stato e nella società portò alla formulazione di proposte tipicamente antiegalitarie, come le « dottrine corporative » che sarebbero prepotentemente sopravvissute per oltre un secolo (J. Görres) e con le quali si voleva rappresentare una struttura « naturale » del corpo popolare sottoposto a una chiara minaccia, nonché a modelli di economia politica ispirati alla dottrina sociale della Chiesa (A. Müller, F. v. Baader), a enfatici desideri di ritorno all'economia naturale e infine ad accaniti dibattiti sull'opportunità di introdurre la cartamoneta ⁽¹²⁸⁾. Si creò così un doppio fronte di resistenza: contro l'assolutismo « meccanicistico » e la sua « brama di potere », e allo stesso tempo contro l'ascendente mondo borghese e capitalista.

Lo Stato non doveva più essere una « macchina ». La metafora

⁽¹²⁷⁾ K. LÜDERSSEN, *„Ich will lieber eine Ungerechtigkeit begeben, als Unordnung ertragen“*. *Notizen über Goethes Verhältnis zum Recht*, in « Neue Rundschau », 1983, 47-64.

⁽¹²⁸⁾ Ciò si verificò anche nel granducato di Sassonia-Weimar, come reso noto dal celebre passo del *Faust II* (primo atto): « Una carta così, al posto di oro e perle, è comoda, si sa quel che si ha ». Cfr. H.CH. BINSWANGER, *Geld und Magie. Deutung und Kritik der modernen Wirtschaft anhand von Goethes „Faust“*, 1985.

della macchina veniva ormai respinta. Nella dottrina generale dello Stato questo significava la lenta rimozione della costruzione razionale contrattualistica attraverso formule organologiche. Riferendosi direttamente a Schlözer e al suo « infelice insegnamento che vent'anni fa aveva un pubblico sconfinato », Adam Müller (1779-1829) ⁽¹²⁹⁾ così si esprime nelle lezioni da lui tenute a Dresda nel 1808-09: « Lo Stato non è una semplice manifattura, una fattoria, un istituto assicurativo o una società commerciale; esso è l'intimo legame di tutti i bisogni fisici e spirituali, dell'intera ricchezza fisica e spirituale, della completa vita interiore ed esteriore di una nazione che diventa un enorme "insieme", energico, infinito e vivo » ⁽¹³⁰⁾. Gli Stati non sono un'invenzione artificiale, sono la « totalità degli affari umani, il loro collegamento in un insieme vivo » ⁽¹³¹⁾. Edmund Burke, alla cui opera *Reflections on the Revolution in France* (1790) Müller si ispirò largamente ⁽¹³²⁾, nel contesto del romanticismo politico era considerato una mente entusiasta e idealistica, anche se tali caratteristiche — essendo lui un pensatore realista — gli erano in effetti totalmente estranee ⁽¹³³⁾. Gli *Elemente der Staatskunst* di Müller sono un arguto (e compiaciuto) spettacolo pirotecnico di tesi fortemente aforistiche, in cui i « morti concetti » vengono messi a

⁽¹²⁹⁾ R. ARIS, *Die Staatslehre Adam Müllers in ihrem Verhältnis zur deutschen Romantik*, 1929; J. BAXA, *Adam Müller. Ein Lebensbild aus den Befreiungskriegen und aus der deutschen Restauration*, 1930; L. SAUZIN, *Adam-Heinrich Müller (1779-1829). Sa vie et son oeuvre*, Paris 1937; V. SCHEPELERN, *Edmund Burke, Friedrich Gentz, Adam Müller. Et Bidrag til Revolutions- og Napoleonstidens politiske Idéhistorie*, Kopenhagen 1953; altri contributi segnalati in M. STOLLEIS, *Adam Müller*, in HRG, III (1984), col. 723-726.

⁽¹³⁰⁾ A.H. MÜLLER, *Die Elemente der Staatskunst. Oeffentliche Vorlesungen vor Sr. Durchlaucht dem Prinzen Bernhard von Sachsen-Weimar und einer Versammlung von Staatsmännern und Diplomaten, im Winter von 1808 auf 1809, zu Dresden, gehalten*, Berlin 1809; ed. autorevole di J. BAXA nel 1922, poi 1926 con aggiunte. — In seguito si cita secondo l'edizione completa Meersburg-Leipzig 1936, 27 (seconda lez.).

⁽¹³¹⁾ Ivi, 33.

⁽¹³²⁾ Probabilmente tramite la traduzione del suo amico GENTZ, *Betrachtungen über die französische Revolution. Nach dem Englischen des Herrn Burke neu bearbeitet... von Friedrich Gentz*, 2 voll., Berlin 1793 (2^a ed. 1794, 3^a ed. 1838).

⁽¹³³⁾ F. BRAUNE, *Edmund Burke in Deutschland*, 1917; H. BARTH, *Edmund Burke und die deutsche Staatsphilosophie im Zeitalter der Romantik*, in *Die Idee der Ordnung*, Zurich 1958; D. HILGER, *Edmund Burke und seine Kritik der Französischen Revolution*, 1960; P. ALTER, *Edmund Burke*, in *Geschichte und politisches Handeln. Studien zu europäischen Denkern der Neuzeit. Th. Schieder z. Gedächtnis*, 1985, 70-84.

confronto con la « idea vivente », la « rigida » divisione dei poteri con la « superiore comunità », il meccanicismo con l'unità vitale.

La politica viene estetizzata ⁽¹³⁴⁾, ma Müller non è affatto ingenuo dal punto di vista politico. L'autore, che all'epoca di queste lezioni lavorava come precettore di principi, collegò la sua esaltazione della vera nobiltà con l'affermazione di « occuparsi più volentieri degli elementi religiosi e feudali dello Stato, al momento oppressi, piuttosto che di quegli elementi che stanno momentaneamente trionfando » ⁽¹³⁵⁾. Nel 1805 Müller si era convertito al cattolicesimo e sperava in una spiritualizzazione religiosa del pensiero statale, in un passaggio dai « contrasti » ⁽¹³⁶⁾ intrinseci in ogni essere alla libertà individuale e all'unità organica di governanti e governati ⁽¹³⁷⁾. Ciò comportava, in termini negativi, la generale rinuncia al calcolo razionale delle finalità dello Stato, all'egoistica « aritmetica borghese » ⁽¹³⁸⁾ nonché a tutte le « divisioni realizzate artificialmente ». Queste implicavano non soltanto una posizione contraria alla divisione dei poteri e favorevole al modello inglese, ma anche il superamento della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico ⁽¹³⁹⁾ e dunque l'eliminazione della distanza, garanzia di libertà, tra Stato e società. L'immagine complessiva degli *Elemente der Staatskunst* è quella di un disegno in chiaroscuro, contenente iperboli retoriche, ma dal quale trapela anche una chiara tendenza antillumistica e conservatrice, con una forte simpatia per la causa della nobiltà e della chiesa ⁽¹⁴⁰⁾, e con tratti antiliberali ⁽¹⁴¹⁾ e anticostituzionali. « Tutte le artificiosità costituzionali dei nostri

⁽¹³⁴⁾ B. KOEHLER, *Ästhetik der Politik. Adam Müller und die politische Romantik*, 1980.

⁽¹³⁵⁾ Op. cit., documentazione.

⁽¹³⁶⁾ A. MÜLLER (nt. 70).

⁽¹³⁷⁾ H.A. KORFF, *Geist der Goethezeit*, IV, 10ª ed. 1979, 293 ss.

⁽¹³⁸⁾ Op. cit., 165.

⁽¹³⁹⁾ Op. cit., 199.

⁽¹⁴⁰⁾ E. HÄNISCH, *Der "vormoderne" Anikapitalismus der politischen Romantik. Das Beispiel Adam Müller*, in R. BRINKMANN (a cura di), *Romantik in Deutschland*, 1978, 140 s.

⁽¹⁴¹⁾ Il fatto che qui compaia per la prima volta l'espressione « Stato di diritto » (ottava e decima lezione, « Stato di diritto organico », op. cit., 123) non cambia nulla al riguardo. Cfr. M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in HRG, IV (1990), col. 367-375, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

giorni », si spinse una volta a sostenere Müller, « non sono altro che il sempre infelice tentativo di trovare un surrogato dei rapporti corporativi tipici del medioevo » (142). Oltre ad essere errate dal punto di vista storico, queste affermazioni mostrano con chiarezza come questo « romantico », che nel corso degli anni si trasformò in un sempre più fervido rappresentante degli interessi dell'*ancien régime*, non seppe riconoscere la più importante tendenza della sua epoca (143).

Circa un decennio più tardi, dopo i deliberati di Karlsbad e nel corso della « persecuzione dei demagoghi », in tre riprese che vanno dal 1820 al 1823 venne pubblicata l'opera di Friedrich Schlegel intitolata *Signatur des Zeitalters* (144). In essa l'autore descrive le diverse disposizioni d'animo delle generazioni che vanno dal 1763 al 1789 e dal 1789 al 1814 e agli anni successivi, mettendo in evidenza il cambio di prospettiva che hanno portato dagli ideali cosmopolitici agli ideali nazionalistici, dall'idea della « costruzione » giusrazionalistica allo « sviluppo » in senso organicistico nel pensiero statale, da « una concezione e visione dello Stato puramente matematica e meccanicistica » (145) alla creazione di un corpo « vivo e positivo » composto da famiglia, chiesa e corporazioni. Per Schlegel, come per altri suoi contemporanei, era importantissimo andare in direzione di una religiosità rinnovata, che non avesse solo le caratteristiche di una scelta di fede privata ma che costituisse, come nel caso di Clemens Brentano, una soluzione fondamentale dei problemi dell'epoca. In

(142) Op. cit., 117.

(143) F. ENGEL-JÁNOSI, *Die Theorie vom Staat im deutschen Österreich 1815-1848*, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », 2 (1921), 360-394 (381-385).

(144) F. SCHLEGEL (a cura di), *Concordia. Eine Zeitschrift*, I.-VI. Heft, Wien 1823, 3-70, 164-190, 343-398. Anche i conservatori videro in Schlegel una figura problematica; per esempio A.W. Rehberg, il quale ritiene che Schlegel si sia divertito a « fare il Licofrone politico metafisico-religioso-morale-immorale » (A.W. REHBERG, *Die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde ihrer Fürsten*, Jena 1835, 10). Cfr. anche lo svedese PER DANIEL A. ATTERBOM, *Reisebilder aus dem romantischen Deutschland, Jugenderinnerungen eines romantischen Dichters und Kunstgelehrten aus den Jahren 1817 bis 1819*, 1970, il quale parla di « crapula, affezione dell'uomo di Stato e arcicattolicesimo ». L'edizione critica oggi più autorevole è curata da Ernst Behler (1958 ss.).

(145) *Concordia* (nt. 144), 358.

un articolo pubblicato nella *Concordia* di Schlegel ⁽¹⁴⁶⁾ i diritti dell'uomo e la sovranità popolare vengono bollati come i veri elementi distruttivi dell'Europa e si aggiunge anche: « la vera costituzione dello Stato è la sua religione » ⁽¹⁴⁷⁾. Ciò che è « vivo e positivo » non è più la storia o la poesia, bensì Dio ⁽¹⁴⁸⁾.

4. *La restaurazione della scienza politica.*

a) *K.L. v. Haller.*

Il fronte della difesa contro l'assolutismo e il mondo borghese conta parecchi romantici, ma comprende anche rappresentanti, decisamente non romantici, dell'interesse nobiliare e altri conservatori, provenienti ad esempio dalle città libere dell'Impero. Uno di questi è Karl Ludwig von Haller (1768-1854) ⁽¹⁴⁹⁾, assai spesso considerato uno dei principali esponenti del pensiero « restauratore ». Cresciuto nell'atmosfera fortemente conservatrice del patriziato cittadino di Berna, egli servì la Repubblica fino alla fine di essa (1798), passando poi a prestare servizio presso le istituzioni asburgiche per poi tornare nel 1806 a Berna come professore di scienze dello Stato (fino al 1817). Egli assunse questo ruolo con l'obiettivo programmatico di rifondare il diritto pubblico generale ⁽¹⁵⁰⁾, elabo-

⁽¹⁴⁶⁾ H. Ueber den Grundvertrag der Gesellschaft, in *Concordia* (nt. 144), 337-342.

⁽¹⁴⁷⁾ Op. cit., 339.

⁽¹⁴⁸⁾ A questo riguardo F. ENGEL-JÁNOSI (nt. 143), 368-381.

⁽¹⁴⁹⁾ BLÖSCH, in ADB, 10 (1879), 431-436; E. BONJOUR, in NDB, 7 (1966), 549 s.; E. REINHARD, *Karl Ludwig von Haller. Ein Lebensbild aus der Zeit der Restauration*, 1915; ID., *Karl Ludwig von Haller, der „Restaurator der Staatswissenschaft“*, 1933; C. GUGGISBERG, *Carl Ludwig von Haller (=Die Schweiz im deutschen Geistesleben, nr. 87-88)*, Frauenfeld-Lepizig 1938; H.R. LIEDKE, *The German Romanticists and Karl Ludwig von Haller's Doctrins of European Restoration*, in « Journal of English and German Philology », 57 (1958), 71-393; H. BOLDT, *Zwischen Patrimonialismus und Parlamentarismus. Zur Entwicklung vorparlamentarischer Theorien in der deutschen Staatslehre des Vormärz*, in G.A. RITTER (a cura di), *Gesellschaft, Parlament und Regierung*, 1974, 77-100; ID., *Deutsche Staatslehre im Vormärz*, 1975, 60 s.; CH. PFISTER, *Die Publizistik Karl Ludwig von Hallers in der Frühzeit 1791-1815*, 1975.

⁽¹⁵⁰⁾ K.L. v. HALLER, *Ueber die Notwendigkeit einer andern obersten Begründung des allgemeinen Staatsrechts*, Bern 1807.

rando alcuni compendi ⁽¹⁵¹⁾ che confluirono poi nella sensazionale opera che conferì il nome ad un'intera epoca ⁽¹⁵²⁾. Come aristocratico ambizioso e negativamente colpito dalle esperienze della rivoluzione, Haller era un convinto avversario di Rousseau e dell'idea di « società borghese ». Haller si era ripromesso, come egli stesso sostiene, « di abbattere l'idolo del contratto sociale e di innalzare nuovamente l'onore di Dio nella natura sul trono della scienza » ⁽¹⁵³⁾, nonché di « riportare sul trono la legittima scienza » ⁽¹⁵⁴⁾. Dopo la rivoluzione di luglio in Francia Haller assunse un ruolo pressoché profetico, e affermò di essere costretto, per vocazione divina, a lanciarsi in un'apocalittica lotta finale contro le potenze sataniche dello spirito del tempo ⁽¹⁵⁵⁾. Il suo pensiero presenta un « carattere che appare singolarmente fuori dal tempo e che si potrebbe quasi definire fossile » ⁽¹⁵⁶⁾ ed è connesso ad una « concezione naturalistica del potere » che non può essere considerata propriamente conservatrice. La recezione del pensiero di Haller si esaurisce per questo motivo nell'interessata selezione di singoli argomenti da lui proposti e nel mirato utilizzo di quei concetti cari agli avversari della rivoluzione.

Nella sua *Restauration der Staatswissenschaft* Haller distingue tra Stati patrimoniali fondati sulla proprietà terriera, Stati militari basati sulla forza, Stati ecclesiastici sostenuti dal bisogno di fede e libere repubbliche il cui fondamento è da rintracciarsi nell'unione tra eguali. Gli Stati patrimoniali, particolarmente importanti, sono messi in primo piano e a partire da essi si sviluppa la critica di Haller alla teoria giusnaturalistica del contratto sociale. Per Haller lo Stato non è un prodotto artificiale e razionale di una *societas civilis*, attraverso la quale

⁽¹⁵¹⁾ K.L. v. HALLER, *Handbuch der allgemeinen Staatskunde, des darauf gegründeten allgemeinen Rechtes und der allgemeinen Staatsklugheit nach den Gesetzen der Natur*, Winterthur 1808.

⁽¹⁵²⁾ K.L. v. HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustandes der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt*, voll. 1-4, Winterthur 1816-1825 (2^a ed. in 6 voll., 1820-1822; vol. 5, 1824, vol. 6, 1825; ried. 1964; trad. it. *La restaurazione della scienza politica*, Torino 1963-1976).

⁽¹⁵³⁾ BLÖSCH, in ADB, 10 (1879), 431 (434).

⁽¹⁵⁴⁾ HALLER, *Restauration* (nt. 152), prefazione.

⁽¹⁵⁵⁾ C.L. v. HALLER, *Satan und die Revolution*, Luzern-Augsburg 1834 (3^a ed. 1835).

⁽¹⁵⁶⁾ BRANDT, 59.

il potere è giustificato e controllato, ma è il naturale, empirico e normativo « dominio del più forte ». Colui al quale Dio concede il potere di avere uno Stato, « possiede » lo Stato come proprietà patrimoniale, tanto da poterlo alienare o anche perderlo nel caso in cui il suo potere s'indebolisca. In questo modo lo stato di natura ha il proprio corso, è « ordinamento di Dio ». Il principe è in un certo senso un imponente signore territoriale istituito da Dio; il potere di governo — al cui interno Haller distingue diverse funzioni assegnando al potere giudiziario una posizione particolare — gli spetta in quanto egli ne è il proprietario. Scompare la separazione tra potere dello Stato e potere del principe: i funzionari statali sono al personale servizio del principe e i sudditi hanno con esso un rapporto di soggezione per la protezione che egli assicura. I sudditi non possono nemmeno disporre di una generale rappresentanza, se non sotto forma di « ceti » in senso tradizionale ⁽¹⁵⁷⁾ i quali hanno però la funzione di semplici organi consultivi, di corporazioni che esprimono una necessità e si limitano poi a dare il loro consenso alle decisioni del principe, ma che comunque non « rappresentano » il popolo bensì agiscono secondo un proprio diritto.

Con questa « dottrina naturale del potere statale » Haller offrì gli argomenti, che molti attendevano, contro l'odiata costruzione contrattualistica, contro la divisione dei poteri, contro i diritti fondamentali, contro la dissoluzione dei diritti di sovranità a favore della rappresentanza o della sovranità popolare e del diritto di resistenza. Ciò significava, espresso in termini positivi: « ristabilimento del vecchio governo patrimoniale ereditario, del sistema feudale, dell'assenza di legislazione, della liceità dei privilegi, della giurisdizione patrimoniale, e così via: in breve, si tratta della dissoluzione degli Stati in feudi e in corporazioni » ⁽¹⁵⁸⁾. Queste posizioni antimoderniste non alludevano solamente a un ritorno all'*ancien régime*, ma comportavano in definitiva una negazione sul piano storico. Per questo motivo l'indignazione dei sostenitori del costituzionalismo liberale fu marcata. Tipica a questo riguardo, anche se certo meno influente di quella del suo predecessore, fu l'opinione di

⁽¹⁵⁷⁾ Ampiamente trattato in BRANDT, 61-64.

⁽¹⁵⁸⁾ C. VOLLGRAFF, *Ueber den heutigen Begriff, Umfang und Gegenstand der Staatswissenschaften*, Marburg 1825, 13.

Wilhelm Traugott Krug, che ricopriva la cattedra che era stata di Kant ⁽¹⁵⁹⁾. Anche il sarcastico giudizio di Hegel, che sottolineò le gravi contraddizioni e la mancata differenziazione tra asserzioni empiriche e normative, in proposito è significativo ⁽¹⁶⁰⁾.

b) *F. v. Gentz.*

Un esempio che può descrivere in modo particolarmente significativo la trasformazione di un giovane seguace di Kant in un simbolo del sistema repressivo instaurato da Metternich, è rappresentato dal tanto ammirato quanto odiato Friedrich von Gentz (1764-1832) ⁽¹⁶¹⁾, autore sicuramente non « romantico » ma conservatore razionale e realista politico. Inizialmente in contatto con Christian Garve (1726-1806) e il suo circolo di Breslavia ⁽¹⁶²⁾, a Königsberg venne profondamente influenzato da Kant ⁽¹⁶³⁾ e da quel momento diventò uno dei maggiori scrittori politici del suo tempo, distinguendosi soprattutto per i suoi scritti antinapoleonici ⁽¹⁶⁴⁾. Nel 1802 abbandonò il servizio come funzionario statale

⁽¹⁵⁹⁾ W.T. KRUG, *Die Staatswissenschaft im Restaurationsprozesse der Herren von Haller, Adam Müller und Consorten*, Leipzig 1817; ID., *Dikäopolitik oder neue Restauration der Staatswissenschaft mittels des Rechtsgesetzes*, Leipzig 1824 (su Krug cfr. PRANTL, in ADB, 17, 1883, 220-222; BRANDT, 223-226; ma anche *Hegels scharfe Besprechung Krugscher Werke*, in « Krit. Journal der Philosophie », vol. I, 1802, St. 1); H. ESCHER, *Ueber die Philosophie des Staatsrechts, mit besonderer Beziabung auf die Haller'sche Restauration*, Zürich 1821 (su Heinrich Escher, 1789-1870 cfr. BRIE, in ADB, 6, 1877, 355-357); A.F.J. RIEDEL, *Hallers staatsrechtliche Grundsätze, nach der Restauration der Staatswissenschaft bearbeitet und beleuchtet*, Berlin 1842.

⁽¹⁶⁰⁾ HEGEL, *Rechtsphilosophie*, paragrafo 258 e note.

⁽¹⁶¹⁾ MOHL, II, 488-511; P.R. SWEET, *Friedrich von Gentz. Defender of the Old Order*, Madison 1941; G. MANN, *Friedrich von Gentz. Geschichte eines europäischen Staatsmannes* (1947), 2^a ed. 1972; J. BAXA, *Friedrich von Gentz*, Wien 1965; G. KRONENBITTER, *Wort und Macht. Friedrich Gentz als politischer Schriftsteller*, 1994.

⁽¹⁶²⁾ K.G. SCHÖNBORN, (a cura di), *Briefwechsel zwischen Garve und Gentz* (1789-98), Breslau 1857; E.C. WITTICHEN (a cura di), *Briefe von und an Friedrich von Gentz*, 4 voll., 1909-1913; M. STOLLEIS, (nt. 72), 86 ss.

⁽¹⁶³⁾ F. GENTZ, *Ueber den Ursprung und die obersten Principien des Rechts*, in « Berlinische Monatsschrift », a cura di J.E. Biester, 1 (1791), 370-396.

⁽¹⁶⁴⁾ F. GENTZ, *Ueber den Ursprung und Charakter des Krieges gegen die französische Revolution*, Berlin 1801; ID., *Ueber den politischen Zustand von Europa vor und nach der französischen Revolution*, in 2 parti, Berlino 1801, 1802; ID., *Authentische Darstellung*

prussiano per passare in Austria, dove diventò, con il Congresso di Vienna, il braccio destro e il portavoce di Metternich. Per quanto Gentz fosse ambiguo sul piano personale, si deve rilevare che il suo pensiero era chiaramente antirivoluzionario ⁽¹⁶⁵⁾, anche se inizialmente era ancora compatibile con l'aspirazione a una « costituzione felicemente organizzata » ⁽¹⁶⁶⁾. Gentz era convinto che « una buona costituzione [fosse] l'unico mezzo radicale per prevenire definitivamente, o almeno ridurre al minimo, il pericolo di una ribellione, dal momento che con essa, grazie a una buona organizzazione del più alto potere, l'abuso da parte di quest'ultimo risulta impossibile » ⁽¹⁶⁷⁾. Per questo motivo Gentz era anche a favore della libertà di stampa ⁽¹⁶⁸⁾. Ciononostante, dopo il Congresso di Vienna egli iniziò a rappresentare tendenze sempre più restauratrici. « Con un atteggiamento caratterizzato da sicurezza e tranquillità esteriore, godendo di tutte le amenità di un comodo benessere e tra le braccia di un'incantevole danzatrice, egli si schierava contro i movimenti per la libertà e i diritti dei popoli tedeschi, francesi e polacchi » ⁽¹⁶⁹⁾. A questo riguardo il contributo più importante di Gentz è il celebre saggio *Über den Unterschied zwischen den landständischen und repräsentativen Verfassungen* del 1819 ⁽¹⁷⁰⁾, in cui si può riscontrare il tentativo di frenare la diffusione del parlamentarismo tramite un'interpretazione strettamente conservatrice e corporativa dell'art. 13 della Costituzione della Confederazione Germanica.

Gentz è il classico rappresentante di quel diffuso movimento

des Verhältnisses zwischen England und Spanien, vor und bey dem Ausbruche des Krieges zwischen beiden Mächten, Petersburg-Riga-Leipzig 1806.

⁽¹⁶⁵⁾ *Betrachtungen über die französische Revolution. Nach dem Englischen des Herrn Burke neu bearbeitet...von Friedrich Gentz*, 2 voll., Berlin 1793 (nuova ed. 1967 con introduzione di D. Henrich); J. MALLET DU PAN, *Ueber die französische Revolution und die Ursachen ihrer Dauer. Uebersetzt von Friedrich Gentz*, Berlin 1794; J.J. MOUNIER, *Entwicklung der Ursachen, welche Frankreich gehindert haben, zur Freiheit zu gelangen. Mit Anmerkungen von Friedrich Gentz*, 2 voll., Berlino 1794.

⁽¹⁶⁶⁾ D. HENRICH (a cura di), *Kant, Gentz, Rehberg; Über Theorie und Praxis*, 1967, 108.

⁽¹⁶⁷⁾ Cfr. HENRICH (nt. 166), 107.

⁽¹⁶⁸⁾ "Sendschreiben", *Seiner K.M. Friedrich Wilhelm III. Bei der Thronbesteigung allerunterthänigst überreicht von Friedrich Gentz*, Berlin 1797.

⁽¹⁶⁹⁾ MOHL, II, 509.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. cap. 2, nt. 25.

portatore di posizioni riformatrici « borghesi » che giungono a ergersi a difensori dell'ordine costituito. Come saggista politico e scrittore egli è sicuramente straordinariamente dotato, e sotto questo profilo egli può senz'altro essere equiparato a Görres, Börne e Heine.

c) *F. Ancillon.*

Anche Friedrich Ancillon (1767-1837) ⁽¹⁷¹⁾, che vantava legami di parentela con Gentz, imboccò la strada che da posizioni razionalistiche e filocostituzionali conduceva in una direzione sempre più conservatrice. Fece una notevole carriera come funzionario prussiano: diventato professore all'Accademia militare (1792) e poi all'Accademia delle scienze (1805), lavorò come precettore di Federico Guglielmo IV (1810), fu membro del Consiglio di Stato (1817) e infine al vertice del Ministero degli Esteri (1832). Le sue opere ⁽¹⁷²⁾ sono, come è stato giustamente osservato, « di facile e piacevole lettura: in complesso si tratta però di una produzione di non grande valore » ⁽¹⁷³⁾, « più ampia che profonda » ⁽¹⁷⁴⁾. In generale Ancillon viene descritto, anche da importanti contemporanei come Humboldt, Schleiermacher e Hegel, come pieno di sé, prolisso e dotato di « un mellifluo ottimismo caratterizzato da una sgradevole retorica e da una logica da pulpito » ⁽¹⁷⁵⁾. Questi giudizi appaiono ancora oggi appropriati, sebbene un'autorità come Ranke non abbia espres-

⁽¹⁷¹⁾ -A-, in ADB, 1 (1875) 420-424; F. HARTUNG, in NDB, 1 (1953), 264 s.; P. HAAKE, *Johann Peter Friedrich Ancillon und Kronprinz Friedrich Wilhelm IV. von Preußen*, 1920; W. BUßMANN, *Zwischen Preußen und Deutschland. Friedrich Wilhelm IV.*, 1990, 44-48.

⁽¹⁷²⁾ F. ANCILLON, *Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen. Ein Versuch zur Berichtigung einiger politischen Grundbegriffe*, Berlin 1815 (2^a ed. 1816); ID., *Ueber die Staatswissenschaft*, Berlin 1820; ID., *Nouveaux essais de politique et de philosophie*, 2 voll., Paris-Berlin 1824; ID., *Ueber den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung*, Berlin 1825; ID., *Zur Vermittlung der Extreme in den Meinungen*, 1828-31; ID., *Pensées sur l'homme, ses rapports et ses intérêts*, Berlin 1829.

⁽¹⁷³⁾ MOHL, III, 399.

⁽¹⁷⁴⁾ HARTUNG (nt. 171).

⁽¹⁷⁵⁾ Cfr. ADB (nt. 171).

so un'opinione così severa al riguardo ⁽¹⁷⁶⁾. Ancillon non regge il confronto con Gentz dal punto di vista stilistico e concettuale. Nonostante la vicinanza con Federico Guglielmo IV ⁽¹⁷⁷⁾ Ancillon non è un romantico, come non è un illuminista razionalista né un cristiano antirivoluzionario come Haller. Egli è più che altro un eclettico che adatta i luoghi comuni del tempo e le parole di moda ad uno stile discorsivo privo di profondità. In modo contraddittorio ma elegante parlò della sua ammirazione per Federico il Grande, non nascondendo allo stesso tempo il suo rifiuto per l'illuminismo. Le sue opinioni cambiarono, come c'era da aspettarsi, con gli avvenimenti. All'epoca della promessa di una costituzione prussiana si schierò a favore di una rappresentanza generale del popolo, ma dopo il 1820 seguì la rotta indicata da Metternich, sostenne l'opportunità di diritti speciali per la nobiltà e considerò i ceti territoriali, che erano stati prudentemente riformati, il massimo compromesso possibile nei confronti dello « spirito del tempo », che egli per parte sua naturalmente respingeva non potendolo considerare come una istanza normativa ⁽¹⁷⁸⁾. Del resto Ancillon rifiutava anche l'intera costruzione razionalistica dello Stato, la sovranità popolare, la rappresentanza popolare, la divisione dei poteri e i diritti fondamentali: il movimento costituzionale in generale gli appariva come una « malattia epidemica » ⁽¹⁷⁹⁾. Tutto ciò che egli aveva da ribattere

⁽¹⁷⁶⁾ L. v. RANKE, *Zur eigenen Lebensgeschichte*, in *Sämtliche Werke*, vol. 53-54, Leipzig 1890, 51.

⁽¹⁷⁷⁾ F.-L. KROLL, *Friedrich Wilhelm IV. und das Staatsdenken der deutschen Romantik*, 1990; si veda anche DAVID E. BARCLAY, *Frederick William IV and the Prussian Monarchy, 1840-1861*, New York 1995 (trad. ted. *Anarchie und guter Wille. Friedrich Wilhelm IV. und die preußische Monarchie*, 1995).

⁽¹⁷⁸⁾ ANCILLON, *Ueber Souveranität* (nt. 172), 68-76. Il suo ruolo nell'affare del *Tugendbund* (cfr. *supra*, cap. 2, nt. 14) non è ancora del tutto chiaro. Niebuhr scrisse in una lettera a Dore Hensler (intorno al 10 gennaio 1816) « che il fatto che Ancillon sia stato uno dei principali istigatori dell'intera riprovevole faccenda non può essere messo in dubbio... Mi dispiace solo che quest'uomo abbia tanta influenza sul principe ereditario ». In una lettera a Gneisenau del 18 dicembre 1815 si esprime in maniera simile: « Ancillon è stato sin dall'inizio uno dei malefici divulgatori della diceria alla base della vicenda ».

⁽¹⁷⁹⁾ Dei « parossismi della furia del movimento costituzionale » parla anche ALEXANDER MÜLLER, *Meine Ansichten wider das deutsche Repräsentativsystem, und über die Hauptursachen der zunehmenden Volksunzufriedenheit, insbesondere über manches*,

si esauriva però nel *pathos* religioso e patriottico e in retoriche invocazioni del senso civico.

d) *C.E. Jarcke.*

Un teorico dello Stato influenzato da Haller, ma realistico e conservatore, è il penalista Carl Ernst Jarcke (1801-1852) ⁽¹⁸⁰⁾. A partire dal 1825 fu professore a Berlino, ma dopo la sua conversione (1825) lasciò l'università (1830-31) e lavorò come giornalista. Dopo aver scritto un saggio contro la rivoluzione di luglio ⁽¹⁸¹⁾ fu chiamato a Vienna in qualità di successore di Gentz. La sua produzione letteraria consiste soprattutto di articoli di giornale («*Politisches Wochenblatt*, *Historisch-politische Blätter für das katholische Deutschland*») ⁽¹⁸²⁾. Per quanto ci riguarda, l'opera più interessante è però *Die ständische Verfassung und die deutschen Constitutionen* ⁽¹⁸³⁾.

Come per Haller, anche per Jarcke la rivoluzione è il baratro che ingoia il diritto e la religione. Allo stesso modo di Gentz, Jarcke sostiene che il parlamentarismo rappresentativo è inconciliabile con il sistema monarchico. Allo scopo di contrastare la rivoluzione egli

was päbstelt, Ilmenau 1828, 3-38. Müller confronta con le effettive lacune delle costituzioni e delle assemblee cetuali, attraverso un gran numero di artifici retorici, un principio monarchico idealizzato. Egli si schiera a favore della «monarchia pura» (23), che è la forma che piace di più ai tedeschi. «Buoni governanti non hanno bisogno di una costituzione» (36). Questa direzione è scelta, anche se con una sfumatura nazionalistica, anche da K. L. BERNEYS, *Deutschland und seine fränkischen Repräsentativ-Verfassungen*, Mannheim 1841.

⁽¹⁸⁰⁾ MOHL, II, 578-592; F. ENGEL-JÁNOSI (nt. 143), 387-390; BRANDT, 73-84 e altra bibliografia ivi richiamata.

⁽¹⁸¹⁾ C.E. JARCKE, *Die französische Revolution von 1830, historisch und staatsrechtlich beleuchtet*, Berlino 1831.

⁽¹⁸²⁾ C.E. JARCKE, *Vermischte Schriften*, 3 voll., München 1839; Id., *Prinzipienfragen. Politische Briefe an einen deutschen Edelmann, nebst gesammelten Schriften*, Paderborn 1854 (= *Vermischte Schriften*, vol. 4). Cfr. O. WEINBERGER, *K.E. Jarcke*, in «*Histor. Jahrbuch*», 46 (1926), 563-593; F. PETERS, *Carl Ernst Jarckes Staatsanschauung und ihre geistigen Quellen*, 1926; W. SCHEEL, *Das "Berliner politische Wochenblatt" und die politische und soziale Revolution in Frankreich und England*, 1964; altra bibliografia è indicata in H.CH. KRAUS (nt. 54), il quale ha scritto l'unica opera moderna in cui si riconosce in maniera convincente il valore dell'opera di Jarcke.

⁽¹⁸³⁾ Leipzig 1834.

afferma l'assoluta intangibilità della legittimazione religiosa del diritto; sostiene la necessità che il sovrano, il cui potere proviene da Dio, detenga una sovranità indivisa; difende l'esistenza di un bene comune pre-statuale nonché di un pubblico dovere di servire la religione e la chiesa. La posizione di Jarcke tuttavia non era pienamente antiliberale: nonostante il rifiuto del contrattualismo e del sistema rappresentativo, egli sosteneva che l'intervento dello Stato, soprattutto in materia religiosa, non fosse opportuno; inoltre era favorevole ai ceti (modernizzati) ⁽¹⁸⁴⁾ e all'autonomia amministrativa. Anche il fatto che egli concepisse senza ulteriori discussioni il monarca come legittimato dal suo incarico divino, mentre il singolo delegato parlamentare non era altro che il seguace di un'ideologia, è discutibile dal punto di vista teorico e allo stesso tempo consistente da quello politico.

Gli scritti teorici di Jarcke — che non era né un assolutista né un vero liberale, ma che era decisamente antidemocratico, antindividualista e sostenitore di una vaga idea di Stato « organico » cristiano-conservatore — furono considerati da parte liberale « scientificamente insignificanti » ⁽¹⁸⁵⁾; esercitarono comunque una significativa influenza sulla pubblicistica del fronte conservatore prussiano all'epoca di Federico Guglielmo III, sulla posizione di Metternich fino al 1848, nonché sul movimento popolare cattolico del *Vormärz*.

Accanto al nome di Jarcke è necessario ricordare anche quello dello storico ultraconservatore prussiano Heinrich Leo (1799-1878), autore degli *Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates* ⁽¹⁸⁶⁾. Come indica già lo stesso termine *Naturlehre* (dottrina naturale), lo Stato è qualcosa che si è « sviluppato » da un'origine, è una creazione della mano di Dio che, in quanto Stato « organico », comprende elementi spirituali e materiali allo stesso modo dell'organismo umano, contrapponendosi così a uno Stato « meccanico » dominato dalla violenza, dal pensiero astratto e dal denaro. Una

⁽¹⁸⁴⁾ KRAUS (nt. 54), 431 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ MOHL, II, 588.

⁽¹⁸⁶⁾ Halle 1833. — v. WEGELE, in ADB, 18 (1883), 288-294; CHR. FRHR. v. MALTZAHN, in NDB, 14 (1985), 243-245; ID. *Heinrich Leo (1799-1878)*, 1979; C.R. HENDERSON, *Heinrich Leo. A Study in German Conservatism*, Ann Arbor (Mich.), 1977.

commistione di questi diversi elementi si rinviene negli Stati « sistematici », che danno un ordine tanto agli aspetti organici quanto a quelli meccanici. In questo modo si possono classificare le forme storiche dello Stato in base alle loro principali forze motrici (Stati militari, Stati ecclesiastici, Stati commerciali) e in base ai diversi livelli di corrispondenza con la « natura ».

5. *La dottrina generale dello Stato d'ispirazione conservatrice.*

Adam Müller e Friedrich Schlegel, e anche altri romantici come Karl Ludwig von Haller, Friedrich von Gentz, Friedrich Ancillon e Carl Ernst Jarcke, erano sostanzialmente attivi al di fuori del mondo accademico. Erano “pubblicisti” nel senso moderno del termine, e si muovevano negli atri del potere. Politici in senso proprio, che prendevano similmente parte al dibattito intellettuale, erano invece Ernst Georg G. v. Bülow-Cummerow (1775-1851) ⁽¹⁸⁷⁾, Ludwig Fürst zu Solms-Lich (1805-1880) ⁽¹⁸⁸⁾, Johann von Türckheim (1778-1847) ⁽¹⁸⁹⁾ o Joseph Maria Radowitz (1797-1854) ⁽¹⁹⁰⁾.

Del resto, fino al 1848 le università non accettarono di buon grado che si facesse propaganda conservatrice in ambito accademico. La stretta cerchia dei giuristi-pubblicisti — secondo la terminologia dell'epoca si trattava di professori che insegnavano dottrina generale dello Stato e politica, diritto pubblico della Confederazione germanica e diritto comune degli Stati confederati, diritto territoriale, diritto amministrativo e diritto delle genti — era principalmente d'orientamento liberale. Proprio i docenti più apprezzati sul piano

⁽¹⁸⁷⁾ E.G.C. v. BÜLOW-CUMMEROW, *Preußen, seine Verfassung, seine Verwaltung, sein Verhältnis zu Deutschland*, 2 voll., Jena 1842-43.

⁽¹⁸⁸⁾ (L. FÜRST ZU SOLMS-HOHENSOLMS-LICH), *Deutschland und die Repräsentativverfassungen*, Gießen 1838; *contra* K. BUCHNER, *Der Herr Fürst Ludwig zu Solms-Lich und die Repräsentativverfassungen*, Darmstadt 1838 e v. WEBER, *Die deutschen Repräsentativverfassungen, insbesondere nach den Ansichten des Fürsten zu Solms-Lich und der Gegenschrift Karl Buchners*, in « (Bülau's) Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik », 1 (1839), 67-87. Su L. Solms-Lich cfr. BRANDT, 93-101.

⁽¹⁸⁹⁾ BRANDT, 93 ss., 100 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ J.M. v. RADOWITZ, *Das patrimoniale Princip*, Berlino 1851; in *Ges. Schriften*, IV, Berlin 1853, 238-242. Sulla biografia cfr. H. HOLBORN (a cura di), *Aufzeichnungen und Erinnerungen aus dem Leben des Botschafters Joseph Maria von Radowitz*, 2 voll., 1925, soprattutto vol. I (1839-1877).

scientifico e al contempo più popolari, e che ritroveremo nella *Paulskirche*, erano liberali.

All'interno delle facoltà giuridiche gli esempi di professori fedeli al conservatorismo più rigido sono rari. Ovviamente tra questi vi era il grande Friedrich Julius Stahl, parlamentare e insieme teorico dello Stato. Ma oltre a lui non si trovano prima del 1848 esponenti conservatori di particolare prestigio. Possiamo ricordare ancora una volta Romeo Maurenbrecher (1803-1843) e i suoi *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechtes* del 1837⁽¹⁹¹⁾, ma il fulcro di tale opera sono ancora il diritto locale renano e il diritto privato comune tedesco⁽¹⁹²⁾. Maurenbrecher non può essere preso in considerazione come autore di un'originale dottrina generale dello Stato⁽¹⁹³⁾. Fondamentalmente egli non ha fatto altro che riproporre l'opinione generale. I pochi passaggi, immediatamente evidenti, in cui sembra assumere una posizione autonoma, non offrono altro che una forma per così dire "giuridicizzata" delle tesi più importanti di Haller.

Il tentativo di Maurenbrecher di interpretare la sovranità come *quasi dominium* del principe, di sostenere il principio monarchico e di trasformare la politica ufficiale delle maggiori forze della Confederazione germanica in una dogmatica del diritto pubblico, incontrò ampia resistenza. Mohl mostra quanto fosse acceso il dibattito, affermando con decisione nel 1867: « Il meschino argomentare di Maurenbrecher non è da tenersi in considerazione »⁽¹⁹⁴⁾. Malgrado la concitazione del momento storico, il conservatorismo di Maurenbrecher era stato però espresso in modo estremamente controllato. « Una dottrina dello Stato che sia conciliante », disse, « è la vera

(191) Cfr. *supra*, cap. 2, nt. 80.

(192) B. URBASCHEK, *Empirische Rechtswissenschaft und Naturrecht. Der Beitrag Romeo Maurenbrechers zur Rechtslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, 1966.

(193) M. RIEDEL, *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie*, 2^a ed., 1970, 136; qui l'autore definisce Maurenbrecher, cosa difficile da comprendere, uno « dei più importanti giuristi tedeschi prima del 1850 ».

(194) R. MOHL, *Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts*, in « Zeitschrift f. Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte », a cura di L.K. AEGIDI, 1 (Berlin 1867), 354-384 (360).

missione del nostro tempo » (195). Secondo Maurenbrecher, il pericolo che si poteva avvertire nel periodo successivo al 1819 aveva giustificato la repressione delle dottrine d'opposizione, ma questo pericolo era ormai superato (1837). « Per il pubblicista non ci sono più *de facto* i deliberati di Karlsbad » (196). Era adesso necessario rielaborare le costituzioni, prendersi cura del diritto pubblico e riavvicinare gli studenti alla materia, affinché questi ultimi non pensassero più che « gli esami non includono il diritto pubblico » e che fosse meglio che « nessuno studente tedesco studi diritto pubblico ».

Oltre a Maurenbrecher, apparteneva a questo orientamento anche lo storico del diritto e giuspubblicista berlinese Karl (Carl) Wilhelm von Lancizolle (1796-1871) (197). Egli era un conservatore prussiano decisamente antiliberal e si distinse non soltanto per la raccolta e la descrizione storica di dati e fonti del diritto (198), ma anche per i suoi duri attacchi alle costituzioni e al principio di rappresentanza (199). Gli scritti storici, sul cui valore non ci si pronuncerà in questa sede, erano legati alle sue opinioni politiche e al protestantesimo moralistico tipico della cerchia vicina a Federico Guglielmo IV. Per questi motivi Lancizolle, il quale tra il 1825 e il 1830 fu precettore dell'allora principe ereditario, riveste una posizione non proprio marginale (200).

Infine, vale la pena menzionare il docente di scienze dello Stato

(195) R. MAURENBRECHER, *Ueber den gegenwärtigen Stand des staatsrechtlichen Studiums in Teutschland*, in « Jahrbücher der Geschichte und der Politik », a cura di K.L.H. Pölitz, 2 (1837), 1-26 (21).

(196) MAURENBRECHER (nt. 195), 18.

(197) E. FRIEDLÄNDER, in ADB, 17 (1883), 583 s.; LANDSBERG, III-2, 315-318, *passim* e note, 144.

(198) C.W. v. LANCIZOLLE, *Geschichte der Bildung des preußischen Staates*, vol. I, Berlin 1828; Id., *Grundzüge der Geschichte des deutschen Städtewesens*, Berlin-Stettin 1829; Id., *Uebersicht über deutsche Reichsstandschafts- und Territorial-Verhältnisse vor dem französischen Revolutionskriege, die seitdem eingetretenen Veränderungen*, Berlin 1830; Id., *Über Königtum und Landstände in Preußen*, Berlin 1846; Id., *Rechtsquellen für die gegenwärtige landständische Verfassung in Preußen*, Berlin 1847.

(199) C.W. v. LANCIZOLLE, *Ueber Ursachen, Charakter und Folgen der Julitage*, Berlin 1831, e soprattutto *Ueber die öffentliche Meinung* (141-172).

(200) W. BUßMANN, *Zwischen Preußen und Deutschland. Friedrich Wilhelm IV*, 1900, non menziona Lancizolle.

Karl Friedrich Vollgraff (1794-1863) di Marburgo. Egli era stato inizialmente a favore della monarchia costituzionale di stampo liberale⁽²⁰¹⁾, ma era poi passato a difendere i diritti dei signori cetuali⁽²⁰²⁾ ed aveva suscitato un certo scalpore a livello locale a causa di un suo scritto contro la nuova costituzione dell'Assia elettorale del 1831⁽²⁰³⁾. Dal momento che non aveva raggiunto una grande notorietà, Vollgraff decise di dedicarsi esclusivamente alla rielaborazione di una etnologia giuridica storico-speculativa con fondamenti biologici⁽²⁰⁴⁾, la qual cosa gli valse più tardi la fama di essere stato « uno dei primi politici razzisti in terra tedesca »⁽²⁰⁵⁾. A partire da quattro temperamenti psichici originari Vollgraff arriva all'individuazione di « quattro razze principali » e di quattro livelli di sviluppo della socializzazione umana (età infantile, adolescenziale, adulta e anziana), che permettono conseguentemente di distinguere tra popoli selvaggi, nomadi, industrializzati e “dell'umanità”, con una classificazione che inquadra gli europei tra i popoli industrializzati. Secondo Vollgraff, tra gli europei, i francesi sono « un popolo

⁽²⁰¹⁾ K. VOLLGRAFF, *Ueber den heutigen Begriff, Umfang und Gegenstand der Staatswissenschaften*, Marburg 1825; ID., *Die Systeme der praktischen Politik im Abendlande*, parti I-III, Gießen 1828, parte IV Gießen 1829; ID., *Die historisch-staatsrechtlichen Grenzen moderner Gesetzgebungen*, Marburg 1830.

⁽²⁰²⁾ K. VOLLGRAFF, *Gibt es noch einen hohen deutschen Adel in dem Sinne und Begriffe, den man damit doctrinell bis zur Auflösung des deutschen Reiches verband?*, Darmstadt 1823; ID., *Die deutschen Standesherren*, Gießen 1824; ID., *Über die Unverletzbarkeit der standesherrlichen Eigenthums-Rechte*, Marburg 1837.

⁽²⁰³⁾ Vedi sotto, cap. 4, nt. 132.

⁽²⁰⁴⁾ K. VOLLGRAFF, *Erster Versuch einer (wissenschaftlichen) Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie durch die Anthropologie, wie auch der Staats- und Rechts-Philosophie durch die Etnologie oder Nationalität der Völker*, in tre parti (*Anthropognosie, Ethnognosie und Etnologie, Polignosie und Polilogie*), Marburg 1851-1855.- Per la biografia cfr. EISENHART, in ADB, 40 (1896), 248 s.; K.W. JUSTI, *Grundlage zu einer Hessischen Gelehrten-, Schriftsteller- und Künstler-Geschichte vom Jahre 1806 bis zum Jahre 1830*, Marburg 1831, 662-670 (=Autobiographie), completata da O. GERLAND, *Grundlage*, Kassel 1868, 149 s. Quale anno di nascita vengono indicati il 1792 e il 1794, ma lo stesso Vollgraff indica (in Justi) il 1794. Sul tema ampiamente W. SPEITKAMP, *Karl Vollgraff*, in ID. (a cura di), *Stadt, Gesellschaft, Wissenschaft*, 1994.

⁽²⁰⁵⁾ A. GÜNTHER, *Karl Friedrich Vollgraff, Kämpfer im Vormärz für Rasse, Volk und Staat*, in « Schmollers Jahrb. f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche », 1935, 59-82; ID., *Karl Vollgraff*, in I. SCHNACK (a cura di), *Lebensbilder aus Kurhessen und Waldeck 1830-1930*, vol. I, Marburg 1939, 286-292 (288).

decaduto e depravato » e, così afferma, « questa è la chiave antropognostica, etnognostica e polignostica per spiegare i loro nuovi e folli principî statali » (206). Troveremo una conferma del fatto che tali idee non fossero appannaggio dei soli conservatori quando esamineremo il pensiero di Carl Salomo Zachariä e di Johann Caspar Bluntschli.

Il lungo titolo dello scritto polemico che ci interessa in questa sede, *Die Täuschungen des Repräsentatif-Systems, oder Beweis: dass dieses System nicht das geeignete, rechte und zeitgemäse Mittel ist, den Bedürfnissen unserer Zeit zu begegnen, mit Andeutung der geeigneten, rechten und zeitgemäsen Reformen* (207), testimonia quale sia l'obiettivo di Vollgraff al tempo delle lotte costituzionali nell'Asia elettorale. Secondo Vollgraff il sistema rappresentativo non è « adatto » al carattere del popolo stabilito dalla legge di natura, ed è inoltre estraneo alla « natura germanica » (208). Ciò che è adeguato al carattere dei tedeschi, che Vollgraff non considera appartenenti all'insieme degli altri popoli organizzati in Stati, è a suo parere la costituzione cetuale. I « popoli giuridici » (*Rechtsvölker*), come egli ama definirli, sono propensi a forme di governo monarchico-aristocratiche. Il sistema rappresentativo è per loro « contro natura », poiché esso conduce ad una democrazia egualitaria la quale a sua volta — e a ben vedere si tratta di un ragionamento corretto — entra in difficoltà quando è imposta a una società non egualitaria (209). Vollgraff teme che una tale democrazia, impersonata da deputati parlamentari dotati di « libero mandato », potrebbe portare a una irresponsabile tirannide della maggioranza o ad una interdizione politica del popolo esercitata da un'oligarchia di deputati priva di vincoli. In questo senso Vollgraff si proponeva come « il difensore del sistema cetuale concreto-naturale storico-tedesco » (210). A partire dal 1831 Vollgraff divenne sempre più un osservatore esterno della situazione politica, si ritirò dall'università e

(206) Op. cit., parte III, 443, 943.

(207) Marburg 1832.

(208) Op. cit., par. 3.

(209) Op. cit., par. 21.

(210) Op. cit., par. 66.

si dedicò ai suoi ampi studi di etnologia giuridica, che però non ebbero più alcuna risonanza.

6. *F.J. Stahl.*

Friedrich Julius Stahl è da sempre oggetto di particolare interesse scientifico e politico. Negli ultimi anni questo interesse si è intensificato e ha prodotto una lunga serie di studi dedicati alla sua teoria, alla sua politica ecclesiastica e alla sua azione parlamentare. In particolare, Stahl è stato oggetto di studio nell'approfondita opera di Wilhelm Füssl (211), dalla quale emerge un'immagine di Stahl molto più pragmatica ed equilibrata di quella che abitualmente lo dipinge come « reazionario ».

Stahl, a differenza di Haller, Gentz o Jarcke, è stato capace di sviluppare in modo classico la posizione conservatrice della metà del secolo, collegandola ad una dimensione politica pratica. Le sue dottrine « sono state determinanti per il conservatorismo tedesco fino alla Grande guerra e anche oltre » (212). Dopo inizi sostanzialmente impolitici — la sua tesi di abilitazione alla docenza universitaria del 1827 era dedicata alla disciplina romanistica della citazione in giudizio — la prima opera con cui Stahl si impegnò anche sul

(211) Fondamentale G. MASUR, *Friedrich Julius Stahl. Geschichte seines Lebens. Aufstieg und Entfaltung 1802-1840*, 1930; solo un abbozzo in P. DRUCKER, *Friedrich Julius Stahl — conservative Staatslehre und geschichtliche Entwicklung*, 1933 (« Recht und Staat », 100). La letteratura moderna inizia con D. GROSSER, *Grundlagen und Struktur der Staatslehre Friedrich Julius Stahls*, 1963; BRANDT, *Landständische Repräsentation*, 106-112; CH. LINK, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung im lutherischen Konfessionalismus des 19. Jahrhunderts*, 1966; H. HEINRICH, *Menschenbild und Recht bei Friedrich Julius Stahl*, tesi, Innsbruck 1969; BOLDT, *Deutsche Staatslehre*, 196-215; H.-J. WIEGAND, *Das Vermächtnis Friedrich Julius Stahls. Ein Beitrag zur Geschichte konservativen Rechts- und Ordnungsdenkens*, 1980; CH. WIEGAND, *Über Friedrich Julius Stahl 1802-1861*, 1981; A. NABRINGS, *Friedrich Julius Stahl — Rechtsphilosophie und Kirchenpolitik*, 1983; W. BUßMANN, *Friedrich Julius Stahl*, in *Gestalten der Kirchengeschichte*, vol. 9: *Die neueste Zeit*, I, a cura di Martin Greschat, 1985, 325-343; W. FÜSSL, *Professor in der Politik: Friedrich Julius Stahl (1802-1861). Das monarchische Prinzip und seine Umsetzung in die parlamentarische Praxis*, 1988.

(212) CH.F. MENGER, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 7^a ed. 1990, Rdnr. 223.

piano politico fu la sua *Storia della filosofia del diritto* (213). A partire dal 1830 egli fu redattore del giornale bavarese filo-governativo *Der Thron- und Volksfreund*. Nel 1837 rappresentò il corpo docente protestante della città di Erlangen nel consiglio regionale bavarese. Nel 1840 fu chiamato a Berlino per volontà del nuovo re Federico Guglielmo IV. Con il trattato *Das monarchische Prinzip* (214) Stahl superò la barriera che ancora lo teneva lontano dalla politica attiva, avviando così « quell'ascesa che lo avrebbe portato ad essere uno dei docenti universitari, politici, *leader* di partito e politico ecclesiastico più apprezzato del suo tempo » (215). Non è qui il caso di concentrarsi sul ruolo di Stahl come ideologo e massimo esponente dei conservatori prussiani dopo il 1848. In questa sede risulta invece più importante osservare che anche prima del 1848 i conservatori erano in grado di fondere l'intoccabile « principio monarchico » con i più importanti obiettivi liberali (il sistema rappresentativo, lo Stato di diritto), fondendoli in un « conservatorismo costituzionale » (216).

Il fondamento filosofico della teoria di Stahl, assai influenzata da Schelling ma anche da Hegel, può essere rinvenuto nella fede in un Dio personale che guida la storia. È sotto questa guida che si estrinseca in ambito religioso e morale la « personalità » del singolo, individuo fedele alla comunità della Chiesa e nel contempo cittadino inserito nell'ordine borghese del « mondo etico » assicurato dallo Stato. Quest'ultimo è il « regno etico » determinato normativamente dal cristianesimo (217). Lo Stato per Stahl non è certamente una

(213) F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3 voll., Heidelberg 1830-1837; 2ª ed. 1845-2846; 3ª ed. 1854-1856; 4ª ed. 1870-71; 5ª ed. 1878 (ristampa 1963); trad. it. *Storia della filosofia del diritto*, Torino 1853.

(214) F.J. STAHL, *Das monarchische Prinzip. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Heidelberg 1845.

(215) FÜSSL (nt. 211), 108.

(216) FÜSSL (nt. 211), 356.

(217) Cfr. l'art. 14 della costituzione prussiana (1850): « La religione cristiana è posta come fondamento delle istituzioni statali, che sono in rapporto con l'esercizio della religione, senza per questo intaccare la libertà di religione garantita dall'articolo 12 ». Nell'opera F.J. STAHL, *Der christliche Staat und sein Verhältniß zu Deismus und Judenthum. Eine durch die Verhandlungen des Vereinigten Landtags hervorgerufene Abhandlung*, Berlin 1847, è affrontata la questione se le differenze religiose implicino differenze dei diritti politici. L'opinione di Stahl si trova, come lui stesso rileva, agli antipodi dell'opinione dominante nel parlamento prussiano.

costruzione contrattualistica, ma è l'autorità posta da Dio; al pari del singolo anche lo Stato in quanto dotato di personalità tende alla sfera morale. Appare chiaro che a questo « Stato cristiano » è estranea la separazione hegeliana tra Stato e società. Lo Stato è, piuttosto, « per la modalità e la forma del suo essere, l'unione di un popolo sotto un potere sovrano (un'autorità). Per contenuto e significato esso è un regno etico » (218). Questo regno vive in un'autorità monarchica, ma non è una dittatura teocratica. Il monarca è « vincolato », così come lo era in tutta la dottrina luterana dello Stato sin dagli inizi (219). In ogni caso la concezione giuridica eticizzata di Stahl mette in equilibrio sul piano teorico autorità e libertà, principio monarchico e « popolo » ideale. È in base a questa filosofia della « personalità » che Stahl è in grado di giustificare la necessità di garanzie giuridiche individuali, la configurazione dello Stato come « Stato di diritto » (220), il riconoscimento del principio di rappresentanza e del libero mandato (221).

Questo lavoro di « sintesi » rese possibile ai conservatori prussiani non soltanto di respingere gli estremisti interni al proprio schieramento, ma anche di accettare e di adattare alle proprie idee gli obiettivi dello spirito del tempo, quali la costituzione, la rappresentanza nazionale, i diritti fondamentali e lo Stato di diritto, preparando in questo modo il terreno a quel « costituzionalismo conservatore » dei nazional-liberali di cui poté servirsi Bismarck a partire dal 1866.

7. Conclusioni.

La lunga strada che conduce dalle prime reazioni nei confronti della rivoluzione francese fino all'elaborazione della filosofia dello Stato conservatrice di Friedrich Julius Stahl, si caratterizza per il passaggio da un atteggiamento di iniziale spontaneità al progetto di edificare un « sistema ». La graduale stabilizzazione dei conflitti politici e l'affermazione *de facto* del principio monarchico, limitato

(218) STAHL, *Philosophie des Rechts* (nt. 213), II-2, 131.

(219) CH. LINK (nt. 4), *passim*.

(220) GROSSER (nt. 221) 82 ss.; FÜSSL (nt. 211) 32 s.

(221) BRANDT, 109-112.

nell'espletamento del suo potere soltanto dalle costituzioni, resero possibile lo sviluppo di posizioni teoriche sempre più coerenti. Esse erano tuttavia ancora influenzate dal duraturo shock provocato dalla rivoluzione del 1789, che fu ulteriormente accresciuto e prolungato dalla rivoluzione di luglio del 1830. La volontà di resistere allo « spirito del tempo », liberale e nazionalistico, fu in grado di coagulare anche le posizioni tra loro disomogenee. In altre parole, si era formato un « partito » che, in sostanza, « reagiva » e difendeva lo Stato patrimoniale dell'*ancien régime*. Affrontando per l'ennesima volta i suoi avversari, nel 1847 Karl Theodor Welcker giunse a dire che « nessun Adam Müller, Friedrich Schlegel o Hr. v. Haller, nessun cavalier Fouqué, nessun settimanale aristocratico berlinese, nessun Ordine della Nostra Signora del Cigno, nessuna vivace associazione dei vecchi rappresentanti del romanticismo, della filosofia mistica e della dottrina dello Stato, nessun gesuita, nessun signore autonomo o erede del maggiorasco, nessun tentativo da parte dell'imperatore Giuseppe II o di Federico il Grande di abbattere i principî fondamentali della Chiesa » sarebbero stati capaci di respingere il liberalismo come movimento ⁽²²²⁾. Welcker aveva certamente ragione, ma il potere era, di fatto, nelle mani della controparte, ovvero dei conservatori e, cosa forse ancora più importante, questa si era dimostrata sufficientemente flessibile per superare il rigido rifiuto dei principî liberali e per fare proprie e integrare anche a livello teorico alcune tra le posizioni fondamentali del liberalismo (come il vincolo del monarca alla costituzione, la collaborazione del parlamento, il principio di rappresentanza, il libero mandato dei deputati, lo Stato di diritto).

Ma che in seno a questo « partito » vi fosse una disomogeneità significa che esistevano delle correnti le quali, come si può osservare con sguardo retrospettivo, avrebbero successivamente svolto un ruolo importante. Un esempio è rappresentato da Karl Ludwig von Haller, autore che appare piuttosto eccentrico nel panorama spirituale della sua epoca. Partendo dalla concezione « biologista » tipica della sua dottrina, per la quale il potere statale si trova sempre nelle mani della parte più forte, non era difficile giungere ad affermare che

⁽²²²⁾ WELCKER, voce « Grundgesetz, Grundvertrag », in *Staats-Lexicon*, 2^a ed. vol. 6 (1847), 164.

sul piano normativo ciò fosse legittimo e giustificato. Negli anni trenta dell'Ottocento, quanto più si faceva valere un certo « realismo » antiromantico — sia sotto la forma del cosiddetto « realismo poetico » in letteratura (Immermann, Droste, Stifter, Alexis, Auerbach, Gotthelf) ⁽²²³⁾, sia sotto la forma del distacco da elementi romantici attuato dalla scuola storica del diritto, soprattutto con Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ⁽²²⁴⁾, in direzione di un « severo formalismo concettuale » ⁽²²⁵⁾ — tanto più si riteneva che ciò che nello Stato fosse veramente « reale » era il potere intrinseco ad esso. Ciò favorì lo sviluppo di una « dottrina naturale dello Stato » ⁽²²⁶⁾.

Se la dimensione fisica del potere poteva non soltanto offrire la spiegazione empirica dell'ascesa e della decadenza degli Stati, ma anche fondarne la legittimità, allora la chiave per comprendere la dottrina generale dello Stato era da rintracciare nell'analogia con la biologia. L'idea che il potere statale riguardasse il « carattere nazionale » di un paese ⁽²²⁷⁾, in alcuni casi declinato in senso razziale ⁽²²⁸⁾, preparò il terreno per la ricezione del darwinismo nella filosofia sociale, come del resto si può ampiamente osservare a partire dagli anni Settanta del secolo ⁽²²⁹⁾. E dunque si può riscontrare a partire dall'opera di Haller intitolata *Restauration der Staatswissenschaft* la presenza di una corrente « biologista » della riflessione giuridica, presente prima del 1848 soltanto a livello latente ma sempre più

⁽²²³⁾ F. SENGLE, *Biedermeierzeit. Deutsche Literatur im Spannungsfeld zwischen Restauration und Revolution 1815-1848*, 3 voll., 1971-1980.

⁽²²⁴⁾ WIEACKER, 399-402; J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798 bis 1846)*, 1975.

⁽²²⁵⁾ WIEACKER, 399.

⁽²²⁶⁾ H. LEO, *Studien und Skizzen* (nt. 186).

⁽²²⁷⁾ VOLLGRAFF (nt. 201).

⁽²²⁸⁾ J.A. DE GOBINEAU, *Essai sur l'Inégalité des Races Humaines*, 4 voll., Paris 1853-1855 (ed. tedesca a cura di L. SCHEMANN, *Über die Ungleichheit der Menschenrassen*, 1898-1901; trad. it. *Saggio su l'ineguaglianza delle razze*, versione di A. Sangiovanni, Roma 1912).

⁽²²⁹⁾ H.G. ZMARZLIK, *Der Sozialdarwinismus in Deutschland als geschichtliches Problem*, in ID., *Wieviel Zukunft hat unsere Vergangenheit*, 1970, 56-85; G. MANN (a cura di), *Biologismus im 19. Jahrhundert*, 1973; G. ALTNER (a cura di), *Der Darwinismus. Die Geschichte einer Theorie*, 1981.

evidente negli anni seguenti, la quale era — essendo originata dalle dottrine organicistiche — già predisposta a fare propria la teoria della selezione naturale, denunciando di conseguenza le limitazioni costituzionali che frenavano il « naturale » potere statale come pavide costruzioni create dalla borghesia allo scopo di assicurare il proprio status. Divulgatori come Ernst Haeckel (1834-1919) ⁽²³⁰⁾ e Houston Steward Chamberlain (1855-1927) si impegnarono con particolare vigore nella diffusione di queste idee.

In rapporto a questa teoria biologista del potere dello Stato, elaborata in seguito alla sempre maggiore importanza che acquisivano le scienze naturali, il tentativo di rifondare una dottrina dello Stato genuinamente cristiana da parte dei rappresentanti del romanticismo politico — da Adam Müller a Friedrich Schlegel, da Franz von Baader, passando per Jarcke, a Stahl — rimase, nel senso più stretto del termine, « conservatore ». Si trattava di un approccio teorico che mirava a stabilizzare la situazione, il cui nucleo era costituito dal ritorno alla fede nella rivelazione divina e alla legge morale da essa determinata. Non si può certo affermare che questa prospettiva non fosse flessibile, soprattutto se consideriamo Stahl, ma essa viveva appunto grazie alla forza della convinzione di quel ritorno religioso ed etico alla fede. Tuttavia quel ritorno alla fede, dal momento che le forze antagoniste divennero sempre più forti a dispetto dell'ampia diffusione della vita cristiana nel mondo borghese, s'indebolì sempre di più nel corso del secolo. La critica nei confronti della Chiesa avviata dall'illuminismo non aveva perso vigore (David Friedrich Strauss, Ludwig Feuerbach, Karl Marx), la classe operaia che si stava costituendo si allontanò dalle chiese, e le forze « alleate » con le scienze naturali vedevano una garanzia di successo nella soluzione « liberale » che rifiutava definitivamente ciò che rimaneva del pensiero teologico e dell'idealismo.

Questa de-idealizzazione, insieme all'attenzione per la « positività » e la *Realpolitik*, ebbe a lungo termine la conseguenza di minare i fondamenti del conservatorismo. Ma nel momento in cui il liberalismo, come vedremo, si propose e mise in atto una simile

⁽²³⁰⁾ E. HAECKEL, *Natürliche Schöpfungsgeschichte*, Berlino 1868; ID., *Die Welträthsel. Gemeinverständliche Studien über monistische Philosophie*, Bonn 1899; ID., *Die Lebenswunder. Gemeinverständliche Studien über biologische Philosophie*, 1904.

strategia di adattamento alla situazione, subì anch'esso i sintomi di decadimento della filosofia idealistica, e si assistette a un riordinamento delle forze in gioco.

I rappresentanti moderati del campo conservatore e di quello liberale raggiunsero un compromesso, che prevedeva la creazione di uno Stato costituzionale dualistico, in cui convivevano monarchia ereditaria e rappresentanza popolare. Alla fine, soltanto la Prussia e l'Austria restarono in disparte, a parte naturalmente i piccoli Stati che non avevano peso dal punto di vista politico. La corrente della dottrina dello Stato che sostenne il compromesso tra il 1830 e il 1848 non uscì più da questo dualismo. Il problema non sembrava risolvibile nella pratica e altrettanto paralizzata appariva la teoria. I dibattiti del Parlamento della Paulskirche, di cui si avrà modo di parlare più avanti, dimostrarono chiaramente quanto forti fossero i diversi raggruppamenti, quale soluzione fosse accettabile e quanto fu difficile e laborioso far coincidere teoria e pratica.

II. *Il liberalismo.*

1. *Raggruppamenti.*

Gli autori e gli orizzonti teorici della dottrina generale dello Stato che si possono raggruppare sotto la bandiera del liberalismo nel periodo del *Vormärz*, sono tanto disomogenei quanto quelli dei conservatori loro avversari ⁽²³¹⁾. In primo luogo, è possibile tracciare una linea per così dire orizzontale che, partendo da Rousseau e Kant, descrive nel tempo gli orientamenti della concezione illuministica e giusrazionalistica ⁽²³²⁾. Questa linea si biforca in un punto

⁽²³¹⁾ K. EDER, *Der Liberalismus in Altösterreich*, 1955; H. ROSENBERG, *Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz*, 1972; K.G. FABER, *Strukturprobleme des deutschen Liberalismus im 19. Jahrhundert*, in « Der Staat », 14 (1975), 201-227, W. SCHIEDER (a cura di), *Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz*, 1983; J.J. SHEEHAN, *Der deutsche Liberalismus. Von den Anfängen im 18. Jahrhundert bis zum ersten Weltkrieg 1770-1914*, 1983; L. GALL-R. KOCH (a cura di), *Der europäische Liberalismus im 19. Jahrhundert. Texte zu seiner Entwicklung*, 4 voll. 1981; in modo riassuntivo LANGEWIESCHE (nt. 3).

⁽²³²⁾ Cfr. per esempio il filosofo di Rostock J.S. BECK, *Grundsätze der Gesetzgebung*, Leipzig 1806, il quale, in senso kantiano, si dichiara a favore della pubblicità degli

preciso, rappresentato dall'anno 1819. Da una parte andarono i pochi che, non turbati dalla nascita e dall'ascesa della Confederazione germanica e della restaurazione, rimasero fedeli all'obiettivo di imporre un sistema rappresentativo, di allargare il diritto di voto e di dare allo Stato una forma repubblicana. Da un'altra parte andò invece la maggioranza, che scelse, seppur in forme e modi diversi, la monarchia costituzionale.

Accanto a questa linea giusrazionalistica si è giustamente parlato di un costituzionalismo « organico-romantico » o « storico-organico »⁽²³³⁾. Queste espressioni indicano il pensiero di quei liberali che già a partire dall'ultimo decennio del Settecento si erano generalmente allontanati dal modello francese e dall'illuminismo, senza per questo passare dalla parte del conservatorismo romantico. I suoi esponenti era ispirati da Montesquieu o dall'Inghilterra, ma soprattutto dalla propria storia, studiata e analizzata con entusiasmo; ancora una volta la « libertà germanica » spiegava la sua forza illuminante⁽²³⁴⁾. Si sperava in una soluzione condivisa dei problemi costituzionali, conseguibile sulla scia delle guerre di liberazione, e si tentava una mediazione sul piano della teoria dello Stato tra le idee fondamentali della scuola storica del diritto e i postulati costituzionali. Diversamente rispetto a sostenitori delle teorie giusrazionalistiche come Rotteck, che poneva instancabilmente e con vigore l'accento sulla differenza tra principî razionali e diritto storico, in questa corrente dominava la convinzione secondo la quale era teoricamente e « organicamente » possibile combinare le esigenze del momento con le posizioni sviluppatesi concretamente sul piano storico. Böckenförde ha argutamente definito questo atteggiamento come un pensiero « che aspira a raggiungere un'unità armonica e un equilibrio costituzionale tra la monarchia tradizionale e la risvegliata libertà popolare, che vuole tenere insieme tradizione storica e

atti di governo, della libertà di stampa, della partecipazione dei cittadini alla fase legislativa. Cfr. anche C.S. ZACHARIÄ, *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*, Leipzig 1806.

⁽²³³⁾ A. NEUMEISTER, *Romantische Elemente im Denken der liberalen Führer des Vormärz*, 1931; HUBER, II (1960) par. 31; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 74 ss., 92 ss.; BRANDT, 199 ss.

⁽²³⁴⁾ K. v. SEE, *Deutsche Germanen-Ideologie. Vom Humanismus bis zur Gegenwart*, 1970.

ordinamenti politici di nuova formazione, e che è avversa a qualsiasi soluzione radicale o monistica. [...] Ma la libertà popolare che s'intende raggiungere non è la libertà "negativa" di una società produttrice ormai emancipata e svincolata dai legami politici, bensì è la libertà "positiva" limitata dello status borghese, comprendente diritti e doveri, inserita in un ordine pensato come ancora indiviso, del quale il vecchio Stato feudale germanico dei proprietari terrieri rappresenta un autonomo modello di riferimento. Rispetto della legge, rappresentanza politica, possibilità di concedere il proprio assenso alle leggi e all'introduzione di eventuali tasse, tribunali composti da giurati, autonomia comunale e libertà di associazione sono i suoi elementi costitutivi » (235).

Anche la linea « storico-organica » si biforcò nel corso degli anni successivi al 1819. Gli uni confidavano nello « sviluppo », in questo rifacendosi alla massima storico-filosofica secondo la quale la via che partiva dalla libertà germanica originaria doveva successivamente ricondurre, attraverso un periodo di decadenza sotto la dominazione dei principi, alla libertà democratica o comunque ad un sistema rappresentativo tendente a superare il principio monarchico. Gli altri scesero invece a patti con il principio monarchico, sviluppando comunque una certa tendenza conservatrice, e perseverarono fino al 1848 nell'accettare l'irrisolto dualismo tra principio monarchico e rappresentanza popolare, temporaneamente superato soltanto grazie alla formula della sovranità statale.

Fino a questo momento i tentativi di circoscrivere l'ampio campo del liberalismo dividendolo in raggruppamenti mostrano, seppur nel quadro di un accordo generale sull'argomento, una certa arbitrarietà. Chi accetta come carattere predominante quello delle costituzioni del *Vormärz* (carte ottriate, principio monarchico, sistema bicamerale con ridotta capacità della seconda camera rispetto alla prima, diritto di voto per censo, Consiglio di Stato) (236) e le ritiene una soluzione conforme allo spirito del tempo e duratu-

(235) E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 93 s.

(236) Una cristallina descrizione dei concetti fondamentali è in D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 110-141.

ra ⁽²³⁷⁾, assumerà questo modello costituzionale come punto di riferimento mediano, ridefinendo di conseguenza le posizioni politiche ai due estremi (Haller, Gentz, Jarcke e Stahl da un lato, tardi giacobini, democratici e repubblicani dall'altro). Chi, al contrario, considera le costituzioni del *Vormärz* alla stregua di meri compromessi, in ultima analisi instabili, tra il principio della legittimità realista, l'idea — destinata ad avere una lunga fortuna — della sovranità popolare, e la democrazia parlamentare, tenderà invece a sostenere e difendere i principî che si sarebbero successivamente rilevati vincenti.

Vi sono poi differenti piani di confronto, in particolar modo per quanto riguarda l'orientamento verso il « contenuto » oppure verso il « metodo ». Chi intende analizzare la questione politica centrale del dualismo tra principio monarchico e diritto della borghesia di partecipare alle decisioni politiche, su entrambi i fronti della barricata potrà mettere fianco a fianco autori che in realtà erano completamente estranei l'uno all'altro. Chi, viceversa, punta a dare risalto alle strutture di pensiero e ai metodi, metterà l'accento sull'appartenenza ai due orientamenti cui abbiamo accennato, che interpretano lo Stato l'uno in chiave giusrazionalistica e l'altro in chiave storico-organica. Il primo approccio interpretava lo Stato secondo il vecchio modello ideale del contratto tra liberi individui, il secondo invece lo vedeva come un'entità storico-organica sovraindividuale dotata di una propria dignità. Entrambe le linee interpretative non erano certo scevre di una certa connotazione politica. I razionalisti formulavano le loro opinioni prevalentemente « per principio », e non rinunciavano all'esplicito obiettivo di giungere a una democrazia parlamentare, seppur in coesistenza con la monarchia costituzionale. I sostenitori del pensiero storico-organico, e soprattutto i « germanisti » ⁽²³⁸⁾, tendevano invece al compromesso con il principio monarchico, e finirono per assumere gradualmente

⁽²³⁷⁾ HUBER, III (1963), 4 ss. da un lato, E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in ID., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 273 ss., dall'altro.

⁽²³⁸⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 74 ss.; G. DILCHER-B.R. KERN, *Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte*, in ZRG GA, 101 (1984), 1-46.

un atteggiamento sempre più vicino alla *Realpolitik* secondo « la misura delle circostanze date » (Dahlmann).

2. *Fasi evolutive.*

Queste classificazioni non sono altro che semplici strumenti di orientamento, che risultano poco utili se si sottopone l'argomento a una più attenta analisi. Inoltre esse vengono ulteriormente ridefinite nel periodo di tempo che va dal 1818 al 1848. È allora che le definizioni della natura dello Stato si rivelano molto meno teoriche di quanto pretendono di essere. Gli autori reagiscono agli avvenimenti e la loro prospettiva slitta insieme all'epoca storica.

« Il periodo di tempo che va dal 1814 al 1819 », è stato giustamente osservato, « è in generale ancora un periodo all'insegna della sperimentazione nel campo della pubblicistica liberale costituzionale, ed è caratterizzato da una certa agilità nelle costruzioni concettuali »⁽²³⁹⁾. I liberali speravano nella stesura di una costituzione che potesse mettere al sicuro le riforme messe in atto fin a quel momento, e che fosse in grado di registrare il consenso apparentemente raggiunto con la vittoria su Napoleone. Il fatto che essi cercassero questo consenso nella questione nazionale, cercando così di sbarazzarsi di ricordi giacobini e napoleonici, è sicuramente comprensibile⁽²⁴⁰⁾.

Non tutto ciò che allora si atteggiava a « tedesco » era automaticamente liberale. Gli enfatici riferimenti all'« essere tedesco » e alle « libertà germaniche », due concetti tanto simili da correre il rischio di essere confusi, andavano spesso, infatti, in tutt'altra direzione. La visione « antico-tedesca » vagheggiava il ritorno a un medioevo romanizzato, caratterizzato dalla divisione in ceti, dalla forza dei nessi religiosi e morali, da un equilibrio organico delle tensioni. Non si trattava dunque solamente di un ritorno al mondo conservatore precedente alla rivoluzione francese, ma di tornare ancora più indietro, a prima dell'assolutismo. La « libertà germanica » evocava

⁽²³⁹⁾ BRANDT, 166.

⁽²⁴⁰⁾ G. NEUMANN, *Geschichte der konstitutionellen Theorie in der deutschen Publizistik von 1815-1848*, tesi, Berlino 1931; K. WOLFF, *Die deutsche Publizistik in der Zeit der Freiheitskämpfe und des Wiener Kongresses 1813-1815*, 1934.

invece tempi pre-medioevali, anteriori al potere principesco e nobiliare, con lo scopo di raggiungere una « vera sovranità popolare » e la « uguaglianza di tutti gli uomini liberi » (241). Era questo un tentativo antifrancese, ma fundamentalmente non antirivoluzionario, di consolidare le conquiste della rivoluzione attraverso un'auto-noma legittimazione storico-nazionale.

Con il Congresso di Vienna, e più che mai con la repressione dei movimenti liberali e nazionali dopo il 1819, il liberalismo si trovò ad un bivio. Se rinunciava alle aspirazioni nazionali, poteva comunque concentrarsi interamente sull'affermazione delle richieste nell'ambito delle costituzioni dei singoli Stati in base all'articolo 13 dell'Atto istitutivo della Confederazione germanica, mentre le speranze nazionali sarebbero lentamente svanite per riprendere poi sostanza soltanto a partire dal 1830. Ma se, al contrario, dopo il 1819 il liberalismo tralasciava di difendere gli elementi propriamente liberali, allora era come passare nel campo dei conservatori; la nazione non offriva sostituti che potessero ovviare a questa perdita.

Se esaminiamo, in questo senso, la posizione dei « razionalisti », allora è opportuno mettere insieme Aretin, Behr e Klüber (242), capeggiati da Rotteck, seguito dal meno importante Murhard, dal

(241) Cfr. per esempio la formulazione di Jakob Grimm proposta al parlamento della *Paulskirche*: « Il popolo tedesco è un popolo di esseri umani liberi e il territorio tedesco non tollera nessun tipo di servaggio. Gli esseri umani privati della libertà che si trovano sul territorio tedesco vengono liberati ». A questo riguardo cfr. L. DENECKE (a cura di), *Jacob Grimm. Antrag zur Beratung über die Grundrechte des deutschen Volkes in der Nationalversammlung zu Frankfurt am Main 1848*, Kassel, s.l. (=Brüder Grimm-Museum); OGRIS (nt. 117), 31.

(242) Da ricordare a margine è anche Karl Friedrich Wilhelm Gerstäcker (1773-1852), avvocato e libero docente a Lipsia, il quale non trattò la questione della legittimità e rinunciò anche alla costruzione contrattualistica dello Stato, ma interpretò lo Stato sul fondamento kantiano della « realizzazione dell'idea di diritto », indicando lo scopo dello Stato nella difesa della garanzia giuridica, cercando in questo modo di conciliare il liberalismo giusnaturalista e quello storico-organico (*System der innern Staatsverwaltung und der Gesetzpolitik*, sez. 3, Leipzig 1818, 1819, 1820). La sua opera non è esattamente di facile lettura, a causa delle continue ripetizioni, dello stile patetico e impreciso. Brevi cenni sull'autore in G.CH. HAMBERGER-J.C. MEUSEL, *Das gelehrte Teutschland*, 5^a ed., Lemgo 1820, vol. V; cfr. « Deutsches Biogr. Archiv », 386, 123-127 per ulteriore letteratura.

poco considerato Karl Ernst Schmid e da Sylvester Jordan ⁽²⁴³⁾. Difficili da inquadrare, ma comunque a cavallo tra i due fronti del giusrazionalismo e della scuola storica del diritto, si trovano Carl Salomo Zachariä e Robert von Mohl. Entrambi fanno riferimento a loro modo al tardo Settecento, e si sono alla fine decisi per il sistema di governo parlamentare.

Al secondo gruppo, quello del liberalismo « storico-organico », appartengono accanto a Ernst Moritz Arndt e Jakob Grimm, non trattati in questa sede, soprattutto Karl Theodor Welcker, Paul Achatius Pfizer, Friedrich Christoph Dahlmann e Friedrich Schmittener.

3. *Il liberalismo giusrazionalistico.*

a) *K. v. Rotteck.*

La linea di collegamento, cui più volte si è fatto riferimento, tra i postulati del giusrazionalismo del tardo Settecento e quelli del cosiddetto « primo liberalismo » ⁽²⁴⁴⁾ risultano piuttosto evidenti in Karl von Rotteck (1775-1840) ⁽²⁴⁵⁾. Cresciuto e formatosi in un'atmosfera caratterizzata dall'illuminismo giuseppino e dalla lontananza

⁽²⁴³⁾ BRANDT, 199 ss. Jordan ha giustamente inserito in un'unica sezione Dahlmann, Welcker, H.A. Zachariä e F. Bülow come appartenenti al costituzionalismo « organico » romantico dopo il 1820. Cfr. a questo riguardo nt. 308.

⁽²⁴⁴⁾ R. VIERHAUS, *Aufklärung und Reformzeit. Kontinuitäten und Neuansätze in der deutschen Politik des späten 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts*, in ID., *Deutschland im 18. Jahrhundert. Politische Verfassung, Soziales Gefüge, Geistige Bewegungen*, 1987, 249-261.

⁽²⁴⁵⁾ Per la biografia si veda la nota di H. v. ROTTECK, in K. v. ROTTECK, *Gesammelte und nachgelassene Schriften*, 5 voll., Pforzheim 1841-1843, vol. IV (*Lebensbeschreibung*); L. V. ROCHAU-F. v. WEECH, *Rotteck*, in *Badische Biographien*, a cura di F. v. WEECH, 2^a ed., parte II, Karlsruhe 1881, 211-217. — Sull'opera cfr. BLUNTSCHLI, 523-535; H. JOBST, *Die Staatslehre Karl v. Rottecks*, in ZGORh 103 (1955), 468-498; H. EHMKE, *Karl von Rotteck, der „politische Professor“*, 1964 (con indicazione dei contributi della letteratura più risalente); BRANDT, 255-266; BOLDT, 156-161; U. HERDT, *Die Verfassungstheorie Karl von Rottecks*, tesi, Heidelberg 1967; H. KOPF, *Karl von Rotteck*, 1980; A. HOLLERBACH, *Rechtsphilosophie in Freiburg (1805-1930)*, in *Festschrift f. Th. Würtenberger*, 1977, 15 s.; ID., voce « Rotteck », in *Staatslexikon*, 7^a ed., vol. IV (1988), 944 s. — Sulle tesi economiche cfr. W. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomie in Deutschland*, München-Berlin 1874, 2^a ed. 1924, 825 ss.

za da Vienna — vista la posizione geografica della sua terra natia, situata nella regione sud-occidentale della Germania, allora territorio asburgico — e dalla vicinanza con la Francia, Rotteck fu attivo a partire dal 1798 come docente di storia universale all'università di Friburgo in Brisgovia. Passò poi nel 1818 alla facoltà di giurisprudenza per un incarico di supplenza di diritto di ragione e di scienze dello Stato, fino al momento in cui, insieme al collega Karl Theodor Welcker (1790-1868) ⁽²⁴⁶⁾, fu esonerato dall'incarico. Come rappresentante più noto del liberalismo nel Baden, Rotteck fu membro negli anni 1814 e 1819 della prima camera e negli anni 1831-1840 della seconda camera. La sua « Storia generale » ⁽²⁴⁷⁾, il manuale di von Aretin da lui ultimato ⁽²⁴⁸⁾, il suo lavoro sul diritto di ragione e sulle scienze dello Stato ⁽²⁴⁹⁾, ma soprattutto lo *Staatslexikon* edito insieme a Welcker ⁽²⁵⁰⁾ ebbero notevole successo pubblicistico. Il

⁽²⁴⁶⁾ K. WILD, *Karl Theodor Welcker — ein Vorkämpfer des älteren Liberalismus*, 1913; H. MÜLLER-DIETZ, *Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl Theodor Welcker*, 1968; R. SCHÖTTE, *Politische Freiheit für die deutsche Nation. Carl Theodor Welckers politische Theorie*, 1985.

⁽²⁴⁷⁾ K. v. ROTTECK, *Allgemeine Geschichte vom Anfang der historischen Kenntniss bis auf unsere Zeiten, für denkende Geschichtsfreunde*, 9 voll., Freiburg 1812-1826.

⁽²⁴⁸⁾ J.CHR. FRHR. v. ARETIN, *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie*, voll. I-III, Altenburg 1824-1828; ROTTECK, 1828, vol. II, 1-2. A questo riguardo cfr. MOHL, I, 301 s., il quale ne prende le distanze a causa del kantismo e per il mancato riconoscimento del concetto di « organismo sociale ».

⁽²⁴⁹⁾ K. v. ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, voll. 1-4, Stuttgart 1829-1835; vol. I e II nella 2ª ed. 1840; vol. I: *Allgemeine Einleitung in das Vernunftrecht. Natürliches Privatrecht*, 1829, vol. II: *Lehrbuch der Allgemeinen Staatslehre*, 1830; vol. III: *Lehrbuch der materiellen Politik*, 1834; vol. IV: *Lehrbuch der ökonomischen Politik*, 1835 (ristampa 1964); *contra* C. TRUMMER, *Anti-Rotteck. Eine Reihe von Fragmenten über des Professoren von Rotteck Lehrbuch des Vernunftrechts*, Hamburg 1836; e ancora *Chinesen in Hamburg! Oder Trummer contra Rotteck*, a cura di Schröder, Stade 1837.

⁽²⁵⁰⁾ C. v. ROTTECK-C. WELCKER (a cura di), *Das Staatslexikon. Encyclopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 15 voll., Altona 1834-1843, 4 voll. supplementari 1846-1848; 2ª ed. 1845-1848 (ristampa con introduzione di H. Brandt, 1991), 3ª ed. Leipzig 1856-1866. Cfr. H. ZEHNTER, *Das Staatslexikon von Rotteck und Welcker*, 1929; CL.M. IGELMUND, *Frankreich und das Staatslexikon von Rotteck und Welcker. Eine Studie zum Frankreichbild des süddeutschen Frühliberalismus*, 1987; R. GRAWERT, *Die Staatswissenschaft des Rotteck-Welcker'schen „Staatslexikon“*, in « Der Staat », 31 (1992), 114-128; TH. ZUNHAMMER, *Zwischen Adel und Pöbel. Bürger und Mittelstandsideal im Staatslexikon von Karl von Rotteck und Karl Theodor Welcker*, 1994.

suo *Staatslexikon* era l'espressione della voce della borghesia liberale: espressivo, enfatico, ispirato da un anelito di libertà, esso era un esempio di giornalismo politico-giuridico nel miglior senso dell'espressione. Ben 298 voci provenivano direttamente dalla penna del curatore. Nell'opera trovavano diretta espressione le diffuse speranze riposte in uno sviluppo liberale della politica, nella possibilità di esercitare i diritti dell'uomo e del cittadino senza timore, nella garanzia giuridica, nel sistema rappresentativo e nella divisione dei poteri. Lo scopo era quello di cercare, in una parola, un collegamento tra l'illuminismo liberato dalle catene dell'assolutismo e la forma statale della monarchia costituzionale del tempo.

Questi postulati ebbero notevole eco nella zona del Baden, che all'epoca era un paese modello dell'assolutismo illuminato sotto il granduca Karl Friedrich (1728-1811), trasformandolo in paese modello del liberalismo sud-occidentale tedesco ⁽²⁵¹⁾. Durante il governo del granduca Ludwig (1818-1830) la politica di questa regione fu piuttosto conservatrice e non libera da conflitti. Tuttavia continuò ad andare in scena il gioco tra lo Stato-istituzione riformatore e il dinamico movimento borghese liberale, il quale tra l'altro era caratterizzato da un'eccedenza di idealismo che collideva inevitabilmente con uno Stato autoritario. Il ruolo di Rotteck, che fino al 1840 fu voce del liberalismo nel Baden, oscilla tra questi due poli: da un lato, l'adesione a una forma di governo organizzata in senso istituzionale-burocratico in quanto possibile strumento di riforma; dall'altro lato, il desiderio di insediare al potere forze provenienti dalla società. Ciò che Rotteck sperava di ottenere come risultato « razionale » e corrispondente al « diritto di ragione » secondo le sue visioni e i suoi desideri politici, aveva bisogno della collaborazione dello Stato, che però non poteva essere disegnato a tavolino ma era ben radicato nella storia. In ogni caso Rotteck scelse con piena coerenza, a partire dalla sua lezione inaugurale *Über den Streit natürlicher Rechtsprinzipien oder idealer Politik mit historisch begründeten Verhältnissen* ⁽²⁵²⁾, l'opzione della « ragione ».

⁽²⁵¹⁾ L. GALL, *Gründung und politische Entwicklung des Großherzogtum bis 1848*, in *Badische Geschichte. Vom Großherzogtum bis zur Gegenwart*, 1979, 11-36.

⁽²⁵²⁾ C. V. ROTTECK, *Sammlung kleiner Schriften meist historischen oder politischen Inhalts*, 5 voll., Stuttgart 1829-1837, vol. 2 (1829), 42-70.

Il suo manuale *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften* (253) contiene nel secondo volume (dedicato alla dottrina generale dello Stato) le posizioni di fondo del pensiero di Rotteck. Il popolo, la cui volontà legittima idealmente l'unitarietà del potere statale, si sottomette ipoteticamente alla volontà generale. Il potere statale personificato viene diviso tra il « naturale » organo di rappresentanza, il parlamento, e l'organo « artificiale » costituito dal governo insieme al monarca. L'organo naturale costituisce il centro di questo sistema. I deputati devono essere strettamente legati all'effettiva (e non ipotetica) volontà degli elettori, senza però avere un vero mandato imperativo, sebbene così il principio di identità e quello di rappresentanza non abbiano confini precisi (254). Inoltre, per Rotteck non deve esistere una prima camera « che funga da freno ». Queste affermazioni vengono però ridimensionate in considerazione della situazione costituzionale del *Vormärz*, in cui si accettava il diritto di voto per censo e si dichiarava che il diritto di governare concesso all'esecutivo era intoccabile. Ci troviamo dunque di fronte a contraddizioni che però non diminuiscono l'importanza di Rotteck per aver sostenuto per primo e con fermezza la necessità di una svolta in senso parlamentare della vita statale, del rifiuto del principio monarchico e della realizzazione di un *corpus* di cittadini protetto da solidi diritti fondamentali. I fattori esterni, del resto, gli furono favorevoli: « Nessuno Stato tedesco avrebbe potuto rappresentare un terreno così fertile per la dottrina di Rotteck quanto il Baden » (255).

L'influenza di Rotteck, dovuta soprattutto al suo *Staatslexikon*, continuò con la seconda edizione di quest'opera e giunse fino alla rivoluzione del 1848. Dopo questa data l'ottimismo liberale per il progresso non ebbe più la consistenza che aveva avuto in precedenza. Gli ultimi rappresentanti di questo orientamento non trovarono più ascolto. Occorre poi mettere in evidenza che lo *Staatslexikon* non era, per così dire, monoliticamente coerente. Esso fungeva soprattutto come collettore di idee per quel liberalismo della Germania meridionale che aveva di fatto optato per la monarchia

(253) Cfr. nt. 249.

(254) Molto chiaro a questo proposito BRANDT, 246 s.

(255) BRANDT, 256.

costituzionale, indipendentemente dalla sua qualificazione in senso giusrazionalistico oppure « organologico »⁽²⁵⁶⁾. Gli stessi curatori dell'opera, del resto, avevano idee diverse l'uno dall'altro. Rotteck aveva un approccio più sistematico e orientato a una concezione giusrazionalistica rousseauiana, mentre Welcker ragionava in modo più empirico-scientifico, e dunque più concreto, orientato dunque in senso « moderno » nei confronti dei fenomeni del tempo. La speculazione filosofica declinata nel senso dell'idealismo postkantiano fu considerata con lo stesso grado di diffidenza e critica riservato alla scuola storica del diritto⁽²⁵⁷⁾. Ciò però non significava affatto il rifiuto della filosofia o della storia, il che sarebbe poco plausibile a proposito dell'autore della *Allgemeine Geschichte* nonché sostenitore di una concezione del diritto di ragione, ma poneva semplicemente l'accento sulla loro funzione. Le « scienze dello Stato » erano considerate una materia centrale, che veniva collocata a un livello più elevato rispetto a quello della filosofia e della storia. A loro volta le scienze dello Stato avevano come sicura guida quegli ordinamenti giuridici ben determinati e ordinati in una monarchia costituzionale e liberale fondata sul consenso generale di tutte le forze sociali. Fondamento di queste scienze dello Stato erano le discipline che si occupavano della « natura » della convivenza umana, partendo dai fatti puramente biologici fino ad arrivare ai rilevamenti statistici. Le scienze storiche si dovevano costruire a partire da queste basi e dovevano spiegare come si erano prodotte le trasformazioni essenziali della storia umana. L'entità « Stato », prodotta dalla storia, poteva poi in un terzo momento, attraverso le conoscenze filosofiche, essere ricondotta al concetto di libertà. In questo progetto la storia e la filosofia non erano altro che scienze ausiliari, non diverse dalle materie statistico-empiriche.

Eppure esse non erano di uguale importanza. Rotteck si affidava alle verità filosoficamente riconosciute dal diritto naturale illuminista, e dunque al desiderio di libertà individuale che doveva essere

⁽²⁵⁶⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 177, parla a ragione della « doppia faccia » dello *Staats-Lexicon*.

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. le voci di SCHEIDTER, « Hegel'sche Philosophie und Schule », *Staats-Lexicon*, 7 (1838), 607; ROTTECK, « Historisches Recht », *Staats-Lexicon*, 8 (1839) 3 e nella 2^a ed. 7 (1847), 16-30.

razionalmente limitato nell'interesse di tutti. In tal senso la dimensione storica veniva sospettata di esprimere soltanto qualcosa di sopravvissuto e di fossilizzato. La storia svolgeva una funzione utile soltanto se rappresentava lo sviluppo della razionalità. Per questo la motivazione razionalistica veniva prima di quella storica. I conservatori difesero le loro posizioni in senso « storico », mentre i progressisti si servirono di argomenti « razionali » nella direzione prospettata da Rotteck. Fu così che la lotta politica divenne anche « una lotta del diritto di ragione contro il diritto positivo e storico »⁽²⁵⁸⁾. La base decisiva della legittimazione di una istituzione o di una norma giuridica era rappresentata dalla sua possibile corrispondenza con quella « ragione » il cui contenuto rinvitava ai postulati fondamentali del primo liberalismo. Una legittimazione puramente storica era invece interpretata come indizio di mancanza di libertà, disuguaglianza e ingiustizia. Al pari della legittimazione storica erano sospette per Rotteck e Welcker le metafore per così dire « oggettivanti », come lo « spirito del popolo » o le « forze agenti nell'ombra » della scuola storica del diritto, nonché lo « spirito assoluto » o « spirito del mondo » di ascendenza hegeliana⁽²⁵⁹⁾. Essi ritenevano che dietro a queste metafore si celassero il quietismo politico, atteggiamenti reazionari e il tentativo di nascondere quelle forze che cercavano di sottrarsi alla luce della ragione e alla dimostrazione del consenso che questa reclamava.

Rotteck rimase per tutta la vita un seguace dei principî del diritto di ispirazione illuministica-razionale nel senso di Rousseau e Kant. Come si è detto, a Rotteck « il principio della piena liberazione dell'effettiva volontà generale, e di conseguenza la piena manifestazione del giudizio e della voce di tutti i “seguaci della ragione” e dei “giusti” del popolo, sembrava essere il vero palladio del diritto pubblico »⁽²⁶⁰⁾. A differenza della maggior parte dei liberali del suo tempo, i quali accettavano il dualismo tra il principio monarchico e la rappresentanza popolare e cercavano di accentuarlo

⁽²⁵⁸⁾ K. v. ROTTECK, *Vorwort zum Staats-Lexicon*, vol. I (1835), XV; Id., « Historisches Recht » (nt. 257).

⁽²⁵⁹⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, 1991, 9 ss.

⁽²⁶⁰⁾ K. v. ROTTECK, *Lehrbuch* (nt. 249), vol. II, 1840, 131.

in questa unica direzione, Rotteck rimase fondamentalmente fedele alla sua originaria impostazione democratica. Il popolo consegna irrevocabilmente il potere esecutivo nelle mani del monarca e del governo — assicurando così il principio monarchico — ma mantiene saldamente il controllo su tutto il resto, e in particolare sulla facoltà di consigliare e deliberare riguardo a progetti di legge e di rappresentare i diritti del popolo nei confronti del governo ⁽²⁶¹⁾. Questa sua attenzione alla facoltà di rappresentare gli elettori ⁽²⁶²⁾ avrebbe dovuto coerentemente condurre Rotteck alla formulazione del postulato del voto diretto. Eppure le sue posizioni non erano, come si è appunto cercato di dimostrare, meramente « dottrinarie » e perciò estranee alla realtà. La sua enorme popolarità si basava sul fatto che egli non forzava la propria opposizione nei confronti della linea del governo a tal punto da farla sfociare in utopia. Egli anelava piuttosto alla realizzazione di una monarchia costituzionale perfetta, dai contenuti liberali, rispettosa del principio di rappresentanza e con tendenze repubblicane ⁽²⁶³⁾.

L'apporto di Rotteck alla storia del diritto, che non deve essere messo in ombra dal ruolo da lui svolto in ambito politico, è stato magistralmente riassunto in tre punti da Alexander Hollerbach: « L'opera di Rotteck, in cui si sono amalgamati il tardo giusnaturalismo, la filosofia di Kant e il primo liberalismo tedesco, ha in primo luogo dato filo da torcere alla scuola storica del diritto e al positi-

⁽²⁶¹⁾ K. v. ROTTECK, *Ideen über Landstände*, Karlsruhe 1819; Id., *Lehrbuch* (nt. 249), vol. II, 1840, 236.

⁽²⁶²⁾ Il fatto che Rotteck fosse più che altro un teorico della « rappresentanza » e non della « identità » è stato mostrato da BRANDT, 259-266, il quale ha anche sottolineato che certe tendenze, connesse alla particolare situazione del parlamentarismo contemporaneo, potevano giustificare il vincolo di mandato.

⁽²⁶³⁾ Tra le proprietà della famiglia si trova un acquerello del 1831, in cui Rotteck è raffigurato come « genio del Baden », al di sopra della cittadina di Oppenau, e sotto al quale si legge il seguente acrostico: « Von Licht=Wahrheit=Sittlichkeit, Freiheit und Ordnung liebenden Oppenauern — Ruhm! Dank ihm! Der an des Thrones Stufen, — Offen und freistimmend hat gerufen: — Teutsche Volksfreiheit! Nur Herrschsucht soll verschwinden — Teutsche Preszfreiheit! — Nur die Censur soll sinken. — Eintracht, Fürst und Volkesliebe; Zehntfrei und Frohndtfreiheit; der Badner Glück — Constitution' bringt rein, schützend gegen den teutschen Bund, uns zurück — KARL VON ROTTECK, der große teutsche Volksfreund, der Stolz und die Zierde des Badner Landes. HEIL IHM!!! — Heil den Volksvertretern! ».

vismo. In secondo luogo essa ha contribuito, sulla base di una dottrina generale del diritto, a riunire e a tenere saldamente unite la scienza giuridica dell'epoca, orientata soprattutto al diritto privato e penale, e le scienze dello Stato, impegnate nello studio della natura dello Stato (incluse le scienze dello Stato di orientamento economico). Infine, Rotteck ha apertamente e consapevolmente trasformato la necessità del "miglioramento della condizione della società" in un compito della scienza, pretendendo inoltre da quest'ultima una risposta alle domande: "Che cosa esige inequivocabilmente di essere abolito o riformato? Come si può rispondere a tale esigenza rispettando il diritto?" » (264).

b) *J.Chr. v. Aretin, W.J. Behr.*

In stretto rapporto con Rotteck si trova il giurista e storico bavarese Johann Christoph von Aretin (1773-1824) (265), che rappresenta il graduale passaggio dalla concezione giuridica statale del tardo assolutismo illuminato alla fase liberale del costituzionalismo della Germania meridionale, in special modo nella versione bavarese espressa nei primi anni di governo del re Ludovico I. Dal momento che morì già nel 1824, ad Aretin furono risparmiati i conflitti che sarebbero inesorabilmente sorti più tardi. Il suo manuale *Staatsrecht der constitutionellen Monarchie* (266) fu completato da Rotteck, e fu qui che Rotteck, come rilevò Mohl, si sentì in dovere di esprimere senza remore la richiesta di quali garanzie « egli ritenesse necessarie per avere una protezione dal malgoverno » (267). Aretin aveva ulteriormente sviluppato i suoi punti di vista dopo il passaggio della Baviera alla monarchia costituzionale del 1818 e poté così offrire « la prima completa descrizione della nuova forma statale nella letteratura tedesca » (268). In tale periodo Aretin si mostra come l'esponente principale di una dottrina dello scopo dello Stato primariamente orientata al mantenimento del diritto nella società. Egli

(264) HOLLERBACH (nt. 245), 16.

(265) V. INAMA, in ADB, 1 (1875), 518 s.; K.O. V. ARETIN, in NDB, 1 (1953), 348.

(266) Voll. I-III, Altenburg 1824-1828 (vedi *supra* nt. 248), 2^a ed. Leipzig 1838-1840. Il precoce utilizzo del termine « Stato di diritto » (vol. I, 163) è di Aretin.

(267) MOHL, I, 302.

(268) MOHL, II, 565.

accentua il ruolo dei diritti di libertà — soprattutto la libertà di stampa —, nel pieno rispetto della tradizione del diritto naturale, rinviene la base dello Stato nella stipulazione di un contratto, e riconosce al monarca un'autorità statale indivisa, che nell'espletamento delle sue funzioni può essere limitata solo a livello costituzionale. Aretin definisce la monarchia costituzionale come « il tipo di potere assoluto nel quale un monarca regna in virtù del diritto ereditario della corona secondo le prescrizioni, che siano queste scritte o meno, della volontà generale guidata dalla ragione ».

Nella parte rielaborata da Rotteck i ceti non sono più visti come « vetero-aristocratici », ma sono intesi quali « rappresentanze popolari » (269). In tal modo Aretin rispettava il principio monarchico, ma si apriva allo stesso tempo la strada a un compromesso teso a portare i ceti territoriali in un parlamento partecipe del processo legislativo e responsabile di fronte al volere dei cittadini. Questo era, in breve, il modello alla base anche della costituzione bavarese del 1818. Ma fondamentalmente il lavoro portato a termine da Rotteck segna anche un punto di rottura. I rappresentanti del popolo nella prospettiva di Aretin erano ancora dalla parte del monarca, ed entrambi si dovevano legittimare attraverso un interesse generale che potesse essere considerato oggettivo. In Rotteck il punto di partenza era la sovranità popolare intesa in senso rousseauiano. Il popolo demandava il diritto a governare, si riservava propri diritti e controllava il governo attraverso il parlamento (270). Ma nonostante questa concezione di partenza neanche Rotteck arrivò a chiedere il suffragio universale. Nemmeno in Rotteck il « popolo » era considerato come una massa di individui atomizzati, ma continuò a rimanere diviso in ceti. Il manuale di Aretin mette dunque in risalto come veniva

(269) A proposito della posizione di Aretin durante l'assolutismo illuminato del periodo sotto Maximilian Joseph von Montgelas cfr. R. PILOTY, *Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechts-Literatur*, in *Festg. f. P. Laband*, vol. I, 1908, 205-282 (244 ss.); BRANDT, 141 ss. Nel trattato *Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassung und Staatsverwaltung mit besondrer Rücksicht auf Bayern*, München 1816, il principe è il rappresentante del popolo, sostenuto da « consiglieri » che a loro volta sono autorizzati a parlare « per tutta la nazione e tutto il popolo » (op.cit. 78). Cfr. anche BOJOPHILUS TIMONOMUS (=Aretin), *Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreiches Bayern*, München 1818.

(270) K. V. ROTTECK, *Ideen* (nt. 261).

strutturato il passaggio dall'assolutismo illuminato alla monarchia costituzionale e da quest'ultima, almeno tendenzialmente, alla democrazia rappresentativa.

Riguardo all'ambiente intellettuale degli illuministi e dei giuristi esperti di materie costituzionali bavaresi resta da menzionare Wilhelm Josef Behr (1775-1851) ⁽²⁷¹⁾, al cui destino — spionaggio delle sue lezioni universitarie dopo il 1819, limitazione della libertà di docenza, mancato riconoscimento del suo mandato nel parlamento regionale nel 1831 e arresto avvenuto nel 1832 — si è già accennato. Negando alla Confederazione germanica il diritto di intervenire nell'ambito della sovranità dei singoli Stati ⁽²⁷²⁾, Behr divenne un nemico del « sistema di Metternich ». La sua entusiastica adesione ai principî dello Stato di diritto, ai diritti di libertà e al giuramento sulla costituzione da parte dell'esercito gli valse una condanna per tentato alto tradimento. Dopo quattro anni di custodia preventiva Behr fu condannato alla detenzione in una fortezza, per venire poi costretto a chiedere perdono di fronte all'immagine del re. Solamente nel 1839 le sue condizioni di detenzione migliorarono e nel 1848 fu liberato in seguito ad un'amnistia. Il suo *System der allgemeinen Staatslehre* (1804) insieme al *System der allgemeinen Staatslehre oder der Staatskunst (Politik)* ⁽²⁷³⁾ e al *Neuer Abriss der Staatsrechtslehre* ⁽²⁷⁴⁾ danno una ricostruzione generale nella prospettiva del diritto naturale kantiano. Il fondamento dello Stato è il tradizionale contratto ipotetico. Il suo scopo è il mantenimento del diritto. Gli Stati devono avere l'obiettivo di riunirsi in una lega delle nazioni per « proteggere il diritto e assicurare un generale stato di pace in terra » ⁽²⁷⁵⁾. Behr articolò il suo *System* in modo tale da arrivare a trattare anche il diritto di polizia, l'amministrazione degli affari esteri

⁽²⁷¹⁾ M. DOMARUS, *Bürgermeister Behr. Ein Kämpfer für den Rechtsstaat*, 3^a ed. 1985. Cfr. cap. 1, nt. 183.

⁽²⁷²⁾ W.J. BEHR, *Von den rechtlichen Grenzen der Einwirkung des deutschen Bundes auf die Verfassung, Gesetzgebung und Rechtspflege seiner Glieder-Staaten*, Würzburg 1820; 2^a ed., Stuttgart 1820.

⁽²⁷³⁾ 3 voll., Frankfurt 1810.

⁽²⁷⁴⁾ Bamberg 1816; Id., *Die Lehre von der Wirtschaft des Staats oder pragmatische Theorie der Finanzgesetzgebung und Finanzverwaltung*, Leipzig 1822. A questo riguardo cfr. ROSCHER (nt. 245), 840 s.

⁽²⁷⁵⁾ *System der allgemeinen Staatslehre*, 984.

e il diritto finanziario, seguendo coerentemente quella linea liberale che va da Kant a Feuerbach ⁽²⁷⁶⁾. In questo senso egli, per esempio, per quanto riguarda il diritto di polizia si impegnò su temi quali il rispetto della legge, la prevedibilità degli interventi, il divieto di abuso della forza e la definizione del concetto di pericolo ⁽²⁷⁷⁾.

c) *K.H.L. Pölitz.*

Oltre a Rotteck, Aretin e Behr, tutti appartenenti alla Germania meridionale, anche il sassone Karl Heinrich Ludwig Pölitz (1772-1838) può essere considerato uno dei maggiori rappresentanti e divulgatori dell'orientamento giusrazionalista ⁽²⁷⁸⁾, spiccando così sul suo meno significativo collega Wilhelm Traugott Krug (1770-1842) ⁽²⁷⁹⁾ o sull'entusiasta liberale Ekendahl ⁽²⁸⁰⁾. La dottrina del diritto pubblico di quel tempo deve a Pölitz non solo la più importante documentazione sulle costituzioni europee dell'epoca ⁽²⁸¹⁾, ma anche un manuale in cinque tomi sulle scienze dello

⁽²⁷⁶⁾ Senza riferirsi espressamente a questo autore, sulla teoria della costrizione psicologica, in *System der angewandten allgemeinen Staatslehre*, terza e ultima parte, Frankfurt a. M. 1810, 513.

⁽²⁷⁷⁾ Op. cit., 516-523.

⁽²⁷⁸⁾ MOHL, I, 141-143; LANDSBERG, III-2, nt. 278; Sulla biografia cfr. MATAJA, in ADB, 26 (1888) 389-392 con accenni sull'autobiografia stampata nel 1839; ROSCHER (nt. 245), 841 s.

⁽²⁷⁹⁾ Cfr. *supra*, nt. 159. L'opera di riferimento di W.T. KRUG, *Dikäopolitik oder neue Restauration der Staatswissenschaft mittels des Rechtsgesetzes*, Leipzig 1824, è il tentativo di creare una dottrina generale dello Stato in forma popolare. Il procedimento logico è eclettico e armonizzante, il suo fondamento kantiano piuttosto vago. Gli argomenti trattati in venti capitoli corrispondono al canone classico della « dottrina dello Stato secondo ragione » del tardo Settecento. Questo libro non ha incontrato, per quanto è possibile dire oggi, l'apprezzamento dei contemporanei.

⁽²⁸⁰⁾ D.G. v. EKENDAHL, *Allgemeine Staatslehre*, 3 voll., Neustadt a. d. Orla 1833-1835. L'opera inizia con una « dottrina della fondazione dello Stato » di ispirazione giusrazionalistica, si sposta poi in direzione di una « dottrina costituzionale dello Stato », che accoglie le richieste del costituzionalismo, concentrandosi poi su « dottrina dell'amministrazione giuridica », « dottrina dell'esercito e della difesa », « dottrina generale dell'economia », « dottrina dell'economia nazionale e politica », « dottrina del bilancio dello Stato », « dottrina dell'educazione e dell'istruzione » e « dottrina del diritto ecclesiastico ».

⁽²⁸¹⁾ ANONIMO (=K.H.L. PÖLITZ), *Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren*, 4 voll., Leipzig-Altenburg 1817-1825 (2^a ed. col titolo *Die*

Stato ⁽²⁸²⁾, a cui si aggiunsero, dopo la svolta politica interna del 1830 in Sassonia, scritti politici su temi costituzionali che lo mostrano in armonia col suo governo ⁽²⁸³⁾. Landsberg lo dipinse come « un fecondo scrittore, filosofo, teologo, moralista, storico ed esperto di scienze dello Stato », mentre Mohl gli riconobbe il ruolo di punto di riferimento del « liberalismo costituzionale moderato », ammettendo che « fu lui a divulgare in forma chiara e con un linguaggio comprensibile i risultati generali a cui erano giunte le diverse scienze dello Stato », pur criticandone i suoi scritti definendoli « mediocre cibo per la mediocrità, una teoria degna dell'infima piccola borghesia » ⁽²⁸⁴⁾. Dietro a questa critica, che forse non si può considerare del tutto ingiustificata ⁽²⁸⁵⁾, si nascondono certamente anche lotte interne al liberalismo monarchico-costituzionale. Hartwig Brandt ha apportato delle convincenti correzioni interpretative ⁽²⁸⁶⁾ senza però attestare a Pölitz una vera originalità. Pölitz fonda lo Stato, seguendo il diritto naturale dell'illuminismo, su di un contratto attraverso il quale il principe è dotato della sovranità indivisibile e irrevocabile ⁽²⁸⁷⁾. Pölitz non è un sostenitore della sovranità popolare né si trova d'accordo con il principio della divisione dei poteri: egli non vuole che sussista alcun dubbio sulla sua adesione a un principio monarchico razionalmente fondato. D'altra parte egli sostiene però la necessità di un sistema rappresentativo, in cui i deputati hanno libero mandato, strutturato in base ai ceti sociali ⁽²⁸⁸⁾. I deputati rappresentano la società, ma il monarca rappresenta l'« insieme ». Questo modello si orienta « esattamente verso quelle costituzioni in

europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neuste Zeit, Leipzig 1832-1833).

⁽²⁸²⁾ K.H.L. PÖLITZ, *Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit*, 5 voll., Leipzig 1823-1824 (2^a ed. 1828-1829).

⁽²⁸³⁾ K.H.L. PÖLITZ, *Das constitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen*, Leipzig 1831; ID., *Staatswissenschaftliche Vorlesungen für die gebildeten Stände in constitutionellen Staaten*, 3 voll., Leipzig 1831-1833.

⁽²⁸⁴⁾ MOHL, I, 142 s. Anche MATAJA (nt. 278): « liberalismo dottrinario e scialbo ».

⁽²⁸⁵⁾ PÖLITZ scrisse circa centocinquanta libri e fu editore di sei riviste e giornali. Cfr. MATAJA (nt. 278).

⁽²⁸⁶⁾ BRANDT, 214-223.

⁽²⁸⁷⁾ PÖLITZ, *Staatswissenschaften* (nt. 282), vol. I, 2^a ed. 1827, 170 ss.

⁽²⁸⁸⁾ Op. cit., 204 ss.

equilibrio tra il sistema di rappresentanza vetero-cetuale e il compromesso neo-cetuale costituito dal sistema rappresentativo delle circoscrizioni elettorali divise su base geografica» (289). Per l'ambiente politico del regno di Sassonia precedente il 1830, in cui fu attivo Pölitz, queste posizioni erano sicuramente molto progressiste. Ciò che a Mohl pareva segno di « pusillanimità » era in realtà il massimo che si potesse affermare da una cattedra universitaria (290).

d) *F. Murhard.*

L'attività intellettuale di Friedrich Murhard (1779-1853) (291), docente indipendente dell'Assia elettorale sottoposto al divieto di pubblicazione fino al 1831 (292), subì una forte accelerazione, simile a quella di Pölitz, nella fase di liberalizzazione che seguì all'entrata in vigore della costituzione del 1831, della quale Murhard fu anche il primo commentatore (293).

Murhard era originariamente un matematico. Egli divulgò al pari di Pölitz il nucleo giuridico, fundamentalmente ancora giusrazionalistico, del primo liberalismo. La sua vicinanza a Rotteck è tale da farne diventare i suoi scritti, nella trattazione di temi quali la formazione dello Stato attraverso il contratto, la sovranità popolare, il sistema rappresentativo e la posizione dei deputati, quasi un calco

(289) BRANDT, 222.

(290) Il passaggio corrispondente sul reame di Sassonia nel vol. II dell'opera *Staatswissenschaften* (nt. 282), 2ª ed. 1828, 413-417, consiste di una breve disamina degli avvenimenti del tempo.

(291) CANTOR, in ADB, 23 (1866), 62 s.; W. WEIDEMANN, *Friedrich Murhard (1778-1853) und der Allliberalismus*, in « Zeitschr. d. Vereins f. hess. Gesch. u. Landeskunde », 55 (1926), 229-276; BRANDT, 266-268.

(292) F. MURHARD, *Die unbeschränkte Fürstenherrschaft*, Kassel 1831; ID., *Der Zweck des Staates*, Göttingen 1832; ID., *Das Recht der Nationen zur Erstrebung zeitgemäßer, ihrem Kulturgrade angemessener Staatsverfassungen*, Frankfurt 1832; ID., *Die Volkssouverainität im Gegensatz der sogenannten Legitimität*, Kassel 1832; ID., *Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger gegen die bestehende Staatsgewalt, in sittlicher und rechtlicher Beziehung*, Braunschweig 1832; ID., *Die Initiative bei der Gesetzgebung. Beleuchtung der Frage: Wer soll die Gesetze vorschlagen in der Staatsgesellschaft?*, Kassel 1833.

(293) Cfr. sotto cap. 4 nt. 135.

letterale (294). D'altra parte però egli era un avversario del principio monarchico, la cui esistenza era stata assicurata dallo stesso Rotteck con la clausola dell'irrevocabilità del trasferimento del potere esecutivo. Nell'Assia elettorale in particolar modo si rivelò il significato del diritto di resistenza extra-costituzionale, dal momento che il governo tentò di abbattere i vincoli costituzionali sciogliendo dunque quello che possiamo definire in termini giusnaturalistici il *pactum subjectionis*. Mettendo al centro della sua argomentazione la sovranità popolare, Murhard rese allo stesso tempo il monarca « supremo rappresentante del popolo e dello Stato » e legittimò il deputato nella sua funzione di « mandatario » (295).

e) *K.E. Schmid*.

Un'opera quasi dimenticata dalla letteratura ma di notevole significato per la dottrina generale dello Stato fu scritta da Karl Ernst Schmid (1774-1852), professore a Jena e consigliere dell'Alta corte di appello (296). La letteratura, quando ricorda Schmid, lo colloca tra quei costituzionalisti liberali che sostenevano apertamente posizioni giusrazionalistiche tipiche dell'illuminismo. Landsberg afferma con una certa arroganza che Schmid basa il suo manuale « sulla datata teoria della divisione dei poteri di Montesquieu » (297), ricordando « la scarsa influenza da lui avuta nelle opere che si sono occupate sistematicamente dei medesimi argomenti » (298).

Effettivamente il suo manuale è rimasto incompleto (299). Inoltre il periodo non gli era assolutamente favorevole. Il manuale di Schmid tratta soltanto dei « fondamenti filosofici di tutto il diritto

(294) BRANDT, 268.

(295) MURHARD, *Die Volkssouverainität* (nt. 292), in particolare 337 ss. (368).

(296) E. LANDSBERG, in ADB, 31 (1890), 675 s.; solo accennato in MOHL, I, 273, 281. LANDSBERG, III-2, 33 nt., richiama l'attenzione sull'approvazione di Schmid nei confronti di Thibaut per quanto riguarda la disputa con Savigny sulla codificazione: K.E. SCHMID, *Teutschlands Wiedergeburt*, Jena 1814. Vedi anche C. SCHMITT, *Das "Allgemeine deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung*, in ZgStW, 100 (1940), 5-24 (13).

(297) LANDSBERG, in ADB, (nt. 296).

(298) LANDSBERG, III-2, 33 nt.

(299) Il secondo volume doveva contenere una trattazione del diritto dello Stato federale e del diritto dei singoli Stati.

pubblico » e propone, nella seconda parte, dei « profili storici », tra i quali l'ormai superata costituzione imperiale occupa uno spazio assolutamente esagerato. Ma la parte « filosofica » è sicuramente impressionante per la coerenza della sua struttura argomentativa e per la sua modernità, oggi percepibile molto più chiaramente che non ai tempi di Landsberg. Il punto di partenza dell'argomentazione di Schmid consiste nell'accettare che la « ragione » sia « l'ultima fonte di tutti i principî giuridici », e che la migliore legislazione sia quella « che più si avvicina all'ideale del diritto di ragione »⁽³⁰⁰⁾. Lo Stato è costruito sul consenso, secondo principî razionali, come una « unione degli esseri umani sotto le leggi del diritto create per il raggiungimento di tutti gli obiettivi dell'umanità »⁽³⁰¹⁾. Il suo fine è il dominio sulla natura (tramite le scienze naturali e la polizia), la formazione di un ordinamento giuridico (tramite la pace sociale e l'amministrazione della giustizia) e « l'educazione del genere umano alla moralità » (tramite la chiesa e la scuola). Il contratto che sta alla base del sistema di Schmid presenta il tradizionale doppio obiettivo della creazione di uno Stato e dell'insediamento di un potere legittimo. Con l'idea di questo triplice obiettivo dello Stato Schmid limita il contratto su cui esso si basa dal punto di vista del contenuto, e rende la legittimazione del potere dipendente dal riconoscimento popolare e dall'equo uso del potere. Se non sono rispettati questi presupposti allora il cittadino può opporsi al potere, anche se egli non ha un diritto legittimo di resistenza perché il governo « è il custode della volontà dettata dalla ragione per tutti e la difende dalle diverse inclinazioni dei componenti della società », e quindi può opporvisi soltanto « a proprio rischio e pericolo »⁽³⁰²⁾. Un riequilibrio delle tensioni tra governo e popolo viene cercato da Schmid soprattutto nel fatto che la costituzione viene subordinata al principio della « riforma ininterrotta »⁽³⁰³⁾.

La sovranità popolare che si è venuta a costituire tramite questo contratto viene attentamente distinta da Schmid dalla democrazia

⁽³⁰⁰⁾ Op. cit., § 60.

⁽³⁰¹⁾ Op. cit., § 5.

⁽³⁰²⁾ Op. cit., § 27.

⁽³⁰³⁾ Op. cit., § 31.

vera e propria, e non va inquadrata direttamente all'interno della dottrina montesquieuana della « separazione dei poteri ». Schmid parla piuttosto di « divisione delle funzioni » e di « necessaria separazione di queste funzioni »⁽³⁰⁴⁾, che viene realizzata secondo la seguente modalità: il potere legislativo si trova nelle mani di deputati eletti dal popolo che lavorano in stretto rapporto con il monarca (§§ 59-69); il potere giudiziario viene amministrato da tribunali collegiali articolati verticalmente per gradi di istanza (§§ 70-77); l'amministrazione pubblica viene gestita da un corpo « responsabile » di funzionari statali⁽³⁰⁵⁾. Le posizioni di Schmid espongono le classiche idee del primo liberalismo: la dignità dell'uomo e i diritti fondamentali uguali per tutte le classi sociali e i ceti (« libertà popolari »)⁽³⁰⁶⁾, l'affermazione della meritocrazia, l'abbattimento dei privilegi corporativi e l'obbligo per gli organi statali di rispettare le leggi. Tutto questo secondo Schmid deve essere scritto in una costituzione, perché essa sia la « fortificazione documentale del diritto pubblico »⁽³⁰⁷⁾.

f) *S. Jordan.*

Molto vicini alle posizioni di Schmid sono i *Versuche über allgemeines Staatsrecht in systematischer Ordnung und mit Bezugnahme auf Politik*⁽³⁰⁸⁾ e il *Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts* di Sylvester Jordan (1792-1861)⁽³⁰⁹⁾. Jordan ritiene che il compito del diritto pubblico generale sia quello di una mediazione

⁽³⁰⁴⁾ Op. cit., § 34-36.

⁽³⁰⁵⁾ Op. cit., § 38, 55-58.

⁽³⁰⁶⁾ Vi rientrano la generale libertà d'azione, la libertà d'espatrio, la libertà d'opinione e di stampa, la libertà professionale, l'accesso aperto alle cariche pubbliche, l'uguaglianza di fronte alla legge, la libertà d'associazione, il diritto di petizione, il divieto di estradizione senza giustificazione, le garanzie dello Stato di diritto soprattutto nei procedimenti penali (§§ 78-93).

⁽³⁰⁷⁾ Op. cit., 101.

⁽³⁰⁸⁾ Marburg 1828.

⁽³⁰⁹⁾ S. JORDAN, *Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts*, parte I, *Die Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts, die geschichtliche und allgemeine Einleitung in das deutsche Staatsrecht und das deutsche Bundesrecht enthaltend*, Cassel 1831. Cfr. a questo proposito W. WIEBER, *Die politischen Ideen von Sylvester Jordan*, 1913; W. Kaiser, *Sylvester Jordan — seine Staatsauffassung und sein Einfluß auf die kurhessische Verfas-*

politica tra storia e ragione, proponendo un modello di *Realpolitik* che possa ovviare alle possibili lacune del diritto positivo. Anche per Jordan il fondamento dello Stato deve essere rinvenuto nell'idea di contratto. Detentore della sovranità è il monarca e l'esercizio di questa sovranità — almeno nella forma statale che egli ritiene migliore per la Germania, la « monarchia ereditaria rappresentativa » ⁽³¹⁰⁾ — deve essere suddiviso per funzioni: il potere legislativo al parlamento, il potere giudiziario a un ceto di giudici indipendenti, il potere esecutivo al monarca, ai suoi ministri e ai funzionari. In ogni caso, il principe conserva il diritto di intervenire in tutte e tre queste funzioni ⁽³¹¹⁾.

Anche Jordan è un classico sostenitore delle posizioni del primo liberalismo. La limitazione razionalistica, d'ispirazione kantiana, del ruolo dello Stato sul piano della realizzazione del diritto (idea dello Stato), si collega in Jordan con il riconoscimento del « vissuto » storico (realtà dello Stato), e dunque con il riconoscimento alla nobiltà del ruolo di « primo stato (*Stand*) ». Lo scopo dello Stato è per Jordan « il dominio delle norme giuridiche in terra », affinché « il popolo, organicamente plasmato, si possa sviluppare il più possibile in direzione della perfezione razionale, e possa poi a questo fine ampliare sempre più il suo dominio sul mondo esterno » ⁽³¹²⁾. Ciò non implica però il riconoscimento dell'onnipotenza dello Stato legislativo, ma al contrario comporta la necessità di un suo contenimento. Dove la società riesce ad autoregolarsi, lo Stato deve limitare il suo intervento. Esso deve sempre rispettare i diritti dell'uomo e i diritti civili ⁽³¹³⁾, e allo stesso modo anche i diritti dei funzionari statali e i diritti dei deputati ⁽³¹⁴⁾, e tutto questo deve essere fissato per scritto nella costituzione ⁽³¹⁵⁾. In questa direzione la teoria elaborata da Jordan diventò il fondamento spirituale della Costituzione dell'Assia elettorale del 1831.

sungsurkunde vom 5. Januar 1831, 1936; H. SEIER, *Sylvester Jordan und die kurbessische Verfassung von 1831*, 1981. Vedi anche *supra*, cap. 2, nt. 71 e, *infra*, cap. 4, nt. 129.

⁽³¹⁰⁾ JORDAN, *Lehrbuch*, § 42, II.

⁽³¹¹⁾ Op. cit., § 47, 61.

⁽³¹²⁾ Op. cit., § 36.

⁽³¹³⁾ Op. cit., § 67, 68.

⁽³¹⁴⁾ Op. cit., § 73, 73.

⁽³¹⁵⁾ Jordan, *Versuche* (nt. 308); *Lehrbuch* § 52.

Quanto fosse importante per Jordan il ruolo della storia nella riflessione sullo Stato, si coglie nel fatto che la ricostruzione storica del suo manuale del 1831, peraltro lasciato incompleto, occupa molto più spazio di quello riservato alla dottrina generale dello Stato. Jordan avvia la sua argomentazione partendo da lontano, in particolare dalle « libertà popolari » germaniche, passando poi a descrivere il periodo feudale, notevolmente influenzato dal diritto canonico, e concludendo con l'esame dell'epoca della « sovranità » e del ruolo per essa determinante del diritto romano. Con questa triade Jordan proponeva uno schema teorico capace di sviluppare un'analisi armonizzante del presente, al quale egli affidava la possibilità di una composizione degli elementi democratici, monarchici e aristocratici ⁽³¹⁶⁾. Tradotto nella lingua del *Vormärz*, il tentativo di Jordan indica un compromesso tra la monarchia ereditaria, il parlamentarismo e il riconoscimento dei privilegi storicamente affermati, in particolare quelli della nobiltà. Si possono dunque riscontrare in Jordan importanti punti di convergenza con il liberalismo « storico-organico », ad esempio con Karl Theodor Welcker o Friedrich Christoph Dahlmann, anche se la vicinanza con Welcker sembra assai maggiore rispetto a quella con Dahlmann, il cui punto di partenza è molto lontano dal giusrazionalismo di stampo illuminista. Come si vede, una semplice classificazione « per gruppi » svela assai presto i propri limiti.

4. C.S. Zachariä.

La considerazione appena svolta vale a maggior ragione nel caso di Carl Salomo Zachariä (1769-1843), che è sempre stato considerato una figura fuori dagli schemi. Non si può certo contestare a Zachariä la mancanza di originalità, né confutarne l'acume o negarne il sapere enciclopedico. Tuttavia, non si possono nemmeno ignorare le sue oscillazioni in campo politico, accompagnate da una marcata bizzarria in ambito accademico ⁽³¹⁷⁾. Nella storia del pensiero

⁽³¹⁶⁾ JORDAN, *Lehrbuch*, § 82.

⁽³¹⁷⁾ MOHL, I, 131-134, II, 512-528; ROSCHER (nt. 245), 930-934; W. FISCHER, in ADB, 44 (1898), 646-652; BLUNTSCHLI, 596-605; v. WEECH, *Bad. Biographien*, II, Heidelberg 1875, 524-532; P. SCHMIDT, in *HdBStaatsWiss*, 2^a ed., vol. 7 (1901), 924-927

giuridico egli è ricordato come un « Proteo » (Landsberg) o come una « sfinge geniale » (Fischer). Georg Jellinek lo descrive come « una persona dotata di un sapere impareggiabile, ingegnoso e spesso paradossale, profondo e critico, eppure a volte anche superficiale e vago, ambiguo e vanitoso, che spesso preferisce il seducente al reale, pronto ad assumere le difese della cattiva causa, autore di capolavori ma anche di lavori da principiante, straordinario in pari modo nel diritto privato come nel diritto pubblico » ⁽³¹⁸⁾.

Zachariä può essere accostato ai liberali d'ispirazione giusrazionalistica, in quanto anch'egli — nel periodo di Wittenberg — parte, come dimostrano molti suoi scritti, da un razionalismo di tipo kantiano. Oltre che dal diritto civile, penale, canonico e feudale, Zachariä fu ben presto interessato anche dalla dottrina generale dello Stato e dal diritto pubblico ⁽³¹⁹⁾. Con il trasferimento a Heidelberg nel 1807 avviò la sua attività di docente e pubblicista per la Confederazione renana ⁽³²⁰⁾, dove accanto ai lavori dedicati ai diversi aspetti del diritto pubblico spicca il famoso *Handbuch des französischen Civilrechts* ⁽³²¹⁾.

Nel 1820 Zachariä ottenne il posto che era stato di Thibaut nella prima camera del Baden, mentre dal 1825 al 1829 fu membro della seconda camera. Anche qui le sue posizioni appaiono piuttosto contraddittorie. Tuttavia esse possono essere in realtà considerate — nonostante la sostanzialmente immutata adesione alla dottrina kantiana e a dispetto del favore verso le idee costituzionali, i vincoli

(bibliografia); G. JELLINEK, *Die Staatsrechtslehre und ihre Vertreter*, in ID., *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. I, 1911, 314 ss., LANDSBERG, III-2, 100-110 e nt. 52-58; BÖCKENFÖRDE, 115-119; BRANDT, 235-242; BOLDT, *Deutsche Staatslehre*, 215-233. — Vedi anche: *Biographischer und juristischer Nachlaß von K.S. Zachariä*, edito da suo figlio Eduard, docente di diritto a Heidelberg, Stuttgart 1843.

⁽³¹⁸⁾ JELLINEK (nt. 317), 321. In questo senso anche BLUNTSCHLI, 596 ss.

⁽³¹⁹⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Ueber die vollkommenste Staatsverfassung*, Leipzig 1800; ID., *Ueber die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat*, Leipzig 1802; ID., *Janus*, Leipzig 1802; ID., *Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche*, Leipzig 1806; indicazioni dettagliate in MOHL, II, 517, 519.

⁽³²⁰⁾ Vedi *supra*, cap. 1, nt. 200. Su opere precedenti sul diritto pubblico positivo tedesco cfr. C.S. ZACHARIÄ, *Iuris publici germanici in artis formam redacti delineatio*, Leipzig 1797; ID., *Geist der deutschen Territorialverfassung*, Leipzig 1800.

⁽³²¹⁾ 2 voll., Heidelberg 1808; 4ª ed. in 4 voll., 1837; 8ª ed. a cura di C. Crome, Freiburg 1894. Vedi *supra*, cap. 1, nt. 200.

dello Stato di diritto e la libertà d'impresa — posizioni altamente conservatrici, se non addirittura reazionarie, ad esempio per quanto riguarda la richiesta di reintrodurre la censura, che era stata appena abolita ⁽³²²⁾.

Queste considerazioni rinviano alla sua opera fondamentale, i *Vierzig Bücher vom Staate* ⁽³²³⁾, un'ampia « dottrina generale dello Stato » che inizia con una « introduzione alle scienze dello Stato » (libri 1-14) e si articola poi in « dottrina della costituzione » (libri 15-20) e in « dottrina del governo » (libri 21-40). Quest'ultima comprende anche l'amministrazione, la giustizia e l'economia di Stato. Nella seconda edizione questa suddivisione venne maggiormente articolata ⁽³²⁴⁾.

L'opera mira ad offrire una completa descrizione delle scienze dello Stato. Si tratta del tentativo, a dire il vero piuttosto ambizioso, di studiare in circa duemila pagine (il riferimento qui è alla seconda edizione) lo Stato « in tutte le sue possibili e immaginabili relazioni ». Zachariä quindi intendeva proporre non soltanto un'analisi del diritto pubblico e delle genti, della dottrina generale dello Stato, dell'economia politica e della scienza delle finanze, ma voleva anche comprendere se e che cosa le scienze più disparate — meccanica, chimica, biologia, astronomia, meteorologia, geografia, antropologia, psicologia, storia, politica, pedagogia ecc... — potessero dire a proposito dello Stato e delle loro relazioni con esso, per riordinare poi sistematicamente tutti questi elementi in forma enciclopedica ⁽³²⁵⁾. Questo progetto, tenendo conto delle conoscenze dell'epoca e del fatto che poté contare sulle forze di un singolo individuo, ha conseguito risultati incredibili. A differenza di Pölitz, il quale non fece altro che raccogliere e sistemare le conoscenze già a disposizio-

⁽³²²⁾ Cfr. ID., *Vierzig Bücher vom Staate*, 2^a ed., terza parte, *Staatsverfassungslehre*, 1839, libro XIX, cap.III: « È chiaro che non è possibile conciliare la censura con la libertà di stampa e con la monarchia costituzionale ».

⁽³²³⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Vierzig Bücher vom Staate*, voll. I-IV, Heidelberg 1820-1832; 2^a ed. rivista vol. I-VII, Heidelberg 1839-1843.

⁽³²⁴⁾ *Vorschule der Staatswissenschaft* (libri 1-6), *Allgemeine politische Naturlehre* (7-14), *Verfassungslehre* (15-19), *Regierungslehre* (20-26), *Völkerrecht* (27-30), *Erziehung*, *Staatsdienst* (31-35), *Staatswirtschaftslehre* (36-40).

⁽³²⁵⁾ « Le enciclopedie e i sistemi delle scienze dello Stato » sono ampiamente trattati da MOHL, I, 113-164, cui si rinvia.

ne, e diversamente da Schmittenner, che non riuscì a completare la sua opera, come anche da Rotteck e Welcker, i quali lavorarono nel quadro di un numeroso gruppo di autori sacrificando così la sistematicità della loro opera, Zachariä tratta i vari saperi in maniera veramente originale, meditata e completa. La letteratura antica e moderna sullo Stato, i diari e le memorie di viaggio, le scienze naturali, la stampa francese e inglese: tutto, a quanto pare, gli poteva essere utile per i suoi scopi, e ogni fonte trovò una sua collocazione. Così il monumentale lavoro di Zachariä fu l'ultimo grande esempio del suo genere prima dell'enciclopedia di Mohl ⁽³²⁶⁾ e prima che le varie specializzazioni separassero le singole scienze. Da quel momento in poi, nel caso si fosse voluto affrontare le « scienze dello Stato » nella loro interezza, ci si sarebbe potuti servire solamente dei frammentari mezzi offerti dalle riviste ⁽³²⁷⁾ o dai lessici specializzati ⁽³²⁸⁾.

A partire dal 1807, ovvero da quando era diventato docente ad Heidelberg, Zachariä si era allontanato dai suoi inizi kantiani per quanto riguardava un punto centrale: la questione della costituzione dello Stato. Egli rifiutò la costruzione « contrattualistica » dell'illuminismo e del liberalismo razionalistico, come del resto anche la dottrina dello Stato patrimoniale. Lo Stato per Zachariä nasce storicamente *de facto*, e gli esseri umani sono giuridicamente tenuti ad obbedirgli ⁽³²⁹⁾. Lo Stato nasce dal diritto o, per essere più precisi, dal dovere giuridico, giusnaturalisticamente fondato, che gli uomini hanno di sottomettersi al diritto nel momento in cui vivono in una comunità. Zachariä è qui ancora il razionalista del Settecento. Non può sbarazzarsi della dicotomia tra Stato e stato di natura, né può affermare che lo Stato possa essere costituito senza un dovere giuridico (non sanzionabile?). Una volta che lo Stato è stato costituito, il potere della legge si concentra nella sovranità del monarca, e per principio non è possibile scindere la sovranità indivisibile in

⁽³²⁶⁾ R. v. MOHL, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen 1859, 2^a ed. 1872.

⁽³²⁷⁾ « (Tübinger) Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », a cura di Mohl et. al., 1844 ss. Vedi sotto, cap. 7, nt. 57.

⁽³²⁸⁾ MOHL, I, 159 ss. (Rotteck-Welcker, H. vom Busche, R. Blum e altri).

⁽³²⁹⁾ *Vierzig Bücher*, (nt. 323) vol. I, libro I, cap. IV.

favore dei ceti territoriali, come del resto Zachariä aveva già spiegato all'epoca della nascita della Confederazione germanica ⁽³³⁰⁾. Tuttavia, il potere monarchico si legittima tramite il suo vincolarsi al diritto, e tramite il fatto che esso « rappresenta » il volere del popolo ⁽³³¹⁾. In questo modo il concentramento del potere statale nelle mani del monarca si trova dunque nuovamente in equilibrio dal punto di vista politico, anche se rimane enigmatico da quello teorico, essendo legato alla volontà del popolo, intesa come « approvazione da parte della maggioranza dei cittadini » ⁽³³²⁾.

Di conseguenza, la monarchia ereditaria, costituzionalmente vincolata, è tenuta a mettere in rapporto il principe con la rappresentanza popolare. Un compito, questo, che Zachariä assegna in maniera molto originale e lungimirante ai « partiti ». Il principio monarchico in questo modo rimane intatto, ma il principe di fatto governa in unisono con la maggioranza parlamentare ⁽³³³⁾. Solo questa costruzione corrisponde, afferma Zachariä, « allo spirito della monarchia costituzionale ». Si prefigura così il ruolo — che nella realtà dei fatti era ancora completamente assente — del deputato indipendente, rappresentante della collettività. Zachariä tratta il tema della responsabilità dei ministri e disegna un sistema di partiti concorrenti. In breve: il governo assume una struttura parlamentare. Zachariä immagina un bipolarismo partitico, caratterizzato dall'antagonismo tra conservazione e riforma, tra reazione e progresso. Appare evidente come l'autore sia stato influenzato sia dal modello della monarchia costituzionale inglese, sia dalla sua personale esperienza parlamentare ⁽³³⁴⁾. Per quanto concerne la questione della divisione dei poteri, invece, Zachariä si rifà alla tripartizione classica e auspica un bilanciamento reciproco delle forze e una proficua collaborazione.

Le lungimiranti considerazioni di Zachariä sul ruolo dei « par-

⁽³³⁰⁾ C.S. ZACHARIÄ, *Entwurf zu dem Grundvertrage des durch den Pariser Frieden vom 30. Mai 1814 verheissenen deutschen Staatenbundes*, Heidelberg 1814.

⁽³³¹⁾ *Vierzig Bücher*, 1.1.3.4.

⁽³³²⁾ Così anche BLUNTSCHLI, 602.

⁽³³³⁾ Il passo si trova in *Naturlehre der konstitutionellen Monarchie*, in *Vierzig Bücher*, vol. 3, libro XIX, cap. I.

⁽³³⁴⁾ BRANDT, 328; BOLDT, 216 s.

titi » e dell'opinione pubblica da essi mediata, sull'equilibrio in parlamento tra il monarca (insieme al governo, da lui dipendente, e al partito « conservatore ») e l'opposizione, sul diritto di voto per censo, sulla « condizione di incertezza » che dominava i rapporti tra governo e parlamento, risolvibile in modo pragmatico tramite un'influenza reciproca ⁽³³⁵⁾, sono tutte affermazioni che contrastano con i ruoli da lui rivestiti in entrambe le camere del Baden e con i pareri che redasse nella sua attività parlamentare. Questa contraddizione non deve però essere necessariamente risolta, sebbene sia effettivamente ben visibile e riscontrata anche dai contemporanei. Al tavolo da lavoro, a cui egli tornava dopo le sue attività politico-istituzionali, Zachariä era un arguto sostenitore della monarchia costituzionale dotata di un parlamento rappresentativo, e si sentiva autorizzato, proprio per il fatto di avere posto la « condizione di incertezza » come centro nevralgico del suo modello politico, ad optare in caso di dubbio per la parte sostenuta dall'esecutivo monarchico.

5. R. v. Mohl.

Dopo la morte di Zachariä, avvenuta nel 1843, il diritto pubblico a Heidelberg venne rappresentato da Karl Eduard Morstadt (1792-1850) ⁽³³⁶⁾, Konrad Eugen Franz Rosshirt (1793-1871) ⁽³³⁷⁾, Heinrich Zöpfl (1807-1877) ⁽³³⁸⁾ nonché dai liberi docenti Karl Röder ⁽³³⁹⁾ e Heinrich Bernhard Oppenheim ⁽³⁴⁰⁾. Soltanto nel 1847 l'ambiente accademico venne notevolmente arricchito dalla chiama-

⁽³³⁵⁾ A questo proposito vedi in dettaglio BOLDT, 225.

⁽³³⁶⁾ H. SCHERRER, in ADB, 22 (1885), 329-339; P. SCHMIDT, in *HdBStaatsWiss*, 2^a ed., vol. 5 (1900), 871-873 (bibliografia); MOHL, *Lebenserinnerungen* I, 233: « un mezzo matto, un concentrato di meschinità, un asociale dedito all'alcolismo. Per fortuna non visse a lungo »; così anche G. JELLINEK, *Die Staatsrechtslehre und ihre Vertreter*, in *Ausgew. Schriften u. Reden*, vol. I, 1911, 327.

⁽³³⁷⁾ F. v. WEECH, *Bad. Biographien*, III, 197; MOHL, *Lebenserinnerungen* I, 232 s.

⁽³³⁸⁾ v. SCHULTE, in ADB, 45 (1900) 432-434; H STRAUCH, in *Bad. Biographien* III, 207-211; MOHL, II, 267; STOLLEIS, *Zöpfl*, in HRG, V (1993).

⁽³³⁹⁾ K.D.A. RÖDER, *Grundzüge der Politik des Rechts*, parte I, *Allgemeine Staatsverfassungslehre*, Darmstadt 1837.- Karl David August Röder (1806-1879) si abilitò alla docenza universitaria nel 1830 a Gießen, ma con quest'opera, influenzata dal filosofo Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), si fece talmente « malvolere dal punto di vista "politico" che dovette abbandonare il posto » (LANDSBERG, III-2, 656 s, nt. 282). A

ta di Robert Mohl (1799-1875), che era stato sollevato dal suo incarico di docenza nel Württemberg e trasferito per ragioni disciplinari a Ulm in qualità di consigliere governativo ⁽³⁴¹⁾.

Mohl all'epoca era considerato uno dei maggiori esperti nel campo del diritto pubblico ⁽³⁴²⁾. Aveva studiato tra il 1817 e il 1821 a Tubinga e Heidelberg. Dopo il conseguimento del dottorato, Mohl scelse una *peregrinatio academica* che lo condusse non soltanto a Wetzlar, Regensburg e Vienna, ma soprattutto al parlamento federale di Francoforte sul Meno, all'università di Gottinga e nella vera metropoli dell'Ottocento, Parigi. Nel 1824 Mohl ricevette la nomina a professore straordinario presso la facoltà di scienze dello Stato dell'università di Tubinga, a cui seguì nel 1827 la nomina a professore ordinario. La sua riflessione si sviluppò rapidamente. Dopo i primi libri, dedicati alla assai dibattuta questione — innescata dall'art. 13 dell'Atto istitutivo della Confederazione germanica — della differenza tra costituzione rappresentativa e costituzione dei

partire dal 1839 insegnò a Heidelberg diritto pubblico, politica e diritto internazionale. Cfr. K. v. LILIENTHAL, in ADB, 55 (1910), 590 s.; BRANDT, 234.

⁽³⁴⁰⁾ LANDSBERG, III-2, 652 s; LIPPERT, in *HdBStaatsWiss*, 2^a ed., vol. V (1900), 1024 s.; JELLINEK, op. cit., 331 s.; Oppenheim (1819-1880) si abilitò alla docenza universitaria nel 1841 a Heidelberg, dove entrò in contatto con Arnold Ruge. Fu costretto a emigrare in quanto democratico e sostenitore di uno Stato di diritto sociale e organico, e visse fino al 1859 in Svizzera, Francia e Inghilterra. Nel 1860 ottenne l'amnistia. Fu autore di un *System des Völkerrechts* (non allineato e con una caustica introduzione: Frankfurt a. M. 1845, 2^a ed. Stuttgart 1866) e di una *Philosophie des Rechts und der Gesellschaft*, Stuttgart 1850. In quest'ultima trattazione si trova come appendice (169 ss.) lo scritto *Das öffentliche Recht Deutschlands*, un'interessante testimonianza della complessa situazione del 1847.

⁽³⁴¹⁾ Cfr. *Aktenstücke, betreffend den Dienstaustritt des Professors R. von Mohl in Tübingen*, Freiburg i. Br. 1846. .

⁽³⁴²⁾ Fondamentali a questo proposito sono E. ANGERMANN, *Robert von Mohl 1799-1875. Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrten*, 1962; ID., *Mohl*, in *Staatslexikon*, 7^a ed., vol. 3 (1987) col. 1205; W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg*, 1972, 250-254; U. SCHEUNER, *Robert von Mohl: Die Begründung einer Verwaltungslehre und einer staatswissenschaftlichen Politik*, in *500 Jahre Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Beiträge z. Gesch. D. Univ. Tübingen, 1477-1977*, 515; ID., *Der Rechtsstaat und die soziale Verantwortung des Staates. Das wissenschaftliche Lebenswerk von Robert Mohl*, in « Der Staat », 18 (1979), 1-30; K. W. NÖRR, *Eber Hegel als Kant. Zum Privatrechtsverständnis im 19. Jahrhundert*, 1991, 26-30. Brevi cenni in STOLLEIS, *Mohl*, in HRG, III (1984), col. 617-621.

ceti territoriali ⁽³⁴³⁾, all'« amministrazione della giustizia nella Confederazione germanica » ⁽³⁴⁴⁾ e « al diritto pubblico della Confederazione degli Stati Uniti d'America » ⁽³⁴⁵⁾, negli anni 1829-1831 Mohl pubblicò *Das Staatsrecht des Königsreiches Württemberg*, che lo rese improvvisamente famoso. Tutte le successive trattazioni di diritto pubblico territoriale appaiono chiaramente influenzate da quest'opera ⁽³⁴⁶⁾. Soprattutto, si deve sottolineare che veniva qui per la prima volta magistralmente delineata la separazione, che si stava lentamente definendo già dall'inizio del secolo, tra diritto costituzionale e diritto amministrativo. L'anno seguente seguì un'altra opera fondamentale, *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* ⁽³⁴⁷⁾.

Nel 1847 ad Heidelberg e Karlsruhe era dunque chiaro a tutti chi fosse questo professore: un liberale saldamente radicato dal punto di vista biografico nel mondo dei notabili e dei pubblici funzionari, appartenente all'ala pragmatico-razionalistica del liberalismo, un positivista dal pensiero sistematico, pratico del diritto costituzionale e amministrativo, ma non un teorico dello Stato. Ciononostante, grazie a un'opera monografica sulla responsabilità dei ministri, Mohl si era inserito nel dibattito teorico-giuridico e politico riguardante questo delicato tema ⁽³⁴⁸⁾. Inoltre, egli fu autore dell'importante saggio *Ueber Bureaukratie* ⁽³⁴⁹⁾ del 1846, con il quale espresse una posizione estremamente precoce rispetto a questo fenomeno tipico dello Stato moderno. Sicuramente la burocrazia sembrava a Mohl pericolosa e degna di essere combattuta, ma sperava altresì di elevarne il grado di efficienza tramite il miglio-

⁽³⁴³⁾ R. MOHL, *Dissertatio inauguralis sistens discrimen ordinum provincialium et constitutionis repraesentativae*, Tübingen 1821.

⁽³⁴⁴⁾ R. MOHL, *Die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes. Ein publicistischer Versuch*, Stuttgart 1822.

⁽³⁴⁵⁾ R. MOHL, *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, parte I, *Verfassungsrecht*, Stuttgart 1824.

⁽³⁴⁶⁾ Vedi sotto, cap. 4, nt. 62 ss.

⁽³⁴⁷⁾ Vedi sotto, cap. 5, III, 1.

⁽³⁴⁸⁾ R. MOHL, *Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung, rechtlich, politisch und geschichtlich entwickelt*, Tübingen 1837.

⁽³⁴⁹⁾ In *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, 3 voll., Tübingen 1860-1869, vol. II, 99 ss. (ried. 1962).

mento della preparazione dei funzionari pubblici ⁽³⁵⁰⁾ e la ricerca di talenti in parlamento da convertire a questa causa. Inoltre, egli la accettava anche come l'inevitabile effetto collaterale del benefico intervento, da lui auspicato, per la promozione del benessere ⁽³⁵¹⁾. Secondo il suo parere il controllo statale era inevitabile per prevenire quelle che a lui sembravano temibili questioni sociali. Gli unici mezzi impiegabili a tal fine erano il diritto alla tutela del lavoro, la limitazione della libertà contrattuale e l'ampliamento della libertà di associazione.

Nel contesto della dottrina generale dello Stato la precoce attenzione di Mohl al problema della burocrazia, alla questione sociale e alla concezione materiale dello Stato di diritto che ne derivava, nonché alla divulgazione del concetto stesso di Stato di diritto, non è tuttavia tanto significativa ⁽³⁵²⁾ quanto la separazione, carica di conseguenze, delle scienze dello Stato da quelle sociali, e la riformulazione del concetto di monarchia costituzionale. Riguardo al rapporto tra le scienze sociali e le scienze dello Stato Mohl si esprime dal punto di vista programmatico ⁽³⁵³⁾ (*Verhältnis der Gesellschaftswissenschaften zu den Staatswissenschaften*) dopo avere trattato dettagliatamente il concetto di società ⁽³⁵⁴⁾. Per società egli intendeva la somma degli ambiti di vita che si erano sviluppati nel tempo in base a specifici interessi e abitudini, dell'individuo e della famiglia da un lato e dello Stato dall'altro ⁽³⁵⁵⁾. Mohl non poté

⁽³⁵⁰⁾ R. MOHL, *Sorge für den Bedarf an höheren Staatsdienern*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (nt. 349), vol. III, 449-472.

⁽³⁵¹⁾ R. MOHL, *Über die Nachteile, welche sowohl den Arbeitern selbst als dem Wohlstande und der Sicherheit der gesammten bürgerlichen Gesellschaft von dem fabrikmäßigen Betriebe der Industrie zugehen, und über die Nothwendigkeit gründlicher Vorbeugungsmittel*, in «Rau's Archiv für politische Oeconomie», vol. II (1835), 141-203; ID.,-K. MATHY, *Gewerbe- und Fabrikwesen*, in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexicon*, 2^a ed. vol. 5, Altona 1847, 738-780.

⁽³⁵²⁾ Vedi a questo proposito in particolare *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I, 2^a ed. 1844, 3-9, e SCHEUNER (nt. 342).

⁽³⁵³⁾ MOHL, I, 102-110.

⁽³⁵⁴⁾ R. MOHL, *Gesellschaft-Wissenschaften und Staats-Wissenschaften*, in ZgStW, 1851, 1-71.

⁽³⁵⁵⁾ MOHL, I, 88-101; ID., *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Tübingen 1859, 27 ss.; vedi anche K.V. BEYME, *Robert von Mohl. Politische Schriften*, 1966, XXIV-XXVIII.

portare a compimento il suo « sistema » delle scienze sociali, progettato nel 1855, che consisteva di una « dottrina generale della società », di una trattazione delle scienze sociali « dogmatiche » (diritto della società, etica sociale, politica) e delle scienze sociali « storiche » (storia, statistica). Tuttavia egli visse abbastanza per vedere quanto venisse accolta e fortemente discussa la sua proposta di una chiara distinzione tra le scienze dello Stato e quelle sociali, rifiutata con decisione soprattutto da Heinrich von Treitschke ⁽³⁵⁶⁾.

Per quanto riguarda la posizione di Mohl nei confronti della monarchia costituzionale, egli era parte del folto gruppo dei « vecchi liberali », ma all'interno di esso egli era una voce fuori dal coro (H. Brandt). Nel 1837 Mohl era ancora dell'idea che il governo non fosse altro che una protesì del monarca, e dunque non responsabile nei confronti del parlamento. Per questo motivo la responsabilità dei ministri, che Benjamin Constant aveva messo al centro del dibattito politico ⁽³⁵⁷⁾, aveva per lui senso soltanto se intesa come responsabilità di diritto penale. È chiaro che per Mohl non poteva verificarsi una caduta del governo a seguito di una dichiarazione di sfiducia da parte del parlamento. La funzione del parlamento era semplicemente quella di limitare l'esecutivo monarchico che agiva per proprio diritto.

Nel 1846 però la sua posizione era in parte cambiata ⁽³⁵⁸⁾. Nel frattempo egli era diventato consapevole del rapporto tra governo e parlamento in Inghilterra ⁽³⁵⁹⁾. Mohl vedeva chiaramente che, diversamente dalla Germania, in Inghilterra era possibile una cooperazione tra i due organi, il cui presupposto era ovviamente un tipo

⁽³⁵⁶⁾ H. v. TREITSCHKE, *Die Gesellschaftswissenschaft, ein kritischer Versuch*, Leipzig 1859, ried. Halle 1927. Cfr. BLUNTSCHLI, 616, e MOHL, *Lebenserinnerungen* I, 268 s.

⁽³⁵⁷⁾ B. CONSTANT, *De la responsabilité des ministres. Cours de politique constitutionnelle*, vol. II, Paris 1818, 92 ss. Cfr. L. GALL, *Benjamin Constant. Seine politische Ideenwelt und der deutsche Vormärz*, 1967; TH. WÜRTEMBERGER, *Zur Legitimation der Staatsgewalt in der politischen Theorie von Benjamin Constant*, in « Annales Benjamin Constant », 10, 1989, 65-74.

⁽³⁵⁸⁾ R. MOHL, *Über die verschiedene Auffassung des repräsentativen Systems in England, Frankreich und Deutschland*, in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (nt. 349), I, 35.

⁽³⁵⁹⁾ TH. WILHELM, *Die englische Verfassung und der vormärzliche deutsche Liberalismus*, 1927.

di sistema bipartitico ⁽³⁶⁰⁾. Pur non sembrando quest'ultimo punto realizzabile in Germania, Mohl abbandonò lentamente la dottrina del necessario antagonismo tra governo e parlamento e si portò sulla linea di pensiero che era stata già tracciata da Zachariä. Anche se probabilmente non avrebbe sottoscritto la frase di Zachariä, per il quale « nella lotta tra i partiti che inesorabilmente provoca la monarchia costituzionale, se dotata di forza vitale, è insito il segreto del suo valore » ⁽³⁶¹⁾, egli era comunque dell'opinione che se « il governo guidasse i suoi organi principali, e dunque lo Stato stesso, tramite il partito più forte, ciò sicuramente faciliterebbe la conduzione degli affari pubblici » ⁽³⁶²⁾. Lo spostamento del potere in direzione del parlamento che questa affermazione implicava avrebbe dato al monarca la possibilità di distanziarsi dal governo in caso di insuccesso. Esso avrebbe inoltre concesso ai parlamentari ampie possibilità di plasmare la politica in modo responsabile.

L'interesse di Mohl si concentrava di conseguenza sulla questione di come dovesse costituirsi un parlamento, a partire dal quale doveva essere costruito il governo. Dato che Mohl rifiutava con decisione, coerentemente con la maggioranza dei liberali, il suffragio universale, e che disprezzava Bismarck per averlo introdotto, non rimaneva altra strada che quella di riconoscere un generale diritto di voto per censo o, come affermò nel 1852, una combinazione di rappresentanze corporative particolari, parlamenti parziali e un parlamento generale competente per le questioni centrali, che doveva essere eletto per censo in modo da favorire il ceto medio e la borghesia colta ⁽³⁶³⁾. Nel trattare questi argomenti Mohl mostra chiaramente anche i propri limiti. L'incomprensione che egli esprime nelle sue *Lebenserinnerungen* nei confronti dell'articolazione politico-partitica del movimento dei lavoratori ⁽³⁶⁴⁾ testimonia il

⁽³⁶⁰⁾ Per quanto riguarda il suo viaggio in Inghilterra del 1847 vedi *Lebenserinnerungen* II, 407 ss.

⁽³⁶¹⁾ *Vierzig Bücher* (nt. 323), libro XIX, cap. 1.

⁽³⁶²⁾ R. MOHL, *Encyklopädie* (nt. 355), 154.

⁽³⁶³⁾ R. MOHL, *Das Repräsentativsystem, seine Mängel und die Heilmittel*, in « Deutsche Vierteljahrs-Schrift », 1852, 145 ss., e in *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik* (nt. 349), 367-458.

⁽³⁶⁴⁾ Cfr. le osservazioni sulla socialdemocrazia in *Lebenserinnerungen* II, 169: « A volte arrivavano alle minacce, alludendo alla futura vittoria, e parlavano apertamente

fatto che il suo impegno giovanile sul piano politico-sociale era alimentato più dalla sua paura di vecchio liberale borghese che dal riconoscimento di una precisa necessità storica.

A parte la questione del diritto di voto, Mohl diagnosticò grazie al suo acuto sguardo, reso ancora più attento dalla sconfitta politica degli anni 1848-49, le mancanze del costituzionalismo dualistico per come era stato elaborato fino a quel momento ⁽³⁶⁵⁾. Nella sua opinione, i parlamenti erano ancora prigionieri di un ruolo passivo nei confronti dell'esecutivo, e dovevano dunque essere inseriti attivamente nella vita politica e prendere parte alla formazione del governo. Egli avvertiva la necessità di criticare anche la composizione dei parlamenti. Non riusciva ad accettare l'idea del suffragio universale ma neppure quella della rappresentanza dei vecchi interessi corporativi, e per questo motivo cercava di elaborare un modello in cui la borghesia proprietaria e colta e gli interessi comunali potessero essere adeguatamente rappresentati. A questo riguardo Mohl propose di istituire le cosiddette « rappresentanze speciali » per gli interessi professionali particolari, le « rappresentanze riunite » (parlamenti regionali) e un parlamento centrale. Il tutto era impraticabile e, considerati i rapporti di potere dopo il 1850, anche irrealistico. Ma si trattava comunque di un originale tentativo di mediazione da parte di un vecchio liberale, che visse il lungo passaggio da un tipo di società divisa per ceti ad una società democratica, senza riuscire a decidersi a compiere l'ultimo e decisivo passo.

Sia concessa un'ultima osservazione, importante per la visione generale dell'argomento. Mohl era un grande collezionista e uno straordinario conoscitore di libri, e si era guadagnato non pochi meriti come direttore della biblioteca dell'università di Tubinga ⁽³⁶⁶⁾. Egli rielaborò le sterminate conoscenze acquisite nel tempo

delle agitazioni da loro organizzate. Le loro richieste di solito erano a dir poco ridicole. Normalmente li si ascoltava con una certa pazienza, ma nessuno riteneva necessario rispondergli. La loro comparsa era per me assai poco piacevole ».

⁽³⁶⁵⁾ La migliore trattazione su questo problema si trova in BRANDT, 250-254.

⁽³⁶⁶⁾ Un vivo ricordo lo traccia Mohl stesso nelle sue memorie *Lebenserinnerungen* I, 152-161; vedi anche P.M. EHRLE, *Robert von Mohl als Leiter der Tübinger Universi-*

non soltanto nella sua *Enzyklopädie* ⁽³⁶⁷⁾, ma anche e soprattutto nella *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften* (1855-1858), un'opera in tre volumi ricchissima di informazioni bibliografiche, di giudizi critici, di accurate ricostruzioni di percorsi teorici e di scuole di pensiero. Ad essa anche il presente lavoro deve moltissimo ⁽³⁶⁸⁾.

6. *Il liberalismo « storico-organico »* .

La seconda trama principale del pensiero liberale, che abbiamo definito in precedenza come « storico-organica », comprende a sua volta due diversi elementi. Da una parte, vi si può individuare il riconoscimento del ruolo del « vissuto storico », legato a molteplici ragioni tra le quali la più importante è il rifiuto dell'imposizione di programmi astratti. Questo riconoscimento, insieme al rispetto nei confronti delle « circostanze date » che esso coinvolge, hanno in generale un certo sapore conservatore, nonostante la consapevolezza che tutto il « vissuto storico » fosse soggetto a mutamento. Da un'altra parte, era invece ancora presente la vecchia idea, contraria al concetto dello « Stato-macchina », per la quale lo Stato era un organismo (metaforico o reale). Molti erano i liberali che condividevano questa idea insieme ad altri indirizzi post-illuministici. L'ampiezza del pensiero « storico-organico » è dunque facilmente immaginabile. Nella misura in cui i suoi sostenitori si servivano del vocabolario liberale, veniva coltivata la speranza di un pacifico riequilibrio del dualismo tra principio monarchico e libertà popolare. Per il conseguimento di questo obiettivo potevano fornire un appoggio le tradizioni della prima pubblicistica imperiale, con il suo forte legittimismo storico, la scuola storica del diritto nella sua variante germanistica (K.F. Eichorn ⁽³⁶⁹⁾, J. Grimm, G. Beseler) e

tätsbibliothek (1836-1844), 1975; Id., e V. SCHÄFER, *Robert von Mohl (1799-1875), Ausstellungskatalog der Univ. Tübingen*, nr. 4, 1975.

⁽³⁶⁷⁾ R. MOHL, *Die Encyklopädie* (nt. 355), traduzione in polacco, 2 voll., Warschau 1864. Il giudizio di Mohl su quest'opera si trova in *Lebenserinnerungen*, I, 281-284.

⁽³⁶⁸⁾ Anche BLUNTSCHLI (615) ne riconosce l'influenza.

⁽³⁶⁹⁾ Non si tiene conto delle differenze sottolineate da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 48 s. tra Eichhorn e la « vera » generazione dei germanisti. Vedi R. CONRADI, *Karl Friedrich Eichhorn als Staatsrechtslehrer*, 1987; M. STOLLEIS, *Die Historische Schule und das öffentliche Recht*, in *Die Bedeutung*

l'indirizzo nazional-romantico ispirato dalle guerre di liberazione (E.M. Arndt, Jahn). È possibile, inoltre, riscontrare alcuni tratti anti-illuministici e anti-razionalistici, il frequente uso di metafore sullo Stato-organismo, il ricorso all'idea di « sviluppo » storico, il tentativo di evitare differenziazioni concettuali dai contorni troppo netti.

Detto tutto questo, non si deve considerare il liberalismo storico-organico come del tutto disgiunto dal liberalismo di stampo giusrazionalistico. La collaborazione di Rotteck e Welcker mostra chiaramente quanto i due approcci fossero vicini. Del resto autori come Carl Salomo Zachariä, Paul Achatius Pfizer, Sylvester Jordan e Robert Mohl, pur partendo da posizioni che possono essere classificate come giusrazionalistiche, possono essere considerati come appartenenti tanto all'uno quanto all'altro tipo di liberalismo.

a) *C.Th. Welcker.*

In una postilla all'articolo *Erfahrung* di Pfizer⁽³⁷⁰⁾, Carl Theodor Welcker polemizzò contro la condanna del giusrazionalismo formulata dalla scuola storica del diritto e da Hegel e, come egli scrive, contro l'« esclusione di una vera ed effettiva libertà e di una personalità libera e immortale » che essi a suo parere teorizzavano. Ciò che Welcker aveva in mente era il « naturale » collegamento tra argomentazioni storiche, politico-pragmatiche e giusrazionalistiche, la razionalità politica della concezione romana e di quella inglese del potere (*Staatsdenken*), e una fede, idealisticamente fondata ma comprovata dall'esperienza, nella autentica libertà e autodeterminazione morale dell'uomo⁽³⁷¹⁾.

der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Festschr. f. Sten Gagnér, 1991, 495-508.

⁽³⁷⁰⁾ ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexicon*, 2^a ed., vol. 4, Altona 1846, 488-496.

⁽³⁷¹⁾ C.TH. WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, Gießen 1813 (ried. 1964). Qui si trova (libro I, cap. VI, 25) un uso particolarmente precoce dell'espressione « Stato di diritto », spiegato nell'undicesimo capitolo, 71 ss. (100): « Questa è dunque la prima legge dello Stato di diritto: la legge guidata dalla forma giuridica oggettiva nella sua espressione, libera interiormente e di tutti. Oggettivamente giusto è tutto ciò che non contrasta con questa legge ».

Fondamentalmente il suo era un eclettismo poco originale, che suggeriva rispetto per la persona. Welcker si era espresso, sin dai suoi patriottici esordi a Gießen, Kiel, Heidelberg e Bonn, in modo radicalmente liberale ⁽³⁷²⁾, e si era poi rivolto, a partire dagli anni 1821-22 a Friburgo, con più decisione verso il diritto pubblico ⁽³⁷³⁾, concentrando le sue energie soprattutto nell'ambito della prassi politica. A partire dal 1831 egli fu membro del parlamento regionale del Baden e si adoperò per il conseguimento della libertà di stampa, per l'istituzione di un esercito basato sulla leva popolare e per il raggiungimento delle garanzie dello Stato di diritto ⁽³⁷⁴⁾, ma nel 1832 dovette assistere all'abolizione della nuova legge sulla stampa, al divieto di pubblicazione della sua rivista *Der Freisinnige*, alla chiusura dell'università e all'esonero dal suo incarico.

Oltre all'intensa collaborazione alle prime due edizioni dello *Staatslexikon* ⁽³⁷⁵⁾ Welcker fu attivo soprattutto nel campo del diritto pubblico ⁽³⁷⁶⁾, in particolare con la pubblicazione dei protocolli segreti dei deliberati di Karlsbad (1819) e del protocollo conclusivo della Conferenza di Vienna (1834). Il suo fortissimo

⁽³⁷²⁾ AN., *Deutschlands Freyheit, eine Rede an die Fürsten und das Volk, vor Eröffnung der Wiener Versammlung, von einem Deutschen*, Gießen 1814. Cfr. K. WILD, *Karl Theodor Welcker, ein Vorkämpfer des älteren Liberalismus*, 1913, e in particolare sugli anni 1814-1819, H. MÜLLER-DIETZ, *Das Leben des Rechtslehrers und Politikers Karl-Theodor Welcker*, 1968; R. SCHÖTTLÉ, *Politische Freiheit für die Deutsche Nation — Carl Theodor Welckers politische Theorie. Ein Beitrag zur Geschichte des deutschen Frühliberalismus*, 1985; Id., *Staatsorganismus und Gesellschaftsvertrag — die Staatstheorie Carl Theodor Welckers. Eine Skizze*, in ZGORh, 135 (1987), 207-215.

⁽³⁷³⁾ A Heidelberg (1816) se ne occupò accanto alla sua vera materia, cioè il diritto penale, insegnando « diritto pubblico generale positivo tedesco », diritto naturale e storia dell'Impero tedesco; a Friburgo si occupò del « diritto pubblico dei popoli cristiano-germanici », « diritto pubblico » del Baden, nonché (1826) di « dottrina dello Stato ».

⁽³⁷⁴⁾ C. WELCKER, *Die vollkommene und ganze Preßfreiheit*, Freiburg 1830. — Gli onori a lui tributati alla chiusura dei lavori parlamentari nel 1831 erano all'insegna del suo impegno per la « rappresentanza popolare in parlamento », per la « libertà di stampa », e per il « vincolo costituzionale delle forze armate » (MÜLLER-DIETZ, nt. 372, nt. 434).

⁽³⁷⁵⁾ La collaborazione alla 3ª ed., 14 voll., 1856-1866, arriva fino al vol. III.

⁽³⁷⁶⁾ *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation mit eigenhändigen Anmerkungen von Johann Ludwig Klüber. Aus dessen Papieren mitgeteilt und erläutert von C. Welcker*, Mannheim 1844.

impegno per l'unità nazionale, per la libertà e per l'uguaglianza, espresso sia nel parlamento regionale del Baden negli anni 1833-1848 sia nel parlamento della *Paulskirche* fino alla fine del maggio 1849, lo resero tanto popolare quasi quanto Rotteck, ma mostrò anche i suoi limiti. Egli non ci ha consegnato né un contributo teorico-giuridico sulla natura dello Stato che potesse superare i confini del tempo e giungere sino a noi, né un'accurata opera di diritto pubblico positivo federale e territoriale. I suoi quasi duecento articoli nello *Staatslexikon* sono praticamente senza valore se visti come contributi alla discussione scientifica, ma sono comunque documenti che testimoniano l'enfasi liberale e l'impegno pedagogico generale con cui questi « professori politici » parlavano e scrivevano. La pressione interna che li segna era evidentemente originata dalla percezione di essere in pericolo. Welcker del resto non aveva soltanto avuto esperienza del plauso da parte della popolazione, ma aveva vissuto, oltre ai provvedimenti repressivi in Baden che già abbiamo ricordato, una lunga serie di perquisizioni, interrogatori ed estenuanti processi in Prussia.

b) *P.A. Pfizer.*

Al gruppo che ruotava intorno allo *Staatslexikon* di Rotteck e Welcker, e dunque al « liberalismo tedesco meridionale », appartiene anche Paul Achatius Pfizer (1801-1867) ⁽³⁷⁷⁾, il quale fu per un certo periodo il leader dell'opposizione nella Camera dei deputati del Württemberg e che divenne popolare in quanto si era schierato contro il re nella questione del giuramento dei deputati. Nel 1848 egli fu a capo del ministero della cultura creato nel Württemberg dopo la rivoluzione di marzo, e contemporaneamente diventò membro della *Paulskirche*. Nella storiografia prussiana fu registrato positivamente l'appello in cui egli chiedeva alla Prussia di realizzare sotto la propria guida l'unità nazionale (*Briefwechsel zweier Deutschen*).

⁽³⁷⁷⁾ Letteratura precedente in CHR. KENNERT, *Die Gedankenwelt des Paul Achatius Pfizer. Eine Studie zum Denken des deutschen Frühliberalismus*, Berlino 1986. Cfr. a proposito di questo libro la trattazione critica di J.-D. KÜHNE, in « Der Staat », 26 (1987), 625 s.. Cfr. anche J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie 1802-1880*, 1974, 262-267.

Le sue opere prima del 1848 ⁽³⁷⁸⁾ mostrano comunque un punto di vista conservatore, chiaramente distinto dal giusrazionalismo dogmatico di Rotteck. Pfizer collega un idealismo romantico-pietista con posizioni classicamente liberali ⁽³⁷⁹⁾. Egli sviluppa le sue prospettive a partire da un punto di vista storico e ottimista, dove allo stato di originaria libertà del popolo, seguito dall'epoca del servaggio nel medioevo e nella prima età moderna, segue la tendenza in direzione di una sempre maggiore maturità politica e di una cooperazione parlamentare alla vita dello Stato ⁽³⁸⁰⁾. Pfizer conta su un parlamento rappresentativo, basato sul principio dell'uguaglianza, che non esclude comunque determinate limitazioni al diritto di voto. Una democrazia diretta è per lui tanto inaccettabile quanto un mandato imperativo di matrice vetero-cetuale o radical-democratica. Il suo ideale è rappresentato da un parlamento senza vincoli di mandato, con potere di iniziativa legislativa, diritto di autoconvocazione e potestà in materia di bilancio, inteso come contrappeso nei confronti dell'esecutivo guidato dal monarca. Probabilmente fu questa sua posizione, in cui si può riscontrare un certo eccesso di moderazione e di formalismo normativo rispetto alla realtà, che lo predestinò alla stesura del fondamentale contributo dello *Staatslexikon* dedicato alla voce « liberale, liberalismo » ⁽³⁸¹⁾.

In ogni caso Pfizer non si contraddistingue certo per precisione analitica. Inoltre egli non possedeva neppure quel robusto realismo caratteristico dei politici capaci d'imporsi a livello territoriale ⁽³⁸²⁾.

⁽³⁷⁸⁾ P.A. PFIZER, *Briefwechsel zweier Deutschen*, Stuttgart-Tübingen 1831, 2^a ed. 1832; ID., *Über das staatsrechtliche Verhältniss Württembergs zum Deutschen Bunde. Ein Beitrag zur Würdigung der neuesten Bundesbeschlüsse. Im Juli 1832*, Strassburg-Tübingen 1832; ID., *Gedanken über das Ziel und die Aufgabe des deutschen Liberalismus*, Tübingen 1832; ID., *Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grundsätzen der württembergischen Verfassung, mit Rücksicht auf entgegenstehende Bestimmungen des deutschen Bundes*, Stoccarda 1836.

⁽³⁷⁹⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 92 ss.

⁽³⁸⁰⁾ PFIZER, *Über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland durch die Verfassung des Deutschen Bundes*, Stuttgart 1835.

⁽³⁸¹⁾ PFIZER, voce « Liberal, Liberalismus », in ROTTECK-WELCKER, *Staatslexikon*, 8, 523 (2^a ed. 9, 1840, 713-730).

⁽³⁸²⁾ La voce da lui redatta per la prima edizione dello *Staatslexikon*, « Erfahrung », fu poi utilizzata nella seconda edizione (vol. 4, 1846, 480 ss.) da Welcker.

Le prospettive che egli sviluppò a proposito di un'eventuale unione delle confessioni religiose e del rapporto tra Chiesa e Stato erano ben lontane dalla realtà del *Vormärz* nel Württemberg ⁽³⁸³⁾. È dunque forse eccessivo definirlo « un importante ingegno della teoria dello Stato » ⁽³⁸⁴⁾, anche se i criteri che giustificano una tale definizione sono ovviamente destinati a rimanere incerti. Comunque gli si riconosce di avere usato acutamente il concetto di Stato federale — in contrapposizione alla formula della Confederazione germanica, che non ne coglie il senso — e di avere distinto i concetti di legge formale e di legge materiale ⁽³⁸⁵⁾. Dal punto di vista del panorama politico Pfizer è un rappresentante del liberalismo del Württemberg, con la sua componente fortemente protestante-pietista e nazionalistica. Egli sostiene con argomenti teorici l'opinione politica dominante nella regione, e può essere definito come liberale « storico-organico » in quanto tenta di portare a un compromesso organico, storicamente fondato, le tensioni esistenti tra le pretese liberali e il principio monarchico. Questa era, come si vedrà in seguito, una posizione molto diffusa ⁽³⁸⁶⁾.

c) *F. Chr. Dahlmann.*

Friedrich Christoph Dahlmann (1785-1860) è uno dei grandi rappresentanti della borghesia colta tedesca e uno dei rari autori di un'opera di teoria politica ad aver svolto anche un ruolo significativo nella politica attiva ⁽³⁸⁷⁾. Dahlmann ottenne l'abilitazione alla docenza universitaria nel 1811 a Copenaghen e divenne poi professore

⁽³⁸³⁾ PFIZER, *Gedanken über Recht, Staat und Kirche*, 2 voll., Stuttgart 1842.

⁽³⁸⁴⁾ BRANDT, 268.

⁽³⁸⁵⁾ LANDSBERG, III-2, 396.

⁽³⁸⁶⁾ Strettamente legato a Pfizer era Christian Friedrich Wurm (1803-1859), di tendenze liberali, nativo del Württemberg e laureato in teologia, a partire dal 1833 professore al ginnasio accademico di Amburgo. Di particolare interesse è la sua raccolta di saggi e recensioni *Kritische Versuche über die öffentlichen Rechtsverhältnisse in Deutschland, seit der Mitte des Jahres 1832*, Leipzig 1835. Nel 1848 i due s'incontrarono nel parlamento della *Paulskirche*.

⁽³⁸⁷⁾ A. SPRINGER, *Friedrich Christoph Dahlmann*, Leipzig 1870, 1872; G. WAITZ, *F.C. Dahlmann*, Kiel 1885; E. NASSE, *F.C. Dahlmann*, Bonn 1885; L. WEILAND, *F.C. Dahlmann*, Göttingen 1886; E.R. HUBER, *F.C. Dahlmann und die deutsche Verfassungsbewegung*, 1937; H. HEIMPEL, *Friedrich Christoph Dahlmann*, in *Die Großen Deutschen*,

di storia a Kiel (1812-1829). La sua attività fu senz'altro influenzata dal clima del gruppo nazional-liberale creatosi intorno a Gustav Droysen, Nikolaus Falck, Jens Uwe Lornsen, Georg Beseler, Lorenz von Stein e Theodor Mommsen. Dopo aver preso parte alle controversie politiche dello Schleswig-Holstein ⁽³⁸⁸⁾, Dahlmann si trasferì all'università di Tubinga come professore di scienze dello Stato (1829-1837). In quanto membro dei « sette di Gottinga » fu rimosso dall'incarico nel 1837 ⁽³⁸⁹⁾. Dal 1842 in poi insegnò storia e scienze dello Stato a Bonn e prese parte nel 1848-49 all'assemblea nazionale di Francoforte, della quale fu uno dei membri più significativi ⁽³⁹⁰⁾.

La sua *Politik* del 1835 ⁽³⁹¹⁾, in cui egli proietta il modello aristotelico nella dimensione teorica del primo costituzionalismo ⁽³⁹²⁾, può essere ricordata come una tipica espressione del pensiero « storico-organico » ⁽³⁹³⁾. L'opera ha inizio con il rifiuto,

vol. 5, 1957, 236-248; K.D. BRACHER, *Über das Verhältnis von Politik und Geschichte. Gedenkrede auf Friedrich Christoph Dahlmann*, 1961.

⁽³⁸⁸⁾ F.C. DAHLMANN, *Urkundliche Darstellung des dem Schleswig-Holsteinischen Landtage kraft der Landesgrundverfassung zustehenden anerkannten Steuerbewilligungsrechtes*, Kiel 1819; *Die historischen Landesrechte in Schleswig-Holstein, urkundlich, bevorwortet von Falck m. Zugabe von Dahlmann*, Kiel 1842, 2^a ed. 1847. A proposito di questo periodo cfr. H. CHRISTERN, *Friedrich Christoph Dahlmanns politische Entwicklung bis 1848*, 1921.

⁽³⁸⁹⁾ *Gutachten der Juristen-Fakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen, die Hannoversche Verfassungsfrage betreffend*, a cura di Dahlmann con prefazione e atti, Jena 1839.- Per la letteratura sugli avvenimenti ad Hannover nel 1837, cfr. sotto, cap. 4, nt. 168 ss.

⁽³⁹⁰⁾ R. JARDON, *Dahlmann und die deutsche Revolution 1848-49*, 1926. Un breve schizzo sul ruolo di Dahlmann nel parlamento della *Paulskirche* in K. BIEDERMAN, *Erinnerungen aus der Paulskirche*, Leipzig 1849, 262-264.

⁽³⁹¹⁾ *Die Politik, auf den Grund und daß Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt*, Göttingen 1835, 2^a e 3^a ed. Leipzig 1847, ried. 1924, 1968 (introduzione di M. Riedel). Cfr. G.G. GERVINUS, *Ueber Dahlmanns Politik* (1836), in « Histor. Schriften », vol. 7, Karlsruhe 1838; LANDSBERG, III-2, 396; BRANDT, 199 ss., P. SCHIERA, *Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco*, in « Quaderni fiorentini », 1984, 383-406.

⁽³⁹²⁾ *Politik*, 219: « Aristotele ci descrive la politica come un terreno che dobbiamo lavorare; ma al posto della dura civiltà ellenica dobbiamo far subentrare l'amore cristiano e il rispetto per l'uomo ».

⁽³⁹³⁾ Come esempio parallelo di una « politica » orientata in senso storico-filosofico, vedi l'opera del giurista, esperto di diritto pubblico, di Breslavia, J. SCHÖN, *Die Staatswissenschaft. Geschichts-philosophisch begründet*, Breslau 1831, 2^a ed. (postuma), Breslau 1840.

dal punto di vista programmatico, della costruzione contrattualistica dello Stato tipica del diritto naturale. A quattro decenni dall'affermazione « lo Stato è un'invenzione » pronunciata da August Ludwig Schlözer, con Dahlmann si afferma adesso, sempre a Gottinga, che « lo Stato non è un'invenzione del bisogno o dell'intelligenza dell'uomo, non è una società per azioni né una macchina, non è una costruzione contrattualistica che scaturisce da una vita naturale a cui si è liberamente rinunciato, non è un male necessario e nemmeno un'imperfezione umana correggibile nel tempo: esso è un ordine originario, uno stato necessario, è una delle facoltà del genere umano e tra queste è quella capace di condurre l'umanità verso la sua piena realizzazione »⁽³⁹⁴⁾. La realtà storica, le « circostanze date », costituiscono il punto di partenza e il continuo correttivo della riflessione politica. Dal momento che la concezione idealistica della storia si fondava sulla fede « in una grande opera comune dell'umanità » e che « presupponeva che la vita dei diversi Stati fosse guidata dalla necessità »⁽³⁹⁵⁾, l'elemento speculativo si presentava, per così dire, sotto le vesti della storia. Vi erano naturalmente misurazioni e valutazioni all'interno di un determinato canone di valori, ma la deduzione dai principî di ragione era stata sostituita dalla deduzione storica.

È in questo senso che Clemens Theodor Perthes (1809-1867)⁽³⁹⁶⁾ diede alla sua ricostruzione storica dell'epoca precedente il 1806⁽³⁹⁷⁾ il sottotitolo *Eine Vorarbeit zum deutschen Staatsrecht*. Contrassegnando in senso normativo quelli che egli stesso definiva i rami morti della quercia tedesca, che la tempesta della rivoluzione aveva spezzato, Perthes poté al medesimo tempo indicare all'attenzione della politica i rami ancora vigorosi.

Come in Zachariä, Mohl, Welcker, Pfizer e Schmitthenner (cui è dedicato il prossimo paragrafo), anche in Dahlmann domina la

⁽³⁹⁴⁾ *Politik*, nr. 2.

⁽³⁹⁵⁾ *Politik*, nr. 39, 242.

⁽³⁹⁶⁾ A. v. SCHULTE, in ADB, 53 (1907), 12-17; LANDSBERG, III-2, 411-413; H.P. BULL, *Clemens Theodor Perthes und die Konstruktion des Beamtenverhältnisses*, in « Der Staat », 40 (2001) 432.

⁽³⁹⁷⁾ C.TH. PERTHES, *Das deutsche Staatsleben vor der Revolution. Eine Vorarbeit zum deutschen Staatsrecht*, Hamburg-Gotha 1845.

convinzione che i diversi stadi della costituzione « crescano » insieme ai vari gradi di sviluppo storico e che essi debbano essere collegati organicamente con la cultura politica del tempo. Per questo motivo la monarchia costituzionale limitata della Germania, caratterizzata dalla responsabilità dei ministri, dal sistema bicamerale, dal diritto di voto limitato — per evitare « elezioni plebee » —, dall'assenza del vincolo di mandato, dalla pubblicità e dalla libertà di stampa, sembra a Dahlmann adatta alle circostanze politiche del suo tempo. Egli dunque non contesta in alcun modo la dominazione dei sovrani ereditari e la loro chiara prevalenza sulla rappresentanza popolare.

Il parlamento, che non doveva essere né « vetero-cetuale » né democratico, rimase il punto debole delle teorie liberali « storico-organiche ». Il problema era da ricercare nella struttura della società divisa per ceti. Dahlmann rifiutava, ovviamente, il suffragio universale, ma non era alla borghesia colta che voleva concedere una posizione politica privilegiata, bensì ai soli elettori che potevano garantire « entrate sicure ». Allo stesso momento, considerando che ogni distinzione censitaria poteva essere in qualche modo aggirata, Dahlmann suggeriva per i notabili la creazione di un certificato di buona condotta e, per i possidenti terrieri, la certificazione della proprietà di un fondo chiuso. Queste regole erano assai oscure e incerte. Esse dimostrano che i liberali storico-organici avevano idee molto chiare su ciò che rigettavano — assolutismo, diritto razionale e « speculazione » — ma molto confuse rispetto a ciò che volevano. I modelli antico-germanici, così spesso evocati e che si sperava di poter impiantare nella costituzione comunale ⁽³⁹⁸⁾ e nella partecipazione di membri laici alla giustizia ⁽³⁹⁹⁾, non erano molto più di meri prodotti letterari, sostenuti dalla speranza politica di riuscire a stabilizzare un ordine sociale borghese « organico » con una monarchia costituzionale al di sopra di esso. Ormai l'articolazione per ceti e classi sembrava cosa obsoleta, anche se non ci si riusciva a decidere definitivamente a favore del diritto di voto democratico o del diritto

⁽³⁹⁸⁾ Particolarmente dettagliato il decimo cap. della *Politik*.

⁽³⁹⁹⁾ BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung*, 1961, 87 ss.; E. SJÖHOLM, *Rechtsgeschichte als Wissenschaft und Politik. Studien zur germanistischen Theorie des 19. Jahrhunderts*, 1972, 36 ss.

di voto alle donne ⁽⁴⁰⁰⁾. Dahlmann, al pari di Mohl, si abbandonava su questo punto a riflessioni sperimentali. In questo senso si può comprendere perché egli sia stato tanto oscuro nel dire che il diritto di voto era « ordinato interiormente secondo le condizioni esistenti » ⁽⁴⁰¹⁾, e che non doveva essere troppo allargato per « il confine vivente della cerchia degli elettori » ⁽⁴⁰²⁾.

d) *F. Schmitthenner.*

Friedrich Schmitthenner (1796-1850) ⁽⁴⁰³⁾ è considerato « un fedele seguace di Schelling, che ha sempre cercato di sviluppare schematicamente il diritto pubblico generale secondo un procedimento storico-organico » ⁽⁴⁰⁴⁾. Eppure le sue *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes* del 1845 ⁽⁴⁰⁵⁾ corrispondono soltanto parzialmente a questa immagine. Esse espongono sinteticamente quella che si potrebbe definire una teoria del « liberalismo organico » dai tratti conservatori ⁽⁴⁰⁶⁾. Böckenförde ha classificato Schmitthenner, in base alla sua dottrina del diritto pubblico, come un appartenente « a quella tradizione giusrazionalistica che cercava uno sviluppo concettuale astratto e formale » ⁽⁴⁰⁷⁾, ma questa definizione non pare affatto convincente. Böckenförde ha inoltre sottolineato che la concezione pratica dello Stato elaborata da Schmitthenner rinviava al pensiero organico della scuola storica del diritto, ponendo l'accento sulla sua funzione di passaggio da una determinazione formale a una determinazione concreta delle funzioni dello Stato, legata alle circostanze, osservando che « le sue proposte si

⁽⁴⁰⁰⁾ *Politik*, nr. 154: « Il diritto di voto delle donne in Canada (elettorato però solo attivo, non passivo) resterà una bella eccezione ».

⁽⁴⁰¹⁾ *Politik*, nr. 158, 155.

⁽⁴⁰²⁾ Cfr. BRANDT, 199 ss.

⁽⁴⁰³⁾ ROSCHER (nt. 245) 937-942; E. SCHRÖDER, in ADB, 32 (1891), 48-50; BLUNTSCHLI, 604 s.; LANDSBERG, III-2, 826 e nt. 346; BOLDT, *passim*; BÖCKENFÖRDE, § 13.

⁽⁴⁰⁴⁾ LANDSBERG, III-2, nt. 346.

⁽⁴⁰⁵⁾ F. SCHMITTHENNER, *Zwölf Bücher vom Staate oder systematische Encyclopädie der Staatswissenschaften*, vol. III, libro VII (*Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*), Gießen 1843-45 (ried. 1967).

⁽⁴⁰⁶⁾ BRANDT, 164; similmente anche BLUNTSCHLI, 610, che lo definisce « liberal-conservatore » dal punto di vista politico.

⁽⁴⁰⁷⁾ Op. cit., 106.

limitano fondamentalmente alla giustificazione del sistema costituzionale tedesco dell'epoca del *Vormärz* » (408). Questo ultimo punto però non è facilmente dimostrabile, dato che Schmitthenner lascia deliberatamente aperta l'opzione politica a favore delle diverse possibilità di soluzione ai problemi posti dalla situazione concreta. Il « diritto pubblico generale o ideale », così afferma Schmitthenner, non può prevedere le circostanze effettive in cui potrà essere applicato nei vari tempi e luoghi, ma può soltanto adattarsi ad esse secondo la necessità del momento.

Schmitthenner, che fu professore di storia — e successivamente anche di scienze dello Stato e cameralistiche — a Gießen, consigliere governativo e deputato nella camera cetuale (*Ständekammer*), svolgendo un interessante ruolo politico nell'Assia-Darmstadt, si era proposto la stesura di una « enciclopedia sistematica delle scienze dello Stato ». Ma di questa opera avrebbero visto la luce soltanto il primo e il terzo volume (409).

Nel terzo volume Schmitthenner tratta il tema dello Stato, « il sistema organico della vita pubblica, ovvero la forma sociale organica in cui un popolo esprime la propria tensione verso il destino dell'umanità » (410). Questa forma organica è storicamente mutevole, ma contiene in sé quella che Schmitthenner chiama l'« idea ». Parallelamente alla crescita dei popoli e delle loro costituzioni « ai livelli più alti dell'esistenza storica », si affina anche l'idea correttiva, normativa, dello Stato. Schmitthenner cerca in questo modo di collegare la prospettiva della scuola storica del diritto con quella giusnaturalistica, dove lo stesso « diritto pubblico ideale » è soggetto alle leggi dello sviluppo storico. Questa prospettiva conduce Schmitthenner ad adottare il « metodo storico-organico », la cui base è rappresentata dalla « indiscutibile tesi, dimostrata dalla scienza, che la storia dell'umanità obbedisce alla legge dello sviluppo

(408) Op. cit., 111.

(409) Vol. I (libri 1-5): *Einleitung, Geschichte der Staatswissenschaften, Ethnologie, Naturrecht, Nationalökonomie*. I libri 1 e 2 erano già apparsi con il titolo *Ueber den Charakter und die Aufgabe unserer Zeit in Beziehung auf Staat und Staatswissenschaft*, 1832.

(410) *Grundlinien* (nt. 405), § 2.

organico »⁽⁴¹¹⁾. La concezione dello Stato come costruzione razionale e « mera invenzione » viene rifiutata da Schmitthenner, così come l'idea di uno « stato di natura ». Schmitthenner, che è uno storico di professione, non procede secondo un metodo razionalistico-deduttivo ma secondo un metodo attento all'evoluzione della storia. Egli fa coincidere la genesi dello « Stato » con la nascita delle istituzioni pubbliche, e riordina il materiale su cui lavora tramite la reciproca integrazione di materiale storico e interpretazione normativa, alla luce dell'idea di uno Stato che si auto-rigenera. In questa prospettiva egli prima descrive lo sviluppo storico dello Stato fino all'Ottocento, passando poi a delinearne una dottrina generale organica. In un certo senso, questo passaggio coincide con l'evoluzione da una fase di crescita naturale dello Stato, a una fase in cui lo Stato è un'opera realizzata dall'uomo. Schmitthenner esamina qui, nel modo discorsivo che gli è peculiare, i concetti di Stato e di potere statale, dei quali egli assume il governante come soggetto e il popolo come oggetto. In questo modo anche l'idea dello Stato come costruzione contrattualistica ritorna a pieno titolo tra le ipotesi ammissibili a proposito della fondazione dell'entità statale.

Per quanto riguarda la forma di Stato, la monarchia costituzionale è quella che a Schmitthenner sembra ideale, dal momento che consente di evitare sia la democrazia diretta sia il dispotismo. A suo parere il compito dei ceti territoriali consiste prima di tutto nell'assicurare i diritti politici del popolo, ma anche nel controllo istituzionale del « popolo che tende inorganicamente a disgregarsi »⁽⁴¹²⁾ e nella creazione di una piattaforma in cui possa esprimersi la pubblica opinione. Schmitthenner non si esprime chiaramente su quale forma politica concreta (rappresentativa, vetero- o neo-cetuale) sia opportuno scegliere; ciò rimane a suo avviso una decisione politica. Numerosi indizi⁽⁴¹³⁾ fanno pensare che egli volesse conservare i diritti storici dei ceti, ma che desiderasse anche rendere possibile l'entrata in politica della borghesia, seppur senza giungere necessariamente a dichiarare la necessità di una costituzione rappre-

⁽⁴¹¹⁾ *Grundlinien* (nt. 405), § 7.

⁽⁴¹²⁾ *Grundlinien* (nt. 405), § 174.

⁽⁴¹³⁾ Cfr. per esempio l'entusiastica descrizione del liberalismo emergente nelle *Grundlinien* (nt. 405), § 59.

sentativa. Il centro dello Stato per Schmitthenner rimane il monarca, e per tale ragione nella sua opera manca una vera suddivisione del potere tra esso e il parlamento. Il parlamento ha i consueti « diritti organici » (diritto di approvare il bilancio, diritto di opposizione, messa in stato di accusa dei ministri, diritto di approvazione degli interventi legislativi di limitazione della libertà e della proprietà, autorizzazione all'introduzione di tasse) che gli consentono di controllare il potere senza però farne veramente parte.

Si può dunque affermare che Schmitthenner ci ha lasciato una variante conservatrice del liberalismo storico-organico, che se sul piano economico era incondizionatamente a favore del progresso, sul piano strettamente politico temeva invece l'individualismo sfrenato o addirittura il repubblicanesimo ben più della concentrazione del potere nelle mani del monarca. Il suo idealistico atto di fede suona così: « L'idea moderna dello Stato può trovare la sua realizzazione soltanto in una costituzione in cui il singolo è libero e felice all'interno della cerchia dei diritti il cui baluardo sono leggi scritte; una costituzione in cui egli è riconosciuto nella comunità attraverso i diritti pubblici e legato alla patria tramite i diritti politici; una costituzione in cui la libertà delle corporazioni è allo stesso modo vincolata al rispetto delle leggi, così che queste possano definire pacificamente le proprie regole restando però all'interno del quadro delle leggi statali generali e sottostando al potere del governo; una costituzione in cui il popolo è tenuto insieme dagli interessi pubblici, protetto dai diritti politici e spinto verso una crescente nobilitazione, dove un trono, sorretto da colonne incrollabili, costituisce la cupola della costituzione e dove il re di questo popolo come il suo genio domina sul tutto, santificato, intoccabile, irradiato da un'aureola di una maestà senza macchia, circondato dai più nobili, consigliato dai saggi. Uno Stato con questa costituzione rappresenterebbe certamente l'idea della monarchia germanica nel suo pieno sviluppo sulla terra » ⁽⁴¹⁴⁾.

7. Conclusioni.

Tutti gli autori legati al liberalismo, prima del 1848, furono costretti a registrare la dolorosa distanza tra i loro ideali politici e il

⁽⁴¹⁴⁾ *Grundlinien* (nt. 405), 251.

dominante, anche se assai differenziato a livello territoriale, « sistema Metternich ». Prima del 1830 questi autori appartenevano prevalentemente ai partiti di opposizione, soprattutto negli Stati costituzionali della Germania meridionale. Tuttavia le prime esperienze del parlamentarismo, la conseguente mobilitazione della stampa e dell'opinione pubblica, il successo ottenuto in campo legislativo e nel controllo dell'attività dei ministri, erano stati valutati complessivamente in maniera positiva e avevano innescato un lento ma costante cambiamento di umore. Con la rivoluzione di luglio del 1830 in Francia e le sue ripercussioni in Assia, Hannover e Sassonia, insieme alla « festa di Hambach » (*Hambacher Fest*) del 1832, il movimento costituzionale ottenne un'ulteriore spinta. Questa mobilitazione politica non portò però a un blocco della situazione istituzionale, come era invece avvenuto dopo il 1819, ma creò una crescente disponibilità alla cooperazione con i governi. La possibilità di superare il rigido antagonismo tra parlamento e governo tramite il principio della collaborazione risultò attraente, allorché certi desideri di riforma apparvero realizzabili e s'intrvide l'opportunità di poter collocare esponenti liberali a capo di un ministero. In questo i rappresentanti dell'ala « storico-organica » del liberalismo si dimostrarono, se confrontati con i « dogmatici », molto più flessibili e pragmatici, nonché capaci e desiderosi di assumere responsabilità di governo. Furono proprio liberali di questo orientamento (Mohl, Dahlmann, Mittermaier, Bassermann, Welcker, Pfizer e altri) a svolgere un ruolo rilevante nel parlamento della *Paulskirche*.

La linea giusrazionalistica scomparve invece lentamente già prima del 1848. Klüber, Aretin, Rotteck, Pölitz, Krug e altri erano morti. Altri, come Wilhelm Behr, messo in ginocchio da anni di prigionia, non avevano più la forza di recitare un ruolo politico attivo. Ebbe così la meglio il liberalismo « storico-organico », che accettava la monarchia, la non eguaglianza dei ceti sociali e del diritto di voto, la proprietà privata e una libertà professionale limitata dalle autorità di polizia.

Tuttavia, a lato di questo liberalismo costituzionale si costituì — riprendendo la vecchia linea rousseauiana — un movimento controcorrente, radicalmente democratico e repubblicano, il cui rifiuto del liberalismo era per certi versi addirittura più intenso del rifiuto delle posizioni conservatrici. Il problema del liberalismo nel 1848 consi-

steva dunque nel dover combattere una battaglia su due fronti: da una parte i vecchi poteri, dall'altra i nuovi rivoluzionari ⁽⁴¹⁵⁾. Agli occhi dei liberali l'alternativa era: o una monarchia parlamentare, costituzionale, connessa a una politica di riforma, oppure la spaventosa immagine di una repubblica democratica accompagnata dal sovvertimento sociale e dunque, in breve, di un governo plebeo. Per evitare il sovvertimento sociale i liberali entrarono volontariamente a far parte dei cosiddetti « ministeri di marzo », anche se all'inizio probabilmente senza la consapevolezza di venire usati come ancora di salvezza ⁽⁴¹⁶⁾.

In questo contesto appare chiaro che, tra i liberali, solo pochi osarono percorrere la strada che portava a un sempre maggiore peso politico, legittimato dalla sovranità popolare, del parlamento. Se il governo diventava il comitato esecutivo della maggioranza parlamentare, allora il principio monarchico era incrinato, e il monarca non avrebbe svolto altro che un ruolo presidenziale di rappresentanza. Prima o poi sarebbe stato abolito in favore della repubblica, anche se questa ipotesi era ancora meramente teorica ⁽⁴¹⁷⁾. Tutto questo non corrispondeva né alla situazione costituzionale effettiva dei singoli Stati, né ai desideri politici della maggioranza dei liberali. Il liberalismo e la democrazia sarebbero rimasti avversari se la democrazia continuava ad essere identificata con concetti quali « uguaglianza » e « rivoluzione ». Si comprende dunque come i contributi teorici antecedenti il 1848 rimasero radicalmente influenzati dalle diverse prese di posizione, e non possono essere compresi senza tenere presente la situazione politica in cui vennero elaborati.

⁽⁴¹⁵⁾ SHEEHAN (nt. 231); LANGEWIESCHE (nt. 3), 46.

⁽⁴¹⁶⁾ LANGEWIESCHE (nt. 3), 49 s.

⁽⁴¹⁷⁾ Nel senso di una « democrazia federativa » vedi G. v. STRUVE, *Kritische Geschichte des allgemeinen Staatsrechts in ihrer Haupt-Trägern dargestellt*, Mannheim 1847, 355, e Id., *Grundzüge der Staatswissenschaft*, 4 voll., Mannheim-Frankfurt 1847-48, ma soprattutto C. JUNIUS (=JULIUS FRÖBEL), *Neue Politik*, 1846, poi come *System der sozialen Politik*, 2 voll., Mannheim 1847. Sullo « straordinario arringatore e grande sovversivo » Struve (MOHL, I, 144) cfr. la biografia di M. KUNZE, *Der Freiheit eine Gasse. Traum und Leben eines Revolutionärs*, 1990. Su FRÖBEL cfr. W. MOMMSEN, *Julius Fröbel. Wirrnis und Weitsicht*, in HZ, 181 (1956), 497-532; P. WENTZCKE, in NDB, 5 (1961), 644-646; BRANDT, 275 ss.

A partire dal 1846 tutto stava portando verso una crisi inesorabile, che oggi possiamo avvertire più chiaramente rispetto a chi viveva in quell'epoca. La teoria dello Stato parlava tante lingue quante erano le varie posizioni. In sostanza non era possibile trovare un piano di discussione comune. Alla disomogeneità dei problemi sociali corrispondeva la disomogeneità delle teorie. Tra gli estremi rappresentati dalla società agraria del Meclemburgo — rimasta ancorata a condizioni sociali pre-moderne — e il nuovo proletariato urbano e industriale, tra la Prussia orientale e la Prussia renana, tra il nord protestante e il sud cattolico, tra gli Stati costituzionali relativamente aperti e l'assolutismo privo di costituzione in Prussia e Austria, esisteva un fragile equilibrio creato a fatica dalla Confederazione germanica, ma non esisteva certo un'armonia. Le affermazioni teorico-giuridiche degli *ultras* prussiani e austriaci, degli hegeliani di sinistra e della « Giovane Germania », del cattolicesimo politico, dei sostenitori liberali della « sovranità indivisa con rappresentanza popolare » e dei sostenitori di una democrazia parlamentare, costituivano di conseguenza blocchi inconciliabili tra loro.

È in questa situazione che furono formulati il 12 settembre 1847 il programma di Offenburg dei democratici della Germania sud-occidentale e il 10 ottobre 1847 il programma di Heppenheim dei liberali della Germania sud-occidentale. La scintilla accesa a Parigi consentì a Friedrich Daniel Bassermann, nella camera del Baden, e ad Heinrich von Gagern, in quella dell'Assia elettorale, di richiedere la convocazione di un parlamento nazionale. Si giunse così al decisivo incontro di Heidelberg del 5 marzo 1848 e alle affrettate reazioni, che sembravano decisamente tradirne l'imbarazzo, da parte della Confederazione germanica, per arrivare infine, il 31 marzo 1848, alla costituzione del cosiddetto « pre-parlamento » di Francoforte. Da questo momento in poi tutti gli sguardi dell'opinione pubblica tedesca furono interamente rivolti all'Assemblea nazionale, ai processi rivoluzionari e controrivoluzionari a Berlino, Vienna e altrove. Le pacifiche discussioni accademiche sulle diverse teorie giuridiche lasciarono il posto alla lotta per ottenere il favore dell'opinione pubblica. I professori di diritto pubblico abbandonarono le loro cattedre e non ripresero l'attività che nel 1850, dopo « l'anno grandioso » (1848-49).

CAPITOLO IV

IL DIRITTO PUBBLICO DEI SINGOLI STATI DELLA
CONFEDERAZIONE GERMANICA

I. Il movimento costituzionale — II. Letteratura giuridica sul diritto degli Stati territoriali prima del 1848. — 1. Württemberg. — 2. Baviera. — 3. Baden. — 4. Assia elettorale. — 5. Assia-Darmstadt, Nassau. — 6. Hannover. — 7. Braunschweig. — 8. Meclemburgo. — 9. Sassonia, Turingia. — 10. Schleswig, Holstein, Lauenburg. — 11. Le città libere. — 12. Prussia. — 13. Austria.

I. *Il movimento costituzionale.*

Nonostante l'importanza dei commentari di diritto pubblico dedicati alla Confederazione germanica, alla sua costituzione e alle sue disposizioni, pochi furono coloro che tra il 1820 e il 1848 credettero seriamente a una possibile trasformazione della Confederazione germanica in uno Stato federale, dotato di competenze centrali ancorate a una « vera » carta costituzionale ⁽¹⁾. Questa speranza, inizialmente viva, col passare del tempo si affievolì. Nel 1821 Karl Ernst Schmid (1774-1852), il massimo cultore del diritto pubblico di Jena, dichiarò: ⁽²⁾ « Il diritto pubblico della Confederazione germanica e degli Stati federali è ancora in divenire. Solo attraverso la formazione delle costituzioni territoriali può consolidarsi la costituzione federale; ciò che deve essere comune deve svilupparsi a partire dal particolare » ⁽³⁾. Le energie politiche e dottrinali si concentrarono dunque sul diritto pubblico dei singoli

⁽¹⁾ P.A. PFIZER, *Über die Entwicklung des öffentlichen Rechtes in Deutschland durch die Verfassung des Bundes*, Stuttgart 1835.

⁽²⁾ Vedi *supra*, cap. 3, nt. 296.

⁽³⁾ K.E. SCHMID, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts*, parte I, Jena 1821, § 123.

Stati federali. A questo riguardo l'esperienza insegnava che erano possibili dei miglioramenti: alla « prima ondata costituzionale »⁽⁴⁾ (1818-20) ne seguì una seconda (1830-31), cosicché la maggioranza dei membri della Confederazione germanica poté considerarsi governata da una costituzione⁽⁵⁾. Nei singoli Stati, inoltre, la politica risultava più trasparente e più facilmente influenzabile, poiché era esposta solo indirettamente alla politica confederale austro-prussiana.

Ciò costituì un incentivo sufficiente a coltivare gli studi di diritto pubblico dei singoli Stati federali, e ad introdurne l'insegnamento nelle università, almeno negli Stati di medie dimensioni⁽⁶⁾. Laddove i territori erano troppo piccoli, oppure dove non esistevano università locali, invece non risultava conveniente dedicarsi a tale materia. Anche Prussia e Austria erano escluse da queste tendenze, essendo soggette ad una rozza censura e non disponendo di una costituzione atta ad essere commentata, cosicché le ambizioni scientifiche, per quanto fossero presenti nel campo del diritto pubblico, si manifestavano piuttosto in ambito amministrativo. Mohl per queste ragioni constatò nel 1855 che in Prussia in quell'epoca venivano prodotti soltanto « banali volantini o trattatelli dedicati a singole questioni, spesso di secondaria importanza »⁽⁷⁾. Nell'Austria dell'era Metternich le disquisizioni dedicate al diritto pubblico erano poi assolutamente malviste, tanto che si può parlare di una vera e propria « atrofizzazione dell'elaborazione scientifica del diritto pubblico »⁽⁸⁾.

Negli Stati costituzionali meridionali e centrali fioriva invece il diritto pubblico territoriale, certo con spessore diverso e con le tipiche disuguaglianze fra Sud e Nord, ma comunque sempre ravvivato dall'introduzione di « condizioni costituzionali ». Si aggiungeva inoltre come ulteriore incentivo il fatto che gli scritti dedicati al diritto costituzionale, diversamente che nella Confederazione germanica, fossero largamente accessibili. A livello pratico lo studio del diritto pub-

(4) D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 71 ss., individua la fine dell'ondata del 1821 nel fallimento dei piani costituzionali prussiani.

(5) H. GANGL, *Der deutsche Weg zum Verfassungsstaat im 19. Jahrhundert*, in E.W. BÖCKENFÖRDE (a cura di), *Probleme des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert*, 1975, 23-58 (50 ss.).

(6) MOHL, II, 333.

(7) MOHL, II, 336.

(8) MOHL, II, 344 s.

blico si concretizzava in trattazioni sistematiche, nelle quali si esprimevano in modo più o meno esplicito le proprie speranze politiche e con cui se ne promuoveva la realizzazione.

In alcuni di questi Stati la letteratura giuspubblicistica ⁽⁹⁾ si basava su una lunga tradizione, che risaliva al Settecento. Prima del 1806 nelle università non si era dedicata particolare attenzione allo studio del diritto territoriale, perché si teneva a dare agli studenti — soprattutto a quelli che venivano da altre regioni — l'immagine di un diritto « comune », cosa che per il diritto pubblico equivaleva a sottolineare il ruolo del diritto costituzionale dell'Impero e quindi dello *ius publicum universale*. Ciononostante, si andava ormai sviluppando in modo crescente una letteratura giuspubblicistica attenta alla pratica del diritto territoriale, inaugurata dall'instancabile Johann Jakob Moser ⁽¹⁰⁾ ma presente anche in Assia ⁽¹¹⁾, Baviera ⁽¹²⁾, Meclemburgo ⁽¹³⁾, Austria ⁽¹⁴⁾ e in molti altri territo-

⁽⁹⁾ A.J. SCHNAUBERT, *Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande*, Jena 1787; J.R. v. Roth, *Staatsrecht deutscher Reichslande*, 2 voll., Mainz 1788, 1792; J.F.X. v. EPPLEN, *Über das Prinzip der deutschen Territorialverfassung. Widerlegung der Schrift des Herrn Professors Zachariae: Geist der deutschen Territorialverfassung*, Frankfurt a. M. 1803; E.L.W. DACHERÖDEN, *Versuch eines Staatsrechts, Geschichte und Statistik der freien Reichsdörfer in Deutschland*, Leipzig 1785.

⁽¹⁰⁾ J.J. MOSER, *Nachricht von dem unter Händen habenden besonderen Staats-Recht aller einzelnen Stände des heil. Röm. Reichs*, Ebersdorf 1739; ID., *Allgemeine Einleitung in die Lehre des besonderen Staats-Rechts aller einzelnen Stände der heil. Röm. Reichs*, Ebersdorf 1739. I singoli territori analizzati da Moser si trovano in R. RÜRUP, *Johann Jakob Moser — Pietismus und Reform*, 1965, 262 (bibliografia, II. Diritto degli Stati territoriali, nr. 1-20).

⁽¹¹⁾ J.G. ESTOR, *Origines juris publici Hassiaci*, 1729, 2^a ed., Jena 1738, 3^a ed. Frankfurt 1752; ID., *Jus publicum Hassiacum hodiernum*, Jena 1739 (come *Elementa iuris publici Hssiaci odierni*, 2^a ed., Frankfurt 1752); ID., *De Comitibus et Ordinibus Hassiae praesertim Casellanae provincialibus opusculum*, 2^a ed., Frankfurt 1752.

⁽¹²⁾ W.X.A. FHR. v. KREITTMAYR (1705-1790), *Grundriß des Allgemeinen, Deutschen und Bayerischen Staatsrechtes*, in 3 parti 1769, (2^a ed. 1770, 3^a ed. 1778). A questo proposito D. WILLOWEIT, *Das Staatsrecht Kreittmayrs*, in *Freiherr von Kreittmayr. Ein Leben für Recht, Staat und Politik*, 1991, 101-117.

⁽¹³⁾ E.F. HAGEMEISTER, *Versuch einer Einleitung in das Mecklenburgische Staatsrecht*, Rostock-Leipzig 1793. Vedi sotto, nt. 194.

⁽¹⁴⁾ CH.A. v. BECK, *Specimen Iuris Publici Austriaci*, Wien 1750; F.F. v. SCHRÖTTER, *Abhandlungen aus dem Österreichischen Staatsrechte*, Wien 1762-1766; ID., *Grundriß des österreichischen Staatsrechts*, Wien 1775.

ri (15), e addirittura in regioni molto piccole come Palatinato-Zweibruecken (16) e Hanau-Münzenberg (17). Era comunque certamente ancora valida la constatazione di Pütter per la quale, in senso scientifico, su questo campo « si era realizzato ancora troppo poco per non aver motivo di spronare ad ulteriori sforzi » (18). Già prima della fine dell'Impero si era comunque già cercato di individuare a livello astratto gli elementi comuni ai diversi diritti territoriali (19).

Nella Confederazione germanica la necessità di simili sforzi scientifici si avvertiva sempre di più. La cornice costituzionale dell'Impero era ormai andata distrutta, molti territori erano scomparsi dalla carta geografica ed avevano avuto luogo profonde riforme, tanto che era enormemente cresciuto l'interesse per la conoscenza dello *status quo* del diritto vigente. A ciò si aggiungeva il fatto che l'iniziale sovrapposizione di situazioni vetero-cetuali e monarchiche (20), tardoassolutistiche (21), pseudo-costituzionali (22) e costituzionali in senso proprio costringeva a una continua opera di comparazione (23). Anche dopo la nascita della Confederazione germanica la situazione rimase assai eterogenea. La tradizionale composizione vetero-cetuale delle rappresentanze popolari continuò ad essere praticata in forme solo leggermente modificate, i ceti territoriali (24) che erano stati aboliti vennero ricostituiti e vari

(15) PÜTTER-KLÜBER IV, 258 ss. con ampia indicazione di letteratura.

(16) J.H. BACHMANN, *Pfalz-Zweibrückisches Staats-Recht*, Tübingen 1784.

(17) W.C.F. SAMES, *Delineatio iuris publici Münzenbergensis*, Gießen (und Marburg) 1781, con una prefazione di J.S. PÜTTER, *De utilitate et praestantia iuris publici specialis singulorum Germaniae territoriorum* (PÜTTER, II, § 354).

(18) PÜTTER, II, 220.

(19) C.S. ZACHARIÄ, *Geist der deutschen Territorialverfassung*, Leipzig 1800. Vedi *supra*, nt. 9.

(20) Sassonia, Turingia, Meclemburgo, Lippe (entrambi), Reuß (entrambi), Waldeck.

(21) Baviera, Württemberg, Baden, Assia-Darmstadt, Nassau.

(22) Regno di Vestfalia, granducato di Berg, granducato di Francoforte, Anhalt-Köthen.

(23) HUBER, I (1957), 86 ss.

(24) CH.CH. DABELOW, *Ueber den dreyzehnten Artikel der deutschen Bundesacte, die landständischen Verfassungen betreffend*, Göttingen 1816, sostiene che i ceti territoriali sarebbero stati legati all'antica sovranità del *Land*, non però alla nuova sovranità. Quest'ultima avrebbe concesso al monarca piena libertà nella formazione dei ceti

monarchi erano contenti di essersi liberati dei vecchi ceti senza essere costretti a concedere una nuova costituzione rappresentativa. Laddove si erano formati ceti territoriali di nuovo tipo si era concesso loro, oltre al tradizionale diritto di approvare i tributi, soltanto un diritto di consultazione nel procedimento legislativo, mentre il monarca continuava ad impersonare l'autorità pubblica in ossequio al « principio monarchico » (25). Negli anni fino al 1819 le differenze fra la costituzione dei « ceti territoriali » e la costituzione « rappresentativa » erano ben poco evidenti. La terminologia era variabile, non tanto per motivi teorici quanto perché in generale i modelli rappresentativi allora attuali erano considerati un ammodernamento dei modelli vetero-cetuali (26). Nel 1819 Friedrich von Gentz accentuò inoltre l'incompatibilità tra la costituzione rappresentativa e il principio monarchico, al fine di bloccare il movimento costituzionale e ancorare la Confederazione germanica, con tutti i suoi membri, al principio monarchico (27). Si trattava di una affermazione coerente, in quanto in tal modo Gentz spazzava via formulazioni ambigue e dichiarava apertamente che la questione su chi davvero rappresentasse la nazione tra il monarca e il parlamento era in realtà un problema di lotta per il potere. Di conseguenza la costituzione rappresentativa nel 1819 doveva sembrare « rivoluzionaria ».

Si deve peraltro osservare che non fu più possibile arginare la dinamica delle posizioni politiche attraverso una sempre maggiore

territoriali di nuovo tipo, purché venisse conservata la « base tedesca originaria ». Su Dabelow vedi STEFFENHAGEN, in ADB, 4 (1876), 684 s.; BRANDT, 52.

(25) Sulle questioni riguardanti l'articolo 13 del DBA cfr. W. MAGER, *Das Problem der landständischen Verfassungen auf dem Wiener Kongreß 1814-15*, in HZ, 217 (1974), 296-346; B. WUNDER, *Landstände und Rechtsstaat. Zur Entstehung und Verwirklichung des Art. 13 DBA*, in ZHF, 5 (1978), 139-185; V. PRESS, *Landtage im Alten Reich und im Deutschen Bund*, in « Zeitschr. f. württ. Landesgesch. », 39 (1980), 100-140; per una sintesi, J.D. KÜHNE, *Volksvertretungen im monarchischem Konstitutionalismus (1814-1918)*, in H.P. SCHNEIDER-W. ZEH (a cura di), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland*, 1989, 48 ss.

(26) Questo punto è stato rielaborato con chiarezza da BRANDT, 52 ss.

(27) F. v. GENTZ, *Über den Unterschied zwischen den landständischen und Repräsentativ-Verfassungen*, in *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation, mit eigenhändigen Anmerkungen von Job. Ludw. Klüber, Aus den Papieren mitgeteilt und erläutert von C. Welcker*, Mannheim 1844, 220 ss.

limitazione dei poteri monarchici e una parlamentarizzazione delle questioni pubbliche. La situazione costituzionale non rimase certo così statica come avrebbero voluto Metternich e Gentz. Anzi, essa mutò assai in corrispondenza di alcuni eventi europei, e in particolare degli avvenimenti del 1814-15 e del 1830 ⁽²⁸⁾.

Una serie di costituzioni « concesse » dal monarca vennero rigettate dalla Confederazione (Waldeck 1814, Württemberg 1815-1818, Assia elettorale 1815-16, Lippe-Detmold 1819, Assia-Darmstadt 1820, Sassonia-Meiningen 1829). « Conflitti costituzionali » fra monarca e ceti territoriali (nel caso dell'Assia elettorale le tensioni si estendevano anche ai rapporti tra monarca e magistrati, funzionari statali e militari) si verificavano frequentemente, infiammando la pubblica opinione. Spesso erano estorte concessioni a livello costituzionale che venivano però poi ritratte o la cui portata era assai ridotta dalla successiva interpretazione dei governi. Non era raro l'intervento della Confederazione germanica, quando le monarchie si sentivano in grave difficoltà ⁽²⁹⁾. L'insegnamento del diritto pubblico era perciò continuamente sotto pressione, concentrato sugli avvenimenti in corso e tenuto in tensione costante da arbitrati, petizioni, dibattiti parlamentari e non per ultimo da eventi interni alle università. Quanto più la Confederazione germanica si consolidava sotto la guida dell'Austria e della Prussia e si irrigidiva nella routine, tanto più irrompevano in primo piano i rapporti costituzionali dei singoli territori, da cui ci si aspettava ora uno sviluppo « progressista » e consono allo spirito dei tempi.

I primi cambiamenti ebbero luogo negli Stati più piccoli, nei quali era più semplice regolare le cose all'ombra dei grandi avvenimenti. Essi potevano essere più velocemente plasmati ⁽³⁰⁾ e la *Charte*

⁽²⁸⁾ Cfr. K.H.L. PÖLITZ, *Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit*, 2^a ed., Leipzig 1832-1833.

⁽²⁹⁾ Una equilibrata posizione riformatrice, per niente cieca nei confronti del principio monarchico, si trova in A.W. REHBERG, *Die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde ihrer Fürsten*, Jena 1835. Rehberg prende in grande considerazione, sotto l'influsso della festa di Hambach del 1832, soprattutto la posizione dei territori in cui vigeva in precedenza il diritto francese.

⁽³⁰⁾ G. ENGELBERT, *Der Konstitutionalismus in den deutschen Kleinstaaten*, in BÖCKENFÖRDE (nt. 5), 103-121.

constitutionelle del 1814 offriva loro un gradito modello per l'equilibrio tra il principio monarchico e la partecipazione dei ceti ⁽³¹⁾. Il ducato di Nassau si decise già nell'autunno del 1814 ad accogliere una costituzione ottriata ⁽³²⁾, che era naturalmente ancora molto lontana da un sistema rappresentativo ⁽³³⁾. Nel 1816 altri quattro Stati minori ottennero le loro costituzioni (Schwarzburg-Rudolstadt, entrata però in vigore solo nel 1821, Schaumburg-Lippe, Waldeck ⁽³⁴⁾, Sassonia-Weimar-Eisenach), cui nel marzo 1818 seguì la Sassonia-Hildburghausen e nel novembre il Liechtenstein ⁽³⁵⁾. I primi Stati di grandi dimensioni ad ottenere una costituzione ottriata ⁽³⁶⁾ furono nel 1818 la Baviera e il Baden, e tali carte ne avrebbero sostanzialmente segnato il governo per tutto il secolo XIX. Il Württemberg era passato nel 1805-1815 all'assolutismo e arrivò nel 1819, dopo aspre lotte con i vecchi ceti, ad una

⁽³¹⁾ K. USÉE, *Der Einfluß der französischen Verfassungen auf die deutschen Verfassungsurkunden der Jahre 1806-1820*, Greifswald 1910; A. INGELMANN, *Ständische Elemente in der Volksvertretung nach den deutschen Verfassungsurkunden der Jahre 1806-1819* (=Abb. aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, 33), Breslau 1914.

⁽³²⁾ M. STOLLEIS, *Oktroi, oktroierte Verfassung*, in HRG, III (1984), col. 1230 s.

⁽³³⁾ W.-H. STRUCK, *Die Gründung des Herzogtums Nassau*, in *Herzogtum Nassau 1706-1866*, 1981, 1-17; W. SCHÜLER, *Die Nassauische Verfassung vom 1.-2. September 1814*, in *175 Jahre Nassauische Verfassung*, 1989, 9-23. Solo lo 0,4% della popolazione era costituito da elettori attivi. Cfr. sotto, nt. 156 s.

⁽³⁴⁾ D. WEIGEL, *Fürst, Stände und Verfassung im frühen 19. Jahrhundert. Studien zur Entstehung der Verfassungsurkunden vom 1814 und 1816 des Fürstentums Waldeck* (*Geschichtsbl. F. Waldeck*, 59), 1967.

⁽³⁵⁾ V. PRESS-D. WILLOWEIT (a cura di), *Fürstliches Haus und staatliche Ordnung*, 1987, in particolare il contributo di G. SCHMIDT, 383-418.

⁽³⁶⁾ Sulla storia precedente P. WEGELIN, *Die Bayerische Konstitution von 1808*, in «Schweizer Beiträge zur Allg. Geschichte», 16 (1958), 142 ss.; E. WEIS, *Zur Entstehungsgeschichte der bayerischen Verfassung von 1818*, in «Zeitschr. f. bayer. Landesgeschichte», 39 (1976), 413 ss.; K. MÖCKL, *Der moderne bayerische Staat — Eine Verfassungsgeschichte vom aufgeklärten Absolutismus bis zum Ende der Reformepoche*, 1979. — F. v. WEECH, *Geschichte der Badischen Verfassung*, Karlsruhe 1868; W. ANDREAS, *Geschichte der badischen Verwaltungsorganisation und Verfassung in den Jahren 1802-1818, 1913*, 396-484; R. GOLDSCHMIT, *Geschichte der badischen Verfassungsurkunde von 1818-1918*, 1918; L. GALL, *Gründung und politische Entwicklung des Großherzogtums bis 1848*, in *Badische Geschichte* (a cura della Landeszentrale f. polit. Bildung Baden-Württemberg), 1979, 11-36.

costituzione pazionata ⁽³⁷⁾. Nell'Assia elettorale vennero in un primo momento reintrodotti le condizioni costituzionali antecedenti la rivoluzione e considerate generalmente scandalose ⁽³⁸⁾. Soltanto nel 1830-31, dopo gravi tensioni interne, si giunse a una costituzione liberale ⁽³⁹⁾, che fu però ripetutamente elusa dal governo, così che il paese visse fino al 1866 in una situazione di continuo conflitto. Il Granducato di Assia-Darmstadt ottenne nel 1820 una costituzione con un diritto elettorale particolarmente ristretto ⁽⁴⁰⁾. La prima ondata costituzionale si concluse con le costituzioni degli Stati minori di Sassonia-Coburgo-Saalfeld ⁽⁴¹⁾ (1821), Sassonia-Coburgo-Meiningen (1824) ⁽⁴²⁾, Sassonia-Meiningen (1829) e Schwarzburg-Sonderhausen (1830) ⁽⁴³⁾.

Il Regno della Sassonia rimase dapprima regolato in modo « vetero-cetuale » e passò solo nel 1831 a un modello costituzionale pazionato. Lo stesso vale per l'Hannover, che fu dapprima « restaurato » nel senso dell'*ancien régime* (1819) e che dopo la rivoluzione di luglio in Francia vide un ampliamento della rappresentanza, estesa a delegati del contado, che consentì un governo « costituzionale » tra il 1832 e il 1837. La celebre abrogazione della costituzione

⁽³⁷⁾ HUBER, *Dokumente*, I, nr. 55; F. MÖGLE-HOFACKER, *Zur Entwicklung des Parlamentarismus in Württemberg. Der „Parlamentarismus der Krone“ unter König Wilhelm I.*, 1982; V. PRESS, *Der württembergische Landtag im Zeitalter des Umbruchs 1770-1830*, in « Zeitschr. f. württ. Landesgesch. », 42 (1983), 255 ss.; R. GRAWERT, *Der württembergische Verfassungstreit 1815-1819*, in CHR. JAMME-O. PÖGGELER (a cura di), « O Fürstin der Heimat! Glückliches Stutgard ». *Politik, Kultur und Gesellschaft im deutschen Südwesten um 1800*, 1988, 126 ss.; fondamentale ora H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870. Anatomie eines deutschen Landtags*, 1987.

⁽³⁸⁾ H. SEIER (a cura di), *Akten zur Entstehung und Bedeutung des kurbessischen Verfassungsentwurfs von 1815-16* (Veröff. d. Hist. Kommission f. Hessen, 48-1), 1985.

⁽³⁹⁾ R. POLLEY (a cura di), *Die Kurbessische Verfassung von 1831*, 1981. Ivi anche una nota anonima di un contemporaneo: *Kurzgefaßter Inhalt der Kurbessischen Landesverfassung für den Bürger und Bauer, wie er es leicht verstehen kann*, Hanau 1831.

⁽⁴⁰⁾ H. ANDRES, *Die Einführung des konstitutionellen Systems im Großherzogtum Hessen*, Berlin 1908.

⁽⁴¹⁾ K. BOHLEY, *Die Entwicklung der Verfassungsfrage in Sachsen-Coburg-Saalfeld von 1800-1821* (=Erlanger Abh. z. mittl. u. neueren Gesch. 13), 1933.

⁽⁴²⁾ GOECKEL, *Das Staatsrecht des Herzogtums Sachsen-Meiningen*, in « Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt », NF 31 (1904), 39.

⁽⁴³⁾ F. LAMMERT, *Verfassungsgeschichte von Schwarzburg-Sondershausen* (= Bücherei der Kultur u. Gesch., 10), 1920, 72 ss.

del primo novembre 1837 portò anche in questo caso ad un conflitto costituzionale che poté essere superato solo nel 1840. Completamente arcaizzante e non toccata da modernismi costituzionali fino alla fine del secolo, se si esclude una breve interruzione nel 1848-49, rimase invece la situazione costituzionale nei granducati di Meclemburgo-Schwerin e di Meclemburgo-Strelitz ⁽⁴⁴⁾. Fino al 1849 questo valse anche per il Granducato di Oldenburg ⁽⁴⁵⁾ e fino al 1850 per la contea di Assia-Homburg. La contea di Braunschweig ottenne dapprima, nel 1820, un ordinamento improntato ai vecchi ceti territoriali, che venne abolito nel 1829 e portato nel 1832 su una linea costituzionale. I piccoli ducati della Sassonia e dell'Anhalt (Sassonia-Weimar, Sassonia-Meiningen, Sassonia-Altenburg, Sassonia-Coburg, Sassonia-Gotha, Anhalt-Dessau, Anhalt-Köthen, Anhalt-Bernburg), i principati Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Reuß ⁽⁴⁶⁾, Waldeck, Schaumburg-Lippe, Lippe ⁽⁴⁷⁾, Hohenzollern-Sigmaringen e Hohenzollern-Hechingen e il ducato di Lauenburg rimasero in parte senza una vera costituzione (granducato di Oldenburg, Assia-Homburg), in parte conservarono almeno inizialmente la loro dimensione vetero-cetuale (Anhalt, Reuß, Meclemburgo, Hohenzollern-Hechingen). Nella maggior parte dei casi si poté assistere a tre fasi: assemblee cetuali a rappresentanza limitata negli anni 1816-1820; revisioni costituzionali dopo la rivoluzione di luglio del 1830; una importante svolta nel 1848-49. A queste fasi dopo il 1850 se ne aggiunse una quarta, con la quale si revocarono almeno in parte le concessioni fatte ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ O. BÜSING, *Das Staatsrecht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz*, Freiburg 1884 (*HdB. d. öff. Rechts d. Gegenwart*, III-2); J. WIGGERS, *Das Verfassungsrecht im Großherzogtum Mecklenburg-Schwerin*, Berlin 1860.

⁽⁴⁵⁾ K. HARTONG, *Beiträge zur Geschichte des oldenburgischen Staatsrechts* (*Oldenburger Forschungen*, 10), 1958; K. LAMPE, *Oldenburg und Preussen 1815-1871* (*Veröff. d. Hist. Kommission f. Niedersachsen und Bremen*, 25), 1972; W. SCHÜCKING, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg* (in *Das öff. Recht der Gegenwart*, 14), 1911; M. WEGMANN-FETSCH, *Die Revolution von 1848 im Großherzogtum Oldenburg* (*Oldenburger Studien*, 10), 1974.

⁽⁴⁶⁾ Reuß-Greiz ottenne però una costituzione solo nel 1867.

⁽⁴⁷⁾ Sul fallimento della costituzione di Lippe del 1819 cfr. ENGELBERT (nt. 30), 110 ss.

⁽⁴⁸⁾ ENGELBERT (nt. 30), 117 ss.

Più importante dei cambiamenti negli Stati minori era ovviamente la situazione costituzionale in Prussia e Austria. Entrambi gli Stati erano concordi nel *Vormärz* sulla necessità politica di costituire un contrappeso al nazionalismo e al liberalismo, nell'attenuare in generale il movimento costituzionale e nel reprimerlo decisamente all'interno dei propri confini. Nel loro intento essi ebbero successo per decenni. Entrambi gli Stati si sarebbero decisi ad aprire la strada a una costituzione ottriata sotto la pressione della rivoluzione del 1848, ma si sarebbe trattato di costituzioni che riconoscevano soltanto le concessioni strettamente necessarie per la limitazione del principio monarchico.

Dopo il riassetto delle forze politiche interne che ebbe luogo in Prussia dal 1819 al 1822, le promesse costituzionali del 1810, 1811 e 1815 furono eluse: le forze anticostituzionali cercavano di prendere tempo. Non si voleva concedere niente più che una rappresentanza di « ceti provinciali » con limitate competenze esterne. Fallito anche l'incerto tentativo del 1847 di costituire una « dieta territoriale unificata » (*Vereinigten Landtag*), la situazione non cambiò fino al 1848⁽⁴⁹⁾. Dai tumulti della rivoluzione nacquero successivamente la costituzione provvisoria che sarebbe entrata in vigore il 5 dicembre 1848, e la sua versione riformulata (in senso ottriato) del 31 gennaio 1850⁽⁵⁰⁾.

L'Austria nel *Vormärz* rimase una monarchia assoluta. Alcune limitazioni dei diritti monarchici in Ungheria e Transilvania e le parziali costituzioni territoriali in Tirolo (1816) e Carniola (1818) non cambiarono niente. In altre parti del paese rimase lettera morta l'impegno a concedere una costituzione (Voralberg 1816, Salisburgo 1826). Solo con lo scoppio della rivoluzione a Vienna il 13 marzo del 1848 e la caduta di Metternich si giunse ad una promessa costituzionale valida per l'intera monarchia e ad una costituzione ottriata il 25 aprile 1848 (nota anche come Costituzione di Pillersdorf), che seguì a una nuova serie di tentativi di giungere a una soluzione

(49) CH. KELLER, *Vereinigter Landtag*, in HRG, V (1992).

(50) HUBER, III, 2^a edizione (1970), 35 ss., 51 ss.

veramente costituzionale. Fallita quell'esperienza, l'Austria passò ad una forma di governo neo-assolutistica ⁽⁵¹⁾.

II. *Letteratura giuridica sul diritto degli Stati territoriali prima del 1848.*

La letteratura giuspubblicistica che affiancò questi avvenimenti è straordinariamente vasta ⁽⁵²⁾. Essa spazia dall'esame generale dei problemi costituzionali fino alle più minuziose questioni del diritto amministrativo degli Stati minori. Comprende libri di testo, monografie e commentari, pareri e opuscoli. In questa sede non è possibile indicarne la bibliografia neppure approssimativamente ⁽⁵³⁾.

Si possono tuttavia individuare alcuni punti centrali, correlati al movimento costituzionale. In questo senso, la Baviera e il Württemberg occupano un posto di particolare importanza, seguiti dal Baden. Soltanto negli anni trenta si sviluppa un'ampia letteratura in Sassonia, Hannover e negli Stati minori. La Prussia rimane un passo indietro fino al 1848, seguita soltanto dall'Austria.

1. *Württemberg.*

La letteratura giuspubblicistica del Württemberg viene qui esaminata per prima per due ragioni. In primo luogo, nel Württemberg

⁽⁵¹⁾ A. LUSCHIN v. EBENGREUTH, *Österreichische Reichsgeschichte, Geschichte der Staatsbildung, der Rechtsquellen und des öffentlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, I-II, 1985, 1986; G. W. SANTE (a cura di), *Geschichte der deutschen Länder*, II: *Die deutschen Länder vom Wiener Kongress bis zur Gegenwart*, 1971; W. BRAUNEDER, *Österreich*, in HRG, III (1984), 1334-1359 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽⁵²⁾ Per una sintesi cfr. W. ENGELMANN, *Bibliotheca juridica*, Leipzig 1840 (in ordine alfabetico); O.A. WALTHER, *Hand-Lexikon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Weimar 1854 (strutturato per materie, in particolare « diritto pubblico » e territori); la più importante analisi contemporanea è in MOHL, II, 333 ss.: solo brevi indicazioni in G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4ª edizione, Leipzig 1895, §§ 56-57). Il testo di WELCKER, « Deutsches Landes- und Staatsrecht », in *Staats-Lexikon*, 3 (1846), 769-806, sottolinea soprattutto il bisogno di un corpus fondamentale di diritti di libertà e di partecipazione politica in tutte le costituzioni tedesche.

⁽⁵³⁾ Un buon accesso alla letteratura si trova anche in J. STOLLBERG, *Verzeichnis der Bibliothek der Deutschen Bundesversammlung (1816-1866) im Bestand der Stadt- und Universitätsbibliothek Frankfurt am Main*, 1985.

ebbe luogo, nonostante le tensioni politiche che lo accompagnarono, un graduale e quasi « organico » passaggio da una costituzione cetuale (*ständische Verfassung*) a una costituzione liberale (*konstitutionelle Verfassung*). In secondo luogo, la prima trattazione generale ⁽⁵⁴⁾ del diritto costituzionale e amministrativo del Württemberg fu quella di Robert von Mohl, che avrebbe fatto scuola e delineato uno stile.

Dopo che i ceti del Württemberg si erano imposti contro le ambizioni assolutistiche del duca Carlo Eugenio (1737-1793), il nipote di questi, Federico II (1797-1816), una volta divenuto re ⁽⁵⁵⁾ abolì con un colpo di Stato la vecchia costituzione cetuale e creò un territorio statale unitario, che doveva essere reso moderno ed omogeneo attraverso un'attività riformatrice ispirata alle idee del tardo assolutismo ⁽⁵⁶⁾. Il tentativo di rimediare alle difficoltà incontrate attraverso l'imposizione di un modello costituzionale dualistico fallì sia nel 1815 sia nel 1817, grazie all'opposizione delle forze veterocetuali ⁽⁵⁷⁾. Solo nel 1819 si arrivò, sotto il re Guglielmo I, ad un compromesso, e con questo alla prima costituzione rappresentativa pazonata ⁽⁵⁸⁾, che ovviamente prevedeva ancora un diritto di voto

⁽⁵⁴⁾ La precedono J.G. BREYER, *Elementa juris publici Wirtembergensi ad ducum privati*, 2^a ed., Tübingen 1787; G. ROLLER, *Versuch eines Grundrisses des württembergischen Polizeirechts*, I, II, Tübingen 1800; Id., *Das württembergische Polizei-Recht*, Stuttgart 1833, 2^a ed., 1841.

⁽⁵⁵⁾ E. HÖLZLE, *Württemberg im Zeitalter Napoleons und der deutschen Erhebung*, 1937; Id., *König Friedrich von Württemberg*, in « Württ. Vjh. f. Landesgeschichte », NF vol. 36 (1930), 269 ss.

⁽⁵⁶⁾ W. v. HIPPEL, *Die Bauernbefreiung im Königreich Württemberg*, 2 voll. 1977; M. HETTLING, *Reform ohne Revolution. Bürgertum, Bürokratie und kommunale Selbstverwaltung in Württemberg von 1800 bis 1850*, 1990; sul bilancio dello Stato cfr. E. MÜLLER, *Theorie und Praxis des Staatshaushaltplans im 19. Jahrhundert. Am Beispiel von Preußen, Bayern, Sachsen und Württemberg*, 1989.

⁽⁵⁷⁾ Oltre alle moderne trattazioni (nt. 37) merita ancora di essere letto il breve rapporto di R. MOHL, *Staatrecht des Königreichs Württemberg*, 2^a ed. Tübingen 1840, vol. I, 30-46.

⁽⁵⁸⁾ HUBER, I (1957), 329-334. Nell'ambito della letteratura dell'Ottocento ricordiamo solo F.L. v. GMELIN, *Die Wirksamkeit der württembergischen Verfassung vom 25. September 1819 in ihrer 25jährigen Dauer*, Stuttgart 1844; R. v. MOHL, *Die Geschichte der württembergischen Verfassung von 1819*, in ZgStW, 6 (1850) 44-150; C.V. FRICKER (a cura di), *Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819 mit dem offiziellen Auslegungs-Material*, Tübingen 1865.

per censo. Fino ai decisivi avvenimenti dell'anno 1848 si sviluppò sui fondamenti di tale costituzione una vita parlamentare non priva di tensioni ⁽⁵⁹⁾ ma relativamente ordinata. Durante il *Vormärz* vi fu in generale una maggioranza conservatrice, sostituita solo nel 1848 ⁽⁶⁰⁾ da un liberalismo moderato ⁽⁶¹⁾. Unanimemente fu scartata dalla maggioranza una opzione radicalmente democratica.

L'opera principale nel campo del diritto costituzionale e amministrativo nel Württemberg è sicuramente quella di Mohl ⁽⁶²⁾. Nata dai primi corsi universitari tenuti a Tubinga dall'ambizioso giovane docente a partire dal semestre estivo del 1824 ⁽⁶³⁾, l'opera era già pubblicata nel 1829. Nelle sue memorie Mohl ha spiegato che il suo scopo era quello di fornire « una presentazione del diritto positivo vigente nel Württemberg, che arrivasse a delle conclusioni a partire da principî stabili, dando risposte a questioni dubbie, proponendo una soluzione per le lacune e le posizioni errate, e tenendo sempre presenti i principî del moderno Stato di diritto come fondamento anche della condizione costituzionale del Württemberg » ⁽⁶⁴⁾.

Mohl ha sicuramente risolto brillantemente questo compito, come affermano del resto tutti i suoi contemporanei ⁽⁶⁵⁾. Nel suo metodo si può scorgere il modello di Klüber ma anche la più risalente tradizione trattatistica, che si limitava ai fatti e al diritto in vigore. Mohl presenta prima di tutto le fonti primarie e secondarie, poi il paese in sé in tutti i suoi rapporti rilevanti per il diritto pubblico, per passare in seguito all'esame della posizione del re, dei suoi diritti all'interno ed all'esterno, come capo di Stato, come capo

⁽⁵⁹⁾ Cfr. AN. (=GEORG FRIEDRICH FISCHER), *Die landständischen Verirrungen in Württemberg. Ein Beitrag zur Charakteristik der Zeit*, Stuttgart 1835, che si occupa in primo luogo delle vicende del Landtag nel 1833.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. a questo proposito l'ottima presentazione di BRANDT (nt. 37), i cui pregi sono stati tra l'altro ribaditi da B. MANN, in ZNR, 1989, 223-226.

⁽⁶¹⁾ HUBER, II, 508 s. Interessante H. SCHERER, « Württemberg », in ROTTECK-WELCKER, *Staatslexikon*, 2^a ed., vol. 12, 1848, 812 ss. (820 ss.)

⁽⁶²⁾ R. v. MOHL, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, 2 voll., Tübingen 1829; 2^a ed. Tübingen 1840.

⁽⁶³⁾ R. v. MOHL, *Grundriß zu Vorlesungen über württembergisches Staatsrecht*, Tübingen 1824.

⁽⁶⁴⁾ MOHL, *Lebenserinnerungen*, I, 262.

⁽⁶⁵⁾ A.L. REYSCHER, *Zusätze und Berichtigungen zu Mohls Staatsrecht*, in Id., *Publizistische Beiträge*, Stuttgart 1832, 250-549.

di famiglia e come persona privata, per giungere quindi a un'esposizione dedicata ai cittadini dello Stato, con i loro diritti soggettivi e civili, i loro privilegi e anche — come nel caso degli ebrei — le loro posizioni di svantaggio.

Il compito principale dell'assemblea cetuale, cui è dedicata la parte conclusiva dell'opera, è secondo Mohl la « difesa del diritto del popolo » dall'abuso del potere dello Stato che spetta indiviso al monarca ⁽⁶⁶⁾. Essa può esprimere « desideri, idee e reclami », reagire alle infrazioni costituzionali ed esercitare il proprio diritto di approvare le tasse. Non si tratta dunque — come Mohl espressamente rileva — di un organo legislativo, ma di una rappresentanza popolare impregnata dal ceto medio, che nello spirito dei vecchi ceti territoriali doveva adesso assicurare accanto ai diritti quesiti anche i classici diritti dei cittadini nei confronti del potere statale. Questa almeno è la prima posizione di Mohl, evidentemente influenzata dall'ambiente di Tubinga, cauta nei confronti dell'intatto principio monarchico e coperta dal diritto vigente nella carta costituzionale. Mohl immagina una monarchia limitata dalla rappresentanza popolare e nella forma dello « Stato di diritto ». Il primo volume della sua opera termina con un capitolo dedicato al tribunale supremo dello Stato, concepito in senso moderno ⁽⁶⁷⁾, e — quasi un'appendice imbarazzata, nel suo essere pregiudizievole della sovranità del Württemberg — alla garanzia della costituzione attraverso la Confederazione germanica .

Particolarmente importante per i suoi sviluppi è il secondo volume, intitolato semplicemente *Verwaltungs-Recht*. Il diritto amministrativo era per Mohl un diritto costituzionale concretizzato, tradotto nella prassi quotidiana, sia nello spirito che nella forma: « Lo scopo dell'amministrazione deve essere necessariamente il raggiungimento, possibilmente in maniera completa, degli scopi di uno Stato di diritto nella sua forma di unica autorità con rappresentanza popolare, come stabiliscono gli atti costituzionali e le leggi

⁽⁶⁶⁾ MOHL, *Staatsrecht* (nt. 62), 2^a ed., vol. I (1840), § 97.

⁽⁶⁷⁾ C.F. SCHEURLEN, *Der Staatsgerichtshof im Königreich Württemberg, mit Hinweis auf die analogen Einrichtungen in anderen deutschen Bundesstaaten*, Tübingen 1835, che vuole colmare le lacune attraverso l'analogia con il diritto penale.

che servono alla loro formazione » (68). Il progetto di Mohl era quello di delineare un diritto amministrativo nel quadro del diritto pubblico dipendente dalla costituzione. Mohl faceva prima di tutto riferimento al lato istituzionale (69), la cui struttura era già presente nella costituzione, e quindi alla suddivisione in ministeri, gabinetto, Consiglio segreto e cassa del debito pubblico, nonché all'articolazione del paese in circoscrizioni, distretti e comuni, mentre il corpo dei funzionari venne da lui abilmente inserito alla base dell'apparato amministrativo.

Il diritto amministrativo in sé veniva poi presentato da Mohl secondo il consueto « principio materiale di articolazione » (*Ressortprinzip*) (70), comune anche nei compendi sulla « polizia », e dunque come « amministrazione della giustizia » (*Justizverwaltung*), « polizia giuridica » che protegge dai pericoli, « polizia ausiliaria » (71) che serve al benessere del popolo, amministrazione della guerra, affari esteri e amministrazione delle finanze, descritta con estrema cura. Tutti questi campi sono presentati da Mohl in modo chiaro e conciso, con i riferimenti indispensabili ai fondamenti normativi e alla dottrina. Egli riesce ad abbinare il giudizio pratico a uno sguardo fissato sullo Stato di diritto e costituzionale. Nacque così la « prima importante rielaborazione scientifica di un diritto pubblico costituzionale positivo » (72), ovvero nella doppia forma di diritto

(68) MOHL, *Staatsrecht* (nt. 62), 2^a ed., 1840, § 142.

(69) Una vasta e dettagliata ricerca comparativa della costruzione delle diverse istituzioni in tutti gli Stati della Confederazione germanica e negli Stati europei si trova nello scritto del funzionario del Württemberg CARL AUGUST FRHR. V. MALCHUS, *Der Organismus der Behörden für die Staatsverwaltung*, 2 voll., Heidelberg 1821, e in forma più ampia in *Politik der inneren Staatsverwaltung, oder Darstellung des Organismus der Behörden für dieselbe, mit Andeutungen von Formen für die Behandlung und für die Einleitung der Geschäfte, vorzüglich jener in dem Gebiete der inneren Staatsverwaltung*, parti 1-3, Heidelberg 1823.

(70) Il materiale normativo di riferimento si trova in A.L. REYSCHER (a cura di), *Vollständig historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze*, in 19 parti, Stuttgart-Tübingen 1828-1851.

(71) Essa si suddivideva in polizia del popolo, sanitaria, di difesa da pericoli casuali (crolli, frane, ghiaccio, mezzi di trasporto trainati da cavalli, soccorso ai feriti), polizia dei poveri, polizia monetaria, scolastica ed ecclesiastica, economica, delle assicurazioni.

(72) MOHL, *Erinnerungen*, I, 262.

costituzionale e diritto amministrativo che si compenetravano e sostenevano a vicenda partendo dallo spirito del « vecchio liberalismo » unitario ⁽⁷³⁾. A ragione l'opera di Mohl diventò il testo di riferimento per i diritti pubblici territoriali del *Vormärz*.

Lo sviluppo del diritto pubblico nel Württemberg del *Vormärz* non è pensabile senza la reciproca e stretta influenza con l'università di Tubinga, presso la quale aveva studiato la maggior parte dei suoi giuristi più rappresentativi. Dopo che nel Settecento la facoltà giuridica in particolare era rimasta sotto il controllo di poche famiglie, essa fu riformata e statalizzata dai re Federico e Guglielmo ⁽⁷⁴⁾. Anche se a partire dal 1825 il governo aveva allontanato importanti personalità con alcuni provvedimenti di esonero dalla docenza, ciò non aveva direttamente danneggiato lo studio del diritto pubblico. Dal 1817 l'università disponeva di una facoltà di economia pubblica, presso la quale, a partire dal 1827, fu attivo Robert Mohl ⁽⁷⁵⁾. Nel 1837 ottenne l'abilitazione in diritto amministrativo del Württemberg Karl Heinrich L. Hoffmann (1807-1881), che nel 1838 diventò professore straordinario nella facoltà di economia e nel 1842 ottenne la cattedra della stessa materia ⁽⁷⁶⁾. Nel 1844 fu pubblicato a Tubinga il primo numero dell'importante rivista « *Zeitschrift für die gesammten Staatswissenschaften* », il cui programma era già espresso dal titolo. Que-

⁽⁷³⁾ Il diritto amministrativo, come corso universitario autonomo, è stato impartito in via sperimentale da Mohl, come lui stesso afferma, per venire però subito abbandonato (*Erinnerungen* I, 147).

⁽⁷⁴⁾ Sulla storia dell'università vedi soprattutto la collana curata da H. DECKERHAUFF ET AL., *Contubernium. Beiträge zur Geschichte der Eberhard-Karls-Universität Tübingen*, 1971 ss.

⁽⁷⁵⁾ Sulla condizione di questa facoltà, con severi giudizi sui colleghi, cfr. MOHL, *Lebenserinnerungen*, I, 165 ss.

⁽⁷⁶⁾ K.H.L. HOFFMANN, *Ueber den Begriff, den Inhalt und die Bedeutung des Staatsverwaltungsrechts in dessen engerem Sinne*, in *ZgStW*, 1 (1844) 190-219; ID., *Das gesamte württembergische Polizeirecht*, vol. I, parte I, Tübingen 1846; ID., *Das württembergische Finanzrecht, oder die Finanz-Gesetzgebung und Verwaltung des württembergischen Staates in ihrem gegenwärtigen rechtlichen Bestande, nach den Quellen dargestellt*, vol. I, Tübingen 1857. Su Hoffmann vedi L. JOLLEY, in *ADB*, 50 (1905), 416 s.; K.E. BORN, *Geschichte der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Tübingen*, 1967, 162; DENNEWITZ, 8; H.J. FEIST, *Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin*, 1968, 111; M. EHRHARDT, *Zur Genealogie des Lehrstuhls Oppermann*, in D. BIRK ET AL. (a cura di), *Kulturverwaltungsrecht im Wandel*, 1981, 195-206.

sto contesto, come ben si comprende, era straordinariamente favorevole allo sviluppo del diritto pubblico.

2. *Baviera.*

La Baviera ha sviluppato prima di altri territori tedeschi la propria identità politica e statale. Nell'epoca compresa tra la rivoluzione francese e la Confederazione germanica essa era uno Stato già consolidato. Per questa ragione la Baviera riuscì a fronteggiare senza gravi problemi le acquisizioni territoriali conseguite grazie a Napoleone e confermate nel Congresso di Vienna, attuando una linea politica tardo-assolutista resa possibile dalle riforme dell'amministrazione e della società⁽⁷⁷⁾ e da una costituzione concessa senza ritardi⁽⁷⁸⁾. L'amministrazione statale fu plasmata secondo una concezione giuspubblicistica innovativa⁽⁷⁹⁾, e vennero sviluppati un moderno diritto penale⁽⁸⁰⁾ e un nuovo diritto ipotecario⁽⁸¹⁾. Modernizzazione e costituzionalizzazione erano qui tenute insieme da motivi inerenti il debito pubblico⁽⁸²⁾. Allo stesso tempo, la

(77) W. VOLKERT, *Bayern*, in DVG, II, 1983, 503 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche. Sul diritto territoriale e tutte le sue implicazioni di diritto costituzionale cfr. STOLLEIS, *Die bayerische Gesetzgebung zur Herstellung eines frei verfügbaren Grundeigentums*, in H. COING-W. WILHELM (a cura di), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, vol. III, 1976, 44-117; sulla costituzione e la giustizia cfr. H.-J. BECKER, *Die bayerische Rheinpfalz und das rheinische Recht*, in E. WADLE (a cura di), *Philipp Jakob Siebenpfeiffer und seine Zeit im Blickfeld der Rechtsgeschichte*, 1991, 19-31.

(78) Un politico di grande importanza era Maximilian Joseph conte von Montgelas. Su di lui brevemente E. WEIS, in K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS (a cura di), *Persönlichkeiten der Verwaltung*, 1991, 70-74, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(79) N.TH. v. GÖNNER, *Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet*, Landshut 1808. Fondamentale a questo proposito B. WUNDER, *Privilegierung und Disziplinierung. Die Entstehung des Berufsbearbeitentums in Bayern und Württemberg (1780-1825)*, 1978.

(80) *Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern*, parti 1, 2, München 1813. Su P.J.A. FEUERBACH vedi K. LÜDERSEN, *Feuerbach*, in HRG, I (1971), col. 1118-1124; W. NAUCKE, *Paul Johann Anselm von Feuerbach*, in ZgStrW, 87 (1975), 861-887, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(81) M. STOLLEIS, *Das bayerische Hypothekengesetz von 1822*, in COING-WILHELM (nt. 77), 240-272.

(82) H.P. ULLMANN, *Staatsschulden und Reformpolitik. Die Entstehung moderner öffentlicher Schulden in Bayern und Baden (1780-1820)*, 2 voll., 1986; ID., *Überlegungen*

concessione di una costituzione nel 1808 e nel 1818 era stata motivata in politica estera in considerazione, rispettivamente, del ruolo di Napoleone e di quello della Confederazione germanica ⁽⁸³⁾. È inoltre possibile individuare una ininterrotta tradizione del diritto territoriale. La letteratura sul diritto pubblico dei paesi della Germania del Settecento ⁽⁸⁴⁾ era dunque ancora utilizzabile, pur con la necessaria introduzione di alcune modifiche. In questo senso Rudolf Smend poteva a ragione sostenere che « la linea che da Gönner, passando per Behr e Held, conduce a Pözl e Max v. Seydel, rappresenta una componente essenziale nella costruzione della coscienza dello Stato bavarese e della Baviera stessa » ⁽⁸⁵⁾.

Dopo il superamento delle turbolenze del 1806 e del 1818, il varo di una costituzione e la convocazione di una prima assemblea dei ceti ⁽⁸⁶⁾, non soltanto riprese la « vita costituziona-

zur Entstehung des öffentlichen, verfassungsmäßigen Kredits in den Rheinbundstaaten (Bayern, Württemberg und Baden), in H. BERDING (a cura di), *Napoleonische Herrschaft und Modernisierung*, 1980, 500-522; ID., *Staatsfinanzen und Privatschuldwesen*, in H. BERDING (a cura di), *Privatkapital, Staatsfinanzen und Reformpolitik in Deutschland der napoleonischen Zeit*, 1981, 27-36; MÜLLER (nt. 56), con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽⁸³⁾ Cfr. *supra*, nt. 36 e H.H. HOFMANN, *Adlige Herrschaft und souveräner Staat. Studien über Staat und Gesellschaft in Franken und Bayern im 18. und 19. Jahrhundert*, 1962; W. QUINT, *Souveränitätsbegriff und Souveränitätspolitik in Bayern*, 1971; E. WEIS, *Montgelas 1759-1799. Zwischen Revolution und Reform*, 1971; W. DEMEL, *Der bayerische Staatsabsolutismus 1806-08 bis 1817. Staats- und gesellschaftspolitische Motivationen und Hintergründe der Reformära in der ersten Phase des Königreichs Bayern*, 1983.

⁽⁸⁴⁾ J.J. MOSER, *Einführung in das kurfürstlich Baiersche Staatsrecht*, Frankfurt (-Leipzig) 1754; ID., *Einleitung in das kurfürstlich Pfälzische Staatsrecht*, Frankfurt (-Mannheim) 1762; J.S. PÜTTER, *Historisch-politisches Handbuch von den besonderen Teutschen Staaten*, parte I, von Österreich, Bayern und Pfalz, Göttingen 1758; W.X.A. FRHR. v. KREITTMAYR, *Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayerischen Staatsrechts*, in 3 parti, Frankfurt-Leipzig 1769; 2^a ed. 1770; 3^a ed. 1778; J.H. BACHMANN, *Pflaz-Zweibrückisches Staats-Recht*, Tübingen 1784; JOHANN GEORG FESSMAIER, *Grundriß des bayerischen Staatsrechts zum Gebrauche akademischer Vorlesungen*, Ingolstadt 1801.

⁽⁸⁵⁾ R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed. 1968, 333; anche H. SCHÜTZENBERGER, *Die Staatsauffassung in der bayerischen Staatsrechtliteratur von Kreittmayr bis Moy (1769-1848)*, 1927.

⁽⁸⁶⁾ J.CHR. FRHR. v. ARETIN, *Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassung und Staatsverwaltung mit besonderer Rücksicht auf Bayern*, München 1816; ID. (BOJOPHILUS TIMONOMUS), *Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern*, München 1818; S. BRENDL, *Die Geschichte, das Wesen und der Werth der*

le »⁽⁸⁷⁾, ma si aprì anche la possibilità di un esame generale della nuova condizione costituzionale. È ovvio che i primi testi dedicati a questo tema, nati per lo più da corsi universitari, non fossero ancora maturi⁽⁸⁸⁾, oppure fossero eccessivamente legati al diritto positivo⁽⁸⁹⁾, eppure già in essi si può cogliere quanto rapidamente sia stato avvertito l'influsso della nuova costituzione, e questo soprattutto nell'opera di Cucumus⁽⁹⁰⁾.

La dottrina del diritto pubblico orientata in senso costituzionalistico (*Konstitutionelle Staatsrechtslehre*) di quegli anni significava che più chiaramente di prima si sarebbe potuto distinguere tra diritto costituzionale (*Verfassungsrecht*) e diritto amministrativo (*Verwaltungsrecht*). Il diritto costituzionale doveva essere messo alla prova del dibattito parlamentare: così avvenne nel caso della disputa sulla violazione della costituzione configurata dall'inasprimento della censura (1831)⁽⁹¹⁾, nella negazione delle ferie ai funzionari che erano anche deputati⁽⁹²⁾, nell'aspirazione dei liberali di vedere

Nationalrepräsentation, 2 voll., Bamberg 1816; I. v. RUDHART, *Uebersicht der vorzüglichsten Bestimmungen verschiedener Staats-Verfassungen über Volks-Vertretung*, Würzburg 1818; J. SCHMELZING, *Einige Betrachtungen über den Begriff und die Wirksamkeit der Landstände, nach den Prinzipien des allgemeinen und natürlichen Staatsrechts*, Rudolstadt 1818.

⁽⁸⁷⁾ I. v. RUDHART, *Ueber den Zustand des Königreichs Baiern nach amtlichen Quellen*, vol. I, Stuttgart-Tübingen 1825, voll. 2 e 3, Erlangen 1827.

⁽⁸⁸⁾ J. SCHMELZING, *Staatsrecht des Königreichs Baiern*, vol. I, *Staats-Verfassungs-Recht*, Leipzig 1820, vol. II, *Staatsverwaltungs-Recht*, Leipzig 1821; F. CHR. K. SCHUNCK, *Staatsrecht des Königreichs Baiern*, vol. I, Erlangen 1824; K. (v.) CUCUMUS, *Lehrbuch des Staatsrechts der constitutionellen Monarchie Baierns*, Würzburg 1825.

⁽⁸⁹⁾ L. v. DRESCH, *Grundzüge des bayerischen Staatsrechtes, zum Gebrauch bei seinen Vorlesungen entworfen*, Ulm 1823, 2^a ed. 1835.

⁽⁹⁰⁾ *Über das Verbrechen des Betrugs als Beitrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg 1814 (e 1820); ID., *Von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug*, in «Neues Archiv für Criminalrecht», 10 (1828), 513-535, 681-699. Su Konrad Cucumus (1792-1861) cfr. E. ULLMANN, in ADB, 4 (1876), 637 s.; MOHL, II, 360; R. PILOTY, *Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechts-Literatur. Historisch-kritischer Beitrag zu einer Geschichte der Staatsrechts-Literatur*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe f. Paul Laband*, vol. I, 1908; 204-282 (242 s.).

⁽⁹¹⁾ Prima già in I. v. RUDHART, *Ueber die Censur der Zeitungen im Allgemeinen und besonders nach dem bayerischen Staatsrechte*, Erlangen 1826.

⁽⁹²⁾ Cfr. anche C. WELCKER, «Urlaub», in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 2^a ed. vol. 12 (1848), 673-689, in particolare sul Baden, ma anche sul «collocamento a

l'esercito prestare giuramento alla costituzione⁽⁹³⁾. Più si imparava ad argomentare partendo dal testo costituzionale, più risultava chiara la distinzione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo, che venne così sempre più percepito come un complesso normativo autonomo.

Per questo motivo i manuali giuridici bavaresi, seguendo l'esempio di Robert von Mohl, separavano il diritto costituzionale dal diritto amministrativo, e così fece nel suo *Staatsrecht des Königreichs Bayern*⁽⁹⁴⁾ anche Karl Kraft Ernst von Moy de Sons (1799-1867)⁽⁹⁵⁾. Conservatore, sostenitore di un principio monarchico limitato costituzionalmente e difensore dei diritti della Chiesa, Moy è stato in seguito aspramente criticato dal suo successore Josef Pözl⁽⁹⁶⁾. Questa critica è parte di uno dei più importanti momenti di affermazione del positivismo giuridico. Ma seppur fondata, l'accusa di essere più monarchico della costituzione del 1818, favorevole alla nobiltà, « idealistico » e ultramontano, non oscura i meriti del manuale di Moy, che può essere considerato la prima presentazione veramente completa del diritto costituzionale e amministrativo bavarese.

Fedele alla struttura originaria, ma ora concentrato sugli elementi più propriamente giuridici, il modello creato da Mohl continuò ad affermarsi dopo il 1847 grazie al successore di Moy alla cattedra di Monaco, Josef (v.) Pözl⁽⁹⁷⁾. I suoi manuali di diritto costituzionale e amministrativo bavarese hanno influenzato notevolmente la prassi dal 1850 al 1870.

Di maggior rilevanza e più rappresentativi della letteratura del tempo rispetto alle opere di Pözl, che a fatica conquistarono uno

riposo » dei chierici cattolici in Baviera (687); V.J. LEEB, *Wahlrecht und Wahlen zur Zweiten Kammer der bayerischen Ständeversammlung im Vormärz (1818-1845)*, 1992.

⁽⁹³⁾ HUBER, II (1960), 32-36.

⁽⁹⁴⁾ ERNST V. MOY, *Das Staatsrecht des Königreichs Bayern*, parte I, sez. 1, Regensburg 1840; sez. 2, 1841; parte II, sez. 1, 1843; sez. 2, 1846; PILOTY (nt. 90), 248 s. La seconda parte affronta il diritto amministrativo.

⁽⁹⁵⁾ Sull'opera e la biografia cfr. LANDSBERG, III-2, nt. 255, 288; v. SCHULTE, in ADB, 22 (1885), 420 s.; dettagliato PILOTY (nt. 90), 248-254.

⁽⁹⁶⁾ J. PÖZL, in AE.L. RICHTER-R. SCHNEIDER, *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, vol. 21 (1847), 47 ss., e vol. 22 (1848), 50 ss. Critico anche MOHL, II, 361.

⁽⁹⁷⁾ Vedi sotto cap. 7, nt. 28 ss.

spazio accademico, era invece la congerie di testi che dovevano servire all'insegnamento diretto della prassi⁽⁹⁸⁾. Tra queste, ad esempio, si può ricordare per il Palatinato del Reno l'opera in sette volumi del radicale Philipp Jakob Siebenpfeiffer⁽⁹⁹⁾, diventato famoso grazie alla « festa di Hambach » del 1832. La maggior parte di queste opere, ovviamente, era piuttosto ingenua, e specialmente dopo il 1832 assai cauta sul piano politico, in corrispondenza del forte conservatorismo del governo di re Ludovico I. Tuttavia, attraverso la semplice rielaborazione e la pubblicazione del « diritto vigente », esse radicavano le idee e la prassi dell'amministrazione nel senso dello Stato di diritto.

Come nel Württemberg, anche in Baviera si sviluppò uno stretto rapporto tra la prassi giuspubblicistica e l'antica università del territorio, la cui strada, iniziata a Ingolstadt, era passata per Landshut (1800) e poi per Monaco (1826), fino a raggiungere le nuove sedi di Würzburg (1802-14) ed Erlangen (1810)⁽¹⁰⁰⁾. Dopo l'entrata in vigore della costituzione del 1818 e l'inizio della vita parlamentare nel 1819, il diritto costituzionale bavarese si affermò come disciplina universitaria, e così fu per il diritto amministrativo dopo la metà del secolo. I celebri manuali dei docenti di Würzburg e Monaco (Schmelzing, Schunck, Dresch, Cucumus, Moy) testimoniano l'intensità e l'ampiezza di questo nuovo inizio.

3. *Baden.*

I margraviati Baden-Durlach e Baden-Baden, riuniti dal 1771, erano cresciuti dopo il 1806 fino a diventare un rispettabile Stato di media grandezza, anche se con una situazione geografica poco favorevole, grazie al congresso di Rastatt, al decreto della Dieta imperale e alla pace di Preßburg, ma anche per l'appartenenza alla Confederazione del Reno e ad ulteriori annessioni. Questo Stato, la cui popolazione era passata da 165.000 a 900.000 sudditi, era una

⁽⁹⁸⁾ Un'elencazione è in MOHL, II, 362.

⁽⁹⁹⁾ PH.J. SIEBENPFEIFFER, *Handbuch der Verfassung, Gerichtsordnung und gesammten Verwaltung Rheinbayerns*, in 5 voll., Speyer 1831-33, proseguito da N. LUTTRINGSHAUSSEN, 2 voll., Speyer 1846. Cfr. ora WADLE (nt. 77).

⁽¹⁰⁰⁾ G. KÖBLER, *Erlanger juristische Vorlesungen des 18. und 19. Jahrhunderts*, in « Jahrbuch für fränkische Landesforschung », 27 (1967), 241-251.

« creazione assolutamente rivoluzionaria » ⁽¹⁰¹⁾ opera di Napoleone ⁽¹⁰²⁾, retta da un modello della monarchia illuminata, Karl-Friedrich von Baden-Durlach ⁽¹⁰³⁾. Nel 1809 il paese ottenne un'organizzazione amministrativa completamente nuova ⁽¹⁰⁴⁾, un codice civile unitario ispirato al *Code civil* del 1804 ⁽¹⁰⁵⁾, e nel 1818 una costituzione rappresentativa di stampo liberale ⁽¹⁰⁶⁾, che servì anche a limitare le tendenze centrifughe delle zone del paese ancora non ben integrate e al risanamento finanziario. Essa fu molto lodata dai contemporanei ed ha svolto un ruolo importante nella formazione della consapevolezza del Baden di essere uno Stato. Tale costituzione manteneva il principio monarchico nel quadro della Confederazione germanica e stabiliva un sistema bicamerale. La seconda camera godeva però solo del diritto di autorizzare i tributi e di ap-

⁽¹⁰¹⁾ L. GALL, *Gründung und politische Entwicklung des Großherzogtums bis 1848, in Badische Geschichte. Vom Großherzogtum bis zur Gegenwart*, 1979, 12.

⁽¹⁰²⁾ M. WIERICHS, *Napoleon und das « Dritte Deutschland » 1805-1806. Die Entstehung der Großherzogtümer Baden, Berg und Hessen*, 1978. Tutta la letteratura più recente fino al 1983 in H. OTT, *Baden*, in DVG, II (1983), 583 s.; H.P. ULLMANN, *Die Entstehung des modernen Baden an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert*, in ZGORh, 140 (1992) 287-301.

⁽¹⁰³⁾ ARTH. KLEINSCHMIDT, *Karl Friedrich von Baden zum 150. Geburtstag*, Heidelberg 1878; HELEN P. LIEBEL, *Enlightened bureaucracy versus enlightened Despotism in Baden 1750-1792*, Philadelphia 1965; G. BIRTSCH, *Der Idealtyp des aufgeklärten Herrschers. Friedrich der Große, Karl Friedrich von Baden und Joseph II., im Vergleich*, in « Aufklärung », II (1987), 9-47; J. LAUTS, *Karoline Luise von Baden: ein Lebensbild aus der Zeit der Aufklärung*, 1980.

⁽¹⁰⁴⁾ W. ANDREAS, *Geschichte der Badischen Verwaltungsorganisation und Verfassung in den Jahren 1802-1818* (a cura della Bad. Hist. Kommission), vol. I: *Der Aufbau des Staates im Zusammenhang der allgemeinen Politik*, 1913. In generale si rinvia alla più recente opera di OTT (nt. 102).

⁽¹⁰⁵⁾ W. ANDREAS, *Die Einführung des Code Napoléon in Baden*, 1910; E. FEHRENBACH, *Traditionelle Gesellschaft und revolutionäres Recht. Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten*, 2^a ed. 1973; W. SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1977.

⁽¹⁰⁶⁾ *Bd. Verfassung vom 22.8.1818*, in HUBER, *Dokumente*, I, nr. 54. Sul suo ideatore, l'importante funzionario Karl Friedrich Nebenius (1784-1857), vedi W. ROSCHER, *Geschichte der National-Oekonomik in Deutschland*, München-Berlin 1874, 2^a ed. 1924, 953-963; LIPPERT, in HdBStaatsWiss, 2^a ed. vol. 5 (1900), 966-968; *Bad. Biogr.*, 2 (1875), 99 ss.; v. WEECH, in ADB, 23 (1886), 351-355; H.P. ULLMANN, *Die badischen Staatsfinanzen im frühen 19. Jahrhundert*, in P. SPIES (a cura di), *Mannheim im Umbruch*, 1992, 19-30.

provare i disegni di legge, e soltanto dopo il 1868-96 conseguì il diritto di iniziativa legislativa e di mettere in stato di accusa i ministri. Nonostante ciò, essa divenne il grande foro del liberalismo nella Germania meridionale, sotto la guida di un ceto di funzionari dell'opposizione provenienti dalla borghesia intellettuale ⁽¹⁰⁷⁾.

Gli scontri interni e le oscillazioni politiche, le contraddittorie tendenze tra riforma burocratica « dall'alto » ed emancipazione della società « dal basso », la nuova spinta di riforme dopo il 1831 e la radicalizzazione a partire dal 1841 fino ai drammatici avvenimenti del 1848-49 ⁽¹⁰⁸⁾, non possono essere in questa sede esaminati ⁽¹⁰⁹⁾. È però importante ricordare che il Baden durante il periodo del *Vormärz* fece parte dei paesi più sviluppati e intellettualmente dinamici, e che le sue discussioni parlamentari ebbero particolare risonanza e fecero da preludio alla rivoluzione del 1848.

Ancora più stupefacente è dunque che, a un primo sguardo, il diritto pubblico del Baden in quel periodo appaia notevolmente arretrato rispetto a quello del Württemberg o della Baviera ⁽¹¹⁰⁾,

⁽¹⁰⁷⁾ BRANDT, 256; H.P. BECHT, *Die Abgeordnetenschaft der badischen zweiten Kammer von 1819 bis 1840. Beiträge zum Abgeordnetenbild, Abgeordnetentypus und Wahlverhalten im deutschen Vormärz*, in ZGORh, 128 (1980), 345-401.

⁽¹⁰⁸⁾ L. HÄUSSER, *Denkwürdigkeiten zur Geschichte der Badischen Revolution*, Heidelberg 1851; F. SCHNABEL, *Das Land Baden und die Revolution von 1848-49*, in W. KEIL (a cura di), *Deutschland 1848-1948*, 1948; F.X. VOLLMER, *Vormärz und Revolution 1848-49 in Baden. Strukturen, Dokumente, Fragestellungen, Modelle zur Landesgeschichte*, 1979.

⁽¹⁰⁹⁾ F. v. WEECH, *Badische Geschichte*, Karlsruhe 1880, 1890; LEONH. MÜLLER, *Badische Landtagsgeschichte (1819-1840)*, in 4 parti, 1900-1902; R. CARLBACH, *Badische Rechtsgeschichte*, parte I, 1906; GOLDSCHMIT (nt. 36); K.S. BADER (a cura di), *Baden im 19. und 20. Jahrhundert*, 2 voll., 1948, 1950; W. FISCHER, *Der Staat und die Anfänge der Industrialisierung in Baden 1800-1850*, vol. I: *Die staatliche Gewerbepolitik*, 1962; ID., *Staat und Gesellschaft Badens im Vormärz*, in ID., *Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung*, 1972; completo L. GALL, *Der Liberalismus als regierende Partei. Das Großherzogtum Baden zwischen Restauration und Reichsgründung*, 1968; infine L.E. LEE, *The Politics of Harmony. Civil service, Liberalism and Social Reform in Baden, 1800-1850*, Newark 1980; R. WIRTZ, « *Widersetzlichkeiten, Excesse, Crawalle, Tumulte und Skandale* ». *Soziale Bewegung und gewalthafter sozialer Protest in Baden 1815-1848*, 1981.

⁽¹¹⁰⁾ MOHL, II, 376, annovera tra le ragioni di tale arretratezza l'eterogeneità della popolazione, il carattere « artificiale » dello Stato e il fatto che alcuni importanti deputati non fossero originari del Baden.

soprattutto considerando il fatto che ad Heidelberg, ma anche a Friburgo, si trovavano facoltà giuridiche attive e interessanti ⁽¹¹¹⁾. « Ma in quel panorama giuridico », ricorda Mohl pensando ai propri studi all'università di Heidelberg, « il diritto romano era di nuovo il punto di riferimento, e l'aula delle Pandette era tanto piena da straboccare » ⁽¹¹²⁾. Klüber e Zachariä tenevano corsi di « diritto della Confederazione germanica e diritto pubblico comune tedesco ». Il diritto pubblico territoriale e il diritto amministrativo erano invece in secondo piano. Nel 1823-24 Zachariä tenne almeno un corso sul diritto costituzionale del Baden. Più tardi la medesima materia fu inserita in appendice ai corsi di Zöpfl sul diritto pubblico e federale tedesco. Georg Jellinek nel 1903 affermò che « il diritto costituzionale e quello amministrativo non sono mai stati oggetto di un esame giuridico orale nel Baden... Questo stato di cose continua ancora oggi e influenza anche l'attività scientifica dei pubblicisti delle università del Baden » ⁽¹¹³⁾.

Queste considerazioni valgono in misura ancora maggiore per l'università di Friburgo in Brisgovia, entrata a far parte del Baden nel 1805. Dal 1818 vi tenne lezioni di diritto pubblico generale, di diritto delle genti generale ed europeo e di scienze dello Stato Karl von Rotteck ⁽¹¹⁴⁾. Il suo successore Johann Michael Franz Birnbaum (1823-35) non impartì, per quanto ne sappiamo, corsi di diritto pubblico del Baden, e così neppure Leopold A. Warnkönig, il quale teneva il consueto corso di « diritto pubblico e federale tedesco » ⁽¹¹⁵⁾. Anche dalla limitrofa università svizzera di Basilea sem-

⁽¹¹¹⁾ F. SCHNEIDER, *Geschichte der Universität Heidelberg im ersten Jahrzehnt nach der Reorganisation durch Karl Friedrich (1803-1813)*, in «Heidelb. Abh. z. mittl. u. neueren Gesch.», 38, 1913; W. LEISER, *Die Juristische Fakultät und die Heidelberg-Romantik (1805-1820)*, in «Semper Apertus», (1985), 84-104. Su Friburgo vedi nt. 106.

⁽¹¹²⁾ MOHL, *Lebenserinnerungen*, I, 106.

⁽¹¹³⁾ G. JELLINEK, *Die Staatsrechtlehre und ihre Vertreter*, in «Ausgew. Schriften und Reden», vol. I, 1911, 314 (330).

⁽¹¹⁴⁾ Cap. 3, nt. 245 ss.

⁽¹¹⁵⁾ H.J. WOLFF (a cura di), *Aus der Geschichte der Rechts- und Staatswissenschaften zu Freiburg i. Br.*, 1957; J. VINCKE (a cura di), *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jahrhunderts*, 1957; A. HOLLERBACH, *Die Entwicklung des Verwaltungsrechts als akademische Disziplin und Prüfungsfach an der Universität Freiburg i. Br.*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 285-305;

bra che nel *Vormärz* siano giunti pochi stimoli allo studio del diritto pubblico. Tra il 1828 e il 1831 e tra il 1850 e il 1868 Andreas Heusler vi tenne corsi di diritto pubblico federale e cantonale svizzero ⁽¹¹⁶⁾.

Certo, per l'uso pratico furono preparate numerose raccolte di fonti del diritto pubblico ⁽¹¹⁷⁾, ma la prima parte dell'Ottocento non vide la stesura di un manuale sistematico o di un autorevole libro di testo ⁽¹¹⁸⁾, e lo stesso fu anche per il diritto amministrativo ⁽¹¹⁹⁾. La ricchezza pubblicistica mostrata anche dal Baden si muove dunque in un'altra direzione: essa si coglie nel fondamentale dibattito sullo *Staatslexikon* di Rotteck e Welcker, la « bibbia » del liberalismo

Id., *Die Entwicklung der Freiburger Rechtsfakultät 1805-1945*, in *Les Universités du Rhin Supérieur de la fin du Moyen Age à nos jours*, Strasbourg 1988, 117-129.

⁽¹¹⁶⁾ A. STAEHELIN, *Geschichte der Universität Basel 1818-1835*, Basel 1859, 43 ss.; su Heusler vedi W. VISCHER, in ADB, 12 (1880), 337-339.

⁽¹¹⁷⁾ K.H. GERSTLACHER, *Sammlung aller Baden-Durlachischen, das Kirchen- und Schulwesen und die Gesundheit der Menschen betreffenden Anstalten und Verordnungen*, 3 voll., Stuttgart 1773, 1774; J.B. MORS, *Alphabetisches Repertorium über sämtliche Großherzoglich-badische ältere und neuere Gesetze... 1710-1810*, 2 voll., Freiburg 1811 (continuato da F. FINK, *Freiburg 1822-1824*, 2ª ed. Heidelberg 1834; questo a sua volta ripreso da A. BAUER, Mannheim 1845); *Vollständige Sammlung aller in dem großherzoglich-badischen Regierungsblatt von 1803-1832 enthaltenen Gesetze, Edikte u.s.w. in systematischer Ordnung*, in 4 parti, Karlsruhe 1828-1836; *Badisches Bürgerbuch, eine Sammlung der öffentlichen Bundes- und Landesgesetze*, Karlsruhe 1845; J.F. WEHRER, *Gesetzeslexikon für die badischen Bürger*, in 2 parti, Karlsruhe 1845-1847.

⁽¹¹⁸⁾ J.J. MOSER, *Einleitung in das markgräfllich-badische Staatsrecht*, Frankfurt-Leipzig 1772; Id., *Beiträge zu dem markgräfllich-badischen Staatsrechte*, Frankfurt-Leipzig 1772; (E.)J.J. PFISTER, *Geschichtliche Darstellung der Staatsverfassung des Großherzogthums Baden und der Verwaltung desselben*, vol. I, Heidelberg 1829, rielaborato in *Geschichtliche Entwicklung des Staatsrechtes des Großherzogthums Baden und der verschiedenen darauf bezüglichen öffentlichen Rechte*, in 2 parti, Mannheim 1847. Su questa presentazione e sulla persona una breve descrizione si trova in LANDSBERG, III-2, nt. 195. Pfister non è veramente riuscito a trattare sistematicamente il diritto pubblico. Recensione critica di F. BÜLAU, in Ae.L. RICHTER (a cura di), *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, Leipzig 1837, 175-180.

⁽¹¹⁹⁾ F.CH. RETTIG, *Die Polizeygesetzgebung des Großherzogthums Baden, systematisch bearbeitet*, Karlsruhe 1826 (2ª ed. 1828; 3ª ed. a cura di J. Betz 1839; 4ª ed. a cura di P. Guerillot, 1853). Ulteriore letteratura sul diritto comunale, militare e finanziario in MOHL, II, 379 e A. BINGNER, *Literatur über das Großherzogtum Baden in allen seinen staatlichen Beziehungen von ca. 1750-1854. In systematischer Uebersicht zusammengestellt*, Karlsruhe 1854.

nella Germania meridionale ⁽¹²⁰⁾; si trova nelle opere amministrative, parlamentari e scientifiche di Sigismund von Reitzenstein, Friedrich Brauer, Karl von Rotteck, Karl Theodor Welcker, Karl Josef Anton Mittermaier, Gustav von Struve; si ravvisa, infine, nella nascita sorprendentemente precoce di due riviste di diritto pubblico ⁽¹²¹⁾. In tutto il Baden la linea politica fondamentale era quella di un forte liberalismo, e si cercava di conciliare le riforme dall'alto con una partecipazione parlamentare particolarmente sviluppata dal basso. Come nel Württemberg e nella Baviera, anche qui l'ovvio postulato era che lo Stato doveva essere uno « Stato di diritto ».

4. Assia elettorale.

Il diritto territoriale dell'Assia-Kassel nell'Ottocento si colloca in una situazione particolarmente infelice. Ciò dipende dalla serie di « conflitti costituzionali » a loro volta originati dalle eclatanti problematiche sociali e politiche del paese, dalla corruzione e dal malgoverno ⁽¹²²⁾. L'inizio di questa situazione si riscontra nel 1815-16, con il ritorno del principe elettore — a dispetto delle promesse — all'assolutismo. A ciò seguirono la sollevazione popolare del 1830, l'abdicazione forzata del principe elettore Guglielmo II del 1831, il conflitto del 1832, lo scioglimento della dieta territoriale nel 1833 e la rimozione del ministro Ludwig Daniel Hassenpflug (1794-1862) ⁽¹²³⁾ nel 1836, fino ad arrivare alla rivoluzione del 1848, che in Assia elettorale fu particolarmente violenta. I conflitti ripresero poi anche dopo il 1850, e condussero fino alle manifestazioni di disobbedienza da parte dei ceti territoriali, dei magistrati, dei funzionari

⁽¹²⁰⁾ Cfr. *supra*, cap. 3 nt. 250.

⁽¹²¹⁾ « Archiv für Rechtspflege und Gesetzesgebung im Großherzogtum Baden », a cura di J.G. DUTTLINGER-G. v. WEILER-J. v. KETTENACKER, 4 voll., Freiburg 1830-1837; « Blätter für Justiz und Verwaltung im Großherzogtum Baden », a cura di MAYER-RETTIG-RUEF-TREFURT, 2 voll., Freiburg 1840, 1841.

⁽¹²²⁾ K.E. DEMANDT, *Geschichte des Landes Hessen*, 2^a ed. 1972, nuova edizione rivista 1980, 544-561; M. BULLIK, *Staat und Gesellschaft im hessischen Vormärz. Wahlrecht, Wahlen und öffentliche Meinung in Kurhessen 1830-1848*, 1972; W. SPEITKAMP, *Restauration als Transformation. Untersuchungen zur kurhessischen Verfassungsgeschichte 1831-1830*, 1986.

⁽¹²³⁾ WIPPERMANN, in ADB, 11 (1880) 1-9; E.G. FRANZ, in NDB, 8 (1969), 46 s.

e dei militari ⁽¹²⁴⁾. Nondimeno furono prese importanti misure di riorganizzazione dell'amministrazione nelle sue principali articolazioni, che ebbero alcuni effetti di modernizzazione ⁽¹²⁵⁾.

In queste condizioni la discussione pubblica era dominata dalle vicende politiche quotidiane. Un passaggio « organico » dal vecchio diritto territoriale dell'Assia ⁽¹²⁶⁾ a una condizione costituzionale non era possibile, soprattutto perché dal 1816 non esistevano più istituzioni con una competenza generale per tutta l'Assia. La costituzione fortemente orientata in senso liberale del 1831 ⁽¹²⁷⁾ prevedeva istituti come la controfirma, l'iniziativa legislativa, il diritto di approvare l'imposizione fiscale e il bilancio da parte della dieta territoriale e la messa in stato di accusa dei ministri, e comprendeva una parte dedicata specificamente ai diritti fondamentali, oltre a disporre il dovere di giurare sulla costituzione sia per i funzionari sia, cosa ancora più importante, per i militari. Tutto questo indicava una chiara rottura con il passato, anche se certamente non esclude il tentativo dei liberali di ancorare tale costituzione dal punto di vista storico, al fine di evitare che fosse considerata una costruzione razionalistica che non teneva conto dei veri bisogni ⁽¹²⁸⁾. Ogni tentativo di commentare i conflitti in modo « scientifico » doveva naufragare di fronte alla necessità di prendere partito. Sylvester Jordan (1792-1861), che si era abilitato all'insegnamento universitario ad Heidelberg ed era entrato nella dieta territoriale nel 1830 come rappresentante dell'università di Marburgo, fu una delle menti più importanti nella creazione di questa costituzione ⁽¹²⁹⁾ e dovette

⁽¹²⁴⁾ HUBER, II, 910 ss. con ulter. letteratura sulla « renitenza nell'Assia elettorale ».

⁽¹²⁵⁾ TH. KLEIN, *Hessische Staaten*, in DVG, II, 1983, 645-656 con ampia letteratura sulla storia del *Land* in generale e sulla storia dell'amministrazione in particolare.

⁽¹²⁶⁾ ESTOR (nt. 11).

⁽¹²⁷⁾ R. POLLEY (a cura di), *Die Kurbessische Verfassung von 1831*, 1981; H. SEIER, *Zur Entstehung und Bedeutung der kurbessischen Verfassung von 1831*, in W. HEINEMEYER (a cura di), *Der Verfassungsstaat als Bürge des Rechtsfriedens. Reden im Hessischen Landtag zur 150-Jahr-Feier der kurbessischen Verfassung*, 1982, 5.

⁽¹²⁸⁾ Così ad esempio l'importante scritto di B.W. PFEIFFER, *Geschichte der landständischen Verfassungen in Churbessen. Ein Beitrag zur Würdigung der neuern teutschen Verfassungen überhaupt*, Kassel 1834.

⁽¹²⁹⁾ S. JORDAN era presidente della commissione costituzionale della dieta del *Land* (cfr. MURHARD, nt. 135, vol. I, 18-37). La sua posizione è espressa nella voce « Cassel

espiare il suo ruolo di guida dell'opposizione con una detenzione di sei anni (1839-1845) ⁽¹³⁰⁾.

Il suo meno importante collega nel campo delle scienze dello Stato, Karl Friedrich Vollgraff (1794-1863) ⁽¹³¹⁾, pubblicò invece uno scritto rivolto contro la costituzione e contro il sistema rappresentativo in generale ⁽¹³²⁾, ragion per cui gli studenti lo fecero oggetto di una messinscena farsesca e diedero fuoco al suo saggio sulla piazza del mercato di Marburgo. Facendo un bilancio della letteratura, alla documentazione storica sul corso degli avvenimenti ⁽¹³³⁾ si affiancano le immediate reazioni alla costituzione ⁽¹³⁴⁾.

Un primo commento alla costituzione, che si prefiggeva di prevenirne « un'interpretazione arbitraria ed unilaterale, quale che sia la parte da cui questa provenga », fu scritta dal pubblicista dell'opposizione Friedrich Murhard (1779-1853) ⁽¹³⁵⁾. I centoses-

(Hessen-Cassel, Kurfürstenthum Hessen) » in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 4 (1836), 286-308. Vedi anche W. KAISER, *Sylvester Jordan — seine Staatsauffassung und sein Einfluß auf die kurbessische Verfassungsurkunde vom Januar 1831*, 1936; BULLIK (nt. 122), 58-68; H. SEIER, *Sylvester Jordan und die kurbessische Verfassung von 1831*, 1981.

⁽¹³⁰⁾ Cfr. *supra*, cap. 3, nt. 308 ss. In particolare sul periodo del conflitto politico e della prigionia sono le *Politische Erinnerungen*, curate da Paul Tesdorpf, in « Das Neue Jahrhundert. Wochenschrift für religiöse Kultur », 4 (1912) 4 ss.-226 (in appendice).

⁽¹³¹⁾ V. EISENHART, in ADB, 40 (1896), 248 s.

⁽¹³²⁾ K.F. VOLLGRAFF, *Die Täuschungen des Repräsentativ-Systems, oder Beweis, daß es nicht das rechte Mittel ist, den Bedürfnissen unserer Zeit zu begegnen*, Marburg 1832; recensito negativamente in C.F. WURM, *Kritische Versuche über die öffentlichen Rechtsverhältnisse in Deutschland seit der Mitte des Jahres 1832*, Leipzig 1835, 88-109.

⁽¹³³⁾ B.W. PFEIFFER, *Geschichte der landständischen Verfassung in Kurbessen. Ein Beitrag zur Würdigung der neueren teutschen Verfassungen überhaupt*, Kassel 1834; F. GÖSSEL, *Geschichte der kurbessischen Landtage*, vol. I, Kassel 1837; C.W. WIPPERMANN, *Kurbessen seit den Freiheitskriegen*, Kassel 1850.

⁽¹³⁴⁾ B.W. PFEIFFER, *Einige Worte über den Entwurf einer Verfassungsurkunde für Kurbessen vom 7. Oktober 1830*, Kassel 1830; WEITZEL, in *Pölitz' Jahrbüchern der Geschichte und Staatskunst*, 1831; S. MARTIN, *Ueber die Verfassungs-Urkunde Kurbessens*, Kassel 1831; J. FREIMUND (Ps.), *Kritische Bemerkungen über die kurbessische Verfassungsurkunde*, Leipzig 1831; H. GRÄFE, *Die Verfassungs-Urkunde des Kurfürstenthums Hessen mit geschichtlichen Erläuterungen sowie mit Hinweisung auf nothwendige und wünschenswerte Abänderungen*, Kassel 1848.

⁽¹³⁵⁾ F. MURHARD, *Grundlage des jetzigen Staatsrechts des Kurfürstenthums Hessen. Dargestellt nach Maßgabe der einzelnen Paragraphen der Verfassungsurkunde vom 5. Januar 1831*, 2 voll., Kassel 1834, 1835. Su Murhard vedi CANTOR, in ADB, 23 (1866), 62 s.; W. WEIDEMANN, *Friedrich Murhard und der Altliberalismus*, in « Zeitschr. d. Vereins

santa paragrafi della costituzione vengono commentati da Murhard in dettaglio, con riferimenti alla letteratura e alle discussioni in seno alla dieta territoriale, e pur mostrando sicuramente alcune debolezze ⁽¹³⁶⁾ vanno considerati un importante tentativo di stabilizzare l'esperimento giuridico rappresentato dalla costituzione strappata ai sovrani territoriali.

Non si raggiunse nel *Vormärz* la formazione di una « scienza del diritto amministrativo dell'Assia elettorale » ⁽¹³⁷⁾. L'università locale, Marburgo, coinvolta nelle lotte costituzionali e dimenticata dal governo, non poteva contribuirvi ⁽¹³⁸⁾. I funzionari si limitavano a informarsi attraverso le pubblicazioni ufficiali degli atti normativi o ricorrendo a semplici raccolte del diritto vigente ⁽¹³⁹⁾. Sembrava che i funzionari più giovani potessero fare a meno di una formazione specialistica in diritto amministrativo.

f. hess. Gesch. u. Landeskunde », 55 (1926), 229-276. A proposito di suo fratello, l'economista J.K.A. MURHARD (1781-1863), vedi WIPPERMANN, in ADB, 23 (1896), 63-65; E. GROTHE, *Die Brüder Murhard und Napoleon. Zum Echo der französischen Besatzungspolitik in der Publizistik*, in « Hess. Jahrb. Für Landesgeschichte », 54 (2004), 163-175.

⁽¹³⁶⁾ Pare ingiusto il giudizio di MOHL, II, 381 (« insufficiente e privo di riflessione nei contenuti, irregolare e contraddittorio nella forma »), soprattutto se si considera che non esisteva una tradizione di commentari verso cui Murhard avrebbe potuto orientarsi. Murhard era un matematico e un giornalista politico di stampo liberale, quindi non era un « addetto ai lavori ». Vedi anche C.F. WURM, *Kritische Versuche über die öffentlichen Rechtsverhältnisse in Deutschland seit der Mitte des Jahres 1832*, Leipzig 1835, 363: « Lo stile di Murhard è noto; tante parole e nessuna conclusione »; ivi, 140-150, anche la recensione di F. MURHARD, *Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger, gegen die bestehende Staatsgewalt*, Braunschweig 1832.

⁽¹³⁷⁾ Un riepilogo è offerto da (AN.), *Geschichte und Literatur des kurbessischen Rechts*, in J.S. ERSCH-J.G. GRUBER, *Allgemeine Enzyklopädie der Wissenschaften und Künste*, seconda sez., vol. VII (1830) 183-186; E.J. KULENKAMP, *Literatur des gesammten Kurbessischen Rechts nebst einer Nachweisung aller gedruckten Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel in dem Umfange und nach der Ordnung des Repertoriums der kurbessischen Landesgesetze*, Kassel 1846, in particolare nr. 148-187 e O.A. WALTHER, *Hand-Lexikon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Weimar 1854 (ristampa 1974).

⁽¹³⁸⁾ W. v. BREDOW (a cura di), *450 Jahre Philipps-Universität Marburg*, Marburg 1970.

⁽¹³⁹⁾ Vedi O.L. HEUSER, *Systematisches Handbuch des kurbessischen Straf- und Polizei-Rechtes...*, Kassel 1853.

5. *Assia-Darmstadt, Nassau.*

Un po' meno drammatico, ma nel complesso simile, è lo sfondo politico degli sforzi scientifici riguardo al diritto pubblico nell'Assia-Darmstadt e nel Nassau. Dal *recessus imperii* della Dieta imperiale del 1803 e dalla forzata adesione dell'Assia-Nassau alla Confederazione del Reno risultarono importanti accrescimenti territoriali, di popolazione e di entrate, e l'elevazione al rango di Granducato ⁽¹⁴⁰⁾. Con la motivazione di uniformare il diritto costituzionale, ma in realtà a causa dei pressanti debiti contratti dallo Stato, nel 1806 furono sciolti i vecchi ceti territoriali. Soltanto nel 1820, quando il clima era prevalentemente determinato dal principe reazionario Emil (1790-1856), si giunse a una costituzione che prevedeva un sistema bicamerale, un diritto di voto estremamente limitato (doppiamente indiretto) e un consiglio di Stato ⁽¹⁴¹⁾. Il principio monarchico fu mantenuto e accentuato. Le riforme nel campo dell'amministrazione ⁽¹⁴²⁾, la separazione di giustizia e amministrazione ⁽¹⁴³⁾ e il riscatto degli oneri fondiari ⁽¹⁴⁴⁾ si contrappongono all'intensiva « persecuzione dei demagoghi », ai divieti di manifestazioni ginniche (come la *Feldbergfest* del 1814), alla miseria sociale ed alle emigrazioni di massa. Nonostante l'intesa doganale con la Prussia (1828) la situazione economica non migliorò in maniera sensibile. La nascita dello *Hessische Landbote* di Georg Büchner e Friedrich Ludwig Weidig non è certamente un caso. Il paese, diviso in Assia renana, Starkenburg e Alta Assia, rimase a lungo disomogeneo. Soprattutto

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. TH. KLEIN (nt. 125), 659-668.

⁽¹⁴¹⁾ DR. NOELLNER, *Die Geschichte der Entstehung der Verfassung im Großherzogthum Hessen*, in « (Aegidis) Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte », vol. I (1867), 119-148.

⁽¹⁴²⁾ A.C. FRHR. V. HOFMANN, *Beiträge zur näheren Kenntnis der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Hessen*, Gießen 1832.

⁽¹⁴³⁾ Sui conflitti di competenze vedi C.G. EIGENBRODT, *Das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthum Hessen mit Entscheidungen des Staatsraths zu Darmstadt*, Darmstadt 1840.

⁽¹⁴⁴⁾ P. FLECK, *Agrarreformen in Hessen-Darmstadt. Agrarverfassung, Reformdiskussion und Grundlastenablösung (1770-1860)*, 1982. Una importante trattazione coeva, opera del referente direttamente coinvolto, è W. GOLDMANN, *Die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung zur Befreiung des Grundeigentums und der Person von alten drückenden Beschränkungen und Lasten*, Darmstadt 1831.

l'Assia renana non intendeva essere privata delle proprie « istituzioni renane »⁽¹⁴⁵⁾, così che l'opinione pubblica venne compressa e lo sviluppo di un vero parlamentarismo fu ostacolato finché fu possibile. In modo specularmente deciso e radicale si espresse anche l'opposizione (1830, 1832, 1848)⁽¹⁴⁶⁾.

In queste condizioni, anche qui come nell'Assia elettorale le energie scientifiche furono assorbite dai tumulti politici. Il professore di Gießen Karl Eduard Weiss (1805-1851)⁽¹⁴⁷⁾, che abbiamo già ricordato, costituisce però un'eccezione grazie al suo manuale del 1837 dedicato al diritto costituzionale territoriale⁽¹⁴⁸⁾. Limitandosi al diritto positivo, con una struttura trasparente e una esposizione piana, il volume di Weiss dà l'impressione di uno stato di ordine nel paese⁽¹⁴⁹⁾. Il pensiero di Weiss era *kleindeutsch*, favorevole alla Prussia e a una monarchia costituzionale in Assia-Darmstadt. Rifaendosi al « metodo storico e antidogmatico » generalmente accolto, Weiss parte da una sintetica storia della costituzione per trattare poi il diritto pubblico in sei capitoli⁽¹⁵⁰⁾. La sua esposizione è condotta

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. l'opera del funzionario W. HESE, *Rheinbessen in seiner Entwicklung von 1798 bis Ende 1834. Ein statisch-staatswirtschaftlicher Versuch*, Mainz 1835, e dell'avvocato di Mainz J. GLAUBRECH, *Über die gesetzlichen Garantien der persönlichen Freiheit im Rheinbessen*, Darmstadt 1834; in particolare però H. v. GAGERN, *Rechtliche Erörterung über den Inhalt und Bestand der der Provinz Rheinbessen landesherrlich verliehenen Garantie ihrer Rechts-Verfassung bei Verwirklichung des Art. 103 der Staats-Verfassung*, Worms 1847 (per la posizione contraria, pur riconoscendo le qualità del diritto dell'Assia renana, A. KRAUS, *Die Garantie der französischen Einrichtungen in der Provinz Rheinbessen...* Darmstadt 1847; E. SEITZ, *Die rheinbessischen Rechtsinstitutionen*, Regensburg 1847).

⁽¹⁴⁶⁾ DEMANDT (nt. 122), 575 s.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. *supra*, cap. 2 nt. 96. Sulla biografia cfr. H.E. SCRIBA, *Biographisch-literarisches Lexikon der Schriftsteller des Großherzogthums Hessen im ersten Viertel des neunzehnten Jahrhunderts*, sez. 1, Darmstadt 1831, 442-444; K. ESSELBORN, in H. HAUPT (a cura di), *Hessische Biographien*, vol. I, 1912, 156-160 con elenco delle opere.

⁽¹⁴⁸⁾ K.E. WEISS, *System des öffentlichen Rechts des Großherzogthums Hessen*, vol. I, Darmstadt 1837, già incluso in *Grundriß des öffentlichen Rechts des Großherzogthums Hessen, I. Staats-Verfassungsrecht*, Gießen 1830. Sul sistema si esprime in modo molto positivo MOHL, II, 381; Id., in « Heidelberg Jahrbücher », vol. 31, 1168 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ G. KÖBLER, *Zur Herkunft der Gießener Rechtslehrer des 19. Jahrhunderts*, in *Festschr. f. E. Stein*, 1983, 127 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Territorio dello Stato, capo e membri dello Stato, comuni, assemblee cetuali, garanzia della costituzione.

all'insegna di un positivismo costituzionalistico politicamente acritico ma giuridicamente solido.

Per il resto, si possono incontrare numerose raccolte di diritto vigente. Tra queste si segnalano in particolare quelle curate dall'allora sovrintendente al demanio forestale e più tardi consigliere di Stato Karl Christian Eigenbrodt ⁽¹⁵¹⁾, ripresa nel 1854 con un'ulteriore sistemazione delle norme, ordinate secondo il « compendio per i borgomastri » (!) ⁽¹⁵²⁾. Nonostante la bella affermazione per la quale « le conoscenze del diritto amministrativo della madre patria sono di grande interesse per i membri dello Stato, perché sono alla base della posizione giuridica dei cittadini nello Stato e determinano il benessere pubblico » ⁽¹⁵³⁾, non si ebbero ulteriori elaborazioni scientifiche. Il bisogno della prassi di formare giuristi specializzati in diritto amministrativo era troppo limitato, e così veniva a mancare lo stimolo a tenere corsi di tale materia.

A ulteriore conferma si può esaminare quali corsi di diritto pubblico offriva la facoltà di giurisprudenza di Gießen prima del 1848. Fino al 1803 si tenevano ancora corsi di diritto costituzionale imperiale sotto il magistero di Pütter, e in seguito di diritto pubblico della Confederazione del Reno (1808-1811-12), affiancato da un corso su « costituzione e amministrazione dello Stato in Francia » (1813-14). Fin quando non ci furono altre possibilità, ci si dovette limitare al « diritto pubblico generale » e alla « politica ». Dal 1815 si tennero poi corsi sul diritto della Confederazione germanica e degli Stati federali, tenuti da una mutevole serie di docenti (Musäus, Jaup, Stickel, v. Lindelof, v. Grolmann, Weiss, Birnbaum). Nel semestre invernale 1829-30 si tenne il primo corso di « diritto

⁽¹⁵¹⁾ K.CHR. EIGENBRODT, *Handbuch der Großherzoglich Hessischen Verordnungen vom Jahre 1803 an*, voll. 1-4, Darmstadt 1816-1818; ANONIMO (=F.K. BECK), *Das Hessische Staatsrecht. Buch I, II, IX*, Darmstadt-Leipzig 1831-1835 (incompleto); F. BOPP, *Der Hessische Rechtsfreund, Handbuch zur Kenntnis des Rechtes und der Verwaltung*, quaderni 1-5, Darmstadt 1835-1837, opera di consultazione ordinata alfabeticamente e utile per la prassi.

⁽¹⁵²⁾ F.A. KÜCHLER, *Handbuch der Lokal-Staatsverwaltung im Großherzogthum Hessen*, Heidelberg 1854. Friedrich A. Küchler (1822-1898), che aveva studiato a Heidelberg, fu presidente del tribunale amministrativo di secondo grado dell'Assia a Darmstadt.

⁽¹⁵³⁾ KÜCHLER, op. cit., prefazione.

pubblico del Granducato d'Assia », cui seguirono le esperienze — rimaste senza seguito — di un corso di « diritto di polizia » (semestre invernale 1833-34) e di un corso di diritto amministrativo ⁽¹⁵⁴⁾. In generale questo sguardo rivolto verso una tipica università territoriale di medie proporzioni mostra che le materie comuni ai diversi territori (dottrina generale dello Stato, diritto delle genti, storia del diritto e della costituzione, diritto pubblico tedesco e diritto federale) avevano un peso molto più grande del diritto particolare. Weiss è almeno riuscito a radicare nel piano di studi dell'Assia il diritto territoriale, anche se il diritto amministrativo ne rimase ancora al di fuori ⁽¹⁵⁵⁾.

Osservando il vicino ducato di Nassau si possono riscontrare vicende politiche simili. Dopo una serie di annessioni territoriali, il processo di consolidazione attraversò complicate questioni di successione e già nel 1814 si giunse a una costituzione — nel contenuto molto limitata — e presero il via le riforme dell'amministrazione ⁽¹⁵⁶⁾ (oneri fondiari ⁽¹⁵⁷⁾, diritti fondamentali, finanze, questione scolastica ⁽¹⁵⁸⁾), che sarebbero però rimaste bloccate dopo il 1819, quando il paese si orientò verso l'Austria. Furono arrestati anche i tentativi sia di una codificazione del diritto privato sulla base del *Code civil* ⁽¹⁵⁹⁾, sia di una riforma del processo civile ⁽¹⁶⁰⁾. Anche

⁽¹⁵⁴⁾ *Das deutsche Staatsregierungsrecht* (K.E. WEISS), semestre invernale 1841-42.

⁽¹⁵⁵⁾ G. KÖBLER, *Giessener juristische Vorlesungen*, 1982, pubblicazione inaccettabile per la qualità della stampa.

⁽¹⁵⁶⁾ W. VAN CALKER, *Die Entwicklung der Hessischen Verwaltungsorganisation im 19. Jahrhundert*, in JÖR, 2 (1908), 125 ss.; D. KARRENBERG, *Die Entwicklung der Verwaltung in Hessen-Darmstadt... (1790-1830)*, 1964; N. ZABEL, *Räumliche Behördenorganisation in Herzogtum Nassau (1806-1866)*, 1981; KLEIN (nt. 125), 668-674; M. WETTENGEL, in M. HOLLMANN-M. WETTENGEL, *Nassaus Beitrag für das heutige Hessen*, 1992, 42 ss.

⁽¹⁵⁷⁾ H. WINKEL, *Die Ablösung der Grundlasten im Herzogtum Nassau im 19. Jahrhundert*, in VSWG, 52 (1965), 42-62.

⁽¹⁵⁸⁾ Una trattazione generale è nel catalogo della mostra *Herzogtum Nassau 1806-1866. Politik — Wirtschaft- Kultur*, Wiesbaden 1981; KLEIN (nt. 125), 671.

⁽¹⁵⁹⁾ L. HÄRSCHER VON ALMENDINGEN, *Vorträge über den ganzen Inhalt des Code Napoleon und seine organische Umgebungen*, 3 voll., Gießen 1812 (in: *Juristische und staatswissenschaftliche Schriften*, 10 voll., Gießen 1803-19).

⁽¹⁶⁰⁾ R. ZIMMERMANN, *Die Bemühungen um eine Privatrechtskodifikation im Herzogtum Nassau 1806-1866*, 1988; R. FABER, *Die Bemühungen im Herzogtum Nassau um die Einführung von Mündlichkeit und Öffentlichkeit im Zivilprozeßverfahren 1806-1866*,

nell'Assia-Nassau si riscontrano una diffusa miseria sociale, la repressione dell'opposizione e tutti i tentativi possibili di ostacolare il parlamentarismo, in modo tale che le energie politiche poterono scaricarsi solo a tratti e dunque in modo poco efficace.

La letteratura giuspubblicistica dell'Assia-Nassau ha un'importanza secondaria, che non supera i confini del paese ⁽¹⁶¹⁾. I rapporti erano troppo instabili e il territorio era geograficamente e politicamente troppo piccolo ⁽¹⁶²⁾, ma soprattutto non c'era una università locale dalla quale si sarebbe potuto diffondere l'idea della necessità di coltivare almeno il diritto costituzionale. Il più importante scritto di politica costituzionale del tempo, opera di Ludwig Harscher von Almendingen ⁽¹⁶³⁾, riveste un carattere di ufficialità, in quanto commissionato dal governo. Esso riflette la situazione in cui fu varata la costituzione del Nassau del 1814, con la sua limitazione del ruolo del parlamento, l'alto censo per l'elettorato passivo e l'indipendenza del governo dal parlamento. È stato giustamente rilevato che lo scritto è comunque un importante contributo alla storia dell'idea di rappresentanza politica ⁽¹⁶⁴⁾.

6. Hannover.

La storia di Hannover tra l'epoca napoleonica e il 1848 è determinata dalla costituzione del 1833 e dal cosiddetto « colpo di

1990. Sulla politica nel Nassau in generale cfr. W. SCHÜLER, *Die Herzöge von Nassau. Macht und Ohnmacht eines Regentenhauses im Zeitalter der nationalen und liberalen Bewegung*, in « Nassauische Annalen », 96 (1984), 155.

⁽¹⁶¹⁾ J.A. DEMIAN, *Handbuch der Geographie und Statistik des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1823*; CH.D. VOGEL, *Historische Topographie des Herzogtums Nassau, Herborg 1836*; R.J.A. v. MEEUX, *Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1838*; F.T. FRIEDEMANN, *Die Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1841*. Ulteriori informazioni in MOHL, II, 385.

⁽¹⁶²⁾ Originale il taglio di K. BRAUN, *Bilder aus der deutschen Kleinstaateri*, 2 voll., Leipzig 1869 e 2 voll., Berlin 1870; 2^a ed. (5 voll.) Hannover 1876. Cfr. in particolare lo schizzo *Prinz Hyacinth* (1869), *Eine vergebliche Denkschrift* (1866) e *Nassau mit Frankreich wider Preußen* (1866). Karl Braun era un politico liberale del Nassau, presidente della Camera dei deputati e dal 1867 deputato prussiano.

⁽¹⁶³⁾ L. HARSCHER v. ALMENDINGEN, *Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft*, op. cit., 1814.

⁽¹⁶⁴⁾ BRANDT, 190-196.

Stato » del 1837. Tutta la letteratura giuspubblicistica si incentra su questi due punti cardinali. Il paese era governato dall'Inghilterra, rappresentata dal 1805 dal conte zu Münster (1766-1839). Nel 1819 si giunse a una costituzione ottriata, che rimaneva comunque notevolmente arretrata rispetto alle aspettative del tempo. Il partito feudale e vetero-cetuale riuscì non solo ad avere il sopravvento sul movimento costituzionale fino al 1830, ma anche a differire le riforme amministrative che ormai da tempo si stavano profilando (165). Nel 1830 si accese una rivolta, nel 1831 il conte zu Münster fu rimosso, nel 1833 entrò in vigore una costituzione che si orientava in parte alle aspettative liberali (ad esempio per l'approvazione dell'imposizione fiscale) (166), ma era comunque più arretrata rispetto a quella contemporanea dell'Assia elettorale (167).

Nel 1837 fu sciolta l'unione personale tra l'Inghilterra e Hannover. Con la salita al trono di Ernst August, il « *tory* testardo e rigidamente conservatore » (168), che il primo novembre del 1837 dichiarò l'abrogazione della costituzione supportato da un parere del giurista Justus Christoph Leist (169), si arrivò al cosiddetto « colpo di stato », alla protesta dei *Göttinger Sieben*, al procedimento presso la Confederazione germanica ed infine alla revisione costituzionale del 1840 (170). Si può comprendere come questi

(165) Sulla condizione dell'amministrazione cfr. J.G.L.W. UBBELOHE, *Statistisches Repertorium über das Königreich Hannover*, Hannover 1823.

(166) J.G.L.W. UBBELOHE, *Ueber die Finanzen des Königreiches Hannover und deren Verwaltung*, Hannover 1834. Su Johann Carl Bertram Stüve (1798-1872), che era stato determinante non solo per la costituzione del 1833 ma anche per le importanti *Ablösungsgesetze* del 1831 e 1833 e che era stato ministro dell'interno in Hannover nel 1848-50, cfr. J.D. KÜHNE, in K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS (a cura di), *Persönlichkeiten der Verwaltung*, 1991, 159-162.

(167) HUBER, II (1960), 90 s.

(168) K. SCHREINER, *Ein ,revolutionäres' Gutachten der Tübinger Juristenfakultät zur hannoverschen Verfassungsfrage*, in « *Attempo* », 1975, 117.

(169) Cfr. *supra*, cap. 1, nt. 95.

(170) HUBER, II, 91-115; R. SMEND, *Die Göttinger Sieben*, 2ª ed. 1958; W. REAL (a cura di), *Der hannoversche Verfassungskonflikt von 1837-39*, 1972, in ID., *Der rechtshistorische Grundlagentext*, 1979, 17 ss.; CH. LINK, *Noch einmal: Der hannoversche Verfassungskonflikt, und die ,Göttinger Sieben'*, in JuS, 1979, 191-197; G. DILCHER, *Der Protest der Göttinger Sieben. Zur Rolle von Recht und Ethik, Politik und Geschichte im hannoverschen Verfassungskonflikt*, 1988 con ulter. letteratura.

clamorosi avvenimenti abbiano assorbito le energie dei giuristi di diritto pubblico. Vi fu « un vero diluvio di scritti di ogni genere », per usare l'espressione di Mohl (171). Il diritto pubblico dell'Hannover era incentrato sulla cosiddetta « questione costituzionale » e sui commentari alle riforme amministrative (172).

Pare che nella università locale, quella di Gottinga, non si siano tenuti corsi universitari di diritto amministrativo e di diritto territoriale (173). Più precisamente, il diritto amministrativo verrà insegnato come materia autonoma soltanto a partire dal 1875 (174). Di conseguenza non sono stati sviluppati i relativi « sistemi » teorici e dottrinali. Il responsabile della disciplina, Wilhelm Eduard Albrecht, al di là del suo importante libro sulla *Gewere* (175) pubblicò solo brevi scritti (176). Il suo collega Wilhelm Theodor Kraut non si distinse in maniera particolare in ambito giuspubblicistico. Il successore di Albrecht, Heinrich Albert Zachariä (177), giunto all'insegnamento del diritto pubblico a causa della rimozione di Albrecht dalla docenza, si limitò a prendere caute posizioni sul diritto pubblico territoriale. È in questa prospettiva che le prese di posizione sui conflitti attuali dominarono la dottrina (178).

7. Braunschweig.

La storia del Braunschweig nell'Ottocento comincia con il ritorno della vecchia dinastia (1813) e dunque con la restaurazione

(171) MOHL, II, 368.

(172) E. v. MEIER, *Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 1860-1866*, 2 voll., Leipzig 1898-1899, ivi in particolare vol. I, 321 ss., per il periodo 1814-1866, e vol. II per il diritto amministrativo.

(173) W. EBEL, *Zur Geschichte der Juristenfakultät und des Rechtsstudium an der Georgia Augusta*, 1960 (= *Göttinger Universitätsreden*, 29).

(174) V. GÖTZ, *Verwaltungsrechtswissenschaft in Göttingen*, in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, 337.

(175) W.E. ALBRECHT, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Staatsrechts*, 1828. Sullo stato delle ricerche oggi cfr. W. OGRIS, *Gewere*, in HRG, I (1971) 1658-1667.

(176) Cfr. *supra*, cap. 2 nt. 177.

(177) Cfr. *supra*, cap. 2 nt. 110 ss.

(178) Letteratura in MOHL, II, 366-370. Fondamentale lo scritto anonimo, ma elaborato da Dahlmann a Jena nel 1838, *Verteidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover*; MOHL, II, 368, lo attribuisce a J.-C.B. Stüve.

ad esso collegata. I ceti appena riformati furono ristabiliti (nuovo ordinamento territoriale del 1820) ⁽¹⁷⁹⁾. Lo scandaloso « infantile malgoverno » ⁽¹⁸⁰⁾ del duca Carlo II, considerato incapace di governare, si concluse nel 1830 con la sua destituzione sotto la pressione della Confederazione germanica ⁽¹⁸¹⁾. Nella nuova costituzione del 1832 vennero inseriti i principali postulati del movimento costituzionale ⁽¹⁸²⁾. Uno dei suoi figli più illustri arrivò addirittura ad affermare che « nessuno Stato tedesco può vantare una costituzione altrettanto liberale e consona alle esigenze del nostro tempo come quella che il Braunschweig può a buon diritto affermare di aver ottenuto in seguito a sconvolgenti tempeste » ⁽¹⁸³⁾.

Un temporaneo ampliamento della concezione della rappresentanza politica nell'anno 1848 fu nuovamente accantonato nel 1851 ⁽¹⁸⁴⁾. Il lungo periodo di governo del duca Guglielmo (1830-1884) trascorse « positivamente sia per quanto riguarda l'economia sia per quanto riguarda la politica (nel senso delle visioni liberal-costituzionali) [...]. Il paese ottenne [...] nel 1834 un nuovo ordinamento municipale e nuove disposizioni sulle affrancazioni, e infine nel 1840 un codice criminale liberale. Si associò nel 1834 all'unione tributaria di Hannover e nel 1842-44 all'unione doganale tedesca,

⁽¹⁷⁹⁾ G.PH. v. BÜLOW, *Zur Erläuterung der Landschaftsordnung des Herzogtums Braunschweig von 1820*, Braunschweig 1831.

⁽¹⁸⁰⁾ MOHL, II, 383 s.

⁽¹⁸¹⁾ O. BÖSE, *Die Entthronung des Herzogs Karl II. von Braunschweig*, 1935; H.G. HUSUNG, *Das war Braunschweigs wild-kühne Tyrannen-Jagd*, in G. SPIES (a cura di), *Brunswick 1031-Braunschweig 1981, 1982*; E.H. GREFE, *Gefährdung monarchischer Autorität im Zeitalter der Restauration. Der braunschweigische Umsturz von 1830 und die zeitgenössische Publizistik*, 1987.

⁽¹⁸²⁾ C.H. SEIFFERT, *Die Verfassungs-Grundgesetze des Herzogtums Braunschweig*, Braunschweig, 1833; F. KREIBAU, *Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung im Freistaat Braunschweig*, tesi, Göttingen 1929. Una equilibrata presentazione moderna è data da K.E. POLLMANN, *Die Braunschweigische Verfassung von 1832*, 1982. Più dettagliato W. THIELE, *Die Qualität der Grundrechte in der braunschweigischen Verfassung von 1832*, in W. PÖLS-K.E. POLLMANN (a cura di), *Moderne Braunschweigische Geschichte*, 1982.

⁽¹⁸³⁾ C. VENTURINI, *Das Herzogtum Braunschweig in seiner vormaligen und gegenwärtigen Beschaffenheit, geschichtlich und statistisch dargestellt*, Helmstedt 1826, 3^a ed. 1847, 99. Vedi anche K.L.H. PÖLITZ, *Votum über den Entwurf der revidierten Landschaftsordnung des Herzogtums Braunschweig*, Leipzig 1831.

⁽¹⁸⁴⁾ TH. KLEIN, *Herzogtum Braunschweig*, in DVG, II, 1983, 743 ss.

superò il 1848-49 senza grandi sconvolgimenti e diventò nel 1866 membro dell'alleanza con la Prussia » (185).

A causa di questa continuità del governo cetuale, interrotta solo dal dominio francese nel regno di Vestfalia, non fu possibile dare impulsi particolari al diritto pubblico. L'antica e infine decaduta università di Helmstedt era stata chiusa sotto Girolamo Bonaparte nel 1809. I giuristi venivano ora prevalentemente formati a Gottinga. Le vecchie trattazioni del diritto territoriale, ad esempio quella del consigliere per la giustizia nonché consigliere del governo Erich Daniel von Liebhaber (186), erano ancora utilizzabili se integrate dalle nuove raccolte normative (187) e descrizioni del territorio (188). Fu così che fino alla rivoluzione del 1848 venne pubblicato soltanto un contributo che desse una visione d'insieme, quello d'impronta liberale (189) opera del presidente dei ceti del Braunschweig, Karl Steinacker (190), pubblicato sotto forma di articolo dello *Staats-Lexikon* di Rotteck e Welcker.

8. Meclemburgo.

I granducati di Meclemburgo-Schwerin e Meclemburgo-Strelitz hanno mantenuto fino alla fine della prima guerra mondiale la loro doppia costituzione vetero-cetuale, con l'eccezione di un breve

(185) KLEIN, op. cit., 744.

(186) E.D. v. LIEBHABER, *Beiträge zur Erörterung der Staatsverfassung der Braunschweig-Lüneburgischen Churlande*, Gotha 1794; ID., *Vom Fürstenthum Blankenburg und dessen Staatsverfassung*, Wernigerode 1790; in fondo solo una raccolta di brevi pareri e appunti è G.H. HINÜBER, *Beyträge zum Braunschweigischen und Hildesheimischen Staats- und Privatrecht, auch Historie dieses Lande*, parte I, Hannover 1772, parti II e III Braunschweig-Wolfenbüttel 1778.

(187) A continuazione della raccolta di decreti della dieta del *Land* di Ribbentrop vedi C. BEGE, *Repertorium der Gesetz- und Verordnungs-Sammlung für die Herzoglich Braunschweigischen Lande von den Jahren 1833-1843*, parti I-V, Helmstedt-Wolfenbüttel 1834-1846.

(188) C. VENTURINI (nt. 183); K. v. STROMBECK, *Staatswissenschaftliche Mittheilungen, vorzüglich mit Beziehung auf das Herzogthum Braunschweig*, quaderni 1-2, Braunschweig 1831.

(189) « È completamente sotto l'influsso della scuola di Rotteck », come più tardi nota sarcasticamente Albert Rhamm (cap. 7, nt. 247).

(190) K. STEINACKER, « Braunschweig », in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 2^a ed., vol. II (1846), 612-655.

tumulto a Schwerin ⁽¹⁹¹⁾. Essi rappresentavano « un pezzo di medioevo quasi integralmente conservato nella vita e nella pratica » ⁽¹⁹²⁾. La struttura agraria di tutto il territorio, la coesistenza delle vecchie costituzioni delle città e di un governo nobiliare strettamente conservatore non suscitarono il bisogno di una letteratura scientifica. Erano sufficienti le raccolte delle leggi e dei decreti ⁽¹⁹³⁾, integrate da letteratura ormai datata e in particolare dalle opere del professore di Greifswald Emanuel Friedrich Hagemester (1764-1819) ⁽¹⁹⁴⁾ e dai sei volumi di *Beiträge* dell'allora funzionario del Meclemburgo Karl Albert Christoph Heinrich von Kamptz (1769-1849) ⁽¹⁹⁵⁾. Questi lavori furono sostituiti da nuove opere soltanto nel 1860 ⁽¹⁹⁶⁾. Nelle presentazioni più recenti venivano registrate almeno le novità riguardanti i ministeri tecnici creati a partire dal 1850-53 e una serie di provvedimenti correttivi in materia amministrativa ⁽¹⁹⁷⁾. Dal momento che una questione costituzionale fu sollevata solo nel 1849-50, in primo piano fu collocata la questione dibattutissima per l'« imborghesimento » della nobiltà, se i pro-

⁽¹⁹¹⁾ La nuova costituzione del 1849 entrò in vigore solo a Schwerin. I conflitti che ne nacquerò vennero risolti con la sua abrogazione nel 1850.

⁽¹⁹²⁾ MOHL, II, 385.

⁽¹⁹³⁾ A.N. RÖTGER, *Allgemeines Repertorium der Gesetzgebung für die mecklenburg-schwerinschen Lande*, 2 voll., Güstrow 1824, 1825; F.W. BOCCIUS, *Repertorium der in dem Großherzogthum Mecklenburg-Strelitz geltenden Verordnungen*, Neustrelitz 1827; C. v. DEWITZ, *Mecklenburg-Strelitzer Gesetze, Verordnungen und Verfügungen aus den Jahren 1827 bis incl. 1838...* Friedland 1840; F. GENZKEN, *Alphabetisch-chronologisches Verzeichnis der in der Offiziellen Beilage zu den Mecklenburgisch-Strelitzischen Anzeigen bis Ende 1848 publizierten Verordnungen*, Neubrandenburg 1849; G.M. MASCH (a cura di), *Gesetze, Verordnungen und Verfügungen, welche für das Fürstentum Ratzeburg erlassen sind*, Schönberg 1851.

⁽¹⁹⁴⁾ E.F. HAGEMESTER, *Versuch einer Einleitung in das Mecklenburgische Staatsrecht*, Rostock-Leipzig 1793. Su di lui TH. PYL., in ADB, 10 (1879), 329 s.

⁽¹⁹⁵⁾ K.A. v. KAMPTZ, *Beiträge zum mecklenburgischen Staats- und Privatrechte*, I-VI, Neustrelitz 1795-1805; ID., *Civilrecht der Herzogthümer Mecklenburg*, in 2 parti, Schwerin 1805-06. Su Kamptz cfr. WIPPERMANN, in ADB, 15 (1882), 66-75; P. BAUMGART, *Kamptz*, in NDB, 11 (1977), 95-97.

⁽¹⁹⁶⁾ J. WIGGERS, *Das Verfassungsrecht im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin*, Berlin 1860; ID., *Staatskunde der beiden Großherzogthümer Mecklenburg, Wismar und Ludwiglust* 1861.

⁽¹⁹⁷⁾ TH. KLEIN, *Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin mit Fürstentum Ratzeburg*, in DVG, II (1983), 720-727, 728-730.

prietari borghesi di beni signorili dovessero avere anche i diritti di partecipazione cetuali ⁽¹⁹⁸⁾.

9. *Sassonia, Turingia.*

a) *Regno di Sassonia.*

Le trattative del Congresso di Vienna, nelle quali la Sassonia ebbe particolari difficoltà in quanto sconfitta, portarono ad un dimezzamento del paese ⁽¹⁹⁹⁾. Il governo introdusse alcune riforme amministrative e sociali ⁽²⁰⁰⁾, non riuscì però ad arrivare a fondersi con il movimento costituzionale. La costituzione vetero-cetuale conservava i privilegi aristocratici e uno stile di governo sostanzialmente assolutistico, mentre la società, economicamente già progredita e già alle prese con la questione sociale ⁽²⁰¹⁾, rimaneva soggiogata sul piano politico. I giudizi sull'epoca precedente al 1830 sono chiari: « il sovrano, rigidamente legato alla tradizione e al passato, concentrato su una pedante etichetta di corte, separato dai suoi sudditi dalle differenze confessionali, circondato da consiglieri ultraconservatori, era chiuso verso ogni riforma o movimento libertario » ⁽²⁰²⁾ e « la stagnazione e la mancanza di energia caratterizzarono costantemente ogni attività di governo proprio nel momento in cui la ricca Sassonia avrebbe avuto bisogno di una politica statale decisa e di

⁽¹⁹⁸⁾ K.A. v. KAMPTZ, *Prüfung der landschaftlichen Rechte der bürgerlichen Grundbesitzer in Mecklenburg*, Berlin 1844-45; M. LÜDERS, *Mecklenburgische Zustände*, vol. I, Leipzig 1844. Ulteriore letteratura in MOHL, II, 386, nt. 3.

⁽¹⁹⁹⁾ HUBER, I, 564-575; K. BLASCHKE, *Königreich Sachsen und thüringische Staaten*, in DVG, II, 1983, 608-611.

⁽²⁰⁰⁾ G. SCHMIDT, *Die Staatsreform in Sachsen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Eine Parallele zu den Steinischen Reformen in Preußen*, 1966; ID., *Reformbestrebungen in Sachsen in den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts*, 1969; R. GROSS, *Die bürgerliche Agrarreform in Sachsen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, 1968.

⁽²⁰¹⁾ R. FORBERGER, *Die Industrielle Revolution in Sachsen 1800-1861*, vol. I, 1982; R. GROB, *Die bürgerliche Agrarreform in Sachsen in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Untersuchungen zum Problem des Übergangs vom Feudalismus zum Kapitalismus in der Landwirtschaft*, 1968; H. KIESEWETTER, *Sachsens Stellung im regionalen Industrialisierungsprozeß Deutschlands im 19. Jahrhundert*, 1988.

⁽²⁰²⁾ HUBER, II (1960), 77. Sul governo cfr. K. BLASCHKE, *Das Königreich Sachsen 1815-1918*, in K. SCHWABE (a cura di), *Die Regierungen der deutschen Mittel- und Kleinstaaten 1815-1933*, 1983, 81-102.

misure efficaci sul terreno dell'economia e della società » (203). Solo nel 1830-31 si riuscì, sotto la pressione della popolazione in rivolta e dell'ala riformatrice dei funzionari, a passare a una condizione costituzionale e a una prassi di governo liberale, almeno fino al 1843 (204). La costituzione del 4 settembre 1831 creò un sistema bicamerale, un catalogo di diritti fondamentali, un consiglio di Stato e un tribunale supremo, ma rafforzò anche su molte questioni le prerogative monarchiche (205).

Così, l'anno 1831 rappresenta anche una sorta di linea di demarcazione nella storia del diritto pubblico della Sassonia nel *Vormärz*. Le precedenti trattazioni di Spiller von Mitterberg (206), Römer (207), e Weisse (208) non erano più utilizzabili. La prospettiva costituzionale richiedeva un nuovo inizio. Dapprima apparvero in gran numero opuscoli e pareri, molti dei quali anonimi (209). Contemporaneamente si tentò di rinsaldare la costituzione, per esempio in occasione del primo anniversario (210), e così la si commentò, per lo più in forma divulgativa « per i cittadini e i contadini », analogamente a quanto avveniva in altre regioni (211).

(203) BLASCKE (nt. 199), 611.

(204) HUBER, II (1960), 76-83 con ulter. letteratura; R. MUHS, *Zwischen Staatsreform und politischem Protest. Liberalismus in Sachsen zur Zeit des Hambacher Festes*, in W. SCHIEDER (a cura di), *Liberalismus in der Gesellschaft des deutschen Vormärz*, 1983, 194-238.

(205) C.D. v. WITZLEBEN, *Die Entstehung der konstitutionellen Verfassung des Königreichs Sachsen*, vol. I, Leipzig 1881.

(206) C.H.L. W. SPILLER v. MITTERBERG, *Neue Beiträge zum Staats-Rechte und zur Geschichte von Sachsen*, Eisenach 1801.

(207) K.H. v. RÖMER, *Staatsrecht und Statistik des Churfürstentums Sachsen und der dabei befindlichen Lande*, 2 voll., Halle 1787-88; parte III, Wittenberg 1792.

(208) C.E. WEIßE, *Lehrbuch des Königlich Sächsischen Staatsrechts*, vol. I, Leipzig 1824, vol. II, 1827.

(209) Sommario in H.G. OPITZ, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, vol. I, Leipzig 1884, 52, nt. 1.

(210) H. JUST, *Geschichte der Sächsischen Verfassung. Nebst einer Würdigung des Inhalts der Verfassungs-Urkunde*, Zittau 1832; W.T. KRUG, *Verhandlungen des ersten Landtags im Königreiche Sachsen nach der neuen Verfassung. Ein Beitrag zur Geschichte der Entwicklung des konstitutionalen Lebens in Deutschland*, Leipzig 1833; H.A. v. ZESCHAU, *Das Wirken der Staatsregierung und Stände im Königreich Sachsen*, Leipzig 1834.

(211) E. HERMSDORF, *Die Verfassungs-Urkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831 mit den sie ergänzenden Bestimmungen*, Leipzig 1839 (dopo un'intro-

L'adesione all'unione doganale, una nuova legge sull'obbligo di leva e alcuni miglioramenti nell'amministrazione della giustizia furono le più importanti espressioni delle aspirazioni sassoni in materia di politica legislativa ⁽²¹²⁾. Si avverte chiaramente che la cultura pubblicistica del paese nel 1831 era lasciata a se stessa. L'università di Lipsia non dava alcun impulso alla ricerca per quanto riguardava il diritto territoriale e il diritto amministrativo ⁽²¹³⁾, e la prassi dello Stato non invitava certo la scienza a elaborare commentari e sistemi teorici.

La *Verfassung und Verwaltung der Königreichs Sachsen* di Friedrich (von) Bülow (1805-1859) ⁽²¹⁴⁾, rimasta incompiuta, era l'opera di un filosofo e cultore delle scienze dello Stato che, in quanto conservatore e attivo censore governativo di diverse riviste, osservava la nuova costituzione con grande cautela. L'opera di von Bülow tratta esclusivamente della situazione successiva al 1831, concentrandosi dunque sul diritto costituzionale ma facendo anche continuo riferimento — sulla base di un suo manoscritto « precostituzionale » — alle condizioni precedenti tale data. Lo svolgimento dell'opera segue la struttura della costituzione e il dualismo che le è proprio. Dopo aver parlato del territorio dello Stato (§§ 3-12) viene condotto un esame della figura del monarca (§§ 13-23), seguito da un'analisi

duzione storica contiene solo i testi della costituzione e delle leggi vigenti); F. REIMAR, *Die Verfassung des Königreichs Sachsen. Für den Bürger und Landmann*, Leipzig 1831; M.A. RICHTER, *Erklärung der Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen*, Zwickau 1832; AN., *Was lehrt die Konstitution dem Landmanne?*, Leipzig 1831; J. SPORSCHILL, *Bemerkungen über die Verfassungs-Urkunde des Königreichs Sachsen*, Leipzig 1832.

⁽²¹²⁾ JUST (nt. 210), 45 ss.

⁽²¹³⁾ W. BRUCHMÜLLER, *Beiträge zur Geschichte der Universitäten Leipzig und Wittenberg*, Leipzig 1898; M. STEINMETZ (a cura di), *Bedeutende Gelehrte in Leipzig*, I, 1965; *Leipzig. Aufklärung und Bürgerlichkeit* (Wolfenbütteler Studien zur Aufklärung, a cura di W. Martens, vol. 17), 1990.

⁽²¹⁴⁾ F. BÜLOW, *Darstellung der Verfassung und Verwaltung des Königreichs Sachsen. Aus staatsrechtlichen und politischen Gesichtspunkte*, parte I, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Leipzig 1833. Un primo stadio è segnato da F. BÜLOW, *Nonnulla de dynastis in Saxonia regia*, Leipzig 1833. Su di lui AN., in ADB, 3 (1876), 512 s. C.F. WURM, op. cit., 363-378 loda il manuale in quanto riassunto sistematico della costituzione; MOHL, II, 364 rimprovera « la scarsa presenza di materiale ». Sulle sue idee di economia nazionale cfr. W. ROSCHER, *Geschichte der Nationale-Oekonomik in Deutschland*, München-Berlin 1874, 2^a ed., 902 ss.

dell'assemblea cetuale (§§ 24-42). Solo in brevi passi von Bülow fa riferimento ai diritti di libertà e di uguaglianza, alla tutela giudiziaria e alle garanzie interne ed esterne della costituzione. Il giudizio fortemente critico che è stato espresso sull'opera dipende anche dal tono narrativo dell'esposizione, dal largo uso di elementi storici e dalla connessione quasi ovvia di punti di vista giuridici e politici ⁽²¹⁵⁾.

Incompleto rimase anche il secondo manuale sassone, a cui Mohl riconosceva « molta più indipendenza e senso giuridico » ⁽²¹⁶⁾, anche se proprio il suo compilatore, il referendario Friedrich Milhauser, aveva attaccato Mohl con veemenza. Milhauser faceva stretto riferimento a Romeo Maurenbrecher e rifiutava l'idea di una sovranità statale o popolare. Il principe era per lui il proprietario dello Stato, ed è in questo senso che egli giunse a definire il regno di Sassonia come lo Stato che « aspira al raggiungimento della massima realizzazione degli uomini per il tramite dell'altissimo potere esterno in possesso della casata dei principi sassoni nella linea albertina, secondo una particolare costituzione che riunisce tutti gli abitanti delle terre governate da detto casato » ⁽²¹⁷⁾. Sul piano metodologico, Milhauser era diffidente nei confronti della funzione critica del diritto pubblico comune tedesco e della dottrina generale dello Stato « ricca d'inventiva »: « Il sistema di un diritto pubblico positivo non deve essere in questo senso ricco di inventiva, ma deve essere ricco di materiali documentari e di un ordine adatto a raggiungere determinati scopi » ⁽²¹⁸⁾. Il corpo del testo contiene una breve dottrina generale dello Stato come introduzione, una più lunga parte storica e un'esposizione sistematica del diritto pubblico positivo (monarca, ceti, funzionari dello Stato, costituzione comunale). La trattazione del diritto pubblico di Milhauser, come fu detto in seguito, « si avvicina spesso alla civilistica, cosa che insieme alla evidente mancanza che si avverte nella confusione della ripartizione dei contenuti

⁽²¹⁵⁾ BÜLOW, op.cit., § 1, « Begriff und Zweck ».

⁽²¹⁶⁾ FR. MÜLHAUSER, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, mit Einschluß des Privatfürstenrechts und der völkerrechtlichen Verhältnisse, systematisch dargestellt*, in 2 voll., Leipzig 1839.

⁽²¹⁷⁾ Op. cit., § 7.

⁽²¹⁸⁾ Prefazione, V.

e dell'ordine in cui sono inserite le singole parti, rende quest'opera, che peraltro dimostra generalmente lo zelo dell'autore, pressoché inutile dal punto di vista pratico » (219).

Un'unica opera era dedicata al « diritto pubblico estero » della Sassonia (220), sviluppata secondo l'impianto positivista del « metodo pratico » che, secondo Grünler, « all'epoca in cui Moser e Pütter insegnavano, era già ritenuto essere il migliore, ma che in seguito fu rimosso dai manuali di diritto pubblico attraverso la contaminazione con speculazioni filosofiche e teorie politiche moderne » (221).

Nell'ambito del diritto amministrativo, al centro dell'interesse si trovava il diritto di polizia, allora ancora compreso in senso ampio (222). « Forse », come ha sostenuto l'uditore presso la Corte suprema del regno sassone Carl von Salza und Lichtenau, « dobbiamo in parte agli abusi di una polizia segreta, che portava i terrori di una inquisizione politica nel grembo delle famiglie, una attenzione che ha avuto conseguenze benefiche per la polizia e la scienza di polizia » (223). Egli affiancava a un'esposizione generale della polizia la trattazione della normativa speciale della Sassonia in tema di polizia di sicurezza (primo libro) e di polizia di ordine e di benessere (secondo libro), fornendo così un utile compendio della « polizia » e — nonostante il titolo — non invece del diritto di polizia.

Oltre che dalla questione della polizia, le energie della dottrina erano impegnate dai problemi della liberalizzazione della proprietà

(219) H.G. OPITZ, *Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, 2 voll., Leipzig 1884, 1887, vol. I, 53.

(220) J. GRÜNLER, *Beiträge zum Staatsrecht des Königreichs Sachsen (Auswärtiges Staatsrecht)*, Dresden-Leipzig 1838; il libro di TRAUGOTT MÄRCKER, *Diplomatisch-kritische Beiträge zur Geschichte und zum Staatsrechte von Sachsen*, vol. I (*Das Burggrafthum Meissen*), Leipzig 1842, è un contributo alla storia del *Land* che parte dal Cinquecento e, nonostante la sua parte pubblicistica, non rientra nel contesto trattato.

(221) GRÜNLER (nt. 220), V.

(222) C. v. SALZA UND LICHTENAU, *Handbuch des Polizeirechts, mit besondrer Berücksichtigung der im Königreiche Sachsen geltenden Polizeigesetze*, in 2 parti, Leipzig 1825, 2^a ed. Leipzig 1842; come continuazione di quest'opera, per formare i « sottufficiali di polizia », vedi F.E. HECKEL, *Sachsens Polizei*, Dresden-Leipzig 1840; C.E. FLATH, *Systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Polizei-Rechts*, I-III, Leipzig 1841-42, un compendio del diritto vigente che non ha la pretesa di essere « scienza » di polizia.

(223) V. SALZA UND LICHTENAU (nt. 222), 1825, prefazione, VI.

fondiaria ⁽²²⁴⁾. Certamente le pretese della scienza giuridica erano, in generale, modeste. La tendenza era « meramente pratica », ragion per cui « tutte le opinioni puramente teoriche, se non erano confermate dalla legislazione positiva, non erano degne di considerazione » ⁽²²⁵⁾. Un'opera corrispondente al secondo volume di Mohl sul diritto pubblico nel Württemberg non apparve in Sassonia prima del 1848.

b) *Gli Stati minori in Sassonia-Turingia.*

Una eccezione tra gli stati minori era rappresentata dal granducato di Sassonia-Weimar-Eisenach e dai ducati di Sassonia-Meiningen e di Sassonia-Altenburg. Questi Stati erano troppo piccoli per sviluppare una propria cultura pubblicistica, ma godevano comunque di una rinomanza sul piano culturale e diventarono presto « Stati costituzionali »: ⁽²²⁶⁾ la Sassonia-Weimar dal 1816, la Sassonia-Meiningen dal 1823-29 ⁽²²⁷⁾, la Sassonia-Altenburg dal 1831 ⁽²²⁸⁾. In particolare, in Sassonia-Weimar la consuetudine raccolta ufficiosa di regolamenti ⁽²²⁹⁾ e un succinto manua-

⁽²²⁴⁾ C.A. FISCHER, *Leitfaden zur theoretischen und practischen Kenntniß der Gemeinheitsheilungen und Ablösungen, gegründet auf die deshalb in den Königreichen Preußen und Sachsen 1821 und 1832 ergangenen Gesetze*, Meissen 1839.

⁽²²⁵⁾ FLATH (nt. 222), prefazione.

⁽²²⁶⁾ F. HARTUNG, *Das Großherzogtum Sachsen unter der Regierung Carl Augusts 1775-1828*, 1923; H. TÜMLER, *Großherzog Carl August von Sachsen-Weimar-Eisenach im letzten Jahrfünft seines Lebens und Wirkens 1823-1828*, in *Festschr. Schlesinger*, vol. I, 1973.

⁽²²⁷⁾ W. KIRCHER, *Das Staatsrecht des Herzogtums Sachsen-Meiningen*, Freiburg 1884.

⁽²²⁸⁾ K.H.L. PÖLITZ, *Das constitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen dargestellt*, Leipzig 1831; ID., *Andeutungen über den staatsrechtlichen und politischen Charakter des Grundgesetzes für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 29. August 1831 mit vergleichender Rücksicht auf die Verfassungen von Schwarzburg-Sondershausen, Churbessen, Hannover und Braunschweig*, Leipzig 1831. Pölitz è invero il primo ad avere analizzato comparativamente le costituzioni dopo il 1814 e dopo il 1830, partendo da un catalogo sistematico di (50) questioni. — Sulla rivoluzione del 1830-31 in Sassonia, cfr. V. Ruhland, *Die Rolle der Wettiner in der kleinstaatlichen Revolution 1830/11 in Sachsen*, in *Sachsen und die Wettiner. Chancen und Realitäten*, 1990, 206 ss.

⁽²²⁹⁾ F. v. GÖCKEL, *Sammlung Großherzogl. Sachsen-Weimar-Eisenachischer Gesetze, Verordnungen und Circular-Befehle*, 10 voll., dal 1811 al 1850, Eisenach 1828-1854.

le ⁽²³⁰⁾ erano affiancati da un testo ⁽²³¹⁾, incompiuto, opera di uno dei maggiori funzionari del Granducato. Il suo autore, Christian Wilhelm Schweitzer (1781-1856) ⁽²³²⁾, si ispirò al manuale di diritto pubblico sassone di Weisse (1824) e diede al testo una struttura tradizionale, in modo tale da presentare prima il diritto costituzionale (« sovrano, sudditi, ceti territoriali, funzionari statali, territorio dello Stato »), poi il diritto amministrativo e infine i rapporti statuali esterni. Solamente la parte dedicata al diritto costituzionale viene però trattata da Schweitzer in forma chiara e concisa, concentrandosi in particolare sui ceti territoriali e sull'apparato dei funzionari. In questo modo furono almeno creati i presupposti per una successiva esposizione complessiva ⁽²³³⁾.

10. *Schleswig, Holstein, Lauenburg.*

Questi territori, più di altri, dimostrano come le turbolenze politiche conducano a una vivace produzione nel campo del diritto pubblico, ma allo stesso tempo riducano le pretese scientifiche di un'elaborazione dogmatica razionale, quali invece si riscontrano ad esempio nel diritto civile di quel tempo. Pressoché tutte le energie della pubblicistica vennero assorbite dai contrasti tra il re di Danimarca Federico VI (1808-1839), seguito da Cristiano VIII (1839-1848) e Federico VII (1848-1863), i ceti locali e la Confederazione germanica, che a partire dal 1815 — e passando per le crisi costituzionali e nazionali degli anni 1823, 1831-35 ⁽²³⁴⁾ e

⁽²³⁰⁾ G.W. BURCKHARD, *Handbuch der Verwaltung im Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach*, Neustadt a. d. O. 1844.

⁽²³¹⁾ CH.W. SCHWEITZER, *Das Öffentliche Recht des Großherzogtums Sachsen-Weimar-Eisenach*, Weimar 1825.

⁽²³²⁾ E. WÜLCKER, in ADB, 33 (1891), 367-370; G. LINGELBACH, *Christian Wilhelm Schweitzer und die Verfassung Sachsen-Weimar-Eisenachs von 1816*, in *Festschrift für H.J. Becker*, 2009, 125-140.

⁽²³³⁾ G. MEYER, *Staatsrecht des Großherzogtums Sachsen-Weimar*, Freiburg 1884.

⁽²³⁴⁾ P. RICHTER, *Aus der schleswig-holsteinischen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte von 1815-1835*, in « Zeitsch. der Ges. f. Schleswig-Holst. Gesch. », 58 (1929), 449-593.

1848-52 ⁽²³⁵⁾ — condussero fino alla guerra tedesco-danese del 1864, alla questione dinastica degli Augustenburg e al conflitto tra la Prussia e l'Austria del 1866 ⁽²³⁶⁾. L'università di Kiel diventò un « centro del primo liberalismo nazional-romantico » ⁽²³⁷⁾. Johann Friedrich Retemeier ⁽²³⁸⁾, Friedrich Christoph Dahlmann ⁽²³⁹⁾, Georg Beseler ⁽²⁴⁰⁾, Lorenz von Stein ⁽²⁴¹⁾ e altri ⁽²⁴²⁾ furono coinvolti in questi conflitti e reagirono, se non sul piano scientifico, abbandonando il paese. Anche il primo congresso dei germanisti a Francoforte sul Meno (1846), presieduto da Jacob Grimm, si occupò delle pretese danesi su Schleswig, Holstein e Lauenburg.

La grande quantità di scritti sulle questioni di politica costituzionale di quei giorni ⁽²⁴³⁾ è principalmente oggetto della storia

⁽²³⁵⁾ H.-G. SKAMBRACKS, *Die Entstehung des Staatsgrundgesetzes für die Herzogtümer Schleswig-Holstein vom 15.9.1848*, 1953; G.CHR. V. UNRUH, *Das Schleswig-Holsteinische Staatsgrundgesetz von 1848*, 1981.

⁽²³⁶⁾ Brevi sommari con tutte le indicazioni ulteriori in K. FRIEDLAND, *Schleswig-Holstein*, in W. HUBATSCH (a cura di), *Grundriß zur deutschen Verwaltungsgeschichte 1815-1945*, vol. 9, 1977; HUBER, III (3^a ed. 1988), 660 ss.; E. HOFFMANN, *Schleswig-Holstein*, in HRG, IV (1990), col. 1429 (1435 ss.) e W. STEINIGER, *Schleswig-Holstein 1806-1892*, in DVG, II, 1983, 762-784.

⁽²³⁷⁾ BRANDT, 176.

⁽²³⁸⁾ Autore dello scritto anonimo *Die Ständeversammlung in den Germanischen Ländern, insbesondere in Dänemark und Preußen*, Kiel 1815.

⁽²³⁹⁾ A. SPRINGER, *F.C. Dahlmann*, vol. I, Leipzig 1870; H. CHRISTERN, *F. Chr. Dahlmanns politische Entwicklung bis 1848*, in « Zeitschr. d. Ges. f. Schl.-Holst. Gesch. », 50 (1921); O. KÄHLER, *Dahlmann und die Schleswig-Holsteinische Ritterschaft nach dem Wiener Kongreß*, in *Fest. f. V. Pauls*, 1950; P. SCHIERA, *Dahlmann e il primo costituzionalismo tedesco*, in « Quaderni fiorentini », 1984, 383-406. Per questa prima fase è particolarmente importante lo scritto *Ein Wort über Verfassung*, in « Kieler Blätter », vol. I, 1815, 47-84, 245-303, anche in *Kleine Schriften und Reden*, a cura di C. Varrentrapp, Stuttgart 1886.

⁽²⁴⁰⁾ B.R. KERN, *Georg Beseler Leben und Werk*, 1982 (cfr. in proposito la dettagliata recensione di J. RÜCKERT, in ZRG GA, 104, 1987, 399-405); ID., *Georg Beseler — Ein Leben für das deutsche Recht*, in JuS, 1988, 598-601, con ulter. letteratura.

⁽²⁴¹⁾ M. STOLLEIS, *Lorenz von Stein*, in HRG, IV (1990), col. 1942-1945 (lett.).

⁽²⁴²⁾ Come il medico Franz Hermann Hegewisch (1783-1865). Su di lui W. KLÜVER, *Franz Hermann Hegewisch. Ein Vertreter des älteren Liberalismus in Schleswig-Holstein*, in « Nordelbingen », IV (1925), 368-466; BRANDT, 183-187.

⁽²⁴³⁾ O.A. WALTHER, *Hand-Lexikon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts*, Weimar 1854 (ristampa 1974); CH.V. BRUUN, *Bibliotheca Danica, Systematisk Fortegnelse over den danske Literatur fra 1482 til 1930*, voll. I-V, ristampa Kopen-

regionale e della storia costituzionale tedesca. Tra questi si distingue la trattazione di Nikolaus Falck *Das Herzogthum Schleswig in seinem gegenwärtigen Verhältniß zu dem Königreich Dänemark und zu dem Herzogthum Holstein* (244) (1816). Quest'opera ha influenzato per decenni la discussione giuspubblicistica sull'indipendenza dei ducati. Influenzati dalle tensioni tra Danimarca e Germania, questi scritti recuperano le vecchie concezioni giuridiche fondamentali (245), raccolgono nuovi materiali (246) e discutono accesamente l'una o l'altra posizione (247). Il centro intellettuale di questo dibattito è Kiel, sede dell'università locale, con il suo profilo allora liberale e nazionalista (248). La facoltà di giurisprudenza, sotto l'influsso dell'autorevole Nikolaus Falck (1784-1850), ne costituiva però un elemento piuttosto moderato (249). Un parere sulla questione della successione, avviata da una lettera aperta del re di Danimarca del 1846, portò però quasi tutta la facoltà in conflitto con il governo (250).

hagen 1961-63; P. VOLQUARD-O. KLOSE (a cura di), *Bibliographie zur Schleswig-Holsteinischen Geschichte und Landeskunde*, 7 voll., 1928-74. Da ricordare soprattutto lo scritto di UWE JENS LORNSSEN, *Über das Verfassungswerk in Schleswig-Holstein*, 1830. Cfr. in proposito G.CHR. v. UNRUH, *Das Schleswig-Holsteinische Staatsgrundgesetz von 1848*, 1981.

(244) *Eine historische und staatsrechtliche Erörterung*, Kiel 1816. Nel senso di Falck più tardi F. RÜHS, *Das Verhältnis Hollsteins und Schleswigs zu Deutschland und Dänemark. Eine publizistische Darstellung*, Berlin 1817; C. v. WIMPFFEN, *Ueber die staatsrechtlichen Verhältnisse der Herzogthümer Schleswig und Holstein*, Kiel 1831; A.L.J. MICHELSEN, *Polemische Erörterung über die schleswig-holsteinische Staatsuccession*, Leipzig 1844; K. SAMWER, *Die Staatserbfolge der Herzogtümer Schleswig-Holstein*, Hamburg 1844; H. HÄLSCHNER, *Die Staatserbfolge der Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg*, Bonn 1846.

(245) *Die historischen Landes-Rechte in Schleswig und Holstein urkundlich. Vorwort von Etatsrath (Nikolaus) Falck nebst einer Zugabe von Prof. Dahlmann*, Hamburg 1847.

(246) N. FALCK, *Sammlung der wichtigsten Urkunden, welche auf das Staatsrecht der Herzogthümer Schleswig und Holstein Bezug haben*, Kiel 1847.

(247) Per esempio a favore della posizione della Danimarca nel Schleswig cfr. C. v. WIMPFFEN (nt. 244); P.D. CHR. PAULSEN, *Über Volksthümlichkeit und Staatsrecht des Herzogtum Schleswig, nebst Blicken auf den ganzen Dänischen Staat*, Kiel 1832.

(248) E. WOHLHAUPTER, *Geschichte der juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität, in Festschr. z. 275jährigen Bestehen der Christian-Albrechts-Universität*, 1940, 49-108; E. DÖHRING, *Geschichte der juristischen Fakultät 1655-1965*, 1965, 96 ss.

(249) DÖHRING (nt. 248), 108-114; K. VOLK, *Die Juristische Enzyklopädie des Nikolaus Falck. Rechtsdenken im frühen 19. Jahrhundert*, 1970.

(250) DÖHRING (nt. 248), 119 ss.

Un orientamento sistematico sul diritto pubblico dei ducati è dunque offerto in primo luogo essenzialmente soltanto dal vecchio testo di Schlegel, in cui esso veniva trattato insieme al diritto pubblico danese. Oltre a questo, e contrariamente a quanto ci si potrebbe aspettare dal titolo, il diritto pubblico dei ducati è esaminato nel secondo volume dello *Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts* di Falck ⁽²⁵¹⁾, che comprende un'esposizione della condizione del diritto costituzionale e del diritto amministrativo nel 1831.

11. *Le città libere.*

Uno sviluppo completamente indipendente seguirono invece le città libere, nella misura in cui le loro costituzioni sopravvissero ai disordini legati alla guerra, al *recessus imperii* della Dieta imperiale e ai conseguenti mutamenti territoriali determinati dalla politica napoleonica ⁽²⁵²⁾. Del lungo elenco di libere città imperiali, dopo la soppressione di Augusta e di Norimberga, rimasero soltanto Francoforte e le tre città anseatiche di Amburgo, Brema e Lubeca. Queste riottennero con il Congresso di Vienna le loro vecchie costituzioni ⁽²⁵³⁾ e diventarono membri della Confederazione germanica. L'ordine per le monarchie tradizionali di costituire dei ceti territoriali si poteva e doveva attuare per le città libere solo a certe condizioni (art. 62 WSA) ⁽²⁵⁴⁾. In questo quadro, Francoforte di fatto ritornò alla situazione precedente il breve periodo (1810-1813) in cui era stata capitale del Granducato di Francoforte, con il cosiddetto « Atto costituzionale aggiuntivo » del 19 luglio-16 ottobre 1816, solo parzialmente adattato

⁽²⁵¹⁾ J.F.W. SCHLEGEL, *Staatsrecht des Königreichs Dänemark und der Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg. Aus dem Dänischen von F.H.W. Sarauw*, Schleswig 1829 (su SCHLEGEL cfr. F. DAHL, *Hovedpunkter af de danske Retsvidenskabs Historie*, 1937, 38-42; S. JUUL, in *Dansk Biografisk Leksikon*, vol. 21 (1941), 188-190, nella terza edizione riveduta da D. Tamm); N. FALCK, *Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts*, Altona, vol. 1 1825, vol. 2 1831, vol. 3-1 1835, vol. 3-2 1838, vol. 4 1840, vol. 5-1 1848.

⁽²⁵²⁾ G.W. HUGO, *Die Mediatisierung der deutschen Reichsstädte*, Karlsruhe 1838.

⁽²⁵³⁾ Artt. 1, 4, 6, 12 DBA.

⁽²⁵⁴⁾ H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, parte I, Göttingen 1841, §§ 102-107.

a condizioni costituzionali (255). Il tentativo di stabilire il principio di uguaglianza tra i cittadini, già esperito nel 1849, fu nuovamente frustrato dalla Confederazione germanica nel 1852.

Altrettanto minime furono le modifiche adeguate allo spirito del tempo che il Congresso di Vienna apportò alle vecchie costituzioni delle città anseatiche di Brema (256), Amburgo e Lubecca (257). A Lubecca la revisione costituzionale del 1844 ebbe come esito la costituzione dell'8 aprile 1848 (258). A Brema la vecchia costituzione dell'8 marzo 1849 venne sostituita e poi nuovamente riveduta nel 1851. Ad Amburgo sopravvisse addirittura agli anni 1848-49 e il 28 settembre 1860 conseguì un sistema rappresentativo, anche se non una parlamentarizzazione integrale.

Questi cambiamenti (259) furono accompagnati dai commenti di tutta la letteratura giuridico-pubblicistica e amministrativistica dell'Ottocento. Era ovvio elaborare in analogia al « diritto pubblico comune tedesco » delle monarchie anche un « diritto pubblico comune delle città libere ». Alcuni autori vi dedicarono direttamente delle monografie (260), altri, come Klüber (261) o Zachariä (262), dedicarono alle

(255) R. KOCH, *Grundlagen bürgerlicher Herrschaft. Verfassungs- und sozialgeschichtliche Studien zur bürgerlichen Herrschaft in Frankfurt am Main 1612-1866*, 1983; R. ROTH, *Stadt und Bürgertum in Frankfurt am Main 1760-1914*, 1996.

(256) W. v. BIPPEN, *Geschichte der Stadt Bremen*, 3 voll. 1892-1904; H. KASTEN, *Freie Hansestadt Bremen 1564-1947*, 1947; CH.U. SCHMINCK-GUSTAVUS, *Vryheit do ik ju openbar. Versuch zu einigen Aspekten der bremischen Verfassungsgeschichte*, in V. KRÖNING (a cura di), *Handbuch der Bremischen Verfassung*, 1991, 13-25.

(257) M. HOFFMANN, *Geschichte der freien Hansestadt Lübeck*, 2 voll., Lübeck 1889-92; G. KRABBENHÖFT, *Verfassungsgeschichte der Hansestadt Lübeck*, 1969; W. SCHWARZ, *Hamburgische Verfassungskämpfe in der Reaktionszeit (1850-1852)*, 1974.

(258) Sostituita dalla costituzione del 29 dicembre 1851, che rimase in vigore fino alla costituzione del 5 aprile 1875.

(259) R. POSTEL, *Hansestädte*, in DVG, II, 1983, 784-811 con ulter. letteratura.

(260) CH. DE VILLERS, *Constitutions des trois villes anséatiques*, Leipzig 1814; AN., *Freimüthige Betrachtungen über die neuen Constitutionen der freien deutschen Städte*, 1-3; 1815; J.C. BISINGER, *Vergleichende Darstellung der Staatsverfassungen der europäischen Monarchien und Republiken*, Wien 1818; A. MÜLLER, *Einleitung zum Studium der Verfassungsgeschichte der vier freien Städte des Teutschen Bundes*, Hamburg 1826; C.F. WURM, *Verfassungs-Skizzen der freien Städte*, Hamburg 1841.

(261) J.L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes*, 3ª ed., Frankfurt 1831, §§ 240, 241.

(262) H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, vol. I, Göttingen 1841, §§ 102-107.

città libere un intero capitolo dei loro manuali, trattandone e mettendone in evidenza i tratti comuni, la sovranità delle libere comunità municipali, gli organi principali del Consiglio (Senato) e del parlamento cittadino e le commissioni di questo, oltre alla posizione giuridica individuale dei cittadini.

Questi studi comparativi non potevano essere particolarmente fruttuosi, poiché per la prassi il particolare è più importante del generale. Inoltre, dal momento che nessuna di queste città aveva una propria università, venne a mancare anche l'impulso sul piano teorico. Per questo motivo a dominare furono le opere che servivano alla pratica, e che raggiunsero un alto livello ad Amburgo (263) e a Brema (264), rimanendo invece di modesta levatura a Lubeca e a Francoforte (265).

12. Prussia.

La Prussia del *Vormärz* non era uno Stato costituzionale. Lo aveva ribadito con assoluta chiarezza nel 1806 il barone vom Stein: « Lo Stato prussiano non ha una costituzione. Il potere supremo non

(263) F.G. BUEK, *Handbuch der Hamburgischen Verfassung und Verwaltung*, Hamburg 1828; (J.H. BARTELS), *Einige Abhandlungen über Gegenstände der hamburgischen Verfassung*, Hamburg 1835; N.A. WESTPHALEN, *Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmählichen Entwicklung bis auf die neueste Zeit*, 2 voll. 1841; ID., *Geschichte der Haupt- und Grundgesetze der hamburgischen Verfassung*, 3 voll., Hamburg 1844-46; J.W. CHRISTERN, *Geschichte der freien Stadt Hamburg und ihrer Verfassung vom Anfang derselben bis auf den heutigen Tag*, Hamburg-Leipzig 1843, 2^a ed. 1846; C.F. WURM, « Hamburg », in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 2^a ed., vol. 6, Altona 1847, 343-383. — W. SCHWARZ, *Hamburgische Verfassungskämpfe in der Reaktionszeit (1850-1852)*, tesi, Kiel 1973.

(264) C.N. ROLLER, *Grundgesetze der Stadt Bremen*, Leipzig 1802; F. BÜLAU, « Bremen », in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexikon*, 2^a ed., vol. II, Altona 1846, 668-670; una valutazione estremamente positiva, senza corrispondenti, si trova in MOHL, II, 392.

(265) C.W. PAULI, *Abhandlungen aus den Lübischen Rechte*, in 3 parti, Lübeck (Asschenfeldt) 1837-41; C.F. WURM, *Verfassungs-Skizzen der freien Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg*, Hamburg 1841; E.F. SOUCHAY, *Anmerkungen zu der Reformation der freien Stadt Frankfurt*, 2 voll., Frankfurt 1848-49; R. KOCH, *Grundlagen bürgerlicher Herrschaft. Verfassungs- und sozialgeschichtliche Studien zur bürgerlichen Gesellschaft in Frankfurt am Main (1612-1866)*, 1983; ID., in CHR. JAMME-O. PÖGGELER (a cura di), *Frankfurt aber ist der Nabel dieser Erde. Das Schicksal einer Generation der Goethezeit*, 1983.

è condiviso tra il capo della nazione e i rappresentanti di questa »⁽²⁶⁶⁾. Le promesse costituzionali fatte nella fase di cambiamento successiva al 1806 e ripetutamente rinnovate si rivelarono, a partire dal 1819, irrealizzabili. Attraverso l'istituzione dei parlamenti provinciali nel 1823-24 si tentò di andare incontro al movimento costituzionale, senza per questo ledere minimamente il principio monarchico. Successivamente, nelle dichiarazioni ufficiali le promesse costituzionali furono eluse con imbarazzo, e la loro menzione venne accuratamente evitata. Quando infine il re nel 1847, contro il proprio convincimento e il parere dei suoi consiglieri, si risolse a concedere un parlamento territoriale unitario⁽²⁶⁷⁾, era ormai troppo tardi per un organico sviluppo costituzionale⁽²⁶⁸⁾.

La Prussia aveva però a disposizione una tradizione amministrativa eccezionale, che risaliva al Seicento. In una fase iniziale vi era stato il problema di tenere insieme sul piano amministrativo e guidare uniformemente un insieme di territori di grandi dimensioni e articolati in modo non efficiente. Le riforme del governo e dell'amministrazione all'inizio dell'Ottocento avevano creato il sistema del gabinetto, una nuova articolazione in province e uffici, il Consiglio di Stato, l'amministrazione comunale autonoma e la nuova istituzione del Presidente supremo (*Oberpräsident*)⁽²⁶⁹⁾. Queste

⁽²⁶⁶⁾ FREIHERR VOM STEIN, *Denkschrift vom 26.-27. April 1806*, in *Briefe und Schriften*, vol. 2-1, 1959, 208.

⁽²⁶⁷⁾ Vedi K.L. HALLER, *Staatsrechtliche Prüfung des preußischen Vereinigten Landtags, nebst rechtllichem Rathe an den König zur Behauptung seines guten Rechts*, Schaffhausen 1847.

⁽²⁶⁸⁾ NIPPENDEY, I, 331 ss.; W. BUßMANN, *Friedrich Wilhelm IV*, 1990, 101 ss. Cfr. anche H. LAUBE, *Erinnerungen 1841-1881*, Wien 1882, 40: « Nessuno credeva seriamente nel 1847 che una simile costituzione prussiana, dai tratti tanto poco definiti, potesse durare a lungo, e nella stessa Prussia essa fu varata tra mille esitazioni, come fosse un mero tentativo ».

⁽²⁶⁹⁾ G.CHR. v. UNRUH, *Die Veränderungen der Preußischen Staatsverfassungen durch Sozial- und Verwaltungsreformen*, in DVG, II, 1983, 399 ss.; W. RÜFNER, *Die Verwaltungstätigkeit unter Restauration und Konsitution*, op. cit., 470 ss., entrambe con ampia letteratura. — Inoltre K. SCHWABE (a cura di), *Die preußischen Oberpräsidenten 1815-1945*, 1985; M. STOLLEIS, *Oberpräsident*, in HRG, III, 1153-1156; D. SCHWAB, *Die „Selbstverwaltungsidee“ des Freiherrn vom Stein und ihre geistige Grundlagen (Gießener Beitr. z. Rechtswiss., 3)*, 1971; A. v. MUTIUS (a cura di), *Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, Festg. f. G.Chr. v. Unruh*, 1983.

riforme divennero presto effettive e furono sostanzialmente accettate, anche se in quello stesso tempo stava sorgendo un radicale rifiuto sociale (270). Fu riconosciuto che, pur in mancanza di una costituzione, la Prussia assicurava un certo grado di libertà economiche e di garanzie giuridiche (271). L'assenza di una « costituzione » doveva essere compensata dall'attività di governo, e dunque dall'amministrazione (272). Nei fatti sembra che l'amministrazione prussiana sia stata in grado di svolgere tale ruolo di supplenza. « Contro tutte le proteste — così riassume Thomas Nipperdey — l'amministrazione ha tenuto ferme le libertà professionali, ha accettato l'impopolarità e la crisi sociale nell'interesse di una futura società libera e dello sviluppo economico. In questa prospettiva rientrava la difesa della libertà di matrimonio e di domicilio, la mobilità sociale, una politica commerciale improntata al libero scambio e l'istituzione di un'unione doganale, l'unico grande successo della Prussia in questi decenni. A tutto questo si aggiungeva la promozione dell'industria attraverso l'istruzione tecnica, progetti di sviluppo, la regolamentazione delle miniere e degli stabilimenti siderurgici e il potenziamento dei trasporti. Anche l'affrancamento dei contadini fu portato avanti nonostante tutti gli ostacoli di natura conservatrice » (273). Basta questo per comprendere come in Prussia la letteratura amministrativa e sul diritto amministrativo occupava un ruolo di primaria importanza.

Chi voleva pronunciarsi sul diritto pubblico prussiano era costretto prima di tutto a descriverne lo sviluppo storico e a ricordare le leggi più importanti della casata degli Hohenzollern, per poi

(270) R. SCHÜTZ, *Preußen und die Rheinlande. Studien zur preußischen Integrationspolitik im Vormärz*, 1979; H. SCHISSLER, *Preußische Agrargesellschaft im Wandel*, 1975; D. BLASIUS, *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität. Zur Sozialgeschichte Preußens im Vormärz*, 1976; B. VOGEL (a cura di), *Preußische Reformen 1807-1820*, 1980; Id., *Allgemeine Gewerbefreiheit. Die Reformpolitik des preußischen Staatskanzlers Hardenberg (1810-1820)*, 1983.

(271) G. LANDWEHR, *Staatszweck und Staatstätigkeit in Preußen während der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in G. KÖBLER (a cura di), *Wege der europäischen Rechtsgeschichte*, K. Kroeschell z. 60. Geb. 1987, 249-264.

(272) Vedi a questo proposito la dettagliata ricostruzione di R. KOSELLECK, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791-1848*, 2ª ed. 1975, 217 ss. (trad. it. *La Prussia tra riforma e rivoluzione, 1791-1848*, Bologna 1988).

(273) NIPPERDEY, I, 333.

desumere dagli argomenti giuspubblicistici dell'*Allgemeines Landrecht* del 1794 gli elementi strutturali di tipo giusnaturalistico del tardo assolutismo post-fridericiano, per poter infine trattare i mutamenti territoriali e amministrativi dei decenni successivi al 1795. Il già grave dilemma interpretativo che ci si trovava di fronte era inoltre acuito dal fatto che tutte le espressioni letterarie concernenti le condizioni costituzionali dopo il 1819 vennero sottoposte a una severa censura (274).

La Prussia era, infatti, « il classico Stato della Restaurazione » (275). La repressione dell'opposizione politica aumentò notevolmente dopo il 1819. La nobiltà (276), la chiesa e l'esercito costituivano un blocco di potere all'interno del quale le dissenzienti voci liberali venivano ridotte al silenzio. I funzionari, inizialmente sostenitori delle riforme, dopo la destituzione di Humboldt (1819) e la morte di Hardenberg (1822) si spostarono su posizioni conservatrici, e la loro ala liberale rimase isolata. È del tutto evidente come spesso proprio le prefazioni a opere dedicate in quegli anni al diritto costituzionale e amministrativo prussiano sottolineino di non voler in alcun modo rivolgere una critica alla situazione contemporanea (277).

Si può dunque comprendere come dopo il 1830-32, in una situazione divenuta ancora più difficile, la letteratura sul diritto costituzionale e amministrativo in Prussia presenti un carattere

(274) Cfr. C.J. BERGIUS, *Preußen in staatsrechtlicher Beziehung*, Münster 1838, 2^a ed., 1843, § 41; ID., *Preussische Zustände*, Münster 1844; F.H. HESSE, *Die Preußische Preßgesetzgebung, ihre Vergangenheit und Zukunft*, Berlin 1843.

(275) NIPPERDEY, I, 334. Fondamentale R. KOSELLECK (nt. 272). Vedi anche la breve trattazione di W. HARDTWIG, *Vormärz. Der monarchische Staat und das Bürgertum*, 1985, 39 ss.

(276) F.L. CARSTEN, *Geschichte der preußischen Junker*, 1988; R.M. BERDAHL, *The Politics of the Prussian Nobility. The Development of a Conservative Ideology 1770-1848*, Princeton (New Jersey) 1988; cfr. a questo proposito anche la recensione di H.-CHR. KRAUS, in « Der Staat », 30 (1991), 269-278.

(277) Così A. MIRUS, *Uebersichtliche Darstellung des Preussischen Staats-Rechts*, Berlin 1833, prefazione: « L'elemento storico, in quanto norma fondamentale, conduce a ciò che è, e dal momento che questo e non altro dev'essere il discorso di questo lavoro, ne rimane escluso ogni riferimento ideale »; similmente BERGIUS (nt. 274), prefazione: « La mia intenzione è stata quella di illustrare i principali rapporti di diritto pubblico nel nostro Stato, senza però condurne un esame critico. »

ambivalente. Da una parte, viene ripresa l'importante tradizione dei compendi camerali e di polizia ⁽²⁷⁸⁾, dove anche i minimi particolari rilevanti per l'amministrazione venivano documentati in maniera superba. Da un'altra parte, si ha un eloquente silenzio o una timorosa reticenza nell'esame di questioni giuspubblicistiche, e in particolare sui temi della « Costituzione » (*Konstitution*) e della « rappresentanza nazionale ». Sottolineando all'interno dell'amministrazione prussiana « che l'interesse di tutte le classi era rivolto al miglioramento amministrativo ben più che a questioni costituzionali » ⁽²⁷⁹⁾, si poteva mettere da parte la questione costituzionale. Chi era convinto che « il culto esclusivo della costituzione » fosse stato già abbastanza pernicioso, doveva lodare la Prussia, la quale « invece di erigere un tempio della costituzione aveva trasposto il suo genio nell'amministrazione » ⁽²⁸⁰⁾. La costituzione fu qui, nella prospettiva dell'amministrazione, sostituita dalla « intelligenza », mentre le solenni dichiarazioni dei diritti fondamentali vennero soppiantate dal loro risvolto pratico ⁽²⁸¹⁾. I funzionari prussiani spesso si compiacevano nel ripetersi che « l'eccellente organizzazione dello Stato prussiano è nota in tutto il mondo » ⁽²⁸²⁾.

La superiorità dello Stato amministrativo sullo Stato costituzio-

⁽²⁷⁸⁾ F.CHR. J. FISCHER, *Lehrbegriff sämmllicher Cameral- und Policey-Rechte*, 3 voll., Halle 1785; ID., *Lehrbegriff(f) und Umfang der teutschen Staatswirtschaft oder von der Verbindung mit dem Verhältnisse der Kameralwissenschaften zum teutschen Staatsrechte*, Halle 1783; G.H. v. BERG, *Handbuch des Teutschen Policeyrechts*, Hannover 1799-1809; A.F. HAASE, *Handbuch zur Kenntniss des Preußischen Polizei- und Kameralwesens*, 3 voll., Magdeburg 1794-1797; G.H. BOROWSKI, *Abriß des praktischen Cameral- und Finanz-Wesens... in den Königlich Preußischen Staaten*, Berlin 1795 (2^a ed., 2 voll., 1799; 3^a ed., 2 voll., 1805).

⁽²⁷⁹⁾ G.J.M. WEHNERT, *Über den Geist der preußischen Staatsorganisation und Staatsdienerschaft*, Potsdam 1833, 3. Nella medesima direzione, la breve e istruttiva presentazione generale del diritto dei funzionari opera di J.D.F. RUMPF, *Dienst- und Rechts-Verhältnisse der Preußischen Staatsbeamten, von ihrem Dienstantritte bis zu ihrem Ausscheiden*, Berlin 1833, in particolare l'introduzione.

⁽²⁸⁰⁾ WEHNERT (nt. 279), 21.

⁽²⁸¹⁾ In questo senso cfr. BERGIUS (nt. 274), capitolo II, *Von den Staatsbürgern*.

⁽²⁸²⁾ M.C.F.W. GRÄVELL, *Anti-Platonischer Staat, Oder welches ist die beste Staatsverwaltung? Mit besonderer Rücksicht auf die Preußischen Staaten* (1808), 2^a ed., Berlin 1812, *Vorbericht* XI. Dello stesso Grävell si veda anche la terza parte della sua trilogia (*Der Mensch*, 1815, 2^a ed. 1818; *Der Bürger*, 1822), *Der Regent*, 2 voll., Stuttgart 1823, 93 ss. (*Allgemeine Verwaltungsmaximen*).

nale trovò espressione anche sul piano della letteratura. Ovunque il diritto amministrativo prevale sul diritto costituzionale, il dettaglio documentato con precisione oscura le questioni fondamentali. Robert Mohl ha osservato questo fenomeno in modo appropriato nel 1856, quando ha affermato a proposito del diritto amministrativo che « da una parte, in questa materia certo non malvista, trovarono riparo le attività — proibite o almeno osteggiate — connesse al dibattito sulle questioni costituzionali; da un'altra parte, di fatto, al diritto amministrativo offriva materiale prezioso l'amministrazione dello Stato prussiano, a tratti eccellentemente sviluppata » (283).

Le opere di questo periodo — che, tra l'altro, trattano insieme il diritto costituzionale e il diritto amministrativo — non sono numerose. In un primo momento, negli anni compresi tra il 1806 e il 1830, si ha praticamente soltanto un confronto con le riforme. Le diverse espressioni letterarie si rivolgevano poco al pubblico e per niente agli studenti — cui non venivano impartiti corsi di diritto costituzionale prussiano e neppure di diritto amministrativo prussiano —, ed erano invece rivolte a problemi interni all'amministrazione (284), in particolare al ruolo dei funzionari stessi (285). Era « nel vero senso dell'espressione, una amministrazione che discuteva.

(283) MOHL, II, 350.

(284) Come fa Grävell (nt. 282), che da una memoria del 1807, la cui pubblicazione era stata autorizzata ancora dal re nel Memel, sviluppò un testo, contenente proposte di riforma, assai poco ordinato. Partendo da una debole base teorica (contratto sociale, scopo dello Stato), Grävell presenta proposte pratiche per l'organizzazione dello Stato e dei funzionari, la strutturazione dei ministeri e numerose questioni di dettaglio. Non sembra che questo funzionario operoso, che nel 1818 venne sospeso dal servizio (1781-1860), abbia conseguito alcun risultato. Cfr. TEICHMANN, in ADB, 9 (1879), 613-615. Sul suo ruolo nella *Paulskirche* cfr. V. VALENTIN, *Geschichte der Deutschen Revolution*, 1930, 1970, vol. II, 465: « il vecchio, grigio, fastidioso, noioso Grävell, giurista della destra più estrema, il martire che era stato sospeso dal servizio nel 1818 a causa del proprio orientamento giuridico, il seccante e comico piantagrane del parlamento, il pedante custode del regolamento interno della *Paulskirche* ».

(285) A.W. REHBERG, *Über die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft des Regenten*, Hannover 1807; F. v. BÜLOW, *Bemerkungen, veranlasst durch Rehbergs Beurtheilung der Preussischen Staatsverwaltung*, Leipzig 1808; C.A. FHR. v. MALCHUS, *Politik der innern Staatsverwaltung*, parte I, Heidelberg 1823; GRÄVELL (nt. 282), *Der Regent*, cap. XVI (*Pragmatik des Staatsdienstes*); WEHNERT (nt. 279), J.D.F. RUMPF, *Der preussische Secretär. Ein Handbuch zur Kenntnis der preussischen Verfassung und Verwaltung*, 9ª ed., Berlin 1823; Id., *Dienst- und Rechtsverhältnisse der preussischen*

Iniziative, programmi, pareri, perizie di parte, contro-pareri vagavano avanti e indietro — anche al di là dell'iter burocratico — tra ministeri, governi e parlamenti territoriali » ⁽²⁸⁶⁾.

La prima trattazione di questo complesso di opere appartiene ad Alexander Mirus. Essa offre, senza pretese scientifiche, « un quadro sistematico dei più importanti principî giurispubblicistici presenti nella monarchia prussiana » ⁽²⁸⁷⁾. Mirus si esprime chiaramente a favore della monarchia illimitata e della prerogativa esclusiva del monarca sulla decisione di introdurre una costituzione. Tutto il resto è un « accecamento scellerato » e « illegale ». « La storia », egli sostiene, « ci mostra il deplorabile risultato della disastrosa opinione per la quale l'arbitrio del popolo può cambiare la costituzione in vigore » ⁽²⁸⁸⁾. Le sezioni del volume di Mirus dedicate al diritto pubblico constano essenzialmente di spiegazioni storiche. La suddivisione del diritto territoriale generale secondo i ceti rimane immutata e offre l'opportunità di inserire per i nobili il diritto nobiliare, per i cittadini la costituzione comunale e per i contadini il diritto agrario e il diritto di riscatto degli oneri fondiari. Il resto del libro è costituito da brevi esposizioni relative ai ceti provinciali, ai funzionari, ai diritti di sovranità interni ed esterni, all'organizzazione dello Stato e — quasi fosse un tema insignificante — alla posizione della Prussia all'interno della Confederazione germanica.

Ben più ricca di materiali e meglio ordinata fu la successiva opera dell'allora consigliere del governo Karl Julius Bergius (1804-1871) ⁽²⁸⁹⁾. L'opera di Bergius inizia esaminando il territorio dello Stato, le fonti del diritto e la posizione della Prussia nei confronti della Confederazione germanica, per passare poi ai poteri dello Stato e del capo dello Stato, ai diritti e doveri dei cittadini, alle comunità

Staatsbeamten, 2^a ed., Berlin 1833; CL. TH. PERTHES, *Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum Deutschen Staatsrecht*, Hamburg 1838.

⁽²⁸⁶⁾ NIPPERDEY, I, 333.

⁽²⁸⁷⁾ A. MIRUS, *Uebersichtliche Darstellung des preussischen Staatsrechts*, Berlin 1833, premessa. Il libro è dedicato al ministro K.A. v. Kamptz, figura chiave della restaurazione prussiana.

⁽²⁸⁸⁾ Op. cit., §§ 21, 140.

⁽²⁸⁹⁾ K.J. BERGIUS (nt. 274). Sulla biografia del futuro professore di scienze camerali e dello Stato a Breslavia cfr. MEITZEN, in ADB, 2 (1875), 388 s.; LIPPERT, *HdBStaatsWiss*, 2^a ed., vol. 2 (1899) 584.

religiose e ai diritti particolari della nobiltà. Seguono alcuni capitoli dedicati alla questione costituzionale e ai ceti provinciali, ai funzionari e all'esercito, all'amministrazione statale e provinciale, alle tasse, alle dogane, ai pesi e alle misure, all'amministrazione comunale. Da un lato risulta evidente come dal materiale di diritto territoriale generale e dalla successiva disciplina di dettaglio siano state sviluppate con vigore posizioni vicine ai diritti fondamentali, catalogate a mo' di costituzione; ⁽²⁹⁰⁾ dall'altro, è evidente quale importanza venga data da Bergius a un'ampia trattazione della promessa costituzionale da parte della corona. Le sue simpatie, fino a quel punto tenute nascoste, vengono così rivelate.

L'avvicendamento sul trono del 1840 risvegliò per breve tempo le speranze dei liberali ⁽²⁹¹⁾, anche se Federico Guglielmo IV aveva espressamente rifiutato l'idea di una « rappresentanza popolare generale ». Eppure un autore, Ostermann, già nel 1841 credeva che da allora la Prussia avesse compiuto « un incredibile sviluppo sulla strada del progresso della vita pubblica. La mancanza di un compiuto sistema di diritto pubblico prussiano inizia ad essere percepito a partire da quell'epoca » ⁽²⁹²⁾. Non vi furono tuttavia conseguenze a livello di contenuto. La Prussia rimase una monarchia assoluta, la sovranità appariva ancora come « proprietà fedecommissaria » della dinastia ⁽²⁹³⁾. Ostermann cautamente evita osservazioni politiche, ad esempio quando si occupa dei ceti provinciali. Dal momento che la costituzione era un tabù, si doveva parlare dell'amministrazione. Sotto questo punto di vista lo Stato prussiano si presentava come un apparato giuridicamente ben ordinato. Il diritto amministrativo — suddiviso per materie — e il diritto dei funzionari avevano di conseguenza il posto più importante. Essi erano presentati sotto una

⁽²⁹⁰⁾ Come nel secondo capitolo la libertà di coscienza, di opinione e di stampa, i diritti di libertà, di proprietà e di impresa, la libertà della terra, il diritto al sussidio per i poveri e il diritto di espatrio.

⁽²⁹¹⁾ TH. V. SCHÖN, *Woher und wohin?*, 2^a ed., Straßburg 1842; BURMANN (nt. 268), 101 ss.

⁽²⁹²⁾ W. OSTERMANN, *Grundsätze des preußischen Staatsrechts*, Dortmund 1841; sul punto BERGIUS (nt. 274), 42, e critico in generale MOHL, II, 346 s. su Mirus, Bergius, Ostermann e Jacobson.

⁽²⁹³⁾ OSTERMANN, op. cit., 67.

forma compendiale, positivistica e « del tutto sensata »⁽²⁹⁴⁾. In ogni caso, seppur soltanto sotto questa qualificazione, il diritto amministrativo iniziò a prender forma.

Questa linea evolutiva, chiaramente definita, raggiunge il punto più alto con Heinrich (August) Simon (1805-1860), il più importante liberale prussiano la cui bizzarra biografia fu determinata dalla situazione politica⁽²⁹⁵⁾. La sua opera in due volumi *Das Preussische Staatsrecht*⁽²⁹⁶⁾ parte da una revisione generale, già in precedenza elaborata da lui e da altri, della legislazione prussiana, e per questa ragione esprime tutta la ricchezza di dettagli tipica dell'amministrazione prussiana. Dal punto di vista strutturale, l'opera riprende le suddivisioni dell'*Allgemeines Landrecht*. E questo non soltanto per ragioni pratiche, ma anche — come nel caso di Bergius — per finalità politiche: i paragrafi dell'*Allgemeines Landrecht* riguardanti il diritto pubblico, dei quali Simon mette in evidenza i contenuti d'ispirazione giusnaturalistica e illuminista e in particolare i vincoli contrattualistici del sovrano, già nel 1794 erano stati avvertiti come una sorta di proto-costituzione⁽²⁹⁷⁾. Karl Ludwig von Haller li aveva definiti « rivoluzionari », e tali erano rimasti nell'atmosfera politica successiva al 1830⁽²⁹⁸⁾.

In questo modo Simon poté contrapporre la Prussia filo-illuminista fridericiana alla Prussia romantico-reazionaria di Federico Guglielmo IV. L'*Allgemeines Landrecht* rimane il punto di partenza, seguito dalle leggi più recenti, vigenti per l'intera monarchia, e infine i diritti provinciali particolari. Il compendio che deriva da questa impostazione inizia nel primo volume con la suddivisione del popolo in ceti, descrive poi la struttura dello Stato e dell'ammi-

⁽²⁹⁴⁾ MOHL, II, 347.

⁽²⁹⁵⁾ 2 parti, Breslau 1844.

⁽²⁹⁶⁾ J. JACOBY, *Heinrich Simon. Ein Gedenkbuch für das deutsche Volk*, in 2 parti, Berlin, 1865; A. STERN, in ADB, 34 (1982), 371-376; un breve riassunto in HUBER, II, 401.

⁽²⁹⁷⁾ KOSELLECK (nt. 272).

⁽²⁹⁸⁾ Titolo 13, parte II ALR. A questo proposito K.L. v. HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft*, vol. I, Winterthur 1816, 192-200. Sul successivo dibattito in Prussia W. v. K. (=v. KLEWITZ), *Einige Worte über die im Preußischen A.L.R. ausgesprochenen staatsrechtlichen Grundsätze*, Berlin 1828; in direzione opposta BUCHHOLZ, *Verteidigung der Urheber des Preußischen Landrechts gegen die Beschuldigungen eines Ungenannten*, Berlin 1828.

nistrazione statale, la posizione della Chiesa e l'apparato scolastico e universitario. Il secondo volume tratta dei rapporti tra Prussia e Confederazione germanica, del capo dello Stato e del potere statale, della costituzione attuale, dai ceti più alti fino ad arrivare ai circondari rurali, delle entrate e delle regalie, dell'amministrazione della giustizia inclusa la « giustizia amministrativa », del diritto di cittadinanza e della questione dei poveri.

Come a voler documentare ancora una volta la predominanza dell'amministrazione sulla costituzione, Heinrich Simon e Ludwig von Rönne pubblicarono a partire dal 1840 ⁽²⁹⁹⁾ una raccolta in più volumi di testi giuspubblicistici ordinata secondo i diversi ambiti ⁽³⁰⁰⁾. In quest'opera si trova tutto quanto riguardava la legislazione agraria ⁽³⁰¹⁾, la polizia con le sue varie ramificazioni, la sanità, la costruzione e polizia delle strade, l'edilizia e il diritto edilizio, la polizia del commercio e dell'industria, la costituzione comunale ⁽³⁰²⁾ e altri settori ⁽³⁰³⁾, compreso il rinvio alla relativa letteratura, tanto da far dire a Mohl che « la diligenza del suo curatore è stupefacente » ⁽³⁰⁴⁾. Questo compendio conferma tra l'altro la tesi secondo la

⁽²⁹⁹⁾ Simon dovette fuggire nel 1849 in Svizzera, dove portò avanti l'opera. L'editore l'obbligò a eliminare il proprio nome dal frontespizio per ragioni politiche. Cfr. anche W. FIEDLER (a cura di), *Die erste deutsche Nationalversammlung 1848-9*, 1980, 14 ss.

⁽³⁰⁰⁾ L. v. RÖNNE-H.A. SIMON, *Die Verfassung und Verwaltung des Preußischen Staates*, Breslau 1840-1854.

⁽³⁰¹⁾ E.M. SCHILLING, *Handbuch des Landwirtschafts-Rechts der deutschen Bundesstaaten*, parte II, *Landwirtschafts-Recht des Kgl. Preußischen Staats*, Leipzig 1829; W. DÖNNIGES, *Die Land-Kultur-Gesetzgebung Preußens*, 5 voll., Berlin-Frankfurt-O. 1842-1850.

⁽³⁰²⁾ L. v. RÖNNE, *Die Preußischen Städte-Ordnungen vom 19. November 1808 und vom 17. März 1831 mit ihren Ergänzungen und Erläuterungen durch Gesetzgebung und Wissenschaft*, Breslau 1840; Id., *Die Gemeinde-Verfassung des Preußischen Staates*, Breslau 1843, Id., *Die Gemeinde-Ordnung und die Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung für den Preußischen Staat...* Brandenburg 1850. Rönne produsse, come lui stesso correttamente afferma (nella prefazione del 1840), « un ausilio pratico e utile, non solo per i funzionari e soprattutto per i funzionari comunali e amministrativi, ma anche per i cittadini interessati all'amministrazione cittadina e comunale ». Dopo una breve introduzione storica vengono documentati e commentati gli ordinamenti cittadini, evidenziandone le differenze. — Ulteriore letteratura in MOHL, II, 354.

⁽³⁰³⁾ MOHL, II, 352.

⁽³⁰⁴⁾ MOHL, II, 346.

quale la Prussia della prima metà del secolo XIX, continuando sulla linea settecentesca dello Stato di benessere, sia andata ben oltre la mera assicurazione della protezione garantita da uno « Stato guardiano notturno », soprattutto nella promozione dell'economia e nel campo della cultura, e a partire dagli anni quaranta anche nella legislazione a tutela dei lavoratori ⁽³⁰⁵⁾.

Il giudizio complessivamente negativo sulla letteratura costituzionalistica e amministrativistica nella Prussia del *Vormärz* formulato da Mohl, secondo il quale non esisterebbe « alcuno scritto sistematico e di portata generale, e neppure una buona monografia » ⁽³⁰⁶⁾, si spiega in riferimento al punto di vista del costituzionalismo della Germania meridionale. La letteratura di diritto pubblico non poteva essere migliore o più libera delle condizioni in cui si trovava. D'altronde, non potevano vedere la luce opere ambiziose dal punto di vista scientifico senza gli stimoli e le sfide che solo una formazione universitaria poteva lanciare. Ciò che Mirus, Ostermann, Rinne ⁽³⁰⁷⁾, Bergius, Simon, Rönne e Jacobson ⁽³⁰⁸⁾ produssero, servì dunque alla formazione della burocrazia stessa e dei delegati dei ceti provinciali. Mancava il retroterra spirituale e giuridico-costituzionale per una letteratura scientifica che potesse liberamente discutere. E neppure potevano trovare spazio quegli insegnamenti quasi catechistici, tipici della Germania meridionale, sui diritti costituzionali dei cittadini. Che proprio su questo punto vi fosse un bisogno a lungo represso è dimostrato dallo straordinario successo di vendite di un'opera apparsa immediatamente dopo l'abolizione della censura ⁽³⁰⁹⁾ e

⁽³⁰⁵⁾ LANDWEHR (nt. 271).

⁽³⁰⁶⁾ MOHL, II, 347.

⁽³⁰⁷⁾ J.CH. RINNE, *Handbuch der Preußischen inneren Staatsverwaltung*, 3 voll., Liegnitz 1840 (incompiuto).

⁽³⁰⁸⁾ H.F. JACOBSON, *Der Preußische Staat. Eine übersichtliche Darstellung seiner Bildungsgeschichte, seiner Gesetzgebung, Verfassung und Verwaltung*, Leipzig 1854, un breve riassunto enciclopedico « del diritto positivo in forma scientifica, che non politica e non polemica » (prefazione).

⁽³⁰⁹⁾ E.G.G. v. BÜLOW-CUMMEROW, *Preußen, seine Verfassung, seine Verwaltung, sein Verhältniß zu Deutschland*, 2 voll., Jena 1842, 1843. Sull'autore (1775-1851), l'originale latifondista e scrittore politico che si espresse su tutti i temi della politica interna ed estera prussiana e soprattutto su questioni di credito agrario, cfr. MEITZEN, in ADB, 3 (1876), 517-520; E. KRAUß, *Ernst von Bülow-Cummerow, ein konservativer*

degli scritti provenienti dall'estero opera di autori « profughi della censura » ⁽³¹⁰⁾.

Nel 1850, Ludwig von Rönne (1798-1865) ⁽³¹¹⁾ poté finalmente così aprire il suo commento alla costituzione: « La Prussia — che fino ad allora era stata una monarchia cetuale — con gli avvenimenti del 1848 ha fatto il proprio ingresso tra le fila degli stati costituzionali » ⁽³¹²⁾. Documentando tutti i passaggi del testo costituzionale rivisto alla luce delle sue stesse proposte alla Camera alta, von Rönne contribuì a impedire definitivamente il ritorno ai tempi pre-costituzionali. Pose così le basi per nuove raccolte di materiale ⁽³¹³⁾, e ancor più per nuovi saggi dedicati al diritto pubblico prussiano ⁽³¹⁴⁾.

13. *Austria.*

I problemi costituzionali e amministrativi dell'Austria non possono essere paragonati a quelli della Prussia. La monarchia asbur-

Landwirt und Politiker des 19. Jahrhunderts, Berlin 1837; Id., in *Pommersche Lebensbilder*, 4 (1966), 228-240.

⁽³¹⁰⁾ L. BUHL, *Die Verfassungsfrage in Preußen nach ihrem geschichtlichen Verlaufe. Besonderer Abdruck aus dem deutschen Staatsarchiv*, Zürich-Winterthur 1842.

⁽³¹¹⁾ WIPPERMANN, in ADB, 29 (1889), 133-136. Rönne, nato a Seestermühe nei pressi di Elmshorn, aveva partecipato alla battaglia di Waterloo. Dopo aver studiato diritto a Kiel e Berlino, entrò nel 1820 a servizio dello Stato prussiano. Nel 1823 assessore presso il tribunale camerale di Berlino, ricoprì diverse cariche amministrative, e nel 1831 ebbe un incarico presso il governo a Potsdam. Nel 1834 fece un viaggio negli Stati Uniti. Nel 1843 divenne presidente della camera di commercio e poi membro del Consiglio di Stato. Nel 1848 divenne membro dell'assemblea nazionale (« Casino »), dove fu presidente della commissione per l'economia nazionale, e nello stesso tempo fu nominato ambasciatore a Washington. Ritiratosi nel 1857, venne però riletto nel 1858 come liberale nella camera dei deputati prussiana. Entrò nel 1862 nel partito progressista, partecipando così al conflitto costituzionale contro Bismarck. Cfr. sotto, cap. 7, nt. 137 s. Suo fratello era Friedrich von Rönne, sul quale cfr. K. WIPPERMANN, in ADB, 29 (1889), 133-136.

⁽³¹²⁾ L. v. RÖNNE, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, vom 31. Januar 1850, nebst einem Nachtrage*, Berlin 1852.

⁽³¹³⁾ W. STIEBER, *Die Gesetzgebung des Preußischen Staats seit Einführung der constitutionellen Regierungsform nach den neuesten Beschlüssen der Kammern geregelt...*, Berlin 1850.

⁽³¹⁴⁾ JACOBSON (nt. 308); L. v. RÖNNE, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, Leipzig 1856 ss.

gica era uno stato multinazionale con al vertice una dinastia. Ciò comportava che il governo doveva stroncare sul nascere i movimenti nazionalistici e liberali che minacciavano il sistema. Il « sistema Metternich » puntava alla stabilità a ogni costo. Non gli si può negare una certa logica interna, anche se i costi politici potevano risultare elevati. La stabilità in Europa — l'obiettivo della politica estera di Metternich — era un traguardo difficile da raggiungere, dal momento che il terreno era ancora scosso da movimenti rivoluzionari. La continua pressione esercitata da Metternich per tenere sotto controllo le opposizioni che invocavano le « costituzioni » e una partecipazione politica allargata all'interno della Confederazione germanica, era dettata dal trauma della generale distruzione dell'ordine legittimo.

Ciò valeva anche per la necessità di mettere un freno alle pericolose tensioni interne. L'idea di Stato nazionale era particolarmente difficile da sostenere per una duplice monarchia di così ampie proporzioni ⁽³¹⁵⁾, in cui dovevano convivere cechi, slovacchi, ungheresi, serbi, croati, italiani, tedeschi e una forte minoranza ebraica, senza contare le diverse identità regionali ⁽³¹⁶⁾. Tuttavia essa era resa possibile, da una parte, dalla capacità — a quel tempo ancora intatta — della dinastia di realizzare una certa integrazione, e, dall'altra parte, da una centralizzazione ancora approssimativa, che lasciava ai territori libertà d'azione, nonché da una particolare forma di amministrazione, a torto frequentemente derisa, che assorbiva i conflitti attraverso un'inattività dilatoria e che consumava le energie rivoluzionarie attraverso l'inerzia. Le novità perdevano rapidamente slancio in questo sistema, che peraltro offriva nicchie e lacune, formule di compromesso e un certo disinvolto lassismo dell'amministrazione.

La tendenza a difendersi dal liberalismo era in parte giustificata sul piano economico, in quanto il paese non era ancora toccato dalla rivoluzione industriale. La possibilità di liberare le energie econo-

⁽³¹⁵⁾ Cfr. le parole di Dorothea Schlegel, dettate dalla speranza di una vittoria su Napoleone, in una lettera a Rahel Varnhagen del 1815: « Così saremo — con l'aiuto di Dio — finalmente liberati dallo spettro di questa cosiddetta nazione... Viva l'ordine e la verità! » (cit. da C. STERN, « *Ich möchte mir Flügel wünschen* ». *Das Leben der Dorothea Schlegel*, 1990, 268).

⁽³¹⁶⁾ A.G. HAAS, *Metternich, Reorganization and Nationality (1813-1818)*, 1963.

niche inespresse, in sé necessaria, incontrava grandi difficoltà in questo « stato agrario strangolato da legami feudali, corporazioni, monopoli, pedaggi e dogane interne »⁽³¹⁷⁾. Per altro verso, le idee liberali minacciavano la burocrazia stessa, che in Austria amministrava uno Stato di benessere di stampo tardo-assolutistico ancora integro⁽³¹⁸⁾. Di fronte alla persistenza di simili forze non riuscirono ad affermarsi i liberali, che si opponevano soprattutto all'invadente presenza e all'intromissione dell'apparato burocratico in tutte le questioni della vita. Del resto non si poteva realmente fare a meno della burocrazia, dal momento che essa rappresentava l'unica effettiva forza capace di creare una forma di coesione tra le diverse parti del paese e tra i diversi popoli⁽³¹⁹⁾. Oltre a questo, la burocrazia era in se stessa — almeno in parte — uno strumento di modernizzazione in quanto espressione di un « liberalismo di corte » (*Hofratsliberalismus*).

Gli storici sono tuttavia concordi nell'affermare che il sistema austriaco in generale sia diventato col passare degli anni sempre più un « sistema di stagnazione »⁽³²⁰⁾. Ciò era già vero sotto Francesco I, e ancor più lo fu dal 1835, con l'ascesa al trono di Ferdinando I, afflitto da gravi problemi di salute. L'apparato militare e quello burocratico costituivano i pilastri del governo, soprattutto attraverso la perpetuazione dell'idea di una dinastia per tutto lo Stato. Le

⁽³¹⁷⁾ H. STEINDL, *Anton von Krauss-(Elislago) und die Gründung des Polytechnischen Instituts*, in CH. HANTSCHK (a cura di), *Johann Joseph Pechtl*, 1990 (= *Perspektiven der Wissenschaftsgeschichte*, vol. 8), 22.

⁽³¹⁸⁾ K. STEKL, *Der Liberalismus in Altösterreich*, Wien-München 1955; E. WINTER, *Romantismus, Restauration und Frühliberalismus im österreichischen Vormärz*, 1968; ID., *Revolution, Neoabsolutismus und Liberalismus in der Donaumonarchie*, 1969; K. MEGNER, *Beamte, Wirtschafts- und sozialgeschichtliche Aspekte des k. k. Beamtentums*, 1986; W. HEINDL, *Gehorsame Rebellen. Bürokratie und Beamte in Österreich (1740-1848)*, 1992.

⁽³¹⁹⁾ Una nuova fondamentale ricostruzione è offerta da R. HOKE, *Österreichs Verwaltung im Vormärz*, in DVG, II, 1983, 347 ss. Tra la letteratura precedente cfr. soprattutto I. BEIDTEL, *Geschichte der österreichischen Staatsverwaltung 1740-1848*, a cura di A. Huber, Innsbruck 1898. Su quest'ultimo punto cfr. O. BRUNNER, in W. CONZE (a cura di), *Staat und Gesellschaft im deutschen Vormärz*, Stuttgart 1962, 39 ss.

⁽³²⁰⁾ HOKE (nt. 319), 349. Anche NIPPERDEY, I, 338: « Il mantenimento della condizione esistente, la stabilità, queste erano le cose più importanti. Le innovazioni sembravano fundamentalmente foriere di un peggioramento; il governo sprofondò, al di là di ogni piano o azione, in un immobilismo sempre più profondo... ».

posizioni di rilievo erano occupate dai nobili ⁽³²¹⁾, il governo non ammetteva una partecipazione politica della borghesia al di fuori dei limitati diritti cetuali ⁽³²²⁾, ma anche la borghesia stessa non sembrava desiderarla fino in fondo. La borghesia era frammentata in formazioni organizzate prevalentemente ancora in modo vetero-cetuale e rappresentava una classe ancora assolutamente inconsapevole del proprio valore. Inoltre, la censura e la polizia facevano il proprio mestiere ⁽³²³⁾.

Per le università e specialmente per il diritto pubblico questa situazione comportava un isolamento dalla letteratura critica, che almeno verso l'esterno funzionava. Studiare all'estero era proibito. « Nessuno dei docenti di diritto pubblico o di politica di questo periodo ha studiato all'estero » ⁽³²⁴⁾. Il piano di studio delle facoltà di giurisprudenza includeva soltanto nozioni elementari di diritto pubblico. Al posto del diritto costituzionale veniva offerto l'insegnamento apolitico della « statistica » ⁽³²⁵⁾. « Le scienze dello Stato dovettero rimanere ferme per più di ottant'anni ai principî enunciati da Sonnenfels » ⁽³²⁶⁾. La dottrina generale dello Stato era insegnata secondo il manuale di Martini, riveduto da Egger ⁽³²⁷⁾. Così, la scienza del diritto pubblico austriaco nella prima metà dell'Ottocento si mostra pressoché atrofizzata. Per usare una sola frase, forse

⁽³²¹⁾ N. V. PRERADOVICH, *Die Führungsschichten in Österreich und Preußen (1804-1918)*, 1955; H. STEKL, *Österreichische Aristokratie im Vormärz. Herrschaftsstil und Lebensformen der Fürstenhäuser Liechtenstein und Schwarzenberg*, 1973; A. SCHMIDT-BRENTANO, *Die Armee in Österreich. Militär, Staat und Gesellschaft 1848-1867*, 1975.

⁽³²²⁾ V. BIBL, *Die niederösterreichischen Stände im Vormärz*, Wien 1911; CH.L. MUELLER, *The Estates of Styria 1740-1848*, tesi, University of Virginia.

⁽³²³⁾ A. WIESNER, *Denkwürdigkeiten der österreichischen Zensur vom Zeitalter der Reformation bis auf die Gegenwart*, 1947; J. MARX, *Die österreichische Zensur im Vormärz*, Wien 1959.

⁽³²⁴⁾ F. ENGEL-JÁNOSI, *Die Theorie vom Staat im deutschen Österreich 1815-1848*, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », 2 (1921), 360.

⁽³²⁵⁾ J. SPRINGER, *Statistik des österreichischen Kaiserstaates*, 2 voll., Wien 1840.

⁽³²⁶⁾ ENGEL-JÁNOSI (nt. 324), 362.

⁽³²⁷⁾ Wien-Triest 1809. Interessante, non come testo d'insegnamento ma per le informazioni sul paese e sull'epoca, è A. V. KRAUSS, *Das christliche Staatsprinzip*, Wien 1840 (= 2ª ed. dello scritto pubblicato anonimamente *Versuch, die Staatswissenschaft auf unwandelbarer Grundlage festzustellen, von einem Staatmanne*, Wien 1835). Cfr. *supra*, nt. 317.

messa anche troppo in risalto, ciò significò che « una scienza dello Stato e una dottrina del diritto pubblico, un loro sviluppo e un loro insegnamento, non sono rintracciabili nell'Austria del *Vormärz* »⁽³²⁸⁾.

In quella situazione costituzionale, che si presentava in sostanziale continuità con l'*ancien régime*, si poteva continuare a fare riferimento agli scritti degli autori del tempo di Maria Teresa e di Giuseppe II. Ciò che c'era da dire a proposito dei fondamenti giuridici della monarchia asburgica era già stato espresso allora⁽³²⁹⁾. Dato che la situazione del diritto pubblico successiva al Congresso di Vienna non sembrava aver bisogno di nuovi commenti, e che le università non avevano alcuna libertà di manovra, rimase soltanto la possibilità di coltivare gli studi in statistica e in diritto amministrativo, come dimostrano, per esempio, l'opera ricca di materiali ma priva di ambizioni scientifiche di Johann Ludwig von Barth-Barthenheim⁽³³⁰⁾ e — poco dopo la rivoluzione del 1848 — quella di Moritz von Stubenrauch⁽³³¹⁾. Quest'ultimo scrisse un manuale che divenne il punto di riferimento per la prassi, nel quale venivano descritti prima la struttura dell'amministrazione e della burocrazia, poi i procedimenti amministrativi e infine, ripartita secondo i diversi campi di attività, la parte speciale del diritto amministrativo. Il risultato, simile alle opere di Friedrich Christoph Jonathan Fischer e di Günter Heinrich von Berg nel Settecento⁽³³²⁾, è un ricco compendio dell'attività amministrativa — nella sua terza edizione

⁽³²⁸⁾ R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2ª ed., 1968, 330.

⁽³²⁹⁾ CHR.A. V. BECK, *Specimen Iuris publici Austriaci*, Wien 1750; F.F. V. SCHRÖTTER, *Grundriß des österreichischen Staatsrechtes*, Wien 1775; ID., *Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrechte*, Wien 1762-1766; I. DE LUCA, *Vorlesungen über die österreichische Staatsverfassung*, Wien 1792; J. KROPATSCHEK, *Oesterreichs Staatsverfassung, vereint mit den zusammengezogenen bestehenden Gesetzen*, 10 voll., Wien 1794 e supplementi 1804, 1810; J. V. HORMAYR, *Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrechte*, 1808 (su di lui HEIGEL, in ADB, 13, 1881, 131 a 135).

⁽³³⁰⁾ J.L.E. GRAF V. BARTH-BARTHENHEIM, *Das Ganze der österreichischen politischen Administration mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzogthum Oesterreich unter der Enns*, 3 voll., Wien 1838, 1841, 1846; ulteriori opere in MOHL, II, 341.

⁽³³¹⁾ M. V. STUBENRAUCH, *Handbuch der österreichischen Verwaltungs-Gesetzkunde nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung*, 2 voll., Wien 1851-2, 2ª ed. 1855, 3ª ed. 1861.

⁽³³²⁾ *Geschichte*, 387 ss. (trad. it. 529 ss).

sfiora le 1500 pagine —, che in larga misura è però schiacciato sul piano del formalismo giuridico e che è redatto secondo lo stile dogmatico della pandettistica positivista.

Secondo l'inquadramento teorico elaborato da Robert von Mohl in quegli stessi anni, il diritto amministrativo austriaco del 1848 era ancora allo stadio di una mera silloge della legislazione ⁽³³³⁾, accessibile soltanto attraverso poche monografie ⁽³³⁴⁾, e, in generale, era un tipo di « scienza di polizia » ripartita secondo le varie materie, in conformità con il modello di Joseph von Sonnenfels ⁽³³⁵⁾. È possibile sostenere che il caustico giudizio sul diritto amministrativo austriaco di quegli anni formulato da Mohl — che ne mette in evidenza « la riduzione al silenzio [...], il ricorso a enumerazioni acritiche [...], una generale confusione su tutti i concetti della dottrina dello Stato [...] e una scarsa propensione a elaborare istituzioni più libere », in sintesi « il predominio assoluto dell'aula! » — ⁽³³⁶⁾ contiene un nucleo di verità, anche se bisogna considerare che Mohl esprime questo parere nella prospettiva del suo liberalismo costituzionale, che egli ovviamente ritiene il solo punto di vista corretto.

⁽³³³⁾ W.G. KOPETZ, *Oesterreichische politische Gesetzeskunde oder systematische Darstellung der politischen Verwaltung in den deutschen böhmischen und galizischen Provinzen des oesterreichischen Kaiserthums*, 2 voll., Wien 1807, 1819; E. MAYERHOFER, *Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst bei den Landes-, Kreis- und Bezirksbehörden im Kaiserthum Oesterreich*, Wien 1855.

⁽³³⁴⁾ MOHL, II, 338, 341 ss.

⁽³³⁵⁾ *Geschichte*, 382 (trad. it. 511) con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽³³⁶⁾ MOHL, II, 344 s.

CAPITOLO V
GLI ESORDI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO
PRIMA DEL 1848

I. Introduzione — 1. Quadro generale. — 2. La formazione amministrativa. — 3. Il mutamento del ruolo dello Stato. — 4. Il controllo dell'amministrazione. — II. Scienza di polizia, diritto di polizia e diritto amministrativo. — 1. La scienza di polizia prima del 1800. — 2. La scienza di polizia nel passaggio verso il primo costituzionalismo. — III. La prima fase di un diritto amministrativo autonomo. — 1. R. v. Mohl. — 2. Il diritto amministrativo prima del 1848. — 3. Conclusioni.

I. *Introduzione.*

1. *Quadro generale.*

L'Ottocento non è soltanto il secolo del movimento costituzionale ma, soprattutto in Germania, è anche il secolo dell'amministrazione e del diritto amministrativo ⁽¹⁾. Da tempo immemorabile la Germania, rispetto agli altri Stati europei, è stata ritenuta forte per la sua tradizione amministrativa ma debole sul piano della riflessione sulla forma politica dello Stato come espressione di una società consapevole. Allo stesso modo, pochi sono i teorici dello Stato tedeschi di livello europeo, mentre molti e fondamentali sono i teorici tedeschi dell'amministrazione ⁽²⁾. Questa interpretazione trova conferma proprio nell'Ottocento, con Robert von Mohl, Lorenz von Stein, Rudolf von Gneist e Otto Mayer.

Nonostante le rivoluzioni e lo sviluppo di un dibattito pubblico

⁽¹⁾ E. FORSTHOFF, *Der lästige Jurist*, in DÖV, 8 (1955), 648-650.

⁽²⁾ H. MAIER, *Die altere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2^a ed. 1980, 293; K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS (a cura di), *Persönlichkeiten der Verwaltung. Biographien zur deutschen Verwaltungsgeschichte 1648-1945*, 1991.

e parlamentare, la narrazione della vita di tutti i giorni era dettata dall'amministrazione. Lo « Stato quotidiano » era lo Stato amministrativo. La classe dirigente era formata da funzionari, ecclesiastici, ufficiali, proprietari terrieri, fabbricanti e commercianti. Prima del 1848 non esistevano politici di professione, legati a un partito, e dunque erano gli alti funzionari a incarnare l'immagine del potere pubblico.

Fondamentali erano pertanto le scienze dell'amministrazione e i percorsi formativi ad esse collegati. All'inizio del secolo, sia dietro allo sviluppo della « scienza di polizia » derivata dall'*ancien régime*, sia dietro la graduale formazione di un diritto speciale al servizio della « polizia » oppure della « amministrazione », sia dietro alla stessa concezione dello « Stato di diritto » ⁽³⁾, si cela la convinzione che lo Stato di diritto sia « lo Stato del diritto amministrativo ben organizzato » (O. Mayer). Il lasso di tempo che intercorre tra la prima comparsa dei termini « Stato di diritto » e « diritto amministrativo » e la costruzione di quest'ultimo — attraverso la formulazione di una « parte generale » verso la fine dell'Ottocento — come una disciplina scientifica autonoma, coincide con il lungo cammino che va dal tardo assolutismo fino allo Stato interventista della società industriale, passando attraverso il *Vormärz* e il liberalismo ⁽⁴⁾.

Durante questo percorso si separano quelle discipline che erano tenute insieme dalla concezione dello Stato di benessere (*Wohlfahrtsstaat*) tipica dell'assolutismo illuminato. Si disgrega così l'« unità delle scienze dell'amministrazione » ⁽⁵⁾, espressa tradizionalmente dal termine « polizia », dando luogo a materie come l'economia nazionale, la scienza delle finanze, la statistica, la scienza agraria e forestale, la medicina veterinaria e altre discipline tecniche caratterizzate da percorsi formativi autonomi. Nel corso dell'ultimo decennio del Settecento, dal fulcro della « scienza di polizia » si distacca

⁽³⁾ M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in HRG, IV (1990) 367-375, con ampia documentazione.

⁽⁴⁾ H. DÖRNER, *Erster Weltkrieg und Privatrecht*, in « Rechtstheorie », 17 (1986) 385 ss.; M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, in « Zeitschrift f. Neuere Rechtsgeschichte » 1989, 129-146.

⁽⁵⁾ H.E. BÖDEKER, « Verwaltung », « Regierung » und « Polizei » in *deutschen Wörterbüchern und Lexika des 18. Jahrhunderts*, in « Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte », 1 (1989) 15 s.

quel « diritto di polizia » che, accolto non senza scetticismo dalle facoltà giuridiche, rappresenta il punto di partenza per la costruzione delle nuove discipline del diritto amministrativo e del diritto dell'amministrazione ⁽⁶⁾. La scienza di polizia in senso proprio rimase materia d'insegnamento nelle facoltà di scienze dello Stato e di economia pubblica. La sua importanza per la formazione dei giuristi della pubblica amministrazione rimase ancora indiscussa, anche se era destinata a perdere rilevanza nel corso del secolo.

Dopo il 1848, il tentativo di depurare la scienza giuridica da elementi storici, politici ed economici assunse proporzioni sempre più rilevanti. La scienza di polizia, trasfigurata ormai in una « scienza dell'amministrazione », dovette lasciare — sempre che l'avesse ottenuto — il posto che aveva trovato all'interno delle facoltà giuridiche. L'Austria in questo caso occupa una posizione particolare, perché conservò una tradizione autonoma della scienza dell'amministrazione ⁽⁷⁾.

Questi cambiamenti sono legati alle politiche costituzionali dei singoli territori. Laddove esistevano delle costituzioni, venne attuata in maniera relativamente rapida la separazione tra diritto della costituzione (*Konstitutionsrecht*) e diritto dell'amministrazione (*Administrativrecht*), da cui derivò la corrispondente distinzione dei corsi universitari e delle pubblicazioni scientifiche. Laddove invece, come in Prussia e in Austria, si rimase in una situazione di assenza di carte costituzionali, le dichiarazioni sul diritto costituzionale materiale furono, ovviamente, rare; le energie venivano concentrate sul diritto amministrativo, che però in assenza di una « idea di costituzione » non poteva trovare un adeguato approfondimento scientifico. È per questo motivo che negli Stati non costituzionali rimase più a lungo in vita la tradizionale scienza di polizia a base multidisciplinare, che a volte sopravvisse fino agli anni sessanta e settanta dell'Ottocento.

2. *La formazione amministrativa.*

La necessità per l'amministrazione di poter contare su funzionari dotati di specifiche competenze giuridiche cresce per tutto il

⁽⁶⁾ *Geschichte*, 386 ss. (trad. it. 517 ss.)

⁽⁷⁾ *Infra*, cap. 9, IV.

corso dell'Ottocento, riflettendosi ovviamente al livello della loro formazione. Per usare una formula sintetica, si tratta del passaggio « dalla formazione camerale al primato dei giuristi (*Juristenprivileg*) » (8). Già nel primo trentennio dell'Ottocento « in Prussia la formazione camerale dei funzionari amministrativi di rango superiore fu soppiantata dall'insegnamento dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, e dunque da una formazione praticamente identica a quella necessaria per diventare giudice. Successivamente, per la nuova generazione di funzionari amministrativi si diffuse, anche negli altri Stati tedeschi e infine nel Württemberg, una abilitazione orientata in senso giuridico e giudiziario » (9). Per secoli i due percorsi di formazione si erano svolti parallelamente. Quelli che miravano alla carriera amministrativa studiavano le scienze camerali (*stud. cam.*) e cercavano impiego come uditori governativi (10). Chi preferiva la giustizia e l'avvocatura studiava la scienza giuridica (*stud. jur.*). Coloro i quali non volevano ancora prendere una netta decisione univano i due profili (*stud. jur. et cam.*), anche se col passare degli anni la parte di studio dedicata alla scienza giuridica si dimostrò predominante (11), soprattutto perché all'interno della formazione camerale non si riuscì a ideare un esame finale unitario e « adeguato alla carriera ». « La formazione giuridica di base finì per occupare lo spazio lasciato vacante dalla camerale » (12). In questo modo si giunse a una graduale giuridicizzazione dell'amministrazione e al conseguente declassamento all'interno del-

(8) W. BLEEK, *Von der Kameralausbildung zum Juristenprivileg. Studium, Prüfung und Ausbildung der höheren Beamten des allgemeinen Verwaltungsdienstes in Deutschland im 18. und 19. Jahrhundert*, 1972 (cfr. K. LUIG, in ZHF, 2, 1975, 122-124). — Sui funzionari e soprattutto sugli aspetti storico-sociali di questi apparati si veda anche H. HENNING, *Die deutsche Beamtenerschaft im 19. Jahrhundert. Zwischen Stand und Beruf*, 1984; sulla riorganizzazione della formazione e sul concetto di istruzione dei funzionari, si veda ora B. SCHMINNES, *Bildung und Staatsbildung: theoretische Bildung und höhere Staatsverwaltungstätigkeit. Entwicklungen in Preußen im 18. und frühen 19. Jahrhundert*, Kleve 1994.

(9) BLEEK (nt. 8), 286.

(10) R. GRAF V. WESTPHALEN, *Akademisches Privileg und demokratischer Staat*, 1979, in particolare 91 ss.

(11) A. MEHRLEIN, *Die Zweiteilung der Juristenausbildung als systemstabilisierender Faktor in Preußen im 19. Jahrhundert*, tesi, Frankfurt 1976.

(12) MEHRLEIN (nt. 11), 32.

l'amministrazione delle conoscenze tecniche, economiche e di scienza delle finanze⁽¹³⁾. I funzionari amministrativi si trasformarono in giuristi dell'amministrazione, che si ritenevano giuristi sul piano metodologico e i cui modelli rinviavano alla dogmatica civilistica. In questo modo, il doppio tracciato della formazione post-universitaria dei giuristi dell'amministrazione e dei giuristi dell'apparato giudiziario divenne sempre meno giustificato. I programmi delle facoltà giuridiche iniziarono a comprendere anche il diritto amministrativo, e allo stesso modo i nuovi corsi di formazione giuridica specialistica⁽¹⁴⁾ dedicarono ampio spazio al diritto costituzionale e amministrativo⁽¹⁵⁾. Sul terreno della vecchia formazione camerale già a partire dal tardo Settecento nacquero istituti propriamente dedicati alle scienze dello Stato e dell'economia e percorsi di formazione⁽¹⁶⁾

(13) D.F. LINDENFELD, *The Decline of Polizeiwissenschaft: Continuity and Change in the Study of Administration in German Universities during the 19th Century*, in « Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte », 1 (1989), 141 s.

(14) Königsberg 1840, Halle 1853, Greifswald 1856, Bonn 1872, Berlino 1875, Friburgo e Heidelberg 1889. Cfr. A. HOLLERBACH, *100 Jahre Juristisches Seminar*, in « Freiburger Universitätsblätter », 108 (1990), 41-51.

(15) P. DAUDE-M. WOLFF, *Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prüfung in den deutschen Bundesstaaten*, 1903.

(16) L.H. JAKOB, *Ueber Cursus und Studien-Plan für angehende Cameralisten*, Halle 1805; A. HÜNE, *Über den Nutzen des Studiums der Kameralwissenschaften insgesamt und der öconomischen etc. etc. insbesondere, mit vorzüglicher Rücksicht auf diejenigen, welche sich der Beamten-Carriere widmen wollen*, in « Hannoversches Magazin », 1822, 417-437; K.D.H. RAU, *Ueber die Kameralwissenschaft, Entwicklung ihres Wesens und ihrer Theile*, Heidelberg 1823; ID., *Gedanken über die wissenschaftliche Vorbereitung zum Administrativfache*, in « (Raus) Archiv der politischen Oekonomie und Polizeiwissenschaft », 2 (1835) 77-91; R. MOHL, *Ueber die Errichtung staatswissenschaftlicher Fakultäten auf den deutschen Universitäten*, in « Deutsche Vierteljahrs-Schrift », 1840, 237-257, e in ID., *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. Monographien*, 3 voll. Tübingen 1860-1869, vol. 3, 220-241; JOHN G. HOFFMANN, *Das Verhältnis der Staatsgewalt zu den Vorstellungen ihrer Untergebenen. Ein Beitrag zur Erleichterung gründlicher Urtheile über die Anforderungen, welche das Zeitalter an die Staatsverwaltungen macht*, Berlin 1842; ID., *Die Erfordernisse praktischer Dienst-Prüfungen für die innere Staatsverwaltung. Mit besonderer Beziehung auf Württemberg*, in *ZgStW*, 2 (1845), 673-705; G.E. FISCHER, *Ueber die Errichtung staatswissenschaftlicher Seminarier auf den deutschen Universitäten, nebst einem Bericht über das staatswissenschaftliche Seminar zu Jena*, Jena 1857; L.J. GERSTNER, *Ueber staatswissenschaftliche Seminarier an den deutschen Universitäten mit besonderer Rücksicht auf die bayerischen*, in *ZgStW*, 15 (1859), 639-664.

dai quali in seguito si svilupparono le nuove facoltà di scienze economiche (17).

Lo sviluppo della situazione prussiana in questo senso è esemplare (18). In Prussia erano stati istituiti già nel 1755 gli esami di Stato per i giuristi dell'apparato giudiziario e, parallelamente, nel 1770, gli esami di Stato per i funzionari amministrativi. Tali prove dovevano essere sostenute di fronte alla celebre *Oberexaminationskommission*, e vertevano principalmente sulle discipline camerali. Le riforme introdotte dopo il 1806 sostituirono la concezione assolutistica promuovendo quella dello « Stato di diritto ». Nel 1817 per la prima volta fu richiesta ai futuri funzionari amministrativi « una profonda conoscenza del diritto » (19). Il regolamento del 14 febbraio 1846 (20) stabilì in maniera indiretta ma inequivocabile la necessità di una preparazione giuridica di livello universitario. Si trattava della « chiara affermazione della necessità di una formazione giuridica di base per poter ottenere l'idoneità a svolgere le funzioni amministrative superiori » (21). Fino agli anni ottanta dell'Ottocento il termine « formazione giuridica di base » indica in realtà quasi esclusivamente una specifica conoscenza del diritto civile e del diritto penale basata su un'ampia preparazione generale. Per quanto riguardava la formazione camerale il candidato doveva dimostrare « di avere acquisito familiarità con le scienze dello Stato, di avere assimilato i fondamenti dell'economia nazionale, delle scienze di polizia e della finanza, e di avere acquisito conoscenze almeno basilari nelle discipline cameralistiche sussidiarie, e in particolare

(17) Esemplare K. E. BORN, *Geschichte der Wirtschaftswissenschaften an der Universität Tübingen 1817-1967. Staatswirtschaftliche Fakultät — Staatswissenschaftliche Fakultät — Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung der Rechts und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät*, 1967.

(18) BLEEK (nt. 8), 108 ss.

(19) Nel 1844 erano materie obbligatorie: logica, enciclopedia e metodologia giuridica, diritto naturale (filosofia del diritto), storia e istituzioni di diritto romano, pandette, storia del diritto tedesco, diritto privato tedesco, diritto ecclesiastico e feudale, diritto delle genti europeo, diritto pubblico tedesco, diritto criminale, medicina legale, diritto privato prussiano, procedura civile e penale generale. BLEEK (nt. 8), e s.

(20) Regolamento sull'idoneità alle cariche superiori dell'amministrazione del 14 febbraio 1846, *PrGS* 1846, 199-210.

(21) BLEEK (nt. 8), 137.

dell'economia agraria » (22). Il diritto pubblico non godeva di una particolare considerazione né in quanto diritto costituzionale né in quanto diritto amministrativo, nonostante l'istituzionalizzazione del corso di « diritto pubblico tedesco ». Senza una costituzione, il diritto pubblico risultava non solo infruttuoso ma anche politicamente rischioso. Il diritto amministrativo aveva, si potrebbe dire, l'aspetto della mera somma di una congerie di direttive, e pertanto la sua conoscenza non era richiesta ai candidati dell'esame di primo livello: questo era il motivo della sua assenza dal piano di studi. A danno della dottrina generale dello Stato, era diffusa la convinzione che « gli sconvolgimenti politici, il caos e le rivoluzioni del tempo fossero stati cagionati in gran parte dall'errato insegnamento del diritto pubblico generale » (23). Se il diritto pubblico venne comunque insegnato, ciò avvenne quasi esclusivamente nei gradi amministrativi successivi al primo esame, quando ci si preparava a sostenere il terzo e più difficile esame di Stato. E tuttavia anche qui il diritto pubblico rimaneva comunque in secondo piano. Per l'esame conclusivo della formazione amministrativa in Prussia, prima del 1879 gli scritti — da redigere in sei settimane — vertevano sulle scienze dello Stato, sul diritto di polizia e sul diritto della finanza. Soltanto successivamente furono introdotti altri due scritti, uno di diritto pubblico e uno di economia nazionale e statale (24).

Mentre in Prussia le scienze camerali, rimanendo ancora all'interno delle facoltà filosofiche, con l'allargamento delle competenze giuridiche richieste per la formazione dei funzionari finirono per assumere necessariamente una posizione marginale, le cose si svilupparono in maniera profondamente diversa nella Germania meridionale (25). Qui erano stati fondati molto presto istituti di scienze dello Stato, presso i quali avveniva la formazione dei funzionari

(22) BLEEK (nt. 8), 135 e s. (136).

(23) Circolare del ministero della cultura prussiano datata 11. 9. 1824, cit. da BLEEK (nt. 8), 115.

(24) P. DAUDE-M. WOLFF, *Die Ordnung des Rechtsstudiums und der ersten juristischen Prüfung im Königreich Preußen*, 1908; GERLAND, *Die Reform des juristischen Studiums*, 1911; D.F. LINDENFELD, *The Education of Prussian Higher Civil Servants in the Staatswissenschaften, 1897-1914*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, 1986, 201 e s.

(25) Indici delle lezioni in LINDENFELD (nt. 13).

(Giessen 1777, Marburgo 1790, Landshut-Monaco 1817, Tubinga 1817). Questa garanzia istituzionale ritardò fino all'Ottocento lo sviluppo di un « primato dei giuristi »⁽²⁶⁾.

Nel Württemberg, in particolare, il *Collegium illustre*⁽²⁷⁾ di Tubinga e la *Hobe Karlsschule* di Stoccarda⁽²⁸⁾ rappresentarono i primi tentativi di creare corsi di formazione specialistica per i funzionari al di fuori delle università. A partire dal 1798 insegnò scienze camerali a Tubinga Friedrich Karl von Fulda (1774-1847)⁽²⁹⁾, che nel ricordo di Mohl fu « uomo notevole nella vita privata ma privo di spirito, docente indescrivibilmente noioso e indietro di mezzo secolo nelle sue conoscenze di economia nazionale. Era rimasto fermo alla fisiocrazia e si preoccupava di mettere in guardia i suoi ascoltatori dalla lettura di Adam Smith »⁽³⁰⁾. Attraverso l'istituzione di una facoltà di economia pubblica (1817)⁽³¹⁾, il cui fautore principale fu Friedrich List (1780-1846)⁽³²⁾, tale disciplina iniziò a essere insegnata, senza riuscire però ad affermarsi all'interno della formazione amministrativa nei confronti del tradizionale tirocinio pratico della « carriera del funzionario pubblico ». Solo quando nel 1828 Mohl fu nominato professore di « diritto pubblico, politica, scienza di polizia, enciclopedia delle scienze statali », si riuscì a rendere « quasi obbligatoria » la formazione in materia di scienze dello Stato per i funzionari amministrativi superiori⁽³³⁾. Il modello della formazione

⁽²⁶⁾ BLEEK (nt. 8), 68, 194 ss. con indicazioni complete.

⁽²⁷⁾ N. CONRADS, *Ritterakademien der frühen Neuzeit. Bildung als Standesprivileg im 16. und 17. Jahrhundert*, 1982, 105 ss.

⁽²⁸⁾ R. UHLAND, *Geschichte der Hohen Karlsschule in Stuttgart*, 1953.

⁽²⁹⁾ F.K. v. FULDA, *Ueber das Cameralstudium in Württemberg*, Tübingen 1808; ID., *Grundsätze der ökonomisch-politischen oder Cameralwissenschaften*, Tübingen 1816, 2^a ed. 1820. Su di lui cfr. J. FRANCK, in ADB, 8 (1878), 192; LIPPERT, *HdBStatsWiss*, 2^a ed., vol. 3 (1900), 1289 s.; P. GEHRING, in NDB, 5 (1961), 726 e s. con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽³⁰⁾ MOHL, *Lebenserinnerungen*, I, 92 e s., 166.

⁽³¹⁾ BORN (nt. 17) 10 e s. in riferimento a P. GEHRING, *Friedrich List, Jugend- und Reifejahre 1789-1825*, 1964, 163-181, 454-458.

⁽³²⁾ GEHRING (nt. 31). Spiega bene l'umore del tempo il testo di K. WELCKER in ROTTECK-WELCKER, *Staats-Lexicon*, 2^a ed. vol. 8 (1847), 555-561.

⁽³³⁾ BLEEK (nt. 8), 210.

amministrativa ⁽³⁴⁾ proposto nel 1837 nel Württemberg fu sostituito già nel 1844 con un nuovo modello, centrato sulle scienze giuridiche ⁽³⁵⁾. Ciò significò il declino della formazione specialistica per i cosiddetti *Regiminalisten*, che fu definitivamente soppressa alla fine dell'Ottocento ⁽³⁶⁾.

In generale, la progressiva erosione di una formazione esclusivamente centrata sulle scienze dello Stato e il parallelo rafforzamento dell'elemento giuridico nella formazione amministrativa avvenne in maniera omogenea in tutti gli Stati della Confederazione ⁽³⁷⁾. Nel Baden una competenza cameralistica era richiesta ormai soltanto ai funzionari nell'amministrazione finanziaria, mentre per i giuristi dell'apparato giudiziario e per i giuristi dell'amministrazione sempre minori erano le conoscenze richieste in ambito di scienza di polizia e di economia nazionale ⁽³⁸⁾. A partire dal 1880 il termine generico « scienza di polizia » indica ormai il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione; nel 1897 il diritto amministrativo soppianta anche a livello terminologico la scienza di polizia ⁽³⁹⁾. In Baviera già nel 1809 era stato istituito il sistema del concorso, ancora oggi vigente, ossia un esame unitario su materie giuridiche, scienze di polizia e cameralistica, cui seguiva una formazione unitaria nel

⁽³⁴⁾ Approfondito BLEEK (nt. 8), 213 e s.

⁽³⁵⁾ *Contra* MOHL, *Ueber die wissenschaftliche Bildung der Beamten in den Ministerien des Innern. Mit besonderer Anwendung auf Württemberg*, in ZgStW, 2 (1845), 129-184. Al proposito BLEEK (nt. 8), 240 e s.

⁽³⁶⁾ L. JOLLY, *Die Ausbildung der Verwaltungsbeamten*, in ZgStW, 31 (1875), 420-436.

⁽³⁷⁾ BLEEK (nt. 8), 262 ss.

⁽³⁸⁾ G. SCHÖNBERG, *Die Vorschriften im Großherzogtum Baden über die Vorbereitung zum öffentlichen Dienst in der Justiz und der inneren Staatsverwaltung*, in *Die Vorbildung zum höheren Verwaltungsdienste in den deutschen Staaten, Österreich und Frankreich* (Schr. d. Vereins f. Socialpolitik, vol. 34), Leipzig 1887, 129-148.

⁽³⁹⁾ Il capitolato sulla preparazione al servizio pubblico nella giustizia e nell'amministrazione interna dello Stato, *Vorbereitung zum öffentlichen Dienst in der Justiz- und der inneren Staatsverwaltung*, Großherzogl. Bad.RegBl 1853, 429, indica al § 3 il diritto pubblico (*Verfassungs- und Verwaltungsrecht*) e la scienza di polizia come corsi obbligatori. Sull'ordinanza del 17 novembre 1899, GVBl Baden 1899, 647-652 cfr. H. BLEICHER, *Die Vorschriften über die Ausbildung der Juristen in Baden*, 3^a ed. Karlsruhe 1908 come pure A. HOLLERBACH, *Die Entwicklung des Verwaltungsrechts als akademische Disziplin und Prüfungsfach an der Universität Freiburg i. Br.*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 285-305 (287).

senso dell'odierno tirocinio ⁽⁴⁰⁾. A partire dal 1830 erano materia del primo esame gli elementi di « diritto pubblico generale e particolare della Baviera » insieme alla « scienza e diritto di polizia » ⁽⁴¹⁾. Tra il 1893 e il 1910 la « scienza di polizia » fu poi sostituita, anche se non in maniera del tutto coerente, dalla « legislazione sociale », e il « diritto di polizia » dal « diritto amministrativo » ⁽⁴²⁾.

La formazione amministrativa seguì un percorso formalmente analogo in Austria dove, a partire dalle riforme giuseppine, la giurisprudenza, la scienza dello Stato e la cameralistica furono riunite presso le facoltà giuridiche, che però fino al 1850 si cristallizzarono a livello di contenuti sulle concezioni dell'*ancien régime* ⁽⁴³⁾. Le cose iniziarono a cambiare solo successivamente, nell'ambito delle riforme di Thun-Hohenstein; nel 1855 venne chiamato Lorenz von Stein, e alla fine del secolo l'università di Vienna era tra le migliori in assoluto. L'Austria aveva mantenuto, in maniera più pronunciata rispetto agli altri Stati, l'elemento delle scienze dello Stato (scienza dell'amministrazione) ⁽⁴⁴⁾ all'interno della formazione dei giuristi ⁽⁴⁵⁾. È indicativo che la fondamentale ordinanza del

⁽⁴⁰⁾ O. KOLLMANN, *Zur Entwicklung des Ausbildungs- und Prüfungswesens für Richteramt, höheren Verwaltungsdienst, Rechtsanwaltschaft und Notariat in Bayern*, in « Festschr. f. W. Laforet », 1952, 445-472.

⁽⁴¹⁾ Kgl. *Verordnung, die Concursprüfung der zum Staatsdienste aspirierenden Rechts-Candidaten betr.*, RGBll830, 581, § 12.

⁽⁴²⁾ BLEEK (nt. 8), 266 nt. 13.

⁽⁴³⁾ BLEEK (nt. 8), 267 e s.

⁽⁴⁴⁾ L. v. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, in 7 parti, Stuttgart 1865-1868, 2^a ed. 1869-1883, parte VIII 1884 (ristampa 1962); Id., *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*, Stuttgart 1870, 2^a ed. 1876, 3^a ed. 1888; K.TH. v. INAMA-STERNEGG, *Verwaltungslehre in Umrissen*, Innsbruck 1870; L. GUMPCOWICZ, *Verwaltungslehre mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Verwaltungsrechts*, Innsbruck 1882.

⁽⁴⁵⁾ K. FRHR. v. LEHMAYER, *Die Ausbildung zum höheren Verwaltungsdienste in Oesterreich*, in *Die Vorbildung zum höheren Verwaltungsdienste in den Deutschen Staaten, Oesterreich und Frankreich* (Schr. d. Vereins f. Socialpolitik, 34), Leipzig 1887, 23-54; K.TH. v. INAMA-STERNEGG, *Die Entwicklung der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts seit dem Tode von Lorenz von Stein*, in « Zeitschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung », 11 (1902), 137-152. Presentazione riassuntiva di K. WENGER, *Lorenz von Stein und die Entwicklung der Verwaltungswissenschaft in Österreich*, in R. SCHNUR (a cura di), *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, 1978, 479-501.

1855 ⁽⁴⁶⁾ non usi il termine « diritto amministrativo », ma ricorra all'espressione « legislazione austriaca amministrativa e di finanza » (*Österreichische Verwaltungs- und Finanz-Gesetzkunde*).

In Sassonia ⁽⁴⁷⁾, Hannover ⁽⁴⁸⁾, nei due Stati dell'Assia ⁽⁴⁹⁾ e nel Nassau ⁽⁵⁰⁾ per l'amministrazione (con l'eccezione del ramo finanziario) vigevano sostanzialmente sistemi di formazione unitaria, che affiancavano la preparazione in scienza dello Stato allo studio della giurisprudenza. Ovunque diventava sempre più centrale la dimensione giuridica. Nel suo complesso rimaneva invece arretrata la struttura degli esami di Stato nei due territori del Meclemburgo ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁶⁾ Disposizioni sugli studi e le prestazioni necessarie per l'accesso al servizio di Stato austriaco, decreto del 2 ottobre 1855, in H. ORTLOFF, *Methodologie oder Lehre des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaft, nebst Deutschen Studien- und Examinationsordnungen*, Braunschweig 1863, 135 ss.

⁽⁴⁷⁾ Nel piano di studi della facoltà giuridica di Lipsia del 1861 (ORTLOFF, op. cit., 168 e s.) erano previsti il « diritto pubblico tedesco ed il diritto pubblico della Confederazione » come pure il « diritto pubblico della Sassonia » (facoltativo), ma non comparivano né la scienza di polizia né il diritto amministrativo, mentre nel primo esame erano possibili anche domande di « economia nazionale, diritto amministrativo, politica costituzionale e amministrativa ». Cfr. anche BLEEK (nt. 8), 269-283 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁽⁴⁸⁾ H. MOHNHAUPT, *Vorstufen der Wissenschaften von „Verwaltung“ und „Verwaltungsrecht“ an der Universität Göttingen (1750-1830)*, in « Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte », 1 (1989), 73-103.

⁽⁴⁹⁾ ORTLOFF (nt. 46), 204 e s. La facoltà giuridica di Marburgo stabilì nel 1861 solamente che per superare l'esame occorre la conoscenza « delle principali discipline appartenenti al campo della scienza del diritto ». La prova era superata dai candidati che « almeno *ad multas quaestiones recte respondit* ». Negli esami di Stato veniva richiesta la redazione di un atto del processo civile e il superamento di un esame orale « su insegnamenti di diritto romano, diritto privato tedesco, diritto feudale, statale, ecclesiastico e criminale, procedura criminale e civile », e una esegesi di diritto romano.

⁽⁵⁰⁾ ORTLOFF (nt. 46), 272 ss.

⁽⁵¹⁾ ORTLOFF (nt. 46) 222-241. Per l'esame di avvocato nel 1837 si pretendeva « la traduzione e il commento di alcuni passi del *Corpus juris civilis*, la risposta a più quesiti sulle parti principali della scienza del diritto — alcune delle quali in lingua latina [...], la preparazione di un testo di accusa e di uno di difesa [...], di un contratto e di un testamento ». Nel Meclemburgo-Schwerin l'intero diritto pubblico ed ecclesiastico, il diritto feudale e il diritto territoriale furono eliminati dalle materie d'esame. I candidati per la « materia amministrativa » dovevano superare un « esame cameralistico » (disposizioni sull'accesso al ruolo di uditore, § 6, Reg. BI. f. d. Großherzogthum M. Schwerin 1859, 68 ss.).

Durante l'ultimo quarto dell'Ottocento ottenne inoltre notevole successo il modello prussiano di una preparazione « unitaria, orientata verso una formazione giuridica centrata sull'ambito giudiziario, caratterizzato dalla prevalenza del praticantato sullo studio accademico » (52).

La sempre maggiore importanza dell'elemento giuridico nel *curriculum* della formazione amministrativa non deve però essere confuso con un aumento delle competenze richieste nell'ambito del diritto pubblico. Il concetto di « formazione giuridica », ancora legato all'ideale umanistico di una cultura generale, continuava a indicare essenzialmente lo studio del diritto civile e del diritto penale. Le conoscenze nel campo del diritto pubblico, non molto diverse da quelle che un tempo venivano alimentate dalla pubblicistica dell'Impero, avevano un ruolo marginale. Il diritto amministrativo, che era poco più di una conoscenza pratica della normativa dello Stato d'appartenenza, si apprendeva meglio col tirocinio che non all'università. Nonostante i molti appelli volti a sottolineare l'importanza del diritto costituzionale e del diritto amministrativo (53), la situazione cambiò ben poco. In particolare, il diritto amministrativo rimaneva vago e — per usare le parole di Hoffmann, primo docente ufficiale di diritto amministrativo a Tubinga — « affidato alla buona volontà privata fuori dall'università » (54). Nel 1867, Ludwig Karl Aegidi osservò che la formazione giuridica consisteva essenzialmente di « pandette, pandette e ancora pandette », e che « la visione del diritto privato ne è così fortemente imbevuta che si finisce per far coincidere la riflessione giuridica con una sequenza di concezioni di diritto privato » (55). La difesa da parte di Aegidi dello studio del diritto pubblico e della sua pari dignità con le pandette, insieme all'idea che della « storia del diritto pubblico te-

(52) BLEEK (nt. 8), 285.

(53) W. SCHMIDLIN, *Ueber die Vorbereitung zum Staatsdienste im Verwaltungsfache, besonders im Departement der Finanzen*, Stuttgart 1834; K.H.B. HOFFMANN, *Ueber den Begriff, den Inhalt und die Bedeutung des positiven Staatsverwaltungsrechts in dessen engerem Sinne*, in *ZgStW*, 1 (1844), 190-219.

(54) HOFFMANN (nt. 53) 215.

(55) K.L. AEGIDI, *Gegen eine gewisse Einseitigkeit im akademischen Rechtsstudium*, in « *Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte* », a cura di K.L. Aegidi, I (1867), 104-111 (105 e s.).

desco » si dovessero occupare non i « cosiddetti germanisti » bensì i « pubblicisti », rimase però senza seguito. Ancora nel 1899 Philipp Zorn doveva constatare che « negli esami per uditore ancora oggi il diritto costituzionale recita la parte della cenerentola, e per queste prove il diritto amministrativo è come se non esistesse proprio »⁽⁵⁶⁾.

Questa situazione non era dovuta soltanto alle resistenze che accompagnavano i tentativi di cambiare regole e consuetudini delle prove d'esame, ma aveva ragioni più profonde, radicate nella situazione politica in cui si sviluppò nell'Ottocento il diritto pubblico. L'atteggiamento positivista verso il diritto pubblico, già dominante nella Germania meridionale, era sostenuto dalla consapevolezza di poter far conto su un fondamento di diritto costituzionale che poteva essere elaborato secondo i principî dello Stato di diritto e argomentato scientificamente. Chi guardava con favore alla costituzione doveva anche sottolineare l'accentuazione del ruolo del diritto pubblico nella formazione amministrativa. Negli Stati privi di una costituzione, nei quali l'amministrazione era diretta dal monarca e non era vincolata al parlamento, i liberali puntavano invece più al rispetto dell'autonomia privata, elaborata nel contesto del diritto civile, che all'indirizzo dogmatico che poteva sostenere lo Stato di diritto. Soltanto alla fine dell'Ottocento, quando iniziò a recuperare il ritardo accumulato sul piano della profondità della sua elaborazione scientifica, il diritto amministrativo fu visto con più simpatia, almeno negli ambienti politici conservatori, in seguito alla fondazione dell'Impero.

L'influenza esercitata verso l'esterno dalla letteratura sul diritto amministrativo prima del 1900 — da non confondersi con il significato scientifico che essa ha avuto all'interno del sistema di formazione in generale — va quindi ritenuto relativamente basso. « Il materiale biografico e le informazioni personali dei vecchi giuristi impegnati sul piano pratico », ha scritto Rudolf Smend nel 1939, « esercitano una notevole influenza attraverso la bibliografia politica, storica e dell'economia nazionale. La letteratura giuridica dell'amministrazione invece è più che altro trasmissione di un insegnamento

⁽⁵⁶⁾ PH. ZORN, prefazione a L. v. RÖNNE, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 5^a ed. 1899, vol. I, IV.

rivolto alla formazione e un ausilio tecnico per la prassi » (57). L'influsso di questo genere di letteratura sulla pratica giudiziaria prima della nascita della giurisdizione amministrativa era, effettivamente, minimo. La prevalenza della prassi sulla scienza, di conseguenza, mette in discussione anche la concezione, altrimenti fondata, secondo la quale la presenza di una materia tra i corsi d'insegnamento universitario è indice del suo generale apprezzamento e della sua relativa necessità a livello pratico. Tenendo presente che la frequenza dei corsi di diritto pubblico nell'Ottocento era scarsa rispetto alla corsa verso le materie pubblicistiche tanto in voga nel Settecento, al momento della sua formazione i corsi universitari di diritto amministrativo registravano una partecipazione molto bassa. Si spiega così perché le lezioni di diritto amministrativo fino al 1850 abbiano spesso rischiato di essere sospese, e perché la prima cattedra di diritto amministrativo (Tubinga, 1843) non riuscì a sopravvivere a lungo (58).

Dal quadro generale si evince che nel corso dell'Ottocento parallelamente all'insediamento della monarchia costituzionale, i contenuti della formazione per le nuove generazioni di funzionari si orientano verso il mutamento del concetto di legge che ne deriva e verso l'affermazione dello « Stato di diritto » come criterio fondamentale di giudizio (59). Di pari importanza sono i cambiamenti teorici e pratici a livello economico, che dovettero necessariamente influenzare i contenuti dello studio camerale. Durante l'Ottocento la cameralistica e la scienza di polizia, legate all'*ancien régime*, persero d'importanza rispetto alle più ampie tendenze alla giuridicizzazione e alla liberalizzazione. Quanto più si affermò l'impostazione metodologica del positivismo giuridico, stabilendo come obiettivo da perseguire la divergenza del lavoro giuridico dalla riflessione storica, economica e politica, tanto più le « materie reali » furono ridotte al rango di scienze ausiliari. Si sgretolò così la formazione dei funzio-

(57) R. SMEND, *Staatrechtliche Abhandlungen*, 2ª ed. 1968, 343.

(58) Cfr. l'articolo dal titolo certo non volutamente umoristico di M. EHRHARDT, *Zur Genealogie des Lehrstuhls Oppermann*, in D. BIRK ET AL. (a cura di), *Kulturverwaltungsrecht im Wandel*, 1981, 195-206.

(59) Riassuntivo H. HENNING, *Die deutsche Beamtenschaft im 19. Jahrhundert. Zwischen Stand und Beruf*, 1984.

nari affermata con tanta enfasi all'inizio del secolo ⁽⁶⁰⁾. La formazione giuridica tradizionale rappresentava ora il piedistallo sul quale erano appoggiate le « conoscenze utili » non organiche e quindi prive di ricadute di grande portata.

La scienza di polizia continuò a essere imperturbabilmente insegnata fino al 1848 « secondo i principî dello Stato di diritto » (Mohl), ma raggiunse i giuristi solo parzialmente. Dopo il 1850 scomparve quasi del tutto ⁽⁶¹⁾, rimanendo però, principalmente in Austria, oggetto della scienza dell'amministrazione. Il diritto amministrativo, già materia di studio all'epoca del *Vormärz* nell'ambito del diritto degli Stati territoriali, si rinforzò lentamente fino a divenire materia universitaria, con propri corsi d'insegnamento, dopo il 1850. Venne così introdotto anche in Baviera nel 1840 (Moy) e nel 1850 (Pözl) ⁽⁶²⁾, nel Württemberg a partire dal 1844 ⁽⁶³⁾, nel Baden nel 1863 (Bluntschli), in Assia-Darmstadt nel 1841-42 (Weiss), mentre a Gottinga bisognò attendere fino al 1876 ⁽⁶⁴⁾ e in tutta la Prussia fino al 1881.

3. *Il mutamento del ruolo dello Stato.*

Il generale declino della scienza di polizia, l'affermarsi di un monopolio dei giuristi all'interno dell'amministrazione, la conseguente elaborazione — prima in ambito regionale e poi su scala sempre più estesa — di una scienza del diritto amministrativo ⁽⁶⁵⁾, sono fenomeni che derivano dalla profonda trasformazione del ruolo dello Stato. L'idea, collegata al liberalismo, di una netta divisione tra i compiti dello Stato e i compiti della società, non comportò, come ci si sarebbe potuti aspettare, un ridimensionamento del ruolo dello

⁽⁶⁰⁾ BLEEK (nt. 8), 298.

⁽⁶¹⁾ A Gottinga sopravvisse fino al 1868. Cfr. P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, p. 12.

⁽⁶²⁾ Secondo l'indice delle lezioni a partire dal 1852.

⁽⁶³⁾ Le lezioni di Mohl sul diritto costituzionale e amministrativo del Württemberg vennero previste a partire dal 1824; l'inizio del corso viene segnato nel 1844 da K.H.B. Hoffmann.

⁽⁶⁴⁾ H. MOHNHAUPT (nt. 48), 73.

⁽⁶⁵⁾ B. DENNEWITZ, *Die Systeme des Verwaltungsrechts*, 1948; P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967; H.-J. FEIST, *Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin*, tesi, Köln 1967.

Stato, ma era invece con assoluta evidenza del tutto compatibile con un suo ulteriore rafforzamento. Senza questo rafforzamento del ruolo dello Stato non sarebbe stato possibile fare fronte a nuovi compiti. Già la riorganizzazione e l'unificazione dei territori statali a seguito delle guerre napoleoniche avevano richiesto sforzi notevoli. I poteri intermedi della nobiltà e della Chiesa, lasciati ancora intatti dall'assolutismo, furono assoggettati allo Stato sovrano attraverso la mediatizzazione dell'alta nobiltà, l'affrancamento dei contadini dalle servitù feudali e la secolarizzazione dei beni della Chiesa: fenomeni che comportavano la nascita di nuovi compiti amministrativi. La finanza e il fisco furono radicalmente modernizzati. Contemporaneamente venne riformato il corpo dei funzionari, adesso disciplinato dal diritto pubblico, e allo stesso tempo il potere esecutivo si articolò e ripartì tra ministeri competenti per materia, dipartimenti intermedi e uffici inferiori. Le nuove raccolte di leggi e decreti ⁽⁶⁶⁾ furono attraversate da una corrente di diritto amministrativo di stampo positivista che aspettava soltanto l'occasione di una penetrazione e di una canalizzazione sul piano scientifico.

Le trasformazioni del ruolo dello Stato erano a loro volta alimentate dai cambiamenti radicali e improvvisi della realtà sociale. Tra questi vi era l'aumento della popolazione, in una misura mai verificatasi in precedenza ⁽⁶⁷⁾, e soprattutto il parallelo fenomeno dell'industrializzazione, che creò la necessità di nuove funzioni per l'amministrazione. L'introduzione di un sistema di illuminazione moderno nelle strade pubbliche, l'abbattimento delle vecchie mura, l'introduzione di migliori acquedotti e di un più efficiente sistema fognario, di mattatoi e di bagni pubblici, lo spostamento della produzione artigianale e industriale dal centro alle periferie delle città, la creazione di una rete di strade nuove, la ferrovia: sono, queste,

⁽⁶⁶⁾ Il passaggio dalla prassi di pubblicazione asistematica e incompleta dell'assolutismo alle raccolte organiche di leggi e regolamenti dell'Ottocento — concepiti come pubblici e redatti con regole precise — è un processo che si spiega fundamentalmente con il mutamento della concezione dello Stato. Lo Stato di diritto doveva garantire al cittadino almeno potenzialmente la possibilità di conoscere diritti e doveri. Una dettagliata ricerca su questo processo, per quanto mi risulti, non è ancora stata intrapresa.

⁽⁶⁷⁾ W. TREUE, *Wirtschaft und Technik Deutschlands im 19. Jahrhundert*, in B. GEBHARDT, *Handbuch der Deutschen Geschichte*, 9^a ed. vol. 3, 1970, 377-380 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

solo alcune delle attività che concorsero a mettere sotto una pressione straordinaria le forze dell'amministrazione (68). A ciò si aggiunge che lo Stato, al di là di quanto sostenuto in teoria, non si ritirò dalla scena economica ma, al contrario, conservò una fondamentale funzione di guida e di stimolo per l'economia, non limitandosi alle sole funzioni di ordine. Lo Stato autorizzava, vietava e dava impulso allo sviluppo industriale, ivi inclusa la politica in materia artistica (69), controllava l'istruzione, fondava gli istituti professionali (*Realschule*) e i politecnici, e dunque non si limitò affatto al ruolo di mero « guardiano notturno » della sicurezza neanche nel periodo di massimo successo del liberalismo.

È dunque più corretto parlare di una riallocazione dei compiti dello Stato in ambito economico. Lo Stato effettivamente si ritrasse, anche se in modo parziale, dall'economia, e svolse più di rado la funzione di soggetto economico indipendente. La proclamazione della libertà d'acquisto immobiliare e commerciale dava alle forze sociali grandi possibilità di movimento economico, senza che per questo lo Stato dovesse rinunciare alle sue pretese di controllo autoritativo. Tutto ciò fu sostenuto da una teoria che non fu comunque mai espressione di un liberalismo dottrinario. La teoria del diritto pubblico del *Vormärz* con massima naturalezza annoverava tra i diritti di sovranità lo *jus inspectionis*, e cioè il diritto di conoscere e di soprintendere a tutte le attività sociali. Nel contempo, come già si è accennato, emersero nuovi compiti, e dunque in via generale non si può assolutamente parlare di una riduzione delle attività pubbliche.

(68) W. RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft. Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung*, 1967; W.R. KRABBE, *Kommunalpolitik und Industrialisierung. Die Entfaltung der städtischen Leistungsverwaltung im 19. und frühen 20. Jahrhundert*, 1935; H.H. BLOTEVOGEL (a cura di), *Kommunale Leistungsverwaltung und Stadtentwicklung vom Vormärz bis zur Weimarer Republik*, 1990, con contributi specifici sull'assistenza sociale per i meno abbienti, sanità, aziende statali, sviluppo cittadino e pianificazione urbanistica; sull'amministrazione per prestazioni nella prima metà dell'Ottocento cfr. ivi H. MATZERATH, 5 ss.; B. WITZLER, *Großstadt und Hygiene. Kommunale Gesundheitspolitik in der Epoche der Urbanisierung*, 1995.

(69) U. SCHEUNER, *Die Kunst als Staatsaufgabe im 19. Jahrhundert*, in E. MAI-S. WAETZOLD (a cura di), *Kunstverwaltung, Bau- und Denkmal-Politik im Kaiserreich*, 1981, 13-46.

La concessione dell'autonomia, unita a una costante sorveglianza statale che andava ben al di là della mera sicurezza pubblica, divenne il modello generale per la regolazione di settori nei quali si professava l'abbandono della tradizione assolutistica, mentre venne evitata una socializzazione generale per il timore dei rischi che essa poteva comportare. Ciò risulta particolarmente evidente con l'introduzione dell'autonomia comunale ⁽⁷⁰⁾, che da quel tempo vive nell'equilibrio dinamico tra una amministrazione responsabile solo verso se stessa, senza vincoli, e una « cornice normativa » stabilita dallo Stato (art. 28, § 2, GG). La stessa tendenza si riscontra per le Chiese. Nonostante la permanenza del *landesherrliche Kirchenregiment*, e quindi del controllo sovrano sulla Chiesa ora esercitato dai nuovi *Kultusministerien*, la vita della Chiesa si sviluppò in direzione di una sempre maggiore autonomia, conquistando, analogamente all'ambito secolare, una propria costituzione ecclesiastica, e questo senza che in ambito protestante si fosse giunti a un'effettiva separazione tra Stato e Chiesa ⁽⁷¹⁾. Anche la ricerca scientifica acquistò, con il modello humboldtiano, la propria autonomia sul piano dei contenuti ⁽⁷²⁾, rimanendo però in notevole misura dipendente dallo Stato in quanto espressione di istituzioni finanziate dallo Stato e di personale scientifico che, in definitiva, era assimilato ai funzionari pubblici. Il fatto che i docenti universitari che facevano parte dell'opposizione durante il *Vormärz* potessero perdere la cattedra, pur essendo certamente deplorato, a livello formale era teoricamente accettato perché per essi non valeva il principio dell'indipendenza giudiziaria.

⁽⁷⁰⁾ D. SCHWAB, *Die « Selbstverwaltungsidee » des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der politischen Ethik im 18. Jh.*, 1971; F.L. KNEMEYER, *Regierungs- und Verwaltungsreformen in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, 1970.

⁽⁷¹⁾ CH. LINK, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung im lutherischen Konfessionalismus des 19. Jahrhunderts, insbesondere bei Theodosius Harnack*, 1966.

⁽⁷²⁾ Il punto di partenza è lo scritto incompiuto di W. v. HUMBOLDT, *Über die innere und äußere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin (1809-10)*, in K. MÜLLER-VOLLMER (a cura di), *W. v. Humboldt, Studienausgabe*, vol. II, 1971, e s. Un breve sunto della storia della libertà scientifica in E. DENNINGER, *Art. 5 § 3 GG*, in *Kommentar zum GG* (a cura di R. WASSERMANN), vol. 1 (1984) 590 ss.; TH. OPPERMANN, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VI (1989) 810 ss.

In questo modo, ai settori dell'economia, dell'amministrazione locale, della vita ecclesiastica e della ricerca scientifica fu data una maggiore libertà all'interno della cornice imposta dallo Stato. Quanto questa libertà fosse fragile appare chiaro dalle periodiche ondate repressive (1819, 1830-32, 1850). L'aspirazione della società a raggiungere una maggiore partecipazione politica fu repressa dapprima attraverso la persecuzione dei demagoghi (*Demagogenverfolgung*) e con una polizia politica onnipresente ⁽⁷³⁾, poi tramite una lunga serie di riformulazioni e di limitazioni del diritto di voto ⁽⁷⁴⁾. Così, una volta « messi in sicurezza » politicamente, lo Stato ottocentesco riuscì a fare ciò che l'assolutismo avrebbe voluto e che pure non era riuscito a conseguire: l'unità del potere statale, il pieno rispetto della sovranità sul piano interno, la costruzione di un apparato impiegatizio pubblico unitario e di un sistema di tassazione moderno. Grazie a questo strumentario si poteva sperare di affrontare le tensioni sociali, la migrazione interna della popolazione e le sfide della rivoluzione industriale, e di assorbire le richieste di partecipazione al potere politico del terzo stato. Le insurrezioni e le rivoluzioni, come pure le emigrazioni di massa verso l'America ⁽⁷⁵⁾, mostrano però come questi obiettivi in molti casi non vennero raggiunti.

4. *Il controllo dell'amministrazione.*

In ogni caso questi tentativi portarono alla formazione di una nuova disciplina giuridica — il diritto amministrativo — che si sviluppò in una situazione in cui il ruolo dell'amministrazione, a partire dal 1800, era radicalmente mutato, e che si innestò nel quadro del primo costituzionalismo e del modello dominante dello « Stato di diritto ».

⁽⁷³⁾ W. SIEMANN, „*Deutschlands Ruhe, Sicherheit und Ordnung*“. *Die Anfänge der politischen Polizei 1806-1866*, 1985.

⁽⁷⁴⁾ S. AEPPLI, *Das beschränkte Wahlrecht im Übergang von der Stände- zur Staatsbürgergesellschaft. Zielsetzungen des Zensuswahlrechts*, Zürich 1988.

⁽⁷⁵⁾ Negli anni 1820-1897 soltanto dalla Germania (senza l'Austria) dovettero emigrare in tutto 4,7 milioni di persone. Gli anni dal 1852 al 1854 costituiscono il culmine di questa emigrazione. Cfr. anche R. v. MOHL, *Ueber Auswanderung*, in ZgStW,4 (1847), 320-348.

Osservato dal punto di vista della storia della scienza giuridica, il diritto amministrativo non deriva dal diritto comune, e neppure dalla pubblicistica imperiale o dal diritto territoriale. Esso sorge invece alla fine del Settecento come particolare espressione della scienza di polizia, di cui inizialmente esso fu il collettore degli elementi propriamente giuridici. Quanto più lo Stato fu inteso come « unione di una quantità di uomini sotto leggi giuridiche » (Kant), tanto più la preparazione di quelle « leggi giuridiche » invase il campo della polizia.

Certo, il diritto amministrativo così inteso non era ancora il diritto « proprio » della società, espresso attraverso organi rappresentativi. Le prerogative del potere esecutivo monarchico rimasero intatte, almeno negli Stati privi di una costituzione. La burocrazia stessa si definiva come un organo dello Stato, in Prussia addirittura come un sostituto della costituzione. L'effettiva partecipazione dei parlamenti al potere politico rimase in ogni caso debole fino all'ultimo terzo dell'Ottocento. Ampie strati della popolazione non erano neppure rappresentati in parlamento. Il fatto che fino agli anni ottanta dell'Ottocento fosse del tutto assente — o, al massimo, irrilevante — un controllo esterno dell'amministrazione, esperibile in via giudiziaria, fu decisivo per lo sviluppo di meccanismi di controllo basati su istanze interne all'amministrazione e sull'etica del pubblico impiego.

I tentativi di introdurre, agli inizi dell'Ottocento, un controllo giurisdizionale dell'amministrazione, come ad esempio avvenne in Prussia (1808) ⁽⁷⁶⁾, furono riformulati dopo il Congresso di Vienna e del tutto aboliti per i provvedimenti di polizia nel 1842 ⁽⁷⁷⁾. L'amministrazione poteva così decidere da sola se il suo operato era legittimo o meno. Nella Germania meridionale i tentativi di introdurre un controllo dell'amministrazione da parte dei tribunali ordinari erano stati già bloccati al tempo della Confederazione rena-

⁽⁷⁶⁾ Ordinanza del 26 dicembre 1808 sul riordinamento degli uffici provinciali finanziari e di polizia, *PrGS* 1806-1810, 464-480. Sulla storia precedente vedi H.U. ERICHSEN, *Verfassungs- und verwaltungsgeschichtliche Grundlagen der Lehre vom fehlerhaften belastenden Verwaltungsakt und seiner Aufhebung im Prozeß*, 1971, 110.

⁽⁷⁷⁾ Legge dell'11 maggio 1842, *PrGS* 1842, 192-194.

na (78), anche se il Consiglio di Stato del Württemberg (79), la Corte suprema d'appello dell'Assia elettorale (80) e la Corte di giustizia amministrativa dell'Assia-Darmstadt (81) rappresentarono, in un certo senso, una compensazione rispetto a tale chiusura. Anche lo strumento della petizione, in Baviera, o la possibilità di esperire un semplice reclamo, nell'Assia elettorale e nel Baden, hanno recitato una qualche parte nello sviluppo della tutela giurisdizionale (82). I diritti quesiti (*iura quaesita*) che comprendessero anche posizioni « di diritto pubblico » potevano venire difesi di fronte ai tribunali ordinari.

In generale, però, l'amministrazione rimaneva giudice di se stessa, in particolare per le questioni di polizia. Per il cittadino era in pratica impossibile far valere le proprie ragioni nei confronti di un'amministrazione a lui ostile. Questa era la situazione generalmente conosciuta (e accolta non senza critiche) del Settecento, e che nell'Ottocento fu percepita come insopportabile. Il clima politico era profondamente cambiato, i diritti fondamentali e lo Stato di diritto erano stati assunti come punti di riferimento, e — non per ultimo — erano aumentate l'intensità e la frequenza degli interventi da parte dell'amministrazione.

Il dibattito sulle diverse modalità di un controllo giurisdizionale dell'amministrazione era affrontato dai liberali principalmente sulla

(78) J. POPPITZ, *Die Anfänge der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in AöR, 73 (1943), 158; W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz im 19. Jahrhundert vor Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in DÖV, 1963, 719; M. SELLMANN, *Der Weg zur neuzeitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit — ihre Vorstufen und dogmatischen Grundlagen*, in *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963, 25-86; R. OGOREK, *Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt. Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert*, in J. KOCKA (a cura di), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, 1988, vol. 1. 372-405.

(79) H. MAGERL, *Verwaltungsrechtsschutz in Württemberg in der Zeit von 1760 bis 1850*, 1966; W. RÜFNER, *Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in DVG, 111 (1984), 916 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(80) O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publicistische Skizze*, Cassel 1864, 153 s.; trad. it., *Lo Stato giuridico*, a cura di Oliviero Olivieri, in Biblioteca di scienze politiche, vol. VII, Torino 1891.

(81) J. WEITZEL, *100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen*, in DVB, I, 1975, 869-873; ID., *Zur Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen*, in « Archiv f. hess. Gesch. u. Altertumskunde », NF 48 (1990), 317-330 (320).

(82) S. KLASSEN, *Das Petitionsrecht zum Bayerischen Landtag - eine Ombudsmann-Einrichtung*, 1991, 24 ss. Per l'Assia elettorale si veda il § 35 della costituzione del 1831.

base del modello dello Stato di giustizia, per il quale la violazione dei « diritti dei privati » doveva essere giudicata dalla giustizia ordinaria. Con l'eccezione del primo Mittermaier ⁽⁸³⁾, in questo senso si esprimono « Feuerbach, Brinkmann, Siebenpfeiffer, W.H. Puchta, Minnigerode, Jordan, Wächter, Pfeiffer, Schmitthenner, Welcker, Bähr, in altre parole praticamente tutti i maggiori teorici del diritto di parte borghese fanno parte del coro » ⁽⁸⁴⁾. Si trattava della prosecuzione di una tradizione dell'approccio liberale sin dai tempi dell'assolutismo, che veniva ora però rafforzata da un nuovo elemento sociale e storico: la preminenza della borghesia all'interno della giustizia ordinaria, a fronte della permanenza della nobiltà nei ruoli chiave dell'amministrazione. In questo senso la giustizia « borghese » sembrava fare da contrappeso all'esecutivo « monarchico ».

Soltanto un piccolo gruppo di autori, costituito sia da liberali che sotto l'influenza del modello francese ritenevano che per difendere le garanzie costituzionali non fosse necessario appesantire la giustizia ordinaria di decisioni amministrative e « politiche » ⁽⁸⁵⁾, sia da conservatori i quali a loro volta vedevano minacciata la possibilità d'azione e la flessibilità dell'amministrazione dalla « staticità » del controllo giudiziario, propendeva verso la giustizia amministrativa ⁽⁸⁶⁾, anche perché sperava in questo modo di poter influire dal

⁽⁸³⁾ Sul suo cambiamento d'opinione tra il 1820 e il 1830 a favore di una limitazione del potere di controllo giudiziario sull'amministrazione vedi OGOREK (nt. 78) 395s.

⁽⁸⁴⁾ OGOREK (nt. 78) 386.

⁽⁸⁵⁾ Così per esempio ROTTECK, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, vol. 3, Stuttgart 1834, 177, sul presupposto di un parlamentarismo effettivamente funzionante e di garanzie costituzionali, sostiene che « alcune decisioni possono essere lasciate con maggiore sicurezza alle autorità governative piuttosto che all'abuso di un potere improprio da parte di tribunali fuorviati dall'imponenza della propria autorità, completamente indipendenti e non responsabili delle proprie decisioni » (cit. da OGOREK, op. cit., 399).

⁽⁸⁶⁾ C.J.G. v. PFIZER, *Über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civil-Justiz, und über die Form bei Behandlung der Verwaltungsjustiz*, Stuttgart 1828; ID., *Prüfung der neuesten Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Verwaltungsjustiz und gegen ihren Umfang*, Stuttgart 1833; G.L. FUNKE, *Die Verwaltung in ihrem Verhältniß zur Justiz, die Grenzlinie zwischen beiden und die Verwaltungsjustiz*, Zwickau 1838; O. KUHN, *Die Trennung der Justiz und Administration*, Leipzig 1840.

punto di vista dell'amministrazione sulle procedure e sul personale giudiziario ⁽⁸⁷⁾.

I sostenitori dello Stato di giustizia riportarono una prima vittoria. Dietro l'istanza del liberale dell'Assia elettorale Karl Wilhelm Wippermann (1800-1857) nella Costituzione di Francoforte fu inserito il paragrafo 182, che non sarebbe però mai diventato effettivo: « la giustizia amministrativa cessa; su tutte le violazioni di diritto decidono i tribunali ». Contemporaneamente fu fissata una netta linea di demarcazione tra giustizia e amministrazione ⁽⁸⁸⁾.

Al fallimento della *Reichsverfassung* del 1848 seguì non soltanto la fase della cosiddetta « seconda restaurazione », ma anche una ripresa di coscienza all'interno dello schieramento liberale, che per quanto riguarda il nostro discorso corrispose a un riavvicinamento alla giustizia amministrativa. La proposta formulata da Rudolf von Gneist nel 1860, secondo cui occorreva costituire tribunali amministrativi autonomi con la partecipazione di membri onorari ⁽⁸⁹⁾, venne accolta positivamente proprio da Otto Bähr, che pure era un sostenitore dello Stato di giustizia ma che era essenzialmente interessato a conferire una qualifica propriamente giudiziaria all'istanza di controllo amministrativo ⁽⁹⁰⁾.

Soltanto nell'ultimo quarto dell'Ottocento si giunse in modo compromissorio a una « giurisdizione amministrativa » ⁽⁹¹⁾. « Questa intesa conservava » scrive Wolfgang Rübner « almeno formalmente il principio della separazione dei poteri, in quanto seppe evitare la sottomissione dell'amministrazione ai tribunali ordinari; inoltre, nell'unione che inizialmente si verificò più o meno ovunque tra ammini-

⁽⁸⁷⁾ OGOREK (nt. 78), 384 ss.

⁽⁸⁸⁾ *Reichsverfassung* del 28 marzo 1849, § 181: « Giurisdizione e amministrazione devono essere separate ed indipendenti l'una dall'altra ».

⁽⁸⁹⁾ R. V. GNEIST, *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht*, in 2 parti, Berlin 1857-63; Id., *Der Rechtsstaat*, Berlin 1872, 2^a ed. *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin 1879 (ristampa 1958; trad. it. *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, prima traduzione dal tedesco col consenso dell'autore, del senatore Isacco Artom, Bologna 1884). Si veda anche G.A. EDLER V. D. PLANITZ, *Justiz und Verwaltung. Ein Beitrag zur Feststellung der Grenzen beider Gewalten*, Jena 1860.

⁽⁹⁰⁾ BÄHR (nt. 80).

⁽⁹¹⁾ RÜBNER, in DVG, III (1984), 909 ss.

strazione e giurisdizione amministrativa, riuscì a far apparire quest'ultima più come espressione dell'amministrazione che del giudiziario » (92). I tribunali amministrativi supremi (*Verwaltungsgerichtshöfe*), fondati allora nei diversi territori (93), e per primo il Tribunale supremo dell'amministrazione prussiana (94), si posero da quel momento in poi accanto al legislatore e alla scienza giuridica come una delle forze essenziali nella formazione del diritto amministrativo. Il tribunale amministrativo dell'Impero, la cui istituzione era stata inizialmente prevista, non fu realizzato nell'Ottocento (95), ma questo non impedì alla giurisdizione di sviluppare in alcuni casi formulazioni innovative più generali e con una portata non limitata al proprio territorio, e che gradualmente confluirono in una « parte generale ». « Lo sviluppo della scienza del diritto amministrativo » osservò acutamente Otto Mayer nel 1900, « è stata resa possibile soltanto grazie alla giustizia amministrativa » (96).

In questo modo la disciplina del diritto amministrativo era diventata « adulta ». Le sue massime sottostavano alla valutazione in sede giudiziaria, rivedibile e discutibile scientificamente. Soltanto a partire da quel momento si può definire il diritto amministrativo come una vera disciplina giuridica, anche se proprio Otto Mayer, sulla linea della giustizia amministrativa, sosteneva che la giurisdizione dell'amministrazione fosse in realtà solo una forma speciale dell'azione amministrativa. Dal momento in cui la giurisprudenza si occupò del diritto amministrativo — in Baden a partire dal 1863, in Prussia a partire dal 1875 — non si poté più fare a meno di un insegnamento universitario di quella materia. In questo modo si influenzarono reciprocamente l'amministrazione quotidiana, la legislazione, la giurisdizione e

(92) Ivi, 911.

(93) Non si giunse all'istituzione del tribunale amministrativo imperiale allora previsto. Cfr. W. KOHL, *Reichsverwaltungsgericht*, in HRG, IV (1990), 802-806, e Id., *Das Reichsverwaltungsgericht*, 1991 con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(94) U. STUMP, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914*, 1980; poco utile S.F. PAULY, *Organisation, Geschichte und Praxis der Gesetzesauslegung des (Königlich) Preußischen Oberverwaltungsgerichtes 1975-1933*, 1987.

(95) KOHL (nt. 93), con ulteriori indicazioni bibliografiche.

(96) O. MAYER, *Zum 25jährigen Bestehen des Preußischen OVG*, in PrVwBl, 22 (1900-01), 96. Sul tema anche E.V. HEYEN, *Entwicklungsbedingungen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in « Der Staat », 22 (1983), 21-32 (25).

la scienza giuridica, facendo comparire la materia contemporanea in diversi contesti: nelle attività amministrative legate al diritto, nelle sentenze giudiziarie, nei commentari legislativi e nelle monografie, come pure nella docenza, che però riuscì a raggiungere veramente il suo pubblico (studentesco) solo nel Novecento.

II. *Scienza di polizia, diritto di polizia e diritto amministrativo.*

1. *La scienza di polizia prima del 1800.*

L'amministrazione in Germania è affare dei territori, dei *Länder* ⁽⁹⁷⁾. Non vi è mai stata norma del diritto vigente che sia stata rafforzata dalla storia più di questa. Essa corrisponde alla regionalizzazione (*Territorialisierung*) del potere statale in Germania a partire dal medioevo ⁽⁹⁸⁾. Fino al momento della fondazione dell'Impero nel 1871, l'amministrazione imperiale è sempre stata assai parziale. Il Sacro Romano Impero — che già a partire dalla Pace di Augusta del 1555, o al più tardi dal 1648, non era più una forza politica determinante a livello europeo — non era riuscito a istituire una propria *Policey*, nonostante i significativi ordinamenti di polizia dell'Impero nel Cinquecento ⁽⁹⁹⁾, e nonostante i pur rari tentativi di modellare una politica economica dell'Impero ⁽¹⁰⁰⁾. Il potere era nelle mani dei singoli Stati; questi si occupavano della formazione camerale nelle università della propria regione, dettata dalle necessità del settore amministrativo, e gradualmente organizzarono anche le relative prove d'esame. Per la realizzazione di una « scienza di polizia imperiale » nelle università mancava tanto il materiale pratico quanto la motivazione politica.

⁽⁹⁷⁾ Art. 30 GG: « l'esercizio dei poteri e la realizzazione dei compiti dello Stato è compito dei *Länder* fino a quando questa legge fondamentale non preveda o consenta altra disciplina ».

⁽⁹⁸⁾ D. WILLOWEIT, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt*, 1975; ID., in DVG, 1 (1983), §§ 13, 17, 22, 23.

⁽⁹⁹⁾ Ordinamenti di polizia del 1530, 1548 e 1577. Cfr. G.K. SCHMELZEISEN, *Polizeiordnungen und Privatrecht*, 1955; R. SCHULZE, *Die Polizeigesetzgebung zur Wirtschaft- und Arbeitsordnung der Mark Brandenburg in der frühen Neuzeit*, 1978.

⁽¹⁰⁰⁾ R. BASSENGE, *Die deutsche Handelspolitik der Reichsgesetzgebung von 1498 bis 1806*, tesi, München 1948; I. BOG, *Der Reichsmerkantilismus. Studien zur Wirtschaftspolitik des Heiligen Römischen Reiches im 17. und 18. Jahrhundert*, 1959.

La scienza di polizia ⁽¹⁰¹⁾, insegnata a partire dal 1727 in Prussia (Halle, Francoforte sull'Oder) e poi presto diffusasi in tutte le università tedesche, era stata originata dalle necessità delle amministrazioni territoriali e verso queste continuava a orientarsi ⁽¹⁰²⁾. Il suo scopo era il superamento della unilateralità della formazione giuridica, la trasmissione ai futuri funzionari di un insieme di conoscenze e, almeno in Prussia, la qualificazione dei funzionari pubblici nella « lotta contro gli ostinati magistrati di giustizia dei governi attuali » ⁽¹⁰³⁾.

La *Policey*, la *Oeconomica* (politica e "privata") e la cameralistica (in particolare come scienza delle finanze) si ritrovavano unite in una visione complessiva dove lo Stato aveva il compito di accrescere il benessere dei sudditi attraverso l'impiego combinato dei mezzi suggeriti dalle scienze dello Stato. Gli aspetti giuridici comparvero inizialmente soltanto sotto la forma di permessi e divieti estemporanei, e non come un diritto stabilito in maniera permanente. Questo non sorprende se si considera la condizione costituzionale in cui si trovava l'assolutismo: al di là delle qualificazioni formali, era « legge » il comando del principe, che poteva essere mutato e annullato in qualsiasi momento ⁽¹⁰⁴⁾. In questo modo non si riusciva a raggiungere quella relativa stabilità e coerenza della materia giuridica che è necessaria a una sua trattazione scientifica. *Policey* e « diritto di polizia » erano lo strumento instabile e sempre disponibile in mano all'amministrazione. L'ordine di polizia era tipologicamente più vicino al comando particolare che alla legge generale. Non si deve dunque pensare a una scientificità in senso moderno in riferimento alla « scienza di polizia ». Questa era tenuta a fornire conoscenze effettivamente pratiche. E proprio a causa della margi-

⁽¹⁰¹⁾ J. BRÜCKNER, *Staatswissenschaften, Kameralismus und Naturrecht*, 1977, 60 ss.; BLEEK (nt. 8), 65 ss.; P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968, 331 ss.; ID., *La concezione amministrativa dello Stato in Germania (1550-1750)*, Torino 1980.

⁽¹⁰²⁾ Lo studio camerale (politica, economia, scienza delle finanze) era esplicitamente raccomandato agli alti funzionari. BLEEK (nt. 8) 65 e s. e *Geschichte*, 374 ss. (trad. it. 501 ss.).

⁽¹⁰³⁾ BLEEK (nt. 8), 65.

⁽¹⁰⁴⁾ W. NAUCKE, *Vom Vordringen des Polizeigedankens im Recht, d. i. vom Ende der Metaphysik im Recht*, in G. DILCHER-B. DIESTELKAMP (a cura di), *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey*, 1986, 177 con note critiche di M. Stolleis, H. Holzhauser, e R. Schulze.

nalità degli elementi giuridici essa fu coerentemente collocata tra le materie impartite nelle facoltà filosofiche.

Nonostante il rilievo territoriale della dimensione amministrativa, si possono individuare alcune linee di sviluppo di una più generale scienza di polizia tedesca. Questo perché le comuni radici della disciplina nella tradizione dell'*oikonomia* aristotelica, i principî derivati dal diritto naturale e il denso scambio interno alla « repubblica dei dotti » del Seicento e del Settecento ⁽¹⁰⁵⁾ erano di fatto più forti delle singolarità territoriali. Su queste basi comuni venivano letti i testi dottrinali e i manuali di scienza di polizia alla fine dell'*ancien régime* ⁽¹⁰⁶⁾ da tutti gli studiosi interessati all'amministrazione e in particolare dal corpo dei funzionari pubblici.

Nella linea indicata dalle scuole di Halle e Gottinga queste opere settecentesche trattavano — in parte in maniera sommaria, in parte secondo ordini sistematici ispirati a criteri giusnaturalistici — prima le attività dello Stato in generale e poi la « polizia » in senso proprio, resa sempre più autonoma e separata dalla scienza delle finanze, dalle discipline tecniche e dalle « questioni di governo ». Orientata verso lo scopo dello Stato di conseguire la « felicità » (*Glückseligkeit*), la polizia includeva misure di ordine pubblico per la sicurezza e per il generale miglioramento delle condizioni di vita dei sudditi. Rappresentanti tipici di questa tendenza sono i due eminenti autori J.H.G. v. Justi ⁽¹⁰⁷⁾ e J. v. Sonnenfels ⁽¹⁰⁸⁾, ma anche

⁽¹⁰⁵⁾ Fondamentale H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2^a ed. 1980, in particolare parte II, IV; ad essa rinvia *Geschichte*, 374 ss. (trad. it. 501 ss.).

⁽¹⁰⁶⁾ Testimonianze in G. MARCHET, *Studien über die Entwicklung der Verwaltungslehre in Deutschland*, 1885; M. HUMPERT, *Bibliographie der Kameralwissenschaften*, 1937; E. DITTRICH, *Die deutschen und österreichischen Kameralisten*, 1974 (con indicazione della letteratura sulla scienza cameralistica più antica).

⁽¹⁰⁷⁾ J.H.G. v. JUSTI, *Grundsätze der Polizeywissenschaft in einem vernünftigen, auf den Endzweck der Polizey gegründeten Zusammenhang*, Göttingen 1756 (2^a ed. 1759, 3^a ed. 1782). Cfr. sul tema U. WILHELM, *Das Staats- und Gesellschaftsverständnis von J. H. G. von Justi: Ein Beitrag zur Entwicklung des Frühliberalismus in Deutschland*, in « Der Staat », 30 (1991), 415- 441.

⁽¹⁰⁸⁾ J. v. SONNENFELS, *Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft*, in 3 parti, Wien 1765-76, 8^a ed. Wien 1819-22. Cfr. ora R. HOKE, *Joseph von Sonnenfels (1732-1817)*, in JESERICH-NEUHAUS (nt. 2), 44-48, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

J.G. Darjes ⁽¹⁰⁹⁾, F.Ch. J. Fischer ⁽¹¹⁰⁾, F.C.W. v. Hohenthal ⁽¹¹¹⁾, J.F. v. Pfeiffer ⁽¹¹²⁾, C.G. Rössig ⁽¹¹³⁾, J.H. Jung-Stilling ⁽¹¹⁴⁾ e altri.

Particolarmente intensa è l'attenzione verso questo tipo di letteratura nella seconda metà del Settecento. Le cattedre di cameralistica intanto si erano diffuse ovunque, ogni professore cercava di affermare il proprio « sistema », videro la luce riviste, manuali, raccolte ⁽¹¹⁵⁾. La materia raggiunse una reputazione pari a quelle delle discipline tradizionali, e poteva contare sul favore dell'amministrazione.

Determinante per lo sviluppo della disciplina è stato il contesto del tardo assolutismo illuminato. Gli studiosi di scienza di polizia si trovavano naturalmente dalla parte dei funzionari riformatori, e a volte, come nel caso di Johann August Schlettwein (1731-1802) ⁽¹¹⁶⁾, coincidevano con essi. Sotto la guida della « ragione » e della « felicità » essi speravano in un radicale miglioramento dell'agricoltura, del commercio, del credito e della tecnologia, e contavano sulla scomparsa di modi di produzione ormai arretrati (come la rotazione triennale delle colture, la pastura, la proprietà collettiva). Conseguentemente ampio era il concetto di polizia, generalmente intesa come « l'ordine nello Stato, con particolare riguardo a sicurezza interna, bellezza, vivibilità, popolazione, moralità e alimentazione, nella misura in cui questi elementi sono mantenuti e supportati da istituzioni, e quindi pongono le basi della forza interna dello Stato » ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ J.G. DARJES, *Erste Gründe der Kameralwissenschaften*, Jena 1756, 2^a ed. 1768.

⁽¹¹⁰⁾ F.CH.J. FISCHER, *Lehrbegriff und Umfang der deutschen Staatswissenschaften*, Halle 1783; ID., *Lehrbegriff sämtlicher Kameral- und Polizeirechte von Deutschland*, 3 voll., Frankfurt-O.; 1784-1786; ID., *Kurzer Begriff des Kameralrechts*, Halle 1796.

⁽¹¹¹⁾ P.C.W. GRAF V. HOHENTHAL, *Liber der Politia*, Leipzig 1776.

⁽¹¹²⁾ J.F. V. PFEIFFER, *Natürliche, aus dem Endzwecke der Gesellschaft entstehende allgemeine Polizeywissenschaft*, 2 voll., Frankfurt 1779.

⁽¹¹³⁾ C.G. RÖSSIG, *Lehrbuch der Polizei-Wissenschaft*, Jena 1786.

⁽¹¹⁴⁾ J.H. JUNG-STILLING, *Lehrbuch der Staats-Polizeywissenschaft*, Leipzig 1788.

⁽¹¹⁵⁾ Si veda per esempio J.P. HARL, *Vollständiges Handbuch der Polizeywissenschaft, ihrer Hilfsquellen und Geschichte*, Erlangen 1809; J.G. KRÜNITZ, *Oekonomisch-technische Encyclopädie, oder allgemeines System der Staats-, Stadt-, Haus- und Landwirtschaft in alphabetischer Ordnung*, 242 voll., Berlin 1769-1858, continuato da J.J. e H.G. FLÖRKE.

⁽¹¹⁶⁾ D. KLIPPEL, *Der Einfluß der Physiokraten auf die Entwicklung der liberalen politischen Theorie in Deutschland*, in « Der Staat », 23 (1984), 205-226; D. MÖLLER, *Schlettwein*, in HRG, IV (1990), col.1439-1442.

⁽¹¹⁷⁾ RÖSSIG (nt. 113), 1.

Il dibattito sulle riforme, condotto attraverso lo scambio continuo con l'estero, si sviluppa particolarmente dopo il 1750, impegnando in Germania tutti i circoli letterari e di cultura. Ci si entusiasmava per la diffusione delle « conoscenze utili », si fondarono le relative riviste e società, si tenevano lezioni accademiche e si promuovevano concorsi. Il nuovo pubblico borghese si articolò in un primo tempo all'interno di questi settori non politici, e rivolse le energie verso riforme « pratiche » senza mettere in discussione il principio dell'assolutismo. La modernizzazione territoriale, in questo modo diventata un fenomeno ampio e rilevante, generò — in particolare dopo il 1789 — la diffusa convinzione che in Germania non c'era bisogno di una rivoluzione, in quanto l'assolutismo illuminato era con le sue proprie forze aperto e favorevole alle riforme ⁽¹¹⁸⁾.

Tuttavia, allo scoppio della rivoluzione francese si intensificarono notevolmente i dibattiti sulle riforme. All'ordine del giorno vi erano adesso l'abolizione della servitù della gleba e delle decime, l'emancipazione degli ebrei e la secolarizzazione dei possedimenti ecclesiastici, l'eliminazione dei privilegi della nobiltà e l'introduzione della libertà di commercio. Questi temi si innestarono in quello che stava diventando un nuovo contesto della storia costituzionale. Nella sostanza si trattava dell'emancipazione politica del terzo stato, del movimento costituzionale e dell'aspirazione a uno « Stato di diritto ». Il fine della « felicità » perseguito dallo Stato assolutistico fu attaccato, a partire da Kant, prima sul piano filosofico e poi presto anche sul piano politico ⁽¹¹⁹⁾. Su questo punto fu sollecitata anche la scienza di polizia orientata verso la « felicità dei sudditi », che reagì con una suddivisione tra scienza di polizia in senso proprio e diritto di polizia. Quest'ultimo nell'Ottocento sarebbe stato sottoposto alla costituzione, diventando dunque dipendente dalla partecipazione parlamentare. La scienza di polizia, che era stata sempre intesa come una disciplina unitaria, a sua volta venne scomposta in una serie di singole materie a carattere economico e tecnico, e fu gradualmente abbandonata a partire dal 1848.

⁽¹¹⁸⁾ K.O. FRHR. V. ARETIN (a cura di), *Der Aufgeklärte Absolutismus*, 1974.

⁽¹¹⁹⁾ U. SCHEUNER, *Die Staatszwecklehre und die Entwicklung der Verwaltung im deutschen Staat des 18. Jahrhunderts*, in « Ged. Schr. f. H. Conrad », 1979, 467-489.

2. *La scienza di polizia nel passaggio verso il primo costituzionalismo.*

La separazione tra scienza di polizia e diritto di polizia ⁽¹²⁰⁾ non è tanto il prodotto di una specializzazione interna alla disciplina stessa quanto piuttosto il risultato della separazione, lentamente avviata nel secondo Settecento, tra Stato e società. Questa separazione si realizzò attraverso il riconoscimento giuridico di più « libertà » che crebbero fino a formare « la libertà » in generale. Gli autori della scienza di polizia avevano percepito in tempo questo mutamento e reagirono con una riformulazione dei propri obiettivi. A questo riguardo è interessante notare come la « libertà » inizialmente sia stata intesa come una parte della « felicità » conseguibile da tutti, per poi assumere una connotazione sempre più autonoma. Gli inizi di questa tendenza sono evidenti in Justi, che oltre tutto rappresenta il culmine letterario della scienza di polizia al tempo dell'assolutismo illuminato prussiano ⁽¹²¹⁾. Alla fine la « felicità » determinata paternalisticamente dallo Stato risultava un nemico della libertà individuale, corporativa e sociale.

a) *G.H. v. Berg.*

Il graduale distacco della « libertà borghese » dal concetto di felicità portò alla formazione di settori di libertà « sociali », giuridicamente protetti e inviolabili da parte dello Stato. Lo « Stato giuridico » (*rechtlicher Staat*), come adesso veniva chiamato, poteva intervenire solo in via eccezionale e con motivazioni particolari. Nell'ultimo trentennio del Settecento era questa l'opinione più diffusa, almeno a livello teorico. È qui che si trovano le radici del primo liberalismo. Esso doveva dimostrare la propria dimensione

⁽¹²⁰⁾ Cfr. R. SCHULZE, *Polizeirecht im 18. Jahrhundert*, in *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policey* (nt. 104), 199 ss. in particolare 210 ss. su JOHANN HEUMANN VON TEUSCHENBRUNN, *Initia iuris politiae Germanorum*, Nürnberg 1757 e JOHANN BERNHARD HOFFER, *Beiträge zum Policeyrecht der Teutschen*, 2 voll., Altdorf 1764-65. — *Geschichte*, 386 ss. (trad. it. 517 ss).

⁽¹²¹⁾ G.CHR. V. UNRUH, *Subjektiver Rechtsschutz und politische Freiheit in der vorkonstitutionellen Staatslehre Deutschlands*, 1969, 12-21. Si veda in proposito *Geschichte*, 376 (trad. it. 503), nt. 52, e 379-382 (trad. it. 507-510) con ulteriori indicazioni bibliografiche.

proprio in riferimento alla polizia, con la sua insopprimibile tensione tra diritti di libertà e interesse pubblico.

L'autore più rappresentativo di questa fase di transizione dall'assolutismo illuminato allo Stato di diritto liberale è Günter Heinrich von Berg (1765-1843), che nel suo imponente *Handbuch des deutschen Polizeyrechts* da una parte conservava il vecchio metodo di raccolta del materiale giuridico, ma dall'altra tentava di limitare i diritti di polizia ai fini del conseguimento della pubblica sicurezza (122). Per non essere costretto a ridimensionare l'ampio campo d'azione della polizia, Berg — influenzato dalla giuridicizzazione dell'azione di polizia indicata da Pütter (123) e dall'*Allgemeines Landrecht* prussiano (1794) (124) — adottò una concezione allargata di sicurezza, tentando di passare dalla scienza di polizia al « diritto di polizia » e quindi (in sostanza) al diritto amministrativo (125).

In particolare Berg distinse la polizia del benessere dalla polizia di sicurezza, dividendo di conseguenza nei suoi quattro tomi il materiale di diritto positivo sull'ordinamento di polizia da lui raccolto. Egli sostenne esplicitamente che « la promozione positiva della felicità non può e non deve divenire coercitiva ». Ma poiché la proiezione eudemonistica non poteva essere semplicemente rimossa da quelli che erano gli scopi della polizia nella vecchia accezione, questa doveva continuare a indossare, per così dire, le vesti della polizia di sicurezza. A causa della sua straordinaria ampiezza, il concetto di polizia del benessere proposto da Berg non raggiunse i risultati sperati, e lui stesso fu in seguito costretto a ricorrere nuovamente al

(122) G.H. v. BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeyrechts*, 7 voll., Hannover 1799-1809 (2ª ed. dal 1802-03). Sul tema approfondito H. MAIER (nt. 105), 207-219. Sulla biografia, MERZDORF, in ADB, 2 (1875), 363; LIPPERT, *HdBStaatsWiss*, 2ª ed., vol 2 (1899), 574.

(123) J.S. PÜTTER, *Institutiones iuris publici germanici*, Göttingen 1770, dove si trova la contrapposizione tra lo *jus promovendi salutem publicam* come compito generale dello Stato e la limitazione della polizia alla *cura advertendi mala futura*. A questo proposito, approfondito P. PREU, *Polizeibegriff und Staatszwecklehre*, 1983, 16 ss., 184 ss.

(124) ALR II, 17.10: « Il compito della polizia consiste nel prendere le misure atte al mantenimento della quiete pubblica, della sicurezza e dell'ordine, e confacenti a evitare pericoli imminenti per il pubblico o per i singoli ».

(125) *Geschichte*, 379-383 (trad. it. 507-512).

vecchio concetto di polizia⁽¹²⁶⁾. Relativamente circoscritto era invece il suo concetto di polizia di sicurezza, in cui rientravano la garanzia della sicurezza pubblica (repressione della violenza, sorveglianza dei gruppi pericolosi) e in particolare la difesa dei diritti privati dei cittadini dello Stato (libertà, proprietà e onore), secondo una ripartizione che si ritrova quasi invariata una generazione più tardi nel diritto amministrativo del Württemberg di Mohl⁽¹²⁷⁾.

La polizia del benessere, secondo l'accezione di Berg, fungeva da bacino di raccolta di tutte le istanze dell'amministrazione statale in materia di crescita della popolazione, miglioramento delle condizioni di salute e dell'alimentazione, organizzazione domestica, sostegno ai poveri, prevenzione dell'inflazione, polizia educativa e polizia ecclesiastica, economia agraria e urbana, artigianato e commercio. Alcuni di questi settori, come la precauzione contro i danni da fuoco, acqua o grandine, andavano chiaramente classificati come forme di tutela della pubblica sicurezza, e in casi di necessità richiedevano l'uso di mezzi coercitivi. Altri campi appartenevano alla semplice promozione del benessere. Non era possibile distinguere chiaramente né tra polizia di sicurezza e polizia del benessere né tra amministrazione autoritativa e amministrazione di prestazione. La tendenza comunque era quella di circoscrivere giuridicamente le attività della polizia e di avere la possibilità di verificarne l'operato, collocandola nel quadro della garanzia della pubblica sicurezza — « scopo principale dello Stato » — e della protezione dei diritti individuali. « Nella sequenza, sempre più fitta dopo il 1800, di opere dedicate al diritto di polizia e alla scienza di polizia », scrive Hans Maier, « Berg indica il punto in cui il movimento borghese, fortificato dal confronto con la polizia dello Stato assoluto, sempre più consapevole della propria autonomia, inizia a liberarsi, lentamente ma inesorabilmente, dalle catene e dalle restrizioni delle prescrizioni del diritto di polizia, senza per questo rinunciare agli effetti di stabilizzazione che esso poteva esercitare sulla

⁽¹²⁶⁾ MAIER (nt. 105) 211 e s. Il dilemma tipico di G.H. v. Berg del passaggio dalla polizia del benessere (positiva), troppo estesa, alla prevenzione dei rischi (negativa) dello Stato di diritto, troppo limitata, è delineato chiaramente da L. v. STEIN, *Verwaltungslehre* (nt. 44), 2^a ed., vol. 2-1, Stuttgart 1866, 16.

⁽¹²⁷⁾ R. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2 voll., *Das Verwaltungsrecht*, 2^a ed. Tübingen 1840, cap. 2, titolo 2, § 1, « Rechts-Polizei ».

società e quindi senza ridurre le proprie aspettative nei confronti della polizia stessa » (128).

b) *La scienza di polizia fino al 1830.*

La situazione transitoria della scienza di polizia rappresentata da Berg non subì, al momento dello scioglimento dell'Impero, una crisi pari a quelle sperimentate dalla dottrina dello Stato o dal diritto pubblico imperiale, ma fu comunque indubbiamente influenzata dalle grandi questioni del tempo, che su di essa si ripercossero direttamente e senza ritardo. I rappresentanti della vecchia linea assolutistica, all'insegna della nuova sovranità appena conquistata, rimasero fermi all'idea di una *Policey* con larghe competenze, e si opposero decisamente all'introduzione di vincoli legali per la polizia così come per la giustizia. Sul fronte opposto, la rapida diffusione delle teorie di Kant favorì l'idea, in alcuni casi sostenuta in modo assai poco realistico, di una ampia e rigorosa limitazione degli scopi della polizia sul piano della pubblica sicurezza, senza però che ciò influenzasse realmente la prassi (129). Ovunque per il primo liberalismo si poneva la questione del se e del come la competenza regolativa della *Policey* assolutistica, estesa a tutti i campi della vita umana, potesse essere limitata giuridicamente e, possibilmente, respinta. La riformulazione giuridica degli scopi amministrativi e dei mezzi da impiegare per la loro realizzazione divenne un problema costituzionale. Allo stesso tempo, si poneva la questione centrale che accompagnava il programma di riforme che aveva improvvisamente investito gli Stati della Confederazione del Reno e la Prussia: la modernizzazione doveva essere imposta e articolata « dall'alto », oppure doveva essere solamente stimolata « dal basso » in quanto processo di rinnovamento sociale?

(128) MAIER (nt. 105) 218.

(129) Così il libero docente di Lipsia KARL FRIEDRICH WILHELM GERSTÄCKER, *Dissertatio inauguralis Juris Politiae ex uno securitatis jurisque custodiarum principio [...] brevis delineatio*, Leipzig 1813. Cfr. anche ID., *System der innern Staatsverwaltung und der Gesetzpolitik*, in 3 parti, Leipzig 1819-1829, vol. 3, 294 ss.; ID., (a cura di) *Asträa. Zeitschrift für Erweiterung und tiefere Begründung der Rechtsphilosophie, Gesetzpolitik und Policywissenschaft*, 1811-1812. Dalla biografia si evince solamente che Gerstäcker (nato nel 1773) dal 1797 fu attivo come avvocato e dal 1813 come libero docente presso l'università di Lipsia.

Con lo scioglimento ufficiale dell'Impero nell'estate del 1806 queste domande erano definitivamente divenute prerogativa interna dei singoli Stati. Ognuno di questi doveva decidere come, in forza della propria sovranità, intendesse ordinare l'amministrazione e organizzare la società. « Ora » affermava un autore del Nassau nel 1811, « dal momento in cui l'amministrazione dello Stato è stata frammentata all'infinito, e data l'assenza di autorità particolari a cui affidare simili particelle solitarie, l'incertezza del concetto di polizia reca danno senza fine; essa porta confusione e disordine in ogni settore » (130). Non meraviglia che la scienza di polizia « nella condizione attuale » fosse « considerata come una delle scienze più instabili » (131). Gli autori della scienza di polizia erano costretti ad abbandonare il contesto assolutistico della scienza di polizia classica, a rifondare su nuovi presupposti i poteri coercitivi, ma allo stesso tempo dovevano anche lasciare alla polizia del benessere il proprio diritto, e progettare pertanto una nuova sistemica compatibile col sistema giusnaturalistico kantiano e con le richieste politiche dell'era riformistica del primo liberalismo. Le posizioni « sul concetto di polizia e sull'estensione del potere di polizia dello Stato » si intensificarono decisamente intorno agli anni che vanno dal 1807 al 1809 (132), specialmente negli stati della Confederazione renana

(130) F.W. EMMERMANN, *Ueber Polizei, ihren vollständigen Begriff und ihr eigentümliches Verfahren*, Dillenburg-Siegen 1811, prefazione.

(131) G. HENRICI, *Grundzüge zu einer Theorie der Polizeiwissenschaft*, Lüneburg 1808, IV.

(132) K.F. ROßHIRT, *Ueber den Begriff und die eigentliche Bestimmung der Staatspolizey sowohl an sich als in Verhältnisse zu den übrigen Staatsverwaltungszweigen*, Bamberg-Würzburg 1807; J. F.E. LOTZ, *Ueber den Begriff der Polizei und den Umfang der Staats-Polizei-Gewalt*, Hildburghausen 1807 [Johann Friedrich Eusebius Lotz (1770-1838) aveva studiato giurisprudenza a Jena, nel 1819 rifiutò la chiamata a Bonn per una cattedra di diritto pubblico e nel 1824 prestò servizio in Sassonia-Coburgo. Cfr. SCHUMANN, in ADB, 19 (1884), 285-287. LIPPERT, *HdBStaatsWiss* 2^a ed., vol. 5 (1900), 649 s.]; G. GERSTNER, *Versuch einer Entwicklung des Begriffes von Polizei*, in « Kameral-Korrespondent » del 16.5.1807, nr. 58; W. BUTTE, *Versuch der Begründung eines endlichen und durchaus neuen System der sogenannten Polizeiwissenschaft*, Landshut 1807; AN., *Ueber das Prinzip, die Grenzen und den Umfang der Polizei*, Leipzig 1808; G. HENRICI, *Grundzüge zu einer Theorie der Polizeiwissenschaft*, Lüneburg 1808; J.D.A. HÖCK, *Grundlinien der Polizeiwissenschaft*, Nürnberg 1809; EMMERMANN (nt. 130).

influenzati dal modello francese ⁽¹³³⁾. Uno degli autori di tali considerazioni sostenne che era sorta « tra i tedeschi competenti in materia una lodevole competizione sul chiarimento di questo punto e sulla definizione di una chiara visione della polizia » ⁽¹³⁴⁾.

Nel frattempo si andava lentamente chiarendo che il concetto di polizia di metà Settecento, estremamente esteso e onnicomprensivo, capace di abbracciare sia la sicurezza interna sia il benessere materiale e spirituale, non poteva più valere. A tal proposito nel 1807 Gerstner spiega, lasciando da parte il campo dell'esecuzione penale e quello del benessere, che « la polizia è un'istituzione statale per la tutela del pubblico dalla violazione dei suoi diritti » ⁽¹³⁵⁾. Quanto più si affermava la separazione tra giustizia e amministrazione, tanto più si potevano — almeno in teoria — tenere distinte dalla polizia le competenze della giustizia ⁽¹³⁶⁾, cosa che rappresentava in pratica una delle più note e difficili ragioni di scontro, in quanto questione altamente politica.

Allo stesso modo si giunse lentamente a escludere dalla polizia le questioni di finanza e di politica estera. L'inclusione dei beni della Chiesa tra le materie disciplinate dalla polizia continuava a generare dissenso, soprattutto in territori caratterizzati da una pluralità confessionale, dove la « polizia ecclesiastica » restava qualcosa di scandaloso per le minoranze religiose. Il problema, apparentemente astratto, della questione se la polizia dovesse ridursi a garante della pubblica sicurezza oppure se (e quanto) la promozione del benessere — in una misura ancora da chiarire — facesse parte dei suoi compiti, si acuiava nel momento in cui vi era bisogno di una soluzione in particolari campi pratici, per esempio nel settore degli interventi statali in tema di istru-

⁽¹³³⁾ ROBHIRT (nt. 132), 16-23; CH. BONNIN, *Principes d'administration publique pour servir à l'étude des lois administratives*, Paris 1809; ID., *Droit public français, ou Code politique*, Paris 1809; F. BODMANN, *Code de Police Administrative etc. - Gesetzbuch der administrativen Polizei oder Sammlung sämmtlicher neueren und ältern Geseze [...]*, in 2 parti, Mainz 1812, traduzione della raccolta di diritto di polizia del barone St. André, prefetto del dipartimento di Donnersberg.

⁽¹³⁴⁾ ROBHIRT (nt. 132) 33; inquadramento storico in F.X. FUNK, *Die Auffassung des Begriffes der Polizei im vorigen Jahrhundert*, in *ZgStW*, 1863, 489-556.

⁽¹³⁵⁾ GERSTNER (nt. 132).

⁽¹³⁶⁾ D.G. STRUBEN, *Dreyzehnte Abhandlung von Regierungs- und Justizsachen, in Nebenstunden*, parte III, Darmstadt 1789, 16-39.

zione e università, oppure in riferimento a dispute sulla morale pubblica, sulla libertà di opinione e sulla libertà di stampa ⁽¹³⁷⁾. Continuava così a presentarsi il seguente problema: che cosa può fare la società, e che cosa può e deve fare lo Stato con i suoi strumenti di polizia?

In risposta a questa domanda si sviluppò un nutrito dibattito ⁽¹³⁸⁾, la cui sottintesa premessa metodologica era che l'accordo sul « concetto corretto » rappresentasse la strada verso la soluzione del problema stesso. Le implicazioni politiche erano appena sfiorate dagli studiosi; secondo quanto da essi stessi dichiarato, il loro obiettivo era l'individuazione di una « verità » concettuale. Dal punto di vista della dottrina generale dello Stato si potrebbe quindi provare a inserire la polizia nello schema dei diritti di sovranità generali (potere di controllo, legislativo, esecutivo, giudiziario) e particolari (polizia, giustizia, potere finanziario e militare). Il suo contenuto materiale si deduceva, nel solco della tradizione giusnaturalistica, dallo scopo dello Stato e dunque dal « fine dell'unione dei cittadini ». La stessa teoria dello scopo dello Stato tuttavia manifesta proprio intorno al 1800 difficoltà decisive ⁽¹³⁹⁾. Da una parte, si osserva come il vecchio e comprensivo concetto di « felicità » imploda nel momento in cui tenta di abbracciare momenti di libertà individuale e sicurezza sul piano giuridico, contrapponendo così i diritti di libertà alla tutela assolutistica ⁽¹⁴⁰⁾. Da un'altra parte, connotazioni dello scopo dello Stato in senso idealistico si presentano come « completamento dell'umanità nella sua totalità », e in

⁽¹³⁷⁾ Cfr. le proposte sarcastiche di Jung-Stilling, riportate da J. GRAF VON SODEN in *Die Staats-Polizei*, Aarau 1817, 122: « il divieto per le donne incinte di andare sulla slitta e di rotolarsi nella neve, nonché il divieto di fasciarsi il petto, di stirarsi i capelli e di pettinarsi. Il divieto di spiare gli indovini, e così via. »

⁽¹³⁸⁾ JOH.H.L. BERGIUS, *Kameralisten-Bibliothek, oder vollständiges Verzeichniß derjenigen Bücher..., welche von der Oekonomie-, Polizei-, Finanz- und Kameralwesen [...] handeln*, Nürnberg 1762; C.G. RÖSSIG, *Die neuere Literatur der Polizei und Kameralistik, vorzüglich vom Jahre 1762-1802*, 2 voll., Chemnitz 1802, 2^a ed. 1812; F.B. WEBER, *Handbuch der ökonomischen Literatur*, in 6 parti, Berlin-Breslau-Leipzig 1803-1832, parte VII, Grimma 1842: cfr. anche il quadro generale opportunamente commentato da R. MOHL, *Die Polizeiwissenschaft* (alla nt. 192) vol. I, § 11.

⁽¹³⁹⁾ K. HESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in den deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1964, 20 ss.; SCHEUNER (nt. 119), 486 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18 Jahrhunderts*, 1976.

questo modo i tentativi liberali di limitazione del potere di polizia vengono nuovamente messi tendenzialmente in secondo piano⁽¹⁴¹⁾. In questo senso intorno al 1808 l'anonimo autore dello scritto *Über das Prinzip, die Grenzen und den Umfang der Polizei* sostenne che la polizia dovesse seguire tendenze morali più alte che non quelle della mera garanzia della pubblica sicurezza, pur dovendo naturalmente rimanere all'interno dei confini a essa imposti⁽¹⁴²⁾. Lo stesso si può leggere negli scritti di Harl, docente a Erlangen, che considera come scopo della polizia quello di « prevenire e combattere tutti i pericoli e i mali a danno della comunità e del singolo, e di garantire ed esercitare la protezione dei diritti personali e materiali di tutti, indipendentemente dalla posizione, dal rango o dal patrimonio »⁽¹⁴³⁾. Allo stesso tempo però Harl imputa alla polizia anche tutte le funzioni nel campo della promozione del benessere.

Quanto più aumentava la distanza tra Stato e società, e le garanzie dei diritti dell'uomo e del cittadino impedivano il ritorno a un ampio eudemonismo, tanto più si rese palese anche all'interno della polizia la separazione tra benessere e libertà. Nel momento della determinazione del concetto di polizia la tradizionale promozione del benessere si separò dalla protezione statale dei diritti di libertà, causando notevoli problemi di classificazione.

Quanto più gli autori erano vicini al pensiero del primo liberalismo e al movimento costituzionale, tanto più provavano a spostare la dimensione del benessere sullo sfondo e a mettere la tutela della sicurezza in primo piano⁽¹⁴⁴⁾. La garanzia della sicurezza sollevava la questione se essa indicasse in senso lato la difesa contro tutti i mali⁽¹⁴⁵⁾ oppure, in senso stretto, soltanto la protezione dai pericoli per l'ordine pubblico e per specifici beni individuali. Rimaneva inoltre il problema della distinzione tra sicurezza preventiva e

⁽¹⁴¹⁾ ROßHIRT (nt. 132) 81. Egli chiarisce comunque subito che « vi è una differenza tra il perfezionamento individuale e quello totale, e che l'attività dello Stato non può mai essere volta al perfezionamento individuale, perché questo rappresenterebbe una pericolosa intromissione nella libertà dell'individuo ».

⁽¹⁴²⁾ F. V. SCHUCKMANN, (oppure il consigliere di Stato J. GRUNER), *Ueber das Prinzip, die Grenzen und den Umfang der Polizei*, Leipzig 1808.

⁽¹⁴³⁾ J.P. HARL, *Entwurf eines Polizei-Gesetzbuchs*, Erlangen 1822, 4.

⁽¹⁴⁴⁾ SONNENFELS, (nt. 108), § 43; HARL, *Handbuch* (nt. 148).

⁽¹⁴⁵⁾ PÜTTER (nt. 123).

giustizia repressiva. Nel campo della promozione del benessere si presentò inoltre il problema di riordinare le attività amministrative secondo priorità definite e di individuare la dimensione propriamente « di polizia » dagli altri compiti dell'amministrazione.

Gli autori che vengono nominati qui di seguito aiutano a chiarire l'ampiezza del dibattito avviato dalla pubblicazione della *Polizei-wissenschaft* di Mohl. Su questo punto è chiaro il predominio dei pratici. Docenti universitari come Wilhelm Joseph Behr ⁽¹⁴⁶⁾, il professore di statistica originario di Landshut Wilhelm Butte (1772-1833) ⁽¹⁴⁷⁾ oppure Johan Paul Harl (1772-1842) ⁽¹⁴⁸⁾, rimasero ai margini del dibattito, come del resto anche K.F.W. Gerstäcker ⁽¹⁴⁹⁾, Maximilian C.F.W. Grävell ⁽¹⁵⁰⁾ oppure il libero docente Georg Henrici ⁽¹⁵¹⁾.

Johann Friedrich Eusebius Lotz (1771-1838) ⁽¹⁵²⁾, « consigliere di cancelleria e funzionario delle imposte » e più tardi alto funzio-

⁽¹⁴⁶⁾ W.J. BEHR, *System der angewandten allgemeinen Staatslehre*, in 3 parti, Frankfurt 1810 (parte 3, 3 ss., su legislazione e amministrazione di polizia).

⁽¹⁴⁷⁾ W. BUTTE, *Versuch der Begründung eines endlichen und durchbaus neuen Systems der sogenannten Polizeiwissenschaft*, Landshut 1807. Si tratta di un libro quasi incomprensibile e in ogni caso inutilizzabile per scopi giuridici. In riferimento allo Stato, allo scopo dello Stato, al concetto di diritto e morale, Butte prendeva in considerazione Kant, Fichte, Feuerbach, Grolman e altri. Critico anche v. INAMA STERNEGG, in ADB, 3 (1876), 654.

⁽¹⁴⁸⁾ J.P. HARL, *Vollständiges Handbuch der Polizey-Wissenschaft, ihrer Hilfsquellen und Geschichte*, Erlangen 1809; Id., *Vollständiges Handbuch der Kriegs-Polizei-Wissenschaft und Militär-Ökonomie*, Landshut 1812; Id., *Entwurf eines Polizei-Gesetzbuchs oder eines Gesetzbuchs für die hohe Sicherheit, öffentliche Ruhe und allgemeine Ordnung sowohl, als auch für alle Zweige der vollständigen Privat-Sicherheit, nebst einer Polizei-Gerichts-Ordnung*, Erlangen 1822. Mohl si esprime laconicamente su queste due opere, in *Polizeiwissenschaft*, 3^a ed., vol. I, 1866, 85: « Sono da citare soltanto a causa della loro incredibile inutilità. ». Harl, originariamente teologo, fu professore di filosofia e scienze camerali a Erlangen dal 1804 al 1817; dopo la caduta di Montgelas fu congedato. Cfr. INAMA, in ADB, 10 (1879), 601 e s.

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. *supra*, nt. 129.

⁽¹⁵⁰⁾ M.C.F.W. GRÄVELL, *Ueber höhere geheime und Sicherheits-Polizei*, Sondershausen-Nordhausen 1820, una disquisizione (non giuridica) sulle competenze della polizia, in forma di dieci lettere, dove tra le altre cose viene discusso l'impiego di investigatori segreti e l'istituzione di organismi preposti alla protezione dello Stato (« alta polizia »). Su Grävell si veda il cap. 4, nt. 284.

⁽¹⁵¹⁾ G. HENRICI, *supra* nt. 131.

⁽¹⁵²⁾ AN., *Johan Friedrich Eusebius Lotz*, in « (Bülau's) Neue Jahrbücher der Geschichte und Politik », 2 (1839), 151-169; SCHUMANN, in ADB, 19 (1884), 285-287.

nario in Sassonia-Coburgo, concepì un modello « idealistico » autonomo nel contesto di un accurato confronto con la letteratura sulla scienza di polizia contemporanea, con il pensiero di Kant, Fichte, Hufeland, Grolmann e con la « teoria della coercizione psicologica »⁽¹⁵³⁾ di Feuerbach. Si trattava di un modello « idealista » indipendente che non troncava però il legame con la teoria del « perfezionamento », inteso come dovere dell'uomo, formulata da Christian Wolff. Per Lotz lo scopo dello Stato consisteva « nel sollevare, attraverso l'unione comune delle forze, ogni singolo membro della società borghese al livello di perfezione massima per l'essere umano »⁽¹⁵⁴⁾. Perseguire questo scopo dello Stato attraverso un « automatismo diretto », e quindi non per mezzo della legislazione e della sua esecuzione (potere esecutivo) né attraverso la giurisdizione⁽¹⁵⁵⁾, era secondo lui compito della polizia⁽¹⁵⁶⁾. Lo Stato non era tenuto soltanto a garantire la sicurezza (« polizia di sicurezza ») in quanto « organismo giuridico », ma in qualità di « organismo morale » doveva sostenere i cittadini nel loro sforzo di raggiungere la perfezione (« polizia ausiliaria »). Ciascuno di questi campi di attività poteva essere osservato da una prospettiva statale e da una prospettiva individuale: le misure di polizia di sicurezza e quelle di polizia ausiliaria erano tanto nell'interesse del mantenimento dello Stato quanto a favore dei cittadini. È secondo questo schema che Lotz ordinò il proprio materiale, pur non evitando numerose sovrapposizioni.

Nonostante le carenze presenti nel suo libro⁽¹⁵⁷⁾, Lotz rappresenta un modello accettato dalla maggioranza degli studiosi del suo

⁽¹⁵³⁾ W. NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, 1962.

⁽¹⁵⁴⁾ J.F.E. LOTZ, *Ueber den Begriff der Polizei und den Umfang der Staatspolizeigewalt*, Hildburghausen 1807, 10.

⁽¹⁵⁵⁾ La classificazione dei poteri dello Stato in potere di ispezione (*ius inspectio-nis*), potere legislativo ed esecutivo, potere giudiziario e « potere di polizia dello Stato », criticata dai contemporanei, viene qui pretermessa.

⁽¹⁵⁶⁾ Contro la distinzione tra giustizia come azione « indiretta » e polizia come azione « diretta », si esprime il redattore della « Jenaische Allg. Literaturzeitung », 1808, nr. 287, 288.

⁽¹⁵⁷⁾ Critico J.F. FRIES, in « Heidelberg Jahrb. d. Lit. », 1808, come pure R. MOHL, *Polizei-Wissenschaft*, 3^a ed., vol. I, 1866, 84: « Né lo scopo né l'ampiezza né l'articolazione della polizia sono ripresi e seguiti in modo corretto. Il materiale è invece

tempo: lo scopo dello Stato in senso materiale del tardo Settecento viene mantenuto e tutt'al più modernizzato attraverso un vocabolario idealistico, da cui viene dedotta una doppia funzione dello Stato e della polizia di sicurezza e ausiliaria. Da una parte essi servono a prevenire i pericoli, a difendersi da minacce concrete e a garantire la pubblica sicurezza, dall'altra essi eliminano tutti quegli ostacoli che impediscono lo sviluppo di una società libera. Questo era il modello che impregnò l'intero *Vormärz*, che si ritrova anche nella scienza di polizia di Mohl e che non è difficilmente identificabile come compromesso politico tra l'assolutismo, ancora influente, e i vincoli costituzionali e dello Stato di diritto per l'amministrazione.

Il filosofo Georg Henrici (1770-1851) reagì criticamente alla definizione dello scopo dello Stato suggerita da Lotz, alla distinzione tra singole funzioni del potere statale e alla suddivisione tra polizia di sicurezza e ausiliaria. Egli presentò nel 1808 il suo scritto *Grundzüge zu einer Theorie der Polizeiwissenschaft* ⁽¹⁵⁸⁾, offrendo però più che altro considerazioni teoriche preliminari invece di un'opera funzionale per l'amministrazione o impiegabile in lezioni rivolte alla pratica. Henrici distingueva tra giustizia e polizia non per l'oggetto della loro attività, che si sovrapponeva in molti casi, ma in base alla forma stessa della loro azione. Come altri prima e dopo di lui, egli distinse la polizia di sicurezza da quella del perfezionamento, l'azione di polizia diretta da quella indiretta. Laddove la polizia si muoveva al di fuori del diritto formale per realizzare lo scopo dello Stato, Henrici offriva come legittimazione e limite solo il « comando della ragione ». La sua base è effettivamente il « razionalismo del cosiddetto senso comune (*Gesunder Menschenverstand*) » ⁽¹⁵⁹⁾, che nonostante le influenze di Reinhold e Schiller è più legata alla filosofia precritica del Settecento che non all'idealismo di Jena.

trattato con maggiore perizia e sicurezza, nello sguardo sulle altre scienze dello Stato, di quanto faccia la maggior parte delle opere sulla polizia. »

⁽¹⁵⁸⁾ Lüneburg 1808. Istruttivo per il dibattito il suo *Nachtrag zu meiner Theorie der Polizeiwissenschaft nebst einer Prüfung darüber angestellten Kritiken*, Lüneburg 1810. La sua base di partenza sul piano teorico-giuridico, che lui stesso definisce « deduzione del puro diritto », fu pubblicata con il titolo *Ideen zu einer wissenschaftlichen Begründung der Rechtslehre*, in 2 parti, Hannover 1809- Pyrmont 1810. Sulla biografia cfr. PRANTL, in ADB, 11 (1880), 785 s.

⁽¹⁵⁹⁾ PRANTL, op. cit., 786.

« Dal punto di vista speculativo » partiva anche Konrad Eugen Franz Rosshirt (1793-1873) ⁽¹⁶⁰⁾, libero docente di Erlangen, quando nel 1817 pubblicò la sua breve opera *Über den Begriff und die eigentliche Bestimmung der Staatspolizey sowohl an sich als im Verhältnisse zu den übrigen Staatsverwaltungszweigen*. Nel sottotitolo egli definisce la propria opera come un « tentativo di trovare il fondamento puro della scienza di polizia » ⁽¹⁶¹⁾. L'opera muove dalla descrizione storica dello sviluppo della *Policey* a partire dal Cinquecento, offre panoramiche su Francia, Inghilterra e Russia, passa quindi a una tradizionale definizione del concetto di polizia, per poi raccogliere il materiale sui diversi settori della polizia in un « libero raggruppamento » e distinguerli infine da altri campi dell'amministrazione. Questo tentativo di raggiungere una effettiva chiarezza concettuale e contenutistica non ebbe però reale successo, anche perché Rosshirt evitò di prendere una posizione politica. Nell'insieme lo scritto, non ancora maturo, ben si inserisce nella eterogenea opera complessiva di Rosshirt, che a partire dal 1818 fu in carica a Heidelberg per più di 100 semestri, pur venendo aspramente criticato come docente e scrittore e anche se (oppure proprio perché) si diletta nel pubblicare praticamente in ogni campo del diritto ⁽¹⁶²⁾.

Il primo scritto, pubblicato nel 1811, di Friedrich Wilhelm Emmermann (1773-1855), consigliere delle finanze e più tardi consigliere di governo del Nassau, deriva invece dalla prassi e a questa è rivolto ⁽¹⁶³⁾. La sua definizione di polizia si riferisce alla tutela della

⁽¹⁶⁰⁾ Cfr. il cap. 3, nt. 337.

⁽¹⁶¹⁾ Bamberg e Würzburg 1817, premessa.

⁽¹⁶²⁾ v. SCHULTE, in ADB, 29 (1889), 260-262, dice che si trattava di un « uomo estremamente mite, buono, innocuo, quasi schivo ». « Come insegnante, secondo i racconti di alcuni studenti, era allo stesso tempo confuso e bizzarro, e le sue conferenze avevano momenti di grande ilarità » (262). Particolarmente critico MOHL, *Erinnerungen*, I 226, 232. Cfr. v. WEECH, *Bad. Biographie*, II (1881), 196-198; concisi riferimenti in DRÜLL, 224.

⁽¹⁶³⁾ EMMERMANN (nt. 130). Nell'introduzione del 1819 si legge che « il libro non è giunto nelle librerie a causa dell'editore ». Emmerman era originario di Dillenburg, studiò diritto a Herborn, Marburgo e Gottinga, praticò prima come avvocato e quindi come assessore d'ufficio a Dillenburg, divenne quindi nel 1804 consigliere di governo nell'Oranien-Nassau, e fu poi chiamato nel governo del Nassau a Wiesbaden, dove

pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico, attraverso la competenza « di giudicare e punire in seguito a un sommario processo legale » (164). L'intera polizia del benessere (economia statale, polizia morale e religiosa, educazione, finanze di Stato e municipali) viene messa da parte. Nell'opera di Emmermann occupa invece uno spazio relativamente ampio il diritto dell'organizzazione della polizia, importante per la prassi, ivi comprese le diverse qualifiche dei funzionari di polizia. Sono rappresentati accuratamente anche il processo di polizia (foro competente, inoltro delle istanze, polizia pubblica e segreta, regole processuali generali e particolari, strumenti di prova, sanzioni di polizia) e l'amministrazione interna della polizia (giornale di servizio, perlustrazioni, casellario, cassa).

Emmermann — in seguito all'approvazione della costituzione del Nassau nel 1814 — ha poi dato alla sua opera, in una edizione incompleta del 1819, una base teorica ispirata alla tendenza liberale e dello Stato di diritto (165). Egli propugnava lo smantellamento delle competenze di polizia più pervasive, una più marcata divisione dei poteri e la limitazione delle competenze delle « autorità amministrative » (166), redigendo in questo modo un quadro conciso ma completo del livello di elaborazione teorica raggiunto dalla condizione costituzionale del tempo.

L'intensa discussione sul « concetto di polizia » riflette come pochi altri settori le difficoltà del passaggio dal tardo assolutismo, scosso ma non infranto dalla rivoluzione, allo Stato costituzionale imperniato sulla divisione dei poteri. Teorie in ritardo rispetto alla situazione politica si affiancano a idee che precorrono i tempi. All'epoca della Confederazione renana molti autori sembrano segui-

rimase in servizio fino al 1837, per ultimo in qualità di consigliere di Stato. Cfr. G.CH. HAMBERGER-J.C. MEUSEL, 5^a ed., vol. 17 (1820) 501; W.H. STRUCK, *Vom Kampf um den Verfassungsrat*, in « Nassauische Annalen », 79 (1968), 182-244 (241 e s.); O. RENKHOFF, *Nassauische Biographie: Kurzbiographien aus 13 Jb.*, 1985, 91 s. Materiale autobiografico si trova nell'archivio di Stato di Wiesbaden.

(164) Op. cit., 13.

(165) F.W. EMMERMANN, *Die Staatspolizei in Beziehung auf den Zweck des Staats und seine Behörden*, Wiesbaden 1819.

(166) « Quegli uffici che, diversi dalla giustizia, si occupano della società borghese nella sua vita intima, e che amministrano come un tutto unico il bilancio pubblico dello Stato, si chiamano autorità amministrative », op. cit., 55.

re i cambiamenti, ma dopo il 1815 i teorici risultano in generale più avanti rispetto alla realtà. La distinzione tra affari di governo e di giustizia, questioni camerali e di polizia, lo spostamento di tutto il potere penale dalla polizia alla giustizia, erano ora motivati, riconosciuti come possibilità politica e parzialmente realizzati, anche se la *praxis* amministrativa degli Stati, riuniti adesso nel sistema di Metternich, continuava a sterezare verso strade già battute. In ogni caso, almeno sul piano teorico la strada di ritorno verso l'assolutismo di vecchio tipo era sbarrata. Ciò che fu chiamato « restaurazione » non era una ricostruzione, ma un arrangiamento forzato di elementi vecchi e nuovi, un compromesso costituzionale e amministrativo. L'idea di ridurre il ruolo della polizia al solo settore della sicurezza, assolutamente non realizzabile durante il *Vormärz* per la sovrapposizione tra Stato e società, fu conservata come aspirazione liberale e punto di orientamento per il diritto.

Altra opera tipica del tempo sono i *Grundsätze der Polizeigesetzgebung und der Polizeianstalten*, apparsi per la prima volta nel 1809, opera dello statista Ludwig Heinrich Jakob (1759-1827) ⁽¹⁶⁷⁾. Con il termine « polizia » egli intende in senso lato « la cura attiva dello Stato per la promozione di tutti gli scopi determinati dal diritto » ⁽¹⁶⁸⁾. Questi scopi sono quelli del governo (« conoscenza dei poteri del regno », « mantenimento della sua reputazione e dell'ubbidienza alle leggi », « buone finanze e forze armate », « crescita della popolazione ») o quelli del popolo (« mantenimento della condizione giuridica in assoluto », « conservazione e completamento di tutti i beni che la moralità e il benessere possono suscitare e

⁽¹⁶⁷⁾ L.H. JAKOB, *Grundsätze der Policeygesetzgebung und der Policeyanstalten*, 2 voll., Charkow-Halle-Leipzig 1809, 2^a ed. invariata in unico vol. Halle 1837; Jakob conseguì l'abilitazione all'insegnamento universitario nel 1785 in filosofia ad Halle, dove divenne professore straordinario nel 1789 e nel 1791 professore ordinario di filosofia, e a partire dal 1804 professore di economia di Stato. A causa dell'abolizione dell'università (1806) partì per la Russia e insegnò a Charkow, per poi tornare ad Halle nel 1816. Di importanza centrale era per lui l'economia nazionale, nel cui campo era un seguace di Smith (*Grundsätze der Nationalökonomie oder Grundsätze des Nationalreichthums*, Halle 1809, 2^a ed. 1819, 3^a edizione 1825), soprattutto per quanto riguarda la teoria monetaria. La sua base filosofica è costituita da un kantismo volgarizzato. Cfr. PRANTL, in ADB, 13 (1881), 689 e s.; LIPPERT, *HdBStaatsWiss*, 2^a ed., vol. 4 (1900), 1313-1314.

⁽¹⁶⁸⁾ JAKOB (nt. 167), § 26.

ampliare nel contesto dei limiti stabiliti dal diritto»). In questo modo si teneva in vita la teoria tardo-assolutistica dello scopo dello Stato ma si rafforzava anche l'idea che l'azione di polizia doveva rispettare l'ordinamento giuridico e i diritti individuali, e che i suoi interventi erano autorizzati solo laddove « i liberi poteri privati » non erano sufficienti e soltanto se non superavano certi limiti. Jakob desidera entrambi: lo Stato amministrativo attivo e la sua limitazione attraverso il diritto. Lo sviluppo liberale delle attitudini umane rimane però lo scopo principale, che non può venire sacrificato ai particolari scopi dell'amministrazione⁽¹⁶⁹⁾, allo stesso modo in cui la libertà deve essere in generale « lo scopo principale dell'unione dei cittadini »⁽¹⁷⁰⁾. Se interessi pubblici e privati sono in conflitto, nel dubbio sono quelli privati a prevalere. Questa fondamentale linea liberale ha fruttato al libro una successiva edizione (1837) e la lode da parte di Mohl⁽¹⁷¹⁾, anche se questi sosteneva un altro punto di vista rispetto alla questione se la cosiddetta giustizia preventiva o polizia giuridica appartenesse alla scienza di polizia o alla « polizia » stessa⁽¹⁷²⁾.

Quasi contemporaneamente a Jakob, il cameralista Friedrich Julius Heinrich von Soden (1754-1831)⁽¹⁷³⁾ sviluppava idee molto simili. Le opinioni economiche di entrambi derivavano dalle teorie di Adam Smith, in altre parole condividevano l'idea di un'economia determinata da libere forze⁽¹⁷⁴⁾, cercando però allo stesso tempo di rispettare il ruolo ancora dominante dello Stato. Ambedue giunsero

⁽¹⁶⁹⁾ Op. cit., § 33.

⁽¹⁷⁰⁾ Op. cit., § 120.

⁽¹⁷¹⁾ MOHL, *Polizei-Wissenschaft*, 3^a edizione, vol. I, 1866, 85.

⁽¹⁷²⁾ JAKOB (nt. 167), §§ 162 ss. considera le misure preventive di polizia per la tutela della pubblica incolumità (sorveglianza di associazioni, riunioni, possesso di armi, passaporti, controllo della stampa, delle persone potenzialmente pericolose, protezione dei diritti individuali etc.) come effettivi compiti della polizia.

⁽¹⁷³⁾ Julius Graf v. Soden studiò a Erlangen, Jena e Altdorf, prestò servizio in Ansbach-Bayreuth e quindi in Prussia (1792-1796). Più tardi visse come libero docente, prendendo posizione rispetto a numerose questioni economiche e politiche anche nella sua funzione di deputato presso l'assemblea cetuale bavarese (1825-27). Su di lui ora P. HANKE, *Ein Bürger von Adel. Leben und Werk des Julius von Soden (1754-1831)*, 1988.

⁽¹⁷⁴⁾ J. GRAF V. SODEN, *Die National-Ökonomie*, in 5 parti, Leipzig 1805-1811, parte VI, Aarau 1816, parte VII Aarau 1817 (= *Die Staats -Polizei nach den Grundsätzen der National-Ökonomie. Ein Versuch*), 207, che riduce il tutto alla formula: il segreto

così, indipendentemente l'uno dall'altro, a teorizzare la separazione tra economia nazionale ed economia statale ⁽¹⁷⁵⁾. L'opera principale di Soden, *Die National-Ökonomie* ⁽¹⁷⁶⁾, conteneva nel settimo volume — intitolato *Die Staats-Polizei, nach den Grundsätzen der National-Ökonomie* — ⁽¹⁷⁷⁾ una nuova ampia discussione dedicata al « concetto logicamente corretto di polizia ». Lo scopo eudemonistico e lo scopo securitario della polizia sono ancora legati vicendevolmente, anche se limitati dall'esaltazione dei principî liberali: « La promozione dei vantaggi di questa riunione socievole, di questo vivere insieme, e la prevenzione dei potenziali svantaggi che possono risultare da questa riunione socievole e da questo vivere insieme, può essere il vero ed esclusivo spazio d'azione della polizia dello Stato » ⁽¹⁷⁸⁾.

Il metodo adottato da Soden, ossia quello di assegnare un doppio compito alla polizia, rappresenta la soluzione comune e armonizzante a partire dagli inizi dell'Ottocento. In questo modo veniva rispettata la concezione di una polizia ancora pervasiva, ma contemporaneamente veniva creata la possibilità di sottolinearne in chiave liberale la funzione di pubblica sicurezza e di tutela della pubblica incolumità. Questo procedimento corrispondeva, del resto, alla assai poco chiara condizione costituzionale. Il principio monarchico mirava a mantenere la pressoché illimitata polizia del benessere settecentesco, mentre la partecipazione parlamentare, lentamente avviata, puntava a una limitazione giuridica della sua funzione eudemonistica rispetto alla protezione dai pericoli, e insieme auspicava il rinnovamento di quelle energie riformatrici, promotrici e sostenitrici che nella « polizia » erano assolutamente favorevoli alla borghesia. Anche Johann Ludwig Klüber descrisse in questo senso i compiti della polizia: « la polizia dello Stato [...] ha due oggetti principali, ovvero la sicurezza e il benessere o perfezionamento dei

dell'arte del governo consiste nel « lasciare in pace l'umanità ». Le parti VIII e IX sono apparse ad Aarau nel 1820 e a Norimberga nel 1824.

⁽¹⁷⁵⁾ W. ROSCHER, *System der Volkswirtschaft*, vol. I, Stuttgart 1854, cap. 2.

⁽¹⁷⁶⁾ SODEN (nt. 174). L'opera fu discussa tra gli altri da J.F.E. LOTZ, in « *Jenaische Allgemeine Literaturzeitung* », 1812, nr. 50, 51, e in « *Hallesche Literatur-Zeitung* », 1818, Erg. Bl., 126 s.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. nt. 174.

⁽¹⁷⁸⁾ Op. cit., 46.

membri dello Stato. La polizia di sicurezza serve contro le violazioni del diritto e gli accadimenti dannosi causati dalla natura o altrimenti. Il compito della polizia del benessere o di perfezionamento è il raggiungimento e l'aumento del benessere fisico, morale e spirituale della società. La prima è la polizia dello Stato in senso stretto, in vista del suo collegamento diretto con lo scopo dello Stato; l'altra è la polizia della società dello Stato, con il suo collegamento indiretto con lo scopo dello Stato e per i suoi rapporti diretti con il bene della società generale degli abitanti dello Stato » (179).

Si può notare come già la determinazione della « sicurezza » quale scopo ultimo dello Stato determina, esattamente come per Berg, una prospettiva liberale. La distinzione tra una polizia « in senso stretto » (tutela della pubblica incolumità come genuino compito dello Stato) e una polizia « in senso lato » (promozione del benessere della società) è qui espressa con chiarezza, anche al di là delle dispute sulla classificazione delle singole materie.

Una simile coesistenza di scopo securitario e scopo eudemonistico — salva la distinzione concettuale delle due funzioni — rappresenta nel primo terzo dell'Ottocento la linea più forte, soprattutto rispetto al rifiuto assoluto della funzione eudemonistica dello Stato da parte di dogmatici del liberalismo come Wilhelm von Humboldt, che al momento dell'applicazione pratica non riuscivano però a rispettare il loro stesso programma. Così come in generale la politica interna degli Stati tedeschi non fu radicalmente trasformata in senso liberale, così anche il ridimensionamento dello scopo dello Stato a mera protezione della pubblica sicurezza non fu mai del tutto realizzato (180). Le aspettative rispetto allo Stato rimanevano decisamente superiori.

Ben esprime le posizioni del primo liberalismo moderato la considerazione espressa nel 1823 (181) da Karl Heinrich Pölitz: « il diritto e il benessere insieme sono le due maggiori condizioni di vita

(179) J.L. KLÜBER, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes*, 4^a ed., Frankfurt 1840, § 381.

(180) Così N.H.TH. GÖNNER, *Teutsches Staatsrecht*, Landshut 1804, 549.

(181) K.H.L. PÖLITZ, *Die Staatswissenschaften im Lichte unsrer Zeit*, in 2 parti, Leipzig 1823, 269-365.

all'interno dello Stato, e insieme fanno parte degli scopi stessi dello Stato, in quanto lo Stato secondo le leggi della ragione non può essere concepito né solo come istituzione giuridica né solo come ente per il benessere e il godimento della felicità». Coerentemente Pölitz distingue quindi tra polizia di sicurezza e polizia del benessere. La prima si occupa della pubblica sicurezza e dell'ordine pubblico ⁽¹⁸²⁾ ma è anche organo ausiliare (repressivo) nell'esecuzione del diritto penale ⁽¹⁸³⁾. Alla polizia del benessere rimangono i classici settori della demografia, dell'economia nazionale, del commercio e dell'industria, della formazione intellettuale, dei costumi, dell'ambito religioso ed educativo ⁽¹⁸⁴⁾. In riferimento a questi settori Pölitz riporta solo informazioni generiche e poche note approssimative sulla specifica bibliografia.

La *Allgemeine Polizeiwissenschaftslehre* di Wilhelm Joseph Behr, che fu pubblicata soltanto nel 1848 ⁽¹⁸⁵⁾ e che potrebbe quindi già essere messa a confronto con la scienza di polizia di Mohl, da un punto di vista storico-evolutivo appartiene però ancora al periodo della Confederazione renana e del primo costituzionalismo. Questo sia per la maggiore vicinanza al diritto di ragione, a Kant e al più circoscritto concetto di Stato di diritto che ne deriva, sia a causa del tentativo di sottoporre nel suo complesso l'azione di polizia del benessere alla « realizzazione del diritto ideale, alla validità e alla certezza del diritto » ⁽¹⁸⁶⁾. Come nel caso di Günter Heinrich von Berg, anche in Behr rimane comunque l'idea generale della *Policey* nella sua accezione originale, i cui scopi possono essere raggiunti

⁽¹⁸²⁾ Pölitz nomina qui (301 e s.) assembramenti e tumulti, rivolte e proteste, società segrete, azioni di proselitismo, sicurezza delle strade e della proprietà, vigili del fuoco, sanità, poveri, tutela degli immobili, polizia civica.

⁽¹⁸³⁾ Op. cit., 290.

⁽¹⁸⁴⁾ Op. cit., 334 e s.

⁽¹⁸⁵⁾ W.J. BEHR, *Allgemeine Polizeiwissenschaftslehre oder pragmatische Theorie der Polizei-Gesetzgebung und Verwaltung. Zur Ehrenrettung rechtgemässer Polizei, mittels schärfer Zeichnung ihren wahren Spähre und Grenzen*, 2 voll., Bamberg 1848. Bibliografia su Behr *supra*, cap. 1, nt. 183.

⁽¹⁸⁶⁾ È comprensibile perché qui incontrasse la resistenza di Mohl. Cfr. MOHL, *Polizeiwissenschaft*, 3ª ed. 1886, vol. I, 85: « la forzata riconduzione dell'oggetto della polizia a un principio non corretto (garanzia giuridica). Contenuto asciutto. Debole lavoro di un uomo invecchiato ».

mediante la legislazione di polizia e l'amministrazione di polizia ⁽¹⁸⁷⁾. Rispetto a quello di Mohl il lavoro di Behr è molto arretrato per il grado di chiarezza sistematica che raggiunge e per i riferimenti al contesto del dibattito tra fine Settecento e inizio Ottocento, e quindi per essere del 1848 risulta « sorpassato ». Edito durante la detenzione di Behr nella fortezza di Oberhaus presso Passau (1836-1837), esso mostra come il suo autore fosse tagliato fuori dal dibattito scientifico contemporaneo ⁽¹⁸⁸⁾, sul quale si può affermare che non abbia avuto alcuna risonanza.

III. *La prima fase di un diritto amministrativo autonomo.*

1. *R. v. Mohl.*

Gli sforzi teorici che miravano a individuare un nesso tra la scienza di polizia del tardo assolutismo e i postulati del movimento costituzionale trovano il loro apice in Robert von Mohl. Questi raggiunse effettivamente lo scopo di diventare l'« Adam Smith della polizia » ⁽¹⁸⁹⁾. Egli arrivò alla « trasformazione delle vecchie materie cameralistiche, e in particolare della scienza di polizia, in forme esemplari per il diritto amministrativo e per la scienza dell'amministrazione » ⁽¹⁹⁰⁾. Mohl sviluppò le sue idee sulla « polizia » prima

⁽¹⁸⁷⁾ Questa a sua volta come parte della *Administrationpolitik* (politica dell'amministrazione) sviluppata da Behr. W.J. BEHR, *System der allgemeinen angewandten Staatslehre oder Staatskunst (Politik)*, Frankfurt a. M. 1810, vol. 2 e 3.

⁽¹⁸⁸⁾ Negli anni 1837-1847 il manoscritto rimase presso il ministero della giustizia di Monaco. La sua pubblicazione era stata vietata.

⁽¹⁸⁹⁾ E. ANGERMANN, *Robert von Mohl 1799-1875. Leben und Werk eines altliberalen Staatsgelehrter*, 1962, 36 e s. Per l'Italia questo titolo è dovuto a GIAN DOMENICO ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo*, in *Opere I-XIX*, Firenze 1832-1839, vol. IV. Sul tema L. MAGNOLI, *Gian Domenico Romagnosi iniziatore della scienza del diritto amministrativo in Italia*, in *Atti del convegno di studi in onore di G. D. Romagnosi nel bicentenario della sua nascita*, in « Studi parmensi », X (1961), 401 ss.; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna 1981; L. MANNORI, *L'amministrazione nel pensiero di Gian Domenico Romagnosi*, in *L'amministrazione nella storia moderna*, vol.1, Milano 1985, 667 ss.

⁽¹⁹⁰⁾ U. SCHEUNER, *Robert von Mohl: Die Begründung einer Verwaltungslehre und einer Staatswissenschaftlichen Politik*, in *500 Jahre Eberhard-Karls-Universität Tübingen, Beiträge zur Geschichte der Universität*, Tübingen 1977, 514 ss. (518).

nella seconda parte giusamministrativistica del suo *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (1831) ⁽¹⁹¹⁾ e poi nella sua seconda opera fondamentale, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats* (1832-33) ⁽¹⁹²⁾.

Il titolo di questo libro, che sancì definitivamente l'uso del termine « Stato di diritto » in Germania, era programmatico. La scienza di polizia non cercava qui alcuna autonomia apolitica, ma cercava invece il più stretto legame con i principî politici del tempo. Per Mohl l'amministrazione rappresentava in senso ampio un compito politico, ossia « l'applicazione ai singoli casi dei superiori principî fondamentali di determinazione costituzionale » ⁽¹⁹³⁾. Secondo la convinzione di Mohl i principî costituzionali devono raggiungere la quotidianità dell'amministrazione se non vogliono rimanere solo vuote dichiarazioni. Le sue idee circa i compiti della polizia dipendono quindi direttamente dagli scopi dello Stato e dal suo concetto di Stato di diritto. Certamente con la sua *Polizeiwissenschaft* Mohl non intendeva scrivere un testo di diritto di polizia o di diritto dell'amministrazione, ma la materia che doveva trattare era già ampiamente attraversata dal diritto, e il clima costituzionale insieme allo scopo dello Stato che egli aveva in mente lo portarono inevitabilmente a una trattazione della materia in forma giuridica.

Dal momento in cui Mohl considera come scopo dello Stato non soltanto « il mantenimento dell'ordine giuridico [...] come bisogno e bene in sé » ma anche « il sostegno di scopi ragionevoli, laddove e nella misura in cui i mezzi dei singoli o di loro piccole formazioni non fossero sufficienti » ⁽¹⁹⁴⁾, è logica l'assegnazione di questi due compiti a una « polizia » (intesa come amministrazione interna) ancora pervasiva ⁽¹⁹⁵⁾.

Da una parte, la polizia deve fare fronte alle azioni illecite dei

⁽¹⁹¹⁾ R. v. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. II, 2^a ed., Tübingen 1840, §§ 185-193 (*Rechts-Polizei*), §§ 194-258 (*Hülf-Polizei*).

⁽¹⁹²⁾ R. v. MOHL, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaat*, 2 voll., Tübingen 1832, 1833; 2^a ed. ampliata del *System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei*, Tübingen 1844-1845; 3^a ed. con modifiche, Tübingen 1866.

⁽¹⁹³⁾ MOHL, *Staatsrecht* (nt. 191), vol. II, § 142.

⁽¹⁹⁴⁾ MOHL, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, 1859, 324 e s.

⁽¹⁹⁵⁾ In *Polizeiwissenschaft* (nt. 192), 2^a ed., vol. 1, § 2, in riferimento allo scopo dello Stato di diritto sostiene che « la vita comune del popolo va ordinata in modo tale

cittadini mediante la prevenzione o la repressione. Mohl ha chiamato questo settore « giustizia preventiva » o « polizia giuridica » (*Rechts-Polizei*) e ha cercato di imputarlo interamente all'apparato giudiziario ⁽¹⁹⁶⁾. Trovò però notevoli resistenze, in quanto la concezione abituale della « polizia » faceva riferimento a tutte le forme di tutela della pubblica incolumità e perché risultava inadeguato assegnare la previsione dei pericoli tipica della polizia ai giudici. Mohl, certamente, non riuscì a imporre l'idea di questo trasferimento di alcuni compiti di polizia a carico dell'apparato giudiziario, ma fu tra i primi a tracciare il confine tra funzioni di polizia riguardanti la tutela della pubblica incolumità e le attività delle autorità amministrative generali.

Il fulcro della sua scienza di polizia, a causa dell'esclusione della « polizia giuridica », era di fatto la « polizia ausiliaria », « la quintessenza di tutte quelle differenti istituzioni che hanno come scopo, attraverso l'applicazione dei poteri generali dello Stato, la rimozione degli ostacoli esterni che impediscono lo sviluppo universalmente consentito delle forze umane, e che i singoli da soli non sono in grado di rimuovere » ⁽¹⁹⁷⁾. In Mohl si ritrovano, in forma modernizzata, i settori di attività che comparivano anche in Berg: la politica demografica, la sanità, la « polizia dei prezzi », la polizia dei bisogni, la formazione intellettuale, morale e religiosa dei cittadini, il buongusto, e ancora la regolazione del mercato fondiario, della circolazione dei capitali, delle assicurazioni, e poi ancora l'agricoltura, l'industria mineraria, il commercio e l'industria, ivi compresi i trasporti, i mercati, la moneta, le attività bancarie e di borsa. Lo Stato, sfondo di tutti questi campi, è guidato dal *common sense*, in maniera ragionevole. Le sue misure giuridiche e amministrative seguono una linea liberale, pur lasciando ancora trasparire tracce dello spirito dell'assolutismo illuminato. Mohl non si fa scrupolo nell'adottare per le finalità che ritiene opportune anche mezzi repressivi, soprattutto quando secondo la sua opinione gli uomini si

che ogni suo membro venga sostenuto e appoggiato nell'esercizio e nell'uso, possibilmente liberi e universali, di tutte le sue forze ».

⁽¹⁹⁶⁾ MOHL, *System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei*, Tübingen 1834, 2^a ed. 1845.

⁽¹⁹⁷⁾ *Polizeiwissenschaft*, 2^a ed., vol. I, § 3.

ostacolano in modo tale da non permettere altra soluzione. La parte materiale del suo concetto di Stato di diritto ⁽¹⁹⁸⁾, più volte sottolineata, implica che lo Stato segua scopi positivi (giusti). Il suo pensiero è intimamente legato alla tradizione del più antico eudemonismo, espresso secondo l'uso del tempo con categorie giuridiche. Gli scopi dello Stato devono essere condivisi sulla base della ragione e del diritto, e Mohl, lontano da dubbi e problemi di metodo, supposeva semplicemente che tra uomini ragionevoli ci si potesse accordare su ciò che ragionevole era.

La parte materiale dello Stato di diritto viene completata da quella formale, ossia dal legame tra diritto e legge. Questa parte è sviluppata nel primo volume in maniera relativamente concisa e per cenni; per la rappresentazione generale della scienza di polizia, questa parte fa solo da introduzione, ma venne ampliata tra la prima e la terza edizione così da rispettare la generale tendenza verso una concezione formale dello Stato di diritto. La realizzazione degli scopi dello Stato in forme giuridiche per Mohl avveniva sulla base di pochi principî fondamentali: laddove si dispone dei diritti e dei doveri dei cittadini o vengono stabilite delle sanzioni, c'è bisogno di una legge determinata secondo lo specifico procedimento costituzionale ⁽¹⁹⁹⁾. Le disposizioni attuative e gli ordini locali fanno parte del campo dei regolamenti, che Mohl non riuscì a separare con precisione dal diritto legislativo. Altrettanto poco puntuale appare ai giorni nostri la discussione sulla questione riguardante tempi e modi in cui lo Stato poteva adottare forme di coercizione e di sanzione ⁽²⁰⁰⁾. Ma questa critica è anacronistica, essendo ancora lontani i tempi di una « parte generale » del diritto amministrativo e di una netta delimitazione nella divisione dei poteri, e non considera l'intenzione di Mohl di occuparsi di una *scienza* di polizia che non vuole

⁽¹⁹⁸⁾ MAIER, (nt. 105), 228; SCHEUNER (nt. 190); ANGERMANN (nt. 189), 37, 207 ss.

⁽¹⁹⁹⁾ *Polizeiwissenschaft* (nt. 192), vol. I, 2^a ed., § 6. In B. ROTH, *Vermischte Abhandlungen meistens über Gegenstände des Rechts und der Rechtspolizei*, Karlsruhe 1823, si trova una discussione sulla differenza tra affari di giustizia e affari di polizia, in riferimento alla costituzione del Baden, secondo cui gli interventi nell'ambito dei diritti individuali devono essere giustiziabili; in questo caso non basta la « Firniß der Polizei » (per la creazione di uno spazio agiuridico).

⁽²⁰⁰⁾ Op. cit., § 7.

essere *diritto* di polizia ⁽²⁰¹⁾. Per il resto, Mohl è convinto, per quanto riguarda l'amministrazione, della preponderanza del momento dello scopo rispetto alla forma del diritto: « Presso le autorità giudiziarie deve essere indefettibile la più rigorosa osservanza della forma; non è in questione l'importanza o meno della cosa in sé; non si può mai prescindere dai principî per conseguire un mero vantaggio; tutto questo avviene in tutt'altra maniera nel disbrigo degli affari di polizia » ⁽²⁰²⁾. Anche per questo motivo Mohl si opponeva, in effetti senza successo, al predominio degli elementi giuridici nella formazione dei funzionari amministrativi, e si impegnò nell'istituzione di specifiche facoltà di scienza dello Stato secondo i modelli di Tubinga, Monaco e Würzburg. In queste facoltà, secondo le sue intenzioni, doveva venire istituita una cattedra di diritto costituzionale e amministrativo ⁽²⁰³⁾.

Mohl, retrospettivamente, ha espresso un certo orgoglio nei confronti della sua « scienza di polizia », che a suo parere ha « reso completamente obsoleta tutta la bibliografia precedente sul tema, cosa che in realtà non rappresenta di per sé particolare motivo di vanto, considerata la sconcertante mancanza di principî e di idee che segna i primi manuali di scienza di polizia » ⁽²⁰⁴⁾. Soprattutto, Mohl era fiero della attribuzione delle funzioni di polizia preventiva all'apparato giudiziario, anche se nella pratica tale idea non aveva goduto di successo alcuno. « Forse è una mia fissazione, ma almeno è costruita in maniera logica » ⁽²⁰⁵⁾. La letteratura giuridica moderna segue questo giudizio generalmente molto positivo e interpreta il suo lavoro, da una parte, come l'ultimo brillante esito di una disciplina che raggiunge qui il culmine della sua scientificità, e, dall'altra parte, nonostante la tanto sottolineata prospettiva borghese, come testimonianza della concezione materiale dello Stato di diritto del primo

⁽²⁰¹⁾ Come MAIER (nt. 105), 232.

⁽²⁰²⁾ *Polizeiwissenschaft* (nt. 192), 2^a ed., vol. II, 545.

⁽²⁰³⁾ MOHL (nt. 16). BLEEK (nt. 8), 247, riporta che Mohl nel 1869 diede alla cattedra un nuovo accento « antigiuridico »: scienza di polizia, scienza dell'amministrazione. Le conoscenze propriamente giuridiche dovevano venire successivamente apprese nelle facoltà giuridiche.

⁽²⁰⁴⁾ *Lebenserinnerungen*, I, 271

⁽²⁰⁵⁾ *Lebenserinnerungen*, I, 272.

liberalismo, caratterizzata da una grande apertura verso la sempre più forte questione sociale.

2. *Il diritto amministrativo prima del 1848.*

I passi compiuti da Mohl in direzione di un diritto amministrativo autonomo ma allo stesso tempo legato alla costituzione, come pure il suo contributo nella fase conclusiva della scienza di polizia (scienza dell'amministrazione), sono determinanti per il periodo precedente al 1848 e per molti anni a seguire. Lo stesso Lorenz von Stein, che pur aveva poco in comune con Mohl, riconobbe che la rappresentazione dei diritti amministrativi territoriali come legati alla costituzione era la « strada che noi su questo punto dobbiamo percorrere per il futuro. [...] è fuor di dubbio che questa non verrà semplicemente conservata, ma inciderà energicamente quale unica base razionale dell'ordinamento di diritto pubblico. Se esiste una autonoma scienza dell'amministrazione, allora dovrà anche esserci un autonomo *diritto* amministrativo degli Stati »⁽²⁰⁶⁾.

Vero è che queste parole vennero scritte nel 1866, ossia più di una generazione dopo la pubblicazione dello *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (1829) di Mohl. Nel frattempo lo sviluppo in direzione di un diritto amministrativo autonomo era diventato molto più chiaramente riconoscibile. A Tubinga esisteva addirittura una cattedra di diritto amministrativo⁽²⁰⁷⁾, il cui titolare si esprimeva programmaticamente per lo sviluppo del diritto amministrativo⁽²⁰⁸⁾. Quest'ultimo diveniva ora anche oggetto di studio come materia speciale.

La separazione teorica tra diritto costituzionale e diritto amministrativo è tuttavia decisamente più risalente. Già Nikolaus Thaddäus Gönner partiva dalla divisione tra « diritto della costituzione e diritto del governo », come pure i primi manuali bavaresi di Schmelzing (1821), Dresch (1823), Schunk (1824) e Cucumus (1825). A partire da quel momento la divisione era generalmente accettata, indipendentemente dai termini usati: « diritto della costi-

⁽²⁰⁶⁾ L. V. STEIN, *Verwaltungslehre* (nt. 44), 2^a ed. 1866, parte 2, intr., 38.

⁽²⁰⁷⁾ *Supra*, cap. 4 nt. 76

⁽²⁰⁸⁾ HOFFMANN (nt. 53).

tuzione» (*Konstitutionsrecht*) o «diritto costituzionale» (*Verfassungsrcht*), e «diritto dell'amministrazione» (*Administrativrecht*) o — come in Mohl — «diritto amministrativo» (*Verwaltungsrecht*). Negli anni quaranta e cinquanta la differenziazione è ormai parte dell'uso linguistico generale (Moy, Pözl e Zöpfl, tra gli altri), e si esprime anche nel fatto che nelle opere generali viene dedicata di regola una prima parte alla costituzione e una seconda parte all'amministrazione. Si rivela qui l'idea fondamentale di Mohl, che tra l'altro verrà più tardi sottolineata allo stesso modo da Lorenz von Stein, ossia che la costituzione e l'amministrazione devono essere intese l'una come principio e l'altra come applicazione. Solo in questo modo era possibile, almeno negli Stati costituzionali, criticare l'amministrazione, rimasta indietro rispetto alle previsioni costituzionali, mediante argomentazioni giuridiche, e relegare il potere monarchico, con i suoi limiti costituzionali, sul piano del potere esecutivo. Gli argomenti generali scaturiti da questo processo iniziarono a dare forma al ricco materiale disponibile: la riserva di legge per gli interventi sulla libertà e sulla proprietà; l'obbligo di una proporzionalità dei mezzi adottati nel perseguimento di determinati scopi amministrativi; il divieto di imposizioni retroattive e in generale la tutela del «legittimo affidamento»; l'indennizzo per le espropriazioni.

Con l'eccezione della Baviera e del Württemberg, in tutti gli altri territori della Confederazione germanica prima del 1848-50 non si trova molto più di mere raccolte dei diversi diritti amministrativi vigenti ⁽²⁰⁹⁾. Questo valeva anche per la Prussia, anche se lì — in mancanza di una costituzione e col supporto di una eccellente e riconosciuta tradizione amministrativa — l'interesse per il diritto amministrativo era massimo. Tutti gli sforzi della dottrina erano intesi come un contributo per l'amministrazione stessa, per i funzionari dello Stato, per i borgomastri e per i deputati interessati, ma non per i cittadini in generale o per gli studenti delle facoltà giuridiche. Per la propria formazione amministrativa si credeva che fosse più importante la conoscenza del dettaglio giuridico appresa nella pratica, «sul posto», che non quella che si poteva acquisire nelle aule universitarie.

⁽²⁰⁹⁾ *Supra*, cap. 4, II, 12. Ivi sulle opere prussiane di Mirus, Bergius, Simon, Rönne e altri.

3. Conclusioni.

Osservando nuovamente come si sono sviluppate durante il *Vormärz* la scienza di polizia (scienza dell'amministrazione) e il diritto di polizia (diritto dell'amministrazione), possiamo rinvenire ancora una volta il parallelismo, più volte confermato, tra storia costituzionale e storia della scienza giuridica.

Il graduale passaggio dall'*ancien régime* all'epoca costituzionale, tipico della Germania, corrisponde alla lenta dissoluzione della scienza di polizia come scienza dell'amministrazione dell'assolutismo illuminato. Il concetto settecentesco di Stato di benessere non si dissolve del tutto nel secolo successivo, ma subisce radicali modifiche sotto un duplice aspetto.

Da un lato, a partire dall'affermazione del liberalismo economico, l'amministrazione deve accettare un ridimensionamento del proprio spazio d'azione ⁽²¹⁰⁾. Cambiano anche, e in maniera particolarmente evidente, i contenuti pratici dell'attività amministrativa, per via della nuova struttura della società e delle rivoluzionarie novità nel campo della tecnica e del mondo lavorativo. La risposta della scienza giuridica ai cambiamenti va rinvenuta nella specializzazione dell'attività amministrativa, e dunque nella formazione di polizie speciali, dedicate a materie quali la politica demografica e la sanità ⁽²¹¹⁾, la povertà e la difesa della patria ⁽²¹²⁾, l'attività agraria, forestale e mineraria ⁽²¹³⁾, i telegrafi ⁽²¹⁴⁾, la scienza bancaria ⁽²¹⁵⁾, e così via. Era evidente che questa specializzazione comportava il

⁽²¹⁰⁾ H. WINKEL, *Die Volkswirtschaftslehre der neueren Zeit*, 1973.

⁽²¹¹⁾ J.P. FRANK, *Systeme einer vollständigen medicinischen Polizey*, 4 voll. Mannheim 1779-1788; E.B. G. HEBENSTREIT, *Lehrsätze der medicinischen Polizeywissenschaft*, Leipzig 1791 (2^a ed. Wien 1806); J.H. SCHÜRMEYER, *Handbuch der medicinischen Polizey. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates zu akademischen Vorlesungen und zum Selbstunterrichte für Ärzte und Juristen*, Erlangen 1848 (2^a ed. 1856); R. v. VIRCHOW, *Die öffentliche Gesundheitspflege*, 1848. Cfr. al proposito M. RODENSTEIN, „*Mehr Licht mehr Luft*“. *Gesundheitskonzepte im Städtebau seit 1750*, 1988.

⁽²¹²⁾ K.G. KRIES, *Die englische Armenpflege*, Berlin 1863; F. BITZER, *Das Recht auf Armenunterstützung und die Freizügigkeit, ein Beitrag zu der Frage des allgemeinen deutschen Heimatrechts*, Stuttgart 1863.

⁽²¹³⁾ L. v. RÖNNE, *Die Landes-Kultur-Gesetzgebung des Preußischen Staates*, Berlin 1854; J.CHR. HUNDESHAGEN, *Lehrbuch der Forstpolizei*, 2^a ed. Tübingen 1831 (4^a ed. 1860); O. v. HINGENAU, *Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24.*

crollò della vecchia concezione unitaria della scienza di polizia. Lorenz von Stein, che nella sua maestosa rappresentazione di una « scienza dell'amministrazione » cercava di opporsi a tale crollo, ne aveva avuto il presentimento: la specializzazione e l'idea dello Stato di diritto, disse, avrebbero condotto alla « dissoluzione della scienza dell'amministrazione » ⁽²¹⁶⁾.

Da un altro lato, la vecchia *Policey* dovette trasformarsi in una « amministrazione » vincolata alla costituzione e alla legge, e quindi i campi dell'attività di polizia furono determinati in maniera più esplicita di prima, secondo i principî della divisione dei poteri e della riserva di legge. In particolare, il « se » e il « come » degli interventi di polizia in materia di libertà e proprietà dipendevano adesso dalle leggi approvate in parlamento. La dotazione finanziaria dei singoli campi amministrativi seguiva la legge di bilancio. Le forze in gioco si assestarono secondo la perfetta formulazione di Mohl di una « scienza di polizia secondo i principî dello Stato di diritto ». Di più allora non si poteva raggiungere, data la generale condizione del diritto costituzionale, con il suo perpetuo compito di controbilanciamento di un potere esecutivo in mano alla monarchia.

Il « diritto di polizia » di ascendenza settecentesca apparve sempre più un tema marginale della scienza di polizia, e nell'Ottocento diventò gradualmente una disciplina separata ma predominante, che a sua volta avrebbe spinto la scienza di polizia in una posizione marginale da cui la materia che ne avrebbe preso il posto — la scienza dell'amministrazione — non si sarebbe più affrancata. Nella seconda metà dell'Ottocento si instaurò così il dominio del diritto amministrativo, rispetto al quale, in chiave di ricostruzione storica, si sosteneva apoditticamente che « i concetti di polizia e di scienza di polizia si sono giocati per mancanza di carattere la possibilità di essere ancora considerati effettivi campi di ricerca. Di

Juli 1865, Wien 1866 Id., *Handbuch der Bergrechtskunde*, in 7 parti, Wien 1852-55. Cfr. C. FRAAS, *Geschichte der Landbau und Forstwissenschaft*, München 1865.

⁽²¹⁴⁾ C. KNIES, *Der Telegraph als Verkehrsmittel. Mit Erörterung über den Nachrichtenverkehr überhaupt*, Tübingen 1857. Cfr. K. KARMARSCH, *Geschichte der Technologie*, München 1872.

⁽²¹⁵⁾ O. HÜBNER, *Die Banken. Nach der neuesten statistischen Notizen und Berichten*, Leipzig 1846; 2^a ed., 2 voll. 1853-54.

⁽²¹⁶⁾ L. v. STEIN (nt. 44), *Verwaltungslehre*, 2^a ed. 1866, vol. II, 30.

concetti con i quali può farsi di tutto, alla fine non se ne fa di niente; ognuno ne fa quel che vuole » ⁽²¹⁷⁾. Quello che non poteva più essere definito a livello teorico non poteva più neppure essere oggetto di una disciplina scientifica.

Questo processo si svolse inizialmente nell'ambito della discussione sui cambiamenti dell'offerta formativa nelle facoltà giuridiche, che già prima del 1848 avevano iniziato qui e là a proporre corsi di diritto amministrativo territoriale. In realtà, in discussione v'era molto di più: i postulati dello Stato amministrativo, pensabile solo come Stato di diritto, dovevano dare buona prova di sé durante l'operato amministrativo quotidiano. Nel contesto delle tensioni tra Stato e società durante il *Vormärz* ciò significava che i cittadini provavano a erigere barriere giuridiche e a respingere gli interventi dell'esecutivo che consideravano privi di copertura legale. Il rapporto assolutistico tra potere pubblico e sudditi si trasformò nel rapporto tra cittadini dello Stato e poteri dello Stato, quindi in una relazione giuridica. Gli elementi basilari di questo rapporto erano già a disposizione nella costituzione e dovevano solo essere concretizzati nella pratica quotidiana senza perdere il proprio carattere giuridico. In questo consisteva l'operato del diritto amministrativo. Già la creazione di un nuovo « diritto della costituzione » ⁽²¹⁸⁾ condusse necessariamente a un corrispondente « diritto dell'amministrazione », che doveva servire alla registrazione di tutte le attività statali suscettibili di un inquadramento giuridico al di sotto del livello costituzionale, con la sola esclusione delle attività giudiziarie, già distinte dal resto.

Quanto al contenuto, il diritto della costituzione e il diritto dell'amministrazione continuavano a rimanere strettamente legati, tanto più che contemporaneo era il contesto politico in cui entrambi erano sorti. Le norme costituzionali pervasero gradualmente la materia dell'amministrazione interna, anche se non è chiaro se ciò avvenne a causa della loro funzione di espressione di una domanda politica oppure per la loro posizione gerarchicamente superiore

⁽²¹⁷⁾ L. J. GERSTNER, *Einleitung in die gesammte Staatsverwaltungslehre*, Würzburg 1862, 224.

⁽²¹⁸⁾ Non il vecchio *Staatsrecht*, ma il nuovo *Verfassungsrecht* è il *pendant* del nuovo diritto amministrativo.

nell'ordinamento giuridico ⁽²¹⁹⁾. Il conflitto costituzionale covato durante il *Vormärz* tra il monarca e il parlamento si tramutò nell'antinomia tra legge del parlamento e potere regolamentare dell'esecutivo, spingendo così sin dall'inizio la nascente scienza del diritto amministrativo a prendere posizioni dogmatiche più precise.

Trasformazioni della storia del pensiero di questo tipo avvengono lentamente: i bisogni quotidiani, le intenzioni politiche, insieme alle condizioni costituzionali territoriali e alla loro capacità di ottenere un riconoscimento scientifico, le spingono in avanti e le ostacolano allo stesso tempo. Parimenti, al momento della loro nascita, le nuove discipline attraversano dei passaggi obbligati, dei «livelli» tipici, che vanno dalla raccolta di materiale all'elaborazione limitata al piano locale, fino alla formazione di un sistema territoriale e concettualmente definito. Si è quindi qui trattato prima del rilevamento e dell'elaborazione del materiale normativo secondo specifici settori, dove questi ultimi erano classificati in osservanza del principio della suddivisione per competenze. Successivamente, al secondo livello, apparve l'elaborazione «organica» di questo materiale in compatte esposizioni di diritto territoriale, secondo il modello fornito da Mohl. Il terzo livello, rappresentato dalla condensazione delle figure giuridiche tipiche della pratica amministrativa in una «parte generale», non viene preso in considerazione, e neppure riconosciuto come un obiettivo da raggiungere, prima del 1848.

La vecchia scienza di polizia e il nuovo diritto amministrativo erano discipline con prospettive diverse. La prima rappresentava l'arsenale di conoscenze utili per lo Stato e per la sua burocrazia in vista del massimo perseguimento dello scopo dello Stato. Il diritto amministrativo, in conformità con la condizione costituzionale in cui operava, aveva un doppio volto: fungeva da mezzo di manovra per la realizzazione degli scopi definiti dalle leggi statali, come anche da linea di confine dei diritti di libertà dei cittadini.

All'interno della formazione giuridica avvenne uno scambio tale per cui la preparazione camerale, in declino, venne sostituita da materie giuridiche anche se, all'inizio, non da materie di diritto

⁽²¹⁹⁾ R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, in «Der Staat», 20 (1981), 485-516.

pubblico. Una formazione speciale in « scienza dello Stato » per l'amministrazione divenne sempre meno plausibile, in considerazione della giuridicizzazione in senso costituzionale. La conoscenza economica si raggruppò intorno all'economia politica e alla scienza delle finanze. La conoscenza tecnologica si spostò nelle università di agraria, di medicina veterinaria e nelle facoltà tecniche, nelle accademie forestali e minerarie. I funzionari di formazione giuridica disponevano chiaramente di quella conoscenza che all'interno dell'amministrazione risultava maggiormente capace di gestire un duplice fronte: da un lato, l'esigenza di impiegare in maniera coordinata una conoscenza specialistica in rapida evoluzione per i fini dell'amministrazione, senza per questo cadere in sterili specialismi; dall'altro lato, la necessità di assicurare la protezione dei diritti di libertà offerta dallo Stato di diritto, cosa possibile solo per mezzo di conoscenze giuridiche. Queste ultime apparivano tanto più urgenti in quegli Stati dove mancavano le garanzie costituzionali dei diritti di libertà, così che l'amministrazione fungeva anche da sostituto costituzionale. Ragon per cui in Prussia la formazione separata dei funzionari amministrativi venne abbandonata più rapidamente e in maniera più decisa rispetto alla Germania meridionale.

CAPITOLO VI
LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO NELLA
RIVOLUZIONE DEL 1848

I. La rivoluzione tedesca — 1. I « professori politici ». — 2. La rivoluzione del 1848-49. — II. Le conseguenze. — 1. La delusione. — 2. La *Realpolitik*. — 3. La svolta verso il positivismo. — 4. Prospettive evolutive.

I. *La rivoluzione tedesca.*

1. *I « professori politici ».*

I rappresentanti del diritto pubblico nelle università del primo Ottocento erano « professori politici » per definizione ⁽¹⁾. Essi condussero fin dalla fine del vecchio Impero, insieme ai più alti funzionari dei governi dei singoli Stati, il dibattito su « costituzioni » e « leggi organiche », sulle riforme statali e amministrative. Dopo le guerre di liberazione i professori entrarono nella polemica tra insegnamento statale e opinione pubblica. I deliberati di Karlsbad del 1819, già restrittivi di per sé, e la « persecuzione dei demagoghi » (*Demagogenverfolgung*) che ne risultò, la nomina di commissari statali alle università, la sorveglianza delle lezioni e delle unioni studentesche, furono ancora una volta inaspriti (1834) dopo la « festa di Hambach » del 1832 e la *Frankfurter Wachensturm* del 1833. Le università si trovarono così continuamente sotto pressione, quasi ridotte al silenzio, ma altamente politicizzate. Oltre che da questi fattori, una forte sensibilizzazione della relazione tra il diritto

⁽¹⁾ H. EHMKE, *Karl von Rotteck, der "politische Professor"*, 1964, 12: « L'espressione indica il ruolo che gli studiosi tedeschi ebbero, in una particolare situazione storica, come mediatori tra Stato e cultura, tra intelletto e potere, e come rappresentanti della borghesia tedesca ».

pubblico e la politica fu favorita anche dai grandi dibattiti costituzionali. Le promesse costituzionali prussiane agitarono gli animi, così come le violazioni della costituzione nell'Assia elettorale, il « colpo di Stato » di Hannover e le tensioni tra le rappresentanze cetuali e i sovrani in Baviera, Baden e Württemberg. I « professori politici », in prima linea quelli di diritto pubblico, erano sfidati a prendere posizione e a impiegare il proprio sapere di esperti in materia. Si presentarono come candidati per le camere alte e basse dei parlamenti ⁽²⁾, scrissero pareri, memorie e dossier, si occuparono della redazione di periodici e tennero discorsi in occasione delle « feste della costituzione » e delle assemblee cetuali. La loro partecipazione fu particolarmente marginale, ovviamente, nell'Austria di Metternich e nella Prussia del periodo anteriore alla rivoluzione del marzo 1848, non esistendo in quei paesi « alcuna scienza del diritto pubblico » ⁽³⁾. Austria e Prussia rimasero « fino al 1848 degli spazi relativamente chiusi all'influsso della dottrina del diritto pubblico comune tedesco » ⁽⁴⁾.

Non è chiaro, almeno per la prima parte del secolo, se queste attività abbiano contribuito alla evidente « parabola discendente » dei progetti di codificazione, alla formulazione di pareri su questioni particolari, all'incidenza nella pubblica opinione di « libro e cattedra » ⁽⁵⁾. Mai fino ad allora c'erano stati così tanti professori-deputati, e forse mai tanta fiducia e speranza politica era stata riposta nella parola pronunciata e scritta ⁽⁶⁾. Nel 1835, August Wilhelm Rehberg scrisse che nelle assemblee dei ceti tedeschi « era molto

⁽²⁾ F. GACKENHOLZ, *Die Vertretung der Universitäten auf den Landtagen des Vormärz: insbesondere dargestellt am Beispiel der Universität Freiburg i.Br.*, 1974; P.M. EHRLE, *Volksvertretung im Vormärz. Studien zur Zusammensetzung, Wahl und Funktion der deutschen Landtage im Spannungsfeld zwischen monarchischem Prinzip und ständischer Repräsentation*, 1979; H. BEST, *Die Männer von Bildung und Besitz. Struktur und Handeln parlamentarischer Führungsgruppen in Deutschland und Frankreich 1848-49*, 1990.

⁽³⁾ R. SMEND, *Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung*, in *Id.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed. 1968, 326-345 (331).

⁽⁴⁾ SMEND (nt. 3), 333.

⁽⁵⁾ SMEND (nt. 3), 327.

⁽⁶⁾ V. VALENTIN, *Geschichte der Deutschen Revolution 1848-1849*, 2 voll., 1930, qui citata secondo l'edizione del 1970, vol. I, 339: « L'epoca credeva nella parola, come

evidente che era sempre rappresentato un folto numero di studiosi di giurisprudenza [...]. In tutte le assemblee centrali tedesche si percepisce un influsso molto forte dei giuristi. Il loro grande numero e il senso giuridico che domina le assemblee non è però casuale. L'intera formazione politica del popolo tedesco è stata sviluppata dalla formazione giuridica. Dopo l'introduzione del diritto romano i dottori in giurisprudenza erano stati per secoli consulenti indispensabili dei principi; anche i ceti di allora erano guidati dai giuristi. [...]. Perciò le università hanno un ruolo più importante nella storia della civiltà tedesca che in quella di qualsiasi altro popolo » (7).

La « parabola discendente » di cui ha parlato Rudolf Smend è sicuramente vera per il periodo successivo al 1850. Da una parte la delusione per gli insuccessi della politica costituzionale, dall'altra il tramonto della filosofia idealistica, portarono a un'accentuazione del « metodo giuridico » e alla sempre minore considerazione degli elementi storici, politici e filosofici. La dottrina del diritto pubblico si orientava così verso la legge positiva, mentre la dottrina generale dello Stato passò in seconda linea. Il numero dei professori-deputati diminuì continuamente (8), cosa che però non significò l'abbandono totale della politica da parte di questi (9). « In questo modo persero valore di fronte al pensiero del realismo politico che si andava affermando » (10). Su questo punto torneremo più avanti.

Già nel periodo anteriore alla rivoluzione del 1848 l'intensità dei legami trasversali tra scienza e pubblica opinione crebbe in una maniera fino ad allora sconosciuta. Nella maggior parte dei parlamenti tedeschi vi erano — insieme a tutti gli altri rappresentanti della borghesia colta — professori di diritto pubblico, sia come

nessuna mai prima o dopo di allora. La parola bella, vera, grande era per loro la liberazione e — la soluzione ».

(7) A.W. REHBERG, *Die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde der Fürsten*, Jena 1835, 43, 63.

(8) Ma si veda più puntualmente B. v. BROCKE, *Professoren als Parlamentarier*, in K. SCHWABE (a cura di), *Deutsche Hochschullehrer als Elite 1815-1945 (Deutsche Führungsschichten der Neuzeit*, vol. 17), 1988, sui professori nei parlamenti dell'Ottocento.

(9) Per il ruolo politico della scienza nell'Ottocento vedi P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987 (ed. tedesca 1992).

(10) SMEND (nt. 3), 334.

rappresentanti della loro corporazione, delle università, sia come deputati eletti ⁽¹¹⁾. Dove, come in Prussia, non c'erano parlamenti ma soltanto rappresentanze dei ceti provinciali, la questione costituzionale era sempre aperta e portava anche lì a una forte politicizzazione delle università ⁽¹²⁾. L'ingresso delle università aveva così una grande risonanza nella vita pubblica. Del resto anche tutti gli eventi sociali e politici facevano riferimento alle università: « La dissoluzione del sistema di Metternich e il movimento cetuale in Austria, la questione costituzionale in Prussia e il *Vereinigter Landtag*, la crisi dello Stato provocata in Baviera da Lola Montez, le particolarità e la vitalità dell'insieme dei piccoli Stati (*Kleinstaaterei*), l'inadeguatezza della Confederazione germanica e le ambizioni di riforma della nazione tedesca, la divisione delle classi, la fame e la disoccupazione dei ceti più bassi, il fermento intellettuale, le ambizioni e l'inquietudine nella produzione spirituale e artistica » ⁽¹³⁾. Per tutto questo le università erano una perfetta cassa di risonanza.

2. *La rivoluzione del 1848-49.*

Quella iniziata nel marzo 1848, e poi diffusasi a macchia d'olio, fu una « rivoluzione tedesca » ⁽¹⁴⁾ e allo stesso tempo una rivoluzione europea. Essa innescò una reazione a catena di rivoluzioni nei singoli Stati che si trovavano in stretto rapporto con l'evoluzione dell'Assemblea nazionale di Francoforte. Al livello dei singoli Stati e a quello nazionale si aggiunse poi il livello delle università locali.

⁽¹¹⁾ Come esempio dell'attività di un « professore politico » vedi gli articoli di August Ludwig Reyscher (1802-1880) di quegli anni, in J. RÜCKERT (a cura di), *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, 1974, 61 s., 185 s.

⁽¹²⁾ K. GRIEWANK, *Deutsche Universitäten in der Revolution von 1848*, 1949, 8 s.; H. THIELBEER, *Universität und Politik in der Deutschen Revolution von 1848*, 1983, in particolare 91 s. per Berlino, 97 s. per Bonn.

⁽¹³⁾ VALENTIN (nt. 6) II, 545.

⁽¹⁴⁾ Informazioni dettagliate in VALENTIN (nt. 6), 338 s.; HUBER, II, 502 s.; J.D. KÜHNE, *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, 1985; ID., *1848/49 — Deutschland zwischen Reform und Revolution*, in P. NAHAMOWITZ-S. BREUER (a cura di), *Politik-Verfassung-Gesellschaft*, 1995, 17-33.

a) *Le università.*

Le diciannove università dell'epoca ⁽¹⁵⁾, cui si aggiunsero anche le quattro austriache ⁽¹⁶⁾, furono immediatamente teatro di agitazioni. In occasione del cosiddetto secondo incontro di Wartburg nel giorno di Pentecoste del 1848 gli studenti chiesero la riforma delle università come « istituzioni nazionali », la garanzia della libertà dell'insegnamento e dello studio, il diritto di partecipare alla gestione delle università e l'eliminazione della giurisdizione speciale universitaria ⁽¹⁷⁾. Le reazioni furono molto diverse ⁽¹⁸⁾: alcune parteciparono con fervore (Lipsia ⁽¹⁹⁾, Göttinga ⁽²⁰⁾, Jena ⁽²¹⁾, Heidelberg ⁽²²⁾, Berlino ⁽²³⁾, Bonn ⁽²⁴⁾,

⁽¹⁵⁾ Berlino, Bonn, Breslavia, Erlangen, Friburgo, Gießen, Göttinga, Greifswald, Halle, Heidelberg, Jena, Kiel, Königsberg, Lipsia, Marburgo, Monaco, Rostock, Tubinga, Würzburg. Cfr. R. VOM BRUCH, *Die Universitäten in der Revolution 1848/49*, in W. HARDTWIG (a cura di), *Revolution in Deutschland und Europa 1848/49*, 1998.

⁽¹⁶⁾ Vienna, Graz, Innsbruck e Praga; in un certo senso anche Padova, Lubiana, Olmütz, Brünn e Bratislava. Cfr. anche H. v. SRBIK, *Die Wiener Revolution des Jahres 1848 in sozialgeschichtlicher Beleuchtung*, in « Schmoller Jahrb. », vol. 43 (1919); M. DOBLINGER, *Der burschenschaftliche Gedanke auf Österreichs Hochschulen vor 1859*, 1925; P. MOLISCH, *Die Wiener Akademische Legion*, in « Archiv f. österr. Geschichte », 110 (1924); ID., *Politische Geschichte der deutschen Hochschulen in Österreich von 1848 bis 1918*, 1939; G. FRANZ, *Liberalismus. Die deutschliberale Bewegung in der habsb. Monarchie*, 1955; E. WINTER, *Romantismus, Restauration und Frühliberalismus im österreichischen Vormärz*, Wien 1968; K. EBERT, *Die Grazer Juristenfakultät im Vormärz. Rechtswissenschaft und Rechtslehre an der Grazer Hochschule zwischen 1810 und 1848*, Graz 1949.

⁽¹⁷⁾ GRIEWANK (nt. 12), 31-43.

⁽¹⁸⁾ Un'esposizione molto dettagliata e vivace delle vicende delle università tedesche (con l'eccezione di Monaco) è presentata da HEIDE THIELBEER (nt. 12). La breve presentazione di GRIEWANK (nt. 12) è sorpassata.

⁽¹⁹⁾ R. WEBER, *Die Universität Leipzig in der Revolution des Jahres 1848-49*, in « Karl-Marx Universität », vol. I, 1959-60, 250-311; THIELBEER (nt. 12), 25 s.

⁽²⁰⁾ THIELBEER (nt. 12), 35 s.

⁽²¹⁾ THIELBEER (nt. 12), 40 s.

⁽²²⁾ F. HAAG, *Die Universität Heidelberg in der Bewegung von 1848-49*, 1934; H. DERWEIN, *Heidelberg im Vormärz und in der Revolution 1848-49. Ein Stück badischer Bürgergeschichte*, in « Neue Heidelberger Jahrbücher », NF 1955-56, 1958, in particolare 67 s.

⁽²³⁾ K. OBERMANN, *Die Berliner Universität am Vorabend und während der Revolution von 1848*, in *Forschen und Wirken, Festschr. z. 150-Jahrfeier der Humboldt-Universität zu Berlin*, vol. I, 1960, 165.

⁽²⁴⁾ M. BRAUBACH, *Bonner Professoren und Studenten in der Revolution 1848-49*, 1967.

Vienna (25)), altre con ansia e prudenza (Friburgo (26), Tubinga (27), Würzburg (28), Monaco (29), Halle (30), Königsberg (31), Greifswald (32), Rostock (33)), altre ancora consapevoli del proprio ruolo nel difendere la propria autonomia (Erlangen (34)). Quasi ovunque, e in modo più evidente a Vienna, gli studenti furono politicamente attivi, si unirono alle milizie civiche o formarono delle «legioni accademiche». Studenti, professori e cittadini, almeno durante la «rivoluzione di marzo», erano uniti senza eccezioni nella difesa dagli abusi della polizia, delle forze armate e della burocrazia statale. Le università e la scienza in sé non ebbero però un influsso determinante sull'andamento generale della rivoluzione. Certamente ebbero un qualche effetto le proteste e le istanze delle università, come anche i documenti degli studenti (Gottinga, Heidelberg, Würzburg, Gießen) (35), e in particolare quelli redatti nell'«Aula» di Vienna, ma in generale le vicende furono dominate da forze ben diverse, provenienti dalla piccola borghesia, dai contadini e dalla emergente classe operaia, oltre che dall'alta borghesia, dai liberi

(25) F. GALL, *Alma Mater Rudolphina 1365-1965*, Wien 1965.

(26) THIELBEER (nt. 12), 81 ss.

(27) E. SIEBER, *Stadt und Universität Tübingen in der Revolution von 1848-49*, 1975.

(28) D. LANGEWIESCHE, *Die politische Vereinsbewegung in Würzburg und Unterfranken in den Revolutionsjahren 1848-49*, in «Jahrbuch f. fränkische Landesforschung», 37 (1977), 195-233.

(29) W. KÖNIG, *Universitätsreform in Bayern in Revolutionsjahren 1848-49*, 1977 (supplemento 8, serie B della «Zeitschr. f. Bayer. Landesgeschichte»).

(30) A. SCHMIEDECKE, *Die Revolution von 1848-49 in Halle*, 1932; M. BRÜMMER, *Staat kontra Universität. Die Universität Halle-Wittenberg und die Karlsbader Beschlüsse 1819-1848*, 1991, qui con particolare riferimento al delegato del governo Ludwig Wilhelm Anton Pernice (1843-1848).

(31) H. LIPPOLD, *Königsberger Studenten in unruhiger Zeit 1831-1848*, in «Einst und Jetzt», vol. 15, 1970, 74.

(32) THIELBEER (nt. 12), 107.

(33) «La petizione dell'università di Rostock era scritta da Rudolf v. Jhering, e chiedeva con particolare energia la riforma della costituzione e l'introduzione della libertà di stampa» (HUBER, II, 543). Cfr. K. CANIS, *Rostocker Professoren und Studenten in der bürgerlich-demokratischen Revolution von 1848*, in *Geschichte der Universität Rostock*, vol. I, 1969, 105.

(34) THIELBEER (nt. 12), 60 ss.

(35) K. BAHNSON, *Akademische Auszüge aus deutschen Universitäts- und Hochschulorten*, tesi, Saarbrücken 1973.

professionisti e dai funzionari liberali ⁽³⁶⁾, nonché, naturalmente, dalle forze politiche controrivoluzionarie.

b) *Territori.*

A livello regionale furono avanzate le cosiddette « richieste di marzo » (*Märzforderungen*), con le quali si chiedeva il riconoscimento e la realizzazione di tutto ciò che in campo liberale era stato prefigurato già dagli anni venti, e che era stato in parte conseguito ma poi revocato negli Stati costituzionali: la libertà di opinione e di stampa, la libertà di coscienza e d'insegnamento, la libertà personale e di associazione, la guardia nazionale e il giuramento dell'esercito sulla costituzione, le riforme costituzionali ivi compreso il diritto di voto, una tassazione giusta e l'abolizione dei privilegi nobiliari ⁽³⁷⁾. Ovunque si dimisero i governi allora in carica, e ben presto si arrivò alla formazione dei cosiddetti « ministeri di marzo » e a modifiche costituzionali. A tutto questo parteciparono naturalmente anche i docenti universitari di diritto pubblico, sia per il loro incarico nelle università, sia in quanto parlamentari, ma senza mai raggiungere una posizione di primo piano. Se si esamina la composizione dei nuovi governi negli Stati di medie proporzioni, in Prussia e in Austria, si osserva il cambiamento della direzione politica verso un liberalismo moderato, a cui però non seguì una vera sostituzione delle classi dirigenti. I nobili che facevano politica o diplomazia per professione, insieme ai funzionari borghesi di alto livello, continuavano a dominare la scena ⁽³⁸⁾. A diventare ministri e primi ministri erano i dirigenti della diplomazia, dell'amministrazione, della giurisdizione, i sindaci e gli avvocati, e solo raramente i professori universitari di diritto pubblico. Pensiamo ad alcuni esempi. In Württemberg, Paul A.

⁽³⁶⁾ VALENTIN (nt. 6); HUBER, II, 502 sg. NIPPERDEY, I, 595 ss. Per il movimento delle donne nel 1848 cfr. U. FREVERT, *Frauen-Geschichte, Zwischen Bürgerlicher Verbesserung und Neuer Weiblichkeit*, 1986, 72 ss.

⁽³⁷⁾ HUBER, II, 502 ss. per Baviera, Württemberg, Baden, Assia-Darmstadt, Nassau, Assia elettorale e Francoforte, Sassonia, Turingia, Anhalt, Hannover, Brunswick, Meclemburgo, città anseatiche, Austria e Prussia.

⁽³⁸⁾ K. SCHWABE (a cura di), *Die Regierungen der deutschen Klein- und Mittelstaaten 1815-1933*, 1983.

Pfizer (1801-1876), che nel 1846 aveva rinunciato alla cattedra di diritto pubblico appartenuta a Robert von Mohl e che gli era stata offerta a Tubinga, diventava ministro della pubblica istruzione⁽³⁹⁾, mentre lo storico del diritto August Ludwig Reyscher (1802-1880)⁽⁴⁰⁾ prendeva posto in parlamento come deputato. Il professore di diritto romano a Lipsia, Ludwig v. d. Pfordten (1811-1880) assumeva improvvisamente, nel 1848-49, la carica di ministro degli esteri e della pubblica istruzione in Sassonia, e continuava poi la sua carriera politica in Baviera, sua regione di origine⁽⁴¹⁾. A Vienna, Josef Unger (1828-1913), che diventerà un grande civilista, era attivo come studente dalla parte dei contestatori del 15 maggio 1848. Il professore di cameralistica Eduard Baumstark (1807-1889), direttore dell'Accademia Eldena di economia pubblica e agraria, nei pressi di Greifswald, entrò il primo maggio 1848 nell'Assemblea nazionale prussiana nella lista dei conservatori, fra l'altro contemporaneamente al procuratore prussiano Julius von Kirchmann (1802-1884)⁽⁴²⁾.

Anche se non si riuscì a combinare opportunamente la teoria giuspubblicistica con la prassi politica nei più importanti organi pubblici dei singoli Stati, il patrimonio ideale del diritto pubblico del periodo anteriore alla rivoluzione del marzo 1848 era inevitabilmente oggetto di dibattito generale. La riforma della costituzione confederale e delle costituzioni territoriali, la decisione tra monarchia e repubblica, la garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino, la previsione normativa del diritto di voto e delle competenze dei parlamenti, i temi della separazione dei poteri, della pubblicità della giustizia, del controllo amministrativo e molto altro ancora era stato elaborato teoricamente e divulgato dalla scienza giuridica. Era il caso, per esempio, dello *Staats-Lexikon* di Rotteck e Welcker, la cui seconda edizione era stata appena pubblicata nel 1845-1848 e che

⁽³⁹⁾ Cfr. *supra*, cap. 3, nt. 377; RÜCKERT (nt. 11), 262-267.

⁽⁴⁰⁾ Dettagli in RÜCKERT (nt. 11).

⁽⁴¹⁾ VALENTIN (nt. 6), II, 443.

⁽⁴²⁾ WIEACKER, 415, con documentazione di saggi più risalenti: presentazione dettagliata in R. WIETHÖLTER, *Julius Herrmann von Kirchmann (1802-1884). Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer*, in *Kritische Justiz* (a cura di), *Streitbare Juristen*, 1988, 44-58.

aveva stabilito ancora una volta la base delle rivendicazioni della maggioranza dei cittadini.

c) *L'Assemblea nazionale.*

Non è un caso che l'impegno dei professori — e soprattutto degli studiosi di diritto pubblico — fosse invece più forte sulla scena dell'Assemblea nazionale di Francoforte. Per loro era relativamente più facile entrarvi, perché vi si avvertiva meno la « schizofrenia » con cui studenti e professori « si percepivano come futuri funzionari e formatori e nello stesso tempo come classe dirigente intellettuale con l'aspettativa di un rinnovamento »⁽⁴³⁾. Nell'Assemblea nazionale non si trattava di riprendere e di proseguire un parlamento regionale già esistente secondo lo spirito liberale, ma di rifondare il desiderato Stato nazionale attraverso l'azione parlamentare. Si pensava di poter lavorare « senza condizioni », nel libero scambio degli argomenti, e in ogni caso senza le pastoie dell'apparato amministrativo. Per questo motivo, come uno di loro osservò col senno di poi, « il loro influsso era decisivo e positivo soprattutto sul piano teorico, mentre era meno incisivo nelle questioni che riguardavano l'immediata azione pratica »⁽⁴⁴⁾.

Pareva che il rango intellettuale e l'autorità dei singoli deputati, acquisita con l'opera di una vita, fossero determinanti. Tra i circa 585 (con i supplenti si arrivava a 812) membri della *Paulskirche* vi erano 49 professori e docenti universitari e 57 tra professori e membri di altro tipo di istituzioni di alta formazione⁽⁴⁵⁾. Sulla base di queste cifre non si poteva parlare in senso proprio di una « convenzione di professori ». Ciononostante, il peso di chi aveva conseguito una formazione accademica, con 569 deputati (più dell'80 per cento del totale), era quasi soffocante. Vi era « troppa università

⁽⁴³⁾ THIELBEER (nt. 12), 122.

⁽⁴⁴⁾ (F.)K. BIEDERMANN, *Erinnerungen aus der Paulskirche*, Leipzig 1849, 261. Karl Biedermann (1812-1901) insegnava a Lipsia come cultore del diritto pubblico, storico e pubblicita. Nella *Paulskirche* era membro del gruppo *Württembergischer Hof - Augsburger Hof*, membro del *Vorparlament* e della Commissione dei cinquanta. Cfr. H. HELBIG, in NDB, 2 (1955), 223 s.

⁽⁴⁵⁾ VALENTIN (nt. 6), II, 12. I dati non sono certi. B. v. BROCKE (nt. 9) individua un totale di 66 professori (8,1%) per un numero complessivo di 812 deputati.

e troppo poco patrimonio politico »⁽⁴⁶⁾, e in questo senso l'assemblea era uno specchio della gerarchia sociale⁽⁴⁷⁾. Chi però ne fece parte naturalmente non ne percepiva l'insufficienza. Robert Mohl avrebbe ricordato con orgoglio: « Sedettero nella *Paulskirche* Dahlmann e Jakob Grimm e Mittermaier, Beseler, Waitz, Vischer, Zachariä, Albrecht, Phillipps, Gervinus, Arndt, e così ancora tanti altri fra i professori più famosi della Germania; rendono forse incapaci al lavoro dell'ingegno la grande forza intellettuale e le conoscenze profonde, o la maestria nelle questioni di giurisprudenza e storia? [...] E quando si necessitava della fama e dell'esperienza parlamentare, vi erano ancora: Welcker, Bassermann, Mathy, Beckerath, Vincke, Lichnowsky, Rothenhan, Jordan, Römer, Freudentheil, Lang, Baumbach, Buß. La scienza giuridica renana era rappresentata da Wiedemann, Compes, Schüler; il vecchio diritto da Heckscher, Barth, Reh e da tanti altri ancora »⁽⁴⁸⁾, e non per ultimo da Mohl stesso, che aveva dato un contributo fondamentale nella stesura del regolamento interno dell'Assemblea⁽⁴⁹⁾ e che più tardi avrebbe esercitato le funzioni di ministro della giustizia. L'accuratissima indagine di Wolfram Siemann sulla provenienza e sull'appartenenza dei deputati nella *Paulskirche* alle diverse scuole giuridiche ha dimostrato quanto fosse forte questa componente e come si sia affermato l'orientamento della scienza giuridica nelle questioni concrete⁽⁵⁰⁾. Evidentemente da questo « dominio dei giuristi », all'interno del quale dominava a sua volta la scuola storica del diritto, fu impartito un influsso generalmente moderato e conservatore. Già durante i dibattiti si sottolineò positivamente che i professori avevano « portato nell'Assemblea una visione storica »⁽⁵¹⁾.

(46) VALENTIN (nt. 6), II, 12.

(47) HUBER, II, 612.

(48) MOHL, *Lebenserinnerungen*, II, 37.

(49) R. MOHL, *Vorschläge zu einer Geschäftsordnung des verfassungsgebenden Reichstags*, Heidelberg 1848. Cfr. F. EDINGER, *Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien*, 1992, parte C, II.

(50) W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform. Die Bedeutung der Juristendominanz in den Verfassungsverhandlungen des Paulskirchenparlaments*, 1976. Vedi anche la dettagliata presentazione di J. RÜCKERT, in ZRG GA, 96 (1979), 365-371.

(51) Così il deputato G. Frhr. v. Vincke, riportato in SIEMANN (nt. 50), 23.

In effetti, durante la prima fase dell'Assemblea nazionale fu proprio la « classe docente » esperta di materie giuridiche a svolgere un ruolo di particolare rilievo. Nella « Commissione dei diciassette » in cui i governi degli Stati membri della Confederazione inviarono i loro « uomini di pubblica fiducia », era ben rappresentato l'elemento borghese-intellettuale, dal momento che per questo organo ⁽⁵²⁾ — che predisponeva i dibattiti costituzionali — si cercavano persone che godessero non solo della fiducia « pubblica » ma anche di quella del governo che li designava, e che inoltre avessero una specifica competenza delle questioni costituzionali. Fu così che in essa si ritrovarono gli storici Dahlmann (Prussia), Gervinus (Baden) e Droysen ⁽⁵³⁾ (Holstein), il poeta e letterato Ludwig Uhland (Württemberg), e i giuristi di diritto pubblico Albrecht (Sassonia) ⁽⁵⁴⁾, Cucumus (Baviera) ⁽⁵⁵⁾, Jordan (Assia elettorale) e Zachariä (Hanover).

Contemporaneamente mutò la composizione del Parlamento confederale con l'arrivo di deputati di nuova nomina, tra cui Karl Theodor Welcker (Baden) e Sylvester Jordan (Assia elettorale).

Nel cosiddetto pre-parlamento rivoluzionario (31.3 - 3.4.1848), che si riuniva in quei giorni, la situazione fu la medesima, anche se qui l'elemento repubblicano-radical era molto più forte. Il presidente era Mittermaier ⁽⁵⁶⁾, i vicepresidenti Dahlmann ⁽⁵⁷⁾ e Jor-

⁽⁵²⁾ Per il disegno costituzionale della « Commissione dei diciassette », cfr. R. HÜBNER, *Der Verfassungsentwurf der siebzehn Vertrauensmänner*, in *Festschr. f. Ed. Rosenthal z. 70. Geb.*, 1923, 109-168; HUBER, II, 56.

⁽⁵³⁾ Indicazioni in HUBER, II, 392; W. HOCK, *Liberales Denken im Zeitalter der Paulskirche. Droysen und die Frankfurter Mitte*, 1957; J.D. KÜHNE, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 1985; J.G. DROYSEN, *Aktenstücke und Aufzeichnungen zur Geschichte der Frankfurter Nationalversammlung*, opere postume a cura di R. Hübner, 1924; Id., *Briefwechsel*, 2 voll., a cura di R. Hübner, 1929 (= *Dt. Geschichtsquellen des 19. Jhds.*, 14 voll., 25, 26). Per il suo ruolo dal punto di vista di un contemporaneo cfr. v. BIEDERMANN (nt. 44) 264-266.

⁽⁵⁴⁾ « Albrecht si comportava in modo silenzioso e distinto, e così anche Gervinus » (BIEDERMANN, nt. 44, 273).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. cap. 4, nt. 90.

⁽⁵⁶⁾ Per la sua efficacia politica vedi R. MUEGNUG, in W. KÜPER (a cura di), *Carl Joseph Anton Mittermaier*, 1988.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. *supra*, cap. 3, nt. 387 e anche KÜHNE (nt. 53), 546 ss.

dan ⁽⁵⁸⁾, Blum e Itzstein, quindi vi erano già tre professori soltanto in una presidenza formata da cinque persone in tutto. Altri membri del collegio, che comprendeva in totale 574 membri, erano i professori Biedermann ⁽⁵⁹⁾, Hagen ⁽⁶⁰⁾, Kierluff ⁽⁶¹⁾, H.A. Zachariä ⁽⁶²⁾, Buß ⁽⁶³⁾ e Pfizer ⁽⁶⁴⁾. Molti di questi erano anche nella « Commissione dei cinquanta », come Biedermann (Sassonia) e Zachariä (Hannover), in qualità di rappresentanti del ceto medio borghese che si era affermato al suo interno.

Quando, il 18 maggio 1848, l'Assemblea nazionale fu inaugurata — a partire dal 18 dicembre 1848 suo presidente fu il professore di diritto romano Eduard Simson ⁽⁶⁵⁾ — i professori si distribuirono in « frazioni » ⁽⁶⁶⁾ relativamente separate, ma con una evidente con-

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *supra*, cap. 2, nt. 71, cap. 3, nt. 243, 309, cap. 4, nt. 129.

⁽⁵⁹⁾ W. SCHULZE, *Karl Friedrich Biedermann. Eine Studie zum Verhältnis von Wissenschaft, Publizistik und Politik im deutschen Vormärz*, in *Festschr. H. Herzfeld*, 299-326.

⁽⁶⁰⁾ Karl Hagen (1810-1868), professore di storia ad Heidelberg e più tardi rettore dell'università di Berna, membro nel *Deutscher Hof-Donnersberg*, membro del *Vorparlament*, deputato di Heidelberg, autore tra altro della *Geschichte der neuesten Zeit vom Sturze Napoleons bis auf unsere Tage*, 2 voll., Brunswick 1848-50.

⁽⁶¹⁾ Joh.Fr. Martin Kierluff (1806-1894), professore a Kiel, consigliere alla Corte suprema di appello a Rostock, poi presidente della Corte suprema di appello a Lubeca (1853-1879), membro del *Württembergischer Hof*, del *Vorparlament* e della Commissione dei cinquanta. Per la sua opera *Theorie des gemeinen Civilrechts*, vol. I, Altona 1839, cfr. LANDSBERG, III-2, 592-597.

⁽⁶²⁾ Per quanto riguarda Zachariä, « benché assai attivo nelle commissioni, in particolare in quella del diritto pubblico, oratore pronto e tenace, aveva un'influenza assai minore rispetto a Beseler o Waitz » (BIEDERMANN, nt. 44, 270), cfr. cap. 2, nt. 110 ss.

⁽⁶³⁾ Franz Joseph von Buß (1803-1878), cavaliere, professore di scienze dello Stato, diritto delle genti e diritto ecclesiastico a Friburgo in Brisgovia, membro del *Café Milani* e del *Vorparlament*.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. *supra*, nt. 39.

⁽⁶⁵⁾ HUBER, II, 393. (Martin) Eduard v. Simson (1810-1899), professore di diritto romano a Königsberg, tra il 1867 e il 1873 presidente della Dieta imperiale, primo presidente della Corte imperiale (1879-91), nella *Paulskirche* presidente dell'assemblea nazionale e membro del « Casino », « il presidente più abile, obiettivo e prudente, un presidente come forse mai un'assemblea aveva avuto, ma anche un presidente che mai era stato così necessario avere come in questa assemblea » (BIEDERMANN, nt. 44, 279). Cfr. E. v. SIMSON, *Erinnerungen aus seinem Leben*, a cura di Bernhard v. Simson, 1900.

⁽⁶⁶⁾ HUBER, II, 613-619 con documentazione. Oltre i sopra citati sono da nominare Ernst Moritz Arndt (1769-1860) di Bonn, poi il professore di tecnologia e scienze dello

vergenza verso il centro liberale-costituzionale. Dopo che fu presentato il progetto costituzionale predisposto dalla « Commissione dei diciassette » — « una eccellente elaborazione giuridico-politica »⁽⁶⁷⁾ — l'attenzione si concentrò sul lavoro della Commissione costituzionale. Tra i suoi trenta membri furono particolarmente attivi Georg Beseler⁽⁶⁸⁾, Dahlmann, Droysen, Georg Waitz⁽⁶⁹⁾, Welcker, Mittermaier e Mohl⁽⁷⁰⁾. Dahlmann e Mohl in particolare parteciparono in modo determinante alla prima stesura della parte sui diritti fondamentali, che venne redatta da Beseler e Droysen⁽⁷¹⁾.

Nel corso dei dibattiti, dall'apertura dei lavori della Commissione costituzionale il 24 maggio 1848 e fino alla prima lettura della *Reichsverfassung* del 26 gennaio 1849, gli studiosi sopra ricordati parteciparono costantemente e presero posizione su tutte le questioni più importanti (diritti fondamentali⁽⁷²⁾, Confederazione⁽⁷³⁾, sistema a una o due camere⁽⁷⁴⁾, veto del capo dell'Impero⁽⁷⁵⁾,

Stato di Monaco Friedrich Benedict Wilh. v. Hermann (1795-1868), lo storico Max Duncker (1811-1886) di Halle, lo studioso di scienze dello Stato Wilhelm Gustav Eduard Fischer (1803-1868) e lo storico e studioso di scienze dello Stato Andreas Ludwig Jacob Michelsen (1801-1881) di Jena, lo storico del diritto George Phillips (1804-1872) che insegnava a Monaco, gli storici Friedrich von Raumer (1781-1872) e Adolf Wilhelm Schmidt (1812-1887) di Berlino, il giurista e libero docente Johann Heinrich Thöl (1807-1884) di Rostock, il processualista e cancelliere dell'università di Gießen Justin T.B. v. Linde (1797-1870), il pandettista Ludwig Arndts (1803-1878) di Monaco e il suo collega, il filologo classico Ernst von Lasaulx (1805-1861) come anche gli austriaci Carl Giskra (1820-1879), studioso di scienze dello Stato a Vienna, Johann Adolf Tomaschek, Edler von Stratova (1822-1897), dal 1863 storico del diritto a Vienna, Carl Ignatz Beidtel (1783-1865), studioso di diritto pubblico a Brünn.

⁽⁶⁷⁾ HUBER, II, 769.

⁽⁶⁸⁾ Georg K.Ch. Beseler (1809-1888). Per maggiori dettagli vedi B.R. KERN, *Georg Beseler. Leben und Werk*, 1982; J.D. KÜHNE (nt. 53) 546.

⁽⁶⁹⁾ Georg Waitz (1813-1886), professore a Kiel (1842) e Gottinga (1849), membro della commissione costituzionale, membro del « Casino ». Vedi HUBER, II, 393; KÜHNE (nt. 53) 554.

⁽⁷⁰⁾ SIEMANN (nt. 50), 255 s.

⁽⁷¹⁾ KÜHNE (nt. 53), 43 s., 544 s.

⁽⁷²⁾ SIEMANN (nt. 50), 104 s.

⁽⁷³⁾ SIEMANN (nt. 50), 188 s.

⁽⁷⁴⁾ SIEMANN (nt. 50), 196 s.

⁽⁷⁵⁾ SIEMANN (nt. 50), 219 s.

diritto di voto, soluzione della grande o della piccola Germania, impero ereditario o elettivo oppure repubblica (76)).

Con l'inasprimento delle difficoltà politiche i teorici del diritto pubblico persero importanza a favore dei « professionisti della politica » e della diplomazia. « Si trovarono così in una posizione incerta e poco chiara, espressa dal loro partito, in quella oscillazione tra volere e non volere, fare e non fare, restare e andarsene, che è finita poi con l'abbandono dell'arena e lo scioglimento dell'Assemblea » (77). Era forse legittimo parlare di predominanza politica dei giuristi all'inizio, ma non più alla fine del complicato processo decisionale (78).

L'intelligenza accademica fu colpita dalla crisi che ebbe inizio nel giugno del 1848 perché essa apparteneva, per posizione e per idee, all'alta borghesia che scendeva a patti con i vecchi poteri per difendersi dalle forze social-rivoluzionarie e democratico-repubblicane. Ciò che, nell'ottimismo del marzo 1848, era apparso come un blocco unitario, ora si dissolveva. I « ministeri di marzo » non riuscirono ad affermarsi a livello territoriale perché la burocrazia e il potere militare erano rimasti gli stessi. Il potere centrale di Francoforte si mostrò troppo debole per far entrare l'Austria, per darle una nuova forma o per respingerla. Dopo che la Prussia ebbe rinunciato alla corona imperiale, cominciò la « guerra civile per la costituzione dell'Impero » (79), in particolare in Sassonia (80), Baden e nel Palatinato (81). Ora la Prussia, l'Austria e la Russia procedevano di concerto e imponevano duramente la controrivoluzione (82).

(76) SIEMANN (nt. 50), 230 s.

(77) BIEDERMANN (nt. 44), 262.

(78) SIEMANN (nt. 50).

(79) VALENTIN (nt. 6) II, 448 s.

(80) R. WEBER, *Die Revolution in Sachsen 1848-49. Entwicklung und Analyse ihrer Triebkräfte*, 1970.

(81) W. FIEDLER, *Die südwestdeutschen Abgeordneten und ihre Bedeutung für die Paulskirche*, in E. WADLE (a cura di), *Philipp Jakob Siebenpfeiffer und seine Zeit im Blickfeld der Rechtsgeschichte*, 1991, 43-54; H. REITER, *Politisches Asyl im 19. Jahrhundert. Die deutschen politischen Flüchtlinge des Vormärz und der Revolution von 1848/49 in Europa und den USA*, 1992.

(82) Il ministro prussiano von Kamptz affermò, nel giugno 1849, che l'Assemblea nazionale « era fallita sia per l'inadeguatezza che per l'illegalità e la nullità di questa

Seguirono corti marziali e tribunali di guerra, migliaia di profughi emigrarono all'estero, nel Palatinato vennero processate 333 persone per alto tradimento e insurrezione. Infine, il 18 giugno 1849, l'esercito del Württemberg destituì gli ultimi deputati del *Rumpfparlament* di Stoccarda, tra i quali c'era Ludwig Uhland.

II. *Le conseguenze.*

1. *La delusione.*

La « rivoluzione tedesca » era dunque fallita. Ciò per cui molti avevano combattuto e per cui si erano emotivamente impegnati per anni, era andato in frantumi. Alla sconfitta politica del centro borghese si aggiunse l'umiliazione esterna con lo smacco militare e i disonorevoli processi giudiziari. I poteri « reali » ebbero la meglio sull'« idea ». L'entusiasmo fiducioso dei rappresentanti del popolo fu sopraffatto dalla *Realpolitik*. Una borghesia politicamente ancora inesperta imparò la lezione: chi voleva ottenere un successo politico, doveva prima di tutto disporre del potere economico e militare.

La delusione legata al 1848 condizionò l'atteggiamento mentale di un'intera generazione della classe dirigente borghese. Se gli « uomini del '48 » non emigravano, dovevano arrangiarsi in qualche modo con le nuove « realtà ». Ciò significava abbandonare gli ideali di allora, rinunciare per il momento a uno Stato nazionale dotato di una libera costituzione, e assistere nell'impotenza alla rifondazione della Confederazione germanica. Non era soltanto un allontanamento dagli ideali politici del *Vormärz*, ma anche dall'idealismo inteso come modello filosofico.

Questo congedo dall'« idealismo » fu legato, nella storia della filosofia, al crollo dell'hegelismo. Si trattava anche di una decisione politica. Sostanzialmente i liberali iniziarono ad accettare ciò che i rappresentanti della controrivoluzione avevano sempre affermato, e cioè che l'idealismo era costruito sulla sabbia se sprovvisto di un

costituzione »: *Die Deutsche constituirende National-Versammlung in Frankfurt vor der Kritik des Staatsrechts*, Berlin 1849, prefazione (datata 24 giugno 1849, una settimana dopo la fine del *Rumpfparlament*).

potere reale e che — tesi profetica — i parlamenti non erano capaci di una forte azione politica.

Nel movimento dei lavoratori questo credo anti-idealistico fu accettato nella stessa maniera: Hegel era stato ribaltato, contavano solo le forze produttive e la dura legge del salario. Le scienze naturali facevano progressi sconvolgenti, e proprio il « progresso » stesso sembrava immaginabile solo in una dimensione economica e materiale-sociale ⁽⁸³⁾, nella stessa maniera in cui la politica si mostrava come azione concreta e funzionale, fondata sul potere.

2. *La Realpolitik.*

Ben esprimono questo mutamento di prospettiva i *Grundsätze der Realpolitik* di August Ludwig von Rochau (1810-1873) ⁽⁸⁴⁾, la cui prima parte fu pubblicata anonimamente nel 1853 ⁽⁸⁵⁾. Già il titolo segnalava la svolta dal liberalismo idealistico del periodo anteriore alla rivoluzione del marzo 1848 in direzione dell'unità nazionale dello Stato-potenza (*Machtstaat*) che, alla fine degli anni cinquanta, apparentemente poteva essere realizzata soltanto dalla Prussia ⁽⁸⁶⁾. « L'arte di governare », scrive Rochau nella seconda parte della sua opera, « come già suggerisce il termine, non è nient'altro che l'arte del successo, applicato a determinati obiettivi dello Stato » ⁽⁸⁷⁾. Lo Stato si sposta al centro, in forza della legge

⁽⁸³⁾ N. HAMMERSTEIN, *Das Moderne in der deutschen Wissenschaft im 19. Jahrhundert. Zum Wandel einer Vorstellung*, in « Annali-Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient », XVI (1990), 9-42, con documentazione.

⁽⁸⁴⁾ Nato a Harbke, nei pressi di Helmstedt, nel 1810, A.L. v. Rochau studiò giurisprudenza, storia e scienze dello Stato a Gottinga e Jena. Come membro di un'unione studentesca partecipò, nel 1833, alla « presa delle guardie » di Francoforte, fu condannato all'ergastolo, ma si sottrasse alla detenzione fuggendo in Francia. Tornò nel 1846, per poi essere espulso di nuovo nel 1850. Dal 1853 visse come notista politico a Heidelberg, aderendo alla svolta nazional-liberale e venendo eletto alla Dieta imperiale, per la parte prussiana. Morì ad Heidelberg nel 1873. Cfr. anche H.U. WEHLER (nt. 85).

⁽⁸⁵⁾ (L. A. v. ROCHAU), *Grundsätze der Realpolitik. Angewendet auf die staatlichen Zustände Deutschlands*, parte I, Stuttgart 1853, parte II 1869, a cura e con un'introduzione di H.U. WEHLER, 1972.

⁽⁸⁶⁾ K.G. FABER, *Realpolitik als Ideologie. Die Bedeutung des Jahres 1866 für das politische Denken in Deutschland*, in HZ 203 (1966), 1-45.

⁽⁸⁷⁾ ROCHAU (nt. 85) II, 255.

di natura è Stato-potenza e viene « prima del diritto ». Certamente doveva, in qualità di « Stato di diritto », anche rispettare i diritti civili, ma il nucleo della sua vitalità non era né la volontà politica unitaria dei cittadini né l'ordinamento giuridico, bensì il « potere ». Per questo motivo Rochau tende a una vera politica statuale contro la « politica popolare » demagogica, sognatrice e idealista. La sua energica rottura con le illusioni — comprese quelle che lui stesso aveva cullato nel *Vormärz* ⁽⁸⁸⁾ — doveva andare incontro a una posizione filo-prussiana, quindi in direzione di quello Stato che si stava sviluppando come potenza principale in Germania e che accumulava il potere economico e militare. L'onestà intellettuale di Rochau — liberale di vecchio stampo, antisocialista e anticattolico, che rifiutò il primo Bismarck in quanto reazionario — è illustrata dal fatto che egli riuscì a compiere questo passaggio solo molto lentamente. In questa maniera Rochau divenne il rappresentante di una generazione che nel *Vormärz* aveva cercato di realizzare la rivoluzione tramite un colpo di Stato e che fu colpita dal fallimento del 1849 nel mezzo della propria vita, e che poi, dopo le guerre contro la Danimarca e contro l'Austria, passò dalla parte di Bismarck per trasformare finalmente il sogno dello Stato nazionale in « realtà ». Rochau pensava di aver imparato questa lezione: « *La Realpolitik* non si muove in un futuro nebbioso, ma nel presente. Trova il suo compito non nella realizzazione di un ideale, ma nel raggiungimento di obiettivi concreti » ⁽⁸⁹⁾.

3. *La svolta verso il positivismo.*

Dopo « l'anno grandioso » la scienza del diritto pubblico si ripiegò di nuovo su se stessa. L'epoca della « scientificità » proclamata da Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ⁽⁹⁰⁾ nel diritto civile

⁽⁸⁸⁾ Cfr. parte II, cap. IV *Der politische Idealismus und die Wirklichkeit*, e anche H. BAUMGARTEN, *Der deutsche Liberalismus. Eine Selbstkritik*, Berlino 1866 (ripr. 1974).

⁽⁸⁹⁾ ROCHAU (nt. 85) II, 1868, prefazione.

⁽⁹⁰⁾ LANDSBERG, III-2, 439-461; W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, 1958, 70-87; A. HOLLERBACH, *Der Rechtsgedanke bei Schelling*, 1957, 323 s.; WIEACKER, 399 s; J. BOHNERT, *Über die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, 1975; ID., *Beiträge zu einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, in ZRG GA, 96 (1979), 229.

generale e da Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) nel « diritto privato tedesco »⁽⁹¹⁾, in cui la fiducia nel sistema giusrazionalistico si saldava a quella nelle concezioni idealistiche e a quella nella svolta verso il « reale » tipica del tempo⁽⁹²⁾, includeva adesso anche il diritto pubblico. Se si riusciva a sviluppare, oltre alla pandettistica, una « genealogia dei concetti » completamente liberata dalla politica, in cui tutto poteva trovare sistematicamente il giusto posto, la sua logica e la sua verità immanente, la scienza del diritto pubblico si sarebbe finalmente stabilizzata e avrebbe raggiunto la dignità del suo fratello maggiore, il diritto civile. La voglia di dimenticare il fatale fallimento sul piano politico e il desiderio di assistere a un « punto di svolta della scienza giuridica »⁽⁹³⁾ si univano all'ambizione generale di dimostrare il carattere scientifico della propria disciplina prendendo le distanze dagli avvenimenti contingenti. Così il diritto pubblico fu doppiamente motivato ad abbandonare la politica, che per esso rappresentava sia un fastidioso ricordo in mezzo ai lamenti per la rivoluzione fallita, sia un ostacolo sulla strada della « giurisprudenza costruttiva » (*Konstruktionsjurisprudenz*) giuspubblicistica.

La svolta verso il positivismo giuridico appena imboccata, così ricca di conseguenze sul piano metodologico, mostrava che quella prospettiva rappresentava l'unica strada percorribile in quell'epoca. A partire della rivoluzione francese e fino al 1848-49, conservatori di tutti i tipi avevano messo in evidenza il nesso causale tra « speculazione » filosofica e rivoluzione, e suggerito che il frutto della storia era un dato irreversibile. L'avversità del futuro positivismo giuridico contro la filosofia del diritto non era solo l'espressione di un certo atteggiamento scientifico, ma era anche la manifestazione di una difesa politica nei confronti delle aspettative astrattamente fondate in favore dei diritti dell'uomo e del repubblicanesimo. Nel 1849 era

(91) W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 1958, 70 s., 88 s.

(92) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4^a ed. 1979, 20-26 con l'importante indicazione delle differenze con Hegel e la radicazione del metodo di Puchta nel razionalismo del Settecento.

(93) J.E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand und Zielpunkt derselben*, Leipzig 1856. Cfr. A. TEICHMANN, in ADB, 51 (1906), 441-445; LANDSBERG, III-2, 745 s., 839-842, nt. 351.

crollata anche l'ispirazione teorica della rivoluzione. Ogni argomento che superava i limiti della materia giuspositivistica era sospettato di non essere scientifico e di trasportare contenuti politicamente discutibili. E se la scienza giuridica tendeva già verso la formalizzazione e la dogmatizzazione indicate da Puchta ⁽⁹⁴⁾, questa direzione fu ancor più rafforzata nel corso degli avvenimenti del 1848-49. Chi, occupandosi della dogmatica del diritto vigente, si muoveva all'interno dei limiti metodologici prestabiliti, poteva sentirsi sicuro tanto sul piano politico quanto su quello scientifico. Depurare la scienza giuridica dalle idee politiche metteva al riparo il diritto sia dalle intromissioni rivoluzionarie provenienti dal basso, sia dagli interventi autocratici dall'alto, ed era implicitamente una posizione del centro borghese.

La rivoluzione del 1848-49 non segna quindi l'inizio della scientificità del positivismo giuridico ottocentesco, ma ne indica un essenziale rafforzamento nel contesto di un'evoluzione già avviata da tempo. La delusione politica, insieme alla svolta verso la *Realpolitik* e il diritto positivo; il farsi scienza della giurisprudenza attraverso la propaganda della « purezza metodologica » della scienza giuridica; la necessità di far recuperare terreno al diritto pubblico nei confronti di un diritto civile più progredito: queste motivazioni ora si sommarono e portarono, tra il 1850 e il 1866, a una divisione del diritto pubblico. Gli uni continuarono ad adottare il vecchio metodo dell'argomentazione eclettica fondata sulla storia, sulla dottrina generale dello Stato e sullo *Staatsrecht*, ma dovevano fare i conti con la perdita di valore di questo approccio politico-pubblicistico. Gli altri si confrontarono con le aspettative di rinnovamento, promettendo l'affrancamento da politica, storia ed economia, la rigorosa delimitazione dell'elemento giuridico e dunque una maggiore vicinanza con la realtà, la capacità d'imporsi e soprattutto la certezza del diritto.

La « certezza del diritto » era dunque l'obiettivo concreto che andava raggiunto attraverso un profilo dogmatico più preciso e strettamente giuridico, e attraverso la netta separazione tra legge parlamentare, regolamento esecutivo, regolamento indipendente e

⁽⁹⁴⁾ WIEACKER, 401.

singola decisione amministrativa. Si trattava di una questione già presente nelle vecchie aspettative verso lo « Stato di diritto », che ora era diventata particolarmente importante. La borghesia, a cui era stata impedita la costruzione politica dello Stato nazionale ma che si era di nuovo messa energicamente al lavoro per riunire le materie economicamente rilevanti, vide nelle garanzie formali dello Stato di diritto un valore assoluto ⁽⁹⁵⁾. Se alcune delle « richieste di marzo » del 1848 erano state accolte, la maggior parte di esse si era invece rivelata momentaneamente irrealizzabile. L'aspirazione a uno « Stato di diritto » era rimasta un elemento non sospetto sul piano politico e utile sul piano economico. Su questo punto i liberali e i conservatori potevano ancora incontrarsi. L'affermazione di Friedrich Julius Stahl in proposito è esemplificativa: « Lo Stato dev'essere Stato di diritto, è questa la parola d'ordine e la vera spinta verso la modernità. Esso deve definire con precisione i modi e i limiti della sua azione così come la libera sfera dei suoi cittadini, e garantirla in modo incrollabile sulla base del diritto, e deve realizzare le idee morali in modo diretto e non in modo più ampio di quello che appartiene alla sfera giuridica. Questo, è il concetto di "Stato di diritto" » ⁽⁹⁶⁾. In tal maniera Stahl rese accettabile in campo conservatore un'espressione originata in un contesto liberale, e in questo senso egli è davvero « uno dei fondatori della dottrina dello Stato di diritto moderno » ⁽⁹⁷⁾. La concezione formale e purificata dello Stato di diritto, come avrebbe detto più tardi Gneist, non poteva che essere approvata da ogni avversario di Stahl. Nel *Vormärz*, e soprattutto durante la rivoluzione del 1848-49, sia i liberali che i conservatori avevano modificato le loro posizioni strategiche originali formulate dopo il 1815. Il campo liberale sciolse il legame fra l'idea materiale dello Stato di diritto e quella della partecipazione politica, e l'abbandonò del tutto dopo il 1849. Lo Stato di diritto ora non era più sinonimo di diritti politici di libertà, cittadinanza attiva ed equità

⁽⁹⁵⁾ S. BUCHHOLZ, *Rechtsvereinbeitlichung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in « Rabels Zeitschrift », 50 (1986), 77-110.

⁽⁹⁶⁾ F.J. STAHL, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, 3^a ed. 1856, parte I, cap. I, *Das Wesen des Staates*.

⁽⁹⁷⁾ CH.F. MENGER, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 7^a ed. 1990, RdNr. 223.

materiale, ma fu ridotto a una precisa definizione formale volta alla garanzia della sfera di libertà dei cittadini: « Con il carattere dello Stato di diritto è assicurata solo l'incrollabilità dell'ordine legale, ma non il suo contenuto » (98). Questo concetto formale di Stato di diritto, privato così di connotazioni politiche, è in un certo senso il programma liberale che sopravvisse al 1848.

I conservatori, da parte loro, dalla rivoluzione compresero che erano divenute necessarie alcune modifiche al « principio monarchico » e un generale adattamento allo « spirito del tempo ». Inoltre ci si era resi conto che la sicurezza e l'unitarietà di fondamenti giuridici, come un sistema di garanzie efficace e privo di lacune, avevano un effetto stabilizzante ed erano perciò anche economicamente convenienti.

4. *Prospettive evolutive.*

Nello sviluppo del diritto pubblico negli anni successivi al 1850, tuttavia, il centro dell'attenzione non si focalizzò nella lenta affermazione di un nuovo ideale metodologico, ma nella reazione alla nuova situazione del diritto pubblico. La Confederazione germanica era stata rifondata il 10 maggio del 1850. Il commento della sua costituzione, essenzialmente rimasta quella stabilita col Congresso di Vienna e il suo Atto finale, non offriva nuovi punti di partenza. Mohl, che all'epoca era pur sempre *Bundestagsgesandter*, si chiese se non fosse spiacevole che tanto sapere e tanta perspicacia « si dovessero sprecare per un soggetto così insoddisfacente [...], per la disciplina di una Confederazione sulla cui vergognosa e pericolosa inadeguatezza tutti erano concordi, dal più alto trono alla più umile delle botteghe [...], per l'illusoria immagine, strappata al caos solo attraverso finzioni e per necessità, di un diritto comune che non era buono neanche come tappabuchi » (99). Mohl faceva riferimento in

(98) F.J. STAHL, *Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deismus und Judentum*, Berlin 1847, 62.

(99) R. v. MOHL, *Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts*, in « Zeitschr. f. Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte », a cura di L.K. AEGIDI, I (1867), 354-384 (383). Vedi anche R. SMEND, *Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren — und heute*, in *Festschr. A. Arndt*, 1969, 452.

particolare alle due opere, già citate, di Heinrich Zöpfl e di Heinrich Albert Zachariä, che accompagnarono sul piano dottrinale la Confederazione germanica fino al suo scioglimento nel 1866 ⁽¹⁰⁰⁾.

Tuttavia, dopo il 1850 si ebbe una terza, tarda fioritura del diritto pubblico generale tedesco, che si aggiunse alle due precedenti, verificatesi rispettivamente intorno al 1820 e al 1840. Pur non essendo stata conseguita l'unità dello Stato, l'ideale dello Stato nazionale non si era affatto dissolto, e faceva nuovamente perno sull'idea che si dovesse coltivare il « diritto pubblico comune tedesco » come espressione dello spirito nazionale. La prospettiva era però assai cambiata dopo le esperienze del 1848-49. Le opere di Joseph von Held ⁽¹⁰¹⁾, Grotefend ⁽¹⁰²⁾, Mejer ⁽¹⁰³⁾, Kaltenborn ⁽¹⁰⁴⁾, Schulze ⁽¹⁰⁵⁾ e Gerber ⁽¹⁰⁶⁾, insieme alle nuove edizioni dei testi di Zöpfl e Zachariä, formarono un *corpus* a se stante, in cui da una parte veniva ripresa la linea tradizionale che risaliva fino a Klüber, ma dall'altra si verificava proprio la svolta metodologica verso il positivismo giuspubblicistico.

Dopo il 1850 non si ebbe invece una così intensa revisione del diritto costituzionale e del diritto amministrativo dei singoli Stati. Sebbene si potesse supporre che la riflessione dottrinale sulla situazione costituzionale dei singoli Stati, trasformata dalla rivoluzione di marzo e ora almeno in parte ripresa, avrebbe dato i suoi frutti specialmente nei nuovi Stati costituzionali di Prussia e Austria, dopo il 1850 si spalancò un abisso. La sequenza delle trattazioni di diritto

⁽¹⁰⁰⁾ Vedi sotto cap. 8, nt. 13 s.

⁽¹⁰¹⁾ J. v. HELD, *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus*, I, II, Würzburg 1856-57; Id., *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts*, Leipzig 1868.

⁽¹⁰²⁾ G.A. GROTEFEND, *System des öffentlichen Rechts der deutschen Staaten*, parti I, II, Cassel 1860-65.

⁽¹⁰³⁾ O. MEJER, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Rostock 1861, 2^a ed. Freiburg 1884 (ripr. Freiburg 1889).

⁽¹⁰⁴⁾ K. v. KALTENBORN, *Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht*, Leipzig 1863.

⁽¹⁰⁵⁾ H. SCHULZE, *System des deutschen Staatsrechts*, parte I, anche sotto il titolo *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Leipzig 1865.

⁽¹⁰⁶⁾ C.F. v. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865.

costituzionale e amministrativo territoriale, ininterrotta negli anni trenta e quaranta, era stata — secondo il verdetto di Mohl — « mandata in frantumi già da lungo tempo. Da molti anni ormai non viene pubblicata in nessuna parte della Germania un'opera di diritto pubblico territoriale » ⁽¹⁰⁷⁾.

Solo negli anni settanta e ottanta questa corrente ricomincerà a scorrere. Le opere di questo tipo ⁽¹⁰⁸⁾ si presentarono però nei limiti della apolitica esposizione del diritto vigente. L'orientamento verso la prassi superò con ogni evidenza le esigenze scientifiche, e l'eliminazione della dimensione politica fu accettata all'unanimità. Josef Pözl, per esempio, nel 1851 scrisse che « per quanto riguarda la trattazione della materia », egli non aveva « mai perso di vista che il suo compito consiste nella rappresentazione sistematica del diritto positivo; per questo motivo la politica e le riflessioni politiche rimangono fuori da tale rappresentazione, per la quale non possono neppure essere prese in considerazione come fonti della decisione sui possibili casi dubbi, perché le ragioni che servono a dirimere le controversie si trovano nel diritto positivo vigente » ⁽¹⁰⁹⁾.

La mancanza di trattazioni di questo tipo fu inammissibile dopo il 1850, perché ovunque era diventato indispensabile chiarire la situazione costituzionale sul piano del diritto positivo ed elaborare un nuovo diritto amministrativo. Tuttavia dopo il 1850 per queste cose non vi era più traccia « di vero amore e di passione [...]. Le ambizioni sono alte e vanno lontane, ma basta un istante per capire che le speranze di un loro raggiungimento imminente e soddisfacente sono estremamente esigue. Da questo sentimento sono affetti anche gli studiosi del diritto giovani e attivi; essi non possono risolversi a un lavoro tanto penoso, destinato soltanto a scopi di second'ordine » ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ MOHL (nt. 99) 356.

⁽¹⁰⁸⁾ Vedi sotto cap. 7, II.

⁽¹⁰⁹⁾ J. PÖZL, *Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts*, München 1851, prefazione.

⁽¹¹⁰⁾ MOHL (nt. 99) 357.

CAPITOLO VII

IL DIRITTO COSTITUZIONALE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO DEI SINGOLI STATI FINO AL 1914

I. La situazione iniziale dopo il 1850 — II. L'evoluzione nei singoli Stati. — 1. Baviera. — 2. Württemberg. — 3. Baden. — 4. Assia-Darmstadt. — 5. Prussia. — 6. Austria-Ungheria. — 7. Sassonia. — 8. Turingia, Braunschweig, Oldenburg, Lippe, Meclemburgo. — 9. Alsazia-Lorena. — 10. Le città libere. — III. Conclusioni.

I. *La situazione iniziale dopo il 1850.*

Nei sei decenni che vanno dal 1850 allo scoppio della prima guerra mondiale, il diritto costituzionale e amministrativo tedesco ha subito un particolare cambio di prospettiva, percepibile ancora oggi. È l'epoca del positivismo, che da positivismo scientifico diventa gradualmente positivismo giuridico, e che a partire dal 1900 viene nuovamente attraversato da tendenze contrarie. Lo sviluppo del diritto pubblico avvenne, però, in modo diverso da quello del diritto privato, per il quale il passaggio dal positivismo scientifico al positivismo giuridico fu segnato da una graduale passaggio dal « diritto comune » elaborato scientificamente al diritto legislativo e infine, soprattutto, al *Bürgerliches Gesetzbuch* ⁽¹⁾.

Nell'ambito del diritto pubblico la situazione era più complicata in quanto i mutamenti politici delle strutture costituzionali e amministrative di solito precedevano la scienza, interrompevano tradizioni scientifiche e richiedevano di conseguenza nuovi sforzi teorici. Fu così che prese piede il positivismo scientifico, che colmava lacune, interpretava e forniva nuove soluzioni al potere costituente o al legislatore, restando però a doverosa distanza dalle riforme ammi-

(1) WIEACKER, 458 ss.

nistrative. Nel diritto amministrativo la materia prima del diritto positivo si raccolse principalmente a livello territoriale. Solo lentamente la scienza distillò da questo materiale le figure fondamentali comuni, che andavano al di là dei confini territoriali e che riguardavano tutti i compiti amministrativi, e solo molto più tardi, forse addirittura soltanto con le norme sul procedimento amministrativo del 1976 ⁽²⁾, si giunse alla codificazione dei risultati di una lunga storia scientifica e giurisprudenziale.

Il cambio di prospettiva dal positivismo scientifico al positivismo giuridico nel diritto pubblico si è dunque svolto in maniera esattamente contraria rispetto a quanto avvenuto per le discipline privatistiche. Per altro verso, a causa del suo stretto legame con il diritto privato ⁽³⁾, la scienza del diritto pubblico ha però anche portato avanti il processo di trasferimento della produzione normativa dalla scienza giuridica al legislatore, soprattutto in seguito alla fondazione del *Reich*, come già avveniva per la scienza del diritto privato, ma a causa della sua maggiore « vicinanza allo Stato » essa si gettò molto prima e senza indugi tra le braccia del legislatore.

I relativi sviluppi storico-scientifici possono essere osservati su due piani: da una parte, su quello dei singoli Stati attraverso le trattazioni di diritto costituzionale e amministrativo territoriale; dall'altra, sul piano del « diritto pubblico comune tedesco », che a partire dal 1870 fu trasformato in diritto pubblico del *Reich* e che acquisì gradualmente — mediante la costruzione di una « parte generale » — una corrispondenza nel diritto amministrativo. Nonostante le correlazioni esistenti tra i due piani, è consigliabile in questa sede procedere a una loro trattazione separata nei capitoli che seguono.

Con la delusione del 1849 prese il via la ricerca di nuove fondamenta, in parte come risposta alla ricomparsa della poco amata Confederazione germanica — la « miseranda condizione federale »

⁽²⁾ *Verwaltungsverfahrensgesetz* (VwVfG) del 25 maggio 1976, BGBl I, 1253 e relative leggi dei *Länder*, molto simili nella loro formulazione. Per l'Austria v. W. ANTONIOLLI, *Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation eines allgemeinen Teils des Verwaltungsrechts*, in F. LEHNE-E. LOEBENSTEIN-B. SCHIMETSCHKE (a cura di), *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, 1976, 151 ss.

⁽³⁾ W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 1958.

(*Bundesmisere*), come venne in seguito chiamata ⁽⁴⁾ — in parte come rielaborazione di un « diritto pubblico comune tedesco », e solo marginalmente invece come nuova definizione dei singoli diritti pubblici territoriali. L'evento centrale è la creazione di un modello metodologico di base. La formazione di un approccio « strettamente giuridico », che si considerava nuovo e che imponeva questa immagine anche ai contemporanei, nacque nel momento di massima tensione tra « reazione » e liberalismo (1850-1866), si affermò gradualmente nel processo di formazione del *Reich* e si impose fino al volgere del secolo. Le posizioni divergenti o contrastanti furono prima tenute ai margini, ma riemersero nell'ultimo decennio dell'Ottocento e fino al 1914 rappresentarono una spina nel fianco dell'apparente omogeneità del positivismo giuridico. Questa insofferenza sorgeva, da una parte, dalle insufficienze interne del diritto pubblico dogmatico, ma da un'altra parte e in misura sempre crescente erano generate dai dibattiti che venivano parallelamente condotti riguardo al metodo e alla posizione della dottrina generale dello Stato. Già prima del crollo della sicurezza borghese nell'« agosto del 1914 » il terreno iniziò a tremare anche nelle discipline fondamentali dello Stato e del diritto pubblico.

Considerato il nesso diretto che lega tutte le riflessioni teoriche sullo Stato al diritto pubblico vigente e al corrispondente clima politico, bisogna innanzi tutto ricordare la situazione di partenza successiva al 1849. Ciò cui aveva aspirato la maggior parte delle migliori menti della dottrina del diritto pubblico, non era stato raggiunto. Si assisteva ora alla « reazione ». Se non si poteva neanche pensare alla completa restaurazione delle condizioni precedenti al 1848, i governi tentarono comunque di far tesoro dell'esperienza stabilizzando il « principio monarchico » attraverso una sovrastruttura di diritto costituzionale, e sottomettendo esplicitamente al monarca ancora una volta l'esercito e la burocrazia. La questione dell'Assia elettorale ⁽⁵⁾ mostrò a un governo traumatizzato dall'e-

⁽⁴⁾ H. MARQUARDSSEN, *Einleitung zu « Handbuch des Oeffentlichen Rechts »*, vol. I, parte I, Freiburg-Tübingen 1883, V. — Su Heinrich (v.) Marquardsen (1826-1897) cfr. anche DRÜLL, 172.

⁽⁵⁾ HUBER, II (1960), 926 ss.; III (2^a ed. 1970) 217 ss.

sperienza rivoluzionaria come « l'autorità territoriale sovrana » (6) iniziasse a vacillare se non venivano respinti — nel caso anche con la forza — episodi quali il rifiuto del pagamento delle tasse da parte di una « assemblea cetuale dimentica dei propri doveri » (7) e la « renitenza » dei funzionari, della magistratura e persino degli ufficiali dell'esercito.

In questo senso la Confederazione germanica spronava i governi a « sottoporre a un accurato esame le disposizioni statali e le norme legislative esplicitamente emanate a partire dall'anno 1848 » e a riportarle, per quanto possibile, allo stato precedente. L'« abuso della libertà di stampa » doveva essere impedito. I colpevoli, « che perseguivano scopi ateistici, socialisti o comunisti, oppure volti al rovesciamento della monarchia », dovevano venire puniti (8). Nell'ambito della libertà di stampa e di associazione fu la Confederazione stessa a prendere in mano la situazione (9).

I singoli Stati, pur osservando tendenzialmente questa linea, non reagirono in maniera omogenea, almeno nel corso del decennio 1850-1860. L'Assia elettorale, vacillante, rimaneva in piedi solo grazie al sostegno della Confederazione; gli altri Stati di medie dimensioni in parte modificarono le leggi elettorali e in parte influenzarono la composizione delle camere (10). L'opinione pubblica fu mantenuta « in rotta »; i funzionari e la magistratura, l'amministrazione generale e la scuola vissero una lunga e perdurante fase di disciplinamento. Ciò avvenne anche, seppure in modo attenuato, negli Stati costituzionali della Germania meridionale, come la Ba-

(6) *Bundesbeschluß betr. die Zustände im Kurfürstentum Hessen v. 21. September 1850*, in HUBER, *Dokumente*, I (3^a ed. 1978), nr. 253.

(7) *(Kurbessische) Bekanntmachung die Erläuterung der Verordnung von 28. September 1850 betr., Kurbess. Gesetz- u. Verordnungs-Sammlung 1850, 55*, in HUBER, *Dokumente*, I, nr. 255.

(8) *Bundesbeschluß über Maßregeln zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Bund vom 23. August 1851*, in HUBER, *Dokumente*, 2, nr. 1.

(9) *Bundes-Preßgesetz vom 6. Juli 1854; Bundesbeschluß über Maßregeln zur Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe im Deutschen Bunde, insbesondere das Vereinswesen betreffend vom 13. Juli 1854*, HUBER, *Dokumente*, 2, nr. 4.

(10) Sulla condizione costituzionale nei singoli Stati cfr. F. STOERK, *Handbuch der deutschen Verfassungen*, Leipzig 1884. Un breve sommario dei cambiamenti costituzionali si trova in A. HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig 1892, 66-73.

viera, il Baden e il Württemberg ⁽¹¹⁾. Ovunque i personaggi politicamente scomodi vennero trasferiti o rimossi dai loro incarichi, come per esempio A.L. Reyscher e C.G. Wächter a Tubinga, e addirittura otto professori contemporaneamente a Kiel (allora, nel 1852, ancora sotto il dominio danese). Trono e altare si avvicinarono di nuovo in una misura che dai tempi dell'illuminismo non si credeva più possibile, specialmente in Austria e in Baviera, suscitando le reazioni liberali che emotivamente tendevano già in direzione di un *Kulturkampf* ⁽¹²⁾.

Tutto questo non rappresentava un problema specificamente tedesco. La rivoluzione del 1848 era divampata superando i confini nazionali. In tutta Europa vennero « smantellate le garanzie della libertà individuale e la certezza del diritto che erano state conseguite, fu messa da parte la libertà di stampa, furono proibite le organizzazioni e le libere associazioni di cittadini, ogni critica fu messa a tacere con la violenza. Nella maggior parte degli Stati europei si cercava di soffocare ogni movimento politico mediante condanne capitali e pesanti pene detentive. Un esercito di rifugiati politici si riversò verso la Svizzera e l'Inghilterra, le ultime due isole di libertà in Europa, oppure si univa al flusso di nuovi emigranti verso l'oltremare, soprattutto in direzione degli Stati Uniti » ⁽¹³⁾.

II. *L'evoluzione nei singoli Stati.*

Nella condizione politica interna dei primi decenni che seguirono la rivoluzione, e quindi nella cosiddetta « epoca della reazione », era lecito attendersi, almeno a livello giuridico regionale, uno scarso impulso allo studio sistematico e alla trattazione del diritto territoriale. Mancavano gli stimoli e l'ottimismo dottrinale necessari,

⁽¹¹⁾ M. TRAUB, *Beiträge zur württembergischen Geschichte in der „Reaktionszeit“ (1849-59)*, 1937.

⁽¹²⁾ E. WEINZIRL-FISCHER, *Die österreichischen Konkordate von 1855 und 1933*, Wien 1960; L. GALL, *Die partei- und sozialgeschichtliche Problematik des badischen Kulturkampfes*, in ZGORh, NF 74 (1965), 151 ss.; P. HORWARTH, *Der Kampf gegen die religiöse Tradition: Die Kulturkampfliteratur Österreichs 1780-1918*, Bern 1978; W. BECKER, *Der Kulturkampf als europäisches und als deutsches Phänomen*, in « Historisches Jahrbuch », 101 (1981), 422 ss.

⁽¹³⁾ L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne 1850-1890*, 1984, 32.

che in genere nascono con la comparsa di una volontà politica. Al contrario, l'atmosfera era demoralizzante. Laddove le conquiste liberali della rivoluzione di marzo venivano ridimensionate, appariva nettamente raccomandabile evitare di fare dichiarazioni politiche o di sottolineare le posizioni *precedenti* al 1848, e pubblicare solamente brevi appendici di stampo giuspositivistico. Per quanto riguardava il diritto amministrativo, in riferimento al quale allo stesso modo era opportuno mantenere la continuità col *Vormärz*, era sufficiente la gazzetta ufficiale. L'osservazione meravigliata di Robert von Mohl del 1867, che si chiedeva come si spiegasse il fatto che « da molti anni ormai non viene pubblicata in nessuna parte della Germania un'opera di diritto pubblico territoriale »⁽¹⁴⁾, incarna il disappunto di chi una volta imboccata una nuova strada doveva adesso osservarne l'impercorribilità. D'altro canto, egli stesso considerava inevitabile una certa fase di stallo in questo settore⁽¹⁵⁾.

Se non si cercano però solo esposizioni propriamente dedicate al diritto costituzionale e amministrativo territoriale, ma si considerano in generale le attività in questi settori, si può osservare che la cesura della storia costituzionale del 1848-50 non ha interrotto a lungo la continuità della storia della scienza giuridica. Le tendenze di lungo termine del positivismo giuridico — sia come positivismo della scienza giuridica che come positivismo della legislazione — si protrassero nel diritto pubblico a perfezionamento di un catalogo tematico di diritto amministrativo che lentamente stava portando a maturazione la convinzione dell'imminente nascita di una disciplina scientifica autonoma, all'insegna dello « Stato di diritto » e a sua garanzia.

Un indizio relativamente sicuro del crescente interesse per il diritto costituzionale e amministrativo specifico dei territori è rap-

⁽¹⁴⁾ R. v. MOHL, *Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts*, in « Aegidis Zeitschrift », 1, 1867, 354-384 (365).

⁽¹⁵⁾ Cfr. anche MARQUARDSEN (nt. 4), V; « Il diritto pubblico territoriale tedesco [...] è stato negli ultimi tempi poco coltivato. In una serie di Stati tedeschi non ha avuto luogo finora un'elaborazione del proprio diritto pubblico, e in generale la letteratura di questo tipo appartiene a un periodo in cui la condizione del diritto pubblico, a seguito delle riforme e dei mutamenti interni, non risvegliano più interesse; è diventata storia passata o è stata dimenticata. »

presentato dalle riviste ⁽¹⁶⁾. Dal momento che esse furono in grado di sostenersi economicamente in maniera autonoma, si può dedurne una relativa richiesta e che vi contribuissero molti autori e lettori ⁽¹⁷⁾. Di solito alla redazione di queste riviste di diritto pubblico partecipavano soprattutto coloro che se ne occupavano nella prassi, ossia i funzionari dell'amministrazione e i giudici. Questi avvertivano più dei docenti universitari il bisogno di scambiarsi informazioni e di discutere pubblicamente le riforme costituzionali e amministrative promosse nei singoli Stati. Nelle riviste di diritto pubblico comparse prima del 1870 recitavano evidentemente un ruolo di primo piano coloro che avevano competenze pratiche.

È sintomatico il fatto che tali riviste nascessero soprattutto negli Stati costituzionali, quindi in Baviera, nel Württemberg, nel Baden e anche in Sassonia, dopo che quest'ultima era diventata nel 1831 uno Stato costituzionale e aveva separato, nel 1835, ai livelli più alti, la giustizia dall'amministrazione. Gli Stati costituzionali erano tendenzialmente « Stati di diritto » e avevano bisogno di promuovere una discussione pubblica delle questioni giuridiche e della pubblicazione delle decisioni giudiziarie e amministrative che riguardavano i cittadini. La massa complessiva del materiale giuridico in questo modo aumentava rapidamente e cercava organi adeguati, che all'inizio furono disponibili non tanto al dialogo con la scienza quanto all'informazione delle autorità amministrative e come foro di discussione interna.

1. Baviera.

Tra le prime riviste di questo genere vi furono i « Blätter für administrative Praxis zunächst in Bayern. Mit Einschluß der gesamten Policei- und Finanzverwaltung » (1851-1862) ⁽¹⁸⁾. A fondarla

⁽¹⁶⁾ M. STOLLEIS-I. SCHMITT, *Zur Entstehung der Zeitschriften des öffentlichen Rechts seit 1848*, in « Quaderni fiorentini », 13 (1984), 747-761; E.V. HEYEN, *Verwaltungswissenschaft in den Fachzeitschriften des Deutschen Reichs*, in Id., *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, 1989, 55 ss.

⁽¹⁷⁾ P. GROSSI (a cura di), *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane*, Milano 1984; A.J. ARNAUD (a cura di), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano 1988.

⁽¹⁸⁾ Il sottotitolo venne omesso nella seconda annata. Nel periodo 1863-95 pubblicato con il titolo « Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege zunächst

fu il giurista, redattore e politico liberale, Karl Brater (1819-1869) ⁽¹⁹⁾, che nel 1859 fondò anche la « *Süddeutsche Zeitung* » e che, impegnato attivamente nel *Deutscher Nationalverein*, al di fuori della sua attività di pubblicista politico si occupava, in particolare, di diritto amministrativo. L'obiettivo cui Brater mirava con la fondazione dei « *Blätter für administrative Praxis* » è espressamente dichiarato nel suo articolo inaugurale con parole intrise di un ottimismo pressoché illimitato nella forza regolativa di una dogmatica giuridica guidata dalla scienza: « La trattazione scientifica esclude qualsiasi tipo di arbitrio; sviluppa, partendo da disposizioni positive e da principî generali, la validità delle singole fonti giuridiche e accerta, seguendo le regole dell'interpretazione scientifica, il senso delle normative. Nessun riguardo per l'esterno può modificare i suoi risultati; essa indica alle autorità una norma immodificabile, esige per ogni caso equivalente, fino a quando la legge e la convinzione scientifica coincidono, sempre la medesima decisione » ⁽²⁰⁾. Era questo, adesso, il credo del liberalismo in questo campo: rendere scientifica la prassi amministrativa, stimolare pratiche uniformi e conformi al diritto, individuare i principî generali del diritto amministrativo ⁽²¹⁾.

In questa prospettiva fiorì una ricca letteratura giuspubblicistica. Nel 1852 Brater pubblicò un'edizione commentata della *Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern* che ebbe quattro ristampe fino al 1872. Sotto l'impulso di Brater e con la cura editoriale del suo

in Bayern » (a cura di A. Luthardt); nel 1895-1922 con il titolo « *Blätter für administrative Praxis* », dal 1896 a cura di M. v. Seydel e K.V. Krazeisen, nel 1902-1922 da K.V. Krazeisen. — Inoltre esisteva ancora la « *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern* », a cura di Th. v. d. Pfordten (München 1905-1934), dal 1914 riunita ai « *Blätter für Rechtsanwendung* » di J.A. Seuffert.

⁽¹⁹⁾ A. LUTHARDT, in « *Blätter f. administrative Praxis* », 19 (1869), 362-380; F. FRENSDORFF, in ADB, 3 (1876), 261-263; LANDSBERG, III-2, nt. 242 s.; R. PILOTY, *Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechts-Literatur. Historisch-kritischer Beitrag zu einer Geschichte der Staatsrechts-Literatur*, in *Festgabe für P. Laband*, Tübingen 1908, 204-282 (271 ss.).

⁽²⁰⁾ (AN.), *Ueber die Unwissenschaftlichkeit der Verwaltungspraxis*, in « *Blätter für administrative Praxis* », 1 (1851) 1-5. Su questo anche R. PILOTY (nt. 19), 271 s., 275.

⁽²¹⁾ È considerato certo il fatto che il saggio introduttivo sia stato scritto da Karl Brater. Cfr. anche E.V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungswissenschaft 1880-1914*, 1989, 67.

amico Ernst Rohmer (1818-1897) — fratello del bizzarro filosofo Friedrich Rohmer ⁽²²⁾ —, furono pubblicati numerosi testi dedicati al diritto amministrativo territoriale bavarese, al codice penale, al codice penale di polizia (1871) e all'ordinamento giudiziario (1861) ⁽²³⁾. Il giuspubblicista di Würzburg Karl Edel (1806-1890), che per il resto non ha lasciato grandi tracce, in questo contesto era un attivo commentatore ⁽²⁴⁾. A partire dal 1857 Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) e Karl Brater pubblicarono gli undici volumi del *Deutsche Staatswörterbuch* ⁽²⁵⁾. La rivista della facoltà di Monaco « Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », fondata nel 1853 da Karl Ludwig Arndts (1803-1878) ⁽²⁶⁾ e dai giuspubblicisti Pözl e Bluntschli, si fuse nel 1859 con la « Kritische Zeitschrift für die gesamte Rechtswissenschaft » di Heidelberg dando vita alla « Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » ⁽²⁷⁾.

Questo panorama pubblicistico presupponeva una corrispondente richiesta, ma allo stesso tempo alimentava la richiesta stessa. Brater, Edel, Pözl, Rohmer e Bluntschli erano attivi sul piano politico come liberali-conservatori; Arndt era stato membro della *Paulskirche*. Ciò che li univa era l'intenzione di reinserirsi politica-

⁽²²⁾ Vedi sotto cap. 10 nt. 43.

⁽²³⁾ H.D. BECK, *Der juristische Verlag seit 1763*, in *Juristen im Porträt. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C.H. Beck*, 1988, 20 s.

⁽²⁴⁾ Carl Edel, nato ad Aschaffenburg, studiò a Würzburg e Heidelberg, fu tra il 1834 e il 1840 attivo come giudice prima di essere chiamato all'università di Würzburg. Ivi fu per nove volte decano della facoltà di giurisprudenza, per undici volte decano della facoltà di economia statale e per otto volte rettore. Inoltre rappresentò l'università di Würzburg nell'assemblea cetuale bavarese e fu membro dell'Assemblea nazionale di Francoforte (cortese indicazione dell'archivio dell'Università di Würzburg).

⁽²⁵⁾ *Deutsches Staats-Wörterbuch. In Verbindung mit deutschen Gelehrten hg. von J. K. Bluntschli und K. Brater*, XI voll., Stuttgart 1856-1868, vol. XII Leipzig 1870. Cfr. anche M.H. FASSBENDER-ILGE, *Liberalismus-Wissenschaft-Realpolitik. Untersuchung des „Deutschen Staatswörterbuch“ von Johann Caspar Bluntschli und Karl Brater als Beitrag zur Liberalismusgeschichte zwischen 48er Revolution und Reichsgründung*, 1981; anche K. v. BEYME, *Staatslexika*, in « Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft », 3 (1989), 443-451.

⁽²⁶⁾ LANDSBERG, III-2, 493-495, nt. 221 s. con ulter. letteratura.

⁽²⁷⁾ Vol. 1-19 (1859-1877); NF 1 (=20) 1878-17 (=36) 1894.

mente nel centro liberale, per contrastare la forte tendenza di clericalizzazione della vita pubblica e per riportare lo Stato di diritto sul piano del diritto amministrativo, dandogli così una incidenza pratica. Anche la pubblicazione del commento costituzionale e dello *Staatswörterbuch* erano alimentate da questa intenzione pedagogica.

Spostando lo sguardo dal campo delle riviste a quello dei manuali, il decennio che segue il 1850 è dominato da Joseph (v.) Pözl (1814-1881) ⁽²⁸⁾. Nel 1847 egli aveva pubblicato un compendio generale di diritto costituzionale e amministrativo intitolato *Bayerisches Staatsverfassungsrecht*, successivamente ampliato e suddiviso in parti. Nel 1851 fu pubblicata la prima edizione del suo manuale di diritto costituzionale bavarese ⁽²⁹⁾ e nel 1856 quella del suo volume dedicato al diritto amministrativo bavarese ⁽³⁰⁾. Pözl era giunto nel 1847 a Monaco da Würzburg, come successore alla cattedra prima tenuta da von Moy, trasferitosi a Innsbruck a causa dell'affare Lola Montez.

Secondo il giudizio di Piloty, Pözl era « una mente acuta, un giurista nato, avveduto, rivolto al positivo, sobrio, critico, freddo e assolutamente privo di slancio » ⁽³¹⁾. Analogamente si espresse Mohl, definendolo « un espositore assolutamente sincero dei principî che sottostanno alle leggi, quali esse ora sono » ⁽³²⁾. Queste caratteristiche sono riferite a Pözl in quanto egli era completamente concentrato sulla sistemazione del diritto territoriale esistente e sulla sua profonda comprensione, senza astrazioni eccessive ma prendendo pure le distanze dal procedimento meramente additivo del materiale legislativo, evitando allo stesso tempo affermazioni « speculative » a carattere storico o politico. A differenza di chi si

⁽²⁸⁾ Nato nel 1814, studiò a Monaco (1836-40). Conseguì il dottorato nel 1842, nel 1843 venne chiamato a Würzburg, nel 1847 a Monaco. Nel 1848 fu membro dell'Assemblea di Francoforte, nel 1858-1869 della dieta del *Land* bavarese, dal 1872 della camera dei consiglieri del *Reich*. Morì nel 1881. Cfr. anche LANDSBERG, III-2, nt. 288; EISENHART, in ADB, 26 (1888), 495-497; PILOTY (nt. 19), 255-262.

⁽²⁹⁾ J. v. PÖZL, *Bayerisches Staats-Verfassungsrecht*, Würzburg 1847; ID., *Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts*, München 1851 (2^a ed. 1854, 3^a ed. 1860, 4^a ed. 1877).

⁽³⁰⁾ J. v. PÖZL, *Lehrbuch des bayerischen Verwaltungsrechts*, München 1856 (2^a ed. 1858, 3^a ed. 1870, supplemento 1874).

⁽³¹⁾ PILOTY (nt. 19), 255.

⁽³²⁾ MOHL, II, 361.

occupava del « diritto pubblico generale tedesco », andare al di là del piano meramente normativo non era in questo caso indispensabile. Per Pözl il legislatore del *Land* era l'istanza suprema. Questo lo condusse di conseguenza al diritto amministrativo, che egli rappresentò distinguendo il piano delle istituzioni (ministeri, autorità) dal piano dei contenuti. È interessante notare in proposito che Pözl, da questo punto di vista estremamente moderno, inserisce nel quadro del diritto costituzionale il diritto comunale, in quanto espressione di persone giuridiche appartenenti allo Stato. Il diritto amministrativo sotto il profilo dei contenuti veniva da lui strutturato secondo il principio di articolazione per materie utilizzato da Mohl e da molti altri (giustizia, polizia, apparato statale, amministrazione delle finanze e militare). Non vi sono invece ancora tracce di una parte generale.

A partire dagli anni sessanta la Baviera iniziò a dare una nuova struttura a numerosi campi dell'amministrazione ⁽³³⁾, e più precisamente « al diritto comunale (ordinamenti comunali del 1869), all'attività economica (*Gewerbeordnung* del 1869), al diritto della sicurezza (leggi sulla cittadinanza, sul matrimonio, sul domicilio e sulla povertà del 1868), al diritto costituzionale in materia di giurisdizione (ordinamento di procedura civile del 1869) e alla nuova organizzazione della gendarmeria (1868) » ⁽³⁴⁾. Il materiale giuridico dell'amministrazione incominciò a crescere specialmente a partire dal 1866, e di conseguenza aumentò anche l'apparato dei funzionari ⁽³⁵⁾. Quando, poi, fu portata a termine l'annessione al *Reich* con la dichiarazione regia del 30 gennaio 1871, a causa dell'estensione della legislazione della Confederazione germanica del Nord insieme a quella del nuovo *Reich*, il diritto territoriale subì una profonda trasformazione, tale da renderne sempre più urgenti una ricognizione e un riordinamento sistematico. Nel 1878, a conclusione di un dibattito avviato dal 1865, fu introdotta la giustizia amministrativa ⁽³⁶⁾ con l'istituzione di un organo giurisdizionale, il *Verwaltungs-*

⁽³³⁾ Testimonianze in HUBER, IV (1969), 385 ss.

⁽³⁴⁾ W. VOLKERT, *Bayern*, in DVG, II, 716.

⁽³⁵⁾ VOLKERT (nt. 34), 720-733, con tutti gli ulteriori riferimenti.

⁽³⁶⁾ Ges. v. 8.8.1878, GVBI 369. Cfr. anche G. KAHR, *Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878*, Nördlingen 1879. Particolari in RÜFNER, in DVG, III, 918-920.

sgerichtshof. Anche questo fu ragione di aumento del materiale giuridico positivo.

L'onere di una simile presentazione sistematica fu assunto dal successore di Pözl alla cattedra di Monaco, Max von Seydel (1846-1901) ⁽³⁷⁾, attraverso una illustrazione del diritto pubblico bavarese superiore a tutte le trattazioni precedenti ⁽³⁸⁾. Piloty confermò che essa era « generalmente accettata » ⁽³⁹⁾ e considerava Seydel un impeccabile conoscitore del diritto positivo, cui era riuscito presentare in maniera scorrevole una materia difficile accompagnandola con una riflessione sulle sue componenti storiche e politiche. Definire quest'opera come il corrispettivo per il diritto territoriale di quello che per il diritto pubblico del *Reich* sarebbe stato rappresentato da Paul Laband — cosa che fece generosamente Piloty nello scritto commemorativo per Laband — non coglie in pieno il punto metodologico. Nonostante la generale concordanza sulle questioni della costruzione e della formazione concettuale della scienza giuridica, in Seydel non viene interrotto il contatto diretto del diritto pubblico con le sue basi storico-politiche, vi si ritrova materiale non strettamente giuridico e si assiste a una continua riflessione teorica. Questo punto viene confermato dalla *Allgemeine Staatslehre* di Seydel del 1873 ⁽⁴⁰⁾, un'opera giovanile che era chiaramente la premessa del *Bayerischen Staatsrecht* (1884-1893), così come dalla ripartizione del diritto pubblico in otto libri ⁽⁴¹⁾. Nonostante la

⁽³⁷⁾ Completo in H. REHM, *Max von Seydel. Ein Lebensbild*, in *AöR*, 16 (1901), 359-402; R. PILOTY, *Max von Seydel. Ein Nachruf*, in « Blätter für administrative Praxis », 51 (1901), 225-247 (con bibliografia di K. v. Krazeisen).

⁽³⁸⁾ MAX V. SEYDEL, *Bayerisches Staatsrecht*, 7 voll., Freiburg 1884-1894; 2ª ed., 3 voll., Freiburg 1895-96; 3ª ed. riveduta da J. v. Grassmann e R. Piloty, 2 voll., Tübingen 1913.

⁽³⁹⁾ PILOTY (nt. 19), 277 ss. (278). Così anche REHM (nt. 37) 401 e H. NAWIASKY, *Max von Seydel (Münchener Universitätsreden NF, H. 4)*, 1953, 4, che parla di un successo « che non ha eguali in nessun altro diritto pubblico tedesco, neanche in quello prussiano. » NAWIASKY, 15, riporta una bibliografia degli scritti di Seydel.

⁽⁴⁰⁾ M. (v.) SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg 1873 (trad. it. *Principii di una dottrina generale dello Stato*, traduzione di L. Rossi, Biblioteca di Scienze Politiche, seconda serie, VIII, 1143-1243). Cfr. cap. 10, nt. 61.

⁽⁴¹⁾ Seydel segue quest'ordine: (1) Il sovrano (2) L'oggetto della sovranità, (3) Il diritto costituzionale, (4) Le funzioni del potere statale, (5) Il diritto finanziario, (6) L'amministrazione del *Land*, (7) L'esercito, (8) Le questioni estere — Usa quindi un

grande abbondanza di dettagli, l'opera, in sette volumi, si sviluppa in maniera trasparente e logica. Essa riunisce il diritto costituzionale e il diritto amministrativo di un *Land* ancora per certi aspetti sovrano alla fine del secolo, così come aveva fatto a suo tempo Robert von Mohl nel 1829-31 con il suo testo dedicato al diritto costituzionale del Württemberg. Anche Seydel rappresenta dunque una mente caparbia che prende posizione contro la tendenza, diventata da tempo ovunque dominante, della separazione tra diritto costituzionale e diritto amministrativo.

Seydel si dimostra un « giurista dei concetti » in senso proprio nella affermazione del carattere vincolante dei « concetti » rispetto alla questione, cui egli dà risposta negativa, della divisibilità della sovranità. Egli rifiuta quindi la figura dello « Stato federale » (*Bundesstaat*) non a causa del particolarismo bavarese, ma per la convinzione dell'indivisibilità intrinseca del « concetto » stesso ⁽⁴²⁾. Coerentemente egli definisce il *Reich* tedesco del 1871 come una « confederazione di Stati » (*Staatenbund*) ⁽⁴³⁾, dandone un'interpretazione che corrispondeva esattamente al processo di fondazione del *Reich*. Chi rifiutava le conseguenze della sua definizione in termini di « confederazione di Stati » e contemporaneamente intendeva conservare l'indivisibilità della sovranità doveva, secondo la concezione del tempo, riconoscere al *Reich* la sovranità e agli Stati membri solamente un'autonomia. Questa seconda ipotesi era però per Seydel — che in questo senso si sentiva ancora bavarese — ⁽⁴⁴⁾ inaccettabile. Ma costruendo la sua confederazione di Stati come qualcosa di indissolubile, la sua tesi provocatoria perdeva la propria acutezza politica.

sistema che mette insieme una « parte generale », una presentazione delle istituzioni, in particolare nel terzo libro, e il principio di ripartizione per materie (finanze, interni, esercito, esteri).

⁽⁴²⁾ M. SEYDEL, *Der Bundesstaatsbegriff*, in ZgStW, 28 (1872), 185-256; Id., *Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes*, in « Annalen des Deutschen Reiches », 1876, 641-655.

⁽⁴³⁾ M. SEYDEL, *Kommentar zur Verfassungs-Urkunde für das deutsche Reich*, Würzburg 1873 (2ª ed. Freinburg-Leipzig 1897). A questo proposito H. KALKBRENNER, *Max von Seydel und die Aktualität seiner deutschen Bundes-Theorie*, in *Festschr. f. A. v. d. Heydte*, II, 1977, 871-938.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. anche il contributo *Die Schaffung eines Reichsmilitärgerichtshofes und die bayerischen Reservatrechte*, in « (Hirths) Annalen », 1898, 151-153.

Seydel navigava contro corrente anche quando sosteneva che il sovrano non era un « organo » dello Stato ma era un soggetto dominante sull'oggetto rappresentato dallo Stato. La volontà del sovrano secondo Seydel è pre-statuale, naturalmente, e il sovrano in un certo senso crea lo Stato e con questo il diritto. In questo modo Seydel accantona la teoria dello Stato come persona giuridica, che aveva avuto le sue massime punte antimonarchiche nel *Vormärz*, e la sostituisce con una strana e anacronistica apoteosi della volontà del sovrano. Per rendere tutto ciò accettabile, Seydel ne sottolineava la volontaria autolimitazione costituzionale ⁽⁴⁵⁾, il legame morale-religioso agli interessi generali e la teoria di una « rivoluzione naturale » nel caso di una degenerazione della volontà sovrana ⁽⁴⁶⁾. Seydel, dunque, non accenna alla separazione di fatto del potere o della sovranità giuridica tra monarca e parlamento. Il principio monarchico ne risulta addirittura potenziato dall'affermazione della sua preesistenza rispetto allo Stato e alla costituzione. Forti, certo, dovevano essere anche i contrappesi dello Stato di diritto ⁽⁴⁷⁾ per tenere in piedi la costruzione. Anche qui però Seydel non riusciva a convincersi della necessità di un vero riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi, negando addirittura in generale i « diritti fondamentali » ⁽⁴⁸⁾ e giungendo così, in maniera logicamente coerente e a dispetto del dichiarato intento di proporre una costruzione meramente formale, a un risultato per lui soddisfacente anche sul piano politico.

Il diritto costituzionale e amministrativo territoriale bavarese si presentava dunque alla vigilia della prima guerra mondiale assolutamente ben ordinato, politicamente conservatore e inserito in un modello costituzionale contraddistinto dalla netta prevalenza del potere monarchico ⁽⁴⁹⁾. Si deve però allo stesso tempo osservare che le reali possibilità di azione del monarca erano state ridimensionate

⁽⁴⁵⁾ M. v. SEYDEL, *Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrechte*, in « (Hirths) *Annalen* », 1898, 321-355, 481-492, 746-758; 1899, 249-263; 1900, 177-194, 351-368.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. NAWIASKY (nt. 39) 10.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ad es. *Bayerisches Staatsrecht* (nt. 38), 2^a ed., libro III, 407 ss. sulla giustizia amministrativa.

⁽⁴⁸⁾ *Bayer. Staatsrecht* (nt. 38) I, 300.

⁽⁴⁹⁾ Una breve presentazione si trova in C.A. v. SUTNER, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern*, Hannover 1909.

dal legame con il *Reich*, dal riconoscimento della cornice costituzionale e dalla volontaria limitazione dei compiti di rappresentanza, unitamente a un certo imborghesimento dello stile di vita sotto il principe-reggente Luitpold. La Baviera disponeva di una coscienza spiccatamente autonoma, di una tradizione costituzionale centenaria, di una monarchia costituzionale con un livello di sviluppo corrispondente allo standard generale, come pure di specifici strumenti di tutela giuridica (petizione ⁽⁵⁰⁾, garanzie della costituzione, giustizia amministrativa). L'amministrazione era organizzata in maniera centralizzata secondo il modello creato da Montgelas e considerata esemplare. I legami con il *Reich* prussiano e protestante non erano cordiali ma erano, nel complesso, accettati.

2. *Württemberg*.

« Immobilità politico-costituzionale e dinamismo economico » ⁽⁵¹⁾ sono i caratteri distintivi della situazione del *Württemberg* nei primi anni dopo il 1850 ⁽⁵²⁾. Con la restaurazione della vecchia costituzione (1852) dominava la « reazione » ⁽⁵³⁾. Il Consiglio segreto tornò ad essere il cuore politico del *Land*. I sei ministri erano alle dirette dipendenze del re. Sotto i re Carlo (1864-1891) e Guglielmo II (1891-1918) il *Württemberg* prima navigò sulla rotta austriaca e quindi virò, dopo il 1866, rimanendo poi anche dopo l'entrata nel *Reich* tedesco in stretto contatto con la Prussia (nella così detta era « *Mittnacht* ») ⁽⁵⁴⁾. All'angustia del piano politico si contrapponeva una forte apertura economica; pur essendo la situazione inizialmente

⁽⁵⁰⁾ S. KLASSEN, *Das Petitionsrecht zum Bayerischen Landtag — eine Ombudsmann-Einrichtung*, 1991, 24 ss. Sulla petizione cfr. Tit. VII § 21 della Costituzione del 1818. Il diritto di petizione in Baviera era però riservato ai ceti territoriali. Cfr. W. GRAF VITZTHUM, *Petitionsrecht und Volksvertretung*, 1985, 19-29 (23 nt. 29).

⁽⁵¹⁾ B. MANN-G.F. NÜSKE, *Württemberg*, in DVG, II, 1983, 577.

⁽⁵²⁾ Testimonianze in HUBER, IV (1969), 412 ss.

⁽⁵³⁾ D. LANGEWIESCHE, *Liberalismus und Demokratie in Württemberg zwischen Revolution und Reichsgründung*, 1974.

⁽⁵⁴⁾ H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg 1819-1870*, 1987 con ulteriore letteratura.

difficile, essa migliorò negli anni sessanta e sboccò in un'intensa industrializzazione ⁽⁵⁵⁾.

Con la successione al trono del 1864 i diritti di stampa, di associazione e di riunione furono di nuovo liberalizzati. Fu realizzata una riforma della giustizia (1868-69), e nel 1876 venne creato un apparato di giustizia amministrativa, in cui però i quattro governi distrettuali fungevano da corte di prima istanza e il tribunale amministrativo da corte d'appello ⁽⁵⁶⁾.

Per quanto riguarda il diritto pubblico, per tutto l'Ottocento il Württemberg fece parte degli Stati con una tradizione fortemente burocratica e orientata verso lo Stato di diritto, anche se per singoli casi la corrispondenza al modello dello Stato di diritto va ridimensionata. L'università si dimostrò particolarmente chiusa riguardo al diritto pubblico sia nelle facoltà di economia pubblica che in quelle giuridiche. Di rilevante importanza fu qui l'opera di Robert von Mohl e la creazione, a cui questi aveva contribuito, di una cattedra di diritto amministrativo, insieme alla contemporanea fondazione della « *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft* » (1844) ⁽⁵⁷⁾. In questa rivista dovevano venire trattate, secondo le intenzioni dei

⁽⁵⁵⁾ W. v. HIPPEL, *Industrieller Wandel im ländlichen Raum. Untersuchungen im Gebiet des mittleren Neckar 1850-1914*, in « *Archiv für Sozialgeschichte* », 19 (1979), 43-122; E. MASCHKE-J. SYDOW (a cura di), *Zur Geschichte der Industrialisierung in den südwestdeutschen Städten*, 1977; K. MEGERLE, *Württemberg im Industrialisierungsprozeß Deutschlands*, 1982.

⁽⁵⁶⁾ *Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876*, RegBl 485. Cfr. W. RÜFNER, in DVG, III, 916 ss.

⁽⁵⁷⁾ Particolari in E.V. HEYEN (nt. 16) 56 nt. 3: « editore è H. Laupp'sche Buchhandlung, Tübingen. Accanto a Mohl vengono citati come fondatori i professori: Knaus, Schüz, Fallati e Hoffmann. Dal volume terzo (1846) al volume ottavo (1852) il titolo compare sulla copertina evidenziato otticamente. Solo dal volume nono (1853), con il trasferimento di Mohl all'università di Heidelberg nel Baden è scritto « in collaborazione con... » (seguono professori esterni come K.H. Rau tra gli altri) « edito da membri della facoltà di economia statale a Tubinga ». Questi vengono sempre nominati. Dal volume 31 (1875) figurano come curatori il Dr. A.E.F. Schäffle, Stoccarda, e il Prof. Dr. K.V. Fricker, Lipsia (nel 1878 si aggiunge il Prof. Dr. A. Wagner, Berlino, di cui prende poi il posto nel 1887 il Prof. Dr. G. v. Schönberg, Tubinga). Dal volume 48 (1892) Schäffle, nel frattempo divenuto *K.K. Minister a. D.*, è curatore unico. Il Prof. Dr. K. Bücher, Leipzig, si unisce dal 1901 come co-curatore. Dal vol. 60 (1904), dopo la morte di Schäffle, questi diventa curatore unico. Nello stesso volume si trova un elogio funebre di Bücher su Schäffle, con osservazioni sulla storia della redazione. »

suoi curatori, le più importanti questioni giuspubblicistiche, nell'intento « di rivolgere particolare attenzione alla disciplina del diritto amministrativo — che così spesso viene trattata come una figliastra dalla scienza giuridica — e dunque anche al suo uso pratico quotidiano e non solo alle sue idee fondamentali » (58). Eppure in essa i contributi di taglio economico e di scienze sociali occupano uno spazio notevole, predominante nell'ultimo terzo dell'Ottocento, molto probabilmente anche perché i saggi espressamente dedicati al diritto pubblico trovavano migliore collocazione nelle riviste specializzate già esistenti.

Tra le riviste specializzate nel territorio del Württemberg comparivano la « *Monatsschrift für Justizpflege in Württemberg* » (1837-1855), edita da F. v. Kübel e O. v. Sarvey, il « *Württembergische Archiv für Recht und Rechtsverwaltung mit Einschluß der Administrativ-Justiz* » (1858-1882) (59), la « *Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung* » (dal 1858) (60), oltre alla « *Landeszeitschrift für Statistik* » (61) e, a partire dal 1889, gli « *Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege* », pubblicati dai membri della corte d'appello e dal consiglio della camera degli avvocati (62). In generale, il Württemberg disponeva quindi, nella seconda metà dell'Ottocento, di un notevole potenziale quanto alle pubblicazioni giuspubblicistiche, legate dal comune interesse di dare un'informazione uniforme, supporto scientifico e un orientamento verso lo Stato di diritto sia all'amministrazione

(58) ZgStW, prefazione, vol. 1 (1844) 3-6.

(59) Dal 1837-1854 « *Monatsschrift für die Justiz-Pflege in Württemberg* », a cura di A.F. Sarvey; nel periodo 1857-1881 « *Württembergisches Archiv* », il primo volume a cura di A.F. Sarvey, dal secondo volume (1858) di F.Ph.F. Kübel e O v. Sarvey.

(60) Dapprima (1859-61) « *Monatsschrift für die willkürliche Gerichtsbarkeit und das Notariat in Württemberg* », a cura di G. Beutelspacher e R. Dann. Dal 1862 come « *Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung* », a cura di J.S.A. Boscher. Dalla ventinovesima annata (1887) a cura di A. v. Jetter e H. Fortenbach e dalla quarantatreesima annata (1901) a cura di K. Mayer.

(61) « *Württembergische Jahrbücher für vaterländische Geschichte* », Stuttgart 1818-1862, rinominati in seguito « *Württembergische Jahrbücher für Statistik und Landeskunde* », 1863-1940.

(62) Tübingen 1887-1918, poi diventato « *Zeitschr. f. d. freiwillige Gerichtsbarkeit* » (nt. 60).

statale e comunale sia al « contenzioso amministrativo » (*Administrativjustiz*).

Per le ragioni politiche già menzionate, la letteratura sul diritto pubblico del Württemberg prese vita solo con la successione al trono del 1864. Nel 1865 — quale segnale di ritorno alle condizioni costituzionali — apparve una nuova edizione del testo della costituzione del 1819, arricchita da alcuni allegati ⁽⁶³⁾. Altre riviste trattavano problematiche particolari del diritto costituzionale ⁽⁶⁴⁾. Ciò che mancava era una moderna esposizione complessiva del diritto pubblico territoriale. Si faceva ancora riferimento allo *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* di Robert von Mohl, nella sua seconda edizione ⁽⁶⁵⁾. A completamento del quadro si possono citare i libri di Hoffmann sull'amministrazione demaniale e sul diritto finanziario ⁽⁶⁶⁾. Questo è tutto quello su cui si sarebbe potuto contare per altri vent'anni.

Solo all'inizio degli anni ottanta compaiono improvvisamente alcune trattazioni generali di diritto pubblico. Il motivo è da ricercare nella nuova situazione giuridica che si era creata in quegli anni con la fondazione del *Reich*, che faceva appariva attraente l'impiego a livello del *Land* del nuovo « metodo giuridico » parallelamente al diritto pubblico del *Reich* di Laband. La prima tra queste opere è lo *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* ⁽⁶⁷⁾ di Otto von Sarwey (1825-1900), pubblicata in due volumi per un totale di quasi mille pagine. Con questa opera, insieme alla monografia *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege* (1880), Sarwey si accredita —

⁽⁶³⁾ C.V. FRICKER, *Die Verfassungs-Urkunde für das Königreich Württemberg vom 25. September 1819 mit dem offiziellen Auslegungsmaterial*, Tübingen 1865.

⁽⁶⁴⁾ F. v. BITZER, *Regierung und Stände in Württemberg, ihre Organisation und ihr Recht*, Stuttgart 1882; C.V. v. RIECKE, *Beiträge zur Staats- und Verfassungs-Geschichte Württembergs*, 1879; ID., *Verfassung, Verwaltung und Staatshaushalt des Königreichs Württemberg*, Stuttgart 1882, 2^a ed. Stuttgart 1887.

⁽⁶⁵⁾ Cap. 4, nt. 62.

⁽⁶⁶⁾ C.H.L. HOFFMANN, *Die Domonialverwaltung des Württembergischen Staates nach den bestehenden Normen und Grundsätzen*, Tübingen 1842; ID., *Das Württembergische Finanzrecht*, vol. I, Tübingen 1857.

⁽⁶⁷⁾ Tübingen 1883. Su O. v. Sarwey cfr. K. ELBEN, in A. BETTELHEIM (a cura di), « Biographisches Jahrbuch und Deutscher Nekrolog », 5 (1900) 42-46; K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS (a cura di), *Persönlichkeiten der Verwaltung*, 1991.

per la sua produzione dottrinale oltre che per le cariche che rivestiva — ⁽⁶⁸⁾ quale figura di riferimento per il diritto pubblico territoriale nel Württemberg. Nella sua esposizione egli rinuncia a un'introduzione teorica e storica, accennando solo brevemente al rapporto con il diritto pubblico del *Reich*. La trattazione del materiale giuridico positivo è asciutta, precisa e molto dettagliata. Sarwey definisce le direttrici del proprio discorso ponendo l'accento, nel primo volume, sul tema dei diritti fondamentali (§§ 37-62). Da una parte si percepisce l'influsso del modello del « metodo giuridico »; dall'altra si coglie invece la permanenza della ricchezza normativa del « metodo delle scienze dello Stato ». Sarwey inizia trattando dei monarchi per affrontare poi il tema dei soggetti che compongono lo Stato, nonché i comuni insieme alla loro aggregazione (la cosiddetta *Amtskörperschaft*) nell'unità amministrativa dell'*Oberamt*. Nel secondo volume seguono l'esame dei poteri dello Stato e dei suoi organi (monarca, assemblea dei ceti, apparato dei funzionari) e le funzioni, classificate secondo il criterio materiale comunemente adottato. Il diritto amministrativo viene così trattato in forma estremamente concisa, con un rinvio per aspetti specifici « a opere specialistiche e in particolare, in seguito allo sviluppo normativo vissuto dal diritto amministrativo negli ultimi tempi, ai commentari delle relative leggi » ⁽⁶⁹⁾.

Il carattere fondamentalmente liberale del discorso di Sarwey è chiaro, anche se egli politicamente appartiene all'ala conservatrice del parlamento del Württemberg. Sarwey sottolinea le garanzie giuridico-costituzionali di un agire orientato nel senso dello Stato di diritto, con argomentazioni fermamente connesse alla dimensione pratica e giudicando le questioni dottrinali controverse sempre in base alla loro ricaduta pratica. Nell'insieme si tratta di un libro particolarmente ricco di contenuti, sobrio e di carattere, che ben ritrae la condizione costituzionale assestata nel Württemberg a fine Ottocento ⁽⁷⁰⁾.

Quasi contemporaneamente all'opera di Sarwey fu pubblicato

⁽⁶⁸⁾ Dal 1856 deputato alla dieta del *Land*, nel 1874-76 nella dieta del *Reich*, nel 1870 consigliere di Stato e membro straordinario del Consiglio di Stato, nel 1883 membro della Camera dei signori cetuali, dal 1885 ministro dell'istruzione.

⁽⁶⁹⁾ Op. cit., 3.

⁽⁷⁰⁾ HUBER, IV (1969), 412 s.

un testo di Ludwig Gaupp con identico titolo — *Staatsrecht des Königreichs Württemberg* (1884) — ma meno completo ⁽⁷¹⁾. La sua terza edizione (1904) sarebbe stata curata da Karl Göz, che ne avrebbe ampliato il materiale giuridico di riferimento prendendo in considerazione la revisione costituzionale del 1906-7 ⁽⁷²⁾, l'ordinamento distrettuale e comunale e le modifiche alla legge sull'apparato dei funzionari nel Württemberg. Nella sua ultima versione quest'opera rappresenta una documentazione completa e solida della condizione giuridica antecedente alla prima guerra mondiale. Non emergono particolari problemi metodologici, e le affermazioni di taglio politico sono evitate o inserite solo in forma di annotazioni marginali ⁽⁷³⁾. Né l'entrata del Württemberg nel *Reich*, né i principi della monarchia costituzionale nel *Land* crearono difficoltà sostanziali. Gli autori esordiscono con un'introduzione storica, individuano la posizione del *Land* all'interno della Confederazione del *Reich*, trattano del territorio dello Stato e della struttura di questo, dei suoi organi (re, assemblea dei ceti, governo, funzionari) e delle sue funzioni, inclusa la funzione giurisdizionale, introdotta come sottosezione dell'amministrazione territoriale ⁽⁷⁴⁾. Come in Sarwey, l'amministrazione è presentata secondo il principio materiale, con un'esposizione limitata essenzialmente agli aspetti istituzionali ma anche con dovizia di particolari. Si tratta di una presentazione classica e trasparente del diritto territoriale vigente, scritta almeno in parte da

⁽⁷¹⁾ L. GAUPP, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Freiburg-Tübingen 1884; 2^a ed. 1895; 3^a ed. continuata da K. Göz, Tübingen-Leipzig 1904 e Tübingen 1908. Insignificante è la breve trattazione di W. BAZILLE, *Königreich Württemberg*, Hannover 1908.

⁽⁷²⁾ TH. LIESCHING, *Zur Geschichte der württembergischen Verfassungsreform im Landtag 1901-1906*, Tübingen 1906 (Liesching presiedeva la commissione costituzionale della Camera dei deputati del Württemberg); K. GÖZ, *Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg*, Tübingen 1906.

⁽⁷³⁾ Cfr. ad esempio la raccomandazione di semplificare « il lento apparato statale, assolutamente sproporzionato nei confronti della ridotta importanza della legislazione nel *Land* », in GÖZ, 1908 (nt. 71), 11.

⁽⁷⁴⁾ GÖZ (nt. 71), §§ 79-82; ID., *Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg*, Tübingen-Leipzig 1902, 1 ss., distingue quali attività di Stato la legislazione e l'amministrazione in senso ampio, dividendo poi quest'ultima in giurisdizione e amministrazione in senso stretto.

uno specialista della materia come Göz (75), che già in precedenza aveva pubblicato una eccellente trattazione della giurisdizione amministrativa (concetti fondamentali, evoluzione, competenze, procedure) (76).

Non si può evitare di riconoscere che il clima politico del Württemberg verso la fine del secolo stava facendosi sempre meno mobile e sempre più conservatore. L'affermazione formulata nel 1914 da Ottmar Bühler, secondo il quale il Württemberg aveva perso lo slancio di un tempo sul piano della tutela giuridica nei confronti dell'amministrazione proprio a seguito dell'introduzione della giurisdizione amministrativa (77), non è infondata. Altrettanto scarsi sono gli impulsi scientifici espressi dalla letteratura giuridica del *Land* a fine Ottocento. Si tratta di letteratura originata dalla prassi e a questa rivolta, conoscenza normativa pratica (78), quasi unicamente *de iure condito* e rarissimamente *de iure condendo* (79). Dietro questo atteggiamento conservatore si nascondono in realtà i valori dell'ordine giuridico borghese come la stabilità, l'ordine, la certezza del diritto e la garanzia giuridica, che davano all'imperante industrializzazione il necessario « piedistallo » giuspubblicistico, senza ostacolarla con un eccessivo interventismo a livello sostanziale.

3. *Baden.*

Di tutti gli Stati tedeschi il Baden, con la sua tradizione liberale, fu quello più scosso dalla rivoluzione del 1848. La rivolta militare del

(75) Göz fu « consigliere di Stato e membro del tribunale amministrativo del Württemberg » (1902) e dunque « consigliere di Stato e presidente del tribunale amministrativo del Württemberg » (1908).

(76) GÖZ, *Die Verwaltungsrechtspflege* (nt. 74).

(77) O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtspflege*, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914, 367 s.

(78) F. FLEINER, *Staatsrechtliche Gesetze Württembergs*, 2^a ed. Tübingen 1907; E. RUCK, *Verwaltungsrechtliche Gesetze Württembergs*, 2 voll., Tübingen 1911, contengono al contrario del titolo solo diritto comunale; cfr. anche A. MICHEL, *Die Gemeindeordnung und die Bezirksordnungen für das Königreich Württemberg*, 1909; inoltre K. SCHICKER, *Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren im Königreich Württemberg*, 4^a ed. 1907.

(79) F. HALLER, *Handwörterbuch der Württembergischen Verwaltung*, Stuttgart 1915 (sul modello della Sassonia e della Prussia); i collaboratori dell'ampia opera (917 pagine stampate a caratteri piccoli) sono funzionari del Württemberg.

1849 aveva provocato con la cacciata del governo e del granduca Leopoldo (1830-1852) l'ingresso dei militari prussiani, l'assedio e la capitolazione di Rastatt, il crollo del governo rivoluzionario, la corte marziale, le esecuzioni capitali e l'emigrazione politica ⁽⁸⁰⁾. Lo sviluppo che simili sconvolgimenti indussero nella politica costituzionale sotto il granduca Federico ⁽⁸¹⁾ si arrestò nel momento in cui il movimento liberale divenne « partito di governo » ⁽⁸²⁾, ma ebbe una ripresa in seguito alle turbolenze che accompagnarono il concordato del 1859, seguite da quelle causate dalla legislazione del *Kulturkampf* dopo la fondazione del *Reich* ⁽⁸³⁾.

Il Baden era stato il primo *Land* ad abbandonare la politica della restaurazione e a passare a una linea riformista. Si riorganizzò l'amministrazione, si diede nuovo impulso all'autonomia amministrativa comunale e si creò una vera giurisdizione amministrativa ⁽⁸⁴⁾. Il Baden reagì così al rapido avanzare del processo di industrializzazione e alla forte crescita demografica ⁽⁸⁵⁾, come pure all'idea ispiratrice del liberalismo politico per la quale la vecchia giustizia dell'amministrazione doveva essere sostituita da un controllo giudiziario dell'amministrazione veramente indipendente ⁽⁸⁶⁾.

La voce di queste posizioni era la « *Zeitschrift für badische*

⁽⁸⁰⁾ V. VALENTIN, *Geschichte der Deutschen Revolution 1848-1849*, 1930 (nuova ed. 1970), vol. II, 509 ss., 540 s.

⁽⁸¹⁾ HUBER, IV (1969), 415 ss.

⁽⁸²⁾ L. GALL, *Der Liberalismus als regierende Partei. Das Großherzogtum Baden zwischen Revolution und Reichsgründung*, 1968.

⁽⁸³⁾ M. STADELHOFER, *Der Abbau der Kulturkampfgesetzgebung im Großherzogtum Baden 1878-1918*, 1968; J. BECKER, *Liberaler Staat und Kirche in der Ära von Reichsgründung und Kulturkampf. Geschichte und Strukturen ihres Verhältnisses in Baden 1860-1876*, 1973; riassunto brevemente in OTT, in DVG, III, 776 s.

⁽⁸⁴⁾ F. WIELANDT, *Die Entwicklung der badischen Organisation der inneren Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege. Ein Rückblick*, in ZbadVerw (1890), 41-46, 53-64; K. STIEFEL, *Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege im ehemaligen Land Baden. Zum hundertjährigen Bestehen der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in BadWürttVwBl, 8 (1963) 145 ss.; ID., *Baden 1648-1952*, vol. II, 1977, 972 s., 1091 s. Cfr. ora OTT, in DVG, III, 755-775 (774 s.) e RÜFNER, in DVG, III, 915 ss.

⁽⁸⁵⁾ W. FISCHER, *Der Staat und die Anfänge der Industrialisierung in Baden, 1800-1850*, vol. I, 1962.

⁽⁸⁶⁾ Sull'apparato dei funzionari cfr. H.-G. MERZ, *Beamtenum und Beamtenpolitik in Baden*, 1985, 22 s.

Verwaltung und Verwaltungspflege» (87), rivista fondata nel 1869 da Edgar Loening (1843-1919) (88), allievo di Bluntschli, che accrebbe la propria importanza, divenendo un punto di riferimento per il dibattito, in seguito alla scomparsa delle riviste che l'avevano preceduta (89). Presso le locali università di Heidelberg e di Friburgo il diritto costituzionale e il diritto amministrativo territoriale si affermarono però solo lentamente. Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) (90), giunto a Heidelberg nel 1860 come successore di Mohl, fu attivo sul piano scientifico nel campo della dottrina generale dello Stato e nel diritto internazionale pubblico, sul piano politico come membro della camera alta e della camera bassa, ma non nel campo del diritto pubblico del Baden. A Friburgo erano già stati impartiti corsi di « diritto amministrativo del Baden » nel 1841-43 e poi di nuovo nel 1871-1875. Una vera e propria continuità si instaurò a partire dal 1883-84 con Heinrich Rosin (1855-1927) (91), il quale teneva corsi di « diritto amministrativo tedesco con particolare riferimento al diritto del Baden e della Prussia » o di « diritto amministrativo del *Reich* tedesco e dei suoi singoli Stati » (92). I quattro principali testi dedicati al diritto pubblico del Baden apparsi

(87) 1869-1941. Le annate 1869-72 furono curate da E. Loening, 1873-95 da F. Wielandt, 1896-98 da A. Joos, dal 1899 al 1914 F. Lewald fu direttore della rivista, dal 1914 al 1927 K. Glockner e dal 1928 al 1935 K. Schneider, dal 1936 al 1941 Ph. Kohlmeier.

(88) Edgar Loening aveva conseguito l'abilitazione proprio a Heidelberg nel 1868. Su di lui cfr. cap. 9, nt. 100.

(89) *Magazin für badische Rechtspflege und Verwaltung*, 6 voll., a cura di Zentner, Renaud, Turban, Spohn, Mannheim 1854-1861; *Badisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeinteressen*, 14 voll., a cura di F. Bissing, Heidelberg 1855-1868.

(90) Su di lui cap. 10 nt. 34 ss.

(91) Su H. Rosin, fondatore del seminario di Friburgo per le scienze dell'amministrazione (1908) e quindi « il padre della scienza del diritto della previdenza sociale » (=A. HOLLERBACH, in « Freiburger Universitätsblätter », 108, 1990, 49); cfr. M. TAMBERT, *Heinrich Rosin und die Anfänge des Sozialversicherungsrechts*, tesi, Freiburg 1977; A. HOLLERBACH, *Heinrich Rosin (1855-1927). Pionier des allgemeinen Verwaltungs- und des Sozialversicherungsrechts*, in HEINRICHS ET AL. (a cura di), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993.

(92) A. HOLLERBACH, *Die Entwicklung des Verwaltungsrechts als akademische Disziplin und als Prüfungsfach an der Universität Freiburg i. Br.*, in E. V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 287-305 (291).

l'uno dopo l'altro tra gli anni ottanta e novanta ⁽⁹³⁾, si attenevano allo schema proposto dal « manuale » di Marquardsen e nell'opera *Das öffentliche Recht der Gegenwart*: introduzione storica, territorio statale, popolo, monarca, ceti territoriali, istituzioni dell'amministrazione statale e diritto dei funzionari ⁽⁹⁴⁾, autonomia amministrativa ⁽⁹⁵⁾, legislazione ⁽⁹⁶⁾, diritto amministrativo ripartito per materie, con brevi appendici dedicate alla politica estera e all'apparato militare.

Il diritto amministrativo del Baden è stato l'oggetto specifico di un manuale di grandi proporzioni solo in un caso ⁽⁹⁷⁾. Eppure, una delle più importanti monografie dedicate al diritto amministrativo territoriale è stata sviluppata partendo proprio dal materiale del Baden: si tratta dell'opera di Richard Thoma *Der Polizeibefehl im badischen Recht dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage* ⁽⁹⁸⁾, una tesi di abilitazione all'insegnamento universitario scritta a Friburgo e seguita da Rosin ⁽⁹⁹⁾. Thoma conclude il proprio volume

⁽⁹³⁾ K. SCHENKEL, *Das Staatsrecht des Großherzogthums Baden*, Freiburg 1884, continuato da F. WIELANDT, *Das Staatsrecht des Großherzogthums Baden*, Freiburg 1895; C. BORNHAK, *Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Baden*, Hannover 1908; E. WALZ, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden*, Tübingen 1909. Ernst Walz (1859-1941) ha scritto, in quanto borgomastro di Heidelberg e professore onorario, soprattutto testi sul diritto comunale del Baden; cfr. DRÜLL, 285.

⁽⁹⁴⁾ L. ECKERT, *Das badische Beamtenrecht*, tesi, Freiburg 1897; A. LEDERLE, *Das Recht der Gemeindebeamten in Baden*, Borna-Leipzig 1909.

⁽⁹⁵⁾ C. STROEBE, *Die gesetzgeberische Entwicklung der badischen Gemeindeverfassung*, Freiburg 1804.

⁽⁹⁶⁾ W. VAN CALKER, *Das badische Budgetrecht in seinen Grundzügen*, parte I: *Geschichtliche Entwicklung*, Tübingen 1901. Su van Calker cfr. HOLLERBACH (nt. 92), 292 s.

⁽⁹⁷⁾ F.X. AFFOLTER, *System des badischen Verwaltungsrechts. Zugleich ein kurzgefaßtes Lehrbuch des badischen Verwaltungsrechts*, Karlsruhe 1904. Su Affolter, DRÜLL, 2. — Come breve presentazione cfr. BORNHAK (nt. 93).

⁽⁹⁸⁾ Vol. I, Tübingen 1906. Il secondo volume non fu pubblicato. Sulla vita e l'opera cfr. H.-D. RATH, *Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874-1957*, 1981; brevi note in DRÜLL, 268.

⁽⁹⁹⁾ HOLLERBACH (nt. 91) fa notare la tendenza di Rosin a « trattare il diritto amministrativo monograficamente ». Cfr. H. ROSIN, *Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Verwaltungsrechtlich entwickelt und dargestellt*, Breslau 1882; 2ª ed. Berlin 1895; ID., *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Eine verwaltungsrechtliche Monographie*, Freiburg 1886.

con una lunga discussione dedicata all'« ambito del potere di polizia » sulla base dello Stato di diritto, adesso instaurato a livello costituzionale ⁽¹⁰⁰⁾, tratta i fondamenti normativi, la struttura e le forme di azione della polizia del Baden ⁽¹⁰¹⁾, traendo spunto da materiale francese, prussiano e bavarese.

Questo libro è l'esempio di come da una eccellente trattazione di un particolare diritto territoriale si possano acquisire nuove conoscenze sul diritto amministrativo in generale ⁽¹⁰²⁾.

4. *Assia-Darmstadt.*

L'Assia-Darmstadt dopo « l'anno grandioso » del 1848-49 si volse immediatamente indietro, in direzione della precedente linea ultra-conservatrice ⁽¹⁰³⁾. Il conflitto costituzionale sorto a metà del 1850 condusse all'insediamento del governo del barone von Dalwigk, con il quale in quello stesso anno venne massicciamente avviata la « reazione ». Le conquiste rivoluzionarie furono largamente rimosse, come nel caso dell'introduzione nel 1848 della suddivisione del *Land* in distretti governativi. Sorte analoga ebbe l'estensione dell'autonomia amministrativa comunale ⁽¹⁰⁴⁾. Dopo il 1866, anno in cui l'Assia-Darmstadt si trovò al fianco dell'Austria sconfitta, il *Land* subì leggere modifiche territoriali, fu costretto a concludere una convenzione militare con la Prussia (1867) ed entrò prima, per le zone situate a nord del Meno, nella Confederazione germanica del Nord, e poi nel 1870-71 confluì interamente nel *Reich* tedesco. In questo modo la sua capacità politica risultava talmente ristretta da comportare, di fatto, la fine della sovranità di cui godeva dal 1806.

Alla nuova strutturazione dei rapporti esterni seguirono, a

⁽¹⁰⁰⁾ K. GLOCKNER, *Badisches Verfassungsrecht. Mit Erläuterungen*, Karlsruhe 1905.

⁽¹⁰¹⁾ *Verpflichtender und vollziehender Polizeibefehl (Verwaltungsakt), Polizeiverordnung und —verfügung, Polizeistrafe, Polizeizwang*. L'ampia quarta parte dell'opera (325-475) è dedicata alla *Polizeiverordnung, Polizeiverwaltungsakte e verwaltungsgerichtliche Kontrolle* dovevano essere oggetto del secondo volume.

⁽¹⁰²⁾ HOLLERBACH (nt. 92), 293 s.

⁽¹⁰³⁾ K. BUCHNER, *Das Großherzogthum Hessen in seiner politischen und sozialen Entwicklung vom Herbst 1847 bis zum Herbst 1850*, Darmstadt 1850.

⁽¹⁰⁴⁾ TH. KLEIN, in DVG, II, 659 ss., documentato in F.A. KÜCHLER, *Handbuch der Lokal-Staatsverwaltung im Großherzogthum Hessen*, Heidelberg 1854; 2^a ed. 1866.

partire dal 1874, riforme amministrative di tendenza liberale ⁽¹⁰⁵⁾. Per la prima volta fu creato un ministero generale, venne introdotta la giurisdizione amministrativa ⁽¹⁰⁶⁾, furono eliminati organi non più funzionali come il Consiglio di Stato e la Corte del contenzioso amministrativo (1875). Inoltre vennero formate nuove strutture organizzative per i ministeri e per altre autorità centrali, e nel 1874 fu varato un nuovo ordinamento distrettuale e provinciale come pure un nuovo ordinamento delle città e delle comunità territoriali ⁽¹⁰⁷⁾.

In misura proporzionale alle dimensioni del piccolo Stato, per gli scopi della prassi amministrativa bastavano dei manuali che raggruppavano in maniera chiara le normative vigenti. Tale era il manuale in due volumi di Wilhelm Zeller ⁽¹⁰⁸⁾, ma superiore a tutti gli altri era il testo in quattro volumi del direttore della provincia del granducato d'Assia, Friedrich KÜCHLER ⁽¹⁰⁹⁾. Quest'opera offriva tutto ciò di cui l'amministrazione aveva bisogno, inclusa la costituzione del *Reich*. Per diffondere le informazioni sui giudizi della Corte del contenzioso amministrativo e per altri particolari aspetti dell'amministrazione statale e comunale, a partire dal 1876 e fino alla prima guerra mondiale venne pubblicata una specifica rivista ⁽¹¹⁰⁾.

Nelle lezioni dell'università di Gießen e come oggetto di trattazione scientifica il diritto pubblico dell'Assia-Darmstadt ha avuto un ruolo davvero marginale. È stato oggetto di specifica trattazione tre volte, una di seguito all'altra, solo in raccolte con pretese di

⁽¹⁰⁵⁾ HUBER, IV (1969), 418 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ *Gesetz betr. die innere Verwaltung und Vertretung der Kreise und Provinzen v. 12.6.1874 (Kreisordnung)*, Art. 48-73, 98-113; *Gesetz über den Verwaltungsgerichtshof vom 11.1.1875 und vom 16.4.1879*. Cfr. W. RÜFNER, in DVG, III, 926-928; J. WEITZEL, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen*, in DVBI, 1975, 869-873.

⁽¹⁰⁷⁾ TH. KLEIN, in DVG, III, 798-805.

⁽¹⁰⁸⁾ W. ZELLER, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung im Großherzogtum Hessen*, 2 voll., Darmstadt 1885-86 e suppl. I, 1893.

⁽¹⁰⁹⁾ F.A. KÜCHLER (nt. 104), su di lui cfr. cap. 4, nt. 152; molto più completa è la raccolta di suo fratello minore F. KÜCHLER, *Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Hessen*, 3^a ed. a cura di A.E. Braun e A.K. Weber, 4 voll. e suppl. I, Darmstadt 1894-96.

⁽¹¹⁰⁾ «*Zeitschrift für Staats- und Gemeindeverwaltung im Großherzogtum Hessen*», a cura di J. Diemer, Mainz 1876-1915/16.

completezza, quali erano quelle curate da Karl Gareis ⁽¹¹¹⁾ e da Konrad Cosack ⁽¹¹²⁾, o la raccolta stilata poco prima della guerra mondiale da Wilhelm van Calker ⁽¹¹³⁾.

Anche in questi casi la struttura del testo corrispondeva allo schema secondo cui la storia costituzionale fungeva da introduzione al diritto pubblico, da questa poi si introducevano i temi del territorio statale e della popolazione per arrivare a un esame della condizione costituzionale stabilita dopo il 1848. Seguivano, in maniera corrispondente al dualismo della monarchia costituzionale, l'esame del monarca e dei suoi diritti, della sua « casa », dei suoi « assistenti » e dell'esecutivo, per poi discutere, come contrappeso, della rappresentanza popolare ⁽¹¹⁴⁾. Una seconda parte era dedicata agli elementi fondamentali dell'amministrazione statale secondo il principio dell'articolazione per materie. Minime differenze, come conferma l'esempio prussiano, si riscontravano a proposito del riconoscimento e della sistemazione dei diritti pubblici soggettivi oppure riguardo l'accentuazione dell'autonomia amministrativa o della giurisdizione amministrativa. Anche se in tali opere la sovranità popolare non poteva certo essere messa al posto del principio monarchico, né il parlamento venire collocato al vertice del sistema, minimi segnali si potevano intuire in alcuni casi, come per esempio la collocazione dell'esame dei « diritti fondamentali » nella sezione « popolo dello Stato » e dunque *prima* della sezione dedicata al monarca. A parte questo non si trattava certo di libri « politici », ma di inventari positivistici ricchi di materiale sul patrimonio giuridico statale che tra il 1850 ed il 1914 si trovò in una condizione di relativa calma, ma che a partire dal 1866 fu spinto sempre più ai margini dal diritto costituzionale e amministrativo del *Reich*.

⁽¹¹¹⁾ K. GAREIS, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen*, Freiburg-Leipzig 1884.

⁽¹¹²⁾ K. COSACK, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen*, Freiburg-Leipzig 1894.

⁽¹¹³⁾ W. VAN CALKER, *Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen*, Tübingen 1913.

⁽¹¹⁴⁾ In altra direzione COSACK (nt. 112), che tratta il capo dello Stato, i suoi membri e il territorio, infine gli organi e le loro procedure (compresa la giustizia e la giurisdizione amministrativa), il servizio di Stato, la legge, i decreti, la necessità dell'amministrazione, l'espropriazione, l'apparato delle finanze, l'auto-amministrazione e il diritto amministrativo materiale.

5. Prussia.

Alla luce del fatto che la Prussia, con la costituzione ottriata del 5 dicembre 1848 ⁽¹¹⁵⁾, era diventata uno « Stato costituzionale », il ritorno all'epoca della « reazione » avvenne in maniera meno rapida. Il *Dreiklassenwahlrecht* fu introdotto con una sorta di colpo di Stato ⁽¹¹⁶⁾, e la costituzione fu « riletta » nell'ottica del principio monarchico ⁽¹¹⁷⁾. Questa revisione riposava su un compromesso, negoziato in parlamento: la Prussia rimaneva uno Stato costituzionale, con una costituzione adeguata agli standard ormai diffusi e che comprendeva anche una parte sui diritti fondamentali ⁽¹¹⁸⁾, ma tutto questo nell'insieme di una monarchia costituzionale conservatrice. La borghesia, scoraggiata com'era, accettò la repressione politica di tutte le forze più a sinistra del centro, la riduzione delle libertà di opinione, di stampa e di ricerca, il controllo politico dell'istruzione e dell'autonomia amministrativa, come pure la forte accentuazione del ruolo dell'esercito e della nobiltà ⁽¹¹⁹⁾. Nel decennio che va dal 1849 al 1858 la Prussia si stabilizzò ancora una volta come uno Stato costituzionale con un minimo di separazione dei poteri e di garanzia giuridica. La sua prassi amministrativa era ordinata, ma quella costituzionale era « reazionaria »: ⁽¹²⁰⁾ dal condizionamento del voto alla politica di riorientamento in senso conservatore dei funzionari ⁽¹²¹⁾ e della magistra-

⁽¹¹⁵⁾ HUBER, *Dokumente*, 1, nr. 188; S. BÖHR, *Die Verfassungsarbeit der preußischen Nationalversammlung 1848*, 1992.

⁽¹¹⁶⁾ HUBER, *Dokumente* 1, nr. 193.

⁽¹¹⁷⁾ Costituzione del 31 gennaio 1850, PrGS 1850, 17 ss (HUBER, *Dokumente*, 1, nr. 194).

⁽¹¹⁸⁾ M. KOTULLA, *Die Tragweite der Grundrechte der revidierten preußischen Verfassung vom 31.1.1850*, 1992. Un'espressione rappresentativa « della questione prussiana » è nel saggio omonimo di Lorenz von Stein (1852), a cura di W. Keiper, con una postfazione di C. Schmitt, 1940.

⁽¹¹⁹⁾ Sulla primazia della cerchia attorno a Stahl e ai fratelli Gerlach cfr. W. FÜBL, *Professor in der Politik: Friedrich Julius Stahl (1802-1861): das monarchische Prinzip und seine Umsetzung in die parlamentarische Praxis*, 1988.

⁽¹²⁰⁾ NIPPERDEY, 681.

⁽¹²¹⁾ H.-J. REJEWSKI, *Die Pflicht zur politischen Treue im preußischen Beamtenrecht (1850-1918)*, 1973.

tura ⁽¹²²⁾, fino alla creazione di una polizia politica che adesso poteva nuovamente applicare le pratiche già sperimentate dopo il 1819 contro tutto ciò che potesse risultare pericoloso per il sistema ⁽¹²³⁾. Solo a partire dal 1858, al sorgere della cosiddetta « nuova era », gli accenti si spostarono in direzione delle riforme e dell'apertura politica ⁽¹²⁴⁾. I conservatori subirono una terribile sconfitta nella camera bassa (l'*Abgeordnetenhaus* prussiano), e il governo virò in direzione liberale, anche se la questione della riforma dell'esercito presto aprì un conflitto costituzionale che fece ombra su tutto il resto.

La letteratura sul diritto costituzionale e amministrativo in Prussia si trovava, in seguito alla rivoluzione del 1848, in balia della politica costituzionale e delle dinamiche determinate dalla politica estera. All'inizio l'attenzione era rivolta alla questione costituzionale e al diritto di voto ⁽¹²⁵⁾. Questa forma di costituzionalismo, tuttavia, non cambiò nulla nella ripartizione effettiva del peso dei diversi attori politici; al contrario, i diritti dalla corona non solo restarono intatti ma vennero addirittura irrobustiti, in particolare attraverso l'ulteriore rafforzamento del potere della nobiltà nella camera alta dopo la sua riorganizzazione del 1854 ⁽¹²⁶⁾.

Questi passaggi di politica costituzionale si erano appena svolti quando il famoso e ancora oggi discusso « conflitto costituziona-

⁽¹²²⁾ TH. ORMOND, *Richterwürde und Regierungstreue*, tesi, Frankfurt 1992.

⁽¹²³⁾ H. PUSCHNUS, *Karl Ludwig Friedrich von Hinkeldey — Ein umstrittener preußischer Polizeipräsident*, in DÖV, 1981, 568-573; A. FUNK, *Polizei und Rechtsstaat: die Entwicklung des staatlichen Gewaltmonopols in Preußen 1848-1914*, 1986.

⁽¹²⁴⁾ L. HAUPTS, *Die liberale Regierung in Preußen in der Zeit der „neuen Ära“*. Zur Geschichte des preußischen Konstitutionalismus, in HZ, 227 (1978), 45-85; NIPPERDEY, 697 ss.

⁽¹²⁵⁾ L. v. RÖNNE, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, Berlin 1850; 2^a ed. con aggiunte, Berlin 1852; 3^a ed. Berlin 1859; H. GRÄFF, *Die Verfassungs-Urkunde des preußischen Staats mit den sie erläuternden und ergänzenden Gesetzen sowie erläuternden Bemerkungen*, 2^a ed. Breslau 1857; 3^a ed. 1859; J. MAIBEN, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, nebst den Verfassungs-Änderungsgesetzen etc.*, Köln 1863; G.A. ARNDT, *Die Verfassungs-Urkunde*, Berlin-Leipzig 1886, 7^a ed. Berlin 1911; K. BINDING, *Die Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat*, Leipzig 1893; E. SCHWARTZ, *Die Verfassungs-Urkunde*, Breslau 1896, 2^a ed. Breslau-Halle 1898.

⁽¹²⁶⁾ G. GRÜNTAL, *Parlamentarismus in Preußen, 1848-49 — 1857-58. Preußischer Konstitutionalismus — Parlament und Regierung in der Reaktionsära*, 1982.

le »⁽¹²⁷⁾ catturò l'attenzione generale. Coinvolta nel vortice degli accadimenti bellici e di politica estera intorno all'anno 1866, la dottrina del diritto pubblico veniva chiamata a un'elaborazione teorica. Autori quali Heinrich Zöpfl e Heinrich Albert Zachariä, in un certo senso gli ultimi contrafforti della tradizione dei « pubblicisti imperiali » che veniva da Klüber, con la fine della Confederazione germanica si trovarono in una crisi di orientamento⁽¹²⁸⁾. Con la pubblicazione delle prime raccolte di materiale e dei commentari alla costituzione della Confederazione germanica del Nord⁽¹²⁹⁾, il diritto pubblico prussiano, sostanzialmente invariato, venne messo in secondo piano. Ciò avvenne in misura ancor più accentuata dopo la fondazione del *Reich*. Parallelamente alla estensione delle competenze del *Reich* e della sua amministrazione, si dissolse l'attenzione per il « diritto pubblico prussiano » quale oggetto specifico di interesse scientifico e di corsi universitari; fatto incredibile, se si considera che proprio negli anni dopo il 1871 fu possibile introdurre importanti riforme interne⁽¹³⁰⁾. Nel 1898 Philipp Zorn riteneva di dover ammettere con una certa vergogna che: « la scienza del diritto pubblico prussiano si trovava e si trova oggi in una condizione deplorabile »⁽¹³¹⁾, e questo non tanto in considerazione della produzione dottrinale ma quanto all'attività accademica e al paragone con il diritto privato.

Le turbolenze politico-costituzionali si rivelarono sfavorevoli

⁽¹²⁷⁾ W. BECKER, *Die angebliche Lücke der Gesetzgebung im preußischen Verfassungskonflikt*, in « Hist. Jahrb. », 100 (1980) 257-285; D. SCHEFOLD, *Verfassung als Kompromiß? Deutung und Bedeutung des preußischen Verfassungskonflikts*, in ZNR, 1981, 137-157; H.-CH. KRAUS, *Ursprung und Genese der Lückentheorie im preußischen Verfassungskonflikt*, in « Der Staat », 1990, 209-234.

⁽¹²⁸⁾ H. SCHULZE, *Die Krisis des deutschen Staatsrechts im Jahre 1866*, Leipzig 1867.

⁽¹²⁹⁾ K. HIERSEMENZEL, *Die Verfassung des Norddeutschen Bundes*, vol. I, Berlin 1867, vol. II e III (*Das Verfassungs- und Verwaltungs-Recht des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zoll- und Handels-Vereins*), Berlin 1868-70; F. v. MARTITZ, *Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Leipzig 1868; G. MEYER, *Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts*, Leipzig 1868; C.F. v. GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, 2^a e 3^a ed. 1869, 1880, Beilage IV; F. THUDICHUM, *Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zoll- und Handelsvereins*, 2 voll, Tübingen 1869-70.

⁽¹³⁰⁾ Dettagliato HUBER, IV (1969), 351 ss.

⁽¹³¹⁾ Prefazione alla 5^a ed. di RÖNNE, VI.

alla trattazione scientifica del diritto pubblico non solo nelle regioni centrali della Prussia ma anche, e soprattutto negli anni tra il 1848 e il 1866, nell'Hannover e nello Schleswig-Holstein. Lo sviluppo giuridico-costituzionale di questi *Länder* era molto diverso rispetto ad altri territori. L'Hannover, sotto la guida del re Giorgio V (1851-1866), si indirizzò nuovamente verso una rotta conservatrice, annullando nel 1855 le concessioni del 1848 ⁽¹³²⁾. Stretto tra le Prussia e l'Austria, l'Hannover tentò invano di evitare il conflitto nel 1866 ⁽¹³³⁾, e a partire dal 20 settembre di quell'anno diventò una provincia prussiana.

La storia dello Schleswig e dell'Holstein tra il 1848 e il 1866 invece non è quella di un territorio chiuso, ma è quella di un pomo della discordia tra Danimarca, Confederazione germanica, Prussia e Austria. Nel momento in cui la disputa culminò nella guerra tedesco-danese e Schleswig, Holstein e Lauenburg andarono alla Prussia e all'Austria con la pace di Vienna, il successivo conflitto che ne seguì tra Prussia e Austria era ormai scritto ⁽¹³⁴⁾. Il trattato di Gastein del 1865 non fu altro che una tregua.

In queste condizioni non ci si poteva attendere una letteratura di diritto pubblico autonoma, lontana dalla pubblicistica quotidiana. La panoramica contemporanea mostra ovunque posizioni teoriche battagliere ⁽¹³⁵⁾.

Torniamo, dopo questo sguardo ai *Länder* che nel 1866 divennero province prussiane, alla vecchia Prussia. Anche lì la letteratura di diritto pubblico negli anni dopo il 1848-50 riparte con grande

⁽¹³²⁾ H. A. OPPERMAN, *Zur Geschichte des Königreichs Hannover von 1832-1860*, 2 voll. Leipzig 1860-1862, 2^a ed. 3 voll. Berlin 1868.

⁽¹³³⁾ Sui dettagli vedi E. v. MEIER, *Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 1680-1866*, vol. 1: *Die Verfassungsgeschichte*, vol. 2: *Die Verwaltungsgeschichte*, Leipzig 1898-1899 (ristampa 1973) e come trattazione moderna TH. KLEIN, *Königreich Hannover*, in DVG, II (1983), 678-715 con ulter. letteratura.

⁽¹³⁴⁾ HUBER, III (1963) 510 ss.; W. STEINIGER, in DVG, II, 1983, 762-784.

⁽¹³⁵⁾ H. RATJEN, *Zur Kenntniß der politischen Literatur in Beziehung auf die Herzogthümer Schleswig und Holstein in ihrem Verhältniß zu einander und zu Dänemark*, in « Aegidis Zeitschrift », I (1867), 485-515.

incertezza. Escludendo l'opera minore del 1854 ⁽¹³⁶⁾, che abbiamo già ricordato, il primo commento alla costituzione veramente completo e dotato di una sinossi di tutto il materiale ⁽¹³⁷⁾, nonché la prima grande esposizione del diritto pubblico costituzionale prussiano, furono redatti da Ludwig von Rönne, allora importante figura della politica interna quale membro liberale della camera bassa prussiana ⁽¹³⁸⁾. Il suo *Staatsrecht der Preußischen Monarchie* (1856) ⁽¹³⁹⁾ divenne il punto di riferimento della maggioranza liberale dell'*Abgeordnetenhaus* prussiano durante il conflitto costituzionale, mentre l'opposizione definiva la costituzione stessa come « un prodotto della scarsa chiarezza e dell'inesperienza liberale, [...] cui sono state apportate correzioni in parte intelligenti e in parte poco chiare dal Ministero Manteuffel », e di conseguenza criticava anche la linea liberale di Rönne nell'interpretazione della costituzione ⁽¹⁴⁰⁾. Il valore dell'opera risiedeva in primo luogo nella partico-

⁽¹³⁶⁾ H.F. JACOBSON, *Der Preußische Staat. Eine übersichtliche Darstellung seiner Bildungsgeschichte, seiner Gesetzgebung, Verfassung und Verwaltung*, Leipzig 1854; cfr. *supra* cap. 4, nt. 308.

⁽¹³⁷⁾ L. v. RÖNNE, *Kritische Bemerkungen über den Entwurf des Verfassungsgesetzes für den preußischen Staat*, Berlin 1848; Id., *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850*, Berlin 1850. Cfr. anche J. SEITZ, *Entstehung und Entwicklung der Preußischen Verfassungsurkunde im Jahr 1848 (Mit dem bisher ungedruckten Urentwurf)*, Greifswald 1909.

⁽¹³⁸⁾ Sulla biografia cfr. *supra*, cap. 4, nt. 311.

⁽¹³⁹⁾ In 2 parti, 1856; 2ª ed. Leipzig 1864; 4ª ed. 1881-85 (4 voll., incompleta, ma completata da P. Schoen, *Das Recht der Kommunalverbände in Preußen*, Leipzig 1897; 5ª ed. rielaborata da Ph. Zorn, I-III, Leipzig 1899, 1906, 1915; il diritto pubblico ecclesiastico nel secondo vol. è rielaborato dall'allievo di Zorn, F. Giese, che dal 1914 era docente a Francoforte sul Meno. Su di lui STOLLEIS, in B. DIESTELKAMP-M. STOLLEIS (a cura di), *Juristen an der Universität Frankfurt am Main*, 1989, 117-127.

⁽¹⁴⁰⁾ Così l'anonimo E.A. CHR. (= v. STOCKMAR) in « *Aegidis Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte* », I (1867), 179-243, 477-484. Sullo sfondo di questa diatriba vi è il conflitto costituzionale, in cui Stockmar, seppur liberale, si schiera dalla parte del potere monarchico. Temi centrali sono l'obbligatorietà delle leggi contrarie alla costituzione, affermata da Stockmar, la possibilità di modifiche unilaterali alla costituzione da parte del sovrano, il rapporto tra legge e regolamenti e il ruolo dei decreti d'urgenza sulla vigenza della legge. In senso liberale invece R. JOHN, op. cit., 244-274. Su Stockmar (1823-1886) cfr. anche la dettagliata presentazione di K.F.F. SAMWER, in ADB, 36 (1893) 305-315. Sulla sua differenziazione tra concetto di legge formale e materiale cfr. cap. 8, nt. 339 ss.

larità che caratterizzava la collaborazione di Rönne con Heinrich Simon ⁽¹⁴¹⁾, ossia l'incredibile padronanza del dettaglio giuridico, il cui gusto antiquario si associava alla cesellatura delle note a piè di pagina. Inoltre l'opera di Rönne rimase, in campo politico-costituzionale, il testo di riferimento del costituzionalismo liberale ⁽¹⁴²⁾, in quanto risolveva le questioni dubbie secondo lo spirito del movimento costituzionale, e in quanto affermava, al contrario di Bismarck, che le funzioni statali necessitavano di un bilancio approvato dalla camera bassa che, se non approvato a causa del dissenso politico, non poteva venire sostituito dal potere monarchico ⁽¹⁴³⁾.

Chiaramente, anche il monarchico Philipp Zorn criticava Rönne di non essere giunto « alla piena comprensione della riflessione sullo Stato monarchico », mentre Zorn stesso, nella quinta edizione della sua opera (1899), dove era possibile, adottava una visione del diritto pubblico favorevole al potere monarchico, incensando gli Hohenzollern come « il più famoso casato sulla terra ». Di conseguenza Zorn non prende in considerazione i passi di Rönne dedicati al parlamento, contesta il più possibile il carattere giuridico dei « diritti fondamentali » ⁽¹⁴⁴⁾, e nella definizione della struttura della sua opera sposta il diritto di cittadinanza sullo sfondo, per poter così incominciare la trattazione del diritto costituzionale con « il sovrano » ⁽¹⁴⁵⁾.

I libri di testo e i manuali di diritto pubblico prussiano comparsi in seguito alla fondazione del *Reich* ⁽¹⁴⁶⁾ erano tenuti a svolgere

⁽¹⁴¹⁾ Cap. 4, nt. 299, 300.

⁽¹⁴²⁾ M. SCHROTH, *Welt- und Staatsideen des deutschen Liberalismus 1859-66*, 1931 (*Hist. Studien*, 201).

⁽¹⁴³⁾ Cfr. *supra*, nt. 127.

⁽¹⁴⁴⁾ RÖNNE-ZORN (nt. 139), I, 1899, 150, con rinvii a Gerber, Laband, Seydel e Bornhak.

⁽¹⁴⁵⁾ C. Bornhak parla di una « figura camaleontica », *Preußisches Staatsrecht*, 2^a ed., Breslau 1911, vol. I, 122, e continua: « Il vecchio Rönne era di scarso peso scientifico, ma affidabile: il nuovo ha conquistato peso scientifico, ma perso l'affidabilità ».

⁽¹⁴⁶⁾ H. SCHULZE, *Das Preußische Staatsrecht. Auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt*, 2 voll., Leipzig 1872-1877 (trad. it. *Il diritto politico della Prussia. Esposto in base al diritto politico tedesco*, versione dal tedesco per opera di Achille Gennari, Milano 1875); 2^a ed. 2 voll. Leipzig 1888-1890; ID., *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen*, Freiburg-Tübingen, 1884, rielaborata da K. FRHR. v. STENGEL, *Das*

compiti ben precisi. Essi dovevano presentare il diritto pubblico del più grande degli Stati tedeschi nelle sue sfumature storiche e nei suoi ordinamenti giuridici particolari, prestando particolare attenzione allo stretto intreccio con il *Reich*, che di fatto portò a una graduale perdita di significato del diritto pubblico prussiano. Ciò appariva ancora più evidente nell'ambito del diritto amministrativo. Qui avveniva una tale compenetrazione con il diritto del *Reich* « che una esposizione del diritto amministrativo prussiano non è possibile senza il costante riferimento al diritto del *Reich* »⁽¹⁴⁷⁾. I testi iniziavano dunque praticamente sempre con un'introduzione storica dedicata alla « genesi della giuspubblicistica in Prussia »⁽¹⁴⁸⁾, descrivendo poi l'espansione della marca del Brandeburgo fino al margraviato (1415-1640) e al Brandeburgo-Prussia assolutista (1640-1806), e continuavano passando per il *Vormärz* e per la Prussia costituzionale fino a giungere alla situazione contemporanea.

Il diritto pubblico vigente era presentato secondo la classica divisione tra « diritto costituzionale » (struttura giuridica dell'organismo statale) e « diritto di governo » (sulle funzioni dei poteri dello Stato), anche se bisognava fare continuamente riferimenti trasversali al diritto del *Reich*. Più esteso si faceva il diritto amministrativo più appariva necessario liberare il « diritto costituzionale prussiano » da questo tema e tentarne una trattazione separata. Questa separazione si realizzò nei decenni antecedenti l'inizio del nuovo secolo, riflettendosi in più manuali, presentazioni enciclopediche, schemi e dizionari, prova affidabile del fatto che al contrario di quanto avveniva negli Stati minori del *Reich* la Prussia aveva un bisogno straordinariamente elevato di mezzi di istruzione e di informazione come questi.

Tra le esposizioni del diritto pubblico prussiano spicca per il suo equilibrio e per l'approfondimento teorico quella di Hermann

Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg-Tübingen, 1894; C. BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, 3 voll., Freiburg 1888-1890 (2^a ed. Breslau 1912); F. STIER-SOMLO, *Preußisches Staatsrecht*, in due parti, Berlin-Leipzig 1906 (2^a ed. con aggiornamenti sui nuovi principi giuridici costituzionali, 192), un compendio con scarsissimi riferimenti inserito nella « Collana Göschen ».

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. STENGEL (nt. 146), 34.

⁽¹⁴⁸⁾ SCHULZE, *Das Preußische Staatsrecht* (nt. 146), prima ed., I, 23 ss.; BORNHAK (nt. 146), vol. I, I; cfr. STENGEL (nt. 146), §§ 1-10.

Schulze (1824-1888) ⁽¹⁴⁹⁾. Essa si distingue dall'asciutto positivismo di Rönne per la rinuncia a presentare, magari con gusto antiquario, una massa di materiale di diritto positivo, e per la posizione metodologica di mediazione di Schulze, che accetta il « metodo giuridico » applicandolo però a un « organismo diventato storico ». Per Schulze la ricostruzione storica, con le sue generali considerazioni politiche, e la trattazione giuridica, non rappresentano poli antitetici. La sua teoria dello scopo dello Stato, modellata in maniera tradizionale, cerca di mantenere l'equilibrio tra « Stato di diritto e *Kulturstaat* ». La netta demarcazione proposta da Laband non lo convinceva, come sarà confermato dal successivo *Deutsche Staatsrecht*. Schulze era un mediatore « liberal-conservatore » anche in senso politico (come appartenente al *Freikonservative Partei*). La sua speranza era che « i sani elementi conservatori della nostra vita all'interno dello Stato e le legittime rivendicazioni liberali del presente, possano darsi la mano in segno di conciliazione al servizio dell'idea nazionale » ⁽¹⁵⁰⁾.

Il *Preußisches Staatsrecht* di Schulze del 1872-77 ⁽¹⁵¹⁾ ha come sottotitolo « Sui fondamenti del diritto pubblico tedesco », per cui si comprende l'affermazione « lo Stato prussiano viene qui esaminato come lo Stato tedesco del presente » ⁽¹⁵²⁾. La Prussia non godeva quindi solo di una preponderanza naturale, ma veniva anche concepita in un certo senso come modello metodologico. Ciò condusse, da una parte, a riconoscere una certa priorità alle istituzioni statali burocratiche. Il diritto costituzionale partiva ovviamente dal potere monarchico, accompagnato dalla struttura delle autorità amministrative e degli uffici. Seguivano poi coloro che erano oggetto dell'autorità, denominati adesso cittadini e titolari di uno sviluppato catalogo di diritti fondamentali. A questi seguivano gli enti collettivi, soprattutto i comuni. Solo al terzo posto compariva la « rappresen-

⁽¹⁴⁹⁾ Vedi sotto, cap. 8, nt. 51. Sulla biografia E. LANDSBERG, in ADB, 33 (1891) 1-3, che segnala anche che *Das Preußische Staatsrecht* è stato tradotto in italiano e in giapponese.

⁽¹⁵⁰⁾ SCHULZE (nt. 146) I, 130.

⁽¹⁵¹⁾ Nonostante la data di pubblicazione del primo vol. della prima ed. (1872), la trattazione del diritto pubblico non arriva alla Confederazione germanica del Nord.

⁽¹⁵²⁾ SCHULZE (nt. 146) I, 5.

tanza popolare » e il suo ruolo nella legislazione. Qui Schulze manovrava in direzione di una vera « parlamentarizzazione » e di un superamento del tradizionale dualismo, sottolineando l'organica e sovrana personalità generale dello Stato e accentuando il principio di rappresentanza: « ciò che la rappresentanza popolare decide all'interno del circuito delle sue facoltà e in forma costituzionale, vale come espressione della volontà della nazione » (153). Da questa « suprema volontà generale dello Stato » articolata in forma di legge si ramificano infine gli « atti esecutivi » (giustizia e amministrazione della giustizia, come pure l'amministrazione in senso stretto, quest'ultima divisa ancora in amministrazione finanziaria e interna) e la garanzia giuridica (154). Il secondo volume dell'opera di Schulze (*Regierungsrecht*) contiene un esame delle strutture fondamentali dell'amministrazione, compresi i suoi retroscena storici (155), ma non i dettagli normativi.

Schulze successivamente, partendo da queste basi, nel manuale *Staatsrecht des Königreichs Preußen* curato da Marquardsen esporrà il diritto pubblico del regno di Prussia in forma compatta (156), in un testo che sarà poi ripreso e aggiornato da Karl von Stengel (1840-1930) (157) nel 1894 (158). Stengel anticipa l'esame della « rappresentanza popolare », collocata come contrappeso al potere monarchico, e solo dopo tratta delle autorità amministrative e dei funzionari, operando una modifica apparentemente minima e che invece nasconde un importante significato.

Il *Preußische Staatsrecht* in tre volumi di Conrad Bornhak (159)

(153) SCHULZE (nt. 146) II, 133.

(154) SCHULZE (nt. 146), II, §§ 272 ss.

(155) Cfr. *Geschichtliche Entwicklung des deutschen Finanzrechtes*, II, §§ 149 ss.

(156) H. SCHULZE, *Das Staatsrecht des Königreichs Preußen* (nt. 146).

(157) K. Frhr. V. Stengel, che aveva completato gli studi giuridici in Baviera, fu consigliere della dieta del *Land* in Alsazia dal 1871 al 1879, dal 1881 al 1890 professore di diritto amministrativo a Breslavia, dal 1890 a Würzburg, dal 1895 a Monaco. Cfr. « Wer ist's? », 9 (1928), 1520 s.; *Der Gr. Brockhaus*, 1934, vol. 18, 130 s. Un'autobiografia si trova in W. ZILS, *Geistiges und künstlerisches München in Selbstbiographien*, München 1913, 351. Vedi anche sotto, cap. 9, nt. 109.

(158) Cfr. *supra*, nt. 140.

(159) Bornhak nacque nel 1861 a Nordhausen, studiò tra il 1879 e il 1882 giurisprudenza a Berlino, conseguì il dottorato nel 1885 a Gottinga, si abilitò all'inse-

segue la struttura dell'opera di Hermann Schulze: un'introduzione storica, una breve esposizione delle dottrine generali del diritto pubblico, una diffusa trattazione del diritto costituzionale e amministrativo. Fra i due, in realtà, il diritto amministrativo è quello più estesamente trattato. Esso comprende tutte le materie (esteri, guerra, giustizia, interni, finanze, chiesa, istruzione), e Bornhak si vantava che la sua opera fosse il più importante e completo studio dedicato al diritto costituzionale e amministrativo dell'ultimo trentennio. Anche le parti storiche occupano un notevole spazio, essendosi Bornhak distinto come specialista della storia del diritto pubblico prussiano ⁽¹⁶⁰⁾. È però chiaro un netto abbassamento del livello rispetto a Schulze. Bornhak si sforza di essere « scientifico e divulgativo », mantenendo un tono generale convenzionale e autoritario. Bornhak non è mai veramente originale, rimanendo in realtà sempre molto vicino a Rudolf von Gneist, neppure nelle altre sue numerose opere; ⁽¹⁶¹⁾ nella sua vasta produzione egli esprime piuttosto il suo talento nel divulgare l'« opinione dominante » ⁽¹⁶²⁾.

Le trattazioni generali del diritto pubblico prussiano che abbiamo ricordato furono accompagnate dall'esame della costituzione nel momento in cui la Prussia diventò uno « Stato costituzionale ». Abbiamo già citato ⁽¹⁶³⁾ il commento di Rönne, apparso nella terza edizione del 1859. Nel clima conservatore dello Stato di Bismarck esso era considerato « superato », eppure proprio quell'opera offriva i più importanti materiali della revisione costituzionale del 1850. Ciò che dopo Rönne fu pubblicato in forma di piccole

gnamento universitario nel 1887 a Berlino e da allora lavorò nella prassi amministrativa e come professore straordinario fino al 1927 a Berlino. Nel 1933 dichiarò di « aver propugnato le idee del nazionalsocialismo prima che il nazionalsocialismo esistesse » (H. HEIBER, *Universität unterm Hakenkreuz*, 1991, 385). — Cfr. anche « Wer ist's? », 6 (1912), 164.

⁽¹⁶⁰⁾ C. BORNHAK, *Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts*, 3 voll., Berlin 1884-1886, recensito dettagliatamente da K. v. STENGEL, in *AöR*, 1 (1886), 232-243, 615-619; ID., *Preußische Staats- und Rechtsgeschichte*, Berlin 1903.

⁽¹⁶¹⁾ C. BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1896 (2^a ed. 1909); ID., *Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Leipzig 1906 (3^a ed. 1911).

⁽¹⁶²⁾ Ciò vale ancora di più per la breve trattazione di E. HUBRICH, *Preußisches Staatsrecht*, Hannover 1909.

⁽¹⁶³⁾ Cfr. *supra*, nt. 137.

edizioni e di brevi commentari ⁽¹⁶⁴⁾, risulta insignificante rispetto al brillante commento di Gerhard Anschütz ⁽¹⁶⁵⁾. Questo testo riesce finalmente a realizzare con « abbondanza di materiale e precisione dei dettagli » il tentativo di « presentare in modo completo il diritto costituzionale e amministrativo prussiano come si trova nella carta costituzionale » ⁽¹⁶⁶⁾. Anschütz mise qui in mostra per la prima volta le qualità che avrebbero reso famoso il suo commentario alla costituzione di Weimar: il talento nel dare informazioni precise, nel tracciare in maniera puntuale il dibattito dottrinale del tempo, la capacità di sviluppare degli argomenti a livello teorico giungendo a risultati vicini alla prassi, oltre a un distacco, condotto in maniera assolutamente consapevole, dal conservatorismo giuspubblicistico. Il pensiero di Anschütz era orientato verso lo Stato di diritto, nazional-liberale, e tuttavia egli era legato a un duplice vincolo: da una parte — per il credo metodologico del positivismo giuridico — alla visione di una chiara separazione tra argomento giuridico e opzioni politiche; dall'altra, alla fedeltà del commentatore verso il testo. La condizione costituzionale era stata essenzialmente fissata con l'atto costituzionale del 31 gennaio 1850, ed il commento di Anschütz non poteva essere più liberale di questa premessa. Fu possibile per Anschütz almeno ridurre la forte accentuazione del potere monarchico, espressa invece per esempio nel breve commentario di Arndt.

La panoramica sulla letteratura giuspubblicistica prussiana non sarebbe però completa se non si ricordasse un libro che si trovava praticamente in ogni ufficio, ossia l'*Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche* del « liberal-conservatore » e alto funzionario Robert Hue De Grais (1835-1922) ⁽¹⁶⁷⁾. Questo offriva una « presentazione progressiva e siste-

⁽¹⁶⁴⁾ SCHWARTZ (nt. 125); ARNDT (nt. 125).

⁽¹⁶⁵⁾ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, vol. I, Berlin 1912. Su di lui vedi sotto, cap. 8, nt. 228 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ Op. cit., Premessa.

⁽¹⁶⁷⁾ R. Graf Hue de Grais aveva studiato a Bonn e Halle, fu assessore governativo nel 1860 a Minden, poi a Coblenza, prese parte nel 1864 alla guerra tedesco-danese, fu nel 1867 a capo del distretto di Hildesheim, nel 1879 presidente di polizia a Stettino, nel 1881 consigliere al ministero degli interni prussiano, dal 1889 al 1890 presidente del

matica della condizione del nostro diritto pubblico e accanto a questa una ordinata classificazione di tutte le normative sparse in svariate raccolte ». L'utilità di questa esposizione completa e affidabile è dimostrata dalle continue nuove edizioni che essa ebbe: in tutto ventidue fino allo scoppio della prima guerra mondiale. Esse documentano « la continua espansione delle attività amministrative »⁽¹⁶⁸⁾ e dimostrano anche le rinomate qualità della amministrazione prussiana, che nel segno dello Stato di diritto avvertiva come propria imprescindibile « missione » la precisa osservanza e considerazione del diritto vigente.

Il manuale di Hue De Grais offre l'occasione per uno sguardo conclusivo sul diritto amministrativo prussiano. I libri di testo e i manuali apparsi in questo campo dopo il 1871 sono prodotti della prassi, secondo la tradizione. Essi non hanno veramente pretese scientifiche e sono intesi come sostegno all'attività amministrativa quotidiana. Il grande *Handbuch der Gesetzgebung in Preußen und dem Deutschen Reiche* curato da Hue de Grais conteneva il sempre più ampio materiale legislativo in edizioni commentate. Presto apparve ragionevole — secondo il modello francese — elaborare la materia in forma di lessico⁽¹⁶⁹⁾. I contemporanei tentativi in Sassonia e nel Württemberg e il *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts* di Karl von Stengel (1889-90) mostrano come la necessità pratica di simili ausili fosse cresciuto ovunque. L'instancabile Grotefend e altri scrissero sintetici compendi di diritto amministra-

governo di Potsdam, infine consigliere capo del governo (1908). Dal 1908 visse a Wolkramshausen (Thür.). — R. GRAF HUE DE GRAIS, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Berlin 1881 (22. ed. fino al 1914; 23-26. Ed. a cura di G. GRAF HUE DE GRAIS 1926-30; traduzione in giapponese 1890); ID., *Grundriß der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Berlin 1884 (11^a ed. 1914), un sommario divulgativo, come del resto *Staatsbürgerkunde. Führer durch das Rechts- und Wirtschaftsleben in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Berlin 1913.

⁽¹⁶⁸⁾ P. SCHIERA-R. GHERARDI, *Von der Verfassung zur Verwaltung: bürgerliche Staatswissenschaft in Deutschland und Italien nach der nationalen Einigung*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 129-146 (133).

⁽¹⁶⁹⁾ R. V. BITTER, *Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung*, Leipzig 1906; 2^a ed. in 2 voll., 1911; 3^a ed. completa e non riveduta in 2 voll., Berlin-Leipzig 1928, curata da B. Drews e F. Hoffmann.

tivo prussiano ⁽¹⁷⁰⁾, riprendendo la linea positivista, riassuntiva e ordinatrice di Rönne e Simon. Ciò significa che tali opere, seguendo la ripartizione per materie, elaborano il continuo flusso normativo rendendolo disponibile all'amministrazione. Questo procedimento risultava l'unico ragionevole a livello dei *Länder*, come dimostra del resto il successo del manuale di Hue de Grais. A livello locale si aveva bisogno, più che di una « parte generale », della conoscenza delle norme concrete, eventualmente nella forma di direttive amministrative.

Alla crescita del materiale in questo campo aveva contribuito a partire dal 1875 soprattutto la nuova giurisdizione amministrativa ⁽¹⁷¹⁾. L'*Oberverwaltungsgericht* acquistò presto una reputazione al di là dei confini prussiani, fornendo i più importanti contributi allo sviluppo di una riflessione giuridica complessiva e alla definizione di nuove figure dogmatiche ⁽¹⁷²⁾. Il primo autore a tracciare un bilancio di questa fase fu Gerhard Anschütz ⁽¹⁷³⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ G.A. GROTEFEND, *Lehrbuch des Preußischen Verwaltungsrechts*, in 2 parti, Berlin 1890-1892; R. ZELLE, *Handbuch des geltenden öffentlichen und Privatrechtes für das Gebiet des preußischen Landrechts*, Berlin 1888; 4^a ed. 189; 5^a ed. riveduta da R. Korn-G. Langerhans, Berlin 1904; K. PAREY, *Handbuch des Preußischen Verwaltungsrechts*, 2 voll., Berlin 1887; J. ILLING, *Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte*, 2^a ed. in 2 voll. Düsseldorf 1869-70; 10^a ed. in 4 voll. Berlin 1912-16; O. v. ARNSTEDT, *Das Preußische Polizeirecht*, 2 voll., Berlin 1907. Ulteriori testimonianze di diritto amministrativo prussiano in RÖNNE-ZORN (nt. 139), 5^a ed., I (1899), 182.

⁽¹⁷¹⁾ W. RÜFNER, *Verwaltungsrechtsschutz in Preußen von 1749 bis 1842*, 1962; Id., *Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in DVG, III, 909, 922 ss. con ulter. lett.; il lavoro più preciso è quello di U. STUMP, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1875-1914, Verfassung-Verfahren-Zuständigkeit*, 1980; R. GRAWERT, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in « Die Verwaltung », 1983, 66-80; S.F. PAULY, *Organisation, Geschichte und Praxis der Gesetzesauslegung des (Königlich) Preußischen Oberverwaltungsgerichtes 1875-1933*, 1987.

⁽¹⁷²⁾ L. FREGE, *Der Status des preußischen Oberverwaltungsgerichts und die Standhaftigkeit seiner Rechtsprechung auf politischem Gebiet*, in H.R. KÜLZ-R. NAUMANN (a cura di), *Staatsbürger und Staatsgewalt*, 1963; H. EGIDI, *Paul Persius, der Schöpfer der Preußischen Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in M. BARING (a cura di), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1963.

⁽¹⁷³⁾ G. ANSCHÜTZ, *Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in PrVerwBl, 22 (1900-01), 83-90; Id., *Die im Jahre 1897 veröffentlichte Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts*, in VerwArch, 6 (1898), 593-649.

A partire dal 1879 svolse un ruolo importante il nuovo « Preußisches Verwaltungsblatt », che già nel sottotitolo (*Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen*) si riferiva alla nuova giurisdizione, e che in seguito — curato dall'editore Oscar Binseel (1839-1905) — ⁽¹⁷⁴⁾ si sarebbe trasformato in una delle più importanti riviste amministrativistiche del *Reich* ⁽¹⁷⁵⁾. L'ampio e sempre più rilevante processo di « trasformazione scientifica » che abbiamo fin qui rilevato ⁽¹⁷⁶⁾ corrisponde alla linea di sviluppo generale.

Il quadro complessivo dell'amministrazione prussiana e del diritto amministrativo prussiano era profondamente mutato nel corso della seconda metà dell'Ottocento. La costituzione era ormai radicata, esistevano leggi a tutela dei diritti fondamentali, lo stile dell'amministrazione e l'etica dei funzionari erano considerati esemplari. In zone molto politicizzate — per esempio in Alsazia-Lorena, nei territori polacchi oppure nelle zone dove si assisteva alla repressione poliziesca dei socialisti — le garanzie non tennero, e l'*Oberverwaltungsgericht* non riuscì a (oppure non volle) opporre una qualche resistenza se non molto parzialmente ⁽¹⁷⁷⁾. Eppure la Prussia prima del 1914 era ancora uno Stato di diritto nelle premesse e nella realtà, soprattutto dal momento in cui era stata introdotta la giurisdizione amministrativa.

Per il resto la Prussia, a partire dal cambio di rotta nella politica interna del 1878, mostrava un forte aumento dell'attività amministrativa, una crescente incidenza del diritto amministrativo del *Reich*

⁽¹⁷⁴⁾ G. SCHMIDT, *Oscar Binseel (1839-1905), Gründungs herausgeber des "Preußischen-Deutschen Verwaltungsblattes"*, in DVBI, 100 (1985), 1344-1347. Binseel era stato borgomastro e consulente legale della Deutsche Bank a Berlino.

⁽¹⁷⁵⁾ C.H. ULE, *Vom Preußischen Verwaltungsblatt zum Deutschen Verwaltungsblatt. Zum 100. Jahrgang einer verwaltungsrechtlichen Zeitschrift*, in « Deutsches Verwaltungsblatt », 100 (1985), 9-21, e soprattutto R. MUEGNUG, *Das Preußische Verwaltungsblatt 1879-1913, eine wissenschaftliche Zeitschrift als Spiegel der Verfassungs- und Verwaltungswirklichkeit ihrer Zeit*, op. cit., 1333-1344.

⁽¹⁷⁶⁾ E.V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, 1989, 66.

⁽¹⁷⁷⁾ H.J. WICHARDT, *Die Rechtsprechung des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts zur Vereins- und Versammlungsfreiheit von 1875 bis 1914*, tesi, Kiel 1976.

e del *Land*, come pure un evidente aumento di importanza della disciplina giuridica della tecnica e delle innovazioni tecnologiche. Solo a partire dal passaggio al nuovo secolo la scienza giuridica accolse pienamente questi impulsi, introducendo l'insegnamento del diritto amministrativo territoriale nelle università e nei politecnici e iniziando a collegare il materiale giuridico territoriale con le nuove dottrine generali del diritto amministrativo.

6. *Austria-Ungheria.*

L'Austria-Ungheria, che era stata sconfitta militarmente nella rivoluzione del 1848 e che aveva sciolto il *Kremsierer Reichstag*, prima concesse una costituzione relativamente liberale, con il riconoscimento di un diritto di cittadinanza unitario e di garanzie di libertà e uguaglianza, per poi tornare all'assolutismo con il colpo di Stato del 31 dicembre 1851 e portando così avanti una « controrivoluzione statale »⁽¹⁷⁸⁾ che, di fatto, implicò alcuni effetti di modernizzazione, specialmente per quanto riguardava l'istruzione superiore (riforme di Thun-Hohenstein)⁽¹⁷⁹⁾. In questo modo le controforze nazionaliste che si opponevano a uno Stato multinazionale furono tenute a bada ancora per un po', ma i problemi alla lunga crebbero, e più in fretta di quanto il lento centralismo burocratico potesse assorbire⁽¹⁸⁰⁾. Durante la guerra con l'Italia del 1859 e con la sconfitta contro la Prussia, apparve chiaro che anche l'impalcatura militare non era più abbastanza forte da tenere insieme l'edificio dello Stato.

Dietro la spinta della situazione esterna e delle crescenti forze

⁽¹⁷⁸⁾ NIPPERDEY, 167.

⁽¹⁷⁹⁾ R. MEISTER, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Thun-Hohenstein*, Wien 1949; H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Thun-Hohenstein* (Österr. Ak. d. Wiss. Phil.-Hist. Kl., vol. 239), Wien 1962, 43 ss.; G. OBERKOFFER, *Die österreichische Juristentradition des Vormärz im Widerstreit mit den Reformen des Ministers Graf Thun*, in *Festschrift für E. Hellbling z. 80. Geb.*, 1981, 626 ss., e in G. OBERKOFER, *Studien zur Geschichte der österreichischen Rechtswissenschaft*, 1984, 121 ss. Su Thun cfr. S. FRANKFURTER, in ADB, 38 (1894), 178-212; A. ERLER, *Thun-Hohenstein*, in HRG, V, 33 (1991), 211-213; H.CH. KRAUS, *Leo Graf von Thun-Hohenstein (1811-1888)*, in « Criticón », 1991, 161-165 con ulter. letteratura.

⁽¹⁸⁰⁾ Soprattutto in K. MEGNER, *Beamte. Wirtschafts- und sozialgeschichtliche Aspekte des k. k. Beamtentums*, 2ª ed. non riveduta, Wien 1986.

centrifughe interne, il neoassolutismo si trasformò a partire dal 1860 in uno Stato costituzionale⁽¹⁸¹⁾, si istituì un vero e proprio parlamento con il cosiddetto *Verstärkte Reichsrat*, si superò con un compromesso la crisi ungherese del 1861 e infine, immediatamente dopo la sconfitta del 1866, si giunse mediante singole leggi a una costituzione (1867) che ancora una volta coprì unitariamente la statualità austro-ungherese, comunque ne si voglia intendere la costruzione secondo il diritto pubblico⁽¹⁸²⁾. Problematico fu poi anche l'ordinamento specifico di Boemia, Moravia, Galizia e Sud Tirolo⁽¹⁸³⁾.

Con la svolta verso il costituzionalismo, la garanzia dei diritti fondamentali tramite il *Reichsgericht* (1869), la giurisdizione amministrativa (1876), come pure l'apertura, seppur in grave ritardo, di nuove università sotto Metternich, emerse una forte necessità di aggiornare il dibattito sul diritto amministrativo. Già nel 1849 i professori viennesi avevano chiesto una cattedra per l'insegnamento del diritto amministrativo⁽¹⁸⁴⁾, per una materia quindi che fino ad allora non aveva alcun riconoscimento accademico. L'ordinamento universitario del 1850 introdusse nel piano di studi il diritto pubblico, che vi rimase però solo fino al 1852, ossia fino al ritorno dell'assolutismo⁽¹⁸⁵⁾. Da allora fu considerata di nuovo sufficiente la « legislazione austriaca amministrativa e di finanza » (*Österreichische Verwaltungs- und Finanz-Gesetzkunde*)⁽¹⁸⁶⁾, che non era però neppure materia obbligatoria. Solo a partire dal 1872 fu richiesta per la

(181) Attraverso il cosiddetto *Oktoberdiplom* del 20.10.1860, altrimenti detto « legge fondamentale dello Stato », cui seguì la *Februarpatent* del 26 febbraio 1861, o « costituzione del Reich ». Particolari in W. BRAUNEDER-F. LACHMEYER, *Österreichische Verfassungsgeschichte*, 5ª ed. Wien 1989, 137 ss., 141 ss.

(182) J. ULBRICH, *Lehrbuch des österreichischen Staatsrechtes*, Berlin-Wien 1883; Id., *Staatsrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie*, Freiburg-Tübingen 1884, 4ª ed. Tübingen 1909; qui citato seguendo la 3ª ed., Tübingen 1904, con ulter. letteratura.

(183) ULBRICH (nt. 182), 4ª ed. 1909, 55 s., 58 s., 59 s.

(184) OBERKOFER (nt. 179), 637.

(185) W. BRAUNEDER, *Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850-1914*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 249-283 (252).

(186) M. v. STUBENRAUCH, *Handbuch der österreichischen Verwaltungs-Gesetzkunde. Nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung*, 2 voll., Wien 1851-52, 2ª ed. 1855-56, 3ª ed. 1859-61. Cfr. *supra*, cap. 4, nt. 331.

discussione della tesi di laurea la conoscenza del « diritto pubblico generale austriaco » (ivi compreso il diritto amministrativo), che nel periodo successivo, specialmente a partire dall'ordinamento universitario del 1893 ⁽¹⁸⁷⁾, si impose gradualmente con l'insegnamento disgiunto del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione ⁽¹⁸⁸⁾.

Il piano di studi presso le università germanofone di Vienna, Graz, Innsbruck, Praga e Czernowitz (a partire dal 1875) ⁽¹⁸⁹⁾ mostra di essere strettamente collegato alla questione costituzionale. È solo a partire dalle riforme costituzionali del 1861-1867 che si afferma l'insegnamento del diritto pubblico. « Intorno al 1870 nacquero le prime cattedre di tutte le materie di diritto pubblico » ⁽¹⁹⁰⁾. Nel 1876 il Ministero della pubblica istruzione tentò invano di stimolare, tramite un concorso, una « presentazione sistematica del diritto pubblico vigente in Austria » ⁽¹⁹¹⁾. A partire dal 1884 circa non si può però non notare l'espansione delle facoltà giuridiche austriache. L'imposizione della forma dello Stato costituzionale e dello Stato di diritto, insieme all'istituzione della giurisdizione amministrativa, rappresentavano le forze trainanti di questo processo. Con il nuovo ordinamento degli studi del 1893, il diritto pubblico e i suoi esponenti (E. Bernatzik, F. Tezner, W. Lustkandl, A. Menzel tra gli altri) risultarono stabilmente insediati ⁽¹⁹²⁾.

Poco più tardi comparvero alcune trattazioni generali prodotte

⁽¹⁸⁷⁾ *Gesetz betr. die rechts- und staatswissenschaftlichen Studien und Staatsprüfungen*, RgBl 1893-68.

⁽¹⁸⁸⁾ BRAUNEDER (nt. 185), 254 s.

⁽¹⁸⁹⁾ F. KLEINWÄCHTER, *Die rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten in Oesterreich*, Wien 1876.

⁽¹⁹⁰⁾ BRAUNEDER (nt. 185), 265. Ivi, 266 ss., dettagli sulla questione dell'occupazione, in particolare sulla necessità della conoscenze del diritto territoriale e amministrativo. Su Graz in particolare cfr. R. WALTER, *Die Lehre des öffentlichen Rechts an der Karl-Franzens-Universität zu Graz von 1827-1938*, in «Juristische Blätter», 88 (1966), 549 ss.

⁽¹⁹¹⁾ BRAUNEDER (nt. 185), 254, 263, nt. 47.

⁽¹⁹²⁾ W. OGRIS, 1884-1984. *Einhundert Jahre Rechtswissenschaft im Hause am Ring*, *Schr. d. Universitätsarchivs*, 3 voll. Wien 1984.

da docenti universitari austriaci ⁽¹⁹³⁾. Tra queste emergono qualitativamente le opere di Josef Ulbrich (1843-1910) ⁽¹⁹⁴⁾. Nel suo testo sul diritto pubblico austro-ungherese ⁽¹⁹⁵⁾ egli riesce, pur in uno spazio ridotto, a trattare lo Stato austro-ungherese in generale, i singoli regni, le autorità centrali e il *Reichsrat*, e accanto a questi affronta la questione della condizione giuridica dei cittadini nei singoli territori, compreso il diritto di voto e le particolarità normative nazionali, e inoltre esamina le funzioni dello Stato (legislazione, amministrazione, giurisdizione), gli affari esteri, la « difesa » (*Wehrmacht*), il bilancio pubblico, il diritto ecclesiastico e l'ordinamento giudiziario. Poiché aveva diffusamente esposto il diritto amministrativo in un altro manuale ⁽¹⁹⁶⁾, all'interno del diritto pubblico Ulbrich si limita ad alcuni cenni alla polizia di sicurezza e di benessere.

Tipica per l'Austria di questi anni è la mancanza di una netta separazione tra il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione. Da una parte, fino agli anni settanta e ottanta sopravvisse, anche se scientificamente non soddisfacente, una conoscenza della normativa dell'amministrazione e delle finanze orientata alla pratica; dall'altra, la tradizione della scienza di polizia fu rafforzata come « scienza dell'amministrazione », soprattutto nella forma moderna

⁽¹⁹³⁾ L. GUMPLowicz, *Das österreichische Staatsrecht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht)*, Wien 1891; 2^a ed. 1902; 3^a ed. 1907; ID., *Einleitung in das Staatsrecht*, Berlin 1889 (2^a ed. con il titolo *Österreichische Reichsgeschichte*, Berlin 1896); F. HAUKE, *Grundriß des Verfassungsrechts*, Leipzig 1905; E. MAYERHOFER, *Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst bei den Landes-, Kreis- und Bezirksbehörden im Kaiserthum Österreich*, Wien 1855-56, con 6 ed. fino al 1914.

⁽¹⁹⁴⁾ J. Ulbrich, nato nel 1843 a Eger, conseguì il dottorato nel 1867, assunse nel 1879 la carica di professore straordinario e poi nel 1884 quella di ordinario presso l'università tedesca di Praga. Oltre alle opere citate nella nt. 182, cfr. soprattutto: *Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Rücksicht auf die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes in Österreich*, Prag 1875, *Die rechtliche Natur der österreichisch-ungarischen Monarchie*, Prag 1879. Cfr. W. BRAUNEDER (a cura di), *Juristen in Österreich, 1200-1980*, 1987, 140 s., 362 s., con ulter. letteratura.

⁽¹⁹⁵⁾ Cfr. *supra*, nt. 182.

⁽¹⁹⁶⁾ J. ULBRICH, *Grundzüge des österreichischen Verwaltungsrechts*, Prag-Leipzig 1884, più tardi *Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, Wien 1903-04.

conferitale da Lorenz von Stein ⁽¹⁹⁷⁾. Questa scienza dell'amministrazione includeva abitualmente il diritto amministrativo, come nel caso di Karl Theodor von Inama-Sternegg ⁽¹⁹⁸⁾ e Ludwig Gumpowicz ⁽¹⁹⁹⁾. Col tempo la tendenza alla separazione delle due discipline si fece sempre più forte, in particolare attraverso importanti monografie ⁽²⁰⁰⁾, fin quando anche in Austria la scienza dell'amministrazione fu degradata al rango di materia « complementare », non fondamentale.

Notevole risulta anche la vivacità delle riviste austriache sull'amministrazione e sul diritto amministrativo, sicuramente legata al graduale passaggio verso il costituzionalismo. Particolarmente operoso fu l'esperto di diritto civile Moritz von Stubenrauch (1811-1865) ⁽²⁰¹⁾ che già nel 1840-1849 pubblicava in Austria la « Zeitschrift für Rechts- und Staatswissenschaften » e che nel 1850 — contemporaneamente alla sua nomina a docente di diritto costituzionale e di legislazione amministrativa — fondò la « Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung », alla quale si aggiunse nel 1856 la « Österreichische Zeitschrift für innere Verwaltung ». Come spiegava nell'introduzione, egli sosteneva che « è importante una conoscenza di base delle vigenti norme amministrative, insieme a

⁽¹⁹⁷⁾ K. WENGER, *Lorenz von Stein und die Entwicklung der Verwaltungswissenschaft in Österreich*, in R. SCHNUR (a cura di), *Staat und Gesellschaft. Studien über Lorenz von Stein*, 1978, 479-501; ID., *Verwaltungslehre als wissenschaftliche Disziplin*, in K. WENGER-CH. BRÜNNER-P. OBERNDORFER (a cura di), *Grundriß der Verwaltungslehre*, 1983, 33 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ K.TH. V. INAMA-STERNEGG, *Verwaltungslehre in Umrissen*, Innsbruck 1870; ID., *Die Entwicklung der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts seit dem Tode von Lorenz von Stein*, in « Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung », 11 (1902), 137 ss. Sulla biografia BRAUNEDER (nt. 194) 272.

⁽¹⁹⁹⁾ L. GUMPLOWICZ, *Verwaltungslehre mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Verwaltungsrechts*, Innsbruck 1882.

⁽²⁰⁰⁾ F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, Wien 1888; K. V. LEMAYER, *Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, in « (Grünhuts) Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart », 22 (1895), 353-488; cfr. anche ULBRICH (nt. 194).

⁽²⁰¹⁾ Sulla sua vita, ricca di successi ma conclusa infelicitamente, cfr. WURZBACH, *Österreichisches Biographisches Lexikon*, XL (1880), 147; K.W, in ADB, 36 (1893), 709 s.

una comprensione scientifica dei suoi principi fondamentali » e che « comunicare questo concetto, permettendo così un'applicazione uniforme e coerente della legge, è scopo e compito di questa rivista » (202). Si trattava di una posizione che anche un conservatore anti-liberale come Stubenrauch poteva sostenere senza problemi.

L'anno successivo (1857) uscirono i primi numeri della « Gerichtshalle », in cui venivano pubblicate, tra le altre, le decisioni del contenzioso amministrativo. A partire dal 1874 fu pubblicata la « Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart », diffusa ben oltre i confini austriaci, edita da Carl Samuel Grünhut (1844-1929) (203), che però non si dedicò approfonditamente al diritto costituzionale e amministrativo fino al 1916 (204). Ciò fu forse dovuto anche al fatto che nel frattempo avevano visto la luce altri periodici specializzati, come la « Österreichische Zeitschrift für Verwaltung » (1868-1924), settimanale pubblicato dall'esperto di amministrazione Carl (v.) Jaeger (1836-1920), che intendeva diffondere e sostenere l'amministrazione nello Stato costituzionale come « applicazione del diritto pubblico » (205). Di vita breve fu invece il « Centralblatt für Verwaltungspraxis » (1885-1891), curato da Leo Geller (1844-1925) (206), che compariva come allegato allo « Österreichische Zentralblatt für die Juristische Praxis », cui fu incorporato dopo il 1891.

Ciò che mancava era invece una rivista scientificamente impegnata quali erano in Germania l'« Archiv des öffentlichen Rechts », il « Verwaltungsarchiv », oppure lo « Jahrbuch des öffentlichen Rechts ». Fu così che nel 1904 apparve il « Verwaltungsarchiv » austriaco (207), e dal 1914 fu pubblicata la « Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht » (208). In seguito al crollo della monarchia, nella speranza che l'Austria tedesca diventasse parte del

(202) *Ueber den Zweck und die Aufgabe dieser Blätter*, 1 (1856) 1.

(203) Brevi cenni nell' *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, vol. II (1959) 90 s.

(204) E. v. HEYEN (nt. 176), 60. Dettagli in BRAUNEDER (nt. 185), 276 s.

(205) Cfr. «Zur Einleitung», 2.1.1868, cit. in BRAUNEDER (nt. 185), 277.

(206) *Österreichisches Biographisches Lexikon 1815-1950*, vol. I (1957) 420.

(207) BRAUNEDER (nt. 185), 277.

(208) A cura di E. Bernatzik †, M. Hussarek, H. Lammasch †, A. Menzel.

Reich, questa fu ribattezzata semplicemente « Zeitschrift für öffentliches Recht ». Nonostante ciò, essa rimase una rivista austriaca a tutti gli effetti ⁽²⁰⁹⁾.

7. Sassonia.

Il regno di Sassonia, che in quanto Stato costituzionale aveva vissuto uno sviluppo tranquillo tra il 1831 ed il 1848, finì, come tutti gli altri Stati, nelle turbolenze della rivoluzione ⁽²¹⁰⁾. Visse un breve periodo di riforme, come pure una nuova ondata di rivolte nel maggio del 1849, che venne soffocata dall'esercito prussiano. La successiva imposizione delle forze conservatrici portò allo smantellamento delle conquiste politiche liberali ⁽²¹¹⁾. Nella cosiddetta « era Beust » (1850-1866) vennero concluse le riforme dell'ordinamento giudiziario ⁽²¹²⁾, del diritto penale e del diritto processuale penale (1855), nonché la codificazione del diritto civile (1865) ⁽²¹³⁾. Riguardo al diritto pubblico va menzionato in particolare l'ordinamento liberale del commercio e dell'industria del 1861 ⁽²¹⁴⁾.

Con vertici politici conservatori, un corpo di funzionari liberal-conservatore e una borghesia liberale, ma in un contesto industriale particolarmente avanzato, la Sassonia andava al fianco dell'Austria verso la sconfitta del 1866 ⁽²¹⁵⁾. La forma dello Stato rimaneva

⁽²⁰⁹⁾ A cura di E. Bernatzik †, M. Hussarek, H. Kelsen, H. Lammasch †, A. Menzel, vol. 1 (1919-20).

⁽²¹⁰⁾ R. WEBER, *Die Revolution in Sachsen 1848-49*, 1970; A. ZWAHR, *Zur Politik der Bourgeoisie in Sachsen von Februar bis September 1848*, in H. BLEIBER (a cura di), *Bourgeoisie und bürgerliche Umwälzung in Deutschland 1789-1871*, 1977.

⁽²¹¹⁾ K. BLASCHKE, *Das Königreich Sachsen 1815-1918*, in K. SCHWABE (a cura di), *Die Regierungen der deutschen Mittel- und Kleinstaaten 1815-1933*, 1983, 81-102; ID., in DVG, II, 1983, 635.

⁽²¹²⁾ Le autorità in prima istanza conservarono però la doppia competenza per la giustizia e per l'amministrazione fino al 1873.

⁽²¹³⁾ WIEACKER, 464 con ulteriore letteratura.

⁽²¹⁴⁾ Legge su commercio, industria e artigianato del 15.10.1861, GVBI 1861, 187. R. FORBERGER, *Die Industrielle Revolution in Sachsen, 1800-1861*, vol. I, 1982; H. KIESEWETTER, *Industrialisierung und Landwirtschaft. Sachsens Stellung im regionalen Industrialisierungsprozeß Deutschlands im 19. Jahrhundert*, 1988.

⁽²¹⁵⁾ H. KRETZSCHMAR, *Die Zeit König Johans von Sachsen 1854-1873. Mit Briefen und Dokumenten*, in *Berichte über die Verhandlungen der Sächs. Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Phil. Hist. Kl.* 105, 4 (1969); BLASCHKE, in DVG, III, 778 ss..

costituzionale, con una forte preponderanza del potere monarchico (216). La camera bassa nel 1868 ottenne un diritto di voto un po' più democratico, ma comunque molto più arretrato rispetto a quello della Confederazione germanica del Nord, e che nel periodo dal 1896 al 1909 fu addirittura ancora una volta ridotto al *Dreiklassenwahlrecht* (217). A partire dal 1866 gli affari militari ed esteri persero importanza; la politica interna e l'amministrazione passarono in primo piano, fu avviata una riforma dell'amministrazione (218), e nel 1871 si concluse il processo di modernizzazione generale e di adeguamento al diritto del *Reich* (219). Nel 1878 venne infine rimosso, con le *Schönburgische Herrschaften*, l'ultimo relitto dell'*ancien régime* (220). Anche l'università di Lipsia, già ben sviluppata prima del 1848 (Puchta 1837, Albrecht 1840, Mommsen 1848), nella seconda metà del secolo acquistò una notevole forza di attrazione (Wächter 1852, Gerber 1863, Windscheid 1874) e negli anni ottanta superò Berlino per numero di studenti iscritti alla facoltà di giurisprudenza.

Sorpriendente, e ai nostri fini particolarmente importante, risulta la tardiva istituzione della giurisdizione amministrativa, avvenuta solo nel 1900 (221). Gli impulsi esercitati dalla giurisprudenza del-

(216) J.H. BESCHORNER, *Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen, nebst vergleichender Darstellung der bezüglichen Gesetzgebung einiger anderer Länder*, Berlin 1877.

(217) HUBER, IV (1969) 404 ss.; G. SCHMIDT, *Der Sächsische Landtag 1833-1918. Sein Wahlrecht und seine soziale Zusammensetzung*, in *Beiträge zur Archivwissenschaft und Geschichtsforschung (Schr.reihe des Staatsarchiv Dresden Nr. 10)*, 1977, 445-465.

(218) R. DIETRICH, *Die Verwaltungsreform in Sachsen 1869-1873*, in «*Neues Archiv für sächsische Geschichte*», 61 (1940) 49-85.

(219) Particolari in BLASCHKE, in DVG, III, 784-794.

(220) I. KAIM, *Revision der sächsischen Recesses von 1740 und 1835 mit dem Hause Schönburg*, Leipzig 1860; A. MICHAELIS, *Die staatlichen Verhältnisse der Fürsten und Grafen, Herren von Schönburg*, Gießen 1861. H. BISCHOF, *Das Sächsischschönburgische Staatsrecht der Gegenwart*, Dresden 1870; O. MAYER, *Der Staatsrecht des Königreichs Sachsen*, Tübingen 1909, 37-42; ricostruzione d'insieme in W. SCHLESINGER, *Die Landesherrschaft der Herren von Schönburg. Eine Studie zur Geschichte des Staates*, 1954.

(221) *Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. 7. 1900*, GVBI 486-512. Sul tema cfr. F. TEZNER, *Über Verwaltungsrechtspflege mit Hinblick auf das neue staatliche Verwaltungsgerichtsgesetz*, Dresden 1901, K. APELT, *Das Königlich sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900*, Leipzig 1901, 2ª ed. 1911; M. BARING,

l'*Oberverwaltungsgericht* di Dresda sulla scienza del diritto amministrativo assunsero particolare importanza soltanto dopo il passaggio al nuovo secolo.

La perdita di significato della dimensione politica di uno Stato sassone indipendente, sempre più chiara dopo il 1850, e lo spostamento dell'attenzione sul piano amministrativo, ebbero conseguenze anche nell'ambito della letteratura scientifica. Da tempo ormai l'attenzione si era concentrata sull'elaborazione di un diritto amministrativo rivolto alla pratica. Già nel *Vormärz* esistevano almeno tre riviste in cui confluivano contributi di ambito giuridico-amministrativo ⁽²²²⁾. Tra queste la più importante fu « *Rechtspflege und Verwaltung* », che dal 1838 al 1879 fu il naturale centro di raccolta del diritto amministrativo in Sassonia ⁽²²³⁾. Nel 1880 essa fu sostituita dalla « *Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen* ». Ribattezzata successivamente « *Fischers Zeitschrift* » dal nome del suo curatore — Otto Fischer —, sarebbe stata pubblicata fino al 1941 ⁽²²⁴⁾. Questa rivista può senz'altro essere collocata tra le più importanti pubblicazioni, diffuse oltre i confini locali, che al centro dei propri interessi avevano il nuovo diritto amministrativo. In essa vi erano trattate « singole questioni del diritto del nome e del diritto nobiliare, del diritto di cittadinanza, delle autorità ecclesiastiche, del controllo giuridico del potere di polizia, dell'esecuzione penale, di tasse e di statistica comunali, di assistenza ai poveri e di sicurezza sociale.

Die Verwaltungsrechtspflege in Sachsen, in ID., (a cura di), *Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtbarkeit*, 1963, 67 ss.; W. RUFNER, in DVG, III, 920 ss.

⁽²²²⁾ Oltre al « *Sächsischen Wochenblatt für Verwaltung und Polizei* » (Leipzig 1867-1906), la « *(Krugs) Zeitschrift für Verwaltungs-Praxis und Gesetzgebung, zunächst für das Königreich Sachsen* » (Leipzig 1862-69).

⁽²²³⁾ Fondata dall'associazione dei giuristi del Vögtland e « per quattro decenni fedele e amato punto di riferimento del mondo dei funzionari sassoni » (H. WAENTIG, *Justiz und Verwaltung im Königreich Sachsen*, in *FischersZ*, 1, 1880).

⁽²²⁴⁾ Curatore fu a partire dal vol. I (1880) il consigliere del governo Dr. Otto Fischer (poi direttore ministeriale presso il ministero degli interni), dal 1900 fino al 1923 venne pubblicata a cura del Dr. Walter Schelcher con il titolo « *Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung* », 1924-1941 quindi come « *Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht* ». A partire dal 1938 fu curata da Herbert Schelcker, presidente del OVG di Dresda. Cfr. E. MÄDING, *Wiedergelesen: Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung*, in « *Die Verwaltung* », 21 (1988), 103-112.

Grande attenzione viene prestata anche all'amministrazione degli Stati limitrofi e all'estero», oltre che al diritto dei trasporti, delle acque, del suolo, al diritto minerario, agrario ed edile, delle espropriazioni, dei funzionari, etc (225).

Nel 1882 Fischer scrisse anche una breve, e scientificamente poco pretenziosa, introduzione al diritto costituzionale e amministrativo (226), che a partire dalla sua quinta edizione (1897) diede maggior spazio al diritto amministrativo. Per il resto, soltanto nel 1884-87, dopo una pausa di circa mezzo secolo, comparve una completa esposizione del diritto pubblico sassone, grazie all'opera dell'avvocato e parlamentare H.G. Opitz (227). Dopo una parte storica introduttiva, dove affronta anche il tema dei rapporti della Sassonia con il *Reich*, Opitz struttura il suo testo seguendo il modello organizzativo della condizione costituzionale contemporanea: nel primo volume, dopo il territorio statale e i « sudditi dello Stato », viene esaminato il potere statale, insieme a un'accurata analisi del diritto dei funzionari (228), mentre nel secondo volume viene preso in considerazione il ruolo di contrappeso rappresentato dai « ceti ».

Vent'anni più tardi, Otto Mayer si occupa nuovamente del diritto pubblico sassone, secondo il suo tipico approccio apodittico, conciso e chiaro (229). Schierandosi dalla parte del « diritto pubblico monarchico », « per come esso è di fatto », Mayer rifiuta decisamente non solo l'idea della sovranità popolare, ma anche quella della sottomissione del monarca allo Stato in quanto organo di una persona giuridica. La rappresentanza popolare a suo parere è una

(225) MÄDING (nt. 224), 108 s.

(226) O. FISCHER, *Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Deutschen Reiches und Königreiches Sachsen in seinen Grundzügen gemeinfaßlich dargestellt*, Leipzig 1882 (2^a ed. 1889, 6^a ed. 1898).

(227) H.G. OPITZ, *Das Staatsrecht des Königreiches Sachsen*, 2 voll. Leipzig, 1884, 1887. Si veda anche K.V. FRICKER, *Grundriß des Staatsrechts des Königreiches Sachsen*, Leipzig 1891.

(228) Capo e organi dello Stato (diritti personali e di governo, diritti patrimoniali, casa regnante, ministeri, ministri dello Stato). Sul diritto dei funzionari cfr. M. LOTICHUS, *Die königlich sächsische Gesetze und Verordnungen über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener*, Leipzig 1878.

(229) MAYER (nt. 220).

forma di « partecipazione all'esercizio del potere dello Stato. [...] Essa altro non è che la [goccia dell'olio democratico] con cui il potere statale deve essere unto »⁽²³⁰⁾. Mayer tratta così gli argomenti fondamentali in stretta aderenza al testo costituzionale (re, parlamento, legislazione e regolamenti, bilancio di previsione, debito, istruzione, garanzia della costituzione). L'amministrazione statale, compresi il diritto del pubblico impiego, l'autonomia e la giurisdizione amministrativa, sono trattati solo nei loro aspetti istituzionali.

Per quanto riguardava il diritto amministrativo, esistevano una serie di ausili di orientamento pratico, in particolare l'opera di C.E. Leuthold⁽²³¹⁾, ma anche il più volte ristampato *Handwörterbuch des Verwaltungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des sächsischen Landesrechts* di Curt von der Mosel, ripreso più tardi da suo figlio⁽²³²⁾, nonché molti altri brevi commentari agli ordinamenti cittadini⁽²³³⁾, al diritto urbanistico⁽²³⁴⁾ e al diritto di associazione e riunione⁽²³⁵⁾, un compendio sul diritto amministrativo generale⁽²³⁶⁾, un repertorio alfabetico⁽²³⁷⁾ e altre opere. L'impressione generale che ne risulta è che, in ogni caso, fino alla prima guerra mondiale il diritto amministrativo della Sassonia, in particolare nella « Fischers Zeitschrift », fu organizzato e trasmesso da chi lo eserci-

⁽²³⁰⁾ Op. cit., 17.

⁽²³¹⁾ C.E. LEUTHOLD, *Das Königlich Sächsische Verwaltungsrecht mit Einschluß der reichsrechtlichen Bestimmungen systematisch dargestellt*, Leipzig 1878; Id., *Die Verwaltungsgesetze für das Königreich Sachsen seit der Neuorganisation der Verwaltung*, 2 voll., Leipzig 1875.

⁽²³²⁾ C. v. D. MOSEL (a cura di), *Handwörterbuch des Verwaltungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des sächsischen Landesrechts*, Leipzig 12^a ed. 1912, 14^a ed. 1938.

⁽²³³⁾ H.A. v. BOSSE, *Kgl. sächsische revidierte Städteordnung für mittlere und kleine Städte*, 3^a ed. Leipzig 1878 (5^a ed. 1898); Id., *Leitfaden für die Gemeindevorstände des Königreichs Sachsen*, 1^a-3^a ed. Leipzig 1874-75, 6^a ed. 1895.

⁽²³⁴⁾ C.E. LEUTHOLD, *Das Königlich Sächsische Gesetz, das Vereins- und Versammlungsrecht betr. von 22. Nov. 1850*, Leipzig 1884 (3^a ed. 1894).

⁽²³⁵⁾ A. NIENHOLDT, *Das Königlich Sächsische Gesetz, das Verein- und Versammlungsrecht betr. von 22. Nov. 1850*, Leipzig 1884 (3^a ed. 1894).

⁽²³⁶⁾ L.H. SCHMIDT, *Repetitorium des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1883.

⁽²³⁷⁾ C. v. D. MOSEL, *Repetitorium des Königl. Sächsischen Verwaltungsrechtes*, 6^a ed. Leipzig 1891.

tava. Come nella Baviera e nel Württemberg, l'intensità della discussione e l'energia impiegata nell'organizzazione di un'amministrazione in direzione dello Stato di diritto erano estremamente elevate. Lo Stato di diritto si presentava qui, per usare le parole del professore di Lipsia Otto Mayer, come uno « Stato del diritto amministrativo ben ordinato ».

8. *Turingia, Braunschweig, Oldenburg, Lippe, Meclemburgo.*

I piccoli Stati e le città imperiali che fino all'epoca napoleonica erano state in qualche modo protette dal vecchio Impero, nell'Ottocento si ritrovarono generalmente dalla parte degli sconfitti. Di 296 unità politiche, in seguito alla grande « ricomposizione fondiaria » (*Flurbereinigung*) del 1803, ne rimasero in vita 82; nel 1806 e nel 1815 il numero di esse si ridusse ancora, fino a raggiungere le 38 unità. Ciò che rimaneva e che si poteva ancora sentire protetto dalla Confederazione germanica, nel 1866, a nord del Meno, era soggetto all'intervento della Prussia. L'aumento della popolazione e la migrazione interna, la costruzione delle ferrovie e l'industrializzazione, l'unione doganale e — non per ultimo — il riallineamento degli ordinamenti costituzionali dopo il 1848, resero anacronistica l'esistenza di Stati piccoli o piccolissimi. Il fatto che i voti espressi nel 1866 dalla principessa di Reuß-Greiz e dal principe del Liechtenstein avessero condotto ancora una volta a una maggioranza favorevole all'Austria in seno alla Confederazione germanica ⁽²³⁸⁾, da parte prussiana non poteva che sembrare una barzelletta politica. Per questo motivo il clima non era favorevole agli Stati minori, il loro peso politico diminuì e insieme a esso scemò anche l'interesse per la dottrina del diritto pubblico.

Gli otto Stati della Turingia ⁽²³⁹⁾ non erano in grado di tenere il

⁽²³⁸⁾ Sulla votazione del 14 luglio del 1866 e sulla controversia intorno alla validità del voto della sedicesima curia cfr. H. SCHULZE, *Die Krisis des deutschen Staatsrechts. Nachtrag zur Einleitung in das Deutsche Staatsrecht*, Leipzig 1867, 14, nt. 3. Spiegazione dettagliata in HUBER, III, 2^a ed. (1970), 543 ss.

⁽²³⁹⁾ Il granducato di Sassonia-Weimar-Eisenach, i ducati di Sassonia-Meiningen, Coburgo e Gotha, Sassonia-Altenburg, i principati di Schwarzburg-Sondershausen, Schwarzburg-Rudikstadt, Reuß-Greiz. e Reuß-Schleiz — cfr. ora l'esautiva presentazione dello storico dei *Länder*, U. HEß, *Geschichte Thüringens 1866-1914*, 1991.

passo con lo sviluppo degli Stati di medie e grandi proporzioni proprio a causa della loro ridotta estensione e delle scarse risorse disponibili. A partire dal 1867 venne meno l'amministrazione militare; le competenze extraterritoriali, come ad esempio l'amministrazione ferroviaria, furono affidate altrove. Le riforme amministrative adottate negli Stati più grandi, e la formazione istituzionale dello Stato di diritto, non potevano essere banalmente copiate in Turingia, senza opportuni adattamenti. Così, per esempio, la giurisdizione amministrativa fu adottata solo molto più tardi ⁽²⁴⁰⁾. Per quanto riguardava le riviste, erano ritenuti più che sufficienti i *Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt* ⁽²⁴¹⁾. Le esposizioni dedicate al diritto pubblico della Sassonia-Meiningen e della Sassonia-Weimar-Eisenach ⁽²⁴²⁾ pubblicate nel manuale di Marquardsen, sono soltanto rispettabili esercizi di stile. Esse seguono il consueto schema, e mostrano indirettamente che — diversamente da quanto era accaduto nella fase iniziale del movimento costituzionale — non esisteva più la dimensione spaziale, personale e giuridico-costituzionale di una cultura veramente pubblicistica. La questione costituzionale non raccoglieva più alcuna sfida. La situazione si era normalizzata, l'interesse scientifico per le questioni di diritto pubblico si ridusse ai problemi di successione e degli appannaggi della signoria territoriale ⁽²⁴³⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Sassonia-Meiningen nel 1897, Schwarzburg-Sonderhausen nel 1912; Sassonia-Weimar-Eisenach, Sassonia-Altenburg e i principati dello Schwarzburg crearono attraverso il trattato del 1910 il tribunale amministrativo di secondo grado in Turingia. Si veda KLEIN, in DVG, III 797; RUFNER, in DVG, III, 929 s.; W. BERNET, *Zur Geschichte und Rechtsprechung des Thüringischen OVG Jena*, in H. MOHNHAUPT (a cura di) *Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988-1990). Beispiele, Parallele, Positionen*, 1991, 516 (519 ss.).

⁽²⁴¹⁾ Jena 1854-1873, continuazione 1874-1919.

⁽²⁴²⁾ W. KIRCHER, *Das Staatsrecht des Herzogtums Sachsen-Meiningen*, Freiburg 1884; G. MEYER, *Staatsrecht des Großherzogtums Sachsen-Weimar-Eisenach*, Freiburg 1884.

⁽²⁴³⁾ HÄSELBARTH, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtum Sachsen-Altenburg*, Hannover 1909; H. SCHWARTZ, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schwarzburg-Rudolstadt*, Hannover 1909; A. LANGBEIN, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schwarzburg-Sonderhausen*, Hannover 1909; O. OBERLÄNDER, *Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Sachsen-Meiningen*, Hannover 1909; A. KNETSCH, *Das Staats- und Verwaltungsrecht von Sachsen-Weimar-Eisenach*, Hannover

La medesima situazione si può ritrovare nel Ducato di Braunschweig, che dopo il 1850 visse minimi cambiamenti ⁽²⁴⁴⁾. Nell'ultimo quarto dell'Ottocento esso reagì alla spinta impressa dall'industrializzazione e dalla modernizzazione creando nuove autorità amministrative, varando un ordinamento distrettuale (1871), adottando ordinamenti generali delle città e della regione (1892), e introducendo nel 1895 la giurisdizione amministrativa ⁽²⁴⁵⁾. Esisteva anche una rivista ⁽²⁴⁶⁾, evidentemente sufficiente per l'interesse, relativamente debole, alla determinazione di un diritto amministrativo territoriale autonomo. Le due esposizioni generali di diritto pubblico, opere dei rispettivi *Landsyndici* Otto (1884) e Rhamm (1908) ⁽²⁴⁷⁾, sono inventari pacati e positivisticamente puntuali nei quali vengono trattati l'amministrazione e il diritto amministrativo, in particolare la polizia e l'ulteriore amministrazione interna. Lo stesso vale per la breve esposizione di Hermann von Frankenberg sul diritto costituzionale e amministrativo ⁽²⁴⁸⁾.

Tale schema in questa fase è evidente anche in una serie di altri piccoli Stati, come per esempio nei principati di Lippe e Schaum-

1909; G. SANFTENBERG-W. KNORR, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Anhalt*, Hannover 1909; P. SCHLOTTER, *Das Staats- und Verwaltungsrecht der Fürstentümer Reuß älterer und jüngerer Linie*, Hannover 1909.

⁽²⁴⁴⁾ TH. KLEIN, in DVG, III, 820-824.

⁽²⁴⁵⁾ C. RADKAU, *Das Braunschweigische Gesetz, betr. die Verwaltungspflege, vom 5. März 1895*, in VerwArch, vol. 4 (1896), 421-24; F. KREIBAUM, *Grenzen zwischen Justiz und Verwaltung im Freistaat Braunschweig*, tesi, Göttingen 1929, 40 ss.; H.-G. FIGGE, *75 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit im Lande Braunschweig*, in « Braunschweigisches Jahrbuch », 52 (1971), 182-192. Sulla condizione costituzionale dal 1884, HUBER, IV (1969) 428 ss.

⁽²⁴⁶⁾ « Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogthum Braunschweig », 1854-1919, a cura di E. Gotthard e C. Koch, dal 1872 anche di A. Dedekind, e nel 1909-1914 a cura di A. Hampe. Continuato nel 1920-1936 come « Braunschweigische Zeitschrift für Rechtspflege » a cura di Herbst.

⁽²⁴⁷⁾ A. OTTO, *Das Staatsrecht des Herzogthums Braunschweig*, Tübingen-Freiburg 1884; A. RHAMM, *Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig*, Tübingen 1908; cfr. anche ID., *Die Neuordnung der Regierungsverhältnisse in Braunschweig*, in JöR, 1 (1907), 340-361.

⁽²⁴⁸⁾ H. v. FRANKENBERG, *Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Braunschweig*, Hannover 1909; ID., *Die Braunschweigische Gesetzgebung in den Jahren 1908-1912*, in JöR, 7 (1913), 247-259.

burg-Lippe ⁽²⁴⁹⁾, nel Granducato di Oldenburg ⁽²⁵⁰⁾, in cui si segnala una rivista dedicata all'amministrazione ⁽²⁵¹⁾ e alla giurisdizione amministrativa ivi creata nel 1906 ⁽²⁵²⁾, come pure nei granducati ancora vetero-cetuali del Meclemburgo-Schwerin e del Meclemburgo-Strelitz e nel Principato di Ratzeburg ⁽²⁵³⁾, che in un certo senso costituivano i fanalini di coda del movimento costituzionale e storico-scientifico.

9. Alsazia-Lorena.

Una particolare posizione giuridico-costituzionale, stabilita formalmente con l'adozione della costituzione del 1911, fu assunta dal

⁽²⁴⁹⁾ A. FALKMANN, *Das Staatsrecht des Fürstentums Lippe*, Freiburg-Tübingen 1888; K. BÖMERS, *Das Staatsrecht des Fürstentums Schaumburg-Lippe*, Freiburg-Tübingen 1888, 165-176; W. BESELER, *Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schaumburg-Lippe*, Hannover 1910, una breve presentazione particolarmente centrata sul diritto amministrativo. Testimonianze sulla storia dell'amministrazione in TH. KLEIN, in DVG, III, 825-832.

⁽²⁵⁰⁾ Una rappresentazione molto concisa è in H. BEKKER, *Das Staatsrecht des Großherzogthums Oldenburg*, Freiburg-Tübingen 1888; dettagliato, comprendente il diritto amministrativo anche del principato di Lubecca e Birkenfeld, W. SCHÜCKING, *Das Staatsrecht des Großherzogthums Oldenburg*, Tübingen 1911. Su Schücking cfr. W. KOHL, *Walther Schücking (1875-1935). Staats- und Völkerrechtler — Demokrat und Pazifist*, in *Kritische Justiz* (a cura di), *Streitbaren Juristen*, 1988, 230-241.

⁽²⁵¹⁾ « Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege im Großherzogtum Oldenburg » (continuazione del « Magazin für die Staats- und Gemeindeverwaltung im Großherzogthum Oldenburg » e dell'« Archiv für die Praxis des gesammten im Großherzogthum Oldenburg geltenden Rechts ») 1874-1918, a cura di Barnstedt, Hullmann, Janßen, Schomann. La rivista a partire dal 1919 fu portata avanti — a cura di Riesebieter — fino al 65° volume (1939).

⁽²⁵²⁾ M. SELLMANN, *Entwicklung und Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Oldenburg*, 1957; TH. KLEIN, in DVG, III, 805-810 con ampia documentazione.

⁽²⁵³⁾ Sulla storia dell'amministrazione si veda KLEIN, in DVG, III, 810-820. Per il diritto territoriale fondamentale era, oltre al « Großhzgl. Mecklenburg-Strelitzscher Officieller Anzeiger für Gesetzgebung und Staatsverwaltung » (Neustrelitz 1866-1918), anche la « Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft » (Wismar 1881-1922). Una raccolta normativa è proposta da C.W.A. BALCK, *Verwaltungsnormen in Mecklenburg-Schwerin*, parti 1-4, Schwerin 1883-1908; una presentazione generale è in E. SCHLESINGER, *Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogthums Meckleburg-Schwerin*, Berlin 1909. Sulla letteratura precedente (v. Kamtz, Wiggers) si veda *supra*, cap. 4, nt. 195, 196.

nuovo *Land* imperiale dell'Alsazia-Lorena (254). Il diritto vigente al suo interno era il diritto imperiale, ma di fatto essa aveva gradualmente imboccato la strada verso l'istituzione di un territorio autonomo nel quadro del *Reich* tedesco.

Le questioni giuridiche collegate a questa problematica conquista hanno prodotto una notevole mole di letteratura giuspubblicistica in cui venivano discussi i temi del ruolo dell'imperatore (255) e del governatore (256), dei poteri dell'*Oberpräsident* (257), la struttura dell'amministrazione (258), la giurisdizione amministrativa (259), i diritti dei rappresentanti nella Commissione del *Land* (*Landesausschuss*) (260), e ancor più le questioni giuridico-costituzionali emerse sia prima che dopo il varo della costituzione (261). Tutto ciò accadeva

(254) H.U. WEHLER, *Elsaß-Lotbringen 1870 fino al 1918. Das „Reichsland“ als politisch-staatsrechtliches Problem des zweiten deutschen Kaiserreichs*, in ZGORH, 109 (1961), 133-199; HUBER, IV (1969) 437 ss., in part. 444 ss., 456 ss. Della letteratura contemp. si veda in part. W. ROSENBERG, *Die staatsrechtliche Stellung von Elsaß-Lotbringen*, Metz 1896; G. HAMBURGER, *Die staatsrechtlichen Besonderheiten der Stellung des Reichslandes Elsaß-Lotbringen im Deutschen Reich*, Breslau 1901.

(255) E. APEL, *Die landesherrliche Gewalt des Kaisers in Elsaß-Lotbringen*, tesi, Greifswald-Spandau 1895.

(256) C. SCHULZE, *Die staatsrechtliche Stellung des Statthalters von Elsaß-Lotbringen*, tesi, Tübingen, Frankenberg 1904; O. NELTE, *Die staatsrechtliche Stellung des Statthalters von Elsaß-Lotbringen*, in AöR, 27 (1911), 1-42, 133-174.

(257) W. ROSENBERG, *Der Diktatur-Paragraph in Elsaß-Lotbringen*, in AöR, 12 (1897) 539-589.

(258) E. LOENING, *Die Verwaltung des General-Gouvernements im Elsaß*, Straßburg 1874.

(259) K. v. STENGEL, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsaß-Lotbringen*, in « Annalen des Deutschen Reiches », 1876, 808 ss., 897 ss.; E. KEETMANN, *Die Trennung von Justiz und Verwaltung in Elsaß-Lotbringen*, in AöR, 21 (1907), 71-145.

(260) P. STOEBER, *Die parlamentarische Immunität des Landesausschusses für Elsaß-Lotbringen*, in AöR, 1 (1886), 623-676.

(261) O. MAYER, *Die Elsaß-Lotbringische Verfassungsfrage*, in DJZ, 10 (1905), 369-374, ora in O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, a cura di E. V. Heyen, vol. II, 1981, 80-84; A. PASS, *Das Zusammenkommen der elsäß-lotbringischen Verfassungsreform von 1911*, Köln 1911; O. NELTE, *Das neue Verfassungsgesetz für Elsaß-Lotbringen*, in AöR, 28 (1912), 45-96 (la continuazione prevista non è mai stata pubblicata); W. SCHOENBORN, *Die elsäß-lotbringische Verfassungsreform*, in JöR, 6 (1912), 222 ss.; E. SCHALFEJEW, *Die Staatsrechtliche Stellung Elsaß-Lotbringen nach dem neuen Verfassungsgesetz*, Berlin 1913.

più frequentemente nelle testate stabilite al livello del *Reich* (AöR, JöR) che non nelle riviste territoriali ⁽²⁶²⁾, perché le questioni in gioco non erano ancora quelle del diritto territoriale, ma erano quelle della costituzione imperiale e dell'amministrazione imperiale. Numerose furono anche le esposizioni generali e riassuntive ⁽²⁶³⁾, o almeno così pare se si fanno rientrare tra queste anche i grandi manuali di diritto pubblico imperiale che comprendevano regolarmente appendici o *excursus* sull'Alsazia-Lorena ⁽²⁶⁴⁾.

La facoltà giuridica della nuova università di Strasburgo, inaugurata nel semestre estivo del 1872 e che a partire dal 1877 fu denominata *Kaiser Wilhelms-Universität* ⁽²⁶⁵⁾, poté inizialmente contare su nomi illustri quali Karl Binding (diritto penale) ⁽²⁶⁶⁾, Rudolf Sohm (diritto ecclesiastico), Heinrich Brunner (diritto tedesco), Paul Laband (diritto pubblico), Gustav Schmoller (scienze dello Stato), Edgar Loening (diritto amministrativo), e a partire dal 1882 e fino al 1903 Otto Mayer (diritto civile francese, diritto internazionale privato, dottrina generale dello Stato e diritto amministrativo). Nonostante la sua appena quarantennale esistenza tra le

⁽²⁶²⁾ «Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen», Straßburg-Mannheim 1876-1911, continuato come «Juristische Zeitschrift für Elsaß-Lothringen», 1912-1919.

⁽²⁶³⁾ A. LEONI, *Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen*, parte I, *Das Verfassungsrecht*, Freiburg 1892, parte II con K. MANDEL-O. GRÜNEWALD, *Die Verfassung und Verwaltung von Elsaß-Lothringen*, Straßburg 1905; l'opera completa è di E. BRUCK, *Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen*, 3 voll. Straßburg 1908-1910; H. REHM, *Das Reichsland Elsaß-Lothringen*, Leipzig 1912 (pubblicazioni della *Gebe Stiftung*); O. FISCHBACH, *Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen*, Tübingen 1914; R. PILOTY, *Elsaß-Lothringen*, in AöR, 38 (1918), 149-160.

⁽²⁶⁴⁾ H. SCHULZE, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, libro II, Leipzig 1886, 354 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2ª ed. Freiburg 1888, §§ 67-69; Id., *Deutsches Reichsstaatsrecht*, 5ª ed. Tübingen 1909, §§ 22-24.

⁽²⁶⁵⁾ P. LABAND, *Lebenserinnerungen*, 1918, 76 ss.; O. MAYER, *Die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg. Ihre Entstehung und Entwicklung*, 1922; CH. WEBER, *Der „Fall Spahn“ (1901). Ein Beitrag zur Wissenschafts- und Kulturdiskussion im ausgehenden 19. Jahrhundert*, Rom 1980; J.E. CRAIG, *Scholarship and Nation Building. The Universities of Strasbourg and Alsatian Society, 1870-1939*, Chicago-London 1984.

⁽²⁶⁶⁾ D. WESTPHALEN, *Karl Binding (1841- 1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, 1989, 64 ss. con ampia documentazione.

università tedesche, essa avrebbe profondamente segnato la storia del diritto pubblico, soprattutto attraverso Laband e Mayer ⁽²⁶⁷⁾.

10. *Le città libere.*

Le città libere di Amburgo, Lubecca e Brema, che poterono conservare la propria autonomia anche dopo il 1866, richiamarono verso la fine del secolo un certo interesse pubblicistico, certamente perché le loro strutture costituzionali e amministrative si differenziavano significativamente da quelle del diritto prussiano da cui erano circondate ⁽²⁶⁸⁾, ma forse anche per l'ascesa economica di Amburgo e Brema nonché per la « ripresa della tradizione anseatica ispirata in senso nazionalistico » ⁽²⁶⁹⁾.

Una corrispondente rivista giuridica anseatica venne però fondata soltanto durante la prima guerra mondiale ⁽²⁷⁰⁾, e anche la giurisdizione amministrativa fece la sua comparsa solo più tardi ⁽²⁷¹⁾. Inoltre, soltanto Amburgo fondò nel 1919 una propria università. In

⁽²⁶⁷⁾ Sulle correlazioni tedesco-francesi cfr. E. V. HEYEN, *Ausländisches Verwaltungsrecht im „Archiv für öffentliches Recht“ und in der „Revue du droit public“ vor dem Ersten Weltkrieg*, in « Jahrbuch f. Europäische Verwaltungsgeschichte », 2 (1990), 213-217.

⁽²⁶⁸⁾ H. NIRRNEHEIM, *Die hamburgische Verfassungsfrage von 1814 bis 1848*, in « Zs. d. Vereins. f. Hamburgische Geschichte », 25 (1922-24) 128-148; H. REINCKE, *Die Kämpfe um die hamburgische Verfassung 1848 bis 1860*, op. cit. 149-168; A. ROSENFELD, *Die Entstehung des Berufsbeamtentums im Stadtstaat Hamburg. Vom Ebrename zum „bürokratischen Verwaltungsstaat“*, 1984, 37 ss.; F. WIEGAND, *Die Notabel. Untersuchungen zur Geschichte des Wahlrechts und der gewählten Bürgerschaft in Hamburg 1859-1919*, 1986; A. HERZIG (a cura di), *Das alte Hamburg (1500-1848-49)*, 1989, ivi in part. P. BOROWSKI, *Die Restauration der Verfassungen in Hamburg und in den anderen Hansestädten nach 1813*, 155-175.

⁽²⁶⁹⁾ R. POSTEL, *Hansestädte*, in DVG, III, 833. L'interesse alla « costituzione e all'organizzazione amministrativa delle città » era generale. Cfr. i contributi raccolti sulla costituzione e amministrazione di Zurigo, Basilea, Ginevra, Berna, Praga, Graz, Karlsbad Pilsen in *Schriften des Vereins für Socialpolitik*, vol. 121, Leipzig 1906.

⁽²⁷⁰⁾ « Hanseatische Rechtszeitschrift », a cura di M. Mittelstein, vol. I (1917-18) Cfr. ivi HARTMANN, *Die Zulässigkeit des Rechtswege in streitigen Verwaltungssachen nach lübeckischem Recht*, col. 75-83, e LANGE, *Die Einführung des Verwaltungsgerichtsbarkeit in Lübeck*, col. 27-31.

⁽²⁷¹⁾ Lubecca con la legge del 6-12-1916; Amburgo con la legge del 2-11-1921; Brema con la legge del 6-1-1924. Cfr. anche SEWELOH, *Die Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg*, in AöR, 29 (1912) 1-38.

queste città, dunque, i fattori decisivi per la formazione di un diritto territoriale scientificamente fondato non emersero se non dopo la prima guerra mondiale. Tuttavia vi si può individuare una letteratura giuspubblicistica degna di rispetto ⁽²⁷²⁾. Le opere più note — più precisamente: per Amburgo i lavori di Werner von Melle, per Brema e Lubeca quelli di Johannes Bollmann — offrono quasi tutte un'introduzione storica, trattano poi il territorio dello Stato e l'appartenenza a esso, e assumono come punti centrali il « senato » e la « cittadinanza ». Nella seconda parte vengono esaminate le funzioni dello Stato, come la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione, e vengono riportate concise informazioni sui singoli settori dell'amministrazione. Simili informazioni si ritrovano in forma ancora più ridotta nei manuali di diritto pubblico maggiormente diffusi (H.A. Zachariä, H. Zöpfl, H. v. Schulze-Gaevernitz, G. Meyer).

III. Conclusioni.

La visione d'insieme della situazione della scienza del diritto costituzionale e amministrativo dei singoli Stati tedeschi nella seconda metà dell'Ottocento mette in evidenza, in particolare per questo genere di letteratura, la sua forte dipendenza dal contesto politico. Dove a regnare era la censura, dove il diritto costituzionale, chiuso in uno spazio privo di costituzione, esisteva soltanto in forma rudimentale, dove il diritto amministrativo non andava oltre la legislazione amministrativa, non ci si poteva attendere che la scienza del diritto pubblico potesse prosperare. Se a questo si aggiungevano

⁽²⁷²⁾ J. WOLFFSON, *Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Hamburg*, Freiburg-Leipzig, 1884; W. v. MELLE, *Das Hamburgische Staatsrecht*, Hamburg-Leipzig, 1891; G. SEELIG, *Hamburgische Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage*, Hamburg 1902; H. SIEVERS, *Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Bremen*, Freiburg 1884; J. BOLLMANN, *Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht*, Bremen 1904; ID., *Das Staatsrecht der Freien Hansestädte Bremen und Lübeck*, Tübingen 1914; F. BRUNS, *Verfassungsgeschichte des Lübeckischen Freistaates 1848-1898*, Lübeck 1898-99; K. KLÜGMANN, *Das Staatsrecht der Freien und Hansestadt Lübeck*, Freiburg-Leipzig, 1884; W. BRÜCKNER, *Staats- und Verwaltungsrecht der freien und Hansestadt Lübeck*, Hannover 1909. Si veda ora per Brema CH. SCHMINCK-GUSTAVUS, in V. KRÖNING (a cura di), *Handbuch der Bremischen Verfassung*, 1991, 25-29 con ampia documentazione.

poi altri elementi, come ad esempio un territorio poco esteso e la mancanza di una propria università, i fattori sfavorevoli si moltiplicavano. Per converso, in senso positivo, gli Stati costituzionali con un'estensione sufficiente e dotatisi di una divisione dei poteri, di garanzie in direzione dello Stato di diritto, della libertà di stampa, di un'amministrazione ordinata e di università vivaci, dopo il 1850 furono in grado di riprendere senza veri traumi le rispettive tradizioni di diritto pubblico antecedenti al *Vormärz*. Le forze che erano state assorbite dagli accadimenti rivoluzionari e controrivoluzionari furono così indirizzate alla costruzione dello Stato di diritto e alla riscoperta di problematiche proprie della scienza giuridica. Dopo il crollo del sogno nazionale, posto che non si volesse continuare la tradizione del diritto pubblico generale tedesco, l'unico possibile oggetto della scienza giuridica rimaneva il diritto costituzionale e amministrativo dei singoli territori.

Tuttavia, nel primo decennio successivo al 1850 il diritto pubblico dei singoli Stati si bloccò in una strana fase di letargia. Lo shock del 1849 era stato profondo. Le misure adottate dalla « reazione » mortificarono ancor più le forze liberali schierate a favore dello « Stato di diritto ». Soltanto intorno al 1860, con la ripresa delle riforme, si ridestò rapidamente l'interesse per il diritto pubblico. La Prussia e l'Austria, seppur in ritardo, erano adesso diventati « Stati costituzionali », e poterono recuperare i risultati che la Baviera, il Württemberg, il Baden, l'Assia-Darmstadt e la Sassonia avevano già acquisito da tempo in sinergia con le loro università e con un'ampia offerta di riviste. Dal momento in cui la monarchia costituzionale si era imposta come tipologia costituzionale, era aumentata l'importanza del diritto amministrativo, e insieme a essa quella delle riforme amministrative. Dove si doveva dimostrare il senso delle garanzie costituzionali, si impose all'interno del dibattito sulla giurisdizione amministrativa la questione del controllo del potere statale, e insieme a questo una massa di materiale giuridico in rapido accrescimento imponeva la necessità di una sintesi capace di astrazione. E questa considerazione vale ancor più per il periodo successivo al raggiungimento dell'unità nazionale. Gli impulsi rivolti in direzione di una unificazione giuridica raggiunsero anche il diritto

pubblico ⁽²⁷³⁾, stimolando la svolta « dalla costituzione all'amministrazione » che in quegli anni si può cogliere, oltre che in Germania, anche in Italia ⁽²⁷⁴⁾.

Questi mutamenti alla lunga risultarono troppo esigenti nei confronti degli Stati di piccola o minima estensione. Anche se questi erano Stati costituzionali, le loro capacità personali e pubblicistiche non erano sufficienti per sviluppare una più ampia revisione del diritto pubblico. Le università, le riviste e le corti amministrative supreme — i fattori più importanti per una cultura scientifica del diritto pubblico — dovevano collaborare per poter dare un contributo effettivo. Alcuni di questi Stati conseguirono soltanto negli anni Ottanta, nel contesto delle grandi opere collettive di Marquardsen-Seydel e di Laband, Jellinek e Piloty, il risultato di una moderna esposizione generale del loro diritto costituzionale e amministrativo (Oldenburg, Braunschweig, Turingia, Meclemburgo, le città anseatiche).

Il modello della monarchia costituzionale, che rappresentava generalmente la base di queste trattazioni, divenne contenutisticamente sempre più unitario. Nelle principali opere di diritto territoriale è possibile riscontrare un'ampia uniformità anche sul piano metodologico.

Se si escludono i casi delle aristocrazie cittadine delle città anseatiche e delle aristocrazie fondiarie delle due parti del Meclemburgo, risulta veritiera l'affermazione per la quale il centro dello Stato, inteso come persona giuridica (« personalità complessiva »), è il monarca in quanto giuridicamente non responsabile, portatore intoccabile dei poteri statuali unitari e « sovrani » ⁽²⁷⁵⁾. Non si ha una divisione dei poteri nel senso di Montesquieu, ma il potere statale viene suddiviso in potere legislativo e potere esecutivo, e quest'ultimo è a sua volta distinto in amministrazione e giustizia. Il

⁽²⁷³⁾ M. STOLLEIS, *Innere Reichsgründung und Rechtsvereinheitlichung*, in CHR. STARCK (a cura di), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden (Abh. d. Ak. d. Wiss. in Göttingen. Phil. Hist. Kl., 3^a serie, 197)*, 1992.

⁽²⁷⁴⁾ SCHIERA-GHERARDI (nt. 168), 129 ss., 140 ss. con ampia documentazione.

⁽²⁷⁵⁾ D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 110-141; H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 2, 1990, 194-205; HUBER, III, 2^a ed. 1970, 55 ss. sulla Prussia.

potere legislativo è esercitato dalle due camere insieme al monarca, con una ripartizione in cui la prima camera rappresenta l'elemento stabile e conservatore mentre la seconda coincide con l'elemento mobile e riformatore. La prima camera assume le funzioni del « Consiglio di Stato » che era stato istituito in molti Stati dopo il 1800, facendo diventare quest'organo del tutto secondario ⁽²⁷⁶⁾. Il governo, l'amministrazione e gli apparati (funzionari civili e corpi militari) sono protesi del potere monarchico. Non si tratta però di un modello neo-assolutistico, in quanto sempre più spesso i monarchi cercano l'accordo con la maggioranza della seconda camera, pur non accettando una vera e propria parlamentarizzazione. Accanto a questi elementi agivano i vincoli costituzionali, gli accadimenti irreversibili della rivoluzione del 1848, il liberalismo economico e orientato allo Stato di diritto che guidava l'opinione pubblica, come pure, in particolare, l'istituzione di una giurisdizione amministrativa più o meno separata dall'amministrazione attiva.

Da quando era stata istituita la giurisdizione amministrativa, non si poteva più eludere la fondamentale questione dogmatica se le posizioni giuridiche concesse dalla costituzione o dalle singole leggi conferissero o meno al cittadino una « pretesa » (*Anspruch*) paragonabile alla *actio* del diritto civile. I diritti fondamentali delle costituzioni territoriali erano diritti soggettivi anteriori allo Stato, oppure erano garanzie oggettive concesse dall'ordinamento giuridico statale, e quindi anche reversibili? Quale natura giuridica avevano la libertà di circolazione, l'uguaglianza, la libertà di religione, la proprietà, oppure i diritti regolati da semplici leggi, come quello di aprire un'attività commerciale, di estrarre l'acqua freatica, di chiedere un risarcimento, e così via? Il contesto storico dei diritti fondamentali nell'ultimo movimento costituzionale del *Vormärz* d'ispirazione giusnaturalistica si esprimeva a favore di « veri » diritti fondamentali, mentre quello degli anni successivi al 1850 deponeva a suo sfavore. I teorici che sostenevano la centralità del potere monarchico (Laband, Seydel, Arndt, Zorn ed altri) parlavano in maniera sprezzante dei cosiddetti diritti fondamentali e cercavano di sminuire per quanto possibile o di negare addirittura i diritti pubblici soggetti-

(276) P. CONRING, *Staatsrat*, in HRG, IV (1990) 1832-1836.

vi (277). La famosa monografia di Georg Jellinek *System der subjektiven öffentlichen Rechte* del 1892, di cui si parlerà più avanti, ha riunificato e rimodellato a fondo questo dibattito.

Per quanto riguarda l'unità del metodo, all'inizio di questo capitolo si è già accennato alla peculiare oscillazione del diritto pubblico dell'Ottocento tra il positivismo scientifico e il positivismo giuridico. Gli anni che vanno dal 1850 al 1914 sono stati dominati dal tentativo, che può essere definito scientifico solo approssimativamente, di ordinare accuratamente leggi e regolamenti e di adattarli alla pratica. Gli inquadramenti storici sono ridotti alle inevitabili « storie introduttive », e i cenni politici sono esplicitamente evitati. Nella prospettiva di una sottintesa ovvietà gli autori sono tutti monarchici, leali servitori dello Stato, funzionari amministrativi oppure docenti universitari. Il profondo sfrangiamento politico del *Vormärz* sembra essere stato spazzato via.

A partire dal 1865 si compie, nel giro di pochi anni, un cambiamento metodologico, legato soprattutto al nome di Carl Friedrich von Gerber, che porta all'elaborazione di un « metodo giuridico » prima nel diritto costituzionale e successivamente nel diritto amministrativo. La letteratura giuridica del diritto pubblico territoriale non è però particolarmente toccata da questo mutamento. Se si doveva esporre il diritto pubblico di un *Land* l'unico metodo sensato sembrava essere ancora il metodo « narrativo » (quello tipico delle scienze dello Stato). Venivano trattati sia le norme costituzionali nel loro insieme storicamente determinato, sia le istituzioni nella prospettiva di un ordinamento gerarchico, sia il diritto materiale secondo le diverse ripartizioni per materie. I principî ispiratori erano la precisione e la chiarezza delle informazioni sul « diritto vigente » e la sua suddivisione nella prospettiva delle naturali priorità. Non esisteva un dibattito sulle questioni fondamentali oppure era citato solo marginalmente. Dominavano i punti di riferimento del governo e dell'amministrazione del *Land*, del parlamento regionale, dell'autonomia comunale e dei concistori. In

(277) Cfr. per esempio la tesi difesa con Zorn da F. GIESE, *Die Grundrechte*, Tübingen 1905, nella quale viene ricostruito lo sviluppo dei diritti fondamentali, che vengono intesi come spazi di estensione soggettiva, limitati dalla sovranità statale, e non come posizioni anteriori allo Stato in senso giusnaturalistico.

questo senso la letteratura presa in considerazione era « unitaria nel metodo ».

Il diritto pubblico dei singoli Stati, all'epoca dell'unificazione nazionale, non si trovava sotto una stella particolarmente favorevole. Mentre tra il 1850 e il 1860, nel clima politico della « reazione », non era riuscito a completare una nuova fase di sviluppo, a partire dal 1866 venne messo in ombra dai drammatici avvenimenti che accompagnarono la fondazione del *Reich*. Quanto più l'Impero si rafforzava internamente, formando anche una propria specifica amministrazione ⁽²⁷⁸⁾, tanto più modesto doveva farsi il ruolo del diritto territoriale. « Solo una parte degli scopi generali dello Stato » così riassumeva per esempio il conte Hue de Grais nel 1909 ⁽²⁷⁹⁾, « trova a tutt'oggi il suo compimento ancora in Prussia; un'altra parte è passata all'Impero ». Inoltre, bisogna considerare come il complesso del diritto pubblico del *Reich* dovesse risultare più attraente per motivi intrinseci alla disciplina. Le opere dedicate al diritto imperiale erano spendibili da parte dei loro autori in tutte le università del *Reich*, potevano incontrare un interesse extra-regionale e apparire negli organi di pubblicazione centrali. Anche i corsi di diritto imperiale per gli studenti erano ormai più importanti e più attraenti rispetto a quelli dedicati al diritto pubblico di un singolo territorio. In conclusione, sviluppare una problematica esaustiva partendo da materiale limitato a un certo piano territoriale — cosa che riuscì per esempio a Richard Thoma — finché non si disponeva di una « parte generale » era assai difficile, soprattutto nel campo del diritto amministrativo.

⁽²⁷⁸⁾ R. MORSEY, *Die oberste Reichsverwaltung unter Bismarck (1867-1890)*, 1957; ID., *Die Aufgaben des Norddeutschen Bundes und des Reiches*, in DVG, III, 138 ss.

⁽²⁷⁹⁾ R. GRAF HUE DE GRAIS, *Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiches*, 19^a ristampa 1908, 1.

CAPITOLO VIII

IL DIRITTO PUBBLICO GENERALE TEDESCO - LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO DELL'IMPERO

I. Il diritto pubblico generale tedesco fino alla fondazione dell'Impero (1850-1866) — 1. Introduzione. — 2. I compendi di diritto della Confederazione germanica. — 3. Nuove esposizioni apparse prima del 1866. — II. « Metodo giuridico » e scienza del diritto pubblico dell'Impero. — 1. Mutamenti metodologici nel diritto civile. — 2. Mutamenti metodologici nel diritto pubblico: C.F. von Gerber. — 3. L'irruzione del diritto pubblico positivo. — 4. P. Laband. — III. La scienza del diritto pubblico fino alla guerra mondiale. — 1. Contemporanei e oppositori di Laband. — 2. Il positivismo storicamente fondato. — 3. La scienza materiale del diritto pubblico. — 4. La dottrina della *Genossenschaft* e l'auto-amministrazione come modelli alternativi. — IV. Le questioni dogmatiche fondamentali. — 1. Stato federale o confederazione. — 2. La « persona giuridica » e i suoi organi. — 3. Legge e regolamento, il doppio concetto di legge. — 4. Diritti fondamentali e diritti pubblici soggettivi. — 5. Diritto costituzionale non scritto. Mutamenti costituzionali. — V. Le riviste.

I. *Il diritto pubblico generale tedesco fino alla fondazione dell'Impero (1850-1866).*

1. *Introduzione.*

La fase politicamente più drammatica della seconda metà dell'Ottocento fu quella racchiusa nel quinquennio che va dal 1866 al 1871. In questo periodo si impose con rapidità e violenza la soluzione al problema nazionale secondo la formula della « piccola Germania ». Al posto della Confederazione germanica si affermò l'Impero, all'interno del quale la Prussia estese i propri confini e diventò potentissima.

Questi avvenimenti ebbero notevoli effetti sulla storia della scienza del diritto pubblico. Nel quadro di tale disciplina era stato sviluppato il « diritto pubblico generale tedesco », che nel periodo

della Confederazione germanica aveva fornito elementi di coesione e aveva funzionato da « surrogato di un'unità statale assente » (1), e che adesso lasciava il posto al « diritto pubblico dell'Impero ». Il diritto costituzionale della Confederazione germanica del Nord e dell'Impero era diritto vigente in senso proprio, mentre il « diritto pubblico generale tedesco » aveva sempre dovuto convivere con l'incapacità di giustificare la propria validità. Sebbene questo nuovo diritto pubblico del *Reich* fosse piuttosto lacunoso, esso era in grado di offrire al lavoro del giurista un fondamento molto più certo di quanto non si fosse visto fin ad allora. Il diritto pubblico lasciò dunque le vette della speculazione e tornò su un suolo ben saldo. « La scienza del diritto pubblico tedesco, fino a questo momento una disciplina *in partibus*, attraverso la fondazione dell'Impero ha finalmente ottenuto una solida base positiva, cessando di costruire semplicemente un diritto pubblico *in hypothesi* » (2). La soddisfazione espressa da queste parole era un sentimento comune.

Il 1866 fu dunque l'anno della cesura decisiva. L'esperto di diritto pubblico Hermann Schulze, nativo di Breslavia, parlò persino di « storica catastrofe mondiale del 1866 » affermando che « l'anno 1866 ha per la pratica e per la teoria del diritto pubblico tedesco lo stesso significato che ha avuto il 1806 » (3). Effettivamente sembra proprio che questa cesura della storia costituzionale sia strettamente collegata al punto di svolta della storia della scienza del diritto pubblico di questo stesso periodo (4). Il congelamento della poco amata Confederazione germanica, la fine del conflitto costituzionale come conseguenza della battaglia di Sadowa, insieme alla graduale fondazione del *Reich*, scossero il diritto pubblico dalle fondamenta.

(1) H. SCHULZE, *Ueber Princip, Methode und Systeme des deutsches Staatsrechts*, in « Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte », a cura di K.L. AEGIDI, I (1867), 451.

(2) J. v. HELD, *Die Verfassung des Deutschen Reiches vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet*, Leipzig, 1872, 202 s.

(3) H. SCHULZE, *Die Krisis des Deutschen Staatsrechts im Jahre 1866. Nachtrag zur Einleitung in das Deutsche Staatsrecht*, Leipzig 1867, premessa.

(4) F.P. KAHLBERG, *Das Epochenjahr 1866 in der deutschen Geschichte*, in M. STÜRMER, (a cura di), *Das Kaiserliche Deutschland*, 1970, 51-54; K.G. FABER, *Realpolitik als Ideologie. Die Bedeutung des Jahres 1866 für das politische Denken in Deutschland*, in HZ, 203 (1966), 1-45.

Ma non si trattò soltanto del passaggio da un diritto elaborato a livello accademico a un diritto stabilito a livello statale. Si può osservare un profondo cambiamento anche dal punto di vista metodologico ⁽⁵⁾. Intorno al 1866 si assiste a una vistosa e sempre maggiore creatività in campo giuridico. Essa si concretizza in opere che furono percepite come « nuove » già dai contemporanei. Nel torno di pochi anni fanno la loro comparsa il trattato di Carl Friedrich von Gerber *Ueber öffentliche Rechte* (1852), il saggio di Rudolf von Jhering *Unsere Aufgabe* (1857), i tentativi di Ferdinand Franz von Mayer di creare un *Allgemeiner Teil* del diritto amministrativo (1857-1862), *Der Rechtsstaat* (1864) di Otto Bähr, la *Einleitung in das deutsche Staatsrecht* (1865) di Hermann Schulze, e infine l'epocale *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes* (1865) di Gerber nonché il primo tomo del *Genossenschaftsrecht* (1868) di Otto von Gierke. L'accesa discussione sull'unico volume della « Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte » (1867) di Karl Ludwig Aegidi (1825-1901) è il segnale rivelatore del momento di svolta ⁽⁶⁾. Il vecchio e il nuovo modo di concepire il diritto pubblico erano ancora formalmente compresenti, ma la separazione era imminente. Il problema era quello di capire quale concezione sarebbe stata in futuro intesa come « scientifica ». Considerata la forte stigmatizzazione che accompagnava il termine « non scientifico » anche nell'ambiente dei giuristi dell'epoca, le discussioni su questo tema furono condotte con una certa vivacità. I fautori del nuovo indirizzo erano ben consapevoli della novità che rappresentavano ⁽⁷⁾ già a partire dal 1865, o al più tardi dalla comparsa dello scritto programmatico *Das Budgetrecht* (1871) di Paul Laband. Nel 1865 i *Grundzüge* di Gerber — sotto il titolo *Die*

⁽⁵⁾ R. SMEND, *Der Einfluß der deutschen Staats- und Verwaltungsrechtslehre des 19. Jahrhunderts auf das Leben in Verfassung und Verwaltung*, in Id., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2ª ed. 1968, 326 ss.

⁽⁶⁾ P.V. OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974, 154-157. Testimonianze della corrispondenza di Aegidi in J. JESSEN, *Die Selbstzeugnisse der deutschen Juristen*, 1983, 170.

⁽⁷⁾ P. LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, in « Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen », 1871, 1-83 (estratto, rist. 1971).

juristische Construction im öffentlichen Recht — erano stati discussi come un lavoro destinato ad aprire una nuova epoca del diritto pubblico ⁽⁸⁾. Mohl era giunto a riconoscere l'opera, malgrado tutte le critiche, come « magistrale » sul piano formale ⁽⁹⁾. Anche Hermann Schulze concordò con il suo « metodo giuridico », anche se allo stesso tempo difese, contro l'idea di Gerber, la propria concezione dello Stato come « organismo », e insistette sul fatto che « il ricco e vivo contenuto delle scienze giuridiche che studiano il diritto pubblico » dovesse essere mantenuto così come era ⁽¹⁰⁾. Inoltre, nel 1869, venne pubblicata da parte di W.E. Lindgren un'opera basata interamente sulla linea di pensiero di Gerber e Laband, con il sottotitolo *Versuch einer juristischen Construction des Staatsrechts und der Staatsgewalt* ⁽¹¹⁾.

Intorno al 1866 la comunità scientifica degli studiosi di diritto pubblico era dunque presa in un certo senso dalla febbre dell'innovazione. Si aveva l'impressione di essere giunti a una svolta decisiva dal punto di vista metodologico, e in quell'anno 1866 ci si rendeva altresì conto che il precedente orientamento degli studi giuspubblicistici, che si era rivolto tra l'altro all'analisi del diritto della Confederazione germanica, non si era concentrato su un aspetto importante quale il materiale di diritto positivo formato fino a quel momento ⁽¹²⁾.

2. *I compendi di diritto della Confederazione germanica.*

Sebbene dopo il 1850 vigesse l'opinione, soprattutto tra i liberali delusi, che la Confederazione germanica fosse un oggetto indegno di dotte discussioni di diritto pubblico e dovesse per questo fungere da mera appendice al « reale » studio del diritto, un attento osservatore del 1867 era in grado di registrare « una rielaborazione effettuata in

⁽⁸⁾ K. V. FRICKER, *Die juristische Construction im öffentlichen Recht*, in ZgStW, 21 (1865) 465-482.

⁽⁹⁾ R. v. MOHL, in « Aegidis Zeitschrift », I (1867), 363, 367.

⁽¹⁰⁾ H. SCHULZE, *Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrechts*, in « Aegidis Zeitschrift », I (1867), 417-451 (426).

⁽¹¹⁾ Cfr. nt. 116.

⁽¹²⁾ Fondamentale l'opera di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979, 127 ss.

tempi recenti del diritto pubblico generale tedesco » (13). I rappresentanti del vecchio indirizzo di studio, come Heinrich Zöpfl e Heinrich Albert Zachariä, avevano fondato i loro lavori più importanti partendo dal presupposto che la Confederazione germanica continuasse ad esistere ed erano propensi a restare fedeli alla linea seguita fino a quel momento. Zöpfl si impegnò anche politicamente per il mantenimento della Confederazione germanica.

Il punto di partenza giuridico della nuova epoca fu, dopo il fallimento delle Conferenze di Dresda del 15 maggio 1850, la ricostituzione della Confederazione germanica. Non si registrarono cambiamenti in merito alle strutture della Confederazione. I giuristi continuarono perciò a lavorare con il vecchio armamentario normativo, e non fecero altro che aggiungere appendici e aggiornare le note a piè di pagina. Furono così pubblicate la quarta e la quinta edizione, rispettivamente negli anni 1855 e 1863, del già citato manuale di Heinrich Zöpfl, ormai sempre più schierato su idee di stampo conservatore (14). Questo manuale aveva raggiunto una dimensione straordinaria, come del resto la fama del suo autore, ed era diventato ormai « un ricco deposito sapienziale » (15). Zöpfl non rinunciò all'assunto della « ipotesi dell'esistenza di un'idea nazionale nelle relazioni di diritto pubblico » (16), ma a partire dal 1855 sacrificò a poco a poco il « diritto pubblico generale » al diritto pubblico positivo dei singoli Stati. E naturalmente crebbe anche l'ampiezza dei contributi ad essi dedicati. Più dettagliate erano le specifiche esposizioni, maggiore era il bisogno di continue aggiunte, soprattutto in un periodo connotato da così intensi rivolgimenti.

(13) R. v. MOHL, *Bemerkungen über die neuesten Bearbeitungen des allgemeinen deutschen Staatsrechts*, in « Aegidis Zeitschrift », I (1867), 1 (1867), 358.

(14) H. ZÖPFL, *Allgemeines und deutsches Staatsrecht*, 4^a ed. Leipzig-Heidelberg 1855; la 5^a ed. fu pubblicata con il titolo *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts mit besonderer Rücksicht auf das Allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse*, prima e seconda parte, Leipzig-Heidelberg 1863, (ried. 1975). Su Zöpfl cfr. cap 2, nt. 101, 104.

(15) MOHL, op. cit., 380: « Si è tentati di citare Falstaff: il dispiacere porta l'uomo a fare parodie »; cfr. anche MOHL, *Erinnerungen*, I, 232, sull'« apparizione simile a Falstaff » di Zöpfl e la sua battuta: « Io e la botte di Heidelberg rimaniamo sempre gli stessi ».

(16) Introduzione alla 4^a ed. del 1855, poi di nuovo nella quinta, VIII.

Zöpfl proseguì tuttavia a indagare i mutamenti accorsi nel diritto pubblico ⁽¹⁷⁾, ampliò costantemente le sue due opere maggiori, studiò il diritto pubblico e la storia dello Stato e del diritto, compì oltretutto ampie ricerche di storia giuridica e si dedicò infine, al pari di Ludwig W. A. Pernice (1799-1861) ad Halle, all'attività di esperto di diritto nobiliare ⁽¹⁸⁾. Nel 1877 morì nella città di Heidelberg, senza avere però mai svolto un ruolo veramente significativo nel campo del diritto pubblico imperiale.

Anche un autore sicuramente più rigoroso nell'argomentazione giuridica ⁽¹⁹⁾, il nazional-liberale Heinrich Albert Zachariä ⁽²⁰⁾, dovette confrontarsi nel suo grande manuale *Deutsches Staats- und Bundesrecht* ⁽²¹⁾ con la situazione critica della Confederazione germanica. Le sue speranze nella realizzazione della soluzione politica della « grande Germania » ⁽²²⁾ e nella istituzione di un tribunale federale capace di mitigare le tensioni interne divennero sempre più flebili. Egli dovette, infatti, constatare con amarezza nel 1865 « il

⁽¹⁷⁾ H. ZÖPFL, *Deutsche Union und Deutsches Reich. Entwurf einer allgemeinen Reichsverfassung mit Inbegriff der deutschen Union*, Erfurt, 1850.

⁽¹⁸⁾ H. ZÖPFL, *Ueber Mißbeiraten in den deutschen regierenden Fürstenhäusern überhaupt und in dem Oldenburgischen Gesammthause insbesondere*, Stuttgart, 1853; ID., *Ueber hohen Adel und Ebenbürtigkeit*, Stuttgart 1853; ID., *Die neuesten Angriffe auf die staatsrechtliche Stellung der deutschen Standherren*, Donaueschingen, 1853. In tutto scrisse circa trecento saggi.

⁽¹⁹⁾ Il giudizio di OTTO MEJER, (*Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2^a ed. Freiburg-Tübingen 1884, 248), per il quale Zachariä avrebbe il merito di « aver ricondotto la scienza del diritto pubblico anche nella sua generale configurazione al metodo giuridico », non ha evidentemente tanto lo scopo di accettare il metodo nel senso di Gerber, quanto di raggiungere un punto di vista giuridico indipendente dagli avvenimenti politici. Così in LANDSBERG (III-2, 659), dove appare come « il convinto rappresentante di un diritto rigoroso, un accorto pubblicista, scevro da ogni appartenenza politica. »

⁽²⁰⁾ Cfr. cap. 2, nt. 110; esauriente F. FRENSDORFF, in ADB, 44 (1898), 617-632; cfr. anche LANDSBERG III 2, 658-661 e nt. 283-286. Letteratura più recente in CH. STARCK, in F. LOOS (a cura di) *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, 209-228.

⁽²¹⁾ *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3 voll., Göttingen, 1841-1845; 2^a ed., 2 voll. 1853, 1854; 3^a ed., 2 voll., 1865, 1867.

⁽²²⁾ *Die Reform der deutschen Bundesverfassung auf der Basis des Bestehenden und ohne Ausschluß Österreichs, von einem norddeutschen Publicisten (=H.A. Zachariä)*, Erlangen 1859. Cfr. STARCK (nt. 20), 216 s.

totale fallimento della Confederazione nel risolvere effettivi problemi di natura politica » (23). Proprio quando nel 1867 venne pubblicato il secondo volume del suo manuale, completato nell'autunno del 1866, Zachariä venne eletto come « guelfo » nel parlamento della Confederazione germanica del Nord, certamente non come « particolarista deluso, bensì in qualità di rappresentante del pensiero giuridico preoccupato per le mire di espansione e di conquista che egli scorgeva nella Prussia » (24). Sembra che anche allora egli abbia sperato in una soluzione politica che inglobasse l'Austria. « Alla fine della sua vita », così riassume Starck, « Zachariä dovette riconoscere che lo sviluppo nazionale e costituzionale della Germania, e quindi il corso della sua storia, stava procedendo in una direzione diversa da quella che si era immaginato. Nel parlamento della Confederazione germanica del Nord, di cui egli fece parte per un anno, molte delle richieste da lui sottoscritte e presentate durante le consultazioni costituzionali non furono prese in considerazione. Anche la dottrina dello Stato seguì un'altra strada, o per meglio dire utilizzò un altro metodo. Un anno dopo la sua morte uscì il primo volume dell'opera di Paul Laband dedicata al diritto pubblico imperiale, in cui non si affrontava affatto l'argomento dello scopo dell'esistenza e dei confini dello Stato » (25).

3. *Nuove esposizioni apparse prima del 1866.*

Non ci si limitò però a rielaborare i grandi manuali pubblicati prima del 1848. Molti autori erano attratti dalla sfida di creare nuovi « sistemi », e tra questi in particolare coloro che si occupavano di filosofia del diritto, i quali erano intenzionati a rappresentare su un piano astratto l'ormai dominante modello costituzionale nella sua versione tedesca. Era ormai possibile attingere alla grande quantità di materiale raccolto nei trattati di Zöpfl e Zachariä, e sentirsi dunque alleviati da un imponente carico di lavoro.

(23) H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, 3^a ed., vol I, Göttingen 1865, 244.

(24) LANDSBERG, III-2, e nt. 284.

(25) STARCK, (nt. 20), 287.

a) *J. v. Held.*

Il giurista di Würzburg Joseph von Held (1815-1890), esperto di diritto pubblico, procedette esattamente in questo modo ⁽²⁶⁾. Il suo *System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus* ⁽²⁷⁾ doveva essere, come si poteva leggere nell'introduzione, « non solamente un manuale, bensì un sistema ». Egli limitò i riferimenti dottrinali, ma senza ridurre la trattazione della materia stessa. Held analizza accuratamente le diverse questioni. Nel primo volume affronta, ad esempio, la possibilità di un diritto costituzionale comune tedesco, i « lineamenti generali del diritto pubblico » (natura dello Stato, popolo, nazione, autorità dello Stato) nonché la storia della costituzione. Nel secondo volume, in cui propone più concretamente il suo « sistema », egli studia le idee e gli elementi fondanti delle monarchie costituzionali (concetto di costituzione, principio monarchico, ceti territoriali, diritto dei cittadini e degli stranieri, diritti fondamentali, territorio dello Stato). In questa analisi Held si attiene a una linea argomentativa che non si presta a una netta distinzione tra principî di diritto positivo, principî formulati in base a un procedimento di comparazione giuridica, e principî di tipo filosofico ⁽²⁸⁾. Si trattò effettivamente di « una presentazione molto ampia e scrupolosa, ma anche piuttosto confusa » ⁽²⁹⁾, « forse condizionata dall'opera di Bluntschli sul diritto pubblico generale, comparsa poco tempo prima » ⁽³⁰⁾. L'intenzione di Held era quella di giungere progressivamente da una, come si direbbe forse oggi, dottrina della costituzione dello Stato costituzionale liberale, a un diritto pubblico comune tedesco positivo, da una dottrina generale

⁽²⁶⁾ A. TEICHMANN, in ADB, 50 (1905), 161-163; R. PILOTY, *Ein Jahrhundert bayerischer Staatsrechts-Literatur*, in *Festg. Laband*, Leipzig 1908, vol. I, 262-269; LANDSBERG, III-2, e nt. 346.

⁽²⁷⁾ 2 voll., Würzburg, 1856, 1857.

⁽²⁸⁾ Anche MOHL (nt. 13, 365) critica « il continuo tirare in ballo la filosofia del diritto e la politica ».

⁽²⁹⁾ LANDSBERG, III-2, e nt. 347.

⁽³⁰⁾ PILOTY (nt. 26), 264.

dello Stato e della società a una politica teoricamente fondata ⁽³¹⁾. Questo programma, da lui peraltro ampiamente realizzato, era caratterizzato dalla tensione tra dimensione ideale e dimensione reale dello Stato. L'idealismo di Held risultava a questo punto quasi anacronistico, in un ambiente sempre più positivista e « realista ». La fede nella scienza e nel progresso si univano nell'autore a un personale ideale di sviluppo. Tradotto in termini politici ciò significa che Held è da considerare un sostenitore, pur con una certa venatura liberale, di una monarchia costituzionale orientata nel senso dello Stato di diritto. Anche nel suo rapporto con la Confederazione germanica egli era ben lontano tanto dall'atteggiamento conservatore di Zöpfl quanto dalla severa critica di Mohl. Held era un mite rappresentante del *juste milieu*, e una « natura entusiasta e una fantasia ispirata all'etica » (Piloty) lo elevarono al di sopra delle meschinità della *Realpolitik* e del diritto positivo ⁽³²⁾.

b) *G.A. Grotefend.*

Altro esempio di una completa esposizione del diritto della Confederazione e dei singoli Stati prima del 1866 è rappresentato dall'opera in due tomi di Georg August Grotefend ⁽³³⁾, di tendenze liberali e allora aspirante funzionario amministrativo ad Hannover. L'opera, scritta ad Alsfeld an der Leine, « un luogo dove non è

⁽³¹⁾ J. v. HELD, *Staat und Gesellschaft vom Standpunkte der Geschichte der Menschheit und des Staats. Mit besonderer Rücksicht auf die politischen sozialen Fragen unserer Zeit*, in 3 parti, Leipzig, 1865.

⁽³²⁾ Sul suo scritto a proposito della costituzione imperiale, cfr. nt. 2 e 137.

⁽³³⁾ G.A. GROTEFEND, *System des öffentlichen Rechts der deutschen Staaten*, in 2 parti, Göttingen 1860, 1863. La terza parte, sul diritto pubblico costituzionale, insieme a un capitolo sulla Confederazione germanica, fu pubblicata con il titolo *Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin 1869. — Grotefend riconosce come suoi maestri H.A. Zachariä e Stahl, come modelli dottrinari Mohl e Bluntschli (preambolo, 1863). E tuttavia la critica a Mohl (« *Aegidis Zeitschrift* », I, 1867) è piuttosto dura. — Grotefend si è fatto un nome soprattutto come instancabile editore e commentatore di leggi, regolamenti e decreti tedeschi e prussiani. Ha scritto « compendi » (di diritto finanziario e militare, diritto costituzionale e amministrativo), manuali per l'amministrazione (sull'ordinamento di polizia, amministrazione provinciale e distrettuale, organizzazione amministrativa) e libri di testo (*Preußisches Verwaltungsrecht*, 1890, 1891). Per ragioni di spazio si rimanda a *GV 1700-1910*, vol. 51, 1982, 122-126.

possibile trovare nemmeno il minimo sostegno dottrinale » (come si legge nell'introduzione), è un mero inventario di diritto positivo della Confederazione e dei singoli Stati, che intende respingere ogni traccia di « speculazione », di politica ed etica, e che vuole inoltre bandire l'opera di Held dalla « cerchia delle trattazioni scientifiche del diritto pubblico in Germania »⁽³⁴⁾. Persino gli elementi storici sono considerati « come qualcosa di estraneo al sistema » e non vi trovano posto, venendo ridotti a qualche breve accenno⁽³⁵⁾. Il risultato finale è che non esiste più un diritto pubblico generale tedesco. E tuttavia si intende ancora « il diritto pubblico tedesco come il diritto di un'entità unitaria »⁽³⁶⁾. Seguendo questa linea l'autore arriva rapidamente a trattare i punti che gli interessano: il diritto della Confederazione germanica, la sua costituzione e i suoi organi. Nel secondo volume — nonostante l'intenzione dichiarata di volersi concentrare sul solo diritto positivo — ci si imbatte di nuovo in una dottrina generale dello Stato e nell'analisi del diritto pubblico tedesco e delle discipline che lo studiano, della loro nascita e del loro sviluppo in Germania. Infine sono presentate in maniera sintetica alcune figure giuridiche fondamentali del diritto pubblico tedesco⁽³⁷⁾. In generale si può dunque affermare che il proposito di concentrarsi su un sistema chiuso di diritto positivo non viene realizzato da Grotefend. L'esorcismo metodologico della storia e della dottrina generale dello Stato rimane quasi del tutto privo di effetto — con l'eccezione di Carl Friedrich von Gerber —, e l'aspirata deduzione, a livello di diritto positivo, di un diritto pubblico costituzionale generale, naufraga a causa di una intrinseca contraddizione.

⁽³⁴⁾ GROTEFEND, *System*, (nt. 33), § 4.

⁽³⁵⁾ Prefazione, II, Cassel 1863, VIII.

⁽³⁶⁾ Grotefend nota questa contraddizione ritenendola però solo apparente, in quanto ritiene che non sia possibile altrimenti: poiché un sistema concettuale generale rappresenta un presupposto irrinunciabile per « la conoscenza esatta del diritto stesso » (prefazione, 1863, XI).

⁽³⁷⁾ Parte II, libro III, 1863, 252-274.

c) *K. v. Kaltenborn.*

Diversamente dai liberali moderati quali Held e Grotenfeld, il barone Karl Kaltenborn von Stachau (1817-1866) ⁽³⁸⁾, nativo di Königsberg, è un conservatore, quantomeno al momento della stesura della sua *Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht* ⁽³⁹⁾. La sua posizione a favore dell'« assoluto mantenimento della sovranità dello Stato » non si riconosce solamente dal suo schierarsi a favore di Bismarck all'inizio del conflitto costituzionale, ma anche dal suo passaggio al « Ministero degli esteri » del fallito governo dell'Assia elettorale ⁽⁴⁰⁾ nel 1864 ⁽⁴¹⁾. Il vuoto creatosi a Königsberg per la mancanza di un docente che tenesse i corsi di diritto pubblico fu colmato — e la notizia lo colse di sorpresa — dal giovane storico del diritto ed esperto di diritto commerciale Paul Laband.

Il libro di Kaltenborn del 1863, che si apre con una convenzionale ricostruzione storica della costituzione del *Vormärz* ⁽⁴²⁾, è effettivamente solo un'introduzione dove vengono sviluppati i lineamenti filosofici, politici e storici del diritto pubblico tedesco attra-

⁽³⁸⁾ Karl Kaltenborn von Stachau, (1817-1866), nel 1846 libero docente ad Halle, dal 1852 professore di diritto tedesco e pubblico a Königsberg. A partire dal 1864 funzionario del ministero degli esteri del governo dell'Assia elettorale a Kassel. Cfr. TEICHMANN, in ADB, 15 (1882), 43-45; LANDSBERG, III-2, 653-655 con indicazione degli scritti di Kaltenborn sul diritto internazionale, marittimo e cambiario, e nt. 280. Si tratta soprattutto di *Kritik des Völkerrechts nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft*, Leipzig 1847, *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Jus naturae et gentium sowie der Politik im Reformationszeitalter*, Leipzig 1848, e di *Grundsätze des praktischen europäischen Seerechts*, 2 voll., Berlin, 1851.

⁽³⁹⁾ Leipzig, 1863.

⁽⁴⁰⁾ Al servizio di quel ministero pubblicò *Die Volksvertretung und die Besetzung der Gerichte, besonders des Staatsgerichtshofes*, Leipzig 1864, per dimostrare che la legge dell'Assia elettorale del 17 giugno 1848, prevedendo il diritto di indicazione parlamentare di tutti i posti di giudice della corte suprema di appello, contravveniva alla costituzione della Confederazione germanica e a quella del *Land*.

⁽⁴¹⁾ Simile è la storia di Victor A.H. Pernice (1832-1875): professore di diritto pubblico a Gottinga, nel 1866 lasciò l'incarico e nel 1867 lavorò come delegato al servizio del governo dell'Assia elettorale a Berlino.

⁽⁴²⁾ K. v. KALTENBORN, *Geschichte der deutschen Bundesverhältnisse und Einheitsbestrebungen von 1806-1857 unter Berücksichtigung der Entwicklung der Landesverfassungen*, 2 voll., Berlin 1857.

verso una sistematica intersecazione di elementi della scuola storica del diritto e di elementi della concezione giuridica di Hegel. Questo libro fu accolto in generale senza particolari entusiasmi se non in modo del tutto negativo ⁽⁴³⁾.

d) *O. Mejer.*

All'interno di una trattazione che ha per oggetto la letteratura giuridica antecedente il 1866, pare opportuno accennare anche all'opera di Otto Mejer (1818-1893) ⁽⁴⁴⁾, la cui apprezzata *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, come afferma Landsberg, rappresentò nel 1861, anno in cui apparve per la prima volta, un utile contributo, molto informato dal punto di vista storico ⁽⁴⁵⁾. Mejer era prima di tutto un importante rappresentante del diritto ecclesiastico, evangelico, strettamente luterano, allievo di Aemilius Ludwig Richter (1808-1864) ⁽⁴⁶⁾. La sua *Einleitung*, che Philipp Zorn considera, forse un po' troppo enfaticamente — accanto ai *Grundzüge* di Gerber — come « il risultato di maggior valore della nuova scienza del diritto pubblico prima del 1866 » ⁽⁴⁷⁾, si propone, attraverso una breve analisi di dottrina generale dello Stato, di chiarire alcuni concetti di base, e descrive la storia del Sacro Romano Impero fino al 1806, poi della Confederazione renana e della Confederazione germanica, per giungere, in una seconda nuova edizione (1884), a trattare il periodo che giunge fino alla fondazione dell'Impero. La sua profonda convinzione nell'intima relazione esistente tra i diritti dei singoli Stati proviene dalla scuola storica del diritto e si fonda sul comune strato storico e sui principî elaborati dalle scienze giuridiche. Ma per Mejer il diritto pubblico positivo sicuramente non è un prodotto della storia o dello spirito del popolo, bensì un prodotto creato a livello statale. Lo Stato e la società sono visti, sulla scia di

⁽⁴³⁾ Cfr. MOHL (nt. 13).

⁽⁴⁴⁾ PH. ZORN, in ADB, 52 (1906), 297-301; LANDSBERG, III-2 e nt. 256.

⁽⁴⁵⁾ LANDSBERG, III-2, 581.

⁽⁴⁶⁾ A. v. SCHULTE, in ADB, 53 (1907), 340-343.

⁽⁴⁷⁾ Rostock 1861; 2ª ed. Freiburg-Tübingen 1884. — PH. ZORN, *Die Entwicklung der Staatsrechtswissenschaft seit 1866*, in JöR, 1 (1907), 47-81.

Stein e Mohl ⁽⁴⁸⁾, come separati, e ciò nonostante lo Stato appare come un « impero etico », nel senso di Stahl ⁽⁴⁹⁾, che trascende la società. In quanto monarchia costituzionale esso è anche uno Stato costituzionale che opera attraverso un'amministrazione, la quale si rappresenta come una « viva funzione della costituzione, da cui in realtà non si lascia scindere » ⁽⁵⁰⁾. Nel 1884 Mejer, guardandosi indietro, considerò che la prima edizione della sua opera era stata « messa in un angolo » dalla fondazione dell'Impero, venendo così « relegata nel campo della mera storia ».

e) *H. Schulze (v. Gaevernitz)*.

La più interessante tra queste opere del periodo anteriore al 1866, specialmente in rapporto a Gerber, è la *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, scritta dall'allora giovane esperto di diritto pubblico di Breslavia Hermann Schulze (1824-1888) ⁽⁵¹⁾ nel 1865 ⁽⁵²⁾. Essa mostra come Schulze si fosse prefissato di arrivare a esporre « un sistema completo di diritto pubblico » che potesse assomigliare almeno nella forma a quello di Held, ma la fondazione della Confederazione germanica del Nord glielo impedì. Schulze reagì da principio con l'aggiunta di una ricostruzione storica ⁽⁵³⁾, poi rinviò del tutto il progetto originale. Nel frattempo diede alla luce il grande testo dedicato al diritto pubblico prussiano (1872-1877) che abbiamo in precedenza citato ⁽⁵⁴⁾. Solamente un decennio più tardi, per effetto delle opere che Gerber e Laband avevano nel frattempo

⁽⁴⁸⁾ L. v. STEIN, *Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Geschichte der französische Revolution bis zum Jahre 1830*, Leipzig 1850 (2^a ed. 1855); R. v. MOHL, *Die Staatswissenschaften und die Gesellschaftswissenschaften*, in ZgStW, 1851 (anche in MOHL, I, 67 ss.).

⁽⁴⁹⁾ 2^a ed. 1884, 6.

⁽⁵⁰⁾ 2^a ed. 1884, 13.

⁽⁵¹⁾ Dopo aver ottenuto il titolo nobiliare cambiò nome in H. Schulze-v. Gaevernitz. Cfr. K.F. HEIMBURGER, in « Bad. Biographie », parte III (1881), 417-433; LANDSBERG, in ADB, 33 (1891), 1-3, con aggiunta in ADB, 36 (1893), 791; Id., *Geschichte*, III-2, 976 s. e nt. 405 s.; DRÜLL, 249.

⁽⁵²⁾ Leipzig 1865.

⁽⁵³⁾ H. SCHULZE, *Die Krisis* (nt. 3); questo testo fu poi integrato nella seconda edizione della *Einleitung*, Leipzig 1867.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. cap. 7, nt. 146.

pubblicato, tale proposito sarebbe stato portato a compimento, seppur in forma diversa, con il titolo *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* (1881-86).

La « introduzione » di Schulze si basa su una serie di convincimenti che rinviano alla vecchia dottrina dello Stato⁽⁵⁵⁾. Schulze è « profondamente condizionato dal valore di una giustificazione filosofica e storica » del diritto positivo; egli non sovrappone i piani, ma punta alla « spiritualizzazione di questa materia positiva attraverso l'interpretazione dell'intrinseco rapporto tra ciò che è diventato diritto positivo e le idee e i compiti più alti dell'umanità tutta »⁽⁵⁶⁾. In questo senso egli opera una prima definizione del diritto pubblico come disciplina (posizione, organizzazione, fonti, scienze ausiliarie, storia della dottrina, compiti, metodo e sistema), seguita da una dottrina generale dello Stato (« diritto pubblico ») e da una storia costituzionale che giunge fino a quei giorni.

Le posizioni fondamentali di Schulze — lo Stato come organismo vivo dotato della « più alta personalità collettiva »⁽⁵⁷⁾, il riconoscimento della sovranità allo Stato, la dottrina dello scopo dello Stato (creazione di un ordinamento giuridico in cui è prevista una forte incentivazione al raggiungimento di quegli obiettivi che necessitano di uno sforzo comune)⁽⁵⁸⁾ e i vincoli giuridici del sovrano in una monarchia costituzionale⁽⁵⁹⁾ — ne restituiscono l'immagine di un teorico fortemente legato alla tradizione del diritto pubblico dell'*ancien régime* e del *Vormärz*, capace di aderire alla

⁽⁵⁵⁾ Dettagli in v. OERTZEN (nt. 6), 123 ss. (126). Questi legami si notano anche dal fatto che Schulze, al pari di Zöpfl e poi Heffter e Rehm, diventò specialista del diritto nobiliare. Cfr. H. SCHULZE, *Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenhäusern und seine Bedeutung für die deutsche Staatsentwicklung*, Leipzig 1851; Id., *Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser*, 3 voll., Jena 1862, 1878, 1881, 1883; Id., *Deutsches Staatsrecht*, vol. I, Leipzig 1881, 205 ss.

⁽⁵⁶⁾ *Einleitung*, 1865, premessa VII s.

⁽⁵⁷⁾ *Einleitung*, 1867, § 28.

⁽⁵⁸⁾ È questa la sua dottrina, che rinvia a Stahl e Mohl, della *Totalität des Staatszwecks* (*Einleitung*, § 31, 36-40).

⁽⁵⁹⁾ La monarchia costituzionale è per Schulze « la forma statale del presente, risultato della coscienza giuridica dell'intera nazione tedesca, dal cui principio fondamentale devono derivare le tesi più importanti dell'odierno diritto pubblico », in *Ueber Princip* (nt. 1), 441.

corrente positivista sempre più imperante, senza per questo rinnegare una eredità filosofica e storica fondamentale.

Se si considera il saggio metodologico di Schulze scritto tra la fine del 1865 e l'inizio del 1866 come una reazione ai *Grundzüge* di Gerber⁽⁶⁰⁾, si riconosce la portata della svolta metodologica intorno al 1866: Schulze non abbandona l'idea dello Stato come organismo, anzi questa concezione lo porta a modificare la tesi, accolta invece da Gerber, dello Stato come persona giuridica, e a difendere fino a poco prima del tramonto della Confederazione germanica la disciplina del « diritto pubblico comune tedesco », riproponendo con una minuta analisi la relazione spirituale esistente tra la dottrina dello Stato, la storia del diritto e il diritto pubblico positivo⁽⁶¹⁾. Per quanto riguarda il diritto amministrativo, Schulze ne ritiene possibile un futuro sviluppo⁽⁶²⁾. Egli si mostra ben consapevole delle difficoltà a cui andava incontro la dottrina del diritto pubblico per il fatto che l'assetto della Confederazione germanica rappresentava un'« anomalia ». La Confederazione germanica non era un « vivo organismo » nel senso di Schulze, e nel periodo della sua esistenza le scienze giuridiche continuarono a essere soltanto un « surrogato ». Quando il saggio fu pubblicato, la Confederazione germanica era già stata abolita e l'unità statale era oramai a portata.

II. « Metodo giuridico » e scienza del diritto pubblico dell'Impero.

1. Mutamenti metodologici nel diritto civile.

Il passaggio dalle idee sul metodo che avevano caratterizzato la prima « scuola storica del diritto » a quelle propugnate dal positivismo scientifico e giuridico nella seconda metà dell'Ottocento si verificò, almeno nell'ottica fino ad oggi dominante nella storia del

⁽⁶⁰⁾ Cfr. nt. 1.

⁽⁶¹⁾ Cfr. a questo proposito l'esplicito consenso alle tesi di Schulze di F. STÖRK, *Zur Methodik im öffentlichen Recht*, Wien 1885, 52.

⁽⁶²⁾ « Approfondendo le riflessioni sulla nostra amministrazione statale, e considerando più accuratamente il diritto pubblico nelle lezioni universitarie, può accadere che il diritto amministrativo possa essere introdotto come disciplina giuridica accanto alla scienza dell'amministrazione, il diritto di polizia accanto alla scienza di polizia, e il diritto finanziario accanto alle scienze finanziarie », (cfr. nt. 1) 420.

diritto, soprattutto nel campo del diritto civile ⁽⁶³⁾. I pandettisti, da Georg Friedrich Puchta (1798-1846) alla generazione immediatamente successiva (Vangerow, Brinz, Bekker, Regelsberger, Arndts, Dernburg) fino ad arrivare a Bernhard Windscheid (1817-1892) ⁽⁶⁴⁾, completarono gradualmente questo passaggio e alla fine giunsero a un quasi completo rivolgimento delle premesse metodologiche di partenza e a un ripensamento delle priorità nel rapporto tra scienza e legislazione. Il Savigny del 1814, che aveva sostenuto lo sviluppo graduale di una scienza giuridica i cui risultati avrebbero potuto essere tradotti in una codificazione soltanto in una prospettiva di lungo termine, aveva avuto ragione sul piano fattuale, ancor prima che per la sua autorevolezza, perché lo Stato nazionale detentore del potere legislativo non era stato realizzato prima.

Il prezzo che dovette essere pagato per la formulazione scientifica di concetti giuridici adatti alla codificazione fu, tuttavia, alto. Fu necessario procedere a una conseguente rimozione del diritto naturale ⁽⁶⁵⁾ e in generale dei fondamenti metafisici del diritto, nonché di un realismo concettuale de-storicizzato, al fine di rendere possibile, attraverso questa coerente depurazione dal pensiero giuridico degli elementi non-giuridici, la creazione di una piramide concettuale priva di lacune *per definitionem*. Questo programma sembrava adeguato non soltanto a istituire delle difese contro le pressioni politiche e a offrire determinate garanzie alla certezza del diritto, ma anche a conferire una « scientificità » — e un corrispondente *status* — alla giurisprudenza ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶³⁾ WIEACKER, 399 ss. 430 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, 1989; J. RÜCKERT, *Bernhard Windscheid und seine Jurisprudenz „als solche“ im liberalen Rechtsstaat (1817-1892)*, in *JuS*, 1992, 902-908.

⁽⁶⁵⁾ Il punto d'arrivo è notoriamente costituito da K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, vol. 1, Leipzig, 1892. Cfr. D. LANG-HINRICHSEN, in *NDB*, 2 (1955), 77; J. LLAMBIAS DE AZEVEDO, *Betrachtungen über Bergbohms Kritik an der Naturrechtslehre*, in *ARSP*, 51 (1965), supplemento 41, 163-199; *ARSP*, 55 (1969), 87-107; R. KASS, *Karl Bergbohms Kritik der Naturrechtslehre des ausgehenden 19. Jahrhunderts*, tesi, Kiel 1973.

⁽⁶⁶⁾ W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, 1958; v. OERTZEN (cfr. nt. 6); parallelemente H. SCHNÄDELBACH, *Philosophie in Deutschland 1831-1933*, 1983, 102 ss.

2. *Mutamenti metodologici nel diritto pubblico: C.F. v. Gerber.*

Per poter analizzare il cambiamento di metodo nel diritto pubblico occorre tener presente nel suo insieme la situazione generale della scienza giuridica cui abbiamo fin qui accennato ⁽⁶⁷⁾. Rudolf von Jhering (1818-1892) aveva dapprima raccomandato il « metodo storico-naturale, ma chiamiamolo da questo momento metodo giuridico » ⁽⁶⁸⁾, e aveva praticato un costruttivismo estremo ⁽⁶⁹⁾. Egli trovò in Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) uno stretto alleato ⁽⁷⁰⁾. Ma quando Jhering, a partire dal 1859, anche in seguito alle reazioni suscitate dal famoso « caso del carbone », cominciò a smontare di proprio pugno i suoi postulati metodologici ⁽⁷¹⁾, l'amicizia tra i due si raffreddò, anche perché Gerber non rinunciò alle proprie posizioni. Come Jhering, anche Gerber era un allievo di Puchta, e comunque il suo campo di indagine principale era il diritto privato tedesco. Professore a Jena nel 1846, poi nel 1847 a Erlangen, Gerber in seguito passò — in qualità di successore di Wächter, anche se dal punto di vista strettamente tecnico sembrava piuttosto un successore di Reyscher — ⁽⁷²⁾ all'Università di Tubinga ⁽⁷³⁾, di cui nel 1855 divenne anche economo. Nel 1862 ritornò per qualche tempo a Jena, e nel 1863 lo ritroviamo a Lipsia. Dal 1871

⁽⁶⁷⁾ FIORAVANTI, (cfr. nt. 12), 252 ss.

⁽⁶⁸⁾ R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, in « Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts », a cura di C.F. v. Gerber e R. Jhering, vol. I (1857), 1-52 (21); per la nascita di questa rivista cfr. LANDSBERG, III-2, p. 800.

⁽⁶⁹⁾ LANDSBERG, III-2, 788-800; WIEACKER, 434, 450 ss.; F. WIEACKER-CH. WOLLSCHLÄGER (a cura di), *Jheringserbe*, 1970; W. PLEISTER, *Persönlichkeit, Wille und Freiheit im Werke Jherings*, 1982; O. BEHREND, *Jhering (1818-1892). Der Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, 1987, 229-269 (252 ss.).

⁽⁷⁰⁾ LANDSBERG, III-2, 788-800 ss. e nt. 334; M.G. LOSANO, *Der Briefwechsel zwischen Jhering und Gerber. Studien über Jhering und Gerber*, 2 voll., 1984.

⁽⁷¹⁾ JHERING, *Vertrauliche Briefe über die heutige Jurisprudenz von einem Unbekannten an die Herausgeber der Preußischen Gerichtszeitung, 1861-1866*, in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1891; cfr. LANDSBERG, III-2, 808; WILHELM (nt. 66), 72 ss.; BEHREND (nt. 69); FALK (nt. 64) 52 ss.

⁽⁷²⁾ J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre*, 1974, 71, 157, 381.

⁽⁷³⁾ Discorso inaugurale « Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft », Tübingen 1851 (senza il preambolo in *Ges. Jurist. Abhandlungen*, Jena 1872, vol. I, 1-14,

fino alla morte si mostrò un eccellente ministro dell'istruzione in Sassonia e rese meritevoli servigi all'Università di Lipsia (74).

Gerber fu un intellettuale precoce. Ottenne l'abilitazione all'insegnamento accademico all'età di 21 anni e a 23 era titolare di una cattedra universitaria. Le sue opzioni teoriche e politiche si delinearono ben presto. Conservatore dal punto di vista politico, a Tubinga godeva della benevolenza del « vecchio re, divenuto sensibile in materia politica » (75). Germanisti liberali come Beseler e Reyscher non lo apprezzavano molto. Essi valutavano negativamente l'importanza da lui attribuita ai privilegi nobiliari, al feudalesimo e agli oneri fondiari, che aveva individuato come presunti elementi « tedeschi » nel suo *System des deutschen Privatrechts* (1848-49). Inoltre, essi criticavano il punto di vista per il quale Gerber sosteneva che non esistesse più un diritto privato tedesco comune considerabile propriamente come diritto vigente (76). Pur non arrivando a eliminare la trattazione scientifica dell'oggetto, che egli riteneva, anzi, particolarmente necessaria, negare la validità del diritto privato significava in pratica rinunciare alla teoria della genesi del diritto elaborata dalla scuola storica (77). Con la sua opera *System des deutschen Privatrechts* (78) il venticinquenne Gerber aspirava al raggiungimento di nuovi obiettivi « non romantici »: al posto di una compilativa descrizione delle istituzioni giuridiche tedesche, di queste egli proponeva una capillare e precisa concettualizzazione; al posto di un elenco alla rinfusa, un'articolazione fortemente sistematica dei concetti; al posto di uno sviluppo organico, la « analisi e la

« Über deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft überhaupt »). Vedi anche RÜCKERT, (nt. 72), 180.

(74) H. BESCHORNER, in ADB, 49 (1904) 291-297; B. KOEHLER, *Gerber*, in HRG, I (1971) 1530-1532; WILHELM (nt. 66) p. 88 ss.; v. OERTZEN (nt. 6), p. 163 ss.

(75) RÜCKERT (nt. 72), 180.

(76) C.F. GERBER, *Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts. Eine germanistische Abhandlung*, Jena 1846. Non è chiaro se questo punto di vista rappresenti la maggioranza o la minoranza degli autori. Parecchi germanisti tendevano, per ragioni di parità nei confronti del diritto romano, ad affermare l'esistenza di un « diritto oggi vigente » anche nell'ambito del diritto tedesco.

(77) GERBER (nt. 76), 272 ss.; LANDSBERG, III-2, 81 s.

(78) Jena 1848-49; 1^a e 7^a ed. 1849-1860; 8^a ed. rielaborata e migliorata, Jena 1863; 12^a ed. migliorata Jena 1875; la 16^a ed. apparve ai tempi di Gerber, la 17^a a Jena nel 1895, completata da Konrad Cosack. — Per la metodologia cfr. v. OERTZEN (nt. 6), 216-238.

costruzione logica dell'elemento puramente giuridico»⁽⁷⁹⁾, per poter poi raggiungere, come egli dice, «una coerente separazione della dimensione storica da quella dogmatica, e in particolar modo tra la dimensione del diritto pubblico e della politica e la dimensione del diritto privato»⁽⁸⁰⁾. Non meraviglia che un tale procedimento suscitasse la reazione dei «veri» germanisti. In particolare Otto Gierke parlò di una «mutilazione romanizzante del pensiero giuridico tedesco» e giunse ad accusare Gerber di avere ucciso «l'anima tedesca nel diritto tedesco»⁽⁸¹⁾.

Le intenzioni fondamentali di Gerber possono essere riassunte in breve. Il problema era quello di procedere a una trasposizione del «metodo giuridico costruttivo» nel diritto pubblico, eliminando di conseguenza i punti di vista politico, filosofico e storico; il bisogno era quello di una «netta e corretta precisazione dei principî dogmatici fondamentali» e «di creare un sistema scientifico [...] in cui le singole strutture si profilano come lo sviluppo di un pensiero unitario»⁽⁸²⁾. Ed effettivamente Gerber riuscì a imporre queste idee. Il suo linguaggio, energico e autoritario, ne indicava la dire-

(79) L'allusione alla terminologia della chimica e della tecnica nei termini usati in campo giuridico come «analisi», «costruzione» ed «elemento puro», è documentabile in una lettera di Jhering a Gerber del 17 luglio 1852, in cui Jhering rapporta l'analisi giuridica a quella chimica. Cfr. D. TRIPP, *Der Einfluß des naturwissenschaftlichen, philosophischen und historischen Positivismus auf die deutsche Rechtslehre im 19. Jahrhundert*, 1983, p. 151 ss. Il tono ironico di Jhering, che nel 1861 disse «come una donna oggigiorno non osa apparire in pubblico senza crinolina, così un cultore del diritto civile non osa rinunciare all'uso del termine costruzione» (nt. 71), a quanto pare non fu colto dai giuristi, dato che il successo di queste espressioni era soltanto all'inizio.

(80) Premessa, 1848.

(81) O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, vol. I, Leipzig 1895, 92; ID., *Grundriß des deutschen Privatrechts*, in F. v. HOLTZENDORFF-J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, 7^a ed. 1915, vol. I, 148. In H. BRUNNER, *Das anglonormannische Erbfolgesystem*, Leipzig 1869, 7 s., Gerber appare come «il becchino della visione germanistica del diritto».

(82) GERBER, *Grundzüge* (vedi nt. 93), 1865, premessa; M.G. LOSANO, *Der Begriff „System“ bei Gerber*, in *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedenkschrift für Ilmar Cammello*, 1984, 647-665; v. OERTZEN (nt. 6) e ID., *Die Bedeutung C.F. v. Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festschrift für R. Smend*, 1962, 183-208; M. NIGRO, *Il «segreto» di Gerber*, in «Quaderni fiorentini», 2 (1973), 293-333, dove è presente una chiara distinzione delle posizioni politiche e teoriche di Gerber.

zione. Ma è chiaro che se le sue intenzioni diventarono la « tendenza dominante » non fu solo per merito di Gerber. Fondamentalmente egli tradusse in parole una tendenza generale che stava diventando sempre più forte, la elevò alla coscienza generale e dimostrò sulla base di poche opere e in modo magistrale ciò che egli intendeva per « costruzione » e « metodo giuridico ».

Lo stimolo iniziale che portò Gerber a questo tipo di posizione è sempre stato visto nella famosa recensione di Wilhelm Eduard Albrecht del 1837, nella quale venne dibattuto il problema della definizione dello Stato come persona giuridica, ovvero l'esigenza di procedere a una decisa interpretazione « giuridico-pubblicistica » dello Stato; allo stesso tempo si trattava, naturalmente, dal punto di vista politico, di una difesa contro l'idea, percepita come reazionaria, di concepire lo Stato come un'entità patrimoniale, di diritto privato ⁽⁸³⁾. L'uso del termine « persona giuridica », proveniente dal diritto civile e nuova versione della vecchia *persona moralis* ⁽⁸⁴⁾, ha i suoi precursori nella pandettistica e il suo parallelo nella dottrina dello Stato organico-idealistica di Schmitthenner ⁽⁸⁵⁾. Anche quest'ultimo dovette ricorrere al concetto di « personalità » per spiegare l'essenza dello Stato. Eppure sembra plausibile che l'intuizione originale sia scattata in Albrecht e da lui sia passata poi direttamente a Gerber, suo allievo a Lipsia ⁽⁸⁶⁾. Gerber, comunque, non accettò subito la formula dello « Stato persona giuridica », in quanto temeva

⁽⁸³⁾ Cfr. cap. 2, III-5; LANDSBERG, III-2, 826; Maurenbrecher reagì con lo scritto *Über die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität* (1839), in cui Gerber vide « un'incredibile confusione concettuale » (GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, 13).

⁽⁸⁴⁾ H. DENZER, *Die Ursprünge der Lehre von der juristischen Person (persona moralis) in Deutschland und ihre Bedeutung für die Vorstellung von der Staatspersönlichkeit*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, vol III, Firenze 1977, 1189-1202.

⁽⁸⁵⁾ Cfr. cap. 3, nt. 403. Gerber criticò la sua posizione definendola « del tutto al di fuori del pensiero giuridico ».

⁽⁸⁶⁾ Probabilmente l'esperto di diritto pubblico di Göttinga Eduard Wippermann può aver svolto un certo ruolo nel determinare questa idea. Cfr. Id., *Über die Natur des Staates*, Göttingen 1844, 36 ss. L'autore non prende una posizione chiara e collega la definizione di « persona giuridica » alla teoria, da lui disprezzata, della sovranità popolare (41, nt. 1).

di introdurre ulteriori elementi del pensiero giuridico civilistico nel campo del diritto pubblico. Nel suo breve scritto *Ueber öffentliche Rechte* (87) egli mostrò ancora forti riserve a procedere in questo senso, soprattutto per l'apparente degradazione del monarca a « organo » di una persona giuridica, ma anche a causa della convenzione linguistica secondo la quale l'« organismo » Stato era da considerare come « personalità etica » (88). Perciò Gerber nel 1852 si decise a considerare quale persona giuridica solamente il fisco, lasciando il monarca, manifestazione dell'autorità e nevralgico punto di riferimento giuridico, al centro del proprio sistema. Quindici anni più tardi i concetti si sarebbero chiariti: lo Stato è un organismo nella forma di persona giuridica (89), l'« anima » dell'organismo è il potere statale, esercitato dal monarca in qualità di « organo », con la concreta conseguenza giuridica che le azioni di un monarca vincolano il suo successore (90).

L'importanza dello scritto *Ueber öffentliche Rechte* non è comunque da ricercare in questo passaggio incerto, teso a qualificare lo Stato come persona giuridica, bensì nel fatto che esso rappresentava un primo schizzo dei *Grundzüge* del 1865 e ne conteneva già le posizioni fondamentali. Il salto qualitativo avvenuto nel 1852, con il passaggio dal metodo delle scienze dello Stato a quello della costruzione giuridica, non passò certamente inosservato presso i contemporanei. August Ludwig Reyscher, per esempio, registrò già allora « la condanna della scienza del diritto pubblico contemporanea » (91).

In un primo momento, in effetti, si dovettero fare i conti con il

(87) Cfr. nt. 83.

(88) *Ueber öffentliche Rechte* (cfr. nt. 83), 18.

(89) Cfr. anche l'opera di Karl Viktor Fricke (1830-1907), giurista di Tubinga, influenzato dalla filosofia di Krause, *Ueber die Bedeutung der organischen Staatsauffassung für das Staatsrecht*, in ZgStW, 22 (1866), 424-440; ID., *Die Persönlichkeit des Staates*, in ZgStW, 25 (1869), 29-50. Su Fricker cfr. K. BÜCHER, *Karl Viktor Fricker*, in ZgStW 64 (1908), 193-200; *150 Promotion an der Wirtschaftswiss. Fakultät der Universität Leipzig*, 1984, 563 s.

(90) C.F. v. GERBER, *Ueber die Theilbarkeit deutscher Staatsgebiete*, in « Aegidis Zeitschrift », I (1867), 5-24. In conclusione, cfr. la presa di posizione nel supplemento III alla 3^a ed. dei *Grundzüge*, 1880.

(91) « Zeitschr. f. Deutsches Recht », 13, 445; RÜCKERT (nt. 72), 183.

passato. Gerber condannò soprattutto l'inutilità dei vari tentativi (storici, statistici, filosofici, politici) messi in atto fino a quel momento per fondare un diritto pubblico comune tedesco. Ciò che egli stesso propose — oltre alla netta separazione tra diritto pubblico e diritto privato, che mirava all'autonomia del diritto pubblico — era lo sviluppo di « concetti elementari » del diritto pubblico e la loro integrazione in un « sistema ». La posizione del monarca e dei suoi funzionari, la posizione dei « sudditi » e dei comuni soggetti al potere statale, sono elaborate con fini decisamente pubblicistici. Il potere statale spetta al monarca, ma è costituzionalmente limitato dai ceti territoriali. Il nocciolo giuridico del potere statale è la « potestà di volere » (*Willensmacht*), il « concetto di dominio »⁽⁹²⁾. Anche nel 1852 questa è naturalmente una chiara opzione anti-liberale contro le idee del 1848. La sovranità del popolo, la dottrina del contratto sociale, la separazione dei poteri e il parlamentarismo non erano certo concetti congeniali a Gerber, il quale anzi li combatté apertamente e si schierò a favore di un forte potere monarchico capace prima di tutto di mantenere la propria sovranità interna.

Il programma avviato da Gerber nel 1852 risulta pienamente sviluppato nell'opera, scritta per « offrire una netta e corretta precisazione dei concetti dogmatici fondamentali », *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* del 1865⁽⁹³⁾. Con mirata unilateralità, Gerber si liberò innanzitutto di ciò che gli appariva d'impedimento e superfluo. Vennero così a cadere la dottrina generale dello Stato, vista come un « prologo nel cielo della filosofia »⁽⁹⁴⁾, la

⁽⁹²⁾ *Ueber die Theilbarkeit* (nt. 90), 9. Non è qui chiaro se l'idea di ricondurre il diritto oggettivo alla « volontà generale » e il diritto soggettivo alla « potenza della volontà » dell'individuo derivino dalla filosofia di Hegel, come accennato da GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2^a ed., 1905, 42 (trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1912).

⁽⁹³⁾ C.F. V. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, 2^a ed. 1869; 3^a ed. 1880.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 238.

storia costituzionale e il diritto amministrativo ⁽⁹⁵⁾, e il diritto pubblico doveva essere « purificato da tutti gli elementi non giuridici che appartenevano alla sfera meramente etica e politica » ⁽⁹⁶⁾. La dottrina dello scopo dello Stato si ridusse a una (vuota) tesi all'interno della competenza statale generale ⁽⁹⁷⁾. Il diritto pubblico positivo della Confederazione germanica del Nord e del *Reich* venne eliminato dalle appendici ⁽⁹⁸⁾. Ciò che rimane è per così dire solamente « lo scheletro nudo e squisitamente giuridico » ⁽⁹⁹⁾, concentrato in quattro aree principali: il potere dello Stato come « ordinamento giuridico del vivere comune di un popolo »; gli organi (monarca e ceti territoriali); le funzioni statali (legislazione, amministrazione, giustizia); e infine « la garanzia giuridica nel campo del diritto pubblico ».

Il fatto che Gerber si concentri sull'intenzione di plasmare il potere statale e dargli una forma che sia quella di una « potestà della volontà di un organismo etico pensato in senso personale » ⁽¹⁰⁰⁾ porta a vedere nello Stato un'entità che ha completamente realizzato il monopolio legittimo del potere: « l'espressione giuridica del potere statale è il *dominio (Herrschen)* »; si tratta di un dominare oggettivamente e costituzionalmente limitato, questo è vero, eppure è chiaro che il rapporto di subordinazione che ne scaturisce è troppo

⁽⁹⁵⁾ Cfr. la giustificazione nel terzo supplemento della 3^a ed. 1880, 238 ss.: l'idea è che il diritto amministrativo « abbia un proprio centro d'interesse, una propria teoria e un proprio principio », che si sviluppi in campo specialistico, e che lo studio autonomo e scientifico del diritto amministrativo abbia « realmente compiuto ottimi progressi ».

⁽⁹⁶⁾ Cfr. *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 237.

⁽⁹⁷⁾ Mohl è particolarmente critico a questo riguardo: « una decisione chiara e precisa sullo scopo che si propone lo Stato non può essere evitata, anche se tale questione non si affronta volentieri », op. cit., (nt. 9), 369. Gerber riteneva di avere già preso una chiara posizione al riguardo (3^a ed. 1880, § 10 e supplemento III, 237).

⁽⁹⁸⁾ La 2^a ed. del 1869 conteneva, in risposta, un abbozzo dei lineamenti di diritto pubblico della Confederazione germanica del Nord (supplemento IV), la 3^a ed. del 1880 conteneva invece accenni minimi al *Reich* tedesco (supplemento V), « visto che la nostra letteratura ha avuto con l'opera di Laband un'eccellente rielaborazione di questa materia » (preambolo alla 3^a ed.).

⁽⁹⁹⁾ LANDSBERG, III-2, 830.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. GERBER, *Grundzüge*, 3^a ed. Leipzig, 1880, 19. Cfr. anche H. HIRSCHBÜHL, *Die Rechtslehre C.F. Gerbers*, tesi, Leipzig 1942, 55 ss. Il lavoro è stato esaminato fino ad oggi solo una volta (1953) da R. Smend e P. v. Oertzen.

marcato. Il popolo, i comuni e le corporazioni di diritto pubblico sono ridotti a « oggetti » della dominazione. I tentativi intrapresi da alcuni giuristi, ad esempio da Georg Beseler e Otto Bähr e più tardi da Otto Gierke, di pensare a uno Stato come gerarchia di « corporazioni », sono qui respinti con decisione. Lo Stato di Gerber è un monolitico Stato accentratore. Il pensiero corporativo è considerato con sospetto da Gerber non solo perché ricorda il diritto privato, ma anche perché in esso si nascondono elementi di autonomia sganciati dal vincolo con lo Stato, e che potrebbero concedere a quest'ultimo soltanto il ruolo sussidiario di cornice ordinamentale⁽¹⁰¹⁾. Nel corso dell'opera si riconosce, peraltro piuttosto vagamente, che le corporazioni di diritto pubblico possiedono una « vita propria », ma allo stesso tempo, e con questo concetto l'autore limita notevolmente la validità di quest'ultima asserzione, esse devono sottomettersi al « diritto di intervento dello Stato »; ⁽¹⁰²⁾ in questo modo si evita lo svilupparsi di un sistema divergente originato da un diritto pubblico formato autonomamente ⁽¹⁰³⁾. Un'eccezione è comunque rappresentata dalle confessioni religiose.

Nella costruzione di Gerber il cittadino è un « suddito », dal quale si pretende una « generale rinuncia alla personalità », e questa « sottomissione al rapporto di forza » dovrebbe essere addirittura « sentita come un'opera buona », poiché l'organismo statale (che comprende sia il monarca che il popolo) cancella le dissonanze al proprio interno e si sottomette a se stesso. In un simile tipo di concezione della natura dello Stato non si può certamente parlare di diritti individuali del cittadino. In un tale sistema non sono garantiti determinati diritti fondamentali nei confronti dello Stato. Tali diritti esistono al massimo come « diritti riflessi », come corrispettivo della sottomissione. Il cittadino deve obbedire, egli non è che un « oggetto ». La volontà del monarca « deve essere considerata la volontà

⁽¹⁰¹⁾ O. BÄHR, *Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze*, Kassel 1864 (ried. 1969), §§ 6-14, che segue G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig 1843. Non è chiaro quindi perché v. OERTZEN (nt. 6), 183 ss. veda in Gerber possibili esiti democratici (cfr. anche M. FRIEDRICH, 1986, 207).

⁽¹⁰²⁾ *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 63.

⁽¹⁰³⁾ BÄHR, (nt. 101) 11: « Ogni *Genossenschaft* ha un suo diritto particolare, che domina la sua vita interiore; si può dire che ognuna di esse ha, grande o piccolo che sia, il proprio *jus publicum* ».

generale, la volontà dello Stato stesso; nel monarca si concretizza la personalità dell'astratto potere statale » (104). Il governo e i funzionari pubblici sono « servitori e aiutanti del monarca », e la loro condizione giuridica è fondata e discende dal sovrano (105). L'amministrazione non è che « l'esecutivo », ovvero un'emanazione del volere di chi esercita il dominio, i cui dettagli secondo l'opinione di Gerber non fanno parte del diritto pubblico (106).

I « ceti territoriali » hanno ancor meno diritti. Essi stanno al di sotto della « volontà di dominio del monarca », hanno il compito di « assicurare un governo conforme alla legge » e « di intervenire nei limiti stabiliti dalla volontà di dominio del monarca » (107). Tuttavia Gerber deve anche ammettere che i ceti territoriali hanno un'auto-noma ragione di esistenza, e che un possibile conflitto tra i ceti territoriali e il monarca non può essere risolto a livello giuridico (108). Assistiamo qui, da un lato, a una inconfessata contraddizione teorica della concezione dello Stato in Gerber, ma dall'altro lato essa indica una chiara opzione a favore del governo in riferimento al conflitto costituzionale prussiano di quel tempo (109).

La giustizia occupa invece una posizione per certi versi particolare. Essa è amministrata in nome del monarca e legittimata dalla volontà del sovrano, ma le regole dell'accertamento del diritto — « un'operazione dell'arte giuridica » (110) — vengono fissate esclusivamente dalla scienza giuridica, il cui ambito di lavoro è « un campo assolutamente neutrale ». Si deve però distinguere tra l'ac-

(104) *Grundzüge*, 1865, 71.

(105) *Grundzüge*, 1865, 106-109.

(106) Critici a questo riguardo MOHL, op. cit., e FRICKER (nt. 8), 477 s., che vuole almeno accorpate al diritto pubblico il diritto finanziario e amministrativo-militare, nonché i concetti di diritto costituzionale applicati al diritto amministrativo. In ogni caso Gerber non considera un problema, nonostante i propositi, escludere il diritto amministrativo, il diritto comunale e il diritto del pubblico impiego quali parti dello *Staatsrecht* (cfr. *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 110 ss.).

(107) *Grundzüge*, 1865, 119. Cfr. anche V. HARTMANN, *Repräsentation in der politischen Theorie und Staatslehre in Deutschland*, 1979, 135 ss.

(108) *Grundzüge*, 1865, 190. Critico a questo riguardo è P. LABAND, *Budgetrecht*, Berlin 1870, 38, nt. 22.

(109) In caso di conflitto, così afferma espressamente Gerber, vale « come principio del diritto pubblico tedesco » che « il diritto è a favore del monarca » (3^a ed. 1880, 133).

(110) *Grundzüge*, 1865, 169 s.

certamento del diritto e la « garanzia giuridica nel campo del diritto pubblico » che è assicurata al di fuori della giustizia (messa sotto accusa dei ministri, difesa dello Stato, tutela giuspubblicistica dei diritti individuali e garanzia giuridica generale dei cittadini nei confronti del potere statale ⁽¹¹¹⁾).

Nonostante le forti critiche ⁽¹¹²⁾, i *Grundzüge* di Gerber ebbero un successo strepitoso, paragonabile a quello ottenuto dal *System des deutschen Privatrechts*. « Gerber ci insegna », afferma Mohl, « un sistema che, in una forma scientifica rigida e precisa, si basa su una revisione e illustrazione dei concetti fondamentali del diritto » e lo stile è « puro e sublime; dal punto di vista formale l'opera è senza dubbio magistrale » ⁽¹¹³⁾. Il fatto che i *Grundzüge* ebbero soltanto tre edizioni fu dovuto al loro risultare « superati » in seguito alla fondazione dell'Impero, e anche al fatto che Laband concretizzò nel diritto pubblico imperiale in ogni dettaglio le idee che Gerber aveva espresso sul piano metodologico nel 1865. Quanto le idee di Gerber abbiano fatto scuola è dimostrato dal cambiamento nel modo in cui determinati concetti vengono espressi dalla dottrina a lui successiva. In questo senso, basti pensare al tacito superamento dell'antagonismo tra monarca e parlamento espresso dalla formula « organi dello Stato », all'idea che lo Stato sia costituito dall'unione volontaristica tra istituzioni, e di conseguenza la definizione dello Stato ⁽¹¹⁴⁾ non più come « organismo » ⁽¹¹⁵⁾ — termine considerato poco giuridico

⁽¹¹¹⁾ Gerber si dichiara, come ci si poteva aspettare, contrario a un controllo dell'amministrazione da parte dei tribunali civili: « il potere statale, nel momento in cui realizza i compiti dello Stato in qualità di massima forza dell'ordine, non può in quanto tale venire degradata alla stregua di una parte in causa »; ciò « porterebbe a un totale sconvolgimento dei rapporti naturali e ad una paralisi dannosa dell'autorità statale » (cfr. *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 211 s.). Tuttavia ritiene accettabile un controllo limitato attraverso una « particolare corte di giustizia pubblica ».

⁽¹¹²⁾ Cfr. per es. Schulze, Fricker e Mohl (vedi precedenti nt. 1,8,9).

⁽¹¹³⁾ Cfr. MOHL (nt. 9), 363, 367.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. v. OERTZEN (nt. 6), 249 ss., indica in questo senso la 4^a ed. di *Preußisches Staatsrecht* di L. v. RÖNNES, il *Deutsches Staatsrecht* di H. SCHULZE (1881, 1886) e la 2^a ed. della *Einleitung* di O. MEJER (1884). In quest'ultima opera egli constata la resa a una concezione idealistica del diritto, ovvero l'esclusione di elementi materiali (in dettaglio, op. cit., 252, nt. 14).

⁽¹¹⁵⁾ Lo stesso Gerber si è gradualmente svincolato da un tipo di terminologia organicistica, ma ha comunque concesso all'« organismo » nel contesto politico la sua

e poco chiaro — ma come persona giuridica di diritto pubblico. Si può certamente affermare che il mondo del diritto pubblico era giunto a un decisivo punto di svolta metodologico, e che questo cambiamento fu immediatamente percepito. È vero che si continuarono a produrre e a usare compendi e manuali ispirati al metodo « scientifico », ma l'ideale della « costruzione pura » a partire da pochi ma coerenti concetti fondamentali aveva avuto successo ed era divenuto il principio ispiratore della disciplina. Si era veramente giunti a un « cambiamento di paradigma ».

Quanto questo cambiamento avesse influenzato gli animi risulta tra l'altro da un'opera del 1869, quasi dimenticata, di W.E. v. Lindgren ⁽¹¹⁶⁾, il cui radicale positivismo rimanda a Bergbohm ⁽¹¹⁷⁾ e persino a Kelsen. L'opera ripropone in qualche modo l'idea che tutto il diritto positivo sia diritto pubblico e — compreso il diritto consuetudinario ⁽¹¹⁸⁾ — si fondi sul potere statale, che l'obiettivo dello Stato consista nel mantenimento dell'ordinamento giuridico e che il « principio monarchico » e « la sovranità del popolo » vadano esclusi, in quanto principî politici, dalla costruzione giuridica, allo scopo di elevare il diritto pubblico a « disciplina giuridica ». Lindgren concentra tutti i momenti di esercizio del dominio nella volontà di uno Stato che crea il diritto, e così tutti i « diritti del cittadino » e del monarca vengono da esso inglobati ⁽¹¹⁹⁾. La validità normativa, per Lindgren, dipende dunque dalla concreta capacità della volontà statale di imporla attraverso gli organi dello Stato.

ragion d'essere (cfr. *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, allegato I). Hermann Schulze sosteneva la necessità di un sensato utilizzo del termine all'interno del contesto giuridico (*Ueber Prinzip*, vedi nt. 1 e Id., *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. I, Leipzig 1881, 20-23). La posizione fortemente contraria di A.TH. KRIEKEN, *Ueber die sogennante organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs*, Leipzig 1873, provocò un'altrettanto dura reazione di OTTO GIERKE (*Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatstheorien*, in *ZgStW*, 30 (1874), 153-198, 265-335).

⁽¹¹⁶⁾ W.E. LINDGREN, *Grundbegriffe des Staatsrechts. Versuch einer juristischen Construction des Staates und der Staatsgewalt*, Leipzig 1869.

⁽¹¹⁷⁾ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Leipzig 1892 (ried. 1973).

⁽¹¹⁸⁾ Cfr. i paragrafi IV e V dove si analizza la teoria del diritto consuetudinario di Puchta.

⁽¹¹⁹⁾ Op. cit., 170, 173.

3. *L'irruzione del diritto pubblico positivo.*

Le discussioni sulle questioni metodologiche che vennero dibattute intorno agli anni tra la prima e la seconda edizione dei *Grundzüge* di Gerber (1865-1869) furono del tutto insignificanti per il mondo politico del tempo. La nazione aveva cose più importanti cui pensare. Essa seguiva con attenzione il conflitto costituzionale prussiano, in cui ancora una volta veniva riproposta la questione di potere legata al fondamentale problema costituzionale dell'Ottocento. Si assisté alla vittoria prussiana, all'esclusione dell'Austria dalla Confederazione germanica, alle annessioni prussiane e all'unificazione giuridica della Germania settentrionale sotto una costituzione che prevedeva il diritto di voto a suffragio universale, diretto e segreto. A livello formale, le clausole di difesa comune e di protezione reciproca tra la Confederazione germanica del Nord e gli Stati del sud mostravano che in realtà la soluzione adottata era solo una fase transitoria. Il fatto che il parlamento della Confederazione germanica del Nord si chiamasse già *Reichstag* e venisse composto in base alla legge elettorale del *Reich* del 12 aprile 1849, sembrava anticipare ciò che sarebbe avvenuto in un prossimo futuro.

a) *Il diritto pubblico della Confederazione germanica del Nord.*

Si dovevano dunque in primo luogo registrare i cambiamenti costituzionali avvenuti in seguito a questi storici avvenimenti ⁽¹²⁰⁾. Felix Stoerk scrisse, ripensando a quel periodo: « nei giorni immediatamente successivi a quegli avvenimenti epocali apparve chiaro quanto il tradizionale sistema scientifico fosse ormai inadeguato, e quanto i risultati ottenuti fino ad allora non fossero più attuali; i fatti recenti e le loro conseguenze rappresentavano una sfida che non poteva essere affrontata con le vecchie formule, ponendo infinite questioni cui il vecchio sistema di studio non era in grado di rispondere » ⁽¹²¹⁾. Gerber scrisse nel 1868 un supplemento dedicato

⁽¹²⁰⁾ L. HAHN, *Zwei Jahre preussisch-deutscher Politik, 1866-1867*, Berlin 1868, Id., *Fürst Bismarck. Sein politisches Leben und Wirken, urkundlich in Thatsachen und des Fürsten eigenen Kundgebungen dargestellt*, 4 voll., Berlin 1878-1886, vol. V di C. WIPPERMANN, Berlin 1891.

⁽¹²¹⁾ STOERK (nt. 61), 37.

alla Confederazione germanica del Nord, che fece anche pubblicare, sebbene fosse stato nel frattempo « superato »⁽¹²²⁾, anche nella terza edizione dei *Grundzüge*. Il *System des öffentlichen Rechts in Deutschland* di Georg August Grotefend fu concluso in ritardo e dopo essere stato rielaborato. Hermann Schulze completò la sua *Einleitung* con la già citata appendice⁽¹²³⁾. Konrad Hiersemenzel scrisse un'opera in cui commentò la costituzione della Confederazione e la sua storia, nonché i trattati firmati dalla Confederazione e la sua legislazione⁽¹²⁴⁾. Seguirono altri testi e commentari⁽¹²⁵⁾ e alcuni deputati scrissero dei "resoconti" informativi⁽¹²⁶⁾. Ferdinand von Martitz pubblicò le *Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes*⁽¹²⁷⁾, una breve opera, non molto corposa ma ricca nei contenuti, di commento alla costituzione. Le prime rielaborazioni sistematiche sono dovute a Georg August Grotefend⁽¹²⁸⁾, Georg Meyer⁽¹²⁹⁾, e Friedrich Thudichum⁽¹³⁰⁾. Questi autori si

(122) *Grundzüge*, 3^a ed. 1880, 244 in nt.

(123) Vedi nt. 33 e 53.

(124) K. HIERSEMENZEL, *Die Verfassung des Norddeutschen Bundes, erläutert mit Hilfe und unter vollständiger Mittheilung ihrer Entstehungsgeschichte*, Berlin 1867; ID., *Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins*, 2 voll. Berlin 1868, 1869.

(125) METZEL, *Die Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlin 1867; J. C. GLASER, *Ueber die Verfassung des Norddeutschen Bundes*, Berlin 1867; H. v. TREITSCHKE, *Die Verfassung des norddeutschen Bundes*, in *Preußische Jahrbücher*, vol. 19 (1867), 717-733; A. GROOTE, *Der Norddeutsche Bund, das Preußische Volk und der Reichstag*, Leipzig 1867; R. RÖMER, *Die Verfassung des Norddeutschen Bundes und die süddeutsche, insbesondere die württembergische Freiheit*, Leipzig 1867. — Documentazione in A. KOLLER (a cura di), *Archiv des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins*, 6 voll., Berlin 1868-1873; G. HIRTH, *Staats-Handbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins*, Berlin 1868, 1869 (proseguito come *Annalen des Deutschen Reiches*, cfr. nt. 385).

(126) L. v. RÖNNE, *Das Staats-Recht des Deutschen Reiches*, 2^a ed., vol. I, Leipzig 1876, 33 s. con molti altri documenti.

(127) Leipzig, 1868 (ried. 1970). Cfr. soprattutto i passaggi sul diritto di voto, 72 ss. e sul dualismo (non risolto) tra governo e parlamento, 87 ss.

(128) G.A. GROTEFEND, *Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart*, Berlin 1869, §§ 750 ss.

(129) G. MEYER, *Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechtes*, Leipzig 1868.

(130) F. THUDICHUM, *Verfassungsrecht des Norddeutschen Bundes und des deutschen Zoll- und Handelsvereins*, Tübingen 1870. Su Thudichum (1831-1913) cfr. J. JESSEN, *Die Selbstzeugnisse der deutschen Juristen*, 1983, 127 con ampia documentazione.

dedicarono alla stesura di un preciso inventario positivistico, che comprendeva la descrizione della nascita della Confederazione germanica del Nord e dell'unione doganale tra i suoi membri, e ne commentarono la costituzione, gli organi, l'ordinamento giuridico e in particolar modo l'amministrazione della Confederazione in tutte le sue articolazioni, anche se Grotefend, il cui intento principale era quello di disegnare un « diritto pubblico comune tedesco », ne trattò soltanto in forma di appendice. Mohl scrisse a proposito di Thudichum che gli eventi storici resero la sua « difficile opera senza speranza, vuota di contenuto in molti capitoli e incompleta in altri » (131). E comunque per molto tempo rimase irrisolta la disputa se dal punto di vista giuridico erede della Confederazione germanica fosse la Confederazione germanica del Nord o piuttosto i singoli Stati che la componevano. La questione era molto complessa e affondava le sue radici nel problema della fondazione dello Stato e della costituzione (132). Anche la questione della cittadinanza rimase per qualche tempo ancora rilevante (133).

b) *Il diritto pubblico imperiale e il passaggio al positivismo legislativo.*

Dopo che l'Impero venne fondato e che la sua costituzione fu rivista in un processo evolutivo che ne aveva fatto un *monstrum* (134), i cultori del diritto pubblico poterono lavorare su nuove basi. Essi si avvicinarono con più energia ed entusiasmo alla materia e diedero così un notevole contributo alla riconciliazione tra liberali e conservatori nel segno dell'ormai risolta questione nazionale (135). Nel 1878

(131) R. VON MOHL, *Das deutsche Reichsstaatsrecht. Rechtliche und politische Erörterungen*, Tübingen 1873, VII.

(132) Ulteriori considerazioni sull'intera discussione in G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 4ª ed., Leipzig 1895, §. 64 e nt.. Cfr. anche K. BINDING, *Die Gründung des Norddeutschen Bundes, Ein Beitrag zu der Lehre von der Staatschöpfung*, in *Festg. f. B. Windscheid*, Leipzig 1889.

(133) TH. LANDGRAFF, *Das Bundes- und Staatsbürgerrecht im norddeutschen Bunde*, Leipzig 1870; G.M. Kletke, *Das norddeutsche Bundes-Indigenat in seinen rechtlichen Konsequenzen*, Berlin 1871.

(134) HUBER, III (2ª ed. 1970), 757.

(135) L. AUERBACH, *Das neue Deutsche Reich und seine Verfassung*, Berlin 1871; L. HAUSER, *Die Verfassung des Deutschen Reiches in den Grundzügen und Verhältnissen zu*

Albert Hänel scrisse sulla « *Augsburger Allgemeine Zeitung* » che soltanto con la fondazione del *Reich* « lo studio del diritto pubblico positivo in Germania ha trovato materiale adeguato e chiari parametri per la definizione dei suoi concetti e la loro elaborazione sistematica » ⁽¹³⁶⁾.

Secondo Joseph von Held, che scrive nel 1872 ⁽¹³⁷⁾, « nessuna nazione vanta qualcosa di così straordinario come la fondazione di un simile Impero », e come tedesco meridionale si dichiara con decisione a favore della soluzione della « piccola Germania » guidata dalla Prussia. Tenendo sempre presente la vecchia dottrina generale dello Stato, egli commentò le competenze e gli organi dell'Impero e dei suoi uffici, giungendo a riflessioni molto interessanti. Ad esempio, egli era del parere che la costituzione del *Reich* non fosse ancora completa, e che questo « cancellierato imperiale tedesco » fosse fatto su misura per Bismarck, ma non fosse certo un'istituzione destinata a durare ⁽¹³⁸⁾. Egli sosteneva la necessità di una combinazione tra lo Stato nazionale costituzionale, « le istituzioni di un libero Stato di diritto » e una amministrazione decentralizzata realmente autonoma, e sebbene questa fosse una posizione ⁽¹³⁹⁾, dal punto di vista politico, nazional-liberale, essa si basava metodologicamente su basi ben diverse da quelle di Gerber. Held sottolineò vivamente i dinamici elementi storico-politici considerando il diritto costituzionale imperiale solamente come una soluzione temporanea nel fiume del processo storico. Egli ricavò la sistematica, sottesa alla sua interpretazione della situazione, dalla sua opera sulla dottrina generale dello Stato, che in un certo qual modo rappresentava una continuazione della filosofia idealistica con mezzi giuridici.

den Einzelstaaten, insbesondere zu Bayern, Nördlingen 1871; E. RIEDEL, *Die Reichsverfassungsurkunde vom 16. April 1871*, 1871; J.B. WESTERKAMP, *Ueber die Reichsverfassung*, Hannover 1873. Tutti questi trattati offrono un'introduzione storica alla nascita della costituzione e sviluppano dalle fondamenta i temi essenziali (Stato federale, autorità imperiale, legislazione, esecutivo, giurisdizione, rapporto con le costituzioni dei singoli Stati, libertà, costituzione finanziaria, ecc...).

⁽¹³⁶⁾ In S. GRAF VITZTHUM, *Linksliberale Politik und materiale Staatsrechtslehre*, 1971, 203-207 (205).

⁽¹³⁷⁾ v. HELD, (nt. 2), Introduzione; riguardo a Held cfr. nt. 26 ss.

⁽¹³⁸⁾ Op. cit., (nt. 2), 179.

⁽¹³⁹⁾ Op. cit., (nt. 2), 196.

Tra gli autori più anziani che in seguito a un evento storico così ricco di conseguenze come la fondazione dell'Impero si sentirono chiamati a commentarne attraverso i loro scritti la costituzione, incontriamo di nuovo Robert von Mohl⁽¹⁴⁰⁾. Anche se non era d'accordo con la mossa politica con cui Bismarck aveva introdotto il suffragio universale, e pur ritenendo troppo ampi i diritti separati concessi alla Germania meridionale, egli accolse la nuova situazione politica con grande soddisfazione. Il famoso esperto di diritto pubblico e di polizia, ministro della giustizia nel 1848 nonché diplomatico del Baden, si era fatto di nuovo eleggere in parlamento come deputato dello schieramento nazional-liberale. Il suo breve scritto sul diritto costituzionale imperiale fu un'opera occasionale, che seguiva dal punto di vista metodologico la vecchia traccia di Mohl a proposito del rapporto pragmatico tra il punto di vista giuridico e quello politico, come egli stesso notò in tono critico nei confronti di Gerber. In modo molto più sobrio di Held, Mohl evitò premesse astratte, si attenne al diritto positivo e giudicò le innegabili carenze della costituzione imperiale, ad esempio nel campo dei diritti fondamentali⁽¹⁴¹⁾, meno negativamente di altri. Apprezzò vivamente il *Reich* sia dal punto di vista politico che da quello giuridico, senza però aspirare per la sua opera alla completezza di un manuale o di un trattato analitico. Anche quest'ultimo lavoro di Mohl ne mette in risalto le qualità: il linguaggio è chiaro e l'autore unisce in modo non forzato la sfera pratica e quella teorica, non rinunciando a proporre argomentazioni plausibili e logiche.

Un altro liberale del 1848, che dopo il 1866 divenne un nazional-liberale, era Ludwig von Rönne. Anche quest'ultimo compilò immediatamente dopo la fondazione del *Reich* alcuni inventari normativi, che vennero inizialmente pubblicati negli annali di Hirth e di cui poi si fece un libro⁽¹⁴²⁾, ma si trattava di scritti ben presto superati e infatti furono dopo un po' di tempo « completamente

⁽¹⁴⁰⁾ MOHL, (nt. 131).

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. nt. 133.

⁽¹⁴²⁾ L. v. RÖNNE, *Das Verfassungs-Recht des deutschen Reiches, historisch-dogmatisch dargestellt*, Leipzig 1782 (prima negli *Hirths Annalen des Deutschen Reiches* 1871, 1-312; 1872, 422).

modificati » (143). Rönne applicò lo stesso metodo a cui aveva fatto ricorso nella sua opera sul diritto pubblico prussiano (144), ovvero una dettagliatissima documentazione, tipica del suo stile, del diritto pubblico vigente, ma creò un'opera senza alcuna pretesa dottrinale. In entrambi i volumi i diversi contenuti sono ordinati sistematicamente, ma non si possono riconoscere all'autore meriti scientifici, soprattutto tenendo presente le sue opere precedenti, che erano state invece in grado di far percepire le tensioni politiche che avevano caratterizzato il periodo reazionario in Prussia e l'epoca del conflitto costituzionale.

4. *P. Laband.*

La figura che più spicca nel mondo del diritto pubblico nei decenni dopo il 1871 fu senza dubbio, e per una sorta di convenzione ben presto comunemente accettata, Paul Laband (1838-1918) (145). Egli appare « come l'esecutore testamentario del lascito intellettuale di Gerber »; la sua opera « rimanda nella sua ineguagliata chiarezza giuridica e per l'eleganza costruttiva allo stile di Gerber; allo stesso modo le osservazioni di Laband in ambito di storia del diritto tedesco rimandavano al diritto privato di Gerber. Per completezza generale, ricchezza contenutistica e potenziale applicativo, il diritto pubblico di Laband risulta certamente molto cresciuto rispetto ai *Grundzüge* di Gerber, come una quercia lo è rispetto alla ghianda, come il nuovo *Reich* tedesco lo è rispetto al periodo dei singoli Stati e della Confederazione, dalla cui situazione giuridica Gerber era partito per le sue analisi » (146). Persino chi criticava il suo metodo dovette ammettere che il suo diritto pubblico

(143) L. v. RÖNNE, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2 voll., Leipzig 1876-1877 (ried. 1975).

(144) Cfr. cap. 7, nt. 139.

(145) Cfr. per esempio i precedenti giudizi di ZORN (nt. 47); O. LIEBMANN, *Paul Laband zu seinem 50jährigen Doktorjubiläum — zu seinem 70. Geburtstag*, in DJZ, 1908, 497-503; G. ANSCHÜTZ, *Paul Laband. Ein Gedenkblatt*, in DJZ, 1918, 265-270; LANDSBERG, III-2, 833 e nt. 349 lo definisce « il padre del diritto pubblico del *Reich* tedesco ». Una sintesi in M. FRIEDRICH, *Laband*, in NDB, 13 (1982) 362 s.; M. HERBERGER, *Laband*, in HRG, II (198) 1328-1333; FIORAVANTI (nt. 12), 333 ss.

(146) LANDSBERG, III-2, 833.

era « il grandioso prodotto intellettuale [...] grazie al quale la nuova scuola sta in piedi oppure cade » (147).

Queste parole di apprezzamento si riferiscono anche alla brillante carriera che Laband fece nelle istituzioni imperiali. Nato a Breslavia da una famiglia ebraica di medici (148), Laband cominciò a studiare all'Università di Breslavia (149), proseguì ad Heidelberg (150) e Berlino (1855-1858) (151) e si dedicò già nel periodo di tirocinio al diritto commerciale (152). Nel 1861 ottenne ad Heidelberg l'abilitazione all'insegnamento universitario in storia del diritto tedesco, con una tesi sullo specchio svevo (*Schwabenspiegel*). Nel 1864 venne chiamato a Königsberg e ivi ottenne nel 1866 una cattedra come professore ordinario. Pareva dunque che i suoi interessi fossero orientati verso il diritto commerciale e la storia del diritto (153).

Già come libero docente ad Heidelberg, Laband aveva scritto nel 1862-63 un articolo anonimo sul quotidiano *Kreuzzeitung* in merito al diritto di bilancio (154). A Königsberg aveva ottenuto quasi per caso — e inizialmente lo fece contro voglia — l'incarico di

(147) STOERK (nt. 61), 53.

(148) H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, 1953, 145-160.

(149) Qui frequentò tra l'altro le lezioni di Th. Mommsen, ma rimase solo un semestre.

(150) Qui venne fortemente impressionato dal pandettista Vangerow e dallo storico Häußler, mentre le lezioni di R. v. Mohl sul diritto tedesco rimasero, come egli disse, « ben al di sotto delle mie aspettative »: *Lebenserinnerungen*, 1918, 34.

(151) Laband frequentò le lezioni di Stahl, che « a causa del suo orientamento ultra-reazionario e del suo bigottismo [gli] era molto antipatico » (*Lebenserinnerungen*, 35).

(152) *Lebenserinnerungen*, 42 s.

(153) *Lebenserinnerungen*, 59 ss. — P. LABAND, *Das Magdeburg-Breslauer Systematische Schöffengericht aus der Mitte des 14. Jahrhunderts*, Berlin 1863 (ried. 1967); ID., *Die Magdeburger Rechtsquellen*, Königsberg 1869; ID., *Die vermögensrechtlichen Klagen. Nach sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters dargestellt*, 1869 (ried. 1970); ID., *Die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht*, 1880 (cfr. a questo riguardo *Geschichte*, 59 s.; trad. it. 23 s). Per gli scritti sul diritto commerciale vedi M. HERBERGER (nt. 145), 1332.

(154) L'articolo non si trova nemmeno alla pagina citata nelle *Lebenserinnerungen* di Laband (12 dicembre 1862). Si tratta presumibilmente di *Das Recht des Abgeordnetenhauses zu Budget-Aenderungen (Von einem nichtpreußischen Rechtslehrer)*, in « *Kreuzzeitung* », 21 febbraio 1863.

sostituire Kaltenborn e tenere i suoi corsi di diritto pubblico. Il conflitto costituzionale prussiano e la Confederazione germanica del Nord furono per lui uno stimolo ad approfondire le sue conoscenze di diritto pubblico. La questione del bilancio preventivo era stata risolta dal punto di vista politico, ma era ancora piuttosto controversa da quello dottrinale ⁽¹⁵⁵⁾. A livello teorico era ancora dominante la posizione liberale che vedeva nella legge di bilancio una premessa irrinunciabile per la definizione delle competenze statali in materia di spesa pubblica ⁽¹⁵⁶⁾. Sul piano politico aveva avuto successo — anche se in palese contraddizione con l'articolo 99 della costituzione prussiana — la cosiddetta « teoria delle lacune » (*Lückentheorie*) di Bismarck, che aveva portato a una reintegrazione del potere monarchico in caso di mancato accordo sul bilancio da parte di parlamento e corona. Laband si distanziò da entrambi gli schieramenti in gioco e svalutò l'importanza della legge di bilancio, riducendola a una definizione formale del « consenso raggiunto tra governo e dieta territoriale sull'esattezza del preventivo e sulla necessità e l'opportunità delle somme elencate » ⁽¹⁵⁷⁾. In questo modo veniva meno la chiara incostituzionalità della soluzione adottata per il periodo di mancato accordo sul bilancio, e il governo poteva così procedere alle spese di cui era costituzionalmente responsabile.

Ciò che rese questa breve opera un « evento scientifico e politico » ⁽¹⁵⁸⁾ fu la distinzione dogmatica tra la legge in senso

⁽¹⁵⁵⁾ R. v. GNEIST, *Budget und Gesetz*, Berlin 1867; vedi anche il confronto tra Laband e G. Seidler, nella sua tarda produzione, *Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der constitutionellen Monarchie, mit besonderer Rücksichtnahme auf das österreichische und deutsche Verfassungsrecht*, Wien 1885, in AöR, 1 (1886), 172 s. Una sintesi in E. MÜLLER, *Theorie und Praxis des Staatshaushaltsplans im 19. Jahrhundert. Am Beispiel von Preußen, Bayern, Sachsen und Württemberg*, 1990.

⁽¹⁵⁶⁾ Rappresentativo R. v. RÖNNE, *Preußisches Staatsrecht*, 3^a ed., parte 1, 398 s.; vedi anche H.A. ZACHARIÄ, *Deutsches Staats- und Budgetrecht*, 3^a ed., vol. II, 1867, 512; Id., nella sua recensione al volume sul diritto di bilancio di Laband (nt. 157), in « Göttingische gelehrte Anzeigen », 1871, 361, 367 s., 377 s.

⁽¹⁵⁷⁾ P. LABAND, *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der preußischen Verfassungsurkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*, in « Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen », 4 (1870) 619-707, estratto Berlin 1870 (ried. 1971), 81.

⁽¹⁵⁸⁾ *Lebenserinnerungen*, 63.

formale e la legge in senso materiale; questa distinzione era già nota ⁽¹⁵⁹⁾, soprattutto grazie al contributo di Ernst August von Stockmar ⁽¹⁶⁰⁾, ma fu solo in quel momento che venne sviluppata in tutti i suoi punti e riconosciuta come « verità giuridica » ⁽¹⁶¹⁾.

Dopo che Laband nel 1868 aveva rifiutato una cattedra all'università di Friburgo e altre possibilità di trasferimento non si erano concretizzate, passò nel 1872 all'università di Strasburgo, dove diventò una delle maggiori autorità del *Reich* nel campo del diritto pubblico. Egli fu cofondatore dell'« Archiv für öffentliches Recht » (1886) ⁽¹⁶²⁾, della « Deutsche Juristenzeitung » (1896), dello « Jahrbuch für öffentliches Recht » (1907), membro del consiglio di Stato e di svariate commissioni, apprezzato esperto in questioni

⁽¹⁵⁹⁾ P.A. PFIZER, *Das Recht der Steuerbewilligung nach den Grundsätzen der württembergischen Verfassung*, Stuttgart 1836, 26; R. v. MOHL, *Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, ried. della 2^a ed. Tübingen, 1846, I, 67; K. V. FRICKER, *Die Natur der Steuerbewilligung und des Finanzgesetzes*, in ZgStW, 17 (1861), 674; R. GNEIST, *Budget und Gesetz nach dem konstitutionellen Staatsrecht Englands mit Rücksicht auf die deutsche Staatsverfassung*, Berlin 1867; G. MEYER, *Grundzüge* (nt. 129), 153; H. SCHULZE, *Das preußische Staatsrecht*, 2^a ed., vol. II, 1890, 10 s. con altri contributi sul punto della discussione. Per le conclusioni, cfr. E. SELIGMANN, *Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne*, Berlin-Leipzig 1886; A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888 (ried. 1968); G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, 1887, nuova ed. Tübingen 1919; G. ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, Leipzig 1891; ID., *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrechts*, 2^a ed., Tübingen-Leipzig 1901.

⁽¹⁶⁰⁾ Si tratta dei contributi apparsi nella « Aegidi's Zeitschrift », I, (1867), 179 ss. a proposito di tematiche di diritto pubblico prussiano. E.A.Chr. Frhr. v. Stockmar (1823-1886) iniziò la sua carriera scientifica nel 1850 a Jena, dove fu in contatto con Hermann Schulze. Nel 1852 scrisse la sua tesi di abilitazione alla docenza sulle prove giudiziarie, ma in seguito si trasferì in Inghilterra come segretario privato della principessa Vittoria d'Inghilterra, la futura « Imperatrice Federico ». Rimase in seguito come consigliere « costituzionale » nell'entourage del principe ereditario Federico Guglielmo (il futuro imperatore Federico III). Cfr. K.F.F. SAMWER, in ADB, 36 (1893), 305-315.

⁽¹⁶¹⁾ Fortemente contrario era F. v. MARTITZ, *Ueber den constitutionellen Begriff des Gesetzes nach deutschem Staatsrecht*, in ZgStW, 36 (1880), 207-274. Un'approfondita analisi di questa centrale questione è proposta da E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 1958, in particolare 226 ss. In generale, si rimanda a quest'opera.

⁽¹⁶²⁾ Cfr. nt. 388.

giuridiche tanto da scrivere « più di cento relazioni, quasi sempre estremamente ampie »⁽¹⁶³⁾, gli furono conferiti ordini al merito, lauree *ad honorem* e gli vennero dedicati scritti celebrativi⁽¹⁶⁴⁾, fu insignito del titolo di « eccellenza come consigliere segreto effettivo »⁽¹⁶⁵⁾, e l'imperatore nel 1893 amabilmente gli assicurò che gli rincresceva assai di non poter frequentare le sue lezioni universitarie. In definitiva, Laband era un personaggio pubblico, un monumento all'orgoglio imperiale nel campo del diritto pubblico: « dopo Laband, tutto il diritto pubblico poggia sulle sue spalle »⁽¹⁶⁶⁾.

L'ultima affermazione può essere ritenuta esatta nella misura in cui è effettivamente possibile parlare di una « decennale supremazia dottrinale di Laband »⁽¹⁶⁷⁾. Questo primato si basa sulla monumentale opera in tre e poi in quattro volumi *Staatsrecht des Deutschen Reichs* [trad. it. *Il diritto pubblico dell'Impero germanico*, Torino 1923], che dopo la pubblicazione di due studi preliminari⁽¹⁶⁸⁾ uscì per tappe successive a partire dal 1876⁽¹⁶⁹⁾. Una sua versione abbreviata uscì per la prima volta nel 1894, e nel 1912 raggiunse la sesta edizione⁽¹⁷⁰⁾. Le ragioni del « successo del diritto pubblico labandiano » [in italiano nel testo originale] sono state spesso analizzate⁽¹⁷¹⁾. Laband concentrò le sue energie nella costruzione dogmatica di un sistema unitario di rapporti volontari. Il suo materiale, a differenza di Gerber — che mirava ancora a elaborare concetti generali fondamentali del diritto pubblico —, è il diritto

⁽¹⁶³⁾ *Lebenserinnerungen*, 81.

⁽¹⁶⁴⁾ *Lebenserinnerungen*, 84 ss., 99 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ HERBERGER (nt. 145), 1329 s.

⁽¹⁶⁶⁾ ZORN, (nt. 47), 72.

⁽¹⁶⁷⁾ M. FRIEDRICH, *Paul Laband und die Staatsrechtswissenschaft seiner Zeit*, in *AöR*, 111 (1986), 197-218 (198).

⁽¹⁶⁸⁾ P. LABAND, *Das Finanzrecht des Deutschen Reiches*, in « (Hirths) Annalen », 1873, 405-565; ID., *Die rechtliche Natur der Sonderrechte (Reservatrechte)*, in « (Hirths) Annalen », 1874, 1487 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Il contratto con la libreria editrice Laup a Tubinga fu firmato nel 1874. Nel 1876 uscì il volume 1, nel 1878 il 2 e il 3-1 *Die bewaffnete Macht*, 1880; vol 3-2 *Finanzrecht*, 1882; la 2ª ed. dell'intera opera nel 1888, la 3ª ed. nel 1895; la quarta nel 1901 (4 vol.), la quinta nel 1911 (4 vol.); traduzione francese in sei volumi.

⁽¹⁷⁰⁾ P. LABAND, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Tübingen 1894 (in *Das öffentliche Recht der Gegenwart*, vol. I).

⁽¹⁷¹⁾ FIORAVANTI, (nt. 12), 348 ss.

pubblico positivo del *Reich*, da cui attraverso « un pensiero puramente logico » si potevano trarre « principi-guida unitari », o per meglio dire l'essenza spirituale delle mutevoli norme di diritto positivo ⁽¹⁷²⁾. Da Gerber a Laband si concretizzò dunque quel caratteristico passaggio da un positivismo giuridico scientifico (*rechtswissenschaftlicher Positivismus*) a un positivismo legislativo scientificamente orientato (*wissenschaftlich angeleiteter Gesetzpositivismus*); ⁽¹⁷³⁾ a dire il vero tra questi due approcci non vi è poi una grande differenza, dal momento che anche Laband è convinto dell'esistenza di un ordinamento giuridico « positivo » vigente al di fuori del diritto legislativo. L'ordinamento giuridico è per lui privo di lacune come « l'ordinamento della natura » ⁽¹⁷⁴⁾, e dunque « la creazione di un nuovo istituto giuridico, che non possa essere subordinato a un concetto giuridico più alto e generale, è impossibile tanto quanto l'invenzione di una nuova categoria logica o la genesi di una nuova forza naturale » ⁽¹⁷⁵⁾. Questo sistema apparentemente chiuso è tuttavia differenziato al proprio interno. Laband presuppone « la scrupolosa e completa verifica del materiale di diritto positivo ». Se alcune norme non sono state fissate dallo Stato allora si devono costruire delle regole giuridiche che possano aspirare ad essere valide anche senza dover essere esplicitamente fissate a livello statale. Queste regole vengono create attraverso procedimenti analogici e argomenti *a contrario*, attraverso la ricomposizione del materiale privo di un inquadramento teorico originario in « concetti » e « istituti giuridici » ⁽¹⁷⁶⁾, in altre parole in prodotti dell'arte intellettuale che possano assorbire e metabolizzare occulte decisioni

⁽¹⁷²⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Tübingen 1876, premessa, VI.

⁽¹⁷³⁾ Così a ragione M. FRIEDRICH (nt. 167), 205 s.

⁽¹⁷⁴⁾ LABAND, *Das Budgetrecht* (nt. 157), 75.

⁽¹⁷⁵⁾ Premessa (nt. 172), VI. STOERK, (nt. 61) 39 s., protestò invece in nome della scuola storica del diritto e attribuì a Laband un ritorno al diritto naturale (comunque formalistico, privo di significato).

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. a questo proposito M. HERBERGER, *Logik und Dogmatik bei Paul Laband. Zur Praxis der sog. juristischen Methode im „Staatsrecht des Deutschen Reiches“*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung*, 1984, 91-104, (93 ss.).

preventive (177). Solo quando questo arsenale è preparato si può ricorrere a un « pensiero puramente logico », che però — almeno alla luce dell'epistemologia moderna — è terreno fertile per conclusioni potenzialmente errate cui può giungere o condurre il logico del diritto (178). Certamente, questo procedimento non deve essere sospettato *a priori* di essere un frutto ideologico o il prodotto di contingenze politiche. È vero che Laband era dal punto di vista politico un conservatore (179) e che sicuramente aveva ben chiare in mente le possibili conseguenze delle sue deduzioni, ma la sua intenzione era più che altro quella di giungere a una giurisprudenza scientifica « purificata » da elementi etici, politici, storici o di altro tipo, in grado cioè di « creare un sistema di concetti e proposizioni normative quale ricostruzione del diritto positivo, e che di questo miri a chiarire il significato » (180). Su questo punto, si riscontra una consapevole limitazione dell'oggetto di studio e della portata delle affermazioni su di esso (181), e una particolare attenzione all'elemento giuridico, al fine di individuare un fondamento che soddisfacesse le esigenze epistemologiche del tempo.

La struttura dell'opera di Laband è peculiare. Dopo una breve descrizione della nascita del *Reich* e della sua costituzione viene discusso il basilare problema della natura giuridica dell'Impero

(177) STOERK (nt. 61), 43, parla di un « movimento circolare [...], nel quale le raffigurazioni storico-individuali del materiale giuridico sono create forzatamente, attraverso un'astratta generalizzazione che porta a definizioni metaforiche; tutto ciò conduce a un processo di determinazione sempre variabile, che solo attraverso la graduale rimozione e limitazione delle conseguenze derivanti dall'*Oberbegriff* riesce a spiegare la concordanza dei principî generali formulati con "le istituzioni realmente esistenti e le disposizioni positive delle leggi" ».

(178) Per il « concetto » cfr. M. HERBERGER-D. SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980, 244-247.

(179) Su questo punto erano d'accordo anche i contemporanei. STOERK (nt. 61), 54, sostiene che il punto di vista partitico e politico di Laband fosse « molto più marcato » che in Gerber, Schulze, Meyer o Rönne. GIERKE, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », NF 7 (1883), 1097-1195 (ed. 1961, 35) parlò persino di un « inconfondibile tratto assolutistico » in Laband.

(180) HERBERGER (nt. 176), 104.

(181) V. OERTZEN (nt. 6), 326 ss.

(confederazione di Stati o Stato federale, sovranità ⁽¹⁸²⁾, rapporto tra *Reich* e singoli Stati), con particolare riferimento critico a Max von Seydel ⁽¹⁸³⁾. La questione fondamentale è quella dell'unità della persona dello Stato e dell'unità del potere statale. Al cospetto del soggetto statale si trovano degli oggetti, e non parti di un « organismo », che partecipano del potere statale. All'istituzione del soggetto seguono, nel testo, i « fondamenti naturali » (cittadini dell'Impero, territorio della Confederazione), l'organizzazione dei poteri imperiali (organi statali), la legislazione, la conclusione di trattati internazionali, l'amministrazione e, infine, un'appendice sul problema dell'Alsazia-Lorena.

Alla struttura istituzionale possono essere ascritti i seguenti contenuti: questioni di politica estera, trasporti, politica interna, amministrazione della giustizia, esercito e finanza. Si tratta dunque del mero diritto vigente, appropriatamente suddiviso ed esposto con un linguaggio conciso ed elegante. Chi accettò le premesse metodologiche di Laband dovette ammettere che egli aveva costruito un sistema chiuso sul piano teorico e che allo stesso tempo era un capolavoro sul piano letterario. La potenza dei concetti e il sapiente uso della lingua appaiono ancora oggi ammirevoli. L'opera era in sintonia con le idee nazional-conservatrici all'epoca dominanti nella borghesia e nell'apparato statale, e questo fu naturalmente uno dei motivi per cui ebbe un notevole successo ⁽¹⁸⁴⁾.

Otto von Gierke e Felix Stoerk furono i critici più importanti di

⁽¹⁸²⁾ Laband ha visto questo soggetto nell'unità dei monarchi e delle città libere riuniti nel *Reich* tedesco, e dunque nell'organo del « consiglio federale ». Rifiutò l'idea di concedere al *Reich* la sovranità in quanto persona giuridica e di far esercitare questa sovranità da veri organi (imperatore, consiglio federale, parlamento). Diversamente GIERKE (nt. 179), 45 ss. Cfr. O. FRÖHLING, *Labands Staatsbegriff. Die anorganische Staatsperson als Konstruktionsmittel der deutschen konstitutionellen Staatslehre*, tesi, Marburg 1967.

⁽¹⁸³⁾ M. v. SEYDEL, *Commentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich*, Würzburg 1873 (2^a ed. Freiburg-Leipzig 1897); ID., *Der Bundesstaatsbegriff*, in *ZgStW*, 28 (1872), 185-256; ID., *Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes*, in « (Hirths) Annalen », 1876, 641-655.

⁽¹⁸⁴⁾ Per quanto riguarda il successo del positivismo giuridico cfr. anche M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 1967, 39-43.

Laband, ma ad essi si deve aggiungere Karl Rieker (185). Gierke reagì contro il tentativo di rinchiudere la scienza giuridica nell'angusto recinto di un lavoro di analisi logico-concettuale, sottolineando la dipendenza valoriale della formazione dei concetti nel sistema di Laband (186). Per Gierke era altresì inaccettabile che Gerber e Laband riducessero lo Stato a semplice punto di riferimento giuridico del potere statale, esercitato esclusivamente dall'alto verso il basso. Il cittadino come oggetto del potere statale, la negazione dei diritti fondamentali, il deciso contenimento del parlamentarismo, erano tutti elementi inaccettabili per l'autore del *Genossenschaftsrecht* (187) e sostenitore dell'idea dello Stato come « personalità complessiva » (188) organicamente suddivisa. L'opposizione di Gierke aveva varie radici. Egli rappresentava contro Laband l'eredità della scuola germanista, e quindi anche il pathos libertario e popolare nato nel periodo delle rivoluzioni del 1848 contro lo Stato assolutistico, la pienezza storica contro l'astrazione, l'armonia di individuo e collettività contro il meccanismo del potere statale e della obbedienza (189).

La critica mossa a Laband da Felix Stoerk (1851-1908) (190) corrisponde solo in parte a quella di Gierke. La sua requisitoria a favore di una « ricostruzione storico-genetica » del processo di formazione dei concetti giuridici, la sua messa in luce delle tautologie, dei circoli viziosi e delle diverse strategie di occultamento per

(185) K. RIEKER, *Über Begriff und Methode des allgemeinen Staatsrechts*, in « Vierteljahresschrift für Staats- und Volkswirtschaft », 4 (1896), 250-268, con una critica sull'astoricità del « metodo logico-formale ».

(186) Sulle sue convinzioni metodologiche cfr. soprattutto A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens*, 1974.

(187) Cfr. sotto nt. 273, 275.

(188) O. v. GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902.

(189) Vedi sotto nt. 272.

(190) C. SARTORIUS, *Felix Stoerk*, in AöR, 23 (1908), I-IV; P. LABAND, DJZ 13 (1908) 174 s. Considerazioni in W. BRAUNEDER, *Juristen in Österreich 1200-1980*, 1987. Stoerk nacque nel 1851 a Ofen e cominciò la sua carriera scientifica a Vienna. Nel 1882 venne chiamato all'università di Greifswald per una cattedra di diritto pubblico, in particolare di diritto internazionale, storia del diritto e filosofia del diritto, e fu professore ordinario a partire dal 1888. Nel 1903 fu rettore a Greifswald. I suoi meriti principali si riscontrano nel campo del diritto internazionale.

conseguire determinati risultati politici attraverso l'astrazione dogmatica, si rivolgono principalmente a un confronto metodologicamente immanente. Stoerk desiderava che il diritto pubblico avesse una metodologia autonoma non tanto per la necessità di una « indipendenza » della disciplina, quanto perché soltanto essa poteva svelare l'intensa interazione reciproca tra realtà statale e formazione scientifica dei concetti giuridici. Questa formazione dei concetti era a suo parere possibile solo facendo stretto riferimento ai problemi materiali sorti nel tempo e sviluppati dalla politica, e non doveva dunque venire violentata da un pensiero astratto che spaziava su tutti gli ambiti del diritto ⁽¹⁹¹⁾. Dietro a questa critica vi erano naturalmente delle riserve nei confronti del conservatorismo di Laband, come ad esempio sulla questione dei diritti fondamentali ⁽¹⁹²⁾, eppure in realtà ciò che lo interessava era essenzialmente il problema metodologico divenuto ormai controverso sul piano del diritto costituzionale imperiale.

Laband reagì alle critiche nell'introduzione alla seconda edizione della sua opera. In questa occasione egli sottolineò con una certa irritazione che il metodo giuridico da lui proposto nel diritto pubblico non voleva affatto portare a una limitazione delle ricerche e degli studi storici e politici ⁽¹⁹³⁾. Le ricerche da lui stesso compiute nel campo della storia del diritto e la sua partecipazione attiva alla politica regionale in Alsazia dimostravano ampiamente che questioni storiche e politiche non gli erano certo estranee. Anch'egli si era dedicato in un secondo momento ad analisi che avevano come oggetto la costituzione imperiale vista come espressione di una

⁽¹⁹¹⁾ F. STOERK, *Zur Methodik des öffentlichen Rechts*, Wien 1885 (estratto dalla « Grünhuts Zeitschrift », vol. XII). E. LINGG cercò di fare da mediatore tra Stoerk e Laband, *Zur Entwicklungsgeschichte der deutschen Staatslehre*, in AöR, 14 (1899), 239-259.

⁽¹⁹²⁾ Op. cit., 62 ss.

⁽¹⁹³⁾ Ciò si riscontra soprattutto nella nota premessa alla 2^a ed., vol. I, Freiburg 1888, X ss., reazione ai « frequenti e duri attacchi » da parte di autori come Stoerk e Gierke. Dalla parte di Laband si schierò PH. ZORN, *Zur staatsrechtlichen Literatur*, in « Grünhuts Zeitschrift », vol. X (1883), 732 ss. Cfr. anche B. SCHLINK, *Laband als Politiker*, in « Der Staat », 31 (1992), 553-569.

svolta epocale ⁽¹⁹⁴⁾. Tuttavia si può sostenere che il suo metodo giuridico, creando delle barriere nei confronti di una strategia argomentativa che unisse ingenuamente o consapevolmente elementi storico-politici o giuridici, ha prodotto un certo purismo e una esagerata fiducia nell'infallibilità delle deduzioni logiche. Questo era certamente uno dei pericoli maggiori, e lo stesso Laband si sentì in dovere di segnalarlo.

Un secondo punto critico del lavoro svolto da Laband riguardava la sua disinvolta tendenza a utilizzare l'analogia con il diritto civile. Gli si rimproverò di avere spiegato la posizione giuridica dell'imperatore confrontandola con quella del presidente di una società per azioni, di avere introdotto il contratto basato sul diritto civile nella normativa del pubblico impiego, di avere accostato l'amministrazione pubblica alla « gestione aziendale » e il ruolo dei singoli Stati nei confronti dell'Impero con gli *iura singulorum*; per i suoi detrattori si trattava di un ritorno all'universo concettuale civilistico nonché, in un certo senso, di un tradimento dell'emancipazione conquistata dal diritto pubblico ⁽¹⁹⁵⁾.

Un terzo pericolo, che Laband dovette lasciar inesplorato a causa delle sue convinzioni metodologiche, era rappresentato dalla cristallizzazione del diritto costituzionale, accettato a livello politico, attraverso un intenzionale processo di de-politicizzazione. Se i risultati di deduzioni concettuali sono elevati a verità naturali ineluttabili, e contro-argomenti di ordine storico-politico non sono accettabili per ragioni disciplinari, è inevitabile l'effetto conservatore di una prospettiva metodologicamente limitata. Laband ne era consapevole. Egli era un convinto sostenitore della monarchia costituzionale e combatteva senza incertezze se si trattava di assicurarne la sopravvivenza tramite l'ausilio di verità dogmatico-giuridiche.

È perciò relativamente semplice provare che Laband struttura le proprie argomentazioni in modo tale da evitare collisioni con ciò che è auspicato dal mondo politico, ad esempio per quanto riguarda la dottrina unitaria della Confederazione, il « concetto di Impero », del

⁽¹⁹⁴⁾ P. LABAND, *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung*, in JöR, 1 (1907), 1-46.

⁽¹⁹⁵⁾ STOERK (nt. 191), 56 ss.

« territorio del *Reich* », del « bilancio », della « legge » (196) e in molti altri punti. Se l'autore in questi casi abbia tenuto in considerazione il risultato politico delle proprie tesi, in maniera inconsapevole oppure surrettizia, è una cosa che si può stabilire analizzando i singoli dettagli. Farne derivare « interne falsità », come ha fatto per esempio Rudolf Smend, sembra però eccessivo, dal momento che qui rilevano presupposti prescientifici: « la consapevolezza dei sicuri fondamenti esistenziali borghesi nel nuovo Impero; l'accettazione senza riserve dell'ordine politico creato da Bismarck; la mancanza di sensibilità per il problema delle questioni di contenuto del diritto positivo; la convinzione che il pensiero giuridico debba fundamentalmente interessarsi solo delle questioni giuridiche formali » (197). Non sorprende che questo modo di vedere le cose venga riferito in modo così netto a un rappresentante della borghesia ebraica assimilata, carico di onori e con un grande successo nel mondo accademico.

Nelle discussioni divampate nelle generazioni successive sulla figura di Laband, ha svolto un ruolo importante proprio la consapevolezza del fatto che nella sua dottrina del diritto pubblico egli abbia ignorato alcuni temi di natura storico-politica. Soprattutto Rudolf Smend e i suoi allievi hanno giudicato negativamente Laband. Essi, ad esempio, considerano positivo il lavoro di Gerber in quanto, a differenza di quello di Laband (198), « non ancora sradicato (!) »; vedono il ruolo di Laband « fatale » (199) e gli rimproverano di togliere ai concetti e alle istituzioni di diritto pubblico, attraverso il suo esasperato formalismo, il loro « senso politico »; (200) in questo modo, Laband « scioglie l'apparato concettuale dai necessari fondamenti reali » (201). « Il risultato », dice Smend, « è quella strana idea di un sistema, svuotato di senso, di particelle di

(196) BÖCKENFÖRDE (nt. 161) 28.

(197) FRIEDRICH (nt. 167), 200.

(198) FRIEDRICH (nt. 167), 207; e anche v. OERTZEN (nt. 6).

(199) R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed. 1968, 334.

(200) FRIEDRICH (nt. 167), 209. La sua profonda avversione contro il positivismo e il giudizio dell'opera di Kelsen come un'« assurdità » è documentato in v. OERTZEN (nt. 6), 261; K. HESPE, *Zur Entwicklung der Staatszwecklehre in der deutschen Staatsrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, 1964.

(201) v. OERTZEN (nt. 6), 257.

competenza e di potere che non ha riscontri nella vita reale e che avrà, a causa del mancato rispetto dei compiti posti da questa scienza, sicuramente effetti dannosi» (202). Il «profondo torto dell'opera di Laband», così scrive Smend nel 1939, consiste nel fatto che esso tratta con «poca serietà» le questioni politico-costituzionali di coscienza e di vita del popolo tedesco. Altri sono stati in grado, nonostante il suo potentissimo influsso, «di ripristinare in qualche modo l'unità dell'intero diritto pubblico tedesco spezzata da Laband, e di essere stati educatori politici in un senso diverso dal suo. Non c'è bisogno di dire qual è la ragione di questa differenza» (203). Questa allusione alle origini ebraiche di Laband, tipica dell'epoca ma certamente indegna di un uomo come Smend, mostra quali profonde ragioni hanno spinto a insistere sul «fallimento» di Laband. Le espressioni «senza fondamenti», «vuoto formalismo», «meccanico», «positivismo degenerato» (204) e così via sono chiaramente da ricondurre a un risentimento irrazionale che colpì più tardi anche Kelsen. Smend, che aveva iniziato la sua carriera accademica quando Laband era ancora vivo, dovette sentirsi sin da principio agli antipodi di Laband, sebbene soltanto con la Repubblica di Weimar si arrivò «al consolidamento di una autonoma posizione contrastante e all'esplicito rigetto del metodo positivistico» (205). Smend disprezzava il forte neokantismo della scuola di Marburgo e di Kelsen e cercava, sulle tracce di Dilthey e più tardi di Theodor Litt, un riacciamento spirituale delle questioni di diritto pubblico alla storia del pensiero, una «unità» e un collegamento alla «vita reale» (206), quindi non certo un isolamento dello

(202) SMEND (nt. 199), 335.

(203) SMEND (nt. 199), 338. Altri furono più chiari a questo proposito, come ad esempio il dottorando di Tubinga di Walther Schönfeld, Helmut HIRSCHBÜHL (nt. 100), 2: «La via tracciata da lui [Gerber] fu ulteriormente proseguita dagli ebrei Laband e Kelsen, i quali con una esagerazione logico-formale univoca del vero pensiero della dottrina giuridica di Gerber, ne stravolgono il valore arrivando a sostenere tesi a esso opposte».

(204) Cfr. in particolar modo v. OERTZEN (nt. 6), 254 ss.

(205) S. KORIOH, *Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, 1990, 85.

(206) Riguardo all'opera giovanile di Smend dettagliatamente KORIOH (nt. 205), 16 ss.

specifico elemento giuridico. Non si può considerare Smend, su posizioni antipositivistiche nella « controversia metodologica weimariana »⁽²⁰⁷⁾, un critico obiettivo di Laband. È importante sottolineare questo poiché la forte influenza esercitata da Smend nel campo della ricerca nella Repubblica Federale Tedesca⁽²⁰⁸⁾, insieme al generale rifiuto del positivismo giuridico dopo il 1945, ha condotto ad una cristallizzazione dell'immagine completamente distorta, già problematica riguardo a Gerber, che solitamente si ha di Laband.

III. *La scienza del diritto pubblico fino alla guerra mondiale.*

1. *Contemporanei e oppositori di Laband.*

È convinzione comune che l'opera di Laband abbia « completamente dominato più di una generazione di pubblicisti tedeschi »⁽²⁰⁹⁾. In generale questa idea non è sbagliata, se ci si limita ad analizzare i tratti essenziali dell'opera di Laband nella sua ampiezza, rappresentatività e influenza. Ma se si osserva la dottrina del diritto pubblico di quel tempo nella sua integralità, ci si accorge quanto esso fosse in realtà estremamente vario e multiforme. Ritenere quindi che il « positivismo » di Laband abbia soffocato gli altri contributi dei suoi contemporanei è evidentemente fuorviante.

L'immagine complessiva di quella « generazione di pubblicisti tedeschi » è in generale più omogenea rispetto a quella del periodo del *Vormärz* o della Repubblica di Weimar. Gli autori sono professori universitari, borghesi nel senso classico del termine, tutti monarchici, anche se con tonalità differenti da regione a regione. Di oppositori, che potrebbero fungere da « sismografi » in grado di captare l'irrequietezza politica del tempo, ce ne sono pochi. Ben pochi hanno conseguito uno sviluppo spirituale paragonabile a

⁽²⁰⁷⁾ R. SMEND, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in Festschr. f. U. Scheuner, 1973, 575-589; M. FRIEDRICH, *Der Methoden- und Richtungsstreit. Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre*, in AöR, 102 (1977), 161 ss.; K. RENNERT, *Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, 1987.

⁽²⁰⁸⁾ KORIOH, (nt. 205) 228 ss. offre la prima esposizione storico-scientifica della ricezione di Smend, purtroppo senza trattare anche il diritto ecclesiastico.

⁽²⁰⁹⁾ H. TRIEPEL, *Staatsrecht und Politik*, 1927, 8 ss.

quello di Walther Schücking (1875-1935), che divenne democratico e pacifista ⁽²¹⁰⁾. Ma anche se ce ne fossero stati di più, la situazione non sarebbe poi cambiata di molto, poiché la distanza degli studiosi di diritto nei confronti della *Realpolitik* era divenuta sempre maggiore, e le scelte sul piano metodologico dimostrano che questa distanza era sempre più necessaria per il consolidamento del carattere scientifico del diritto pubblico.

La politica del *Reich* veniva stabilita a Berlino o a Friedrichsruh, senza i professori e certo senza premesse filosofiche. La politica e la cultura della scienza del diritto pubblico si incrociavano solo occasionalmente. È vero che studiosi significativi, come Mohl, Gneist, Gerber, Loening, Georg Meyer, Sarwey, Marquardsen, Hänel, Hirschius, Friedberg continuavano ad occuparsi, tra le altre cose, di attività in campo parlamentare e politico, ma il baricentro si spostava sempre più decisamente verso i politici di professione, i funzionari delle varie associazioni e gli strateghi dei partiti.

Gli studiosi volevano sentirsi sgravati dalla politica anche da un punto di vista personale. La loro situazione materiale era buona, il loro prestigio sociale particolarmente elevato. La politica culturale non era mai stata così favorevole alle università come a partire dal 1871. L'«era Althoff» aveva reso la scienza, in fase di espansione e di differenziazione, uno strumento della politica nazionale e imperiale ⁽²¹¹⁾. La Germania investiva più di altri paesi dell'Europa occidentale in «quella grande azienda che era la scienza» ⁽²¹²⁾, soprattutto nel campo tecnico-naturalistico, ma anche in quello

⁽²¹⁰⁾ D. ACKER, *Walther Schücking*, 1970; W. KOHL, *Walther Schücking (1875-1935). Staats- und Völkerrechtler — Demokrat und Pazifist*, in *Kritische Justiz* (a cura di), *Streitbare Justisten. Eine andere Tradition*, 1988, 230-242.

⁽²¹¹⁾ B. VOM BROCKE, *Hochschul- und Wissenschaftspolitik in Preußen und im Deutschen Kaiserreich 1882-1907: das System "Althoff"*, in P. BAUMGART (a cura di), *Bildungspolitik in Preußen zur Zeit des Kaiserreiches*, 1980, 9-118; ID., *Von der Wissenschaftsverwaltung zur Wissenschaftspolitik. Friedrich Althoff (1839-1908)*, in *Berichte zur Wissenschaftsgeschichte* 11 (1988), 1-26; TH. NIPPERDEY, *Deutsche Geschichte 1866-1918*, vol. I, 1990, 602 ss.

⁽²¹²⁾ F.R. PFETSCH, *Zur Entwicklung der Wissenschaftspolitik in Deutschland 1750-1914*, 1974. 72 ss.; L. BURCHARDT, *Deutsche Wissenschaftspolitik an der Jahrhundertwende. Versuch einer Zwischenbilanz*, in *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 26 (1975), 171-189.

umanistico ⁽²¹³⁾. Questa situazione trovava le sue basi in meccanismi di reciproca lealtà, inconsci o meno che fossero, e nella complessiva accettazione delle generali condizioni sociali. I professori di diritto pubblico non erano dei frondisti, non c'erano barricate su cui avrebbero potuto combattere. Essi erano — almeno i più rinomati — membri effettivi del Consiglio di Stato, ricoperti di riconoscimenti, eccellenze, *Kronsyndici*, membri prescelti della Camera alta, esperti richiesti dai governi e dalle corti principesche. Non si pronunciavano più, come era successo nel periodo del *Vormärz*, senza essere esplicitamente interpellati, e senza ricevere un onorario.

Il cambiamento del paradigma metodologico da un diritto pubblico fondato sul piano ideale, politico o storico, al « metodo giuridico », esprimeva questa realtà generale e contemporaneamente la rafforzava. Anche al di fuori della stretta cerchia dei sostenitori e dei successori spirituali di Laband ⁽²¹⁴⁾ era opinione comune e incontestata che l'esperto di diritto pubblico dovesse accettare la volontà statale stabilita formalmente, sviscerare i principî fondamentali intrinseci al diritto vigente, elaborare concetti precisi, riconoscere la natura giuridica di determinate istituzioni, metterle in ordine e trarre le debite conclusioni ⁽²¹⁵⁾. Nel diritto civile, sotto il

⁽²¹³⁾ P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna 1987 (*Laboratorium der bürgerlichen Welt. Deutsche Wissenschaft im 19. Jb.*, 1992); R. VIERHAUS-B. v. BROKE (a cura di), *Forschung im Spannungsfeld von Politik und Gesellschaft. Geschichte und Struktur der Kaiser-Wilhelm-Max-Planck-Gesellschaft*, 1990, 17 ss. (B. v. BROKE) e altri documenti.

⁽²¹⁴⁾ Cfr. per esempio C. BORNHACK, *Grundriß des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1906 (2^a ed. 1910) e PH. ZORN, *Lehrbuch des deutschen Reichsstaatsrechts*, 2^a ed. 2 vol. 1895, 1897. Dell'ultimo è particolarmente chiarificatore lo sguardo retrospettivo: *Die deutsche Staatsrechtswissenschaft seit 1866*, JöR 1 (1907), 47-81. — Philipp Zorn (1850-1928), studiò a Monaco e Leipzig, conseguì il dottorato nel 1872 sul procedimento probatorio longobardo, ottenne l'abilitazione alla docenza universitaria nel 1875 a Monaco con un lavoro sullo Stato e la chiesa in Norvegia, divenne professore associato a Berna nel 1875 e ordinario a Königsberg nel 1877, a Bonn dal 1900. A parte la citata rielaborazione del diritto pubblico prussiano di Rönne è da sottolineare il suo manuale di diritto pubblico imperiale tedesco, 2 voll., Berlin 1880-81 (2^a ed. 1895-97). Per la sua biografia cfr. ID., *Aus einem deutschen Universitätsleben*, 1927 nonché J. JESSEN, *Die Selbstzeugnisse der deutschen Juristen*, 1983, 140 e altri documenti.

⁽²¹⁵⁾ P. LABAND, *Das Finanzrecht des Deutschen Reiches*, in « (Hirths) Annalen des Deutschen Reiches », 1873, 405-562.

dominio spirituale di Windscheid, le cose non erano molto diverse ⁽²¹⁶⁾. Nel diritto penale Karl Binding ⁽²¹⁷⁾ e il riformatore Franz von Liszt esigevano allo stesso modo « concetti chiari e precisi e un sistema chiuso » ⁽²¹⁸⁾. Si era dunque d'accordo su questi punti.

Tuttavia il panorama del diritto pubblico tardo-costituzionale non è un « deserto positivista ». Se si analizzano i nomi degli studiosi di diritto costituzionale e amministrativo nelle università del *Reich* tedesco nel 1905, si possono immediatamente individuare i corrispondenti raggruppamenti ⁽²¹⁹⁾. Si trovano, da un lato, proprio coloro che nonostante la chiara adesione al metodo giuridico proseguono nella vecchia tradizione scientifica e si rifanno ad essa; dall'altro, si trovano i rappresentanti di un pensiero giuridico materiale, oppositori provenienti dalla linea di tradizione germanistica da Georg Beseler e Otto Bähr a Otto von Gierke, Siegfried Brie e Hugo Preuss, e infine autori « marginali » come Ludwig Gumpłowicz, Gustav Ratzenhofer o Anton Menger.

2. *Il positivismo storicamente fondato.*

Georg Meyer e — a partire dal 1900 — il suo successore ad Heidelberg Gerhard Anschütz, sono considerati « positivisti classici ». Questa etichetta ha però una coloritura sostanzialmente negativa. Questo « positivismo » non era né astorico né apolitico. Esso era situato nella normalità di tempi tranquilli, nei quali punti

⁽²¹⁶⁾ FALK (nt. 64).

⁽²¹⁷⁾ D. WESTPHALEN, *Karl Binding (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, 1989.

⁽²¹⁸⁾ F. v. LISZT, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin-Leipzig 1881, premessa.

⁽²¹⁹⁾ G. ZIELER-TH. SCHEFFER (a cura di), *Das Akademische Deutschland*, vol II. *Die juristischen Fakultäten*, Leipzig 1905: Berlino (Hübler, Gierke, Martitz, Kohler, Kahl, Bornhack, Preuß, Laß, Kaufmann), Bonn (Zorn, Bergbohm, Stier-Somlo), Breslavia (Brie, Eger), Erlangen (Rieker), Friburgo (Rosin, Schmidt, v. Frisch), Gießen (van Calker), Gottinga (Frensdorff, v. Bar, Schoen, v. Hoffmann), Greifswald (Stoerk, Sartorius), Halle (Loening, Finger, Fleischmann), Heidelberg (Jellinek, Anschütz, v. Jagemann, v. Kirchenheim, Walz), Jena (Rosenthal, Niedner), Kiel (Hänel, Frantz, Weyl, Perels), Königsberg (Arndt, Hubrich), Lipsia (Friedberg, Binding, O. Mayer, Häpe), Marburgo (Westerkamp, Schücking), Monaco (Amira, v. Stengel, Dyroff, Harburger), Münster (Schreuer, L. v. Savigny), Rostock (Sachse, Hübner), Strasburgo (Laband, Rehm), Tubinga (Triepe), Würzburg (Piloty).

d'appoggio extra-giuridici non sembravano necessari dal momento che non era ancora ritenuta possibile l'infamia legislativa. E anche se il conflitto costituzionale prussiano, il *Kulturkampf*, e le leggi anti-socialiste avevano mostrato punti di collisione tra diritto e morale politica, si trattava di una eccezione che non andava a inficiare un principio ritenuto generale.

a) *G. Meyer.*

Georg Meyer (1841-1900) ⁽²²⁰⁾ studiò a partire dal 1860 nelle università di Jena e Gottinga, nel 1863 conseguì il dottorato ad Heidelberg e nel 1867 si abilitò all'insegnamento accademico a Marburgo. Docente prima a Marburgo (1873) e poi a Jena (1875) ⁽²²¹⁾ e Heidelberg (1889), divenne una delle autorità del *Reich* nel campo del diritto pubblico. Egli non fu solamente membro della Camera alta del Baden, ma dal 1881 al 1890 fu anche membro nazional-liberale del parlamento, dove contribuì all'elaborazione della legislazione in materia di territori coloniali ⁽²²²⁾. Dal 1889 al 1900 insegnò e pubblicò ad Heidelberg come stimato esperto di diritto pubblico, senza però essere considerato un modello o un riferimento.

Le sue prime prese di posizione dopo il 1866 e il 1871 ⁽²²³⁾ sono recepite nel suo *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* del 1878 ⁽²²⁴⁾.

⁽²²⁰⁾ G. JELLINEK, *Georg Meyer*, DJZ 5 (1900) s.; Id., *Georg Meyer. Worte der Erinnerung*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, vol. I, 1911 (ried. 1970), 272-281; LANDSBERG, III-2, nt. 405; C. DOERFERT, *Georg Meyer (1841-1900). Staatsrechtslehrer und Politiker aus Lippe*, in «Lippische Mitteilungen», 62 (1993), 191-197.

⁽²²¹⁾ Meyer ebbe a Jena anche un mandato al parlamento della Sassonia-Weimar.

⁽²²²⁾ G. MEYER, *Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete*, Leipzig 1888. Meyer collaborò anche alla stesura della legge imperiale su entrate e uscite dei protettorati del 30.3.1892, RGBl. 1892, 369 s. Cfr. H. EDLER VON HOFFMANN, *Einführung in das deutsche Kolonialrecht*, Leipzig 1911; F. KERSTING, *Das öffentliche Recht der deutschen Schutzgebiete*, Zwickau 1911.

⁽²²³⁾ G. MEYER, *Grundzüge des norddeutschen Bundesrechtes*, Leipzig 1868, Id., *Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung*, Leipzig 1872.

⁽²²⁴⁾ G. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes*, Leipzig 1878, 4^a ed. 1895, 5^a ed. 1899; 6^a ed. rielab. da G. Anschütz, 7^a ed. in tre parti 1914-1919. Cfr. a questo proposito la recensione di H. REHM, *VerwArch* 14 (1906), 350-356.

L'opera *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, pubblicata poco dopo (nel 1883 e nel 1885) ⁽²²⁵⁾, e di cui si parlerà in seguito, completò e ampliò la parte di diritto amministrativo del manuale di diritto pubblico, in sintonia con l'accresciuta importanza conseguita da tale nuovo ramo della scienza giuspubblicistica. Il *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* si presenta come un testo non particolarmente lungo, ma al suo interno contiene asserzioni dogmatiche in abbondanza e materiale accuratamente documentato, soprattutto nelle note a piè di pagina. La quantità di materiale e di letteratura ivi elaborata rende il libro un'affidabile lettura, ancora oggi informativa anche se poco ispirata. Esso era, come disse più tardi Anschütz, « unico nel suo genere. Questo perché era l'unica trattazione completa del diritto pubblico tedesco, mai sostituita o sorpassata da un'altra opera; una trattazione completa che prese in considerazione oltre al diritto costituzionale del potere centrale — ovvero del *Reich* — anche quello di tutti i singoli Stati, mentre il sicuramente più famoso *Staatsrecht des Deutschen Reichs* si limitava in concreto, come del resto indica il titolo stesso, al solo diritto imperiale, e comunque non conteneva che descrizioni molto approssimative del diritto pubblico dei singoli territori » ⁽²²⁶⁾.

Meyer si considerava un seguace del « metodo strettamente giuridico », ma, al pari della maggior parte dei suoi predecessori, riteneva indispensabile delineare « un diritto pubblico tedesco » con una « dottrina generale dello Stato » ⁽²²⁷⁾ e una « storia del diritto pubblico tedesco ». Egli era ben lontano dal purismo di Gerber e dal « costruttivismo » di Laband. Meyer spiegò il diritto positivo attraverso frasi brevi e chiare, ma incluse senza esitazione anche tematiche storiche e politiche, cosciente del fatto che tutto ciò potesse essere di « completamento » all'argomentazione giuridica. Il dualismo tra metodo delle scienze dello Stato e metodo giuridico era per

⁽²²⁵⁾ G. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, 2 voll., 1883, 1885, 2^a ed. 1893, 1894; dalla 3^a ed. München-Leipzig 1910 rielab. da Franz Dochow; 4^a ed. 1913, 1915.

⁽²²⁶⁾ G. ANSCHÜTZ, *Lebenserinnerungen*, in « Ruperto-Carola. Mitt. d. Vereinigung d. Freunde der Studentenschaft d. Universität Heidelberg », 9. Jg., vol. 21 (1957) 37.

⁽²²⁷⁾ Significativamente ridenominata *Grundbegriffe des Staatsrechts*.

lui una vicenda ormai chiusa (228). In questo senso, la parte preliminare comincia trattando dello « sviluppo storico dell'organizzazione delle autorità tedesche »; e così anche nel trattare della « legislazione » o della « amministrazione finanziaria » l'autore si riserva un'introduzione che tratta del loro « sviluppo storico ».

Nel manuale di Meyer è da notare che, come del resto lascia intuire la parte introduttiva, si giunge a una nuova concezione che prevede l'integrazione del diritto territoriale col diritto pubblico imperiale. Si muove dai singoli Stati (monarchie, città libere) per arrivare al *Reich*, ripercorrendo il percorso che va dagli organi alle funzioni statali, ai diritti e doveri individuali e al diritto ecclesiastico. Per riassumere il tutto con una formula, si potrebbe dire che in Meyer si ha la combinazione della tradizione dei vecchi diritti pubblici federali con le aspirazioni metodologiche di Gerber nel quadro delle condizioni giuridiche del *Reich*.

b) *G. Anschütz.*

« Georg Meyer fu », così scrisse il suo successore Gerhard Anschütz (1867-1948), « come la maggior parte dei suoi contemporanei, più vecchi e più giovani, uno spiccato positivista [...]. Il suo sguardo si diresse sempre soltanto verso la realtà e i fatti del diritto pubblico; il suo modo di vedere era, se si vuole, più pratico che teorico [...]. Non lo dico tanto per caratterizzare i punti di vista di Georg Meyer, bensì i miei, che erano molto affini ai suoi [...]. Esiste un parallelismo riguardo allo sviluppo giuridico, un'analogia nella mentalità giuridica che si spiega con lo spirito del tempo » (229).

Gerhard Anschütz ha evidentemente riflettuto sul modo in cui, dopo essere stato chiamato a Tubinga (1899-1900) e poi a Heidelberg (1900-1908) a svolgere l'attività di docente di diritto costituzionale e amministrativo, è venuto in contatto con il liberalismo borghese della Germania meridionale. Sebbene fosse di formazione prussiana, egli non solo imparò a poco a poco a pensare in maniera più

(228) G. MEYER, *Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland*, Jena 1875.

(229) G. ANSCHÜTZ, *Lebenserinnerungen* (nt. 226), 35-43 (37). Continuazione in vol. 22 (1957) 25-40; dati biografici in DRÜLL, 4.

liberale, ma arrivò anche a un « positivismo democratico ». Originariamente egli era « patriottico, fedele allo Stato e poi liberale »⁽²³⁰⁾. Ciò che lo impressionò nella Germania meridionale fu la forte componente borghese dell'intera società, la mancanza dell'elemento « feudale » così spiccato in Prussia. Per questo, dopo alcuni anni a Berlino (1908-1916), egli ritornò all'università di Heidelberg (1916-1933) e rappresentò — insieme a Richard Thoma — uno dei punti di forza della facoltà durante il periodo della Repubblica di Weimar⁽²³¹⁾.

Già nei primi lavori che Anschütz pubblicò si possono trovare posizioni in disaccordo con la linea conservatrice prussiana di Laband, Zorn, Arndt e altri. La sua dissertazione, scritta a Halle sotto il magistero di Edgar Loening⁽²³²⁾, aveva come tema la questione costituzionale, solo apparentemente messa a tacere dall'autorità di Laband, del doppio concetto di legge in senso liberale. Ancora più chiara era la monografia *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht*⁽²³³⁾, in cui il diritto dell'esecutivo di emanare regolamenti veniva fatto dipendere da un'autorizzazione costituzionale e legislativa — una chiara limitazione del principio monarchico che suscitò dure proteste —⁽²³⁴⁾. Anschütz si è coscientemente rivolto contro il fronte monarchico dei « criptoassolutisti »⁽²³⁵⁾ che si opponevano a una graduale parlamentarizzazione e democratizzazione della Prussia⁽²³⁶⁾. In questo senso Anschütz era un « positivista » in senso

⁽²³⁰⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gerhard Anschütz (1986)*, in ID., *Recht, Freiheit*, 1991, 367-378 (368).

⁽²³¹⁾ E. FORSTHOFF, *Gerhard Anschütz*, in « Der Staat », 6 (1967), 137-150.

⁽²³²⁾ G. ANSCHÜTZ, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetze*, Leipzig 1891, 2^a ed. 1913.

⁽²³³⁾ Tübingen-Leipzig 1900, 2^a ed. 1901 (ried. 1971).

⁽²³⁴⁾ Vedi soprattutto (G.)A. ARNDT, *Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin-Leipzig 1884; ID., *Das selbstständige Verordnungsrecht*, Berlin 1902. A proposito di A. Arndt (1849-1926), che a partire dal 1900 insegnò a Königsberg, cfr. la monografia che tratta del figlio, di D. GOSEWINKEL, *Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945-1961)*, 1991, 23 ss. con indicazione di altri contributi.

⁽²³⁵⁾ FORSTHOFF (nt. 231).

⁽²³⁶⁾ Vedi la premessa a: *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat*, vol. I, Berlin 1912. Ried. 1974. Vedi cap. 7, nt. 165.

diverso. Egli riteneva inammissibile scalzare o superare metagiuridicamente il diritto vigente, ma allo stesso tempo sapeva utilizzare benissimo spazi semantici intrinseci al testo. « Credo che allora mi sia riuscito », disse più tardi in riferimento al suo commento della costituzione prussiana, « di mettere dalla parte del torto l'avversario che dichiarava di essere un "conservatore" e che in realtà era un reazionario, e di essermi adoperato con successo per un'interpretazione costituzionale che fosse non tanto liberale quanto, soprattutto, giusta » (237).

La sua concisa analisi del diritto pubblico tedesco nell'enciclopedia di Holtzendorff-Kohler (238), il proseguimento degli studi del diritto pubblico di Georg Meyer (239) e il primo magistrale volume del suo commento alla costituzione prussiana, gli valsero già prima dello scoppio della guerra mondiale una certa fama come rappresentante della giovane generazione; (240) questa fama si confermò e consolidò dopo il 1919 con il famoso saggio dove egli commentava la costituzione della Repubblica di Weimar e, successivamente, con un'opera pubblicata insieme a Richard Thoma (1931-1932). Anschütz era uno statista liberale e « unitario ». Il pluralismo moderno, che cercava di eliminare la chiara separazione tra Stato e società, non gli era affatto congeniale (241). Il suo era uno « Stato forte » che doveva però concedere determinate libertà e che doveva essere supportato dalla partecipazione dei propri cittadini. Gradualmente e in modo coerente, Anschütz sviluppò la sua posizione nazional-liberale trasformandola in un liberalismo democratico e in un repubblicanesimo che lo portarono a sostenere durante la guerra mondiale la necessità di riforme, portandolo poi a diventare un sostenitore della Repubblica di Weimar.

Anschütz si considerava anche un importante esperto di diritto amministrativo. La sua tesi per l'abilitazione all'insegnamento universitario aveva come tema « il diritto di risarcimento patrimoniale

(237) BÖCKENFÖRDE (nt. 230), 373 dai *Lebenserinnerungen*, Mskr. 253.

(238) G. ANSCHÜTZ, *Deutsches Staatsrecht*, in F. v. HOLTZENDORFF-J. KOHLER, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, vol. IV (1914), 1-192.

(239) Vedi nt. 224.

(240) Vedi cap. 7 nt. 165.

(241) BÖCKENFÖRDE (nt. 230), 371.

per attività amministrativa legittima » (242). Degno di menzione è anche il suo bilancio della giurisprudenza del tribunale amministrativo prussiano, di cui analizza l'influsso per la parte generale del diritto amministrativo nei venticinque anni della sua attività (243).

c) *H. Schulze.*

Ma ritorniamo, dopo questa anticipazione, agli anni ottanta dell'Ottocento. Parallelamente al testo sul diritto pubblico di Georg Meyer troviamo la significativa e più volte citata opera di Hermann Schulze *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*. Essa apparve tra il 1880 e il 1886 in quattro dispense separate che furono poi raccolte in due volumi (244). Anche qui, come in Meyer, il posto principale è riservato ai « concetti fondamentali del diritto pubblico generale » e allo « sviluppo storico » di essi. Questa parte dell'opera di Schulze rinvia alle analisi da lui già condotte nel 1865 e nel 1867 (245). Il diritto pubblico territoriale costituisce il primo blocco della parte dedicata al diritto positivo. In esso vengono trattate, secondo la solita disposizione e con una ricchezza di dettagli che riempie più di cinquecento pagine, le tematiche della « struttura » e della « funzione dell'organismo statale » (246). L'autore si rifà alla comune articolazione della « normale » monarchia costituzionale. Le difformità rispetto a questo modello, rappresentate in particolare dalle città anseatiche, non ricevono grande attenzione. Lo spirito che lega il

(242) VerwArch 5 (1897) 1-136.

(243) G. ANSCHÜTZ, *Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in PrVerwBl. 22 (1900-1901) 83-90.

(244) H. SCHULZE, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes*, vol. I, *Das Deutsche Landesstaatsrecht*, Leipzig 1881; vol. II, *Deutsches Reichsstaatsrecht*, Leipzig 1886.

(245) Vedi nt. 51 ss.

(246) Al di là dell'esame delle funzioni dello Stato (legislazione, giustizia, amministrazione) merita particolare interesse la presa di posizione a proposito del concetto di legge. Schulze è d'accordo con G. MEYER, *Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats*, in « Grünhuts Zeitschr. », 8 (1881), 1-53 (15 ss.), e quindi sostiene la posizione per cui la « generalità » della norma è caratteristica fondamentale del concetto di legge. Laband, Jellinek e altri rifiutarono questa concezione. Schulze si è tuttavia successivamente schierato dalla parte della maggioranza in *Das Preußische Staatsrecht*, 2^a ed., vol. II, Leipzig 1890, 4 s.

diritto territoriale di tutti i venticinque Stati tedeschi emerge, per Schulze, dalla « coscienza giuridica generale », ovvero dallo « spirito del popolo »; a Schulze appare infatti convincente la formula secondo la quale lo Stato rappresenta « un'espressione vivente dello spirito del popolo »⁽²⁴⁷⁾.

Il diritto pubblico imperiale, anch'esso suddiviso per organi e funzioni, costituisce il secondo blocco. In questo modo i singoli Stati e il *Reich* vengono separati più nettamente, e i temi che risultavano incrociati in Georg Meyer appaiono qui separati l'uno dall'altro. Ma questa soluzione non era molto più di un artificio per raggiungere una maggiore chiarezza. Georg Meyer e Hermann Schulze erano molto vicini riguardo a temi e metodi, anche se Schulze insisteva nel mettere in risalto, contro Gerber e Laband, il problema concettuale dello Stato come organismo, mentre Meyer riteneva invece l'organicismo inconciliabile con la propria « costruzione giuridica ». Per Schulze questo punto era assai importante, perché a suo parere i cittadini dovevano essere non solamente degli oggetti di dominio, ma membri dell'organismo statale, indipendenti e dotati di pieni diritti. Potere statale e libertà del popolo si trovano uno di fronte all'altro, e l'organo mediatore è il parlamento come rappresentante del popolo. Schulze ha dunque in mente un modello costituzionale ben diverso dalla monolitica « potestà di volere » di Gerber, che non concedeva ai suoi membri né libertà di movimento né diritti indipendenti da tale volontà⁽²⁴⁸⁾.

Il *Deutsches Staatsrecht* di Schulze, individuato nei suoi tratti fondamentali a partire dal 1865 e concluso circa due decenni più tardi, ha quindi due volti. Da un lato esso appare come un relitto, nella prospettiva del positivismo di Laband, dell'antica concezione che risaliva al periodo anteriore alla svolta del 1865-1866, in quanto conserva dopo la metà del secolo la posizione delle dottrine organicistiche dello Stato, la linea della scuola germanistica e dell'idealismo filosofico, cercando di concatenarle al « metodo giuridico ». Anche dal punto di vista dottrinale viene consapevolmente mantenuto il collegamento con la più vecchia letteratura sul diritto pubblico del Seicento e del Settecento. Dall'altro lato, la sua idea di uno

⁽²⁴⁷⁾ *Lehrbuch* (nt. 244) I, 6.

⁽²⁴⁸⁾ Dettagliatamente v. OERTZEN (nt. 6) 241-248.

Stato costituzionale « tedesco », caratterizzato dalla sua aderenza al modello dello Stato di diritto, da un'amministrazione autonoma ⁽²⁴⁹⁾ e da una monarchia costituzionalmente limitata, esprimeva un'opzione per il futuro, che non poteva essere realizzata in una realtà contrassegnata dall'immobile conservatorismo del modello prussiano. A quanto pare Hermann Schulze si è mantenuto fedele ai suoi ricordi del 1848 anche da un punto di vista teorico ⁽²⁵⁰⁾. Una strutturazione flessibile e responsabile dell'organizzazione e dei compiti dello Stato attraverso la partecipazione dei cittadini: ecco qual era l'aspetto di modernità della sua ideologia, che ancora negli anni ottanta traspariva dal materiale che riguardava il diritto pubblico imperiale.

3. *La scienza materiale del diritto pubblico.*

Albert Hänel (1833-1918) ⁽²⁵¹⁾ è di solito considerato agli antipodi del quasi coetaneo Laband ⁽²⁵²⁾. Entrambi sono morti nel 1918: Laband quando era ancora la figura principale e dominante del diritto pubblico; Hänel quando era un ormai famoso « professore politico », portavoce del liberalismo nel *Reichstag*, una istituzione nello Schleswig-Holstein ⁽²⁵³⁾. Entrambi rappresentano posizioni « borghesi », l'uno in senso nazional-conservatore, l'altro in senso « liberale ».

La vicenda biografica di Hänel ebbe sviluppi molto diversi rispetto a quella di Laband. Già il fatto che il suo patrigno Heinrich Laube (1806-1884) fosse uno dei rappresentanti del movimento della Giovane Germania ⁽²⁵⁴⁾, ufficialmente bandito all'interno della

⁽²⁴⁹⁾ Cfr. anche uno dei primi scritti di SCHULZE, *Der Freiherr vom Stein und seine Bedeutung für Deutschlands Wiedergeburt*, Jena 1850.

⁽²⁵⁰⁾ H. SCHULZE, *Der Staatshaushalt des neuen deutschen Reiches*, Jena 1848.

⁽²⁵¹⁾ R. SCHEYHING, *Hänel*, in NDB, 7 (1966) p. 441.

⁽²⁵²⁾ FIORAVANTI (nt. 12), 368 ss.

⁽²⁵³⁾ Tutta la tarda letteratura in VITZHUM (nt. 136); M. FRIEDRICH, *Zwischen Positivismus und materiellem Verfassungsdenken. Albert Hänel und seine Bedeutung für die deutsche Staatsrechtswissenschaft*, 1971. — Caratteristico per il tono del giudizio G. ANSCHÜTZ, DJZ 16 (1911) 528 (quando Hänel divenne professore emerito), M. LIEPMANN, DJZ 23 (1918) 381 s. (necrologio).

⁽²⁵⁴⁾ Secondo la deliberazione federale del 10-12-1835 (HUBER, *Dokumente*, I, nr. 50) essa era un movimento che « concentrava i propri sforzi nell'attaccare la religione

Confederazione germanica, dovette portarlo ad abbracciare posizioni liberali ⁽²⁵⁵⁾. Lo studio universitario lo portò in stretto contatto con Mohl e Albrecht, sotto la cui direzione scrisse la tesi di dottorato e il lavoro per l'abilitazione alla docenza universitaria (1857, 1858). Questi avvenimenti fissarono le premesse liberali e storico-germanistiche del suo pensiero ⁽²⁵⁶⁾. Dopo un'esperienza di insegnamento a Königsberg, Hänel ottenne una cattedra all'università di Kiel (1863), dove fu attivo per più di una generazione di studenti, contribuendo tra l'altro in modo significativo alla redazione della normativa comunale dello Schleswig-Holstein del 1869 ⁽²⁵⁷⁾. Hänel venne eletto alla camera dei deputati prussiana (1867-1888) e al parlamento imperiale (1867-1893, 1903-1908) come membro del partito progressista ⁽²⁵⁸⁾. Prima del 1866 si era impegnato per l'indipendenza dello Schleswig-Holstein, ma successivamente si adattò alla linea prussiana ⁽²⁵⁹⁾. In parlamento rappresentò il programma liberale della libertà di realizzazione dell'individuo, della concorrenza economica e politica — e ciò implicava il dissenso verso le leggi antisocialiste — e l'idea generale di trasformare il parlamento nel vero centro decisionale del paese. Era sua ferma convinzione che il governo dovesse essere legittimato dal parlamento e di conseguenza responsabile di fronte a esso; riteneva inoltre che il *Bundesrat* fosse una costruzione errata e inadeguata della costituzione del *Reich*. Ciò che voleva Hänel era dunque uno Stato costituzionale nazionale, unitario, liberale e parlamentare: uno Stato che avesse superato il dualismo tra potere monarchico e parlamento sul terreno della sovranità popolare. Questa idea era « tipica del *Vormärz* » e « moderna » allo stesso tempo.

Si trattava comunque anche di una critica alle posizioni politiche

cristiana nel modo più impertinente, con scritti volgari, indirizzati a tutte le classi sociali, e nel degradare i rapporti sociali esistenti, nonché a distruggere la disciplina e la moralità». Cfr. A. ESTERMANN, (a cura di), *Politische Avantgarde 1830-1840. Eine Dokumentation zum Jungen Deutschland*, 2 voll., 1972, 1973.

⁽²⁵⁵⁾ VITZHUM (nt. 136), 92 ss.; FRIEDRICH (nt. 253), 25.

⁽²⁵⁶⁾ FRIEDRICH (nt. 253), 25.

⁽²⁵⁷⁾ E. DÖHRING, *Geschichte der Christian-Albrechts-Universität Kiel*, 1965, 170-172, 181.

⁽²⁵⁸⁾ Dal 1893 *Freisinnige Vereinigung*.

⁽²⁵⁹⁾ VITZHUM (nt. 136), 21 ss., 52 ss.

e metodologiche di Gerber e Laband, i quali accettavano il parlamentarismo solo come correttivo del potere monarchico. Essi avevano una mentalità sostanzialmente autoritaria, costruivano lo Stato a partire da un centro di potere unico, sovrano, al quale « non si poteva opporre resistenza ». I comandi dello Stato potevano essere accettati senza discussione soltanto se venivano presentati, protetti contro ogni argomentazione storica e politica, come « diritto ». Anche per questo motivo, evidentemente fondamentale, la scuola dominante applicava una metodica esclusione di tutti gli elementi non-giuridici. In questo contesto il liberalismo all'opposizione, che trovava le proprie radici nel periodo del *Vormärz*, nell'analisi storica e in un'idea comunitaria dell'entità statale ⁽²⁶⁰⁾, non poté che insistere sulla varietà metodologica, sul continuo potenziale di cambiamento insito nella discussione storica, e sull'ideale, anteriore al 1848, della partecipazione borghese allo Stato.

Fa parte della tragedia del liberalismo tedesco il fatto che non ebbe successo alcuno il trasferimento dei contenuti del *Vormärz* nella politica e nella dottrina dello Stato di epoca imperiale. La base del liberalismo nell'alta borghesia e nel ceto medio era troppo debole per poter sostenere una lotta vittoriosa contro le ben consolidate tradizioni autoritative e statualistiche. La politica di Bismarck aveva avuto un effetto disastroso sui partiti liberali e sulla pratica del parlamentarismo. Il sogno di diventare una potenza mondiale, la politica di ampliamento della flotta, le colonie, ma anche l'incentivazione dell'attività scientifica caratterizzarono gli anni dal 1890 in poi. Il popolare interventismo socio-politico ed economico-politico da un lato, e l'aver facilmente raggiunto scopi prettamente liberali dall'altro, resero il liberalismo in un certo senso « superfluo ». Le mancanze del parlamentarismo non vennero avvertite molto intensamente; di parlamentari appassionati come Hänel ce n'erano pochi, e questi non facevano parte della classe dirigente.

Relativamente a questa convergenza per lo più non esplicitata di posizioni politiche e metodologia giuspubblicistica, Hänel si rifiutò,

⁽²⁶⁰⁾ Per quanto riguarda il confronto con H. PREUß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, cfr. A. HÄNEL, *Zur Revision der Methode und Grundbegriffe des Staatsrechts*, AöR5 (1890) 457-479.

in modo ancora più deciso rispetto a Hermann Schulze o Georg Meyer, di rimuovere il momento storico e politico dalla dottrina del diritto pubblico. Anche Hänel accettò l'idea che il metodo giuridico fosse « logico-deduttivo », ma insistette sulla necessità di approfondire le questioni giuridiche per come si presentavano dal punto di vista storico-genetico e di individuare le premesse politiche che ad esse sottostavano. Se Laband celava le proprie opinioni politiche dietro operazioni concettuali e una consapevole oggettività scientifica, Hänel puntava invece, con la sua prosa colloquiale, a uno scambio teorico aperto anche ad argomentazioni non-giuridiche. Il suo pensiero era « materiale », nel senso che riteneva i problemi giuridici risolvibili a condizione che le forme giuridiche avessero assorbito problemi specificamente non giuridici.

L'opera dedicata da Hänel al diritto pubblico dimostra che cosa ciò significhi concretamente. Il suo lavoro non è molto ampio. Fondamentalmente esso consiste di tre studi monografici e del primo volume del *Deutsches Staatsrecht*, rimasto incompleto ⁽²⁶¹⁾. Nel primo di questi studi l'autore si concentra sulla natura giuridica dell'Impero come Stato federale o come confederazione. Hänel motivò, soprattutto in opposizione a Max von Seydel, la tesi predominante dello Stato federale, che era servita in qualche modo come fondamento teorico durante la fase di fondazione del *Reich* ⁽²⁶²⁾. Egli non tralasciò di esaminare approfonditamente il problema che il potere statale di questo Stato federale veniva presentato non come una somma dei poteri del *Reich* e dei singoli Stati, bensì come segno distintivo dello Stato nella sua unità. Il secondo studio si occupava invece della ripartizione delle competenze all'interno della struttura del *Reich*, del ruolo del *Bundespräsidium* e del cancelliere, tenendo presente il dibattito storico che rinviava alla cosiddetta legge sulla

⁽²⁶¹⁾ A. HÄNEL, *Studien zum Deutschen Staatsrechte*, vol I: *Die vertragmäßigen Elemente der Deutschen Reichsverfassung*, Leipzig 1873; vol II: *Die organisatorische Entwicklung der Deutschen Reichsverfassung*, Leipzig 1880; vol III: *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888; ID., *Deutsches Staatsrecht*, vol I: *Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*, Leipzig 1892. L'intera opera è presente in VITZTHUM (nt. 136), 208 s.

⁽²⁶²⁾ Descrizioni dettagliate in VITZTHUM (nt. 136), 185 ss.; FRIEDRICH (nt. 253), 44-50. Vedi anche sotto IV, 1.

rappresentanza del 1878 ⁽²⁶³⁾. Il terzo studio conteneva una critica della distinzione tra concetto di legge in senso formale e in senso materiale, cercando di dimostrare con strumenti logici che una legge doveva necessariamente avere una « proposizione giuridica » come contenuto, anche se l'identificazione tra legge e proposizione giuridica produceva una tautologia e pregiudicava di fatto il risultato ⁽²⁶⁴⁾. Dietro a questa discussione chiaramente si trovavano la memoria del conflitto costituzionale prussiano e la speranza di Hänel di vincolare il governo all'approvazione del bilancio da parte del parlamento, in modo da arrivare così a una monarchia costituzionale controllata dal parlamento. Ma tutto ciò era una prospettiva futuribile e non certo diritto vigente, interpretato da un'« opinione dominante » fortemente presente all'interno della dottrina del diritto pubblico ⁽²⁶⁵⁾.

L'opera conclusiva di Hänel, il suo *Deutsches Staatsrecht* del 1892, fu anche l'ultimo grande tentativo di una rappresentazione sistematica prima dello scoppio della Grande Guerra. Questo tentativo rimase incompiuto. Non si conoscono con precisione i motivi per cui l'opera fu interrotta. Forse l'obiettivo di arrivare a una sintesi di argomentazioni storiche, politiche, dottrinali e di diritto pubblico all'interno di un'unica opera era diventato irraggiungibile, anche perché il materiale di diritto positivo si era ormai moltiplicato nei due decenni successivi al 1871. E inoltre risulta evidente che Hänel non riuscì a superare alcuni problemi strutturali. Egli incontrò gravi difficoltà nel tentativo di raggiungere un equilibrio tra elaborazione specialistica da un lato, e una chiara linea argomentativa generale, dall'altro.

Hänel apre il proprio testo con un'analisi storica della nascita della costituzione del *Reich* e delle costituzioni dei singoli Stati. A questa egli fa seguire una dottrina generale della costituzione dello Stato, visto come una sorta di « associazione corporativa »: è questa la parte dell'opera più importante e innovativa, che però fu erroneamente interpretata e criticata dai contemporanei come una ripresa

⁽²⁶³⁾ HUBER, III, 2^a ed. 1970, 823 s., che sottolinea a ragione « il mutamento costituzionale estremamente significativo » presente in questa legge.

⁽²⁶⁴⁾ BÖCKENFÖRDE, 282 ss.; FRIEDRICH (nt. 253) 55 ss.; VITZTHUM (nt. 136), 120 ss.

⁽²⁶⁵⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, 2^a ed. Freiburg 1891, 985 ss. con un commento critico della letteratura sul diritto di bilancio in « appendice », 1037 ss., specialmente riguardo a Hänel, 1050-1060.

della presentazione della « dottrina generale dello Stato » presente nell'introduzione. L'analisi del « potere del *Reich* » trova larghissimo spazio. Le sue due colonne portanti sono il « potere di governo » e la « amministrazione ». Nel potere di governo per Hänel rientrano il diritto di legiferare e di emanare regolamenti, i poteri di controllo e l'amministrazione diretta del *Reich*. L'ambito più importante della seconda colonna, la « amministrazione », viene chiamato da Hänel « cura dello Stato » (*Staatspflege*), a sua volta ulteriormente distinta in cura del *Reich* e cura dei singoli Stati. Egli scrive che « essa si esprime, sul piano della autoaffermazione interna, come potere organizzativo, finanziario, punitivo, coercitivo e militare, e sul piano della autoaffermazione esterna, come forza verso l'esterno » (266). Dietro a questi vecchi elementi della sovranità appare lo Stato moderno del tardo Ottocento: la promozione del benessere (che comprende la « cura della vita personale » (267), della società (268), dell'economia politica (269) e della vita intellettuale (270)) e della giustizia. Questi ambiti dell'azione dello Stato vengono coronati da riflessioni sulla *Kompetenz-Kompetenz* (271) che danno ancora una volta a Hänel l'occasione di esporre i propri punti di vista sulla natura giuridica dell'Impero, in contrasto con la dottrina giuspubblicistica del suo tempo.

4. *La dottrina della Genossenschaft e l'auto-amministrazione come modelli alternativi.*

a) *O. v. Gierke.*

Non certo seguace delle idee di Laband, ma al contrario il suo più significativo oppositore, fu Otto von Gierke (1841-1921). Dopo

(266) HÄNEL, *Deutsches Staatsrecht* (nt. 261), 332.

(267) Hänel nomina qui la polizia sanitaria, 605 ss.

(268) Associazioni, politica demografica, mezzi di trasporto, stampa.

(269) Pesi e misure, valuta, dogane, diritto commerciale, bancario, aziendale, assicurativo e (visto che non rientrava nella polizia sanitaria) la polizia veterinaria (!).

(270) Op. cit., 60 ss. dove viene trattata la questione della competenza, ma non quella dell'oggetto.

(271) Contro il concetto della *Kompetenz-Kompetenz* come caratteristica centrale della sovranità individuata da Hänel cfr. G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien 1882.

aver studiato a Berlino e a Heidelberg, aver conseguito il dottorato nel 1860 e aver ottenuto nel 1868, sotto la guida di Georg Beseler, l'abilitazione alla docenza universitaria con il primo volume del suo *Genossenschaftsrecht* ⁽²⁷²⁾, Gierke tenne anche alcune lezioni di diritto pubblico ⁽²⁷³⁾. Già con la stesura del suo primo volume egli reagì alla istituzione della Confederazione germanica ed espresse la speranza nella fondazione di un Impero unitario, formato da singoli Stati che formassero una comunità in cui rinunciavano sì alla propria sovranità ma non alla propria « natura statale » ⁽²⁷⁴⁾. Già in questo modo di concepire degli Stati privi di sovranità, semplicemente « autonomi », si celava un punto di dissenso nei confronti della direzione imboccata da Gerber, Laband e Seydel. Nell'anno della fondazione dell'Impero Gierke ottenne una cattedra a Breslavia, dove rimase fino al 1884. Entrambe le opere in cui critica radicalmente il positivismo nel diritto pubblico sono state scritte in questa città ⁽²⁷⁵⁾, e la prima di esse in un periodo in cui Hermann Schulze insegnava ancora nella stessa facoltà di Gierke. Queste critiche espongono con particolare chiarezza ciò che la « terza generazione » della scuola storica del diritto aveva da dire contro l'indirizzo scelto

⁽²⁷²⁾ Sulla biografia vedi LANDSBERG, III-2, 912-916; E. MOLITOR, in *Pommersche Lebensbilder 1* (Stettino 1934), 304-312; E. WOLF, *Große Rechtsdenker*, 4ª ed. 1963; K. S. BADER, in NDB, 6 (1964) 374 s.; W. EBEL, *Deutsches Recht und deutscher Staat. Otto v. Gierke (1841-1921) - Paul Laband (1838-1918)*, in *Leben und Leistung (Zur 150-Jahrfeier der Dt. Burschenschaft)*, 1965, 78 ss.; H. G. MERTENS, *Otto von Gierke*, in JuS 1971, 508-511; H.G. ISELE, in HRG, I (1971) 1684-1687; H. BOLDT, *Otto von Gierke*, in H.U. WEHLER (a cura di), *Deutsche Historiker*, 8 (1982), 7-23; J. SCHRÖDER, in KLEINHEYER-SCHRÖDER, 3ª ed. 1989, 96-101; DRÜLL, 84.

⁽²⁷³⁾ Gli (inservibili) appunti di una lezione sul « diritto pubblico generale tedesco » del semestre estivo 1901-02 dello studente di legge Emil Luft si trovano in possesso del Professor H.W. Strätz (Costanza).

⁽²⁷⁴⁾ O. v. GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, vol I: *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin 1868 (ried. 1954), 843.

⁽²⁷⁵⁾ O. v. GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, ZgStW 30 (1874), 153-198, 265-335 (ried. 1915), confronto con MAX SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg 1873 e ALBERT TH. VAN KRIEKEN, *Über die sogenannte organische Staatstheorie*, Leipzig 1873; ID., *Besprechung von Labands Staatsrecht vol. II*, in « Grünhuts Zeitschrift », 6 (1879), 221-235; ID., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in « Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », NF7 (1883), 1097-1195 (ed. 1961). A questo riguardo FIORAVANTI (nt. 12), 356 ss.

da Gerber e Laband. Le differenze fondamentali cominciavano già dal punto di partenza, ovvero la nascita del diritto. Laddove la prospettiva positivista si concentrava sulla potestà di volere del soggetto giuridico statale, i germanisti si rifacevano allo spirito del popolo, ma non nel significato astratto in cui lo intendeva Savigny, che aveva usato questa espressione come metafora e come ponte verso il diritto dei giuristi; Beseler e Gierke intendevano con essa concretamente il polifonico « popolo » germanico giunto fino all'Ottocento ⁽²⁷⁶⁾. Di fronte tanto alla visione del diritto come comando dello Stato, quanto alla giurisprudenza degli interessi nel senso di Jhering, Gierke insistette sul concetto idealistico di *Rechtsidee*, senza però precisare che cosa essa potesse significare nel divenire storico. Lo Stato non svolgeva affatto il ruolo del protagonista, e non si mostra come un astratto ente statale ma come un « organismo » suddiviso, come una « reale personalità associativa » che non è spiegabile con le tradizionali categorie del diritto romano, in altre parole non è spiegabile quale *persona moralis* (*persona facta*, persona giuridica) ⁽²⁷⁷⁾. In questo senso, e rifacendosi a Beseler, Gierke pensava di poter comprendere l'intera fenomenologia delle comunità associative che si esplicava dal basso verso l'alto con la categoria — in un certo senso a metà tra il diritto pubblico e il diritto privato — del « diritto sociale » (*Sozialrecht*) ⁽²⁷⁸⁾. La portata del significato di queste idee per la teoria giusprivatistica del tempo, per la sua celebre critica al BGB, nonché per la genesi del moderno diritto del lavoro, è stata più volte analizzata, come del resto è stata discussa

⁽²⁷⁶⁾ O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes "Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft"*. Ein Versuch wissenschaftsgeschichtlicher Rekapitulation, in N. HAMMERSTEIN (a cura di), *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, Wiesbaden 1988, 193-217.

⁽²⁷⁷⁾ GIERKE, *Grundbegriffe* (nt. 275); ID., *Besprechung* (nt. 275) 226 s.; ID., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902.

⁽²⁷⁸⁾ Fondamentale A. JANSSEN, *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Studien zu den Wegen und Formen seines juristischen Denkens*, 1974; G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein „Juristensozialismus“ Otto von Gierkes?*, in « Quaderni Fiorentini », 3-4 (1974-75), 319-365; ID., *Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft*, in G. DILCHER-B. DIESTELKAMP (a cura di), *Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy*, 1986, 114-123; A. LAUFS, *Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren*, JuS 1968, 311-315; poco fruttuoso S. PFEIFFER-MUNZ, *Soziales Recht ist deutsches Recht. Otto von Gierkes Theorie des sozialen Rechts*, 1979.

assai la questione che riguarda le modalità in cui il nazionalsocialismo si sarebbe servito di questa commistione tra rappresentazione storica tardo-romantica e idealistica, esaltazione dell'elemento tedesco (*Deutschtümelei*), *engagement* sociale attuale e visione di uno « Stato popolare » che va oltre lo Stato-potenza nazionale (279). Non è possibile approfondire tali aspetti in questa sede, anche se essi sono importanti per comprendere il contrasto tra Gierke e Laband.

La critica di Gierke al positivismo del diritto pubblico si concentrò su quattro punti fondamentali. Innanzitutto Gierke mette in evidenza la riduzione prospettica del positivismo, schiacciata su un « diritto » impolitico e astorico. Ciò poteva rappresentare anche per Gierke un aspetto positivo se avesse realmente contribuito alla formazione di uno Stato di diritto, ma alla prova dei fatti l'impoverimento delle concezioni giuridiche che ne derivava era, a suo parere, ben più dannoso. La fede di Laband nella forza produttiva della logica formale era allo stesso tempo il suo tallone di Achille sul piano metodologico (280). Gierke vedeva un pericolo soprattutto nel vuoto contenutistico che tale atteggiamento propugnava, nascondendo in realtà una visione decisionista. Per Gierke non v'era dubbio che le più importanti indicazioni a livello di contenuto provenissero dalla storia, e che di conseguenza la storia del diritto non dovesse essere tenuta separata dal diritto pubblico dogmatico: « ciò che si vuole comprendere scientificamente, deve essere prima di tutto spiegato geneticamente » (281), e « il metodo giuridico deve essere allo stesso tempo anche “metodo storico” se vuole essere

(279) WIEACKER, 455; H. G. ISELE, *Otto von Gierkes Bedeutung für das moderne Arbeitsrecht*, in *Festschr. Maridakis II*, 1963, 285 ss.; F. JOBS, *Otto v. Gierke und das moderne Arbeitsrecht*, tesi, Frankfurt 1968; H. W. MUNDT, *Sozialpolitische Wertungen als methodischer Ansatz in Gierkes privatrechtlichen Schriften*, tesi, Frankfurt 1976; H. THIEME, *Was bedeutet uns Otto von Gierke?*, in *Festgabe für Ulrich v. Lübtow*, Berlin 1980, 407-424; H. SPINDLER, *Von der Genossenschaft zur Betriebsgemeinschaft. Kritische Darstellung der Sozialrechtslehre Otto von Gierkes*, 1982; P. LANDAU, *Otto Gierke und das kanonische Recht*, in J. RÜCKERT-D. WILLOWEIT (a cura di), *Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit*, 1995, 77-94.

(280) GIERKE, *Labands Staatsrecht* (nt. 275), p. 1107.

(281) Ivi, p. 1113.

all'altezza di ciò che richiede la vera scienza. Grazie ai successi della scuola storica del diritto ciò non è più in discussione » (282).

Il secondo punto della critica di Gierke al positivismo riguardava la separazione tra il diritto pubblico e la dottrina generale dello Stato « dei filosofi »; anche in questo caso Gierke si schiera a favore della conservazione del loro tradizionale collegamento, al fine di evitare di cadere in uno studio troppo superficiale del diritto pubblico e di celare elementi filosofici, peraltro sicuramente presenti, dietro a una forte concettualità giuridica. Il terzo punto riguardava invece l'uso dell'armamentario concettuale della pandettistica, che Gierke tanto disprezzava da proporre la sostituzione con una genuina concettualità giuspubblicistica intesa in senso « materiale », di cui un esempio era l'idea di personalità associativa reale (*reale Verbandspersönlichkeit*). In questo senso Gierke approfondì la propria critica alla luce di un quarto punto fondamentale, esaminando sulla base della propria teoria comunitaristica fondata sul concetto di *Genossenschaft* la riduzione dello Stato a un *Herrschaftsverband*, a un'unione di mero dominio politico. L'immagine di un concorso dialettico tra principio di autorità e principio comunitario era molto più adatto alle sue idee organicistiche. Chi non si limitava a vedere nel popolo un mero oggetto del potere sovrano, ma gli riconosceva anche un ruolo attivo, doveva concedergli anche dei diritti fondamentali (283), accettare un diritto di controllo in sede giurisdizionale e un concetto di Stato di diritto in senso materiale (284). Solo così sarebbe stata possibile una suddivisione delle funzioni del potere statale tra diversi organi, che avrebbe assicurato al parlamento un ruolo di maggior peso (285). In questo modo la dottrina dello scopo dello Stato sembrava trovare

(282) Ivi, p. 1114.

(283) A questo proposito è da ricordare l'osservazione del 1879 (nt. 275) dove Gierke crede che sarebbe stato meglio « se l'autore [Laband] avesse superato la sua avversione nei confronti dei "diritti fondamentali" per proporre almeno la questione del tipo di disposizioni con cui la legislazione imperiale ha deciso di regolare i confini tra la sfera statale e quella individuale. Queste cose fanno indubbiamente parte del diritto pubblico imperiale ».

(284) Cfr. a questo proposito in particolare GIERKE, *Grundbegriffe* (nt. 275), 183 s.

(285) Op. cit., p. 1147.

una nuova legittimità, a scapito di una « concezione del diritto esteriore, che idolatra la legge e che sfocia in una regolamentazione coercitiva » (286).

Le radici di questa critica al positivismo della scienza giuridica sono da ricercare nel movimento nazionale del liberalismo organicistico e nella sua idealistica raffigurazione dello sviluppo costituzionale tedesco (287). *Herrschaft e Genossenschaft*, unità della nazione, monarchia e libertà del popolo dovevano essere riconciliati. Dopo il 1866, in anni decisivi per il liberalismo, il *Genossenschaftsrecht* di Gierke rappresentò anche un appello politico a non appiattirsi su di un liberalismo economico e a opporsi sul piano del diritto pubblico alla cristallizzazione a senso unico della dimensione autoritativa. Erano tutte opzioni a favore di uno Stato costituzionale, dei diritti fondamentali, per una monarchia vetero-germanica certo romanticizzata, ma allo stesso tempo orientata socialmente in senso moderno; in sostanza era una posizione a base comunitaristica, che aveva radici pre-ottocentesche ma che, verso la fine del secolo, doveva portare a un pluralismo di comunità e associazioni.

Gierke ha senza dubbio individuato alcune fondamentali debolezze del positivismo del diritto pubblico. In questa operazione egli si è servito della sua competenza storica, della sua — almeno negli anni della gioventù — posizione politica liberale e della sua profonda adesione alle ragioni della scuola storica del diritto, della dottrina organicistica dello Stato e di un idealismo filosofico ottimistico (288). In questo senso egli si oppose al « materialismo estremo » e alla « concezione puramente naturalistica » di Max von Seydel, cui risponde con la sua concezione di Stato come « unità duratura, viva, che ha volontà ed è capace di agire, cui si rivolge un intero popolo » (289). Inoltre Gierke difese l'organicismo anche dalle criti-

(286) Ivi, p. 1192.

(287) A questo riguardo soprattutto E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, 1961, p. 147 ss.

(288) G. GURWITSCH, *Otto v. Gierke als Rechtsphilosoph*, in « Logos », 11 (1922-23), 86-131; H. KRUPA, *Otto v. Gierke und die Probleme der Rechtsphilosophie*, 1940 (ried. 1969) e soprattutto JANSSEN (nt. 278).

(289) GIERKE, *Grundbegriffe* (nt. 275), p.175.

che di Albert Th. van Krieken, in cui riconobbe uno dei « figli spirituali della scuola gerberiana » (290).

Ad un primo sguardo Gierke sembra cedere, tanto sul piano della critica al positivismo quanto su quello della critica al codice civile (291), al dominio metodologico della linea di pensiero rappresentata da Laband e Windscheid, che rimane ancora apparentemente integra. Ma è così solo superficialmente. In realtà Gierke ha offerto su entrambi questi punti contributi che si riveleranno incisivi fino al Novecento. Le sue riflessioni non sono rimaste una semplice invettiva anti-positivistica e anti-pandettistica; la dialettica, tipica di Gierke, tra passato e futuro, germanofilia e modernità, *Herrschaft* e *Genossenschaft*, individualismo e legame sociale, riflette esattamente il problema della scienza giuridica nell'Impero guglielmino. Il problema era quello di stabilizzare come soggetto della *Herrschaft* la società borghese, nella sua unità all'interno della nazione, e di mantenerla allo stesso tempo flessibile al fine di superare le tensioni sociali. Si doveva lasciare aperta la strada della partecipazione politica, ma lo Stato doveva anche essere preservato da un passaggio verso la democrazia che sembrava pericoloso. E allora appare chiaro che la categoria di « diritto sociale » assume in Gierke una funzione di mediazione (292). Essa doveva cioè regolare le unità organiche minori, alleggerendo lo Stato e schiudendo al cittadino possibilità di partecipazione alla vita politica. Questo del resto era anche il programma della « auto-amministrazione » (*Selbstverwaltung*) di Gneist.

Trova qui le sue radici la chiarissima congiunzione pratica e ideologica del pensiero comunitaristico nel tardo Ottocento (293). Dal punto di vista sociopolitico essa testimonia gli sforzi della società di risolvere autonomamente una situazione di crisi, rinvenibili sia nel movimento operaio, sia nella popolazione rurale o degli insediamenti

(290) A. TH. VAN KRIEKEN, *Über die sogenannte organische Staatstheorie*, Leipzig 1873.

(291) GIERKE, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, in « Schmollers Jahrb », 12 (1888), 13 (1889), ed. ampliata, Leipzig 1889; ID., *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889. Cfr. MUNDT (nt. 279).

(292) M. STOLLEIS, *Sozialrecht*, in HRG, IV (1990), 1730-1733.

(293) H. HEFFTER, *Die Deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen*, 2ª ed. 1969.

ti urbani. Anche l'autonomia amministrativa comunale ottenne nuovo impulso ⁽²⁹⁴⁾, col quale si mirava a una demarcazione di uno spazio di autonomia dei comuni contraddistinto da « compiti propri » ⁽²⁹⁵⁾. Il denominatore comune di questi tentativi è una tendenza anti-statalistica. Si riscontra qui un notevole potenziale di autoregolazione sociale. In questa prospettiva, si comprende come non sia stato poi così difficile per allievi di Gierke come Hugo Preuss e Hugo Sinzheimer ⁽²⁹⁶⁾ impiegare e interpretare in senso democratico la fondamentale tesi comunitaristica di Gierke di una autonoma e libera strutturazione delle condizioni di vita, tra uguali, basata sulla autonomia amministrativa comunale o sulle associazioni di lavoratori ⁽²⁹⁷⁾.

b) *H. Preuss.*

Il tema della concezione comunitaristica dello Stato letta in chiave democratica è costantemente presente nell'opera di un allievo di Gierke, Hugo Preuss (1860-1925) ⁽²⁹⁸⁾, come dimostrano la sua tesi di abilitazione alla docenza universitaria, intitolata *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften* ⁽²⁹⁹⁾, il suo volume *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens* (1906), e in particolar modo il contributo ospitato in una raccolta di saggi dedicata a Laband nel

⁽²⁹⁴⁾ G.W. WITTKÄMPER, *Zur Entstehung und Entwicklung kommunaler Aufgabefelder im 19. Jahrhundert. Forschungsprobleme zwischen Verwaltungswissenschaft und Kommunalgeschichte*, in H. H. BLOTEVOGEL (a cura di), *Kommunale Leistungsverwaltung und Stadtentwicklung vom Vormärz bis zur Weimarer Republik*, 1990, 25-41; G.CH. v. UNRUH, *Die Entwicklung der Kommunalverfassung in Deutschland im Zeitalter des Konstitutionalismus*, in H. NAUNIN, (a cura di) *Städteordnungen des 19. Jahrhunderts*, 1984, 1-18.

⁽²⁹⁵⁾ In dettaglio a questo riguardo HEFFTER (nt. 293).

⁽²⁹⁶⁾ Su di lui H. P. BENÖHR, *Hugo Sinzheimer*, in B. DIESTELKAMP-M. STOLLEIS (a cura di), *Juristen an der Universität Frankfurt*, 1988.

⁽²⁹⁷⁾ BÖCKENFÖRDE (nt. 287) 155 con riferimento a C. SCHMITT, *Hugo Preuß, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, 1930.

⁽²⁹⁸⁾ Sulla vita e sulle opere cfr. S. GRASSMANN, *Hugo Preuß und die deutsche Selbstverwaltung*, 1965; E. HAMBURGER, *Hugo Preuß, Scholar and Statesman*, in Leo Baeck Institute, Year Book 20 (1975), 179-206; G. SCHMIDT, *Hugo Preuß*, in H. U. WEHLER (a cura di), *Deutsche Historiker*, VII (1980) 55-68; A. HUEBER, *Hugo Preuß*, in HRG, III (1984) 1924-1926; E.M. HUCKO, *Zur Erinnerung an Hugo Preuß*, NJW 1985, 2309-2311.

⁽²⁹⁹⁾ Berlin 1889.

1908, intitolato *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität*. La costituzione statale democratica e l'autonomia amministrativa comunale sono per Preuss soltanto diversi campi d'applicazione, anelli di una medesima catena, di un medesimo pensiero intimamente orientato in senso comunitario. Questo atteggiamento teorico condusse in definitiva a una critica — che va oltre Gierke — del concetto di sovranità, che per Preuss fu sempre il simbolo della *Herrschaft* autoritaria e non-democratica. La sovranità, intesa come espressione dello Stato nella sua unitarietà, secondo Preuss svuota la sostanza democratico-comunitaria degli altri soggetti pubblici territoriali (*Gebietskörperschaften*). In questo senso Preuss pensava alla *Genossenschaft* in modo più coerente di Gierke, e svalutò di conseguenza il ruolo stabilizzatore che Gierke attribuiva alla *Herrschaft* del sovrano come contrappeso della « libertà ». In Preuss è dunque ancora più evidente il distacco dalle posizioni sostenute da Gerber e Laband in poi.

Il contrasto politico di Preuss con la dottrina giuspubblicistica dominante risultò rafforzato dalla sua attività politica a Berlino — dal 1895 fu membro del Consiglio comunale e dal 1910 del Magistrato — e dall'antisemitismo, più o meno latente all'interno dell'ambiente universitario, che toccò anche lui. Per quasi venti anni la facoltà berlinese riuscì a non accogliere Preuss al proprio interno. Solo nel 1906 egli poté ottenere una cattedra alla *Handelshochschule*. Ma per Preuss rimaneva comunque urgente l'impegno politico. « Che cosa vuole e che cosa può volere lo scrittore ragionevole? Nient'altro che intervenire nella vita generale e pubblica e formare nonché trasformare il tutto secondo la sua immagine »: queste parole tratte dai discorsi di Fichte alla nazione tedesca significativamente erano l'epigrafe della sua opera del 1915 *Das deutsche Volk und die Politik* ⁽³⁰⁰⁾. Nel 1917 Preuss stese il progetto di una futura costituzione repubblicana e democratica, nel novembre del 1918 divenne segretario di Stato agli Interni e alcune settimane più tardi consegnò un abbozzo di quella che diventerà la costituzione di

⁽³⁰⁰⁾ H. PREUSS, *Das Deutsche Volk und die Politik*, Jena 1915 (9.-13. Tausend 1919).

Weimar ⁽³⁰¹⁾. In questo senso egli può essere considerato il « padre » della costituzione della Repubblica di Weimar, che però nella sua stesura definitiva si discostò in parecchi punti dalla concezione originale di Preuss. Nel febbraio del 1919 Preuss divenne ministro degli Interni, ma presentò poco dopo le dimissioni per protesta contro il trattato di Versailles.

c) *H. Rosin.*

Non è certo un caso se furono rappresentanti della minoranza ebraica, che si stava emancipando anche in ambito accademico, ad opporsi a un tipo di pensiero e di azione statalista di stampo autoritario, schierandosi su posizioni a favore della autonomia amministrativa, della democrazia e della maggiore apertura sociale. Oltre a Preuss e Sinzheimer, entrambi allievi di Gierke, tra questi si deve ricordare soprattutto Heinrich Rosin (1855-1927) ⁽³⁰²⁾, autore di significativi contributi monografici sul diritto pubblico e pioniere del diritto della sicurezza sociale, ancora non accreditato in ambito scientifico ⁽³⁰³⁾. Il grande trattato che egli dedicò a « sovranità, Stato, comuni e autonomia amministrativa » ⁽³⁰⁴⁾ incontrò il vivo consenso di Gierke, poiché in esso Rosin era riuscito a « dimostrare », per mezzo di sottili differenziazioni concettuali, che alle entità espressione di autonomia amministrativa spettavano diritti propri, e non soltanto diritti derivanti dallo Stato. Lo stesso vale per la monografia *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft* ⁽³⁰⁵⁾, in cui Rosin attraverso il « metodo costruttivo » riuscì a chiudere la questione —

⁽³⁰¹⁾ Sulla nascita della Repubblica di Weimar vedi HUBER V (1978) 1178 ss.; J. MAUERSBERG, *Ideen und Konzeption Hugo Preuß' für die Verfassung der deutschen Republik 1919 und ihre Durchsetzung im Verfassungswerk von Weimar*, 1991.

⁽³⁰²⁾ M. TAMBERT, *Heinrich Rosin und die Anfänge des Sozialversicherungsrechts*, tesi, Freiburg 1977.

⁽³⁰³⁾ A questo riguardo A. HOLLERBACH, *Heinrich Rosin (1855-1927). Pionier des allgemeinen Verwaltungs- und des Sozialversicherungsrechts*, in H. HEINRICHS (a cura di), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993.

⁽³⁰⁴⁾ In « (Hirths) Annalen », 1883, 265-322 (anche estratto, München-Leipzig 1883).

⁽³⁰⁵⁾ Freiburg 1886; a questo riguardo TAMBERT (nt. 302), 94-102.

lasciata aperta da Gierke — della costruzione dell'autonomia nel contesto della produzione normativa di uno Stato sovrano ⁽³⁰⁶⁾.

IV. *Le questioni dogmatiche fondamentali.*

Nella seconda metà dell'Ottocento la dottrina del diritto pubblico in Germania è ineluttabilmente coinvolta nella questione nazionale. Dopo che lo Stato costituzionale monarchico riuscì sostanzialmente vincitore dalle lotte del *Vormärz*, sviluppandosi poi in maniera graduale in direzione di uno Stato di diritto, lo Stato nazionale rimase un'idea irrealizzata e pervasa di nostalgia. Dal momento che sia la Confederazione germanica del Nord sia il *Reich* erano stati creati attraverso una visione politica decisamente pragmatica, le questioni rimaste aperte sul piano delle costruzioni costituzionali furono, per così dire, gettate ai piedi della dottrina del diritto pubblico.

Il problema era in primo luogo quello di qualificare giuridicamente e di riordinare in senso tipologico il *Reich* quale Stato federale (1). In secondo luogo bisognava chiarire chi, all'interno di questa struttura atipica, fosse il titolare della sovranità — questione estremamente importante non solo dal punto di vista degli equilibri politici ma anche sul piano teorico-giuridico (2) —. Se si vedeva, in conformità alla tradizione della modernità, il centro della sovranità nella legislazione, allora dovevano essere discussi innanzi tutto i concetti di legge e di regolamento (in altre parole: la divisione di potere tra parlamento e esecutivo), insieme alla distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale (3). Il graduale passaggio da uno Stato autoritario, dominato dalla monarchia, a una monarchia costituzionale, dominata dal parlamento, mutò anche la prospettiva tra Stato e individuo: dal suddito nacque il cittadino, dotato di diritti pubblici soggettivi e di « diritti fondamentali » (4). Infine, la dottrina del diritto pubblico fu testimone nei decenni successivi al 1880 della nascita di un « diritto costituzionale non scritto » e più generalmente di un mutamento costituzionale silenzioso (5). Questo

⁽³⁰⁶⁾ Sul tema cfr. la recensione di O. MAYER, in *AöR*, 1 (1886), 719, che ha parole di lode per « lo stile determinato e magnificamente chiaro in cui esso è scritto; nessuno oggi eguaglia l'autore tra i saggi che si occupano di diritto amministrativo ».

cambiamento non soltanto scalfì la ormai cristallizzata metodologia positivista, ma portò anche a una fondamentale rivalutazione di quelle verità dogmatiche che erano sembrate fino a quel momento così solide.

1. *Stato federale o confederazione.*

Le costituzioni della Confederazione germanica del Nord e del *Reich* del 1866 e del 1871 non diedero chiare risposte alla questione della forma dello Stato. Certamente non si era giunti allo Stato unitario auspicato da alcuni idealisti del movimento nazionale, e non si era nemmeno formata una confederazione in senso classico. Ma al di là di queste certezze, si apriva un ampio spettro di possibili interpretazioni.

La dottrina del diritto pubblico si muoveva su un terreno ben conosciuto. Il vecchio dibattito sulla *forma imperii* del Seicento ⁽³⁰⁷⁾, la sua repentina ricomparsa in riferimento alla Confederazione del Reno, insieme a una discussione dai toni ovattati condotta dal 1815 al 1848 sulla qualificazione della Confederazione germanica, avevano ormai fissato un certo canone formale. Tutti i manuali del periodo del *Vormärz* si erano confrontati con la formula secondo la quale la Confederazione germanica era una « unione di diritto internazionale » (art. 1, Atto finale del Congresso di Vienna); dopo la rivoluzione di luglio si era pensato alla soluzione della piccola Germania, e dunque a uno Stato federale guidato dalla Prussia ⁽³⁰⁸⁾; stimoli fondamentali erano giunti dalla Svizzera ⁽³⁰⁹⁾ e alla fine il dibattito sulla costituzione del 1848 portò a nuove e accese discussioni teoriche sul concetto di « Stato federale ». L'osservazione

⁽³⁰⁷⁾ *Geschichte*, 182 (trad. it. 208). Il saggio di Ludolph Hugo, sottolineato da SIEGFRIED BRIE (nt. 309), *Dissertatio de statu regionum Germaniae...*, Helmstedt 1661, è stato considerato in modo troppo isolato. Già nel primo Seicento si discusse molto della « forma statale » dell'Impero, anche se non era ancora stata elaborata la concezione dello Stato federale in senso moderno.

⁽³⁰⁸⁾ P.A. PFIZER, *Briefwechsel zweier Deutschen*, Stuttgart-Tübingen 1831; CH. TH. WELCKER, *Ueber Bundesverfassung und Bundesreform über Bildung und Grenzen der Bundesgewalt*, Leipzig-Stuttgart 1834.

⁽³⁰⁹⁾ S. BRIE, *Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Untersuchung. Erste Abtheilung. Geschichte der Lehre vom Bundesstaate*, Leipzig 1874, 71 ss.

successivamente formulata da Siegfried Brie, secondo cui prima del 1848 non vi era stata « da parte della scienza giuridica nessuna analisi dello Stato federale »⁽³¹⁰⁾, anche solo per il materiale da lui stesso presentato non coglie veramente nel segno.

In ogni caso, dopo il 1848 si sviluppò un nuovo e decisivo approccio all'argomento. Il saggio di Georg Waitz *Das Wesen des Bundesstaates* del 1853⁽³¹¹⁾ rielaborò, sotto l'influenza di Tocqueville, il modello di uno Stato federale in cui si riscontra una coesistenza di potere dello Stato centrale e del singolo Stato, dunque una sovranità divisa, almeno nel suo esercizio, tra Stato generale e Stato particolare, « ognuno nella propria sfera ». I singoli Stati non dovevano perdere la qualità di Stato, ma l'autorità centrale doveva essere veramente in grado di agire e di costruire una relazione diretta con i cittadini. Nei primi anni sessanta dell'Ottocento quest'idea era un'immagine ideale largamente accettata e contrapposta alla Confederazione germanica⁽³¹²⁾. Quando poi nel 1866 fu varata la costituzione della Confederazione germanica del Nord, la teoria finì in un « processo di fermentazione »:⁽³¹³⁾ il modello di Waitz non poteva più andar bene. Era giunta l'ora di tirare un bilancio storico-dogmatico, come quello che stilò Siegfried Brie (1838-1931)⁽³¹⁴⁾ nel 1874.

Il problema si può riassumere sostanzialmente in quattro punti. Il mantenimento di singoli Stati autonomi e sovrani doveva essere fatto concordare con la supremazia, fissata a livello costituzionale, del *Reich* (art. 2 della costituzione imperiale del 1871). Occorreva

⁽³¹⁰⁾ BRIE (nt. 309), 41.

⁽³¹¹⁾ G. WAITZ, *Das Wesen des Bundesstaates, Allgemeine (Kieler) Monatschrift für Wissenschaft und Literatur*, 1853, 494-530, in ID., *Grundzüge der Politik*, Kiel 1862, 153-218.

⁽³¹²⁾ BRIE (nt. 309), 120 ss. e altri contributi.

⁽³¹³⁾ BRIE (nt. 309), 155. Cfr. i contributi di G. MEYER, *Staatsrechtliche Erörterungen* (nt. 223), 81 nt. 2 e BRIE (nt. 309), 157.

⁽³¹⁴⁾ Siegfried Brie, nato nel 1838 ad Amburgo, studiò a Heidelberg, Lipsia e Berlino tra il 1856 e il 1861, divenne dottore in legge nel 1861 (con una tesi *De legibus iuribusque Imperii Germanici interitu commutatis*), si abilitò alla docenza universitaria a Heidelberg nel 1866 con un lavoro dal titolo *Die Legitimation einer usurpierten Staatsgewalt*, fu poi professore associato nel 1869 a Heidelberg e ordinario nel 1874 a Rostock e a Breslavia nel 1878. Cfr. DRÜLL, 30.

chiarire se lo Stato centrale poteva ampliare le proprie competenze senza consultare i singoli Stati (questione della *Kompetenz-Kompetenz*): un'idea che nel trambusto della fondazione del *Reich* trovò molti sostenitori ma che fu naturalmente avversata dai « particolaristi »⁽³¹⁵⁾. Se le leggi dello Stato centrale valevano direttamente per i cittadini, allora coerenza avrebbe voluto anche una amministrazione e una giurisdizione di tipo centrale, mentre le nuove costituzioni lasciarono invece questi compiti ai singoli *Länder*. Infine, la cooperazione tra Stati federati in materia di affari interni all'Impero, esclusa da Waitz, attraverso l'istituzione del Consiglio federale venne invece rafforzata, così che vennero colpite le basi stesse del modello di Waitz.

Dalla proposta di Waitz si allontana in modo particolarmente radicale Max von Seydel⁽³¹⁶⁾. Per questi l'indivisibilità della sovranità riposava sui singoli Stati, e di conseguenza il *Reich* non era che una confederazione di Stati, peraltro vista — e qui sta l'incoerenza di Seydel — come indissolubile e « costituzionale ». Per mantenere la dimensione contrattualistica dell'insieme e la sovranità dei singoli Stati, Seydel declassa il Consiglio federale da organo dell'Impero ad « assemblea diplomatica ». Per questo motivo Heinrich Triepel lo avrebbe considerato, a ragione, il « federalista più ortodosso della dottrina dello Stato tedesca »⁽³¹⁷⁾. Le idee di Seydel non trovarono sostenitori, ma vi furono anche altri autori che volevano almeno preservare la sovranità dei singoli Stati all'interno dell'unione imperiale e un più ampio concetto di Stato federale⁽³¹⁸⁾.

L'opinione prevalente nella dottrina giuspubblicistica si concentrò dopo il 1871 sull'idea che a essere sovrani fossero gli Stati

⁽³¹⁵⁾ Chi seguiva la tesi di Waitz non poteva riconoscere allo Stato federale questo diritto. La maggioranza, ad esempio Rönne, G. Meyer, L. Auerbach, Mohl e altri, si dichiararono invece a favore, ovvero contro i « Sondergelüste » (Mohl).

⁽³¹⁶⁾ M. SEYDEL, *Über den Bundesstaatsbegriff*, ZgStW 28 (1872), 185-195, Id., *Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes*, in « (Hirths) Annalen », 1876, 641; Id., *Commentar* (nt. 183); discussione dettagliata nel lavoro dell'allievo di Seydel HERMANN REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg 1899, 127-143 (§ 29).

⁽³¹⁷⁾ H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, 23.

⁽³¹⁸⁾ Così ad esempio O. v. SARWEY, *Staatsrecht des Königreichs Württemberg*, Tübingen 1883, I, 39 ss.

tedeschi nel loro complesso, e non i singoli Stati, poiché una suddivisione della sovranità ne avrebbe contraddetto il « concetto » stesso. Al di là di questa posizione si trovava naturalmente anche la variante più fortemente favorevole all'unità statale, che riconosceva all'Impero la sovranità e ai vari territori che lo formavano una semplice autonomia: soluzione, questa, che corrispondeva alle opinioni precedenti al 1866. La maggior parte degli autori era d'accordo sul fatto che fosse l'Impero ad avere la competenza sulle competenze (*Kompetenz-Kompetenz*): una suddivisione delle funzioni statali tra Impero e Stati sarebbe stata comunque possibile, così come una collaborazione istituzionalizzata dei singoli Stati negli affari interni all'Impero ⁽³¹⁹⁾. Questa cooperazione sarebbe stata il ponte per rendere partecipi i vari Stati della sovranità (indivisa) dello Stato centrale.

Se si escludono i sostenitori, tra l'altro sempre meno numerosi, del concetto di Stato federale elaborato da Waitz ⁽³²⁰⁾, e insieme a questi la posizione di Seydel, si nota che questa « opinione dominante » fu sì contraddistinta da differenziazioni interne, ma non fu oggetto di una vera e propria critica fondamentale ⁽³²¹⁾. Anche il tentativo di Gierke di elaborare una « costruzione della società di Stati federati in senso corporativo » ⁽³²²⁾ si adeguava in qualche modo alla tesi maggioritaria, dal momento che Gierke considerava sì il potere statale indivisibile nella sostanza, ma divisibile sul piano del suo esercizio ⁽³²³⁾. In generale, il diritto costituzionale imperiale positivo si era spinto al di là delle varie costruzioni giuridiche, relativamente non vincolanti, elaborate fino a quel momento, e non aveva seguito, in armonia con la vecchia tradizione federalista, né la via dello Stato unitario, né quella della pura confederazione tra

⁽³¹⁹⁾ Rappresentativo LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2^a ed. Freiburg 1888, 52 ss. (§§ 7-10).

⁽³²⁰⁾ Conclusivamente J. HAUSMANN, *Das Deutsche Reich als Bundesstaat*, in AöR, 33 (1915) 82 ss.

⁽³²¹⁾ Dettagli in W. PAULY, *Anfechtbarkeit und Verbindlichkeit von Weisungen in der Bundesauftragsverwaltung*, 1989, 140-157. Il dibattito contemporaneo è rielaborato da REHM (nt. 316), 84-146 (§§ 22-30).

⁽³²²⁾ GIERKE, *Labands Staatsrecht* (nt. 275), 1157 ss. (1171).

⁽³²³⁾ Vedi anche O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. II, 1896, appendice, 462 ss. Poi PAULY (nt. 321), 144 s.

Stati ⁽³²⁴⁾. La dogmatica si sviluppò all'interno degli spazi teorici che rimanevano aperti, prevalentemente sulla linea di un potere statale suddiviso all'interno di uno Stato federale ⁽³²⁵⁾.

Il vivo interesse, sorto nel periodo della fondazione del *Reich*, per l'antinomia tra confederazione di Stati e Stato federale si spense nel corso dei decenni. Sottili elaborazioni di dettaglio si accompagnano a formulazioni più generali, come quella secondo cui l'Impero è « una monarchia costituzionale dotata di istituzioni federali » (Treitschke) o « una via di mezzo tra confederazione e Stato unitario » (Triepel) ⁽³²⁶⁾. In generale sembrò diffondersi una certa avversione verso le dispute concettuali senza fine; e questa avversione non era disgiunta da un pragmatico riconoscimento del concreto sviluppo costituzionale, con tutte le sue implicazioni storiche e politiche. Le tarde analisi dedicate a « unitarietà e federalismo » da Hermann Rehm e Heinrich Triepel rivelano la dimensione di questo distacco nei confronti degli anni settanta del secolo ⁽³²⁷⁾. Soprattutto in Triepel si riscontra un tono diverso, più politico ⁽³²⁸⁾. La cooperazione tra *Reich* e *Länder* si concretizza per lui in un sistema misto, spiegabile storicamente e politicamente, ma che non poteva essere costruito, come aveva invece assunto Laband, in modo strettamente logico. Sempre chiaro e diretto nel suo argomentare, Triepel non mise mai in dubbio la positiva valutazione di uno sviluppo in senso

⁽³²⁴⁾ Una sintesi è in M. DREYER, *Föderalismus als ordnungspolitisches und normatives Prinzip. Das föderative Denken der Deutschen im 19. Jahrhundert*, 1987.

⁽³²⁵⁾ Le dichiarazioni più importanti sono di G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien 1882 e il saggio critico di S. BRIE, *Zur Lehre von den Staatenverbindungen*, in « (Grünhuts) Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart », vol. 11 (1884), 85-159.

⁽³²⁶⁾ TRIEPEL (nt. 317).

⁽³²⁷⁾ H. REHM, *Unitarismus und Föderalismus in der deutschen Reichsverfassung*, Dresden 1898; TRIEPEL (nt. 317).

⁽³²⁸⁾ Prime opere di Triepel: *Das Interregnum*, Tübingen 1882; *Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des Kriegsrechts*, Tübingen 1894; *Völkerrecht und Landesrecht*, Tübingen 1899 (trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, traduzione italiana con note a cura del Prof. Giulio Cesare Buzzati, Torino 1913); *Der Streit um die Thronfolge in Lippe, Kritische Beiträge*, Tübingen 1903; *Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaatsrecht*, 2^a ed. Tübingen 1907. In dettaglio a questo proposito A. HOLLERBACH, *Zu Leben und Werke Heinrich Triepels*, in AöR, 91 (1966), 417-441, 537 ss.

unitario, conseguenza di un lento ma progressivo mutamento costituzionale.

Soltanto con l'intensificazione dell'esigenza di una maggiore precisione dogmatica, derivante sul piano metodologico dal neokantismo, si sarebbe successivamente avvertita la necessità di ulteriori chiarificazioni concettuali in questa materia, giungendo così all'elaborazione di un nuovo « concetto di Stato federale » ⁽³²⁹⁾.

2. *La « persona giuridica » e i suoi organi.*

Se la questione della struttura giuridica dello Stato federale offriva dunque una chiave d'accesso alla soluzione dell'annoso dilemma tedesco tra unitarietà e federalismo, la questione connessa di come lo Stato in generale dovesse essere concepito dal punto di vista giuridico, condusse a un tipico problema dell'Ottocento, anche se è palese come le controversie sulla metafora più adatta a descrivere la comunità politica accompagnava la riflessione teorica sin dall'antichità ⁽³³⁰⁾. Ma soltanto adesso, nell'epoca dello Stato costituzionale e della pandettistica, appare per la prima volta la figura della « persona giuridica ».

Da un lato è vero che lo Stato era considerato già nel Seicento, nei suoi rapporti di diritto internazionale e nella sua qualità di fisco, come *persona moralis* e come titolare sul piano giuridico di diritti e di doveri. Dall'altro lato è però solo nella situazione di tensione creata dal *Vormärz* che l'immagine della « persona giuridica » (come finzione), sviluppata soprattutto in ambito civilistico, viene proiettata sullo Stato in un'accezione politica: si trattava di un modo per risolvere l'antinomia tra sovranità del principe e sovranità del popolo attraverso la neutralizzazione offerta dalla sovranità statale, rendendo lo Stato titolare della volontà sovrana e dunque del potere statale. Principe, ministri e funzionari statali diventavano altrettanti « organi » di questa persona giuridica,

⁽³²⁹⁾ H. NAWIASKY, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920; H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, § 31 (trad. it. *Dottrina generale dello Stato*, a cura di Jörg Luther ed Enrico Daly, Milano 2013).

⁽³³⁰⁾ D. PEIL, *Untersuchungen zur Staats- und Herrschaftsmetaphorik in literarischen Zeugnissen von der Antike bis zur Gegenwart*, 1983; B. STOLLBERG-RILINGER, *Der Staat als Maschine*, 1986.

così come le camere dei ceti territoriali o il Consiglio dei ministri. Ciò comportava la fusione del principe con lo Stato declinato in senso costituzionale, e dunque la necessità che questi rispettasse le azioni legittimamente intraprese dal suo predecessore (poiché quest'ultimo aveva agito come organo dello Stato); ma significava anche che il parlamento era tenuto a realizzare l'interesse statale, che era ormai realizzabile una netta distinzione tra il patrimonio dello Stato e il patrimonio privato del principe, e che era finalmente possibile individuare con nettezza le condizioni di imputabilità sul piano della responsabilità giuridica.

Questa innovazione, formulata in maniera sostanzialmente incidentale da Wilhelm Eduard Albrecht nel 1837, era diretta contro la concezione patrimonialistica dello Stato ⁽³³¹⁾. Essa era espressione del pensiero costituzionale ⁽³³²⁾ e per questo si impose in modo relativamente veloce. Molti autori favorevoli al movimento costituzionale utilizzarono negli anni sessanta e settanta la metafora dello Stato come organismo per offrire una descrizione contenutistica dello Stato, e individuarono allo stesso tempo nel concetto di persona giuridica il suo involucro formale. Dopo la fondazione del *Reich* la caratterizzazione dello Stato come organismo — e le posizioni politiche che comportava — impallidì sempre più. I vecchi sogni nazionalistici, romantici e liberali, legati all'idea di un'armonia tra testa e membra, o si erano dissolti oppure sembravano realizzati dalla fondazione del *Reich*. Restava soltanto lo Stato come soggetto della sovranità, come personalità fittizia dotata di una « potestà di volere » nel senso di Gerber e Laband. Tutto questo era coerente con il « metodo giuridico », offriva notevoli vantaggi sul piano dogmatico-ricostruttivo e corrispondeva anche alla sobrietà dei toni tipica di quel periodo. Si deve riconoscere che colse nel segno l'osservazione, in parte ironica, di Otto Mayer, per il quale « senza alcun sussidio i professori tedeschi hanno nominato persona giuridica lo Stato » ⁽³³³⁾.

⁽³³¹⁾ Vedi cap. 2, III.

⁽³³²⁾ Vedi cap. 2, nt. 177.

⁽³³³⁾ O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen, Festg. f. P. Laband*, Tübingen 1908, vol. I, 1-94 (59).

Negli anni settanta e ottanta dell'Ottocento furono tuttavia anche sollevate obiezioni di diversa natura e orientamento. I « realisti », da un lato, cercarono di distruggere la finzione della persona giuridica, facendo riferimento alla realtà. Fra questi si annovera anche Seydel, che negò allo Stato la qualità di persona in quanto lo riteneva « realisticamente » oggetto del potere monarchico ⁽³³⁴⁾. Nella stessa direzione si espresse Ludwig Gumplowicz, che in quanto sociologo del diritto considerò i governanti effettivi come soggetto dello Stato ⁽³³⁵⁾. Su questa medesima linea, che in altre parole intendeva la « personalità giuridica dello Stato » tutt'al più come la pragmatica abbreviazione linguistica che designava i governanti o l'intera nazione, si schierarono anche i critici francesi della dottrina tedesca del diritto pubblico (Léon Duguit, Gaston Jèze e altri) ⁽³³⁶⁾. È possibile sostenere che si trattava rispettivamente di levate naturalistiche e giusnaturalistiche contro l'astrazione giuridica di origine pandettistica.

Dall'altro lato vi erano i teorici delle dottrine « organicistiche » e del corporativismo — egualmente criticati dai francesi — che sollevarono l'obiezione « germanistica » contro la fittizia concezione della persona giuridica, astratta, individualista e « priva di anima ». Questo gruppo era capeggiato da Otto Gierke, che si espresse sul tema nella sua critica a Laband. Egli pensava, al posto della persona giuridica fittizia, in termini di « personalità associativa reale » ⁽³³⁷⁾. Il suo punto di vista contemplava la possibilità di sostituire l'idea monarchica e autoritaria dello Stato con una prospettiva comunitaria, la cui tesi fondamentale prevedeva che la collettività creasse autonomamente i propri organi. Era, questa, una posizione anti-romantica, che mirava essenzialmente a una auto-amministrazione democratica, come del resto si può comprendere chiaramente dal modo in cui Hugo Preuss ha sviluppato tale concezione. Il dibattito

⁽³³⁴⁾ Vedi cap. 10, nt. 61.

⁽³³⁵⁾ L. GUMFLOWICZ, *Darstellung des philosophischen Staatsrechts*, Wien 1877 (poi ristampato come *Allgemeines Staatsrecht*, Innsbruck 1897); ID., *Rechtsstaat und Sozialismus*, Innsbruck 1881, con una critica su Laband (542-548).

⁽³³⁶⁾ O. MAYER, (nt. 333), 3 ss.

⁽³³⁷⁾ GIERKE, *Labands Staatsrecht* (nt. 275), 1125 ss.; ID., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Leipzig 1902.

dogmatico sulla qualificazione dello Stato come persona giuridica presenta quindi diverse sfumature, comprensibili attraverso le tradizionali distinzioni tra diritto pubblico e diritto civile, romanisti e germanisti, conservatori e liberali, monarchici e democratici. L'abitudine di definire, per il « lavoro giuridico »⁽³³⁸⁾, le comunità territoriali di diritto pubblico, dal comune fino allo Stato, gli istituti e le istituzioni come persone giuridiche, va ricercata nel fatto che i vantaggi sul piano ricostruttivo erano maggiori degli svantaggi. Ma le tensioni nascoste permanevano. Erano, del resto, visioni diverse trasfuse nella prospettiva della dogmatica giuridica: lo Stato come organismo cresciuto storicamente, come personalità giuridica con una volontà di dominio, e come associazione comunitaria che si auto-amministra.

L'affermazione dei concetti di « sovranità statale » e di « persona giuridica » nella seconda metà del secolo testimonia una chiara stabilizzazione e oggettivazione della discussione politica sull'ordinamento giuridico interno della monarchia costituzionale. Tutti gli Stati più importanti dell'Impero tedesco erano ormai divenuti Stati costituzionali, così come il *Reich* stesso. Il principio monarchico era certamente sopravvissuto ovunque, ma era adesso inserito in un contesto completamente diverso. La progressiva « parlamentarizzazione » fece sì che agli esponenti della rappresentanza parlamentare più forte fossero affidati incarichi di governo. Il ruolo del monarca all'interno dei singoli territori iniziò a perdere peso politico, perché a partire dal 1866 ciò che contava era ormai la politica imperiale, ma anche perché i politici di professione, i partiti e le varie associazioni sostenuti dal parlamento assunsero un ruolo di primo piano. Anche il potere esecutivo venne inquadrato sul piano giuridico e reso calcolabile, attraverso l'imposizione dei postulati fondamentali dello Stato di diritto, e in particolare con la giurisdizione amministrativa⁽³³⁹⁾ e la nascita del diritto amministrativo.

⁽³³⁸⁾ O. MAYER (nt. 333), 10.

⁽³³⁹⁾ G.CHR. V. UNRUH, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verfassungsstaat*, 1984 e altri contributi.

3. *Legge e regolamento, il doppio concetto di legge.*

Nel contesto della definizione del rapporto tra monarchia costituzionale e società borghese nella seconda metà dell'Ottocento rientra anche il dibattito intorno al concetto di legge⁽³⁴⁰⁾. La legge da un lato, il regolamento dall'altro, determinano le competenze del parlamento e dell'esecutivo, nonché la misura del controllo sociale e giudiziario⁽³⁴¹⁾.

Laddove non esisteva alcuna norma costituzionale che assicurasse al parlamento competenze precise, il diritto dell'esecutivo di emanare regolamenti era ovunque e costantemente esercitato; il passaggio dall'assolutismo allo Stato costituzionale aveva ancora contorni oscuri e indefiniti. Quando, poi, i parlamenti ottennero una cornice costituzionale solida, si cercò di individuare la linea di confine tra legislativo ed esecutivo sia sul piano dei diritti fondamentali — gli interventi nella sfera della « libertà e proprietà » erano possibili solo in forza di una legge — sia nella distinzione tra l'attività legislativa « permanente » e quella amministrativa « mutevole », in altre parole nella contrapposizione tra generale e particolare. La regolamentazione valida per tutti e costante nel tempo doveva essere riservata alla legge, mentre la soluzione a breve durata che mirava a disciplinare situazioni particolari doveva essere riservata alla « polizia ». Quest'ultima a sua volta distingueva tra azioni individuali in senso stretto e disciplina normativa per mezzo di regolamenti. Il regolamento non entrava in gioco soltanto quando il parlamento non era competente⁽³⁴²⁾, ma anche quando non entravano in gioco (secondo l'opinione dell'epoca) i diritti fondamentali e dove l'amministrazione doveva regolare situazioni di dettaglio al di sotto del piano della legge. Per essere sicuri che in questi casi il parlamento non venisse scavalcato, venne stabilito che il parlamento concedesse l'autorizzazione a emanare regolamenti, e soltanto con la

⁽³⁴⁰⁾ Fondamentale E.W. BÖCKENFÖRDE, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 1958.

⁽³⁴¹⁾ R. OGOREK, *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert. Zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, ZNR 11 (1989), 12-38, indica giustamente che il diritto di controllo giudiziario si riferiva innanzitutto solamente al regolamento emanato dall'esecutivo, in un certo senso come contrappeso all'assenza di collaborazione politica all'interno del principio monarchico.

⁽³⁴²⁾ M. STOLLEIS, *Notverordnungsrecht*, in HRG, III (1984), 1091-1095.

Repubblica di Weimar questo procedimento fu regolato in maniera più severa ⁽³⁴³⁾.

Laddove la costituzione prevedeva una legge di bilancio, il dibattito politico e giuridico-dogmatico era destinato a inasprirsi; infatti il problema riguardava i poteri del parlamento nel campo più sensibile dello Stato moderno: l'uso delle entrate fiscali. È in questo contesto che nacque la distinzione tra legge in senso formale e legge in senso materiale, ed è in questo contesto che si è sviluppato il dibattito del tardo costituzionalismo sulla fondatezza di tale distinzione. Fondamentalmente, la questione riguardava la distribuzione del peso politico dei diversi attori costituzionali, la divisione dei poteri e delle funzioni, e in particolare il grado di adeguatezza del processo di parlamentarizzazione.

Questo dibattito, i cui protagonisti furono Laband, v. Martitz, Georg Meyer, Hänel, Gierke, Anschütz, Seydel, Arndt, Bornhak e altri, e che fu magistralmente riassunto da Georg Jellinek, era un dibattito esemplare del proprio tempo ⁽³⁴⁴⁾, anche laddove verteva sulla definizione teorica della norma giuridica. Ciascuna delle posizioni rappresentate dagli autori — indipendentemente dalla loro intenzione di estrapolare « pura » conoscenza — era fortemente connotata dal contesto giuridico di quegli anni, in cui si consumò il lento cambiamento della monarchia costituzionale che abbiamo descritto ⁽³⁴⁵⁾. Non ci si poteva certo attendere un indirizzo unitario della dottrina del diritto pubblico. Ma la dinamica dell'ambiente accademico, l'omogeneità sociale e lo stile di vita della borghesia colta cui appartenevano tutti i docenti universitari portò a divergenze certo non insuperabili. Tutti erano uniti dalla soddisfazione per la fondazione del *Reich*, dalla diffidenza verso il repubblicanesimo democratico e il socialismo, dalla simpatia per il federalismo e per la continuità dinastica nei singoli territori. Le differenze oscillavano all'interno dello spettro d'azione della mentalità borghese. La dot-

⁽³⁴³⁾ W. MÖBLE, *Inhalt, Zweck und Ausmaß. Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung*, 1990, 11-18.

⁽³⁴⁴⁾ G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg 1887, nuova edizione Tübingen 1919. Vedi a questo proposito BÖCKENFÖRDE (nt. 340), 242 ss.

⁽³⁴⁵⁾ A ragione BÖCKENFÖRDE (nt. 340), 332 s.

trina del diritto pubblico non era omogenea, ma non era neppure dilaniata come era stata ai tempi del *Vormärz* o come sarebbe stata nel periodo della Repubblica di Weimar.

4. *Diritti fondamentali e diritti pubblici soggettivi.*

Nella seconda metà dell'Ottocento, a causa del fallimento dell'esperienza della *Paulskirche*, il tema dei diritti fondamentali come limiti al potere statale era stato attraversato da una crisi radicale ⁽³⁴⁶⁾. Espressioni come « diritti fondamentali » e « diritti dell'uomo e del cittadino » affondavano le radici nelle idee del 1789, nei moti di luglio del 1830 e nella rivoluzione del 1848. Il periodo della *Paulskirche* era ricordato come il momento delle « liti dei professori » ⁽³⁴⁷⁾, dell'eccesso della retorica, dell'errata valutazione della *Realpolitik* e dunque in ultima analisi dell'inutilità di tali dichiarazioni ⁽³⁴⁸⁾. Il dibattito intorno alla costituzione della Confederazione germanica del Nord era stato dettato da tempi strettissimi, e in quella fase sembrava minacciata più l'unità che non la libertà. Per quanto riguardava la libertà, si era potuto dunque senza tanti problemi demandare la questione ai cataloghi dei diritti fondamentali dei singoli territori e alla legislazione ordinaria.

La situazione non cambiò neppure nel 1870-1871. La costituzione imperiale, si potrebbe dire, meno che mai contemplava i diritti fondamentali ⁽³⁴⁹⁾. La legislazione della Confederazione germanica del Nord del resto aveva già dato risposta alle esigenze liberali fondamentali: la libertà di movimento, l'equiparazione confessionale, l'eliminazione degli ostacoli corporativistici, un diritto penale

⁽³⁴⁶⁾ Per quanto riguarda lo sviluppo della parte sui diritti fondamentali della costituzione della *Paulskirche* vedi J.D. KÜHNE, *Die Reichsverfassung der Paulskirche. Vorbild und Verwirklichung im späteren deutschen Rechtsleben*, 1985, 157 ss.

⁽³⁴⁷⁾ O. v. BISMARCK, *Überlegungen zur Gestaltung des norddeutschen Bundes, Diktat v. 30. Oktober 1866*, in *Gesammelte Werke*, vol. 4 (1968), 7.

⁽³⁴⁸⁾ K.G. FABER, *Realpolitik als Ideologie. Die Bedeutung des Jahres 1866 für das politische Denken in Deutschland*, HZ 203 (1966), 1-45.

⁽³⁴⁹⁾ K. REMMELE, *Bürgerliche Freiheit ohne verfassungsrechtliche Freiheitsverbürgungen? Zur Diskussion um das Fehlen der Grundrechte in der Verfassung des Deutschen Reiches von 1871*, in G. DILCHER (a cura di), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, 1982, 189 ss.

liberale, la libertà d'impresa ⁽³⁵⁰⁾. Il *Reichstag* dopo il 1871 continuò su questa linea: il diritto alla segretezza della corrispondenza, la libertà di stampa, i diritti fondamentali in campo processuale, il diritto all'indennità d'espropriazione e infine (nel 1908) la libertà di associazione e di riunione, furono tutti previsti e disciplinati a livello legislativo. Alla fine si poteva dunque affermare che i diritti fondamentali erano ben garantiti tanto sul piano legislativo quanto sul piano costituzionale ⁽³⁵¹⁾, anche se bisognava peraltro ammettere che queste garanzie avevano subito una notevole compressione durante il cosiddetto *Kulturkampf*, con la persecuzione dei socialisti e con la politica di germanizzazione dei territori polacchi ⁽³⁵²⁾. Lo scenario in via generale rimase comunque positivo, anche perché non fu mai messa in atto la sospensione dei diritti fondamentali prevista in caso di proclamazione dello stato d'emergenza.

Il fatto che nel 1866 e nel 1870-71 non vi sia stata una più vigorosa lotta per i diritti fondamentali, va imputato non solamente alla generale soddisfazione della maggioranza dei cittadini rispetto al nuovo ordine, avvertito come degno di uno Stato di diritto, ma anche a un tipo di visione dei diritti fondamentali e della costituzione che si differenzia in notevole misura da quella odierna. All'inizio dell'Ottocento i diritti fondamentali avevano rappresentato, in una prima fase, la leva per trasformare la società vetero-cetuale in una società borghese, per legittimare l'intervento dello Stato e per abbattere i privilegi ⁽³⁵³⁾. Il loro scopo « non era anti-legislativo, ma

⁽³⁵⁰⁾ H.A. WINKLER, *Preußischer Liberalismus und deutscher Nationalstaat. Studien zur Geschichte der deutschen Fortschrittspartei 1861-1866*, 1964; M. GUGEL, *Industrieller Aufstieg und bürgerliche Herrschaft. Sozioökonomische Interessen und politische Ziele des liberalen Bürgertums zur Zeit des Verfassungskonfliktes 1857-1867*, 1975; L. GALL, *Liberalismus und Nationalstaat. Der deutsche Liberalismus und die Reichsgründung*, in H. BERDING, (a cura di), *Vom Staat des Ancien Régime zum modernen Parteienstaat*, 1978, 287-300; K.E. POLLMANN, *Parlamentarismus im Norddeutschen Bund 1867-1870*, 1985.

⁽³⁵¹⁾ E.R. HUBER, *Grundrechte im Bismarckschen Reichssystem*, in Festschr. U. Scheuner 1973, 163 ss.; A. LAUFS, *Die rechtsstaatlichen Züge des Bismarck-Reiches*, in Festschr. H. Thieme, 1977, 72 ss.

⁽³⁵²⁾ A questo proposito cfr. H. J. WICHARDT, *Die Rechtsprechung des Königlichen Preußischen Oberverwaltungsgericht zur Vereins- und Versammlungsfreiheit von 1875 bis 1914*, tesi, Kiel 1976.

⁽³⁵³⁾ G. LÜBBE-WOLFF, *Das wohlerworbene Recht als Grenze der Gesetzgebung im neunzehnten Jahrhundert*, ZRG GA 103 (1986), 104-139; U. SCHEUNER, Festschr. E.R.

semmai anti-feudale» (354). Per raggiungere tale obiettivo non v'era bisogno della primazia della costituzione o della giurisdizione costituzionale, ma era sufficiente un legislatore energico che canalizzasse attraverso la legislazione le pulsioni politiche dei diritti fondamentali (355). La costituzione — diversamente dal periodo del *Vormärz* — non era una norma che stava « al di sopra » della legge. Essa non godeva di una propria dignità, né sul piano teorico-giuridico né su quello processuale. Non vi era una giurisdizione costituzionale in grado di realizzare concretamente questo salto di qualità.

Questa funzione essenzialmente egalizzante e liberalizzante dei diritti fondamentali era senz'altro ancora presente agli studiosi di diritto pubblico dopo il 1870, ragion per cui questi, rifacendosi alle nuove dinamiche sociali, poterono sostenere che la questione dei diritti fondamentali andava considerata risolta sul piano storico (356). Certo, furono riconosciuti i diritti pubblici soggettivi, la cui vicenda teorica era iniziata nel 1852 con il testo di Gerber (357), il quale nella sua veste di membro del parlamento della Confederazione germanica del Nord si espresse contro il riconoscimento dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali, visti come dichiarazioni politiche prive di sanzione e il cui oggetto doveva trovare definizione a livello legislativo, non avevano senso per i giuspubblicisti conservatori. Se il loro significato era avvertito come ormai svuotato

Huber, 1973, 139 ss.; R. WAHL, *Rechtliche Wirkungen und Funktionen der Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts*, in E.W. BÖCKENFÖRDE (a cura di), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, 2ª ed. 1981; in « Der Staat », 19 (1979), 321 ss.; ID., in « Der Staat », 20 (1981) 485 ss.; H. BAUER, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, 59 ss.; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, 1988, 132 ss.

(354) G. LÜBBE-WOLFF, *Der Schutz verfassungsrechtlich verbürgter Individualrechte. Die Rolle des Reichsgerichts*, in H. WELLENREUTER-C. SCHNURMANN (a cura di), *Die amerikanische Verfassung und deutsch-amerikanisches Verfassungsdenken*, New York-Oxford 1990, 411-434 (412).

(355) D. GRIMM, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, 316.

(356) In questo senso vedi C. BORNHAK, *Das Petitionsrecht*, in AÖR, 16 (1901), 403 ss.

(357) G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed. Tübingen 1905, 5 (trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1912).

e depoliticizzato, se la libertà si riduceva alla « libertà da costrizioni illegittime »⁽³⁵⁸⁾, allora era sufficiente il principio dello Stato di diritto per mettere i cittadini al riparo da azioni contrarie alla legge. È qui che entra in gioco il potere statale attraverso l'amministrazione. I diritti fondamentali contrassegnavano l'intensità e la profondità dell'ingerenza che l'amministrazione poteva legalmente esercitare. È in questo senso che Laband afferma che i diritti fondamentali sono (soltanto) limiti del potere statale, che assicurano la naturale libertà di azione dell'individuo ma che « non fondano i diritti soggettivi dei cittadini. Non sono diritti, poiché non hanno un oggetto »⁽³⁵⁹⁾. Che i diritti fondamentali venissero ancora chiamati « diritti » dei cittadini era soltanto una « vecchia abitudine », una « reminiscenza storica dell'ingerenza esercitata un tempo dal potere statale »⁽³⁶⁰⁾.

I liberali — come, ad esempio, F. Thudicum, G. Meyer, L. v. Rönne, O. Gierke, F. Stoerk, E. Loening, A. Hänel, K. v. Stengel — erano rimasti fedeli ai vecchi cataloghi dei diritti fondamentali, anche se riconoscevano che nella pratica era assai arduo rappresentare l'assenza di limitazioni come il contenuto positivo di un « diritto fondamentale ». Se si accettava la linea di Gerber e Laband, e dunque una prospettiva che si concentrava sul rapporto di subordinazione tra Stato e suddito, allora era quasi inevitabile negare l'esistenza dei diritti fondamentali. Per creare aree di tutela effettiva, almeno nei confronti dell'amministrazione, era indispensabile riconoscere al cittadino dei diritti di partecipazione e una sfera autonoma al di là dello Stato. In tale direzione era orientato soprattutto il pensiero *genossenschaftlich*. Ed è basandosi sulle premesse di tale riflessione che Gierke afferma che « nei diritti fondamentali il singolo cittadino trova un diritto di carattere costituzionale, quello di essere in determinati casi trattato dallo Stato non come una sua parte, ma come un individuo libero. [...] Anche i diritti fondamentali sono diritti positivi »⁽³⁶¹⁾.

⁽³⁵⁸⁾ JELLINEK (nt. 357), 103.

⁽³⁵⁹⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2^a ed., vol. I. Freiburg 1888, 141 s.

⁽³⁶⁰⁾ Ivi, 142.

⁽³⁶¹⁾ GIERKE, *Labands Staatsrecht* (nt. 275), 1133 s.

Come si è appena accennato, la discussione riguardante i diritti fondamentali non coincide esattamente con quella sui diritti pubblici soggettivi. Tuttavia, l'una si interseca con l'altra.

La « scoperta » dei diritti pubblici soggettivi avviene dopo il 1848, per ragioni che abbiamo già ricordato. Prima del 1848 avevano dominato — in senso positivo o negativo — le prospettive della rivoluzione francese e della restaurazione, mentre la borghesia era alla ricerca della propria collocazione politica. Era l'epoca della lotta per la partecipazione politica del terzo stato e per la riforma in senso borghese della società aristocratica. Dopo il 1848, una volta fallito il grande tentativo di auto-organizzazione della nazione e della società, per lo più si cercò di trovare un equilibrio apolitico delle forze in gioco. Si trattava di disinnescare i cataloghi dei diritti fondamentali più vicini agli ideali della rivoluzione, riducendone la portata oppure accogliendone in parte le proposte ma per mezzo della legislazione ordinaria. In questo modo si dava al liberalismo ciò che voleva, senza però concedere troppo. L'insieme dei sudditi, ormai pacificato e ampiamente egalizzato, poteva ora essere inserito in una costruzione dello Stato nuova e convincente sul piano teorico.

Dopo il fallimento della rivoluzione del 1848 lo Stato monarchico e la società liberale non soltanto si percepivano come estranei l'uno all'altra, ma venivano visti come realtà separate anche dalla teoria economica e giuridica. Erano gli anni del « libero scambio »⁽³⁶²⁾, del primo liberalismo e della separazione teorica tra Stato e società. Il progetto di Robert von Mohl di separare le scienze dello Stato e le scienze sociali ha origine in questo periodo. Soltanto dopo queste « separazioni », pratiche o teoriche, ebbe pienamente senso distinguere tra diritti soggettivi del diritto privato (« pretese », *Ansprüchen*) e diritti pubblici soggettivi⁽³⁶³⁾.

Il giovane « diritto pubblico soggettivo » discendeva sul piano dogmatico dalla « pretesa » civilistica, dal « diritto in senso sogget-

⁽³⁶²⁾ V. HENTSCHEL, *Die deutschen Freihändler und der volkswirtschaftliche Kongreß 1858-1885*, 1975.

⁽³⁶³⁾ M. ROTT, *Das verwaltungsrechtliche subjektive öffentliche Recht im Spiegel seiner Entwicklung im deutschen liberalen Rechtsstaat und in der französischen „théorie des droits subjectifs des administrés“*, 1976; BAUER (nt. 353).

tivo » da Savigny a Puchta fino ad arrivare a Windscheid ⁽³⁶⁴⁾, le cui componenti processualistiche e giuridico-materiali nel corso dell'Ottocento si erano separate a tal punto che alla fine rimase solo la « pretesa » materiale ⁽³⁶⁵⁾. Le pretese godevano di una tutela giuridica, assicurata dai tribunali ordinari, a differenza dei diritti pubblici soggettivi, che ne rimasero sprovvisti almeno fin quando non fu introdotta la giurisdizione amministrativa. Il diritto pubblico soggettivo apparteneva a un'area dell'esecutivo « non controllato ». Lo Stato, per definizione creato dal « diritto pubblico », costituiva il lato del potere rivolto verso i cittadini. La relazione giuridica fondamentale era un rapporto di soggezione, che in primo luogo fissava dei doveri. Non potevano esserci « pretese » al di fuori dello Stato, poiché i diritti di ogni tipo trovavano la propria ragion d'essere all'interno di un ordinamento giuridico garantito dallo Stato. Sul piano logico, l'ordinamento giuridico non poteva che precedere il diritto soggettivo.

Per questo i diritti fondamentali e i diritti pubblici soggettivi erano concepibili soltanto come spazi liberi settoriali, concessi dall'ordinamento giuridico statale. Erano cioè creazioni revocabili del legislatore, e in quanto tali per dare loro un contenuto era sufficiente la semplice legislazione positiva. Lo Stato poteva disporre di essi, senza una qualsiasi « riserva giusnaturalistica » ulteriore allo Stato stesso. Per questo motivo, quanto rimaneva dei cataloghi politicamente innovativi dei diritti fondamentali del periodo rivoluzionario e del primo costituzionalismo, era il diritto pubblico soggettivo e la « pretesa » fondata sulla legge, individualizzata e depoliticizzata, ancora priva di protezione processuale ⁽³⁶⁶⁾. Il diritto pubblico soggettivo era, se vogliamo tentare di darne un'immagine più precisa, l'espressione immiserita dei diritti fondamentali politici, positivizzati e calati nel diritto amministrativo. Il suo principale obiettivo

⁽³⁶⁴⁾ F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. I, Berlin 1840, 7, 331 ss.; G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838, § 29; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, primo voll., 1862, § 37. Cfr. H. COING, *Zur Geschichte des Begriffs „subjektives Recht“*, in *Das subjektive Recht*, 1959, 7 ss.; ID., *Europäisches Privatrecht*, vol. II, 19. Jahrbundert, 1989, 270-275.

⁽³⁶⁵⁾ W. SIMSHÄUSER, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozeßrecht*, 1965.

⁽³⁶⁶⁾ LÜBBE-WOLFF (nt. 354) e altri contributi.

era quello di evitare che lo Stato adottasse atti amministrativi contrari alla legge. Ma, come si è già accennato, questo era anche uno dei fini fondamentali dello Stato di diritto, e fu a partire da quest'argomento che molti giunsero a sostenere che i diritti pubblici soggettivi erano superflui. Se il cittadino, in sostanza, era nient'altro che un mero titolare di doveri, completamente sottomesso al potere statale, allora era « impossibile pensare ai diritti soggettivi come a strumenti che potevano essere esercitati nei confronti dello Stato dai sudditi nella pienezza della propria autonomia »⁽³⁶⁷⁾.

Questa era però una posizione estrema anche per l'epoca. L'opinione dominante, che riconosceva l'esistenza di diritti pubblici soggettivi ma finiva col comprimerli decisamente e coll'informarli allo Stato di diritto, poggiava tanto sulla situazione costituzionale quanto sulla concezione prevalente del rapporto tra cittadino e Stato. Si trattava di un chiaro rapporto di subordinazione. Lo Stato non « stringeva accordi » con il cittadino — come conferma la confutazione del contratto di diritto pubblico condotta da Otto Mayer⁽³⁶⁸⁾ — ma si lasciava al limite costringere a esercitare contro voglia le proprie prerogative sovrane, come ad esempio nei pagamenti quando agiva come fisco, oppure sul versante della responsabilità amministrativa in quanto obbligato al risarcimento⁽³⁶⁹⁾. In ogni caso, là dove i diritti pubblici soggettivi furono previsti a livello legislativo, questi vennero riconosciuti senza problemi e considerati tra le garanzie dello Stato di diritto.

La mancanza di un'analisi sistematica dei diritti pubblici soggettivi fu colmata nel 1892 da Georg Jellinek⁽³⁷⁰⁾. Ciò che Gerber

⁽³⁶⁷⁾ F. GIESE, *Die Grundrechte*, Tübingen 1905, 57. Una negazione radicale dei diritti pubblici soggettivi in C. BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, vol. I, 2^a ed. Breslau 1911, 285 ss.

⁽³⁶⁸⁾ O. MAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge*, in *AöR*, 3 (1888) 3-86, fondamentalmente trattava ancora dei funzionari del pubblico impiego (20). Cfr. anche BORNHAK, *Preußisches Staatsrecht*, vol. I, 2^a ed. Breslavia 1911, 267 (in rapporto all'acquisizione della cittadinanza): « se una parte comanda e l'altra ubbidisce, non si ha contratto ».

⁽³⁶⁹⁾ O. MAYER, *Die Haftung des Staats für rechtswidrige Amtshandlungen*, in « *Sächsisches Archiv für Rechtspflege* », 8 (1913), 1-16.

⁽³⁷⁰⁾ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892, seconda edizione controllata e aggiornata Tübingen 1905; si cita quest'ultima (trad. it. cit).

aveva soltanto iniziato venne completato quarant'anni più tardi da Jellinek, all'interno di un diverso contesto della tutela dei diritti, il cui mutamento è da ascrivere allo sviluppo della giurisdizione amministrativa. La sua definizione di diritto soggettivo combinava il principio elaborato da Windscheid (e Gerber) della « potestà di volere » individuale (formale), con la dottrina di Jhering degli « interessi » (materiali) ⁽³⁷¹⁾. « Il diritto soggettivo », così scriveva Jellinek, « è la potestà di volere dell'uomo riconosciuta e protetta dall'ordinamento giuridico e rivolta verso uno specifico bene o interesse » ⁽³⁷²⁾. Ciò significava per il diritto pubblico la « possibilità di mettere in movimento le norme giuridiche verso l'interesse individuale », e dunque anche contro lo Stato e con l'aiuto del suo apparato giudiziario. Jellinek suddivise i settori in cui tali « pretese » potevano essere attribuite a ciascun cittadino, a seconda dello *status* in cui il singolo — in una dinamica dal basso verso l'alto — si trovava rispetto allo Stato.

Questa dottrina dello *status*, ancor oggi adottata, opera una distinzione tra lo *status* passivo del suddito (*status passivus*, *status subiectionis*), lo *status* della libertà dallo Stato (*status negativus*, *status libertatis*), lo *status* della pretesa verso lo Stato (*status positivus*, *status civitatis*) e infine lo *status* della partecipazione attiva per lo Stato (*status activus*). Per quanto fossero passibili di una soluzione sul piano del metodo, non tutti i problemi erano per questo davvero risolti ⁽³⁷³⁾, ma si era comunque creata una cornice all'interno della quale si poteva discutere in modo razionale, e che permetteva di mettere in relazione il risultato di questa discussione con l'ormai sempre più diffusa giurisdizione amministrativa.

Si può forse considerare come una coincidenza, ma non certo come un avvenimento del tutto casuale, il fatto che poco prima dello scoppio della guerra mondiale sia stata pubblicata una significativa

⁽³⁷¹⁾ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2^a ed. 1923, 567 ss., 854 ss., 616 ss. (trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli 1991).

⁽³⁷²⁾ JELLINEK (nt. 370), 44.

⁽³⁷³⁾ Vedi a questo proposito K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, « Berlin 1910; ID., *Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts*, in (Hirths) *Annalen des Deutschen Reiches* », 1911, 850 ss.; 1912, 36 ss, 195 ss.

monografia in cui si operava proprio un tentativo in questa direzione. Si tratta della tesi di abilitazione alla docenza di Ottmar Bühler, i cui interessi riguardavano l'applicazione del diritto amministrativo e che nella seconda parte del testo offriva una ricostruzione particolarmente significativa della giurisdizione amministrativa alla fine del *Reich* ⁽³⁷⁴⁾. La tesi di Bühler confermava ancora una volta che l'attenzione sul piano scientifico per i diritti pubblici soggettivi riconosciuti a livello giudiziario aveva sostituito di fatto la dogmatica dei diritti fondamentali, la quale o mancava del tutto o era stata sviluppata in maniera assai debole. In questo modo la scienza giuridica non deludeva le aspettative: nel tranquillo periodo del tardo Impero, essa definiva e assicurava formalmente nel senso dello Stato di diritto il raggio di azione del cittadino, fissato a livello legislativo. Era il « lavoro quotidiano » del diritto amministrativo, ma si trattava di un ruolo molto importante, come dimostra il fatto che la dottrina del diritto costituzionale e del diritto amministrativo poterono riallacciarsi su questo punto dopo il 1919.

5. *Diritto costituzionale non scritto. Mutamenti costituzionali.*

Negli anni fondativi successivi al periodo 1866-71, che furono anche gli anni più importanti per il positivismo giuspubblicistico, il nuovo diritto pubblico appariva come un sistema statico e chiuso, capace di colmare le lacune in virtù della sua « forza di espansione logica nel proprio campo » ⁽³⁷⁵⁾. Il diritto costituzionale positivo, a questo riguardo, era un abbozzo del diritto pubblico effettivamente vigente, vincolante nel caso particolare ma necessariamente incompleto. Il « vero » diritto pubblico era considerato quasi come immutabile.

Già sotto il cancellierato di Bismarck, specialmente riguardo alla questione della sua rappresentanza, risultò chiaro quanto la materia del diritto costituzionale fosse mutevole e dipendente dalla politica. Gli uffici imperiali si trasformarono in veri ministeri, la divisione dei

⁽³⁷⁴⁾ O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914. Cfr. la critica di W. JELLINEK, in *AöR*, 32 (1914), 580-610.

⁽³⁷⁵⁾ BERGBOHM (nt. 65).

poteri tra governo imperiale, consiglio federale e parlamento cambiò, e dopo l'allontanamento di Bismarck l'imperatore e la cerchia più ristretta dei suoi consiglieri giocarono un nuovo ruolo. In parte non si trattava che di assestamenti contestuali, che però si sommarono nel tempo dando vita al fenomeno, fino a quel momento non ancora analizzato, del « mutamento costituzionale silenzioso »⁽³⁷⁶⁾. Soltanto al volgere del secolo sembrava essere ormai chiaro quanto il diritto pubblico fosse mutato e, sempre che la discrepanza tra costituzione normativa ed effettiva non raggiungesse un livello pericoloso per la normatività, quanto fosse necessario continuare consapevolmente ad affinarlo.

Lo stesso Laband non ha mai negato il continuo sviluppo del diritto costituzionale. In uno dei suoi ultimi saggi, egli stila un bilancio dei cambiamenti occorsi nel diritto costituzionale in più di tre decenni⁽³⁷⁷⁾. Un anno prima Georg Jellinek aveva pubblicato una breve monografia sul « cambiamento e trasformazione della costituzione », e vi aveva analizzato in modo sistematico, in particolare, la trasformazione costituzionale attraverso l'interpretazione e la consuetudine applicativa, e dunque attraverso la desuetudine delle norme o la prassi incostituzionale, e si era interessato all'introduzione di elementi plebiscitari⁽³⁷⁸⁾. Nel 1907 uscì il libro di Heinrich Triepel su « unitarismo e federalismo nell'impero tedesco »⁽³⁷⁹⁾, che aveva un sottotitolo molto simile — « Uno studio politico e di diritto pubblico » —, il quale segnalava la riscoperta di quell'elemento politico che fino ad allora si era cercato di rimuovere. Un anno più tardi Triepel trattò « delle competenze dello Stato federale e della costituzione scritta », mentre negli Stati Uniti Roscoe

⁽³⁷⁶⁾ W. FIEDLER, *Sozialer Wandel, Verfassungswandel, Rechtsprechung*, 1972.

⁽³⁷⁷⁾ P. LABAND, *Die geschichtliche Entwicklung der Reichsverfassung seit der Reichsgründung*, JöR 1 (1907), 1-46.

⁽³⁷⁸⁾ G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin 1906.

⁽³⁷⁹⁾ H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im deutschen Reich. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, 1907; su Triepel cfr. SMEND, *Staatsrechtliche Aufsätze*, 2^a ed. 1968, 594-608; HOLLERBACH (nt. 328); U. SCHEUNER, *Triepel*, in *Staatslexikon*, 6^a ed. 1962, vol. VII, 1044 s.

Pound scriveva *Law in Books and Law in Action* ⁽³⁸⁰⁾. Nel 1916 Rudolf Smend analizzò con la sensibilità a lui propria il rapporto tra *Reich* e Stati confederati e, in chiave di comparazione giuridica con la Svizzera e gli Stati Uniti, pose l'accento sul « diritto costituzionale non scritto » che si esprimeva sotto la forma dei doveri pattizi di collaborazione, dell'obbligo di tenere un « comportamento amichevole verso l'Impero » oppure dell'osservanza « delle regole di cortesia verso la confederazione » ⁽³⁸¹⁾. Nel 1917 Triepel osservò che si era verificata una serie di mutamenti costituzionali silenziosi: « La legislazione dell'Impero, e spesso anche forme a carattere consuetudinario, hanno modificato nel corso degli ultimi quarant'anni la costituzione in modo decisivo, senza che per questo si fosse giunti a una rielaborazione del testo della costituzione. Ciò che ha conferito a questo sviluppo la sua impronta principale è stato lo spostamento, lento ma inesorabile, dei rapporti di forza tra gli elementi costituzionali unitari e confederativi. I tratti essenziali della costituzione si sono rafforzati, mentre quelli della confederazione si sono indeboliti » ⁽³⁸²⁾.

Tutti questi contributi erano diversi tra loro, ma non fu per caso che comparvero quasi contemporaneamente. Se li si prende nel loro insieme, si nota subito che già prima del 1914 era opinione comune che il diritto costituzionale e la politica fossero notevolmente intrecciati, e che la rielaborazione scientifica del diritto pubblico dovesse necessariamente tenere conto di ciò e quindi riflettere criticamente, soprattutto dal punto di vista metodologico, sia, da un lato, per evitare lo sganciamento del diritto pubblico dalla realtà dei cambiamenti politici, sia, dall'altro lato, per allontanare il pericolo che il diritto pubblico venisse fagocitato dalla politica. Anche in questo

⁽³⁸⁰⁾ H. TRIEPEL, *Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung*, in *Festg. Laband*, vol. II (1908), 247 ss.; R. POUND, *Law in books and law in action*, in « *American Law Review* », 44 (1910), 12 ss.

⁽³⁸¹⁾ R. SMEND, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat*, in *Festg. O. Mayer*, 1916, in SMEND, *Staatsrechtliche Aufsätze*, 2^a ed. 1968; cfr. su questo anche S. KORIOH, *Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, 1990.

⁽³⁸²⁾ H. TRIEPEL, *Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Berlin 1917 (ried. 1964), p. 298.

caso affiorano temi che sarebbero poi pienamente emersi negli anni venti, nella cosiddetta « controversia sul metodo » (383).

V. *Le riviste.*

L'unità nazionale e gli impulsi da essa impressi al diritto pubblico positivo dell'Impero, insieme all'istituzione della giurisdizione amministrativa e alle relative conseguenze sul piano dottrinario, ebbero un certo effetto anche sul mercato delle riviste periodiche. Il bisogno di informazioni, assai accresciuto, portò alla fondazione di nuovi periodici (384). Georg Hirth fondò nel 1868 gli « *Annalen des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Zollvereins für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* », che a partire dal terzo volume presero il nome di « *Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik* » (1870-1901) (385). Franz von Holtzendorff pubblicò a partire dal 1871 il suo « *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reiches* », più tardi chiamato « *Schmollers Jahrbuch* » (386). Nel 1875 comparve la « *Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiete des Deutschen öffentlichen Rechtes* » di Hartmann, nella cui presentazione, tipica del periodo, si leggeva: « Il diritto pubblico in Germania ha, a causa dei nuovi rapporti all'interno dello Stato, vissuto fondamentali cambiamenti e altri ne dovrà affrontare in

(383) U. SCHEUNER, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik*, in *AöR*, 97 (1972), p. 349 ss.

(384) G. SCHMOLLER, *Uebersicht über die wichtigere deutsche staatswissenschaftliche Zeitschriftenliteratur der letzten Jahrzehnte*, in « *Schmollers Jahrbuch* », 9 (1885), 1311-1327.

(385) Editore fu prima Georg Hirth (da cui il nome « *Hirth's Annalen* »), cui a partire dal 1881 si aggiunse Max von Seydel. Dal 1901 in poi parteciparono come editori anche Karl Theodor (v.) Eheberg e Anton Dyroff. Quest'ultimo rimase l'unico editore a partire dal 1920-21. Dal 1902 nel titolo il termine *Volkswirtschaft* sostituì *Statistik*. Per quanto riguarda il cambiamento del titolo e degli editori, nonché la linea programmatica degli « *Hirth's Annalen* », cfr. E.V. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1889-1914*, 1989, 61 s.

(386) Edito dal 1871 al 1874 da F. Holtzendorff, dal 1877 da questi insieme a Lujo Brentano, e dal 1882 da Gustav Schmoller come « *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* ». Da allora in poi fu edito come « *Schmollers Jahrbuch* »; cfr. HEYEN (nt. 385), 58.

futuro. [...]. Interpretare la condizione in cui questo diritto si trova, e promuoverne lo sviluppo in senso unitario, sono lo scopo e la ragione della presente rivista »⁽³⁸⁷⁾.

Particolarmente significativa è la fondazione, da parte di Paul Laband e di Stoerk, dell'« Archiv für öffentliches Recht » (1885), che — come ha dimostrato un recente studio della storia della fondazione e della redazione dell'« Archiv » — non ebbe molto successo durante i primi vent'anni di vita⁽³⁸⁸⁾. Esso cercava di inserirsi nel vuoto che si era venuto a creare dopo che la « Tübinger Zeitschrift » e lo « Schmollers Jahrbuch » erano diventati fundamentalmente riviste di economia politica, mentre la rivista di Grünhut si concentrava più che altro sul diritto privato e processuale e, infine, la rivista di Hartmann aveva cessato le pubblicazioni. Soltanto gli annali di Hirth rappresentavano una vera concorrenza⁽³⁸⁹⁾. A partire dal 1899 Otto Mayer entrò nella cerchia degli editori dell'« Archiv für öffentliches Recht », cui si aggiunsero a partire dal 1908 Georg Jellinek e Robert Piloty. Da quel momento l'« Archiv » si era stabilizzato, poteva contare su numerosi collaboratori, raccoglieva contributi di diritto costituzionale e amministrativo, internazionale ed ecclesiastico⁽³⁹⁰⁾, diventando, fino allo scoppio della prima guerra mondiale, la rivista più autorevole in materia.

Se si prendono in considerazione anche il « Verwaltungsarchiv » pubblicato a partire dal 1892⁽³⁹¹⁾, lo « Jahrbuch des öffentlichen

⁽³⁸⁷⁾ Editore era il giudice W. Hartmann. La rivista fu pubblicata tra il 1874 e il 1880. Cfr. HEYEN (nt. 385), p. 60 s.

⁽³⁸⁸⁾ E.V. HEYEN, *Die Anfangsjahre des "Archiv für öffentliches Recht". Programmatischer Anspruch und redaktioneller Alltag im Wettbewerb*, in ID., (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Regime. Europäische Ansichten*, 1984, 347-373; ID., *Verwaltungsrechtswissenschaft im "Archiv für öffentliches Recht"*, in ID., *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, 1989, 21-53.

⁽³⁸⁹⁾ Così la pensava Laband in una lettera a Stoerk del 1885, riportata in HEYEN (nt. 385), 25 s.

⁽³⁹⁰⁾ Cfr. HEYEN (nt. 385), 30-33.

⁽³⁹¹⁾ Pubblicato con il sottotitolo « Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit », a cura di Maximilian Schulzenstein e Alfred Keil. Cfr. HEYEN (nt. 385), 62 s.

Rechts der Gegenwart » (1907) ⁽³⁹²⁾, lo « Jahrbuch des Verwaltungsrechts » (1905-1912) ⁽³⁹³⁾, la « Zeitschrift für Politik » (1908) ⁽³⁹⁴⁾ nonché la rivista più importante per quanto riguarda il diritto amministrativo regionale, il « Preußisches Verwaltungsblatt » ⁽³⁹⁵⁾, risulta chiaro che gli anni successivi al 1866 furono cruciali per il diritto pubblico. La fondazione del *Reich*, con la costituzione imperiale, oltre ai presupposti giuridici necessari per l'espansione del diritto pubblico imperiale creò anche un ampio mercato per riviste di questo genere. Queste pubblicazioni riuscirono ad avere una solida cerchia di lettori, che si estendeva fino al mondo amministrativo e accademico. Il forte sostegno finanziario di cui godettero le università a partire dal 1871, specialmente per il consolidamento del diritto pubblico nelle facoltà giuridiche, ebbe notevoli effetti ⁽³⁹⁶⁾. Le riviste austriache, soprattutto quella di Grünhut, si staccarono lentamente — insieme ai propri collaboratori e lettori — dalle vicende dell'Impero tedesco, e si limitarono alle zone di lingua tedesca della monarchia asburgica.

Oltre alla fondazione del *Reich* bisogna poi ricordare le riforme amministrative degli anni ottanta e la giurisdizione amministrativa, attiva a partire dalla metà degli anni settanta, che diedero un forte impulso alla nascita di nuove riviste. Dal punto di vista storico, questi nuovi fogli convergevano con il lento cambiamento dello stile scientifico, in altre parole con lo slittamento dal metodo « scientifico » verso il metodo « giuridico », e l'avanzare del positivismo giuridico, che a sua volta era un prodotto della legislazione imperiale e regionale successive al 1871. Negli anni ottanta e novanta entrò in scena lo « Stato interventista » in campo sociale e economico, che

⁽³⁹²⁾ Editò da P. Laband, G. Jellinek e R. Piloty. Dopo la morte di Jellinek vi partecipò Max Huber (1912).

⁽³⁹³⁾ Edita da F. Stier-Somlo. L'annuale ebbe a partire dal 1907 il sottotitolo « unter Einschluß des Staatsverfassungs-, Staatskirchen- und Völkerrechts ». Cfr. I. GIENOW, *Leben und Werk von Fritz Stier-Somlo*, tesi, Köln 1990.

⁽³⁹⁴⁾ Editò da Richard Schmidt e Adolf Grabowsky.

⁽³⁹⁵⁾ Pubblicata con il sottotitolo « Wochenschrift für Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege in Preußen », edita da Oscar Binseel. Cfr. cap. 7, nt. 174.

⁽³⁹⁶⁾ B. VOM BROCKE, *Hochschul- und Wissenschaftspolitik in Preußen und im Deutschen Kaiserreich 1882-1907 — das "System Althoff"*, in P. BAUMGART (a cura di), *Bildungspolitik in Preußen zur Zeit des Kaiserreichs*, 1980, 9-118.

produsse un vorticoso aumento della legislazione, che poté essere adeguatamente recepito e commentato soltanto grazie al crescente numero delle riviste scientifiche.

CAPITOLO IX

LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E LA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE (1850-1914)

I. Lo sviluppo del diritto amministrativo a partire dal 1850 — 1. Introduzione. — 2. Concezioni di scienza dello Stato. — 3. La formazione di una « parte generale ». — 4. Otto Mayer e il compimento dell'elaborazione della « parte generale ». — 5. Lo sviluppo fino al 1914. — II. Posizioni dogmatiche. — 1. Atto amministrativo, rapporto di sudditanza speciale, contratto di diritto pubblico. — 2. Proprietà pubblica. — 3. Vincoli giuridici dell'azione amministrativa. — 4. Forme istituzionali. — III. Riviste. — IV. La scienza dell'amministrazione. — 1. L'uscita di scena della scienza di polizia. — 2. Stein e i suoi epigoni.

I. *Lo sviluppo del diritto amministrativo a partire dal 1850.*

1. *Introduzione.*

La bipartizione del diritto pubblico in « diritto della costituzione e dell'amministrazione » (diritto costituzionale-diritto di governo) era, come dimostra la letteratura sul diritto territoriale prima e dopo il 1850, una distinzione diffusa già dal 1800 e accettata anche nel periodo del *Vormärz*. Per questa ragione gli autori di testi dedicati al « diritto pubblico » erano soliti avvertire il lettore che il diritto amministrativo veniva trattato nella seconda parte del testo o in un secondo volume, oppure, nel capitolo dedicato alle « funzioni dello Stato », dedicavano alla « amministrazione » almeno un paragrafo a sé stante in cui inserivano riferimenti al diritto positivo. Col passar del tempo ci si rese conto che anche quello che si occupava dell'amministrazione era diritto in senso proprio. Poco prima della metà del secolo fu pubblicata l'opera di Pözl intitolata *Bayerisches Verwaltungsrecht* ⁽¹⁾, che riprendeva ancora il modello del secondo

(1) Cfr. *supra* cap. VII, nt. 29 ss.

volume del testo di Mohl sul diritto pubblico nel Württemberg. Nacquero riviste che si occupavano espressamente di amministrazione e di diritto amministrativo e, a partire dagli anni sessanta, nei corsi universitari di diritto pubblico parve ampliarsi lo spazio dedicato al diritto amministrativo. Si possono quindi ravvisare chiari indizi di un processo evolutivo del diritto amministrativo all'interno del diritto pubblico, di una reciproca emancipazione teorica, nonché, specialmente dopo il 1850, di una distinzione tra scienza di polizia sul piano empirico (scienza dell'amministrazione) e diritto amministrativo in senso propriamente giuridico. Hermann Schulze lo notò nel 1866, quando scrisse: « Con lo sviluppo sul piano normativo della nostra pubblica amministrazione, e con la maggior considerazione del diritto pubblico nell'insegnamento accademico, si può [...] giungere a riconoscere la piena giuridicità sia a un diritto amministrativo che affianchi la scienza dell'amministrazione, sia a un diritto di polizia che affianchi la scienza di polizia, sia infine a un diritto delle finanze che affianchi la scienza delle finanze » (2).

Poiché dopo il 1848 le energie del liberalismo, esaurite sul piano politico, si spostarono da un lato verso l'economia e dall'altro verso l'edificazione dello Stato di diritto, la distinzione tra amministrazione e diritto amministrativo divenne più netta all'insegna di una crescente giuridicizzazione (3). Dal punto di vista storico, ciò comportò quella spaccatura tra scienza dell'amministrazione e scienza del diritto amministrativo che conosciamo ancora oggi. L'amministrazione, intesa come « lavoro vivente dello Stato per i propri scopi » (4), assunse una dimensione pratica, mentre il diritto amministrativo doveva assumere una prospettiva teorica dalla quale andavano eliminati il più possibile gli elementi empirici e politici. Tutto questo corrispondeva all'orientamento teorico tipico della seconda metà dell'Ottocento, che si risolveva in una « sempre più

(2) H. SCHULZE, *Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrechts*, in « Aegidis Zeitschrift » 1 (1867), 417 ss. (420).

(3) H.-J. FEIST, *Die Entstehung des Verwaltungsrechts als Rechtsdisziplin*, tesi, Köln 1967, 117 ss.

(4) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2^a ed. München-Leipzig 1914, vol. I, 64.

radicale eliminazione dell'elemento pratico » (5). Lo Stato di diritto e il diritto amministrativo così rielaborato sul piano scientifico furono presto identificati l'uno con l'altro: « Se partiamo dal presupposto che il concetto di Stato di diritto abbia un determinato significato reale », scrisse Gerber nel 1865 (6), « esso è proprio quello di creare sempre più solide disposizioni normative anche nel campo dell'amministrazione, che non lascino più spazio all'arbitrio ». Era opinione comune che proprio questo dovesse essere lo scopo del lavoro scientifico.

La distinzione tra amministrazione e diritto amministrativo costituiva a sua volta il riflesso di una problematica di diritto costituzionale. Lo « Stato », rappresentato da monarchia, aristocrazia, esercito e chiesa, con i suoi « scopi », si trovava di fronte a una borghesia dal tipico atteggiamento ambivalente: da una parte essa voleva la realizzazione dei fini dello Stato, dall'altra però pretendeva il rispetto di determinati limiti giuridici. « Lo Stato di diritto » era, in questa situazione, il frutto di un programma liberale che auspicava la limitazione dell'intervento statale. Le tensioni tra il potere esecutivo monarchico e lo Stato di diritto liberale, che tentava di arginarlo, determinarono così anche lo sviluppo delle discipline scientifiche. « L'esperto di scienza di polizia » rivolgeva lo sguardo soltanto ai fini dello Stato, mentre « l'esperto di diritto amministrativo » guardava ai limiti dell'attività statale, soprattutto tramite la legge generale approvata a livello parlamentare.

Tendenzialmente, in questo senso, il diritto amministrativo avrebbe prevalso, poiché dopo il 1850 la « scienza di polizia » si era rivelata un fragile coacervo in procinto di dissolversi in disparati settori specialistici. La capacità unificatrice assicurata un tempo dal dispotismo illuminato era ormai svanita, le materie tecniche e le scienze naturali avevano acquisito una propria autonomia e ora venivano impartite sempre più frequentemente in percorsi formativi a sé stanti. Le discipline camerali non sembravano più in grado di offrire conoscenze ritenute necessarie. Come si è già detto, la strada

(5) H. MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 2ª ed. 1980, 230 s.

(6) C.F. v. GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig 1865, 233.

avrebbe condotto a un « monopolio dei giuristi » nell'amministrazione.

Dopo la metà del secolo non solo fu evidente la separazione tra amministrazione e diritto amministrativo sul piano della formazione accademica, ma si sciolse anche quell'unitarietà di costituzione e amministrazione che nel *Vormärz* era considerata ovvia. Il programma costituzionale che il liberalismo aveva elaborato nel *Vormärz* avrebbe avuto ancora senso soltanto se si fosse imposto lungo tutto il percorso e fino all'istanza amministrativa più bassa. Ora, dopo che l'impeto giuridico-politico che ne era alla base si era spento a causa del fallimento della rivoluzione, la richiesta di uno « Stato di diritto » poteva essere ripresa solo con un recupero delle speranze politiche infrante. Il rassegnato addio alla costituzione e ai diritti fondamentali all'insegna della *Realpolitik* non comportò però assolutamente un congedo dallo « Stato di diritto », che peraltro pareva sconsigliabile anche per chiare considerazioni economiche. In questo senso, era coerente con la situazione sviluppatasi dopo il 1850 lo sganciamento del diritto amministrativo dalla intricata questione scostituzionale, e la sua collocazione come disciplina autonoma a fianco dello *Staatsrecht*. Certamente, anche in questo caso vi furono obiezioni, come quelle sollevate da Robert von Mohl — che rimase fedele all'idea del *Vormärz* della reciproca compenetrazione tra costituzione e amministrazione — e, sebbene in una diversa prospettiva teorica, da Lorenz von Stein — il quale concepiva l'amministrazione come una « costituzione vivente, attiva » (7). Tali obiezioni non poterono tuttavia arrestare l'ampio fronte favorevole a un diritto amministrativo scientificamente autonomo. Decisiva fu la sovrapposizione delle legittime aspirazioni di fondare una disciplina a sé stante, con il progressivo superamento post-rivoluzionario del movimento costituzionale.

In questa direzione si sviluppò quindi anche il dibattito metodologico, con una svolta verso il positivismo giuridico « costruttivo » parallela a quella di cui si è parlato in riferimento al diritto costituzionale. Nel 1865 Carl Friedrich von Gerber pretendeva risolutamente che il diritto costituzionale e il diritto amministrativo venis-

(7) L. v. STEIN, *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts* (1870), 3^a ed. Stuttgart 1887, vol. II, 258.

sero trattati entrambi in maniera scientifica, ma anche in maniera separata. Il diritto amministrativo aveva bisogno di una propria dottrina, di un proprio « sistema »; ⁽⁸⁾ poiché, come scrive Gerber, « la purezza e l'autonomia del diritto pubblico ne soffrirebbero, se si volesse considerare il medesimo sistema scientifico come luogo di rappresentazione tanto dei diritti dei ceti territoriali quanto dei regolamenti che disciplinano le misure a prevenzione della peste bovina. [...] Ciò detto, saluteremmo sicuramente come un progresso se anche il diritto amministrativo venisse finalmente riconosciuto nella propria autonomia, una volta liberato dal suo legame con il diritto costituzionale » ⁽⁹⁾.

In questo modo si arrivò però a una duplice amputazione del diritto amministrativo. Da una parte, venne troncato il nesso con la prassi amministrativa e con la (vecchia) scienza di polizia, o meglio con la (nuova) scienza dell'amministrazione; dall'altra, in nome della « autonomia » della nuova materia, vennero recisi i vincoli con la dimensione originaria, di natura politica, del diritto costituzionale. Al diritto amministrativo rimanevano le questioni della prassi e quelle « giuridiche » politicamente neutre, la cui astrazione e teorizzazione erano adesso il compito che esso doveva svolgere.

Sotto questo punto di vista, la forma giuridica era inevitabilmente destinata a giocare un ruolo sempre più centrale sul piano sistematico. Nel momento in cui si trattava di imporre al potere autoritativo dei limiti nella prospettiva dello Stato di diritto, oppure — se quest'obiettivo era irraggiungibile — almeno di prevedere delle conseguenze qualora questi limiti venissero oltrepassati, diventava fondamentale la questione di definire formalmente l'azione amministrativa come provvedimento incidente sulla libertà e sulla proprietà dei cittadini. Non soltanto la possibilità di disciplinare tale atto con una legge generale, ma anche la sua modellazione secondo i principî giuridici liberali e infine la sua sindacabilità davanti a un

(8) M.G. LOSANO, *Der Begriff „System“ bei Gerber*, in W. KRAWIETZ-TH. MAYER-MALY-O. WEINBERGER (a cura di), *Objektivierung des Rechtsdenkens. Gedächtnisschr. f. I. Tammelo*, 1984, 647 ss.

(9) GERBER, *Gründzüge* (nt. 6), 236 s.

tribunale, erano le pietre angolari dello Stato di diritto ⁽¹⁰⁾. Con la progressiva affermazione del positivismo giuridico, una volta separato dai riferimenti pratici e politici che si trovavano, per esempio, nelle trattazioni di Mohl, lo Stato di diritto diventò un concetto formale. È in questa prospettiva che diventò centrale la struttura sistematica della forma giuridica ⁽¹¹⁾. L'atto imperativo che trovò la propria formalizzazione nell'ordine di polizia (*Polizeibefehl*) divenne il paradigma dell'azione sovrana e amministrativa. Quando si doveva decidere se ricorrere a un simile atto, si poneva la questione del suo fondamento legale. E quando invece, nel momento in cui non venivano toccati interessi individuali, non si arrivava a un vero e proprio « atto imperativo », allora la prospettiva dello « Stato di diritto » si dilatava verso il meno interessante orizzonte della polizia del benessere e dell'attività sociale ⁽¹²⁾.

Tutto questo diede vita successivamente al malinteso per il quale lo Stato ottocentesco, non occupandosi — in quanto Stato liberale — del benessere dei propri cittadini, non avrebbe conosciuto il concetto di « amministrazione di prestazione ». Si tratta di una ricostruzione errata sia sul piano empirico che su quello teorico ⁽¹³⁾. Anche nell'epoca del primo liberalismo economico e politico, gli Stati tedeschi non hanno mai esitato a intervenire continuamente in ambito « sociale ». Nei manuali di diritto pubblico questa attività veniva ampiamente illustrata nel capitolo dedicato alle « funzioni dello Stato: amministrazione; sezione amministrazione interna », che includeva il materiale di diritto positivo della scienza di polizia e che negli Stati più grandi raggiunse rapidamente dimensioni ingestibili ⁽¹⁴⁾.

La formazione di un ambito disciplinare « autonomo », di un

⁽¹⁰⁾ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, 185 ss.; M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in HRG, IV (1990) 367-375.

⁽¹¹⁾ P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, 37 s.

⁽¹²⁾ BADURA (nt. 11), 36 s.

⁽¹³⁾ W. RÜFNER, *Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft*, 1967 ne dimostra soprattutto l'attendibilità, riferendosi all'intensificarsi delle prestazioni comunali essenziali.

⁽¹⁴⁾ TH. ELLWEIN, *Entwicklungstendenzen der deutschen Verwaltung im 19. Jahrhundert*, in « Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft », 1987, 13-54.

« diritto amministrativo » che tentava di affrancarsi dalla prassi amministrativa e dal diritto costituzionale, insieme all'emersione di una dogmatica orientata in direzione del formalismo giuridico, si rivelarono entrambi come fenomeni secondari di un ampio movimento che puntava alla realizzazione dello Stato di diritto, alla de-politicizzazione e alla scientificità del sapere. Espressione di questo stesso movimento era anche l'elaborazione di una « parte generale ». Soltanto la distanza dell'azione amministrativa dalla dimensione empirica e dai mutevoli influssi della politica rese possibile la formazione di norme dogmatiche dotate di un livello d'astrazione intermedio, e che in seguito poterono essere accorpate in una parte generale. In questo processo fu ovvio ricorrere alla morfologia civilistica, che aveva contorni già ben definiti, e altrettanto ovvia fu l'adozione di alcuni elementi del diritto amministrativo francese, che aveva già raggiunto un elevato livello di astrazione ⁽¹⁵⁾.

Prima di ripercorrere questo itinerario, che conduce alla elaborazione di una parte generale del diritto amministrativo da parte di Otto Mayer, è però necessario dar conto delle concezioni che batterono altre strade. In caso contrario, si cadrebbe nell'errore di rappresentare l'approdo a una parte generale come una scelta senza alternative. Tanto l'approccio storico-organicistico quanto quello politico-idealistico continuarono invece ad affiancare almeno fino agli anni novanta dell'Ottocento il « metodo giuridico ». Quale sarebbe stato l'esito di questa evoluzione fu, all'inizio, tutt'altro che chiaro.

2. *Concezioni di scienza dello Stato.*

Nel 1884 — e quindi in un tempo in cui il diritto amministrativo stava muovendo appena i primi passi — Edgar Loening sentenziò

⁽¹⁵⁾ E. v. MEIER, *Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preußens im 19. Jahrhundert.*, vol. II, Leipzig 1907, 1908 (in merito J. RÜCKERT, in NDB, 17, 1991, 647-649); F.F. MAYER, *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts*, Tübingen 1862, 49 nt. 5: « Tra i paesi che non sono tedeschi, malgrado alcune aberrazioni, è da tener in massimo conto il diritto amministrativo francese, per la sua chiarezza e adeguatezza, per il moderno sviluppo dello Stato e soprattutto per la sua formazione scientifica »; O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg 1886; E. v. HEYEN, *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, 1989, cap. III.

che « pur non appartenendo in senso proprio alla letteratura amministrativistica, i capolavori di R. Gneist sul diritto amministrativo inglese e di Lorenz von Stein sulla scienza dell'amministrazione hanno profondamente influenzato il diritto amministrativo tedesco » (16). La netta individuazione, cui ricorre Loening, di una letteratura amministrativistica « in senso proprio », era stata appena elaborata. Essa era quindi estranea a Rudolf von Gneist e a Lorenz von Stein, poiché entrambi, seppur assai diversi l'uno dall'altro, avevano sviluppato le proprie riflessioni a partire dalla combinazione di argomenti storici, teorici, giuridici e comparatistici.

a) *R. v. Gneist.*

Già la sue vicende personali testimoniano la stretta connessione tra la vita scientifica e la vita politica (17). Rudolf (von) Gneist (1816-1895), nato a Berlino, figlio di un commissario di giustizia del Tribunale camerale, crebbe però ad Aschersleben ed Eisleben, tornando a Berlino per compiere gli studi e rimanervi poi per 62 anni. Seguì, tra gli altri, i corsi di Savigny, dal quale — se ci si affida a quanto riporta Julius Hatschek — « udì parole che ne avrebbero segnato la formazione, in particolare riguardo all'applicazione del metodo storico al diritto pubblico » (18). Addottoratosi nel 1838, nel 1839, dopo essere stato esonerato dal servizio militare, iniziò a tenere lezioni di diritto romano e penale. Tra il 1841 e il 1850 viaggiò per tutta l'Europa, recandosi per tre volte in Inghilterra (1846, 1848, 1850). Presso l'ateneo berlinese, Gneist fu uno degli organizzatori della protesta dei giovani docenti contro i professori ordinari, sostenendo con entusiasmo il carattere politico della scienza giuri-

(16) E. LOENING, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884, 25.

(17) H. PREUSS, *Rudolf von Gneist (1895)*, in Id., *Staat, Recht und Freiheit*, 1964, 503-509; E. SCHIFFER, *R. v. Gneist*, 1929; D. WEBER, *Die Lehre vom Rechtsstaat bei Otto Bähr und Rudolf von Gneist*, tesi, Köln 1968; fino ad ora la migliore opera, di ERICH J. C. HAHN, *Rudolf von Gneist (1816-1895)*, purtroppo non è stata pubblicata: *The Political Ideas and Political Activity of a Prussian Liberal in the Bismarck Period*, tesi, Yale Univ. 1971 (dattiloscritto); G. SCHMIDT-EICHHEDT, *Staatsverwaltung und Selbstverwaltung bei Rudolf von Gneist*, in « Die Verwaltung », 8 (1975) 345 ss.; G. CHR. V. UNRUH, *Gneist*, in K.G.A. JESERICH-H. NEUHAUS, *Persönlichkeit und Verwaltung*, 1991, 197-200.

(18) J. HATSCHKE, in ADB, 49 (1904), 403-413 (403).

dica ⁽¹⁹⁾. Membro del Consiglio comunale (maggio 1848) e della guardia civica, partecipò alla rivoluzione di Berlino ed entrò in contrasto con l'*Obertribunal*, da cui dovette dimettersi. Nel dicembre del 1849 rinunciò al mandato presso il Consiglio comunale. Non riuscì, in seguito (1849), a entrare nella lista dei candidati alla Camera bassa.

La passione per l'Inghilterra, manifestatasi già in gioventù, e le esperienze politiche degli anni 1848 e 1849 ⁽²⁰⁾, condussero Gneist a difendere posizioni liberal-moderate classiche per quanto riguardava il diritto di voto e i diritti del parlamento (finanze, approvazione delle imposte) ⁽²¹⁾, ma anche a un forte sentimento anti-burocratico. Il suo testo intitolato *Die Bildung der Geschworenengerichte in Deutschland nebst einem Gesetzentwurf* (1849) tratta in particolare del modello inglese della *jury* e della sua applicabilità in Germania. In una serie di altri scritti Gneist si addentra sempre più profondamente nella storia della costituzione inglese. Nel 1853 pubblica *Adel und Ritterschaft in England*, e nel 1857-60 *Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht* ⁽²²⁾. A partire da queste riflessioni Gneist scrive in seguito *Das englische Verwaltungsrecht der Gegenwart in Vergleichung mit den deutschen Verwaltungssystemen* ⁽²³⁾, *Die Geschichte des selfgovernment in England oder die innere Entwicklung der Parlamentsverfassung bis zum Ende des 18. Jahrhunderts* (1863), *Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung oder des selfgovernment* (1863), *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf*

⁽¹⁹⁾ HAHN (nt. 17), 11 ss.

⁽²⁰⁾ Gneist fa un bilancio e stende una giustificazione personale in *Berliner Zustände*, Berlin, 1849.

⁽²¹⁾ Riguardo alla sua posizione nel conflitto costituzionale prussiano, in modo approfondito HAHN (nt. 17), 90 ss. 281 ss., dove è riportata anche una lettera fondamentale di Gneist a J. K. Rodbertus-Jagetzow del 20 luglio 1864 (Deutsches Zentral-Archiv Merseburg, Rep. 92 Rodbertus- Jagetzow, B Nr. 8).

⁽²²⁾ 2^a ed. in 2 voll. Berlin 1867; la prima parte venne completamente rielaborata e pubblicata con il titolo *Das englische Verwaltungsrecht mit Einschluß des Heeres, der Gerichte und der Kirche, geschichtlich und systematisch*, 2 voll.: *Geschichte des englischen Verwaltungsrechts* (1), *Das heutige englische Verwaltungsrecht* (2), Berlin 1866-1867.

⁽²³⁾ 2 voll., 1883-1884.

Verwaltungsreformen und Kreisordnungen in Preußen (1869), *Selfgovernment, Communalverfassung und Verwaltungsgerichte in England* (1871), e infine *Englische Verfassungs-Geschichte* (1882).

Già gli anni in cui queste opere vennero pubblicate mostrano come l'attività scientifica e l'impegno politico di Gneist si sviluppano nella « nuova epoca » (24). Nel 1858 egli tornò a far parte del Consiglio comunale e ottenne finalmente un posto come professore ordinario nella facoltà berlinese. Un anno più tardi divenne membro della camera dei deputati prussiana, come esponente del gruppo liberale e del centro-sinistra, e in essa diventò uno dei portavoce dell'opposizione nel conflitto costituzionale (25). Dal 1866 fino al 1884 fu membro nazional-liberale del *Reichstag* della Confederazione germanica del Nord e poi dell'Impero.

L'attenzione scientifica di Gneist per l'Inghilterra era alimentata da una profonda simpatia per un'evoluzione della società in senso borghese e liberale. Influenzato dalla scuola storica del diritto, si allontanò dal costituzionalismo razionalistico francese, e cercò una soluzione alle tensioni politiche e sociali nella partecipazione attiva delle « classi abbienti » al potere statale. L'Inghilterra, come era apparso un secolo prima a Montesquieu, sembrava offrire un modello di sviluppo organico (26). Gneist tentò quindi di leggere l'esperienza inglese in parallelo all'opera di Lorenz von Stein *Geschichte der Socialen Bewegung in Frankreich* (1850), da cui era rimasto molto colpito, per tentare di capire in quale modo lo Stato e la società potessero raggiungere un equilibrio armonico. Si trattava di una ripresa dell'idea elaborata da von Stein e applicata alla società divisa in classi del primo liberalismo, una società i cui vertici avevano una netta simpatia per l'Inghilterra. La concezione di *selfgovernment* esaminata da Gneist aveva come obiettivo l'elaborazione di una responsabilità politica e la riconciliazione tra partecipazione democratica e potere autoritativo, in modo non dissimile da ciò che tentava di fare Gierke con la sua sintesi tra autorità e libertà

(24) HUBER, III (1988), § 18

(25) HAHN (nt. 17), 49 ss.

(26) Sul tema cfr. F. DARMSTAEDTER, *Ist das englische selfgovernment als Grundlage der deutschen Selbstverwaltung anzusehen?*, in *Gedächtnisschrift W. Jellinek*, 1995, 535-548.

(comunitaria). Lo Stato doveva dunque perdere il proprio carattere di Stato autoritativo basato sull'azione dei funzionari, e la società quello di mero oggetto dell'autorità.

Per conseguire questo obiettivo non era sufficiente la « partecipazione » della società, ma era indispensabile la trasformazione dello Stato in uno Stato di diritto. In questa direzione l'impegno di Gneist ebbe un successo assai maggiore rispetto al tentativo di instaurare una auto-amministrazione borghese. Gneist sostenne la necessità di una riforma del diritto processuale ⁽²⁷⁾, dello sviluppo dell'avvocatura ⁽²⁸⁾ e di una giurisdizione amministrativa autonoma ⁽²⁹⁾. Quest'ultima idea non era un'invenzione di Gneist. Già la *Paulskirche* si era dichiarata favorevole a un controllo dell'amministrazione da parte di tribunali autonomi, e nel 1864 Otto Bähr si era espresso nella medesima direzione ⁽³⁰⁾. Bähr aveva però lasciata irrisolta la questione se tali tribunali dovessero essere di diritto civile o di diritto pubblico. La linea di Gneist era quella di creare una forma di controllo giurisdizionale dell'amministrazione attraverso un compromesso tra la concezione dello « Stato di giustizia », da una parte, e il completo rifiuto di un controllo esterno, dall'altra. Gneist mise da parte la questione della tutela dei diritti individuali, e pose l'accento sulla funzione di salvaguardia in sede giudiziale dell'ordinamento giuridico obiettivo al fine di contenere l'arbitrarietà dell'azione amministrativa. Allo stesso tempo, egli limitò il potere di controllo da parte dei giudici, temuto dall'amministrazione, determinando specificamente la competenza delle corti (secondo il « principio enumerativo ») invece di individuarla con una clausola

⁽²⁷⁾ R. v. GNEIST, *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen? Gutachten f.d. 4. Dt Juristentag*, 1863.

⁽²⁸⁾ R. v. GNEIST, *Freie Advokatur. Die erste Forderung aller Justizreform in Preußen*, Berlin 1867.

⁽²⁹⁾ R. v. GNEIST, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen mit besonderer Rücksicht auf Verwaltungsreformen und Kreisordnungen in Preußen*, Berlin 1869; Id., *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Berlin 1872, 2^a ed. 1879 (rist. 1958); trad. it. *Lo Stato secondo il diritto, ossia la giustizia nell'amministrazione politica*, prima traduzione dal tedesco col consenso dell'autore, del senatore Isacco Artom, Bologna 1884.

⁽³⁰⁾ Un quadro generale sullo sviluppo della discussione (O. Bähr, R. Gneist, O. Sarwey, O. Mayer) in W. KOHL, *Das Reichsverwaltungsgericht*, 1991, 9-24.

generale. L'esito fu dunque l'affermazione di una amministrazione che controllava il primo grado della giurisdizione amministrativa ⁽³¹⁾.

Rudolf von Gneist è stato parlamentare, docente universitario, fondatore del *Deutsche Juristentag* ⁽³²⁾ e della Associazione contro l'antisemitismo, consigliere del Ministero degli affari esteri ⁽³³⁾, consigliere di Stato, membro effettivo del Consiglio segreto di giustizia (con il titolo di «eccellenza»), fu insignito di titoli nobiliari, dottore *honoris causa* a Edimburgo, Bologna, Oxford e Dublino, membro del *Pour le mérite* e detentore di altre onorificenze. Fu, insomma, una figura di riferimento del secondo *Reich*. Sul piano politico, lasciò le posizioni particolarmente critiche verso lo Stato degli anni giovanili, abbracciando un orientamento nazional-liberale. Il suo ruolo politico e i suoi incarichi di governo lo allontanarono sempre più dalle concezioni emancipative del liberalismo politico da cui era partito, come rivela anche il suo impegno nel *Kulturkampf* ⁽³⁴⁾. L'intesa con lo Stato prussiano si fece sempre più forte, tanto da condurlo addirittura a una tardiva apologia del *Dreiklassenwahlrecht* ⁽³⁵⁾. Insieme alla maggioranza dei liberali, egli non si concentrò sulla «parlamentarizzazione» ma sul consolidamento dello «Stato di diritto» (ordinamento giudiziario, avvocatura, giurisdizione amministrativa). Ciò comportò notevoli successi nel consolidamento interno del *Reich*, ma anche una lenta depoliticizzazione delle idee liberali. Gneist era consapevole di questa evoluzione, come dimostra anche la sua rinuncia a far rientrare nella competenza della giustizia amministrativa la tutela dei diritti indivi-

⁽³¹⁾ U. STUMP, *Preußische Verwaltungsgerichtsbarkeit 1875-1914. Verfassung - Verfahren - Zuständigkeit*, 1980; W. RÜFNER, in DVG, III (1984), 922 ss. con ult. lett.

⁽³²⁾ TH. OLSHAUSEN, *Der Deutsche Juristentag. Sein Werden und Wirken*, Berlin 1910; H. CONRAD, in E. v. CAEMMERER-E. FRIESENHAHN-R. LANGE (a cura di), *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentags 1860-1960*, 1960, 1 ss.

⁽³³⁾ Sulla sua attività di consigliere per il Giappone cfr. K. LUIG, *Rudolf von Gneist (1816-1895) und die japanische Verfassung von 1889*, in Jap. Kulturinstitut Köln (a cura di), *Kulturvermittler zwischen Japan und Deutschland. Biographische Skizzen aus vier Jahrhunderten*, 1990, 50-77.

⁽³⁴⁾ R. v. GNEIST, *Die confessionelle Schule. Ihre Unzulässigkeit nach preußischen Landesgesetzen und die Notwendigkeit eines Verwaltungsgerichtshofes*, Berlin 1869.

⁽³⁵⁾ R. v. GNEIST, *Die Nationale Rechtsidee von den Ständen und das Preußische Dreiklassen-Wahlssystem*, Berlin 1894 (rist. 1962)

duali. Il suo caratteristico approccio, che mette insieme idealismo liberale di matrice hegeliana, fiducia darwinistica nel progresso e nazionalismo prussiano-protestante, insieme a una forte ambizione personale e a un grande talento retorico, fanno di Gneist uno dei maggiori esponenti del liberalismo tedesco tra il 1848 e la fine del secolo. Dopo il 1866, le proposte liberali o furono accolte oppure si isterilirono. Accettando di scendere a patti con lo Stato, il liberalismo anticattolico e antisocialista si avvicinò sempre più allo schieramento conservatore. Quando la politica del *Reich* dopo il 1881 rivolse le proprie attenzioni alla dimensione sociale, Gneist seguì tale svolta aderendo al *Verein für Socialpolitik*, tanto più che al suo interno si dava ampia considerazione a elementi comunitaristici e di auto-amministrazione.

Per la storia della scienza del diritto pubblico tanto i testi di Gneist caratterizzati da un forte impianto retorico, quanto quelli connotati da uno stile più grave, sono meno rilevanti della sua attività complessiva, ideale e riformatrice, e quindi dell'influenza che essa indirettamente esercitò sulle riforme istituzionali cui Gneist attese in materia di giustizia, diritto comunale, avvocatura e giurisdizione amministrativa prussiana.

b) *L. v. Stein.*

Una attività intellettuale complessiva pari a quella di Gneist deve essere riconosciuta, sul piano dei risvolti ideali, anche a Lorenz v. Stein (1815-1890), soprattutto in riferimento alla sua brillante ricostruzione del socialismo in Francia ⁽³⁶⁾ e alle analisi da lui condotte in qualità di cultore della teoria sociale, delle scienze dello

⁽³⁶⁾ L. STEIN, *Der Socialismus und Communismus des heutigen Frankreichs*, Leipzig 1842 (2^a ed., 2 voll. Leipzig 1848 con il titolo *Die socialen und kommunistischen Bewegungen seit der dritten Französischen Revolution*); 3^a ed.: *Die Geschichte der socialen Bewegung Frankreichs von 1789 bis auf unsere Tage*, 3 voll. Leipzig 1850; 2^a ed. 1855; ristampa di G. SALOMON 1921 (rist. 1960). Cfr. anche L. v. STEIN, *Schriften zum Sozialismus* 1848, 1852, 1854, a cura di E. PANKOKE, 1974 così come R. HÖRBURGER, *Steins Sozialismusverständnis von 1842*, in R. SCHNUR (a cura di) *Staat und Gesellschaft. Studien zu Lorenz von Stein*, 1978, 185-203; A. v. MUTIUS (a cura di), *Lorenz von Stein 1890-1990*, 1992.

Stato ⁽³⁷⁾, dell'economia nazionale ⁽³⁸⁾ e della scienza delle finanze ⁽³⁹⁾. Ciò che differenzia Stein da Gneist è però la mancanza di una componente pratica, che certo non difettava a Gneist. Stein è sempre rimasto un teorico. A prescindere dal suo impegno politico nello Schleswig-Holstein, egli mantenne sempre un distacco nei confronti della politica di tutti i giorni.

Gneist e Stein erano coetanei. Entrambi si impegnarono nella rivoluzione del 1848, e a causa di questa scelta subirono per alcuni anni gravi conseguenze sul piano professionale. Ambedue erano liberali di formazione hegeliana, e pur con modalità diverse cercarono entrambi di risolvere il problema di fondo della loro epoca, in altre parole la divisione in classi della società e le tensioni tra quest'ultima e lo Stato. Le loro diagnosi erano affini. Davanti a sé vedevano una società divisa in classi, in cui la borghesia occupava una posizione incerta. Avendo un peso politico relativamente basso, la borghesia era priva di una effettiva capacità di azione. Contemporaneamente, essa era incalzata dal quarto stato. Ricordando la situazione del 1806, Gneist tentò la strada di un collegamento organico tra Stato e borghesia: una borghesia che veniva resa attiva attraverso la auto-amministrazione, e che in un certo qual modo cresceva « dal basso » all'interno dello Stato, tanto nell'amministrazione della giustizia quanto nell'amministrazione territoriale. Lorenz von Stein scelse invece una via diversa, in cui l'istanza neutralizzatrice, capace di risolvere i conflitti tra le classi, era individuata nella monarchia, cui veniva attribuita una funzione di parificazione della società, in modo tale da superare gli antagonismi sociali ⁽⁴⁰⁾. Nel

⁽³⁷⁾ L. v. STEIN, *System der Staatswissenschaften*, 2 voll., Stuttgart-Augsburg 1852-1856 (rist. 1964)

⁽³⁸⁾ L. v. STEIN, *Lehrbuch der Volkswirtschaft*, Wien 1858, 2^a ed. 1878, 3^a ed. 1887.

⁽³⁹⁾ L. v. STEIN, *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, Leipzig 1860, 5^a ed. 1885-86, 3 voll., rist. 1968. — M. HEILMANN, *Lorenz von Stein und die Grundprobleme der Steuerlehre*, 1984; C. QUESEL, *Soziologie und soziale Frage. Lorenz von Stein und die Entstehung der Gesellschaftswissenschaften in Deutschland*, 1989; in sintesi D. BLASIUS, *Lorenz von Stein. Krisenprobleme der Moderne im Spiegel konservativen Denkens*, in P. ALTER et. al. (a cura di), *Geschichte und politisches Handeln. Studien zu europäischen Denkern der Neuzeit*, Th. Scheider z. Gedächtnis, 1985, 197-205.

⁽⁴⁰⁾ G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna 1988.

momento stesso in cui sottolineava lo strettissimo legame tra costituzione e amministrazione, Stein riportava la discussione sul piano dell'amministrazione. Era nell'amministrazione, infatti, che tanto per Gneist quanto per Stein si decideva il problema fondamentale del tempo, che trovava risposta, per il primo, nel *selfgovernment*, e per il secondo nella concezione dell'amministrazione come costituzione vivente. È nello spirito di questo comune sentire che Stein dedicò la prima edizione della sua *Verwaltungslehre* a Gneist. ⁽⁴¹⁾

Stein nacque nel 1815 vicino a Eckernförde, ai quei tempi ducato dello Schleswig. Lì, e poi a Flensburg, frequentò la scuola fino al 1835. Studiò filosofia e diritto a Kiel fino al 1838, e nel 1837 a Jena. Nel 1839 si laureò brillantemente a Kiel, fu assunto nell'ufficio legale dello Schleswig-Holstein a Copenhagen, e nel 1840 conseguì il dottorato. Dal 1841 al 1842, con il sostegno della casa reale danese, andò a Berlino e a Parigi. « In definitiva è possibile sostenere », così ha sintetizzato Ernst Forsthoff, « che egli deve, da una parte, i temi fondamentali della sua vita scientifica al soggiorno a Parigi, dove entrò in contatto con la neonata dottrina sociale e con i neo-socialisti utopisti, e, dall'altra, il suo approccio metodologico al periodo trascorso a Berlino, in cui cominciò a conoscere più approfonditamente la filosofia di Hegel » ⁽⁴²⁾.

A partire dal 1843 Stein tenne lezioni a Kiel, dove nel 1845 diventò professore straordinario di scienze dello Stato. Questo avvio di carriera relativamente convenzionale fu però interrotto dalle tensioni tedesco-danesi. Stein si impegnò politicamente, a partire dal 1846, contro la Danimarca, e nel 1849 fu eletto nel parlamento provvisorio. Nel 1852 il governo danese lo sollevò dai suoi incarichi. Successivamente Stein si mantenne con lavori giornalistici, fino a quando nel 1855 riuscì a ottenere a Vienna una cattedra di professore di economia politica. Qui operò per tre decenni, fino al 1885, come riconosciuta autorità nelle scienze dello Stato. Nel 1860 scrisse il suo *Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, e tra il 1865 e il 1868 la *Verwaltungslehre*, senza citare le altre numerose opere e gli scritti

⁽⁴¹⁾ L. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, parte I, Stuttgart 1864, introduzione.

⁽⁴²⁾ E. FORSTHOFF (ed.), *Gesellschaft — Staat — Recht*, 1972, 9. Cfr. anche W. SCHMIDT, *Der junge Lorenz von Stein zwischen Nationalität und Europa*, in SCHNUR (nt. 36), 29-46. Questa raccolta oggi forma il punto di partenza delle ricerche su Stein.

d'occasione ⁽⁴³⁾. Morì nel 1890 a Weidlingau, nei pressi di Vienna, dopo aver perduto tutto il proprio patrimonio a causa di una sfortunata avventura imprenditoriale.

Stein scrisse la sua *Verwaltungslehre* ⁽⁴⁴⁾ nella speranza di creare « le pandette della scienza dello Stato » su cui basare tutto il diritto pubblico ⁽⁴⁵⁾. Postulando una distinzione organicistica tra la volontà dello Stato (legislazione) e la sua attività (esecuzione), l'amministrazione era da lui intesa come « lavoro » dello Stato, guidato dalla costituzione, suo vero e proprio punto centrale ⁽⁴⁶⁾. La scienza dell'amministrazione avrebbe dovuto inserire « l'idea dello Stato che lavora » in un sistema organicistico, e in particolare in chiave di ricostruzione storica, filosofica e comparatistica su scala europea. La scienza dell'amministrazione era così il *pendant* della dottrina costituzionale ⁽⁴⁷⁾. È per questo motivo che Stein all'inizio traccia soltanto un abbozzo dello Stato, dei suoi organi e del suo concetto, del diritto pubblico e della società, per poi dedicarsi interamente all'amministrazione.

L'amministrazione è divisa, secondo l'originale terminologia di Stein, in amministrazione statale e amministrazione non statale. L'amministrazione statale è costituita dalla « esecuzione », vale a dire dalle espressioni della volontà sovrana (regolamenti), dalla articolazione delle competenze (organizzazione), dall'imposizione della volontà dello Stato (imperatività), e dalla amministrazione « in senso proprio », la quale è sì vincolata dalla legge, ma interviene con piena « libertà di manovra » (economia pubblica, amministrazione

⁽⁴³⁾ M. MUNDING, *Bibliographie der Werke Lorenz von Steins und der Sekundärliteratur*, in SCHNUR (nt. 26), 561 ss.

⁽⁴⁴⁾ L. STEIN, *Die Verwaltungslehre*, sette parti, Stuttgart 1865-1868, 2^a ed. 1869-1883 (rist. in 10 voll. 1962); ID., *Handbuch* (nt. 7).

⁽⁴⁵⁾ *Vorrede zum ersten Band der zweiten Auflage*, Stuttgart 1868. Di fondamentale importanza per la sua comprensione delle scienze dello Stato lo scritto *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschland*, Stuttgart 1876 (rist. 1970), anche in FORSTHOFF (nt. 42), 147-494. D. BLASIUS, *Zeitbezug und Zeitkritik in Lorenz von Steins Verwaltungslehre*, in SCHNUR (nt. 36), 419-433.

⁽⁴⁶⁾ E. PANKOKE, *Soziale Politik als Problem öffentlicher Verwaltung. Zu Lorenz von Steins gesellschaftswissenschaftlicher Programmierung des „arbeitenden Staates“*; in SCHNUR (nt. 36), 405-417.

⁽⁴⁷⁾ *Vorrede zum dritten Teil der 2. Aufl.*, Stuttgart 1882, VI.

della giustizia, affari interni). Accanto all'amministrazione statale è collocata da Stein la libera amministrazione non statale, suddivisa a sua volta in auto-amministrazione (comunale) e associazioni, ambedue collegati alla volontà dello Stato per il tramite del « controllo » statale.

Il panorama della scienza dell'amministrazione tratteggiato da Stein si articola così in otto volumi. Il primo punto su cui Stein richiama l'attenzione riguarda l'amministrazione e il diritto amministrativo, la chiara separazione tra questioni di governo e questioni amministrative, ivi compresi il « diritto generale di polizia », esaminato però successivamente (IV-1), e il controllo costituzionale del potere dello Stato (I-1). All'amministrazione statale seguono l'auto-amministrazione (I-2) e l'associazionismo (I-3). Questa ampia « introduzione » viene seguita da un'ulteriore parte generale, che tratta la storia della scienza dell'amministrazione fino all'epoca di Stein, e include un'attenta disamina del diritto amministrativo e della polizia in senso stretto (II).

Soltanto dopo queste premesse Stein inizia veramente a trattare della scienza dell'amministrazione. Stein si attiene alla tradizionale struttura dei manuali di scienza di polizia, partendo dunque dalla « vita fisica », e quindi dalla popolazione (II) e dalla salute pubblica (III), per procedere poi con la polizia di sicurezza (polizia politica, operazioni di polizia, mendicanti e vagabondi). A questo proposito ci sono poi soltanto degli sguardi di sfuggita al campo delle tutele, ma anche al tema della prevenzione dei rischi, il cui importantissimo significato nell'epoca dell'industrializzazione fu da lui evidentemente del tutto sottovalutato (IV). Al contrario, la parte da lui dedicata al sistema educativo (V-VIII), in cui partiva dall'antichità e arrivava fino all'Ottocento, assunse dimensioni eccessive.

Per quanto sia basata su di una grande intuizione, sostenuta con un'ampia ed esauriente trattazione ⁽⁴⁸⁾, ricca di dettagli, la scienza dell'amministrazione di Stein, vista con obiettività, non ha una

⁽⁴⁸⁾ K. HARTMANN, *Reiner Begriff und tätiges Leben. Lorenz von Steins Grundkonzeption zum Verhältnis von Staat und Gesellschaft und von Rechtsphilosophie und Recht*, in SCHNUR (nt. 36), 65-95; E.V. HEYEN, *Lorenz von Stein und die europäische Rechtsgeschichte. Zur Einführung in ein neues Feld der Wissenschaftsforschung*, in ID., (a cura di), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, IX ss.

ricaduta pratica sull'amministrazione quotidiana, e altro non è che la descrizione di una sfarzosa rovina. Era ormai impossibile fissare in un'immagine statica l'incessante flusso legislativo. Inoltre, il *pathos* retorico e le tante ripetizioni rendevano ancor più complicata una simile operazione. Dal momento che pretendeva non soltanto di cogliere la linea evolutiva del proprio tempo, la storia della cultura europea, i singoli elementi delle scienze dello Stato e il diritto amministrativo vigente, ma anche di fondere tutte queste componenti in un'unica concezione omogenea, Stein si ritrovò, all'epoca del massimo successo della separazione positivista dei diversi saperi, in una situazione senza via d'uscita. Una incrollabile fiducia in se stesso lo rese immune a qualsiasi dubbio, anche se, evidentemente, egli avrebbe dovuto rendersi conto che il suo approccio lo avrebbe costretto a registrare in quasi tutti i campi i progressi delle singole scienze in modo superficiale. Si può certamente essere d'accordo sul fatto che Stein sia stato l'ultimo grande rappresentante delle scienze dello Stato, e che egli sia riuscito a tenere insieme « ancora una volta, in un'unica prospettiva complessiva, i divergenti metodi della riflessione filosofica, storica, politica e sociologica, giuridica ed economica » (49). Tuttavia questa posizione non resiste alle esigenze metodologiche delle singole scienze dell'epoca, e tanto meno a quelle di oggi. La visione d'insieme proposta da Stein, se si osserva in modo più preciso, è piuttosto una sovrastruttura retorica che mette da parte le questioni più difficili. In ogni caso, notevole è il tentativo di Stein di dare una lettura complessiva e di tenere insieme in una prospettiva unitaria componenti tanto diverse. Tentativo, questo, che alla fine non può riuscire perché anche il fondamento filosofico che ne sta alla base non può pretendere di essere universalmente riconosciuto. Il fallimento di Stein a questo riguardo è esemplare. È l'ultimo tentativo di elaborare una concezione idealistica che fosse in grado di tenere insieme un sapere che stava invece ormai frammentandosi. Ed è in questo senso che proprio la resa incondizionata di Stein di fronte al diritto dell'epoca dell'industrializzazione, da una parte, e il suo ripiegare nella storia dell'educazio-

(49) E.R. HUBER, *Lorenz von Stein und die Grundlegung der Idee des Sozialstaats*, in ID., *Nationalstaat und Verfassungsstaat. Studien zur Geschichte der modernen Staatsidee*, 1965, 127.

ne europea, dall'altra, mostrano che questa concezione era andata in pezzi.

Ciò non significa però nel più assoluto dei modi che Stein non abbia avuto un'influenza sulla storia del diritto pubblico. Su questo punto quattro sono gli aspetti particolarmente significativi.

La sua *Verwaltungslehre*, in cui cercava di riunire ancora una volta le divergenti materie della scienza di polizia e del diritto amministrativo, svolse comunque una funzione che, almeno in Austria, ritardò il declino di quella prospettiva⁽⁵⁰⁾. Stein affermava che la scienza dell'amministrazione era una materia appartenente alle scienze dello Stato. Inoltre, egli fu consapevole del distacco semantico della disciplina rispetto alla vecchia scienza di polizia. Tuttavia, non rientravano nella sua prospettiva né la separazione della scienza dell'amministrazione dal diritto amministrativo, né l'evidente e inarrestabile sviluppo della prima in materie rilevanti per l'amministrazione ma non giuridiche⁽⁵¹⁾.

Maggior rilievo ebbe il convincimento di Stein dell'unitarietà sostanziale del diritto costituzionale e del diritto amministrativo, che si opponeva alla visione di una rigida separazione tra i due ambiti disciplinari. A quest'idea avevano già dato risalto altri autori, e in particolare Robert von Mohl, e quindi poteva essere considerata priva di novità. Ma si tratta di un'impressione ingannevole. Il richiamo all'unità tra costituzione e amministrazione era — nei rapporti costituzionali — un appello a esaminare accuratamente le capacità normative della costituzione e a proiettarle sul piano amministrativo. In questo modo era possibile conservare gli elementi politici dell'amministrazione, soprattutto l'idea della partecipazione comune alla maturazione di una volontà politica, in opposizione alla forte tendenza alla depoliticizzazione del diritto amministrativo dopo il 1848. Proprio questa depoliticizzazione, attraverso il « metodo giuridico », assicurava però un alto livello di scientificità, e per

⁽⁵⁰⁾ In merito a ciò K. WENGER, *Lorenz von Stein und die Entwicklung der Verwaltungswissenschaft in Österreich*, in SCHNUR (nt. 36), 488 ss.; W. BRAUNEDER, *Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850-1914*, in HEYEN (nt. 48), 249-283.

⁽⁵¹⁾ In merito a ciò vedi sotto IV.

questa ragione alla fine si affermò la rigida separazione sostenuta da Gerber.

Il pensiero di Stein assunse particolare importanza per la dogmatica del diritto amministrativo soprattutto per l'idea che le forme giuridiche proprie del diritto amministrativo devono corrispondere alla struttura del loro oggetto. Stein afferma che l'amministrazione « deve assorbire la portata di tutte le forze e di tutte le leggi che dominano la vita reale; essa *deve plasmare il diritto amministrativo a partire dall'essenza di ciò che si deve amministrare*; deve essere la scienza della vita statale in tutti i suoi mille fattori, forme ed elementi, per diventare, da semplice inventario di leggi amministrative, una scienza del diritto amministrativo » (52). Questa affermazione programmatica, durante il lungo sviluppo della dogmatica del diritto amministrativo, passò in secondo piano rispetto alla formazione di un canone di forme giuridiche separate « dall'essenza di ciò che si deve amministrare » e viste come universalmente utilizzabili. Il suo significato fu riscoperto solo più tardi, con l'appello all'inclusione nella dogmatica dei fini dell'amministrazione e con la discussione intorno a un nuovo orientamento teorico (53).

Infine, si può rilevare come grande importanza venne riconosciuta negli anni successivi alla concezione di Stein di una « monarchia sociale », che rientra nella concezione dello Stato sociale moderno. Alla base della dottrina di Stein vi sono alcune ipotesi fondamentali (indimostrabili sul piano empirico): principio della società è « l'interesse », principio dello Stato « l'idea ». Lo Stato, organismo dotato di « capacità di autodeterminazione, di volontà e di azione » (54), assoggetta la società e i suoi interessi agli « scopi realmente universali » (55). Esso supera in questo modo la mancanza

(52) *Gegenwart und Zukunft* (nt. 45), in FORSTHOFF, op. cit., 451.

(53) P. BADURA, *Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat*, 1966; O. BACHOF-W. BROHM, *Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung*, VVDStRL 30 (1972) 193 ss.; E. SCHMIDT-ARMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982; M. STOLLEIS, *Entwicklungslinien der verwaltungsrechtlichen Dogmatik im industriellen Zeitalter*, in « Bundeswehrverwaltung », 34 (1990) 152-156.

(54) HUBER (nt. 49), 129.

(55) L. STEIN, *System der Staatswissenschaft*, vol. II: *Die Gesellschaftslehre* (nt. 37), 30 ss.

di libertà che affligge la società e crea la base materiale della libertà personale. Questo, però, non avviene per necessità naturale, ma perché lo Stato assorbe le tensioni tra gli interessi sociali, bilanciandole in modo attivo tramite le riforme sociali.

Stein ripose le proprie speranze in una monarchia intesa come personificazione pura, libera da interessi, dell'idea di Stato. Soltanto una monarchia intesa a livello ideale, affiancata da funzionari e dall'esercito a sua disposizione, sembrava a Stein capace di adempiere alla richiesta di riforme sociali, vale a dire capace di rendere possibile per ogni lavoratore il possesso di capitale⁽⁵⁶⁾. La strada di un socialismo di Stato conservatore venne effettivamente battuta da Bismarck⁽⁵⁷⁾, e ha determinato fino ad oggi la variante tedesca dello Stato sociale europeo⁽⁵⁸⁾.

c) *H. Roesler.*

Una certa vicinanza alle tesi di Lorenz von Stein e un'affinità teorica con l'idea di un « diritto sociale » a base comunitaria (Otto Bähr, Otto Gierke) caratterizzano la riflessione di Hermann Roesler (1834-1894)⁽⁵⁹⁾. Il suo *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*

⁽⁵⁶⁾ HUBER (nt. 49); E.W. BÖCKENFÖRDE, *Lorenz von Stein als Theoretiker der Bewegung von Staat und Gesellschaft zum Sozialstaat, in Alteuropa und die moderne Gesellschaft. Festschr. f. O. Brunner*, 1963, 248-277; D. BLASIUS, *Lorenz von Steins Lehre vom Königtum der sozialen Reform und ihre verfassungspolitischen Grundlagen*, in « *Der Staat* », 10 (1971) 33-51; SUN-OK KUK, *Das Wesen der Sozialstaatsidee bei Lorenz von Stein*, 1978; K.-H. KÄSTNER, *Von der sozialen Frage über den sozialen Staat zum Sozialstaat*, in SCHNUR (nt. 36), 381-402.

⁽⁵⁷⁾ Mediatore delle idee di Stein nella cerchia di Bismarck fu il « socialista conservatore » Hermann Wagener (1815-1889), caporedattore della « *Neue Preußische Zeitung (Kreuzzeitung)* » e consigliere dell'ultimo periodo di governo nel ministero prussiano. A questo riguardo vedi H.J. SCHOEPS, *Hermann Wagener. Ein konservativer Sozialist*, in « *Zeitschr. f. Religion- und Geistesgeschichte* », 1956, 195 ss.; W. SAILLE, *Hermann Wagener und sein Verhältnis zu Bismarck*, 1958.

⁽⁵⁸⁾ M. STOLLEIS, *Die Sozialversicherung Bismarcks. Politisch-institutionelle Bedingungen ihrer Entstehung*, in H.F. ZACHER (a cura di), *Bedingungen für die Entstehung und Entwicklung von Sozialversicherung*, 1979, 387-411; G.A. RITTER, *Sozialversicherungen in Deutschland und England. Entstehung und Grundzüge im Vergleich*, 1983; ID., *Der Sozialstaat. Entstehung und Entwicklung im internationalen Vergleich*, 1989.

⁽⁵⁹⁾ H. KLENZ, in ADB, 53 (1907) 500 ss.; YASUZO SUZUKI, *Hermann Roesler und die japanische Verfassung*, in « *Monumenta Nipponica* », IV (1941) 53 ss.; A. RAUSCHER, *Die*

(1872-73), il primo ad avere questo titolo ⁽⁶⁰⁾, fu sicuramente un tentativo originale ⁽⁶¹⁾.

Il punto di partenza di Roesler era una differenziazione tra Stato e società, già presente in Mohl e Stein, in cui la auto-organizzazione sociale si presentava in certo qual modo come fondamento del tutto e si collocava a metà tra lo Stato e l'individuo. Sua diretta espressione è il « diritto amministrativo sociale », e dunque il diritto dei comuni e delle altre istituzioni di diritto pubblico. Al di sopra di esso si trova il cosiddetto diritto amministrativo politico (amministrazione finanziaria e militare), mentre sua terza manifestazione è il cosiddetto diritto amministrativo formale (diritto dell'organizzazione). Per rendere funzionale la disciplina, Roesler fa ricorso all'antica distinzione romanistica tra *res* e *personae*, integrandola con il diritto delle professioni e il "diritto del lavoro", e tentando quindi di instaurare un collegamento tra uno schema del diritto comune e due dei punti fondamentali del liberalismo economico degli anni settanta. Poiché le basi teoriche dell'opera non erano particolarmente chiare e la struttura della materia risultava poco convincente, la proposta di Roesler non trovò sostenitori. Ciò dipese anche dal fatto che Roesler, il quale aveva uno spiccato interesse teorico per temi politico-economici ⁽⁶²⁾, non intendeva affatto considerare gli elementi non giuridici come estranei alla propria concezione, volendo

soziale Rechtsidee und die Überwindung des wirtschaftlichen liberalen Denkens. Hermann Roesler und sein Beitrag zum Verständnis von Wirtschaft und Gesellschaft, 1969; J. SIEMES, *Die Gründung des modernen japanischen Staates und das deutsche Staatsrecht*, 1975; C.H. ULE, *Zu den Anfängen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Japan*, *Verwaltungsarchiv* 89 (1989) 303 ss.

⁽⁶⁰⁾ Ancora un decennio più tardi (1884) Edgar Loening dichiarò che chiamando il suo manuale *Deutsches Verwaltungsrecht* aveva seguito un uso linguistico che stava diventando corrente. *Recht der innere Verwaltung* era « strascicato », *Polizeirecht* non era più utilizzabile in senso proprio.

⁽⁶¹⁾ H. ROESLER, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, I. *Das soziale Verwaltungsrecht*, vol. I: *Einleitung, Personenrecht, Sachenrecht*, Erlangen 1872, vol. II *Berufsrecht, Erwerbsrecht*, Erlangen 1873.

⁽⁶²⁾ H. ROESLER, *Über die geschichtliche Entwicklung der volkswirtschaftlichen Ideen der neueren Zeit*, 1872; Id., *Ueber die Beziehungen zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft in Deutschland*, in *Hirth's Annalen* 1872, 509 ss. — *Die volkswirtschaftlichen Schriften Roesler*, in « Handwörterbuch der Staatswissenschaften », 4^a ed., vol. VII (1926), 111.

piuttosto trattare « sotto il nome di “diritto amministrativo sociale” la scienza giuridica e l'economia politica, il diritto privato e il diritto pubblico, l'amministrazione privata e l'amministrazione pubblica » (63). Questa impostazione contrastava con le due tendenze fondamentali della scienza giuridica dell'epoca: la separazione del diritto pubblico dal diritto privato, e la separazione delle materie giuridiche da quelle non giuridiche.

Roesler aveva aperto la propria trattazione esprimendo la convinzione, oggettivamente coerente e ottimistica, che non poteva essere messo in dubbio neppure per un istante che « il diritto amministrativo avrebbe avuto un grande futuro », e per questo motivo egli si impegnò affinché venisse accolto tra le materie d'insegnamento universitario: « Siamo arrivati a un punto in cui non si può più evitare l'allargamento della didattica e degli esami universitari al diritto amministrativo, e dunque l'istituzione di cattedre di diritto amministrativo nelle facoltà giuridiche. » (64), scrive Roesler, notando anche che « l'attuale letteratura scientifica dedicata al diritto amministrativo è scarsa e ne espone soltanto i rudimenti » (65). Tuttavia, la tendenza ancora dominante riguardo alla materia amministrativistica, che negli anni successivi si sarebbe effettivamente sempre più diffusa, impedì che il suo tentativo fosse coronato dal successo. I suoi critici furono spietati (66), tanto da arrivare a invitarlo a dedicarsi ad altre occupazioni. Il fatto che Roesler abbia successivamente imboccato un diverso percorso, che lo avrebbe condotto in Giappone, dipende sicuramente anche da queste esperienze negative (67).

(63) LOENING (nt. 16), 25.

(64) ROESLER (nt. 61), vol. I, XI ss.

(65) Op. cit., 64.

(66) W. LUSTKANDL, *Zur Lehre von Staat und Gesellschaft und ihrer Verwaltung*, in « Grünhuts Zeitschrift », 1 (1874) 584 ss.; K. FRHR. V. STENGEL, *Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechtes*, ZgStW 38 (1884) 221 (232 sg.); ID., *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Stuttgart 1886, 65: « da considerare assolutamente sbagliato »; H. ROSIN, in « Hirths Annalen », 1883, 310; LOENING (nt. 16), 25; O. V. SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrechts*, 1884, § 16; L. GUMPCOWICZ, *Verwaltungslehre*, Innsbruck 1882, 34; « completamente sbagliato ».

(67) Cfr. *supra* nt. 59 con ult. lett.

3. *La formazione di una « parte generale ».*

a) *Gli inizi.*

L'idea, oggi scontata, per la quale è possibile esprimere i tratti fondamentali di una specifica disciplina giuridica in una « parte generale », ispirata e formulata secondo i principî dello Stato di diritto, si è potuta affermare solo molto lentamente in riferimento al diritto amministrativo. Essa era infatti ostacolata dalla concezione, ritenuta per lungo tempo di assoluta evidenza, per la quale era opportuno e « naturale » che la materia amministrativa venisse strutturata in modo da rispecchiare l'articolazione per materie (secondo il cosiddetto *Ressortprinzip*). Una simile ripartizione, che si sviluppava a partire dalle finalità dell'amministrazione e dall'assegnazione delle relative competenze, offriva sicuramente alcuni vantaggi. Essa forniva un chiaro strumento di orientamento, associando una determinata organizzazione amministrativa al diritto materiale a essa pertinente. Ma essa presentava anche degli svantaggi, come la mancanza di scientificità, il carattere narrativo e la mancanza di elementi di collegamento direttamente riconoscibili. Essa non conferiva all'amministrazione alcuna « unità ».

Ancora intorno alla metà del secolo non si era dunque giunti a una puntuale definizione del concetto di « parte generale ». Nei testi dedicati al diritto pubblico si trovavano di quando in quando spunti e cenni sul tema, che andarono diffondendosi e consolidandosi fino a quando si poté tracciare un primo abbozzo di una « parte generale ». Il luogo tipico in cui simili idee venivano espresse, era il punto in cui l'autore si pronunciava su quale a suo avviso dovesse essere il rapporto tra diritto costituzionale (o della costituzione) e diritto amministrativo (o dell'amministrazione). Era quello il luogo in cui si poteva assumere una posizione riguardo alla separazione tra giustizia e amministrazione, al divieto di retroattività e alla lesione dei diritti acquisiti, all'obbligo di indennizzo in caso di esproprio, alla legalità dell'azione statale, al rapporto tra legge e regolamento e ad altri temi ancora. Esempi di questo genere, in cui il diritto dell'amministrazione viene considerato sotto la luce del diritto costituzionale, erano stati offerti da Romeo Maurenbrecher in *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* (1838), e da Heinrich Zoepfl in *Grundsätze*

des gemeinen deutschen Staatsrechts (1840). In entrambi i casi, però, l'esposizione si ferma ai rispettivi diritti territoriali, in quanto il diritto amministrativo era, per così dire alla radice, di competenza esclusiva del *Land* ⁽⁶⁸⁾. Uno dei primi testi che, pur conservando una linea espositiva tradizionale, si mosse in una nuova direzione, fu il manuale di diritto amministrativo bavarese pubblicato da Josef Pötzl (1856) ⁽⁶⁹⁾. I singoli principî certo non sono ancora sistematizzati, ma il materiale normativo, secondo una suddivisione che riflette il *Ressortprinzip* (giustizia, polizia, cura dello Stato, finanza, esercito), viene affrontato in connessione con i profili giuridici dell'organizzazione. Non si trova qui ancora una prospettiva dogmatica generale, tuttavia viene più volte sottolineato il bisogno di una « elaborazione scientifica del diritto amministrativo », intesa come isolamento del suo elemento propriamente giuridico ⁽⁷⁰⁾.

b) *F.F. Mayer.*

Il passaggio decisivo da un'organizzazione del materiale di diritto amministrativo secondo il *Ressortprinzip*, o addirittura secondo l'ordine alfabetico, alla formazione di una « parte generale » teorico-giuridica, è rappresentato dai *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens* pubblicati nel 1857 ⁽⁷¹⁾ da un grande esperto in amministrazione del Württemberg, Friedrich Franz (v.) Mayer (1816-1879). Quest'opera ebbe una seconda edizione pochi anni più tardi, in una forma arricchita e più approfondita ⁽⁷²⁾. Sebbene questi volumi abbiano avuto un'importanza storica fondamentale, il loro autore è rimasto fino ad oggi pressoché sconosciuto. Né le altre sue opere, né la sua biografia sono state studiate. Solo

⁽⁶⁸⁾ Cfr. *supra*, cap. 4, II, 1-13.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. *supra*, cap. 7, nt. 30.

⁽⁷⁰⁾ Allo stesso modo Pözl, in « *Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung* », 2 (1860) 472.

⁽⁷¹⁾ F.F. MAYER, *Grundzüge des Verwaltungs-Rechts und -Rechtsverfahrens*, Tübingen 1857.

⁽⁷²⁾ F.F. MAYER, *Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche Preußen, Baiern und Württemberg*, Tübingen 1862.

recentemente è stata fatta chiarezza ⁽⁷³⁾ ed è stata riconfermata la vecchia opinione secondo cui Mayer fu il « fondatore del metodo giuridico della trattazione della scienza amministrativa » ⁽⁷⁴⁾. Mayer raccolse materiale prussiano ⁽⁷⁵⁾, bavarese ⁽⁷⁶⁾ e del Württemberg, con l'ambizione « di riportare il particolare al generale, di assegnare a ogni singolo istituto che anima la vita del diritto il proprio posto, e collegando l'uno con l'altro alla luce dei massimi principî di riferimento » ⁽⁷⁷⁾. Egli mirava quindi alla creazione di un diritto amministrativo comune tedesco, e in questo si ispirò, da un lato, all'approccio e alle definizioni del « sistema del diritto privato tedesco » di Gerber, e, dall'altro, al diritto amministrativo francese a forte connotazione centralistica, e specialmente a quello di Gabriel Dufour ⁽⁷⁸⁾. Da Gerber, il quale all'epoca era professore a Tubinga, Mayer apprese l'importanza di separare rigorosamente gli elementi giuridici da quelli non giuridici, e di concentrare l'attenzione esclusivamente sulla parte giuridica. È in questo senso che Mayer considera « completamente sbagliata [...] l'usuale collocazione, sotto il nome di diritto amministrativo, di un misto di principî e istituzioni di diritto pubblico, penale, privato, amministrativo e di regole di buona economia » ⁽⁷⁹⁾.

Gerber, inoltre, offriva una prospettiva decisiva per il diritto amministrativo nel momento in cui « considerava il diritto non come

⁽⁷³⁾ TOSHIYUKI ISHIKAWA, *Friedrich Franz von Mayer als Begründer der sog. „juristischen Methode“ in der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1992, con prefazione di O. BACHOF-M. STOLLEIS.

⁽⁷⁴⁾ DENNEWITZ, 68; cfr. anche FEIST (nt. 3), 22 ss.

⁽⁷⁵⁾ Secondo la raccolta di SIMON-RÖNNE, *Verfassung und Verwaltung des preussischen Staats*, Breslau 1840-1852. Cfr. *supra* cap. IV nt. 300.

⁽⁷⁶⁾ Secondo la raccolta delle leggi bavaresi di DÖLLINGER-V. STRAUB, 1814-1852.

⁽⁷⁷⁾ *Grundsätze* (nt. 72), Vorwort, V.

⁽⁷⁸⁾ G. DUFOUR, *Traité de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, 2^a ed. 7 voll., Paris 1854-1857 (3^a ed. in 8 voll. 1871). Per gli altri manuali comunemente diffusi (L.F.D. LAFERRIÈRE, *Cours de droit public et administratif*, 2 voll. 5^a ed. Paris 1860, R. M.C. DARESTE, *La Justice administrative en France*, 1862; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique du droit public et administratif*, 7 voll., 1861-1868) cfr. P. LAVIGNE, *Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922*, in « Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique », 2 (1985), 125-134.

⁽⁷⁹⁾ *Grundsätze* (nt. 72), 48.

una tecnica della funzione di organizzazione sociale dello Stato, ma come determinazione delle sfere individuali di libertà nel diritto civile e come addomesticamento del potere dello Stato nel diritto pubblico »⁽⁸⁰⁾. In questo addomesticamento, le forme giuridiche erano decisamente importanti: soltanto lo Stato che agiva secondo forme giuridiche poteva essere uno Stato di diritto. Un agire senza il rispetto di forme giuridiche e orientato esclusivamente ai fini era tendenzialmente « arbitrario ». Si poteva al massimo tollerare laddove l'azione dello Stato non ledeva i diritti individuali, quindi nell'amministrazione del patrimonio dello Stato e nella « libera incidenza » dello Stato sui cittadini senza il ricorso a mezzi coattivi. Le maggiori fonti d'ispirazione di Friedrich Franz Mayer, e successivamente di Otto Mayer, per la creazione di un apparato concettuale fondato sulle forme giuridiche, furono riprese dal diritto amministrativo francese. In Dufour, per esempio, Mayer aveva intravisto modelli da seguire in questa prospettiva negli istituti degli atti amministrativi, nei diritti e doveri pubblici del cittadino, negli enti pubblici e in altre figure fondamentali.

L'applicazione di questi modelli al pluralismo amministrativo della Confederazione germanica era estremamente complessa. La suddivisione teorica proposta da Mayer rimane perciò provvisoria, priva di un riferimento al diritto dell'organizzazione statale, e si avverte chiaramente l'assenza di un vero canone di figure dogmatiche.

Mayer inizia col definire i concetti fondamentali dando particolare importanza alla separazione tra diritto costituzionale, diritto amministrativo e giurisdizione amministrativa. Inoltre, Mayer rifiuta un controllo dell'amministrazione da parte dei tribunali, perché in ciò egli vede sia il rischio di una diffidenza verso l'amministrazione sia il pericolo di un eccessivo individualismo⁽⁸¹⁾. Nel primo e lungo capitolo, egli affronta il tema dei « rapporti di diritto pubblico dei singoli verso lo Stato » (cittadinanza, diritto di voto, diritti e doveri d'ufficio, obblighi contributivi, limitazioni della libertà individuale per ragioni di polizia). In questo capitolo egli colloca anche, non senza una forzatura, il diritto dei beni pubblici, le istituzioni pub-

⁽⁸⁰⁾ P. BADURA, *Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates*, 1967, 52.

⁽⁸¹⁾ *Grundsätze* (nt. 72), 39 ss., nonché la pref. V.

bliche e l'accesso ad esse. Nel secondo capitolo, anch'esso di ampie proporzioni, viene esaminato il diritto degli organi pubblici, e in particolare vi si trova un'esposizione assai accurata (e condotta con metodo comparatistico) del « diritto municipale tedesco comune ». Il terzo capitolo tratta le questioni di rilevanza privatistica per il diritto amministrativo (misure di polizia, espropriazione, altri rapporti di diritto privato). Soltanto il quarto e ultimo capitolo contiene le « conclusioni generali e principî giuridici », e quindi la parte generale vera e propria. Se si mettono insieme le affermazioni contenute in questo capitolo con altre pubblicazioni di Mayer, il risultato è che lo « Stato » nella sua concezione è « organismo » e « persona giuridica »; esso da un lato è razionale rispetto allo scopo e liberale, perché i suoi fini sono limitati e perché l'individuo agisce all'interno di una « sfera giuridica » che deve rispettare; dall'altro, si tratta di uno « Stato etico », idealisticamente eccedente nel senso hegeliano ma ancor più nel senso di Stahl. Nel capitolo sono indicati gli elementi fondamentali della parte generale, e precisamente i principî di legalità dell'amministrazione, « i diritti pubblici »⁽⁸²⁾, la delimitazione del diritto pubblico e del diritto privato, il concetto di atto amministrativo⁽⁸³⁾, l'esercizio della discrezionalità e i suoi limiti, l'ente pubblico e il « concessionario di pubblico servizio ».

Friedrich Franz Mayer non ebbe da subito una effettiva influenza. Non insegnava all'università e non poté fondare una « scuola ». Non c'era nemmeno la possibilità che un docente universitario potesse basare il proprio corso su questo libro, non essendo ancora il diritto amministrativo materia ufficiale d'insegnamento⁽⁸⁴⁾. E può aver giocato un ruolo anche il fatto che, a partire dal 1862, a seguito della politica di Bismarck, l'attenzione dei giuspubblicisti si sia

⁽⁸²⁾ *Grundsätze* (nt. 72), 438 ss. con riferimento esplicito a C.F. v. GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen 1852.

⁽⁸³⁾ Con una definizione concettuale che coincide con quella successiva di Otto Mayer, ovvero una disposizione ufficiale, affidabile, analoga a una sentenza giudiziaria, su ciò che nel caso specifico può essere inteso come giuridico. Su questo tema cfr. ISHIKAWA (nt. 73).

⁽⁸⁴⁾ LOENING (nt. 16), 25 richiama anche l'attenzione sullo « stile assai poco scorrevole e difficile da comprendere », a causa dei quali Mayer era « responsabile » della scarsa considerazione del proprio lavoro.

rivolta integralmente alle vicende del diritto costituzionale. Così, questo tentativo di astrazione del diritto amministrativo arrivò troppo « presto » per essere considerato nella maniera che meritava.

c) *E. v. Meier.*

Tuttavia, pochi anni dopo, i tentativi di formulare una « parte generale » del diritto amministrativo comune ai vari *Länder* colsero i primi successi. Uno dei primi a dare un impulso in questa direzione fu Ernst von Meier (1832-1911), che lasciò l'amministrazione prussiana in virtù di una chiamata presso l'università di Halle ⁽⁸⁵⁾. Nel 1870 egli scrisse la voce « diritto amministrativo » per l'*Encyclopädie der Rechtswissenschaft* di Franz von Holtzendorff ⁽⁸⁶⁾, e su questa base iniziò a tenere lezioni di diritto amministrativo a partire dal 1871, dopo aver partecipato alla campagna militare in Francia. L'articolo apparso sull'enciclopedia di Holtzendorff era per sua natura un contributo di proporzioni limitate, ma offriva per la prima volta un contesto generale, storico e comparato della materia. Dopo alcune brevi definizioni dei concetti di legislazione e di amministrazione interna ed esterna, autonoma e statale, venivano presentate le regole comuni della materia speciale del diritto di polizia. Il punto centrale della trattazione era quindi il diritto dell'organizzazione amministrativa, che veniva esaminato anche sotto il profilo storico e comparatistico. La terza parte del testo era dedicata al controllo amministrativo in sede giurisdizionale. Meier non espone quindi una « parte generale », ma interpreta il tema in modo tale da poterlo declinare con riferimento a tutti i *Länder*, comparandone la disciplina negli Stati dell'Europa occidentale sia diacronicamente che sincronicamente. Il risultato era una piattaforma che si differenziava in modo sostanziale dalle precedenti esposizioni del diritto amministrativo territoriale, strutturate secondo l'articolazione per materie. Inoltre, Meier riuscì a introdurre nel discorso sul diritto ammini-

⁽⁸⁵⁾ J. RÜCKERT, in NDB, 16 (1990), 647-649.

⁽⁸⁶⁾ E. v. MEIER, *Das Verwaltungsrecht*, in F. v. HOLTZENDORFF, *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, München-Leipzig-Berlin 1870, 693-746 (2^a ed. 1873, 4^a ed. 1882, 6^a ed. 1904).

strativo una chiave di lettura liberale e « aperta sul mondo » fino ad allora sconosciuta (87).

d) *G. Meyer.*

Che negli anni si andassero moltiplicando le voci che invocavano un'elaborazione scientifica del diritto amministrativo, la sua introduzione ufficiale nel sistema universitario e una sua generale revisione, non dipese soltanto dalla sempre maggiore diffusione dei postulati teorici del « metodo giuridico », ma anche dal fatto che con la fondazione del *Reich* la fondamentale questione costituzionale aveva trovato un momento di pausa. Ai fini di una « fondazione interna del *Reich* » era adesso indispensabile la scienza dell'amministrazione, come ormai si chiamava la vecchia scienza di polizia. Esprime bene questo clima di trasformazione un trattato programmatico del 1875 (88), scritto dal giuspubblicista di Jena Georg Meyer (1841-1900) (89), in cui l'autore individua i punti deboli del diritto amministrativo. L'intento di Meyer era quello di separare sul piano metodologico la scienza dell'amministrazione dal diritto amministrativo. A suo avviso, la scienza dell'amministrazione era un settore disciplinare generale, che « si divideva » però metodologicamente in una disciplina propriamente giuridica e in una disciplina con finalità politiche (politica amministrativa). Quanto alla disciplina giuridica, Meyer concordava totalmente con Gerber nell'affermare che erano a suo avviso decisive « la trattazione in chiave giuridica e la costruzione scientifica degli istituti del diritto amministrativo ».

Meyer sviluppò questo programma teorico soprattutto nel suo *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts* (1883) (90), che fu pubblicato otto anni dopo il suo primo studio con l'intento di mediare tra il « metodo delle scienze dello Stato » e il « metodo giuridico ». La struttura dell'opera, in maniera non dissimile dai vecchi testi di scienza di polizia, richiama la suddivisione per materie: polizia di

(87) RÜCKERT (nt. 85), 648.

(88) G. MEYER, *Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland*, Jena 1875.

(89) Cap. VIII, nt. 220 ss.; DRÜLL, 179.

(90) 2 voll., Leipzig 1883, 1885, 2ª ed. 1893, 1894; dalla 3ª ed. München-Leipzig 1910 riel. da FRANZ DOCHOW, 4ª ed. 1913, 1915.

sicurezza, buoncostume, sanità, istruzione, questioni economiche, commercio, artigianato, ferrovie, poste e telegrafi, pesi e misure, credito e risparmio, prevenzione, vie e strade, costruzioni, acque e corsi navigabili, assicurazione sociale, amministrazione estera e amministrazione delle finanze. Si trattava di una sommatoria di parti distinte, in fondo scientificamente priva di pretese, che consentiva però « ai singoli settori amministrativi di venire trattati tenendo conto delle rispettive differenze materiali »⁽⁹¹⁾. A comune introduzione di questi specifici paragrafi Meyer colloca una parte dedicata alle « dottrine generali », vale a dire un quadro complessivo del tema, delle fonti e della bibliografia, dell'organizzazione amministrativa, della giurisdizione amministrativa e dei conflitti di competenza. Gli atti amministrativi, il nucleo centrale della parte generale, sono trattati in un solo paragrafo, sviluppato per punti⁽⁹²⁾, e allo stesso modo solo brevi paragrafi sono dedicati al procedimento amministrativo e all'andamento dell'amministrazione. Sia in questa breve « parte generale » che nella molto più ampia « parte speciale » Meyer sottolinea le questioni giuridiche; la prospettiva della scienza dell'amministrazione è quasi assente. Del « metodo delle scienze dello Stato » era rimasta, in fondo, soltanto la struttura.

Tuttavia, Meyer mantenne una certa diffidenza nei confronti della perentorietà del metodo giuridico. Egli era consapevole del fatto che l'amministrazione e il diritto amministrativo erano il prodotto di uno sviluppo storico e di una concretizzazione politica⁽⁹³⁾. Allo stesso tempo Meyer si opponeva a un'eccessiva astrazione delle questioni giuridiche al fine della creazione di una parte generale, in quanto era convinto che nell'applicazione del diritto l'elemento decisivo andasse trovato in una materia concreta.

Quando, poi, Georg Meyer poté confrontarsi con l'innovativa opera di Otto Mayer, entrambi ebbero occasione di riflettere ancora una volta sulla divergenza tra metodo delle scienze dello Stato e

⁽⁹¹⁾ G. MEYER, *Grundbegriffe, Wesen und Aufgabe der Verwaltungslehre*, in G. SCHÖNBERG (a cura di), *Handbuch der politischen Ökonomie*, 3 voll., 2^a ed. Tübingen 1885, 687 (prima ed. 1882).

⁽⁹²⁾ SCHÖNBERG (nt. 91), 4^a ed. 1913, § 11.

⁽⁹³⁾ MEYER (nt. 91), 687.

metodo giuridico. Otto Mayer commentò ⁽⁹⁴⁾ in modo approfondito la seconda edizione del manuale di Georg Meyer, e in cerca di un equilibrio scrisse che « entrambi gli approcci devono restare indipendenti l'uno dall'altro, come metodi parimente validi ». Georg Meyer, in accordo con Otto Mayer, affermò che « soltanto [...] la costruzione giuridica degli istituti di diritto amministrativo ha senza dubbio una propria legittimità. Non è tuttavia auspicabile che questo tipo di rappresentazione diventi l'unica dominante. Perciò, sarebbe un peccato se questa si rinchiudesse esclusivamente in discussioni giuridiche formalistiche e perdesse del tutto il contatto con la scienza dell'amministrazione » ⁽⁹⁵⁾. In sostanza, sembra che Meyer abbia voluto intendere questo « contatto » come segno della specialità dei singoli settori del diritto amministrativo.

e) *O. v. Sarwey.*

Un anno dopo l'uscita del primo volume del manuale di Meyer apparve una nuova, anche se rudimentale, parte generale per opera di Otto von Sarwey (1825-1900), sotto la forma di un « diritto amministrativo generale » ⁽⁹⁶⁾. Quest'opera rappresenta una tappa importante dello sviluppo teorico del diritto amministrativo, in quanto « riassume per la prima volta in maniera sistematica le dottrine generali, e superando le differenze tra i *Länder* diede inizio a un diritto amministrativo tedesco comune » ⁽⁹⁷⁾. Sarwey vi riprendeva una sua imponente opera del 1880, che a sua volta si basava su una serie di saggi scritti tra il 1871 e il 1877 ⁽⁹⁸⁾.

Se subito dopo la fondazione del *Reich* al centro dell'attenzione di Sarwey vi era stata la questione della giurisdizione amministrativa,

⁽⁹⁴⁾ O. MAYER, in AöR, 11 (1896) 157-160; cfr. anche « Verwaltungs-Archiv », 3 (1895), 384-396; « Verwaltungs-Archiv », 5 (1897), 182.

⁽⁹⁵⁾ Op. cit., (nt. 91), 197.

⁽⁹⁶⁾ O. v. SARWEY, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Freiburg-Tübingen 1884. Per la biografia di SARWEY *supra* cap. VII, nt. 67, 68.

⁽⁹⁷⁾ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts* I, 10^a ed. 1973, 51; cfr. anche DENNEWITZ, 144.

⁽⁹⁸⁾ O. v. SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen 1880; trad. it., *La giustizia nell'amministrazione e l'ordinamento burocratico*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, 2^a serie, vol. VIII, Torino 1902, 515 ss.

adesso egli poteva invece mettere l'accento sulla rappresentazione generale dei principî fondamentali del diritto amministrativo, sviluppata nel quadro dello Stato costituzionale di diritto. Secondo Sarwey l'amministrazione era un'attività dello Stato guidata da principî costituzionali nei settori degli affari esteri, della guerra, degli interni e delle finanze per la realizzazione degli interessi pubblici. Il diritto amministrativo non stabiliva i fini dell'amministrazione, ma limitava l'attività amministrativa verso l'esterno, aveva quindi soprattutto una funzione di tutela. Anche per questo motivo, dopo aver esposto i fondamenti, i concetti principali, i compiti e l'organizzazione dell'amministrazione interna, Sarwey tratta il « diritto amministrativo in senso stretto » insieme ai diritti fondamentali (*habeas corpus*, libertà personale, inviolabilità dei diritti patrimoniali). Il suo concetto di Stato di diritto sicuramente era formale, in quanto mirava al contenimento dell'arbitrio dello Stato di polizia per mezzo di vincoli giuridici, ma questo senza voler rendere più difficile la realizzazione del benessere generale, scopo di uno Stato inteso in senso comunitario.

Profondamente influenzato da Lorenz von Stein, di cui però non accoglieva le pagine più speculative, Sarwey creò un ponte tra il liberalismo tradizionale della Germania meridionale — nel suo caso in una variante senza dubbio conservatrice — e il « metodo giuridico ». Il risultato era un notevole ampliamento dei fini statali, in cui veniva però nuovamente sottolineata la connessione del diritto amministrativo con i diritti fondamentali. Per Sarwey la possibilità di un « vero » diritto amministrativo era indissolubilmente legata alla tutela dei diritti individuali: « La giustizia amministrativa presuppone un diritto amministrativo », e, viceversa, « non è pensabile che possa esistere un diritto amministrativo in senso stretto senza giurisdizione »⁽⁹⁹⁾.

f) *E. Loening.*

Contemporaneamente, ma in maniera indipendente da Sarwey, nel 1884 Edgar Loening (1843-1919)⁽¹⁰⁰⁾ pubblicò un manuale di

⁽⁹⁹⁾ SARWEY (nt. 98), 5, 81.

⁽¹⁰⁰⁾ Edgar Loening, nato nel 1843 a Parigi, figlio di un importante editore (Rütten & Loening), studiò filologia, storia e giurisprudenza a Heidelberg, Bonn, Berlino e

diritto amministrativo che sul piano dell'astrazione mantenne una posizione intermedia tra Georg Meyer e Sarwey. Per la sua delimitazione disciplinare e trasparenza esso fu accolto come un « grande progresso »⁽¹⁰¹⁾. Svincolata dal peso di molti argomenti di dettaglio⁽¹⁰²⁾ e, in larga misura, anche dalla prospettiva del *Ressortprinzip*, l'opera di Loening muove da una distinzione tra organizzazione amministrativa, amministrazione interna e giustizia amministrativa. La « parte generale », non ancora ben sviluppata, è collocata alla base dell'amministrazione interna, trattando tutti i rapporti propri dell'azione statale⁽¹⁰³⁾. L'amministrazione interna stessa viene poi, come nel modo consueto, strutturata secondo i diversi settori.

Per quanto Loening — che tra l'altro era un grande cultore della storia del diritto canonico — fosse lontano dal « metodo giuridico » puro, di questo egli apprezzava la capacità di mettere in evidenza i concetti fondamentali dei singoli istituti giuridici, prendendo le distanze dal metodo « narrativo ». Per questo motivo anche gli autori di orientamento costruttivista considerarono la sua opera come un « progresso », e lamentarono il fatto che non ne venisse pubblicata una nuova edizione⁽¹⁰⁴⁾.

La posizione di Loening risulta più chiara se la si confronta con

Lipsia. Dopo il dottorato (Leipzig 1867) e l'abilitazione alla libera docenza (Heidelberg 1868) entrò nel settore amministrativo dell'Alsazia e ottenne nel 1872 una cattedra a Strasburgo. Nel 1877 si trasferì a Dorpat, nel 1883 a Rostock, nel 1886 ad Halle, dove tenne corsi di diritto pubblico, amministrativo, ecclesiastico e internazionale. Dal 1888 al 1893 fu anche consigliere municipale ad Halle. Brevi informazioni biografiche in A. v. KIRCHENHEIM, in « Schmollers Jahrb. », VIII, 1884, 232. Suo fratello Richard Loening (1848-1913) insegnò diritto penale e procedura penale ad Heidelberg. Sua sorella Lili sposò Otto von Gierke. Cfr. CH. SCHWINGENSTEIN, in NDB, 15 (1987) 50 s. Per le comunicazioni dall'università e gli atti della facoltà di Halle ringrazio la Dr. L. Jelowik.

⁽¹⁰¹⁾ A. v. KIRCHENHEIM, in « Schmollers Jahrb. », VIII (1884), 232. Uno studio approfondito del libro di Loening lo ha fornito K. FRHR. v. STENGEL, in AöR, 1 (1886) 238-243, anche se Stengel notò soprattutto che la parte generale era troppo breve.

⁽¹⁰²⁾ E. LOENING, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig 1884; vi era incluso solo il diritto amministrativo del *Reich*, della Prussia, della Baviera, del Württemberg, della Sassonia, del Baden, dell'Assia e dell'Alsazia-Lorena.

⁽¹⁰³⁾ Op. cit., 225-258. Vengono trattati in modo particolare le disposizioni di polizia e i « regolamenti pubblici » (ordinanze, decreti), i contratti di diritto pubblico e i mezzi di coercizione.

⁽¹⁰⁴⁾ PH. ZORN, *Die Entwicklung der Staatsrecht-Wissenschaft seit 1866*, JöR, 1 (1907), 78.

la *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* di Otto Mayer (1886) ⁽¹⁰⁵⁾. Loening aveva proiettato le proprie riflessioni nel contesto del dibattito metodologico intorno al diritto pubblico fino a Laband, criticando chiaramente il realismo concettuale del metodo costruttivista, la sua « sopravvalutazione del valore scientifico dei concetti e delle definizioni » ⁽¹⁰⁶⁾ e la sua tendenza a ignorare la realtà amministrativa in virtù di una forma giuridica assolutizzata che escludeva la rilevanza dei fini statali.

In questa prospettiva, la posizione di Loening a proposito della riduzione del diritto amministrativo a mera forma giuridica operata da Otto Mayer, non poteva che essere negativa. Loening indica in maniera convincente a Mayer che l'esclusione del punto di vista delle finalità dell'azione statale impediva, per esempio, di distinguere l'azione sovrana dalle altre attività amministrative, oppure di definire le istituzioni di diritto pubblico attraverso il loro « scopo ». Loening sostenne in maniera assai aspra che Otto Mayer aveva presentato in modo distorto il diritto amministrativo praticato in Francia, esagerandone l'aspetto sistematico e il formalismo: « sedotto da quello che ritiene essere l'unico metodo giuridico, egli è giunto a esprimere concetti fantasiosi che nulla hanno a che vedere con gli istituti giuridici effettivamente esistenti » ⁽¹⁰⁷⁾. Su questo punto Laband si rivelò più lungimirante di Loening, quando mise in rilievo che nel volume dedicato al « diritto amministrativo francese » da Otto Mayer si trovava « un'acuta e fertile discussione intorno alla comprensione scientifica di quegli istituti, numericamente esigui ma ampi e ricchi di contenuto, che si ritrovano nei più diversi settori dell'amministrazione perché alle più diverse fattispecie possono essere applicati » ⁽¹⁰⁸⁾. Laband colse così un elemento che condivi-

⁽¹⁰⁵⁾ E. LOENING, *Die konstruktive Methode auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts*, in « Schmollers Jahrb. », 11 (1887) 117-145. Otto Mayer replicò in AöR, 3 (1888) 3-86, nt. 1, concludendo in modo pungente che, in realtà, non si tratta di una differenza metodologica, ma di un « contrasto di opinioni su una misura esatta, che si può accertare con un ragionamento astratto ».

⁽¹⁰⁶⁾ LOENING (nt. 105), 118.

⁽¹⁰⁷⁾ Op. cit. 135; posizione simile quella di LABAND, in AöR, 2 (1887) 149 s., che tuttavia dimostra tutto sommato un atteggiamento positivo verso l'opera.

⁽¹⁰⁸⁾ Op. cit., 151

deva, prevedendo in quale direzione il diritto amministrativo avrebbe compiuto il passo successivo.

g) *K. v. Stengel.*

La decisione a favore di uno di questi due diversi approcci non era ancora stata presa in modo definitivo. Vi era sì una netta riduzione dell'elemento storico-politico in tutti i lavori di diritto costituzionale e amministrativo, ma la maggior parte degli autori nella metà degli anni ottanta non voleva troncargli del tutto il collegamento con le premesse politiche del diritto costituzionale e con la scienza dell'amministrazione, intesa « politicamente » nel senso della politica dell'amministrazione. Georg Meyer si era espresso esplicitamente in questa direzione, così come Edgar Loening e Karl von Stengel. Quest'ultimo spiegò che il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione sarebbero stati « sempre uniti fino a un certo livello, compenetrandosi vicendevolmente, a seconda dell'aspetto cui si vuole dare più importanza, sia questo il lato giuridico oppure quello economico, sociale, tecnico e di polizia su cui vengono basate le singole norme giuridiche » (109).

Karl Frhr. v. Stengel (1840-1930) (110) fu il primo professore prussiano ad essere titolare di una cattedra dedicata al diritto amministrativo, dopo che tale materia era stata introdotta come corso ufficiale d'insegnamento (1881). Aveva scritto alcuni saggi sulla giurisdizione amministrativa (111) e in seguito, dopo aver redatto un contributo programmatico su *Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechts* (112), aveva pubblicato anche un manuale (113) che per la prima volta distingueva in maniera chiara una parte

(109) K. FRHR. V. STENDEL, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts*, Stuttgart 1886, 21.

(110) Informazioni biografiche in W. ZILS, *Geistiges und künstlerisches München in Selbstbiographien*, München 1913, 351. cfr. Anche *supra* cap. VII nt. 157.

(111) K. FRHR. V. STENDEL, *Der Uebergang der Verwaltungs-Rechtssprechung an die ordentlichen Gerichte*, in « (Hirths) Annalen », 1875, 1313-1380; *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Elsaß-Lothringen*, in « (Hirths) Annalen », 1876, 808-839, 897-930; *Die preußische Verwaltungsreform und die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, 1883

(112) K. FRHR. V. STENDEL, *Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechts*, ZgStW, 38 (1882), 220 ss.

generale e una parte speciale. Stengel provò in 459 pagine di piccolo formato a tenere tutto insieme, dai punti fondamentali agli aspetti di dettaglio. Inoltre, doveva misurarsi con il problema di mantenere un equilibrio tra il diritto amministrativo del *Land* e quello del *Reich* ⁽¹¹⁴⁾, tra l'astrazione e la dimensione concreta.

Stengel, da un lato, trasse profitto dalle sistematizzazioni di Loening e Sarwey, mentre dall'altro evitò la minuziosità che contraddistingueva l'opera di Georg Meyer. Egli muove da un'ampia « introduzione » (distinzione del diritto amministrativo dalle altre discipline giuridiche e dalla scienza dell'amministrazione, fonti del diritto, diritti pubblici soggettivi, diritto dei beni pubblici), passando poi a una parte generale (organizzazione dell'amministrazione statale e autonoma, costituzione degli uffici, forme dell'azione amministrativa — ordinanze di polizia, provvedimenti, contratti, ispezioni, interrogatori etc. —, procedimento amministrativo, sanzioni, controllo giudiziario e altri controlli dell'amministrazione).

La parte speciale, che comprendeva tutti gli altri singoli settori dell'amministrazione, incluso il diritto delle assicurazioni sociali e l'assistenza ai poveri, era ormai ridotto a poco più di un terzo della dimensione totale del testo. Stengel si limitò a rapide indicazioni, completandole nelle note a piè di pagina con la segnalazione della bibliografia più importante. Nel testo è pertanto del tutto evidente uno spostamento dell'attenzione sulla « parte generale ».

⁽¹¹³⁾ Da evidenziare sono inoltre: *Die Organisation der preußischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen*, Leipzig 1884; *Deutsches Kolonialstaatsrecht*, in « (Hirths) Annalen » 1887, 309-397 (riel. sotto il titolo di *Die deutschen Schutzgebiete, ihre rechtliche Stellung, Verfassung und Verwaltung*, München 1889, 3^a ed. 1895); *Deutsche Kolonialpolitik*, Berlin 1900 (2^a ed. 1907) così come il famoso *Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, 5 voll. 1890-1897, più tardi STENGEL-FLEISCHMANN (a cura di), *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 3 voll. 2^a ed. Tübingen 1922-24.

⁽¹¹⁴⁾ *Lehrbuch*, 23: « È stata scelta una via intermedia, simile a quella frequente nei manuali di diritto privato tedesco, spiegando i principî giuridici fondamentali che sono stati sviluppati nelle diverse istituzioni amministrative tedesche. Ovviamente si tiene conto in prima battuta del diritto amministrativo degli Stati più grandi ».

4. *Otto Mayer e il compimento dell'elaborazione della « parte generale ».*

Due anni dopo la pubblicazione del libro di Stengel, nel 1888, il penalista di Lipsia Karl Binding (1841-1920) ⁽¹¹⁵⁾, in veste di curatore di un manuale sistematico della scienza giuridica tedesca, incaricò il professore di Strasburgo Otto Mayer (1846-1924) ⁽¹¹⁶⁾ di redigerne la parte dedicata al diritto amministrativo. Mayer, il cui approccio aveva già trovato chiara espressione nella *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (1886) e in altri lavori, non ultime le sue recensioni ⁽¹¹⁷⁾, ne presentò il risultato tra il 1895 e il 1896 ⁽¹¹⁸⁾. Con ciò egli diventò, come universalmente riconosciuto, « il vero creatore e l'autore di riferimento del moderno metodo giuridico del diritto amministrativo » ⁽¹¹⁹⁾, parallelamente a Vittorio Emanuele Orlando in Italia ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁵⁾ D. WESTPHALEN, *Karl Binding (1841-1920). Materialien zur Biographie eines Strafrechtsgelehrten*, 1989.

⁽¹¹⁶⁾ Sulla vita cfr. soprattutto l'autobiografia in H. PLANITZ, *Die Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, 1924, 153-176. D'ora in poi di importanza fondamentale è E.V. HEYEN, *Otto Mayer, Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981; ID., *Otto Mayer*, in NDB, 16 (1990) 550-552; M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1983, 600; A. HUEBER, *Otto Mayer. Die „juristische Methode“ im Verwaltungsrecht*, 1981; ID., *Otto Mayer*, in HRG, III (1984) 402-450 con ulter. lett.

⁽¹¹⁷⁾ Lista in HEYEN (nt. 116), 210 ss.; HUEBER (nt. 116) Anhang. — E.V. HEYEN, nella prefazione a O. MAYER, *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, vol. I, 1981, afferma in modo appropriato che le recensioni consentono « grazie alla loro vivacità e freschezza di gettare uno sguardo nel laboratorio scientifico di Mayer, in cui non appare ancora tutto chiaro e ordinato come nel suo manuale ».

⁽¹¹⁸⁾ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2 voll., München-Leipzig 1895-96; 2^a ed. 1914-17; 3^a ed. 1924. Una traduzione francese effettuata dallo stesso Mayer e parzialmente rivista venne pubblicata col titolo *Le droit administratif allemand*, voll. I-IV, Paris 1903-06.

⁽¹¹⁹⁾ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 10^a ed. 1973, 51; W. MEYER-HESEMANN, *Die paradigmatische Bedeutung Otto Mayers für die Entwicklung der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft*, in *Rechtstheorie* 13 (1982) 496-502.

⁽¹²⁰⁾ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, Palermo 1891 (5^a ed. 1921); ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano 1897. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo* (1940), in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), 179-274; G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Bologna 1981; M. FIORAVANTI, *La scienza italiana di diritto pubblico del dicianno-*

Otto Mayer nacque nel 1846 a Fürth e studiò a partire dal 1864 ad Erlangen. Nel 1869 scrisse la tesi di dottorato su un tema classico del diritto romano, la dottrina della *iusta causa* nella *traditio* e l'usucapione. In seguito, dal 1872 al 1881 fu avvocato a Mühlhausen in Alsazia, e nel 1881 conseguì la libera docenza sul tema della *concurrance déloyale*. Divenuto a Strasburgo professore straordinario nel 1882 e poi ordinario nel 1887, iniziò a occuparsi di diritto civile francese, diritto privato internazionale, dottrina generale dello Stato e diritto amministrativo. Inizialmente egli era quindi fondamentalmente un civilista, come Gerber e Laband. Dopo essere stato rettore dell'università di Strasburgo (1902), Mayer andò a Lipsia, che nel frattempo era diventata un punto di riferimento per il diritto amministrativo. Mayer ricoprì diversi incarichi nell'amministrazione comunale e nella comunità evangelica ⁽¹²¹⁾, si dedicò alla letteratura (sotto lo pseudonimo di Eduard Dupré) e fu un perspicace e arguto docente universitario, come dimostra anche il suo caratteristico stile.

Il *Deutsches Verwaltungsrecht* degli anni 1895-96 concluse in modo decisivo il processo di costruzione di una « parte generale », di cui abbiamo osservato le diverse tappe, e « costruì », similmente a ciò che aveva fatto Laband per lo *Staatsrecht* vent'anni prima, una dogmatica del diritto amministrativo. La « differenza specifica », la « riflessione puramente giuridica » del diritto amministrativo, vengono espresse da Mayer in apertura dell'opera ⁽¹²²⁾. Si trattava del compimento dell'ipotesi, ormai da tempo formulata, della « trattazione in chiave giuridica e costruzione scientifica degli istituti del diritto amministrativo » ⁽¹²³⁾. Lo stesso Otto Mayer scrisse nel 1888: « Se la scienza del diritto amministrativo, considerata come disciplina giuridica a tutti gli effetti, deve essere messa accanto alle più anziane consorelle, allora occorre anche che vi sia un sistema di

vesimo secolo: bilancio della ricerca storiografica, in «Jus Commune», 10 (1983), 201-243.

⁽¹²¹⁾ E.V. HEYEN, *Die Verwaltungspraxis Otto Mayers in Straßburg und Leipzig, Kommunalpolitik auf dem Wege vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat*, in «Verwaltungsarchiv», 71 (1980), 44 ss.

⁽¹²²⁾ G. MEYER, *Grundbegriffe, Wesen und Aufgabe der Verwaltungslehre*, in SCHÖNBERG (a cura di), *Handbuch der Politischen Ökonomie*, 4^a ed. vol. 3, II, 197. Cfr. anche G. JELLINEK, *VerwArch* 5 (1897), 305.

⁽¹²³⁾ MEYER (nt. 89).

istituti giuridici propri del diritto dell'amministrazione statale»; in verità, tra questi egli individuava l'unica figura davvero « propria » al diritto amministrativo nel comando autoritativo rivolto ai « sudditi » (124).

Quello che Mayer presentava nel *Deutsches Verwaltungsrecht* era un ampio « sistema » delle forme dell'azione pubblica in ambito autoritativo. Grazie al dono di saper affrontare i temi più difficili in maniera lineare e di esprimersi in modo elegante e senza esitazioni, Mayer perseguì il proprio obiettivo innanzitutto tracciando chiare distinzioni tra i diversi ambiti disciplinari. Il diritto amministrativo era per lui esclusivamente diritto pubblico, e questo a sua volta era il sovrano diritto « dello Stato di agire per conseguire i propri scopi » (125). La dogmatica del diritto amministrativo si limitava perciò alla delimitazione degli istituti giuridici tipici del diritto amministrativo, le « modalità definitive e immutabili del manifestarsi del potere pubblico » (126). In questo compito egli fu sostenuto, come lui stesso dice, dalla « fede nella potenza delle idee giuridiche generali, che si manifestano e si sviluppano nella molteplicità del diritto effettivo ma contemporaneamente si trasformano e sviluppano a loro volta nel divenire della storia. Per quanto mi riguarda, ciò forse è legato alla filosofia del diritto hegeliana, o forse anche a qualcosa che non ha a che vedere con il diritto, ma deve essere stato qualcosa di davvero potente per indurmi a rischiare di dedicarmi a tali idee anche nel dissestato e incompleto diritto amministrativo tedesco, per poterle, infine, mettere in evidenza ed esporre » (127). Quest'opera viene consapevolmente avvertita come lavoro fondativo: « lo stato incompleto della nostra scienza del diritto amministrativo », ripete spesso Mayer (128), « comporta specifiche difficoltà: si deve sempre iniziare daccapo con una “revisione dei concetti fondamentali” ».

Ricostruire il percorso metodologico scelto da Mayer è difficile,

(124) MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, in AöR, 3 (1888) 3.

(125) MAYER, (nt. 118), 2^a ed. vol. I, 3. cfr. HEYEN (nt. 116), § 9.

(126) MAYER (nt. 118), 2^a ed. vol. I, 135 (3^a ed. vol. I, 114).

(127) MAYER, Op. cit., Prefazione alla 2^a ed. del 1914, VIII.

(128) Discussione di H. ROSIN, in AöR, 1 (1886) 717.

soprattutto perché lui stesso tende a cancellarne le tracce ⁽¹²⁹⁾. Non ci si può affidare alla sua auto-definizione quale “hegeliano”, per non dire del senso inafferrabile di tale etichetta ⁽¹³⁰⁾. È chiaro soltanto che sullo sfondo vi è una visione di « concetti », « istituti » e « idee » permeata almeno frammentariamente dalla filosofia idealistica tedesca. In ogni caso, la loro elaborazione giuridica si serve del diffuso modo in cui il termine « idea » designa il livello d'astrazione immediatamente superiore al diritto positivo. I « concetti » che vengono introdotti — pur essendo costruzioni teoriche prive di un proprio fondamento di validità — devono mostrarsi come validi. La filosofia idealistica offriva la possibilità di un collegamento tra la validità e l'invalidità dei concetti in quanto sembrava essere in grado di spiegare il concetto come una eterogenea realtà immanente. Così, in un certo senso, dietro a tutti i concreti comandi dello Stato rivolti ai cittadini sottostava il « concetto » di atto amministrativo, che successivamente, una volta messo in luce, poteva rivendicare la propria validità giuridica.

Ma fondamentali nella riflessione di Otto Mayer sono anche altri elementi: il suo punto di vista eminentemente pratico, che cercava un confronto continuo con i bisogni di un'amministrazione che fosse nel contempo espressione dello Stato di diritto ed effettiva ⁽¹³¹⁾, e una profonda confidenza con il diritto amministrativo francese e con il diritto civile tedesco e francese, le cui concettualizzazioni egli usò e modificò senza esitazioni. In questa prospettiva, Mayer non aveva una mente tanto speculativa quanto, piuttosto, costruttiva. Si cimentò con il diritto positivo e vi rintracciò l'elemento giuridico costruttivo.

Il punto focale della sua riduzione del diritto amministrativo a forme giuridiche, « in cui, tra i soggetti giuridici che esamina, il potere della volontà appare conforme al diritto oggettivo » ⁽¹³²⁾, è lo

⁽¹²⁹⁾ In merito a ciò in part. HEYEN (nt. 16), § 13.

⁽¹³⁰⁾ E.V. HEYEN, *Positivistische Staatsrechtslehre und politische Philosophie. Zur philosophische Bildung Otto Mayers*, in «Quaderni fiorentini», 8 (1979), 275-305; HUEBER (nt. 116), 160 ss.

⁽¹³¹⁾ Cfr. nt. 121.

⁽¹³²⁾ LABAND, in AöR, 2 (1887) 149-162, *Besprechung von O. Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886.

Stato costituzionale di diritto. Esso si collega alla legge generale nel momento in cui adotta decisioni che sono espressione della sovranità, e accetta il controllo dell'applicazione della legge nel caso specifico da parte di giudici indipendenti: « Stato di diritto significa che l'amministrazione fa proprie le forme giuridiche del potere giudiziario (*Justizförmigkeit der Verwaltung*) » (133). Se il diritto amministrativo è connotato da una chiara concettualizzazione e da un impianto sistematico, allora i diversi provvedimenti espressione della sovranità possono trovare una sistemazione formale, e lo stesso vale anche per la questione riguardante la possibilità di un loro controllo in sede giurisdizionale. Soltanto concetti solidi — questa era la convinzione tipica dei tempi di Otto Mayer — possono creare « la ferrea uniformità su cui si basa quella benedizione per la collettività che è il diritto » (134).

Il nucleo essenziale di questa concezione è l'atto amministrativo, un termine che viene definito da Otto Mayer come « la pronuncia autoritativa espressione dell'amministrazione che determina per il suddito, nel caso specifico, ciò che per lui è diritto » (135). Di per sé non si trattava di niente di nuovo, in quanto già Friedrich Franz von Mayer e altri avevano utilizzato definizioni simili (136), pur facendo ricorso di solito all'espressione « provvedimento autoritativo ». Ma Otto Mayer accentuò in modo più chiaro l'effetto nei confronti del « suddito ». Quest'ultimo è un cittadino assoggettato al potere, il quale deve obbedire per prima cosa alla pronuncia dell'autorità, anche se questa è illegittima. Equiparando tale pronuncia a una sentenza giudiziaria, Otto Mayer offrì anche un chiaro punto di

(133) MAYER (nt. 118), 2^a ed. vol. I, 64.

(134) O. MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit im öffentlichen Recht* (1908), in ID., (a cura di E.V. HEYEN), *Kleine Schriften zum öffentlichen Recht*, vol. I, 1981, 284.

(135) MAYER (nt. 118), 2^a ed. I, 95.

(136) Su F.F. MAYER cfr. *supra* nt. 83; G. MEYER, *Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts* (1883), § 11; E. LOENING (nt. 102), 240: « i provvedimenti... sono atti pubblici unilaterali, attraverso i quali lo Stato, secondo quanto stabilito dalla forza giuridica riconosciutagli del suo potere di controllo, produce determinati effetti giuridici »; allo stesso modo v. STENGEL (nt. 109) e E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verfassungsrechtliche Studien*, Wien 1886, discusso in modo critico da O. MAYER, in AöR, 1 (1886) 720-725.

partenza per inquadrare formalmente l'impugnazione in sede giurisdizionale degli atti amministrativi.

Mayer modella in modo analogo il « rapporto di sudditanza speciale »⁽¹³⁷⁾ che era stato introdotto da Laband, la « proprietà pubblica »⁽¹³⁸⁾, l'uso comune (*Gemeingebrauch*) e l'uso speciale (*Sondernutzung*)⁽¹³⁹⁾, la differenziazione tra imposta, tassa e tributo⁽¹⁴⁰⁾, e in particolare l'*Anstalt*⁽¹⁴¹⁾. Pur facendo ricorso a una terminologia già in uso, Mayer caratterizza i diversi concetti in modo più chiaro, evidenziandone l'elemento formale e omettendone le finalità⁽¹⁴²⁾. Il suo approccio, come è stato correttamente osservato, non è altro « che la prospettiva dello Stato di diritto borghese applicata alla teoria del diritto amministrativo. Poiché la concezione del diritto razionale liberale era formale, il metodo scientifico che si rifaceva ad esso doveva essere a sua volta formalistico e non teleologico »⁽¹⁴³⁾.

Quindi, in questo processo di ridefinizione del diritto amministrativo, è riconoscibile non una mancanza di riflessione, ma una consapevole riduzione prospettica volta a farne emergere il nucleo propriamente giuridico. La riduzione del diritto amministrativo « al diritto proprio dei rapporti tra lo Stato che amministra e i sudditi che in esso si imbattono »⁽¹⁴⁴⁾ ebbe un duplice effetto. Per prima cosa, l'accento sull'elemento autoritativo ebbe una forte ripercussione sull'amministrazione di prestazione, che già trascendeva il livello comunale, con un danno conoscitivo che non fu compensato nemmeno dall'emersione della figura dell'*Anstalt*. In secondo lu-

⁽¹³⁷⁾ MAYER (nt. 118), I, 104. Cfr. in merito W. LOSCHOLDER, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichrechtlichen Sonderbindung*, 1982, 7 s. Con accurati riferimenti, così come sotto nt. 182-184.

⁽¹³⁸⁾ MAYER (nt. 118) II, 71 ss.; ID., *Neues vom öffentlichen Eigentum*, in AöR, 39 (1920) 77-95 con un'ulteriore difesa originale dell'istituto.

⁽¹³⁹⁾ MAYER (nt. 118) II, 137 ss., 180 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Codificata nella *Reichsabgabeordnung* del 1919.

⁽¹⁴¹⁾ MAYER (nt. 118) II, 468 ss., 598 ss. cfr. sotto nt. 206 ss.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. anche la discussione del volume di H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg 1886, in O. MAYER, in AöR, 1 (1886), 719.

⁽¹⁴³⁾ P. BADURA, *Verwaltungsrecht* (nt. 80), 56; A questo riguardo anche W. MEYER-HESEMANN, *Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 1981, 32 ss.

⁽¹⁴⁴⁾ MAYER (nt. 118), 3^a ed., I, 14.

go, con la giuridicizzazione dell'azione autoritativa si arrivò alla tanto temuta rottura del collegamento con le scienze dello Stato, e in particolare con la scienza dell'amministrazione. Questo secondo effetto diede spesso da pensare a Otto Mayer, che più di una volta venne spinto a sottolineare anche il valore proprio di queste discipline.

5. *Lo sviluppo fino al 1914.*

Il dibattito dottrinale che si aprì subito dopo la sua pubblicazione riconobbe lo straordinario significato dell'opera di Otto Mayer⁽¹⁴⁵⁾. Occasionali critiche di stampo nazionalistico, per le quali egli aveva preso troppe idee in prestito dal *droit administratif* del « nemico storico », non ebbero molta risonanza⁽¹⁴⁶⁾. Le ultime resistenze al consolidamento del diritto amministrativo come autonoma disciplina « scientifica » caddero, anche in autori di spicco come Laband, che soltanto nel 1887 aveva ancora sostenuto che « non esistono principî giuridici propri, specifici, del diritto amministrativo »⁽¹⁴⁷⁾. Lo stesso Mayer constatò nella terza edizione del suo lavoro il successo dei propri sforzi, e i suoi colleghi concordarono sul fatto che si trattasse di un caso davvero eccezionale⁽¹⁴⁸⁾. « Raramente una scienza è stata influenzata in maniera così profonda e significativa come il diritto amministrativo dal *Deutsches Verwaltungsrecht* di Otto Mayer nel 1895-6 », scrisse Erich Kaufmann, per poi rimproverare però radicalmente l'astrazione e la giuridicizzazione di carattere civilistico che imperavano ormai a partire da Gerber — privi di una riflessione sulle opzioni che stavano alla base del « giuridico » —, ricordando la « scienza dell'amministrazione che

⁽¹⁴⁵⁾ H. REHM, in *AöR*, 12 (1897), 590-595; G. JELLINEK, in *VerwArch*. 5 (1897), 304-314; M. V. SEYDEL, *KrVjschr* 38 (1896), 262-272; sulla 2ª ed. per esempio O. BÜHLER, *Otto Mayers Deutsches Verwaltungsrecht*, in *VerwArch* 27 (1917), 283 ss. complete dimostrazioni in HUEBER (nt. 116), 187 s.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. E. V. HEYEN, *Otto Mayer, Frankreich und das Deutsche Reich*, in « *Der Staat* », 19 (1980) 444-460.

⁽¹⁴⁷⁾ LABAND (nt. 132), 156; Id., *Staatsrecht*, vol. II, prima ed., 205 ss.; vol. I, seconda ed. (1888), 684.

⁽¹⁴⁸⁾ MAYER (nt. 189), 3ª ed., § 11 *zum Wandel der Rechtsprechung des Reichsgerichts*. Cfr. BÜHLER (nt. 145), 293; E. KAUFMANN, *Otto Mayer*, in *VerwArch* 30 (1922), 381; H. TRIEPEL, in *DJZ* 1925, 125.

oggi a torto viene così spesso dileggiata », così come la « ricerca storica » (149). Tuttavia, moniti di questo genere non ebbero conseguenze; in realtà essi non toccavano il principio secondo cui ciò che conta è la forma giuridica, e anche se l'approccio teleologico guadagnò a poco a poco terreno, questo avvenne senza che ci si accorgesse con chiarezza dell'incoerenza.

In ogni caso, nel periodo compreso tra il 1900 e la prima Guerra mondiale, Otto Mayer fu considerato un'autorità indiscussa. Lo « straordinario significato del diritto amministrativo di Mayer » parve « superiore a qualsiasi dubbio » (150). Mayer influenzò le opere di diritto amministrativo di Fritz Fleiner, Karl Kormann, Paul Schoen, Gerhard Anschütz, Walter Jellinek, Richard Thoma, Ottmar Bühler, Otto Koellreutter, nonché dello svedese Carl-Axel Reterskjöld (1870-1944) (151) e dell'austriaco Ludwig Spiegel. Fritz Fleiner, che nel 1905 aveva pubblicato un breve trattato dal titolo *Grundriß zu Vorlesungen über Verwaltungsrecht* (152), nel 1906 espresse la propria percezione dell'evoluzione della disciplina in un modo che ancora una volta sintetizzava la consapevolezza della superiorità della nuova materia: « da insegnamento miscelaneo, che riuniva disordinatamente storia, politica ed economia politica, la scienza del diritto amministrativo tedesco è assunta alla dignità di disciplina giuridica, che con lo stesso metodo rigorosamente giuridico che rese grande la scienza del diritto civile, si è assunta l'onere

(149) E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in v. STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2ª ed., vol. 3 (1914), 717 s.

(150) L. SPIEGEL, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft. Beiträge zur Systematik und Methodik der Rechtswissenschaften*, Leipzig 1909, VII.

(151) STIG JÄGERSKJÖLD, *Public Law and Administrative Law*, in *Faculty of Law at Uppsala University*, Uppsala 1976, 165-178, descrive l'inizio delle lezioni di diritto amministrativo a partire dal 1891; i primi titolari di cattedra avevano entrambi studiato a Strasburgo (Hugo Blomberg, 1850-1909; C.-A. Reuterskjöld, 1870-1944), e furono seguiti da Halvar G.F. Sundberg (1894-1972), che dal 1962 venne seguito a sua volta da Stig Jägerskjöld.

(152) F. FLEINER, *Grundriß zu Vorlesungen über Verwaltungsrecht*, Tübingen 1905; subito dopo C. BORNHAK, *Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reiche*, Leipzig 1906, 4ª ed. 1912; 8ª ed. 1925.

di conquistare i principî giuridici che guidano le relazioni dell'amministrazione pubblica » (153).

Fritz Fleiner (1867-1937) nacque ad Aarau, dal 1887 studiò a Zurigo con Gustav Vogt, poi a Lipsia e a Berlino, dove fu premiato per il suo scritto *Obligatorische Zivilehe und katholische Kirche* (154). Fleiner utilizzò questo lavoro come base della sua tesi di dottorato (1890), e anche per l'abilitazione alla libera docenza, svolta sul diritto matrimoniale tridentino, rimase nell'ambito del diritto ecclesiastico (1892). Il suo percorso accademico lo condusse a Basilea (1897), Tubinga (1906), Heidelberg (1908) (155) e infine di nuovo a Zurigo (1915-1936) (156).

Nel 1911 pubblicò le sue *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts* (157), il cui titolo già alludeva all'intenzione di ricondurre il vasto materiale normativo e giurisprudenziale trattato nel volume alle linee fondamentali, che cercava di evidenziare, del diritto amministrativo del *Land* e del *Reich*. Cosa che gli riuscì in larga misura, fruttando a Fleiner un elogio per il quale egli aveva scritto « il miglior manuale di diritto amministrativo tedesco fino ad oggi » (158). In Svizzera ebbe per decenni « quasi forza di legge » (159). In effetti, il libro è stilisticamente magistrale e strutturato in modo chiaro. La parte generale contiene i punti centrali (concetti fondamentali, soggetti dell'amministrazione pubblica, rapporti tra amministrazione pubblica e cittadino, tutela in sede giurisdizionale),

(153) F. FLEINER, *Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht*, Tübingen 1906, 8.

(154) Berlin, 1889.

(155) DRÜLL, 70.

(156) Note biografiche e bibliografiche in Z. GIACOMETTI, *Fritz Fleiner. 24 Januar 1867-26. Oktober 1937*, in « Schweizer. Juristen-Zeitung », 34 (1937) 145-149; A. IM HOF, *Zum Andenken an Fritz Fleiner*, in « Zeitschr. F. Schweizer. Recht », NF 57 (1938); ID., *Fritz Fleiner*, in H. SCHULTHEIS, *Schweizer Juristen d. letzten hundert Jahre*, Zürich 1945; DENNEWITZ, 164; MEYER-HESEMANN (nt. 143), 53 ss.

(157) F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen 1911, 3^a ed. Tübingen 1913 4^a ed. 1919, 5^a ed. 1920, sesta - 7^a ed. 1922, 8^a ed. 1928 (rist. 1963; traduzioni in francese, spagnolo, greco e giapponese).

(158) F. STIER-SOMLO, in AöR, 29 (1912) 494 (500); Cfr. anche M. SCHULZENSTEIN, *VerwArch* 20 (1912), 273 ss.

(159) A. KÖLZ, *Von der Herkunft des schweizerischen Verwaltungsrechts*, in *Im Dienst an der Gemeinschaft. Festschr. f. D. Schindler*, 1989, 597-616 (607).

mentre la parte speciale si orienta da un lato alle prestazioni dell'amministrazione (diritto delle *Anstalten*), dall'altro ai doveri di diritto amministrativo del cittadino. Ciò che ancora oggi rende questo libro affascinante è la sua attenzione per i punti essenziali, il suo continuo atteggiamento liberale, la puntuale considerazione della tutela in sede giurisdizionale del cittadino, nonché l'accortezza con cui la concettualità di Otto Mayer viene alleggerita e modernizzata⁽¹⁶⁰⁾. E non va dimenticata certo la democratica e pragmatica impostazione svizzera⁽¹⁶¹⁾, che fece sì che il libro risultasse così positivo rispetto, per esempio, al contemporaneo compendio di Bornhak⁽¹⁶²⁾.

Il ventennio che precedette la prima Guerra mondiale fu caratterizzato dal consolidamento del diritto amministrativo. L'idea dello Stato di diritto era ormai così radicata e considerata base naturale del diritto amministrativo che nel 1910 si poté parlare perfino di un « superamento » dell'individualismo che ne era il fondamento attraverso « le forze creative delle idee nazionali e sociali »⁽¹⁶³⁾. All'atto pratico si formò però una ormai definitiva connessione tra diritto amministrativo e Stato di diritto nella tutela dei diritti pubblici soggettivi⁽¹⁶⁴⁾. Questo fu anche il motivo che ispirò Karl Kormann nell'elaborazione di una parte generale⁽¹⁶⁵⁾ di tutto il diritto pubblico, che andasse al di là del diritto amministrativo e della sottile

⁽¹⁶⁰⁾ Sono da segnalare i cambiamenti apportati nell'ultima edizione (ottava) del 1928, § 8 *Neue Organisationsformen*, che ricadono però al di fuori del contesto cronologico qui tracciato.

⁽¹⁶¹⁾ KÖLZ (nt. 159), 606 ss. per quanto riguarda le ricadute di O. Mayer e Fleiner sul diritto amministrativo svizzero.

⁽¹⁶²⁾ *Supra* nt. 152.

⁽¹⁶³⁾ R. THOMA, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, in JöR 4 (1910), 196, 199. Cfr. al riguardo H.D. RATH, *Positivismus und Demokratie, Richard Thoma 1874-1957*, 1981.

⁽¹⁶⁴⁾ Di fondamentale importanza G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen 1905 (trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traduzione italiana riveduta dall'autore sulla seconda edizione tedesca con note dell'avv. Gaetano Vitagliano e prefazione del prof. Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1912).

⁽¹⁶⁵⁾ K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910 (rist. 1962), Id., *Gründzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts*, in « (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs », 44 (1911), 850 ss. 45 (1912), 36 ss., 195 ss. Cfr. il riconoscimento di K. WOLZENDORFF, *PrVwBl* 36 (1914-15) 2 ss. —, nonché W. MERK, *Streifzüge durch den allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts*, in « Zeitschr. f. Badische

classificazione degli atti amministrativi, e che condusse Paul Schoen a trattare ancora una volta le « dottrine generali » e la parte dedicata all'organizzazione del diritto amministrativo ⁽¹⁶⁶⁾, intenzionalmente trascurata da Otto Mayer. Inoltre, si ebbe un continuo aumento dei commentari giurisprudenziali ⁽¹⁶⁷⁾, venne perfezionata la delimitazione dell'ambito della giurisdizione civile ⁽¹⁶⁸⁾ e si proseguì, secondo la tradizione inaugurata da Gneist, E. v. Meier, Loening e Otto Mayer, a osservare il diritto amministrativo inglese, italiano e francese e a confrontarli con la situazione del diritto tedesco ⁽¹⁶⁹⁾. Iniziò così a profilarsi un diritto amministrativo internazionale ⁽¹⁷⁰⁾. Fu messa in atto l'emancipazione dalla concettualizzazione civilistica ⁽¹⁷¹⁾, nonché una ridefinizione del diritto pubblico, come mostra in maniera esemplare la sintetica opera del 1909 dell'esperto praghese di diritto amministrativo Ludwig Spiegel ⁽¹⁷²⁾. Manuali, piccoli compendi ⁽¹⁷³⁾ e gli stessi corsi d'insegnamento mostrano ormai il diritto amministrativo come qualcosa di consolidato. Il diritto amministrativo era riuscito a « imporsi ».

Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege », (1912), 211, 223. Ulteriore bibliografia in DENNEWITZ, 162.

⁽¹⁶⁶⁾ P. SCHOEN, *Deutsches Verwaltungsrecht. Allgemeine Lehren und Organisation*, in *Koblers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, vol. 4 (1914), 193 ss. Al riguardo DENNEWITZ, 166 s.

⁽¹⁶⁷⁾ K. PAREY, *Die Rechtsgrundsätze des kgl. Preussischen Ober-Verwaltungsgerichts*, 7 voll. Berlin 1887 (4^a ed. 3 voll. Berlin 1905-06), cfr. al riguardo C. BORNHAK, in *AöR*, 3 (1888) 189-192; G. ANSCHÜTZ, *Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts*, in *PrVwBl* 22 (1900-1901).

⁽¹⁶⁸⁾ F. STIER-SOMLO, *Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht*, Berlin 1900; O. BÜHLER, *Die Zuständigkeit der Zivilgerichte gegenüber der Verwaltung im württembergischen Recht*, tesi, Tübingen 1911.

⁽¹⁶⁹⁾ O. KOELLREUTTER, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England*, Tübingen 1912. Per la traduzione francese del *Deutsches Verwaltungsrechts* di O. MAYER cfr. *supra* nt. 118.

⁽¹⁷⁰⁾ K. NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, 4 voll., 1910-1936 (rist. 1980).

⁽¹⁷¹⁾ FLEINER, *Über die Umbildung* (nt. 153).

⁽¹⁷²⁾ SPIEGEL (nt. 150), 33 ss. Rec. di OTTO MAYER, in *AöR*, 25 (1909) 489-490.

⁽¹⁷³⁾ Cfr. per esempio A. v. KIRCHENHEIM, *Einführung in das Verwaltungsrecht; nebst Grundriß*, Stuttgart 1885 (174 pag.), un breve compendio didattico suddiviso in 142 paragrafi con note bibliografiche (su Arthur von Kirchenheim (1855-1924), che insegnò 44 anni ad Heidelberg, cfr. DRÜLL, 134); BORNHAK (nt. 152).

II. *Posizioni dogmatiche.*

1. *Atto amministrativo, rapporto di sudditanza speciale, contratto di diritto pubblico.*

a) La creazione della figura giuridica dell'atto amministrativo avvenne sullo sfondo dottrinale della divisione dei poteri e dello Stato di diritto. Soltanto la divisione dei poteri poteva rendere possibile che l'attività dell'esecutivo venisse inquadrata come un ambito disciplinare autonomo e dotato di una propria capacità regolativa. E questo vale anche per i casi in cui il principio della divisione dei poteri non venne accolto a causa della prevalenza del principio monarchico; anche in tal caso, infatti, si manifestarono comunque le linee della divisione dei poteri, con il dualismo tra parlamento e governo e la separazione tra affari di giustizia e affari di polizia. Dopo il 1850 lo Stato di diritto impose una precisa ridefinizione dei diritti e dei doveri del cittadino. Il cittadino riconosceva allo Stato la possibilità di agire in varie forme e direzioni, ma pretendeva certezze su libertà e proprietà. Otto Mayer constatò con soddisfazione che « il nostro Stato di diritto », rispetto al vecchio « Stato di polizia », non aveva soltanto « arginato attraverso la legge la massa fluttuante dell'azione amministrativa, ma ha fatto anche riemergere la centralità di alcuni aspetti che danno stabilità all'individuo e lo mettono al sicuro ovunque lui vada. L'istituto giuridico che realizza questo proposito è l'atto amministrativo, una pronuncia autoritativa espressione dell'amministrazione che determina per il suddito, nel caso specifico, ciò che per lui è diritto »⁽¹⁷⁴⁾.

Il parallelo tra questa figura e l'accertamento dei diritti individuali, concretizzato attraverso una sentenza giudiziaria, era evidente. Come il potere giudiziario trovava espressione nella sentenza, l'esecutivo sembrava trovare la propria forma di espressione nell'atto amministrativo. Ciò era coerente con la dottrina della divisione dei poteri che, se presa sul serio, a partire dalla rivoluzione francese⁽¹⁷⁵⁾ aveva impedito un controllo giudiziario degli *actes administratifs*.

⁽¹⁷⁴⁾ MAYER (nt. 118), 2^a ed. I, 95.

⁽¹⁷⁵⁾ O. MAYER, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, Straßburg 1886, 91; ID., (nt. 118), 2^a ed. I, § 5 II.

Ben presto fu chiaro, per il persistente deficit definitorio, che l'impossibilità di isolare l'elemento autoritativo dell'attività amministrativa avrebbe potuto condurre a un « dispotismo amministrativo »⁽¹⁷⁶⁾. Limitare l'amministrazione a un'attività vincolata e basata sulla legge sembrò urgente quando quell'attività incideva su libertà e proprietà. In quest'ultimo ambito erano peraltro disponibili costruzioni teoriche civilistiche, per esempio la qualificazione dell'espropriazione in termini di vendita forzata. La denominazione di « atto amministrativo », a indicare l'atto regolativo di casi particolari unilateralmente preso da parte dell'autorità, si affermò soltanto alla fine dell'Ottocento⁽¹⁷⁷⁾. In proposito, ancora nel 1914 Otto Mayer poteva osservare che « contro di essa continuano ancora ad esservi resistenze »⁽¹⁷⁸⁾.

Un suo consolidamento si era peraltro già delineato a partire dal 1850. Friedrich Franz Mayer fu uno dei primi a trattare gli atti amministrativi nel suo scritto dal titolo *Formen polizeilichen Einwirkens*⁽¹⁷⁹⁾, in cui rientravano anche quei particolari atti amministrativi che rimandavano alla lunga tradizione dei privilegi⁽¹⁸⁰⁾. Edgar Loening definì gli atti amministrativi « manifestazioni della volontà dello Stato [...] che non contengono norme giuridiche e che invece disciplinano rapporti concreti secondo quanto stabilito dalle norme giuridiche vigenti »⁽¹⁸¹⁾. Egli aveva dunque colto il nucleo del problema. Otto Mayer pose fine in un certo senso alla questione distinguendo gli atti amministrativi, sia dal punto di vista linguistico sia da quello dogmatico, dalle altre forme, non autoritative e non

⁽¹⁷⁶⁾ G. v. WEILER, *Ueber Verwaltung und Justiz und ueber die Gränzlinie zwischen beiden*, Mannheim 1826, 41 (2^a ed. 1830).

⁽¹⁷⁷⁾ Il termine *Verwaltungsakt*, fu usato per la prima volta probabilmente da F. SCHMITTHENNER, *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes*, Gießen 184, 499, con gli esempi « costruzione di una strada, fondazione di un istituto culturale ». Cfr. W. PAULY, *Verwaltungsakt*, in HRG, V (1992) con ulter. lett.

⁽¹⁷⁸⁾ MAYER, (nt. 118) 2^a ed. I, 95 nt. 1.

⁽¹⁷⁹⁾ F.F. MAYER, *Grundsätze* (nt. 72), 114 ss.

⁽¹⁸⁰⁾ H. MOHNHAUPT, *Vom Privileg zum Verwaltungsakt. Beobachtungen zur dogmengeschichtlichen Entwicklung in Deutschland seit der Mitte des 18. Jahrhunderts*, in E. V. HEYEN, *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, 1984, 41-58.

⁽¹⁸¹⁾ LOENING (nt. 102), 226.

rivolte al caso particolare, dell'azione amministrativa. Le monografie di Walter Jellinek *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen* (1908) e di Karl Kormann *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte* (1910) diedero un forte impulso allo sviluppo teorico degli atti amministrativi, mettendo a fuoco in particolare i meccanismi di interazione tra casi particolari e prassi amministrativa. Sul piano metodologico essi rimasero però all'interno del quadro delineato da Otto Mayer.

b) L'atto amministrativo regolava dunque i diritti e i doveri del cittadino nel loro « rapporto di sudditanza generale » con lo Stato. Accanto a questo esisteva però anche il « rapporto di sudditanza speciale », la « subordinazione più intensa che viene stabilita ai fini della realizzazione di un particolare scopo dell'amministrazione pubblica, per tutti coloro che ricadono nella particolare relazione prevista »⁽¹⁸²⁾. Anche in questo caso il generale clima di giuridicizzazione ebbe un effetto di consolidamento e di chiarificazione. La figura sviluppata da Laband in riferimento al diritto dei funzionari amministrativi del *Reich*, già prima del 1914 assurse alla categoria di rapporto speciale di diritto pubblico tra il singolo e lo Stato⁽¹⁸³⁾, ed è giunta fino ai nostri giorni quasi immutata, avendo subito alcune modifiche solo in tema di rispetto dei diritti fondamentali e della disciplina legislativa⁽¹⁸⁴⁾.

c) Più complicato si rivelò il riconoscimento della figura del contratto di diritto pubblico. Al suo utilizzo nel diritto amministrativo si frapponevano molti ostacoli. Il modello dello Stato che « governa » autoritativamente esercitando la propria « potestà di volere », adottato per esempio da Gerber e Laband, escludeva

⁽¹⁸²⁾ MAYER (nt. 118), 3^a ed. I, 101 sg.

⁽¹⁸³⁾ Di fondamentale importanza L. WENNINGER, *Geschichte der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis*, 1982, con una minuziosa ricostruzione dello sviluppo effettivo « dei rapporti di sudditanza speciale » e della loro elaborazione teorica, soprattutto a partire da Laband (106 ss.).

⁽¹⁸⁴⁾ H. KRÜGER-C.H. ULE, *Das besondere Gewaltverhältnis*, in VVDStRL, 15 (1957), p. 109 ss.; la discussione scientifica fu riaccesa nel 1972 dalla decisione del BVerfGE 33, 1. Cfr. almeno H.U. EVERS, *Das besondere Gewaltverhältnis*, 1982; W. LOSCHOLDER, *Vom besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlich-rechtlichen Sonderbindung. Zur Institutionalisierung der engeren Staat-Bürger-Beziehungen*, 1982; D. MERTEN (a cura di), *Das besondere Gewaltverhältnis*, 1985, tutti con indicazione di ulteriore letteratura.

radicalmente la possibilità di una « contrattazione » tra lo Stato e il cittadino-suddito ⁽¹⁸⁵⁾. Lo Stato, che su di sé concentrava tutti i diritti di sovranità, era un essere dotato di una dignità superiore, per il quale il piano contrattuale era inadeguato. Inoltre, lo Stato liberale, la cui funzione fondamentale era il mantenimento dell'ordine, poteva accontentarsi del comando di polizia, mentre per l'attività non autoritativa era disponibile il diritto comune. Queste furono le ragioni che portarono Otto Mayer ad opporsi all'idea del contratto di diritto pubblico. Inoltre, egli sostenne la sua posizione anche osservando che a tale concezione mancava un fondamento di validità, di cui un contratto non poteva fare a meno. In più, giocava un ruolo sfavorevole il fatto che il contratto fosse una categoria civilistica fondamentale, cui malvolentieri la giovane scienza del diritto amministrativo voleva fare ricorso proprio perché impegnata in un processo di emancipazione dal diritto civile. Nel tardo Ottocento le espressioni di questo modello contrattualistico erano dunque piuttosto rare ⁽¹⁸⁶⁾. Un classico esempio è rappresentato dalla nomina del funzionario (contratto di pubblico impiego) ⁽¹⁸⁷⁾, che fu inquadrata prima nell'alveo del diritto privato, poi nella prospettiva meramente autoritativa, e infine, al volgere dell'Ottocento, venne costruita prevalentemente come un contratto di sottomissione con conferimento autoritativo dell'incarico ⁽¹⁸⁸⁾. Problemi di questo genere si ebbero anche con i cosiddetti contratti d'espropriazione, in cui il provvedimento ablativo veniva integrato da un'intesa contrattuale sul tipo e sull'ammontare dell'indennizzo.

Nonostante questi fattori a esso contrari, il contratto di diritto pubblico riuscì a trovare pieno riconoscimento prima e dopo Otto

⁽¹⁸⁵⁾ MAYER, *Theorie* (nt. 175), 292: « la natura sovrana di un contraente esclude la parità giuridica intrinseca al concetto »; cfr. LABAND, in AöR, 2 (1887) 149 (157 ss.).

⁽¹⁸⁶⁾ O. Mayer, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, in AöR, 3 (1888) 3-86 (4): « Il motivo è semplice: non c'è abbastanza materia. Nel rapporto tra l'amministrazione e i sudditi c'è solo un'unica forma dell'azione statale propria del diritto pubblico: il comando ».

⁽¹⁸⁷⁾ P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2ª ed. 1 vol., Freiburg 1888, 404 ss. (413 con ulter. lett.).

⁽¹⁸⁸⁾ H. REHM, *Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht historisch-dogmatisch dargestellt*, in « (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs », 1884, 565 ss., 1885, 65 ss.; M. BULLINGER, *Vertrag und Verwaltungsakt*, 1962, 179 ss.

Mayer. Anche Otto Mayer non era affatto contrario ad esso in modo assoluto, e comunque i suoi sostenitori erano la maggioranza ⁽¹⁸⁹⁾. A cavallo tra i due secoli la questione era sostanzialmente decisa, tanto più che la prassi del diritto comunale non poteva fare a meno di tale figura. Questa conclusione viene registrata nel 1920 da Willibald Apelt ⁽¹⁹⁰⁾.

Oltre a quella del contratto di diritto pubblico che disciplinava i rapporti tra Stato e cittadino, vi era anche un'ulteriore categoria, che non presentava gravi difficoltà. Si trattava del contratto di coordinamento tra persone giuridiche di diritto pubblico di medesimo grado, e in particolare, per esempio, gli accordi di incorporazione territoriale ⁽¹⁹¹⁾, gli accordi sulle indennità per la nazionalizzazione delle ferrovie, nonché i contratti di consorzio e di cooperazione tra corporazioni territoriali. Anche sul piano del diritto pubblico e del diritto ecclesiastico, queste tipologie non presentavano particolari difficoltà.

2. *Proprietà pubblica.*

« Il dissolversi del diritto privato tedesco restituirà a noi — ovvero agli amministrativisti — una serie di istituti giuridici, di cui

⁽¹⁸⁹⁾ K. STERN, *Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, *VerwArch* 49 (1958) 106 (114 ss.).

⁽¹⁹⁰⁾ W. APELT, *Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Ein Beitrag zur Lehre von der rechtswirksamen Handlung im öffentlichen Recht*, Leipzig 1920 (rist. 1964); G. GROSCHE, *Der Staat als Kontrahent*, *JöR* 5 (1911) 267 (269 ss.); M. LAYER, *Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag*, Graz 1916; un buon sguardo retrospettivo storico lo offre H. MAURER, *Der Verwaltungsvertrag — Probleme und Möglichkeiten*, *DVB* 1989, 798 (799-801). Bibliografia più recente in H. MEYER-H. BORGS-MACIEJEWSKI, *Verwaltungsverfabrensgesetz*, 2^a ed. 1982, 484 s.; H. J. WOLFF-O. BACHOF, *Verwaltungsrecht* I, 9^a ed. 1974, § 44.

⁽¹⁹¹⁾ Della ricca bibliografia prima del 1914 sono da menzionare G. STRUTZ, *Die Kommunalverbände in Preußen*, Berlin 1888; P. SCHOEN, *Das Recht der Kommunalverbände in Preußen*, Leipzig 1897; A. GLEITSMANN, *Vereinbarung und Gesamtkant*, *VerwArch* 10 (1902), 395; STEPHAN, *Die Veränderung von Gemeindegrenzen und ihre Rechtsfolgen*, *VerwArch* 11 (1903), 317-335; E. LOENING, *Eingemeindung und Eingemeindungsverträge*, *RfVwBl* 29 (1908), 657-662; H. DITTMAR, *Das Recht der Eingemeindung in Preußen*, tesi, Rostock 1908; F. STIER-SOMLO, *Zum Eingemeindungsrecht in Preußen*, in *Festschr. Zitelmann*, 1913; M. QUEIS, *Begriff und Wirkung der Eingemeindung nach preußischem Verwaltungsrecht*, tesi, Greifswald 1913.

esso si avvale ancora oggi. A fianco del contratto di diritto pubblico, si trovano la proprietà di diritto pubblico, la servitù di diritto pubblico, l'indennizzo di diritto pubblico e così via » (192). È in questo modo che Otto Mayer si impegnò a favore del riconoscimento di una specifica categoria di proprietà pubblica (193), cui avrebbe anche dedicato uno dei suoi ultimi saggi (194). Le sue idee, che si ispiravano al *domaine public* francese, non riuscirono ad affermarsi, nonostante le molte voci che anche prima del 1904 si erano pronunciate a suo sostegno (195). Il diritto dei beni pubblici ancora oggi è rimasto in linea di massima assai vicino alla proprietà privata, combinata con una sovranità sul bene pubblico, conferitagli dalla sua particolare destinazione (*Widmung*) (196).

3. *Vincoli giuridici dell'azione amministrativa.*

Il modello dello Stato di diritto imponeva anche al diritto amministrativo l'uso di concetti giuridici dai contorni ben definiti, verificabili in sede legale. Chi insisteva nell'affermare che l'amministrazione era la manifestazione della volontà generale fissata a livello parlamentare, vedeva l'amministrazione come « esecutivo » in senso stretto, in altre parole come organo deputato a eseguire la legge. In questa prospettiva concetti giuridici e norme discrezionali indeterminati erano avvertiti come sgraditi resti della assoluta libertà d'azione un tempo assicurata dal principio monarchico. Sulla sponda opposta vi era chi intendeva il vincolo legale dell'azione amministrativa come un limite all'interno del quale la « vera » amministrazione, l'amministrazione « creativa », in linea di principio autonoma rispetto al potere legislativo e al potere giudiziario, poteva perseguire determinati scopi. Da quando esisteva un controllo giurisdizionale dell'amministrazione, quindi dal 1875 circa, non si poteva più

(192) O. MAYER, *Zur Lehre* (nt. 186), 86.

(193) Cfr. MAYER (nt. 118), vol. II, §§ 35, 36; O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, in AöR, 21 (1907) 499-522, dove si trova la frase conclusiva che merita riflessione: « Dopo di noi verranno altri; loro potranno vederla ».

(194) O. MAYER, *Neues vom öffentlichen Eigentum*, AöR, 39 (1920) 77-95.

(195) F. FLEINER, *Über die Umbildung* (nt. 153), 16.

(196) Note bibliografiche in H.J. PAPIER, *Recht der öffentlichen Sachen*, 2ª ed. 1984, § 1; H.J. WOLFF-O. BACHOF, *Verwaltungsrecht*, I, 9ª ed. 1974, §§ 55, 57.

eludere la questione, che richiedeva soluzioni concrete. Queste zone grigie, già da tanto tempo note al diritto civile e penale e la cui soluzione veniva affidata al giudice ⁽¹⁹⁷⁾, si trovavano nel diritto amministrativo in un diverso contesto; in tale sede esse davano luogo a un conflitto di attribuzione tra il potere esecutivo e il potere giudiziario ⁽¹⁹⁸⁾.

Il dibattito intorno alla dottrina della discrezionalità che segna gli anni a cavallo tra i due secoli ⁽¹⁹⁹⁾ contiene in forma sublimata le vecchie tensioni politiche tra questioni di polizia e questioni di giustizia, tra amministrazione e giurisdizione, tra principio monarchico e legislazione parlamentare. Quanto fu ottenuto a favore del controllo giurisdizionale era nel contempo una lesione della capacità d'azione dell'amministrazione. Quanto venne « strappato » all'amministrazione poté essere registrato come un successo conseguito dal sistema dello Stato di diritto. Si trattava davvero del « maggior problema di libertà del diritto pubblico, entrato solo relativamente da poco nella coscienza della società [...]: il rapporto della giustizia e dell'amministrazione con la norma giuridica » ⁽²⁰⁰⁾.

Dal punto di vista della legislazione vigente e della prassi effettiva, i due fronti sembravano ben definiti. I tribunali amministrativi esaminavano soltanto le questioni giuridiche formali e materiali, accertando anche i fatti nella misura in cui questi rilevassero per le decisioni giudiziali, ma non giudicavano le decisioni discrezionali dell'amministrazione. Questioni di fatto, di diritto e discrezionali erano ritenute chiaramente distinguibili. Anche nel controllo delle norme (ordinanze di polizia) o delle determinazioni comunali sulla loro applicazione, il principio della divisione dei poteri esclu-

⁽¹⁹⁷⁾ O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885 (rist. 1972); cfr. R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986, 257 ss.

⁽¹⁹⁸⁾ Il miglior quadro generale bibliografico coevo sul tema lo offre a mio avviso O. v. SARWEY, *Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege*, Tübingen 1880, § 11. Egli distingue tre gruppi: rifiuto sostanziale del controllo statale della giustizia (1), garanzia di tutela per « qualsiasi » violazione del diritto (2), limitazione della garanzia giuridica alla violazione dei diritti individuali (3).

⁽¹⁹⁹⁾ In merito cfr. la tesi discussa a Bonn da ULLA HELD, *Geschichtliche Grundlagen der Ermessenslehre*.

⁽²⁰⁰⁾ JELLINEK (nt. 164), 1.

deva che tribunali amministrativi potessero valutarne «l'utilità e l'opportunità». Chiare demarcazioni venivano effettuate in entrambe le direzioni.

Tuttavia, un'analisi più puntuale dimostrava che né l'amministrazione né la giurisdizione erano sottoposte a un vincolo legale effettivamente stringente. L'inevitabile ricorso a un linguaggio semanticamente sempre impreciso, le distinzioni tra concetti determinati, indeterminati e discrezionali, nonché i problemi interpretativi che segnavano l'itinerario che andava dal testo della legge alla formazione della norma giuridica e da lì alla sussunzione del caso particolare, tutto ciò aveva bisogno adesso di un'analisi più precisa di quella che aveva preceduto l'istituzione della giurisdizione amministrativa, perché da ciò dipendeva l'attribuzione delle diverse competenze. Al controllo da parte dei tribunali amministrativi dell'azione legislativa ed esecutiva dovevano essere posti dei limiti che non corrispondessero soltanto alla condizione costituzionale, ma anche alla concezione, tipica dell'epoca, per la quale un'autorità amministrativa doveva poter prendere decisioni per proprio diritto.

Di conseguenza furono molte le energie che vennero dedicate a tali questioni sul piano scientifico. Il vero dibattito intorno ad esse inizia con Edmund Bernatzik (1854-1919) ⁽²⁰¹⁾, allievo di Laband e Otto Mayer, che ottenne l'abilitazione con una monografia su *Rechtssprechung und materielle Rechtskraft* (1886). Poco dopo venne pubblicata l'opera *Zur Lehre vom freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte* ⁽²⁰²⁾ di Friedrich Tezner (1856-1925) ⁽²⁰³⁾, che successivamente diventò presidente di sezione presso il Tribunale amministrativo supremo di Vienna. Negli anni che seguirono, la discussione si fece sempre più serrata, come testimoniano i manuali, gli articoli e le recensioni del periodo; furono pubblicati i saggi di Fritz Stier-Somlo (1908), Rudolf von Laun (1910), Paul Oertmann (1912), e soprat-

⁽²⁰¹⁾ L. ADAMOVICH, in NDB, 2 (1955) 103, W. BRAUNEDER, *Juristen in Österreich 1200-1980*, 1987, 141, 312 s.

⁽²⁰²⁾ N. SCHWÄRZLER, *Friedrich Tezner*, in BRAUNEDER (nt. 201), 242-247, 361 s. con ulter. lett.

⁽²⁰³⁾ Wien 1888; ID., *Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege*, VerwArch 8 (1900), 220 ss., 475 ss., 9 (1901), 159 ss. e 515 ss.

tutto le grandi monografie generali di Walter Jellinek (1913) ⁽²⁰⁴⁾ e di Ottmar Bühler (1914) ⁽²⁰⁵⁾. Quella discussione avrebbe creato i presupposti, dopo una pausa lunga decenni, per la riapertura negli anni cinquanta del dibattito sulla discrezionalità e sui concetti giuridici indeterminati, come dimostrano per esempio gli scritti in memoria di Walter Jellinek del 1955 ⁽²⁰⁶⁾.

4. *Forme istituzionali.*

Il dibattito sulla caratterizzazione dello Stato quale persona giuridica, inaugurato da W.E. Albrecht (1837), nella seconda metà dell'Ottocento fu costretto a toccare sempre nuove e più complesse questioni. Quella che all'inizio era stata un'abile soluzione teorica al reciproco blocco tra sovranità del principe e sovranità popolare, andava adesso applicata ai rapporti dello Stato federale nella forma della monarchia costituzionale. Non soltanto lo Stato federale in sé, ma anche i singoli Stati erano « persone giuridiche ». Le riforme comunali all'inizio e alla fine dell'Ottocento avevano inoltre riconosciuto ai comuni la garanzia dell'autonomia amministrativa, l'autorità personale e finanziaria, tanto che anch'essi potevano reclamare la personalità giuridica. Lo stesso valeva per i distretti territoriali e

⁽²⁰⁴⁾ E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien*, Wien 1886; F. TEZNER, *Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte*, 1888; MAYER (nt. 118), 2^a ed. I, 165 ss.; F. STIER-SOMLO, *Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung, in Staatsrechtliche Abhandlungen, Festg. f. P. Laband*, vol. 2 1908, 443 ss.; R. v. LAUN, *Das freie Ermessen der Behörden*, 1912; W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und —verfügungen*, Tübingen 1913 con ampia lett. Riguardo all'ultimo cfr. J. ZIEKOW, *Die Einbelligkeit der Rechtsentscheidung. Zu Leben und Werk Walter Jellineks*, AöR, 11 (1986) 219-230 (221).

⁽²⁰⁵⁾ O. BÜHLER, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, Berlin 1914, 21 ss., in part. 40 ss. il confronto critico con W. JELLINEK, proseguito in *Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschr. f. W. Jellinek*, 1955, 269 ss.

⁽²⁰⁶⁾ H. REUß, *Das Ermessen*, DVBl 1953, 585; Id., *Der unbestimmte Rechtsbegriff*, DVBl 1953, 649 ss.; C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Gedächtnisschr. W. Jellinek* (nt. 205), 309 ss.; O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff*, JZ 1955, 97 ss.

per tutti gli altri « corpi amministrativi » dotati di competenze e finanze proprie ⁽²⁰⁷⁾, per le corporazioni di diritto pubblico, per gli enti pubblici e le fondazioni, per le confessioni organizzate secondo il diritto pubblico nonché per le istituzioni preposte alla sicurezza sociale a partire dal 1883 ⁽²⁰⁸⁾. Occorreva chiarire se queste entità, più o meno autonome, potessero essere considerate « persone giuridiche di diritto pubblico » e avessero pertanto la capacità di agire. Ciò era legato in maniera decisiva alla concezione del potere statale: le persone giuridiche di diritto pubblico erano ripartizioni del potere statale unitario, quindi in linea di principio avevano tutte pari dignità, oppure vi era una gerarchia tra di esse, per esempio dallo Stato alle comunità e da lì fino all'ente comunale di diritto pubblico, in modo che il potere sovrano, in fondo, spettava soltanto allo Stato? Continuò a non essere chiaro se le persone giuridiche di diritto pubblico potessero essere riunite tra di loro in gruppi dalle caratteristiche omogenee e ordinate secondo tipologie atte a renderle chiaramente inquadrabili sul piano teorico. A sollecitare questa sistemazione alla fine del secolo fu anche la creazione del BGB, che riordinò le persone giuridiche del diritto civile e dichiarò applicabili (§ 89) anche alle persone giuridiche di diritto pubblico (corporazioni, fondazioni, enti) i §§ 31 e 42 comma 2.

Fu dunque ovvio seguire le indicazioni dogmatiche sostenute da determinate previsioni normative. Così, i comuni si distinsero dalle altre « corporazioni » per il loro legame con un certo territorio, gli enti pubblici per lo scopo pubblico e per l'*universitas rerum* adoperata, le fondazioni per il particolare patrimonio separato.

Tutto questo non era assolutamente nuovo. Nell'ambito delle « corporazioni », ad esempio, vi era una discussione sulla loro collocazione all'interno dello Stato (comuni, associazioni comunali, chiese, università) ⁽²⁰⁹⁾ radicata nella tradizione del diritto naturale dell'*ancien régime* e che ora — nella dinamica dei rapporti costitu-

⁽²⁰⁷⁾ Cfr. MAYER (nt. 118), 2^a ed. II, 571.

⁽²⁰⁸⁾ W. WEBER, *Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts*, 1940 (2^a ed. 1943). Cfr. H. SCHNEIDER-V. GÖTZ (a cura di), *Festschr. W. Weber, Im Dienst an Recht und Staat*, 1974 con ulter. lett.

⁽²⁰⁹⁾ F. SCHIKORSKI, *Die Auseinandersetzung um den Körperschaftsbegriff in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts*, 1978.

zionali — portava a un caratteristico dualismo tra corporazioni di diritto privato e corporazioni di diritto pubblico ⁽²¹⁰⁾. La stessa cosa vale per le fondazioni, che oramai esistevano una accanto all'altra sia come fondazioni di diritto pubblico che di diritto privato ⁽²¹¹⁾, queste ultime sotto la forma di « istituti di diritto privato » ⁽²¹²⁾.

Per quanto riguarda l'*Anstalt*, la definizione proposta da Otto Mayer — « un'entità di mezzi, di cose e di persone, che nella disponibilità di un soggetto della pubblica amministrazione sono destinati a perseguire durevolmente uno specifico scopo pubblico » ⁽²¹³⁾ — pone formalmente fine alla lunga ricerca di un concetto generale adatto alle diverse « articolazioni » dello Stato, che erano a sé stanti sul piano organizzativo e in cui l'elemento autoritativo emergeva almeno nello scopo. Tutti i manuali della scienza di polizia, come del resto i primi manuali di diritto amministrativo, esaminavano quelle « articolazioni » — scuole, casse di risparmio, poste e telegrafi, teatri, cimiteri, ferrovie, istituti penitenziari, ospedali, circoli culturali, esercito — ma soltanto con la nascita di una « parte generale » fu possibile evidenziare gli elementi giuridici a essi comuni. Il primo ad adoperarsi in questa prospettiva fu, tra il 1857 e il 1862, Friedrich Franz von Mayer ⁽²¹⁴⁾, che analizzò in maniera approfondita lo scopo pubblico, la destinazione pubblica, l'uso pubblico e la servitù d'uso pubblico, l'indennità di utilizzo, i concessionari di pubblico servizio (*beliehener Unternehmer*), i doveri di manutenzione di diritto pubblico, i diritti di confine ecc. Una generazione più tardi Otto Mayer diede, su questa base, una forma teorica definitiva all'« *Anstalt* dotata di capacità giuridica » ⁽²¹⁵⁾, che

⁽²¹⁰⁾ Descritto in modo eccellente in K.-J. BIEBACK, *Die öffentliche Körperschaft. Ihre Entstehung, die Entwicklung ihres Begriffs u. die Lehre v. Staat u. den innerstaatlichen Verbänden in der Epoche des Konstitutionalismus in Deutschland*, 1976.

⁽²¹¹⁾ F.F. MAYER, *Grundsätze* (nt. 72), 315 ss. (§ 78).

⁽²¹²⁾ H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg 1886, 21, 48; sulle fondazioni di oggi H. EBERSBACH, *Die Stiftung des öffentlichen Rechts*, 1961; Id., *Handbuch des Stiftungsrechts*, 1972; G. TODENHÖFER-JUST, *Öffentliche Stiftungen*, 1973.

⁽²¹³⁾ MAYER, (nt. 118), 2^a ed., vol. II, p. 318; anche nelle altre due edizioni che seguono, per esempio 3^a ed. vol. II, 1924, 268. A questo proposito W. KREBS, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, NvWZ, 1985, 609-616.

⁽²¹⁴⁾ F.F. MAYER, *Grundsätze* (nt. 190), 194 ss.

⁽²¹⁵⁾ MAYER (nt.118), vol. II, § 56 (2^a ed. 598 ss.).

avrebbe influenzato per decenni la dottrina. « Il merito del pieno e definitivo successo della “tendenza pubblicizzante” va riconosciuto a Otto Mayer e alla sua costruzione dell’*Anstalt*. » (216)

III. *Riviste.*

L’esigenza di sviluppare ulteriormente il diritto amministrativo, su di una base che si era consolidata già dagli anni ottanta, è dimostrata anche dalla nascita di nuove riviste specializzate di diritto amministrativo, diffuse in più *Länder*. Esse rappresentano probabilmente l’indizio più chiaro che tanto nell’ambito dell’amministrazione quanto in quello accademico si aveva desiderio di essere informati in merito a nuove leggi, ordinanze e decreti, giurisprudenza, prassi e nuove pubblicazioni scientifiche. « Raramente la legislazione nel campo del diritto amministrativo è stata così prolifica, raramente è stata offerta una tale quantità di nuovo materiale attraverso la teoria e la prassi », ebbero a scrivere per esempio gli editori del « *Verwaltungsarchiv* » (217), pubblicato a partire dal 1893. Accanto alle riviste che si erano affermate nei singoli *Länder*, delle quali si è già parlato, venivano ora pubblicati l’« *Archiv für öffentliches Recht* » (1886) (218), il « *Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit* » (1893) (219) appena ricordato, lo « *Jahrbuch des Verwaltungsrechts* » (1906) (220) nonché lo

(216) R. BREUER, *Die öffentlichrechtliche Anstalt*, VVDStRL 44 (1986), 214, anche K. LANGE, op.cit. 170 ss. Cfr. H. JECHT, *Die öffentliche Anstalt* 1963.

(217) *Verwaltungsarchiv* 1 (1893), Prefazione di Max Schulzenstein e Alfred (v.) Keil.

(218) E. V. HEYEN, *Die Anfangsjahre des „Archiv für öffentliches Recht“*. *Programmatischer Anspruch und redaktioneller Alltag im Wettbewerb*, in Id., (a cura di) *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 347-373; Id., *Herkunftsprofile des „Archiv für öffentliches Recht“, im kaiserlichen Deutschland*, in Id., (a cura di) *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, 1986, 173-197; Id., *Verwaltungsrechtswissenschaft im „Archiv für öffentliches Recht“*, in Id., *Profile der deutschen und französischen Verwaltungsrechtswissenschaft 1880-1914*, 1989, 21-53.

(219) Curato da Max Schulzenstein e Alfred (v.) Keil.

(220) Berlin 1990-1912, publ. da v. F. STIER-SOMLO. Lo « *Jahrbuch* » aveva nel 1907 come sottotitolo « unter Einschluß des Staats- und Völkerrechts » e dal 1908 il sottotitolo « unter Einschluß des Staats-verfassungs-, Staatskirchen- und Völkerrechts ».

« Jahrbuch des öffentlichen Rechts » (1907) ⁽²²¹⁾ e la « Zeitschrift für Politik » (1907) ⁽²²²⁾. Lo « Schmollers Jahrbuch », che nel titolo originale riportava ancora il riferimento all'amministrazione, sotto la guida di Schmoller spostò l'attenzione su temi socio-politici e di economia politica, in particolare a partire dal 1890, mentre gli articoli dedicati al diritto amministrativo confluirono verso le riviste specializzate che stavano nascendo ⁽²²³⁾.

In particolare accolse articoli su temi amministrativistici il « Verwaltungsarchiv », creato e guidato da esperti della prassi amministrativa prussiana. Il suo obiettivo era quello di rielaborare la prassi attraverso un'interpretazione scientifica. Di conseguenza era suddiviso in saggi scientifici, resoconti pratici ⁽²²⁴⁾, recensioni e commenti sulla legislazione. Dopo la fine del secolo vi si ritrovano in misura crescente anche saggi di diritto costituzionale, forse perché la rivista era diventata più aperta, o forse perché lo spazio si era ristretto nelle riviste di ambito giuspubblicistico. L'annuario, tematicamente parallelo, curato da Stier-Somlo ⁽²²⁵⁾, lo « Jahrbuch des Verwaltungsrechts », fu pubblicato solo dal 1906 al 1912. Lo « Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart », che prese il posto dell'*Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* curato da Marquardsen e Seydel, intendeva trattare in modo sistematico e con metodo comparatistico il diritto pubblico dei singoli Stati e i diversi campi della giuspubblicistica, riportando periodicamente le novità delle varie legislazioni statali ⁽²²⁶⁾. Poiché il carattere internazionale dell'annuario fu messo in forte rilievo sin dall'inizio — circa la metà dei collaboratori era infatti straniera — quasi non vi fu posto per il diritto amministrativo tedesco.

Accanto a queste importanti pubblicazioni vennero date alle

⁽²²¹⁾ Gli editori furono prima Georg Jellinek, Paul Laband e Robert Piloty; dopo la morte di Jellinek si aggiunse Max Huber (1912).

⁽²²²⁾ Gli editori furono Richard Schmidt e Adolf Grabowsky.

⁽²²³⁾ HEYEN, *Verwaltungsrechtswissenschaft in den Fachschriften des Deutschen Reichs*, in Id., *Profile* (nt. 218), 55-112.

⁽²²⁴⁾ Questi furono tuttavia sospesi nuovamente dopo due anni.

⁽²²⁵⁾ Riguardo a lui J. BOLTEN, *Hochschulstudium für kommunale und soziale Verwaltung in Köln 1912-1929. Eine Studie zur Wiedererrichtung der Universität zu Köln*, 1987; I. GIENOW, *Leben und Werk von Fritz Stier-Somlo*, tesi, Köln 1990.

⁽²²⁶⁾ Cfr. prefazione del vol. 1 (1907).

stampe sempre più riviste specializzate a carattere sovra-regionale, dedicate ad esempio al diritto comunale ⁽²²⁷⁾, al diritto di polizia ⁽²²⁸⁾, al diritto tributario ⁽²²⁹⁾ o al diritto minerario ⁽²³⁰⁾, che in molti casi esistono ancora oggi. Questa tipologia di riviste trovò spazio soprattutto perché colse la diffusa tendenza a una specializzazione sempre più solida, e allo stesso tempo perché poteva trovare potenziali acquirenti e abbonati sull'intero territorio tedesco.

Concludendo, si può dire che le pubblicazioni dedicate al diritto amministrativo avevano inequivocabilmente il loro baricentro nelle riviste dei singoli Stati, tra le quali soltanto il « Preußische Verwaltungsblatt » assunse una posizione di spicco grazie alla area territoriale cui faceva riferimento. Al livello del *Reich* erano disponibili, in assenza di riviste specializzate su temi amministrativistici particolari, l'« Archiv des öffentlichen Rechts » e il « Verwaltungsarchiv ». Le riviste e gli annuari di diritto amministrativo avevano conquistato un posto, da una parte, tra i periodici che si occupavano di diritto pubblico in senso stretto, e dall'altra tra le pubblicazioni di scienza politica (« Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », « Schmollers Jahrbuch ») che si occupavano di economia politica e di politica sociale.

IV. *La scienza dell'amministrazione.*

1. *L'uscita di scena della scienza di polizia.*

La scienza dell'amministrazione era una disciplina di grado inferiore. « La scienza dell'amministrazione negli ultimi decenni non

⁽²²⁷⁾ « Deutsche Gemeindevutzung » (1862-1930), a cura di HERMANN STOLP, dal 1876 corredato da un supplemento « Archiv für Verwaltungsrecht » (1876-1930), a cura di H. STOLP, K. KLINCKMÜLLER e H. ROUSSEAU. — « Kommunales Jahrbuch », 1908-1913-14; « Kriegsband 1919 », a cura di H. LINDEMANN e A. SÜDEKUM.- « Mitteilungen der Zentralstelle des Deutschen Städtetages », 1907-09-1919-20 (dal 1921 « Mitteilungen des Deutschen Städtetages », 1927-1933 « Deutscher Städtetag »).

⁽²²⁸⁾ « Die Polizei » (1904 ss.), fondato da W. TEJESSY.

⁽²²⁹⁾ « Deutsche Steuer-Zeitung », 1912-13 ss., all'inizio a cura di R. RITTER.

⁽²³⁰⁾ « Zeitschrift für Bergrecht » (1860 ss.), fondata da H. BRASSERT e H. v. ACHENBACH.

ha più tenuto lo stesso passo del diritto amministrativo nella scienza tedesca e nelle università tedesche, e la grande opera del fondatore della moderna scienza dell'amministrazione, Lorenz von Stein, non è stata fino ad oggi né continuata né imitata » (231). Questo era il giudizio di Ferdinand Schmid, il quale nel 1909 era appena stato nominato rappresentante delle materie di statistica e di scienza dell'amministrazione a Lipsia. Quello che Schmid sosteneva era esatto, poiché tranne la *Verwaltungslehre* di Karl-Theodor von Inama-Sternegg (232) che era ispirata a quella di Lorenz von Stein, nel panorama didattico austriaco — in cui la scienza dell'amministrazione era materia obbligatoria — non era più stato pubblicato alcun libro sul tema dopo quello di Ludwig Gumplowicz (233). Nel *Reich* tedesco solo alcuni testi rammentavano ancora l'esistenza della materia (234). Gli appelli volti a un recupero della scienza dell'amministrazione caddero nel vuoto.

(231) F. SCHMID, *Über die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft*, in ZgStW 65 (1909), 194.

(232) K.TH. V. INAMA-STERNEGG, *Verwaltungslehre im Umrissen*, Innsbruck 1870; ID., *Die Entwicklung der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts seit dem Tode von Lorenz von Stein*, in « Zeitschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung », 11 (1902), 137-152.

(233) L. GUMFLOWICZ, *Verwaltungslehre mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Verwaltungsrecht*, Innsbruck 1882. Anche in Austria si era scettici. In una lettera di Gumplowicz a L. v. Stein del 18 novembre 1889 era scritto: « Temo purtroppo che la scienza dell'amministrazione come disciplina autonoma non troverà pietà dal governo... Si vuol far passare la « scienza dell'amministrazione » solo per un'introduzione occasionale alla disciplina « giuridica » del diritto amministrativo, nient'altro, così come il diritto pubblico generale fa da introduzione al diritto pubblico austriaco positivo. Di conseguenza lo *Staatsrecht* e la scienza dell'amministrazione devono venir meno per fare spazio alla dittatura dell'ordinamento del *Land* e delle leggi amministrative. » (cit. da H. TASCHKE, *Lorenz von Stein nachgelassene staatsrechtliche und rechtsphilosophische Vorlesungsmanuskripte*, 1985, 19).

(234) S. GARGAS, *Verwaltungslehre und Verwaltungsrecht. Eine methodologische Untersuchung*, in ZgStW 59 (1903), 426 ss.; I. JASTROW, *Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft*, Berlin 1902; ID., *Das Studium der Verwaltungswissenschaft nach dem Krieg*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 42 (1916-1917) 966; ID., (a cura di), *Die Reform der Staatswissenschaftlichen Studien. Fünfzig Gutachten* (Schr. d. Vereins f. Sozialpolitik 160), 1920, 313 ss. F. STIER-SOMLO, *Die Zukunft der Verwaltungswissenschaft*, in VerwArch 25 (1917) 89-132; F. SCHMID (nt. 229); ID., *Eine deutsche Zentralstelle zur Pflege der Verwaltungswissenschaft und Verwaltungspraxis*, 1916; ID., *Zur Förderung der Verwaltungswissenschaft*, in VerwArch 26 (1918), 288; ID., *Warum sollen*

Il mutamento di denominazione da « scienza di polizia » a « scienza dell'amministrazione » attestava un processo di adattamento al diffondersi del diritto amministrativo. Dopo il 1850 il diritto amministrativo non rientrò più nella « scienza di polizia », perché si affermò in molti settori che non appartenevano più alla classica « polizia », cioè al dicastero degli interni (affari esteri, amministrazione della giustizia, amministrazione militare e amministrazione finanziaria). Per questo motivo si tentò la costruzione di una « scienza dell'amministrazione » in senso largo che riunisse sullo stesso piano i campi del diritto amministrativo e della scienza dell'amministrazione in senso stretto (politica amministrativa) ⁽²³⁵⁾. Con ciò veniva attribuita al diritto amministrativo la questione della legalità dell'azione amministrativa e alla politica amministrativa la questione della sua opportunità.

Questa ripartizione era tanto semplice e apparentemente convincente quanto diversa era invece l'importanza che nella sostanza veniva riconosciuta ai due ambiti. Come si è già visto ⁽²³⁶⁾, la scienza di polizia dopo il 1850 perse rapidamente il proprio ruolo nella formazione dei giuristi dei *Länder* tedeschi. La formazione specialistica in scienza politica per i funzionari amministrativi venne abolita. Le materie giuridiche conquistavano crescente importanza. Allo stesso tempo, nelle facoltà di scienza politica l'economia politica diventò la materia principale del tardo Ottocento, così che si fecero sempre più forti i dubbi sulla collocazione della scienza dell'amministrazione (politica amministrativa). I problemi economici venivano trattati dall'economia politica e dalla scienza delle finanze, i problemi sociali diedero luogo alla nuova materia di « politica sociale », i problemi giuridici dell'amministrazione rientrarono nel diritto amministrativo. Quando il diritto amministrativo e la scienza dell'amministrazione erano affrontati insieme in un corso universitario, come accadeva in Austria, il diritto amministrativo guadagnava sempre più spazio. La scienza dell'amministrazione divenne di con-

unsere Juristen Verwaltungsgeschichte studieren?, in « Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht », 47 (1918), 177.

⁽²³⁵⁾ MEYER (nt. 91), 687-698; K. FRHR. V. STENGEL, *Begriff, Umfang und System des Verwaltungsrechts*, ZgStW 38 (1882), 221 ss.

⁽²³⁶⁾ Cfr. *supra*, cap. 5, I, 2.

sequenza « un'introduzione giuridica generale allo studio del diritto amministrativo austriaco [...]. I giuristi hanno buttato a mare la scienza dell'amministrazione come la intendeva Stein » (237). Come era già successo alla vasta materia della « politica », la scienza dell'amministrazione fu ridotta a disciplina generica che riuniva arti e saperi diversi sotto la pressione delle scienze naturali, dello storicismo e del positivismo giuridico. La specializzazione sul piano delle conoscenze divenne più forte di ciò che rimaneva dell'unitarietà disciplinare sul piano pratico.

2. *Stein e i suoi epigoni.*

Un aspetto particolarmente problematico per la scienza dell'amministrazione fu rappresentato dal fatto che la straordinaria opera di Lorenz von Stein conteneva così tanta speculazione teorica che, con il mutamento del panorama filosofico per opera del neokantismo (238), essa perse autorità (239). La sua funzione paradigmatica fu indebolita a causa dello stretto legame con le categorie hegeliane. Quando i sostenitori della scienza dell'amministrazione provarono, quindi, da un lato a dichiarare Hegel « sorpassato », e dall'altro a tentare di conservare le linee fondamentali della riflessione di Stein (240) e allo stesso tempo ad affermare la propria autonomia rispetto al « metodo giuridico » del diritto amministrativo, cominciarono ad incorrere in serissime difficoltà. L'ombra di Lorenz von Stein li accompagnava.

Questa oscillazione tra diversi principî speculativi — scaturita dalla perdita dell'imponente riferimento che aveva rappresentato la filosofia idealistica — e un'apertura verso il diritto positivo amministrativo emergono chiaramente nel pensiero di Ludwig Gum-

(237) V. INAMA-STERNEGG (nt. 232), *Die Entwicklung*, 149.

(238) E. WINTER, *Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cobens*, 1980.

(239) Troppo ampio ma interessante per la valutazione R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 2^a ed. 1968, 340: « il suo nuovo tentativo speculativo lo ha condannato a una completa inefficacia »

(240) L. GUMPLOWICZ, *Verwaltungslehre* (nt. 233), 6 s. Su questo orientamento anche V. INAMA-STERNEGG, *Verwaltungslehre* (nt. 232); ID., *Die Entwicklung* (nt. 232).

plowicz (1838-1909) ⁽²⁴¹⁾. Dopo aver inteso in un primo momento, nella sua opera *Rechtsstaat und Socialismus* (1881), lo Stato come forma di un effettivo potere superiore esercitato dai gruppi dominanti, Gumpowicz si riavvicinò a Stein nella sua *Verwaltungslehre*, senza tuttavia dividerne la concezione idealistica di fondo ⁽²⁴²⁾. Egli rimase dell'avviso che lo Stato fosse il risultato di « processi naturali necessari » ⁽²⁴³⁾. Il vero nucleo della sua *Verwaltungslehre* erano le parti dedicate al diritto amministrativo, che tuttavia erano sviluppate secondo l'angolazione di una conoscenza pratica piuttosto che nella prospettiva sistematica di Otto Mayer. Sostanzialmente, Gumpowicz riteneva un approccio sistematico impossibile, perché il diritto pubblico si presentava a suo avviso in modo diverso dal diritto civile, in altre parole come un campo aperto agli influssi regolativi della politica, la cui dinamicità proveniva dagli « interessi pubblici » ⁽²⁴⁴⁾. Egli dubita « che tutto il diritto amministrativo si lasci inquadrare in via generale da alcuni concetti guida, in modo tale da risultare qualcosa di simile a un sistema di diritto privato che si informa a propri principî e concetti [...]. Si tratterebbe [...] di una sistematica assai forzata, e non è dato comprendere quale profitto ne trarrebbe la scienza. E nemmeno il diritto amministrativo ci guadagnerebbe molto » ⁽²⁴⁵⁾. I principî generali che tenevano insieme queste parti giuridiche erano di natura descrittiva o di natura vagamente normativa. Essi ordinavano la materia secondo le categorie dell'autoconservazione (amministrazione della difesa, amministrazione finanziaria, amministrazione esterna), di ordinamento interno (politica demografica, politica giudiziaria, territorio e organizzazione, trasporti) e di promozione del benessere, senza riuscire a superare l'indefinitezza dei confini tra conoscenza amministrativa pratica e diritto amministrativo.

Ma la contrapposizione tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo era ormai insuperabile per tutti gli epigoni di

⁽²⁴¹⁾ Vedi sotto cap. X, nt. 117 ss.

⁽²⁴²⁾ Una critica dettagliata a Stein la offre GUMPOWICZ, *Verwaltungslehre* (nt. 233), § 11.

⁽²⁴³⁾ GUMPOWICZ, *Verwaltungslehre* (nt. 233), 7.

⁽²⁴⁴⁾ GUMPOWICZ (nt. 233), 30 s., 52.

⁽²⁴⁵⁾ Op. cit., 30 s.

Stein. « La linea specialistica » ebbe la meglio « sull'approccio integrale di Stein » (246). Questo vale in particolare per l'esperto di statistica, vicino a Stein, Karl-Theodor von Inama-Sternegg (1843-1908) (247), il quale nel 1870 pubblicò una *Verwaltungslehre in Umrissen*, ma che trent'anni più tardi fu costretto a riconoscere proprio quella tendenza alla specializzazione e alla separazione tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo (248).

In maniera abbastanza convinta Ferdinand Schmid (1862-1925) (249) successivamente separò dal diritto amministrativo la scienza dell'amministrazione, inserendola come « scienza della politica » (*politische Wissenschaft*) accanto all'economia politica e alla sociologia, e attribuendole sia compiti di indagine descrittiva e comparativa della storia dell'amministrazione, oltre che dell'economia e del diritto (250), sia un ruolo critico della prassi amministrativa basato su « concetti valoriali empirici » (251). Dalla scienza dell'amministrazione Schmid pretendeva di ricavare, in maniera più modesta rispetto a Lorenz von Stein, affermazioni generali sull'intero campo dell'amministrazione (che si stava allargando in modo sempre più evidente), attraverso un processo di integrazione di tutte le scienze sociali interessate e raggiungendo in questo modo una posizione di mediazione nella controversia tra tecnici e giuristi sulla formazione dei funzionari pubblici superiori (252). In realtà Schmid,

(246) BRAUNEDER, (nt. 201), 165.

(247) O. HAUSSLEITER, *Verwaltungssoziologie*, in *Politik und Verwaltung*, 1968.

(248) v. INAMA-STERNEGG, *Entwicklung* (nt. 232), 137-152; cfr: anche ID., *Staatswissenschaftliche Abhandlungen*, Leipzig 1903.

(249) Note bibliografiche in *HdWBStaatswiss.*, vol. VII, 3^a ed. 1910-11, 308 s.

(250) F. SCHMID, *Warum sollen unsere Juristen Verwaltungsgeschichte studieren?*, in « *Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht* », 47 (1918), 177.

(251) F. SCHMID, *Über die Bedeutung der Verwaltungslehre als selbständiger Wissenschaft*, in *ZgStW* 65 (1909), 194.

(252) R. MOHL, *Ueber die wissenschaftliche Bildung der Beamten in den Ministerien des Innern. Mit bes. Anwendung auf Württemberg*, in *ZgStW* 2 (1845), 268; L.J. GERSTNER, *Ueber staatswissenschaftliche Seminararien an den deutschen Universitäten mit bes. Rücksicht auf die bayerischen*, in *ZgStW* 15 (1859), 639-664; E. RICHTER, *Ueber die Vorbildung der höheren Verwaltungsbeamten in Preußen*, in « *Preußische Jahrbücher* », XVII (1866), 1-19; E. NASSE, *Über die Universitätsstudien und Staatsprüfungen der preussischen Verwaltungsbeamten*, Bonn 1868; A.E.F. SCHÄFFLE, *Zur Frage der Prüfungsansprüche an die Candidaten des höheren Staatsdienstes*, in *ZgStW* 22 (1868), 601; Verein

come ha ben osservato Forsthoff, aveva « tradito completamente la concezione di Lorenz von Stein »⁽²⁵³⁾. Così, alla fine, anche e forse soprattutto per influsso della metodologia di Georg Jellinek, si era affermata anche per l'amministrazione una « teoria dei due lati » (*Zwei-Seiten-Theorie*).⁽²⁵⁴⁾ Il rapporto tra scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo risultò « un innaturale matrimonio misto ». La scienza dell'amministrazione come *Seinswissenschaft* (scienza dell'essere) e il diritto amministrativo come *Sollenswissenschaft* (scienza del dover essere) si trovarono l'una di fronte all'altro, vagamente legati soltanto dal comune substrato dell'amministrazione. Non era chiaro se la scienza dell'amministrazione potesse avere anche un lato normativo al di fuori del diritto. Ciò non ebbe comunque rilevanza, dato il ruolo secondario della materia all'interno della formazione universitaria. Mentre in Austria fu possibile preservarne una dimessa sopravvivenza attraverso il suo inserimento nei piani di studio, in Germania nei trent'anni che precedettero la prima Guerra mondiale essa « era praticamente sparita »⁽²⁵⁵⁾.

für Socialpolitik (a cura di), *Die Vorbildung zum höheren Verwaltungsdienst in den deutschen Staat, Österreich und Frankreich*, 1887.

⁽²⁵³⁾ E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, 10^a ed. 1973, 46.

⁽²⁵⁴⁾ GARGAS (nt. 234), il quale si riferisce esplicitamente a Jellinek.

⁽²⁵⁵⁾ GARGAS (nt. 234), 427.

CAPITOLO X
LA DOTTRINA GENERALE DELLO
STATO TRA IL 1850 E IL 1914

I. Gli ultimi anni della Confederazione germanica — 1. La svolta verso i « fatti ». — 2. Terminologia e definizioni. — II. Diritto naturale e tardo idealismo. — 1. K.Ch.F. Krause e H. Ahrens. — 2. L.J. Gerstner, H. Bischof. — 3. J.C. Bluntschli. — 4. J. v. Held. — III. La concezione realistica dello Stato. — 1. La svolta verso il naturalismo. — 2. La comparazione giuridica nel diritto pubblico. — 3. Il « tempo della siccità »: dalla Confederazione germanica del Nord alla fine del secolo. — 4. Le voci fuori dal coro. — IV. *Fin de siècle*. — 1. Tendenze centrifughe. — 2. La sintesi: Georg Jellinek (1851-1911). — V. Stato nazionale o Stato della società industriale?

I. *Gli ultimi anni della Confederazione germanica.*

1. *La svolta verso i « fatti ».*

La tendenza alla positività, alla scientificità e alla depoliticizzazione del diritto della seconda metà dell'Ottocento ⁽¹⁾ fu particolarmente ricca di conseguenze per la dottrina generale dello Stato, ossia per la disciplina che, al di là del diritto vigente, si occupava dei fondamenti « primi » dello Stato. Il bisogno di riflettere sui principî dello Stato fu sempre meno avvertito, e questo sia nel periodo della fondazione del *Reich*, quando fu il diritto (costituzionale) a essere messo in primo piano, sia nel periodo successivo, caratterizzato da una certa tranquillità politica e da una forte legittimazione del diritto vigente.

Probabilmente questa crisi può essere spiegata come manifesta-

⁽¹⁾ J. BLÜHDORN-J. RITTER (a cura di), *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, 1969; ID., (a cura di) *Positivismus im 19. Jahrhundert. Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*, 1971.

zione di una certa regolarità storica. I grandi protagonisti della dottrina dello Stato europea (Machiavelli, Bodin, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau) nacquero in situazioni di crisi, tentarono di ricostruire una situazione di stabilità dopo una crisi, oppure furono anticipatori intellettuali di una crisi. Le situazioni critiche portano inevitabilmente a riflettere sui fondamenti, mentre le fasi di tranquillità tendenzialmente favoriscono la cultura del diritto vigente. Ciò detto, se si volge lo sguardo all'Ottocento, questa regola generale trova conferma. L'importanza della dottrina generale dello Stato durante l'intero periodo del *Vormärz* era stata incommensurabile. Fu sul suo piano, e non su quello del diritto della Confederazione germanica o dei singoli Stati, che furono combattute le dispute teoriche decisive, e soltanto grazie ad essa le idee politiche furono trasformate in principî giuridici capaci di affermarsi e di trovare una traduzione in norme costituzionali.

Nella seconda metà del secolo l'interesse per la dottrina generale dello Stato rimase vivo fino allo scioglimento della Confederazione germanica (1866). Poi, dagli anni sessanta del secolo fino al Novecento, si apre un vuoto. L'intensa riflessione di un'intera generazione sull'unità nazionale, il cambiamento di paradigma scientifico dal metodo « delle scienze dello Stato » al « metodo giuridico », l'enorme aumento del peso del diritto positivo nell'amministrazione e nella giurisprudenza amministrativa, furono tutti fattori che distolsero le energie intellettuali dalle riflessioni generali, e le indirizzarono verso il « positivo ». Le nette linee di confine che separavano la legge vigente da quelli che venivano dileggiati come « prologhi nel cielo delle idee » (Gerber) resero difficile la situazione per la dottrina generale dello Stato. La risolutezza con cui i sostenitori del « metodo giuridico » manifestarono scarsa considerazione per la trattazione in termini filosofici dello Stato — nonostante loro stessi adoperassero per le proprie costruzioni giuridiche strumenti creati dalla filosofia — spinse la speculazione sullo Stato non puramente giuridica verso l'irrelevanza o l'indifferenza. Nello stesso tempo gli elementi storici, a causa delle pretese metodologiche dello storicismo più rigoroso, si separarono e acquisirono una propria autonomia. Lo stesso accadde agli approcci teorici allo studio della realtà statale e sociale, che cominciarono a riunirsi nella nuova « socio-

logia ». In poche parole, gli elementi giuridici, storici, empirici e filosofici avevano preso ognuno la propria strada.

Per quanto riguarda la filosofia, era mutato l'intero panorama. Il diritto naturale era stato screditato sul piano metodologico — anche quando si ispirava al criticismo kantiano — (2), i sistemi « idealistici », e in particolare quelli hegeliani, non avevano più valore (3). Si parlò di « collasso » dell'idealismo. « Gli empiristi, i positivisti, i realisti, gli storicisti, i naturalisti e gli specialisti di ogni genere poterono presto dire trionfalmente addio al sogno della filosofia naturale e spirituale » (4). La frase che Rudolf von Jhering pubblicò anonimamente nel 1861 — « la speculazione inizia là dove il senso comune finisce; per potersi dedicare ad essa bisogna o non aver mai avuto senso comune, oppure averlo perduto » — era rivolta a quel clima anti-filosofico e affamato di « reale ». Nel grande alveo dello storicismo affiorò la storia della filosofia (K. Fischer, W. Windelband, W. Dilthey), che adesso meditava sul proprio passato. La stessa filosofia divenne un problema per se stessa nel momento in cui si percepì come fenomeno storico. In un certo senso, essa si avvilluppò attorno alla relativizzazione storica della propria esistenza. Alla fine del secolo si poteva in questo senso constatare « una condizione sostanzialmente caotica della filosofia del diritto » (5).

Windelband, per esempio, riassunse così la fine della stagione dell'idealismo: « Dopo quel grande momento, sulla filosofia calaro-

(2) D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, 1976, in particolare 159 ss.; ID., *Naturrecht als politische Theorie. Zur politischen Bedeutung des deutschen Naturrechts im 18. und 19. Jahrhundert*, in H.E. BÖDEKER-U. HERRMANN (a cura di), *Aufklärung als Politisierung - Politisierung der Aufklärung*, 1987, 267-293.

(3) Cfr. però K. ROSENKRANZ, *Hegel als deutscher Nationalphilosoph*, Leipzig 1870; K. KÖSTLIN, *Hegel in philosophischer, politischer und nationaler Beziehung für das deutsche Volk dargestellt*, Tübingen 1870; A. LASSON, *Ueber die Natur des Rechtes*, in J. BERGMANN (a cura di), *Philosophische Monatshefte*, VI. voll., Berlin WS 1870-71, 1-63; ID., *Von der Natur des Staates*, Op. cit., 105-171; conclusivamente U. SCHEUNER, *Hegel und die deutsche Staatslehre des 19. und 20. Jahrhunderts*, in ID., *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, 81-100.

(4) C. SCHMITT, postfazione a L.V. STEIN, *Zur Preußischen Verfassungsfrage*, 1940, 62.

(5) E. LINGG, *Wesen und Aufgaben der Rechtsphilosophie*, in « Grünhuts Zeitschr. », 18 (1891), 42-63 (45).

no l'autunno e l'inverno. La forza creatrice dalla quale era sorto un sistema dietro l'altro si esaurì, e all'ebbrezza della speculazione seguì il disincanto. A ciò si aggiunsero le nebbie che avvolsero l'Europa nel periodo della Restaurazione, e che furono tanto più fitte in Germania. Poi, quando questa cupa atmosfera cominciò a dissolversi e tutto diventò più fresco e vivace — tranne che per i pochi sostenitori della grande tradizione —, andò perduto il nesso tra il pensiero filosofico e l'impostazione universalistica che aveva costituito il segreto di quel periodo di massimo splendore. I tempi erano rapidamente cambiati » (6).

È chiaro come il positivismo delle scienze naturali e spirituali abbia dominato per tutta la seconda metà dell'Ottocento. Si era convinti che il tempo della speculazione filosofica fosse concluso, e che adesso si fosse davanti ai « fatti » (7), alla *Realpolitik* e al diritto « positivo » vigente. Tuttavia, il « collasso » della filosofia idealista non comportò una sua totale rimozione. Dopo il 1848-49 l'etica normativa insita in essa risultò indebolita, ma continuò ad esistere sotto altre forme, spesso banalizzate, specialmente tra i giuristi. A dare un forte impulso in questa direzione fu la situazione politica: nella nuova fase della Restaurazione (1850-60) fu ristabilita la configurazione del *Vormärz*. L'opposizione liberale si schierò contro il dominante clima di restaurazione, parlando in termini normativi di moralizzazione della politica e di superamento dei contrasti interni. Le « dottrine generali dello Stato » scritte in questi anni hanno una radice liberale. Heinrich Ahrens, Joseph von Held, Johann Caspar Bluntschli e Constantin Frantz sono liberali diventati più moderati e « realisti ». Essi accettano la monarchia costituzionale come modello riformabile, sollecitano il superamento dei conflitti da una parte attraverso l'impegno morale dell'individuo, dall'altra tramite una concezione organicista dello Stato più aperta verso la società. Dal liberalismo « progressista » li separava tuttavia l'avversione nei confronti del positivismo materialista e dell'assoluta fiducia nel progresso tecnologico. Pur rimanendo tutti nell'alveo del « liberalismo

(6) W. WINDELBAND, *Die Geschichte der Neueren Philosophie*, 2. voll., 3^a ed. Leipzig 1904, 408.

(7) L. GRUNICKE, *Der Begriff der Tatsache in der positivistischen Philosophie des 19. Jahrhunderts*, 1930.

organico » idealista, ognuno reagì a proprio modo di fronte ai cambiamenti che segnarono il loro tempo.

2. *Terminologia e definizioni.*

Dopo la nascita tra Seicento e Settecento ⁽⁸⁾ di uno *ius publicum universale* autonomo, terminologia e definizioni erano rimasti incerti. Durante il periodo del *Vormärz* occorreva tenere distinto il senso di un « diritto pubblico comune tedesco », e di una « politica » estranea alla scienza giuridica, da ciò che nel tardo Settecento era indicato da espressioni come « diritto pubblico secondo ragione », « diritto pubblico naturale », « dottrina dello Stato » o, più tardi, « dottrina generale dello Stato » ⁽⁹⁾. Era chiaro che non si trattava del diritto pubblico vigente. Al contrario, la pretesa e la ragione di validità delle riflessioni generali sullo Stato rimasero proprio per questo motivo incerte, perché dopo il 1850 le singole discipline scientifiche si frammentarono in una misura fino ad allora ignota. L'etnologia, l'antropologia, la sociologia, l'economia politica, la statistica, la demografia, la scienza delle finanze e tutte le discipline storiche contribuirono alle conoscenze sullo Stato. Il vero problema era costituito dalla cornice concettuale in cui poter inserire tutto questo.

« Nella seconda metà dell'Ottocento la dottrina dello Stato viene considerata come una disciplina autonoma, accanto al diritto pubblico e alla politica, come una dottrina naturale dello Stato o ancora come un complesso di scienze dello Stato a carattere teorico, e quindi distinte da quelle a carattere pratico. Nella seconda metà del secolo R. v. Mohl insegna dottrina dello Stato come autonoma disciplina delle scienze dello Stato, influenzando così anche altri. Tuttavia, essa mancava di una propria specificità, radicale e condivisa, che la distinguesse dal diritto pubblico e dalla politica, senza contare che le trattazioni sull'argomento abbondavano di aspetti

⁽⁸⁾ *Geschichte*, 291 ss. (trad. it. 372 ss.).

⁽⁹⁾ H. KURIKI, *Die Rolle des Allgemeinen Staatsrechts in Deutschland von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts*, AöR, 99 (1974), 556-589.

oscuri e di contraddizioni». Con queste parole Georg Jellinek⁽¹⁰⁾ ripercorreva le vicende dell'Ottocento, e distingueva le considerazioni sullo Stato a carattere empirico proprie delle scienze sociali dall'aspetto normativo, che veniva a sua volta distinto in dottrina generale dello Stato, intesa come « dottrina dei concetti fondamentali del diritto pubblico »⁽¹¹⁾, e in dottrina del diritto pubblico vigente. Di conseguenza le linee di confine tra le due prospettive, riconoscibili già da tempo, furono tracciate ancora una volta con nettezza. Si distingueva tra essere e dover essere, tra valutazione empirica e valutazione normativa. Le dottrine normative furono messe a confronto con le diverse « dottrine sociali » sullo Stato. In base a questo schema Jellinek riordinò il materiale storico e tracciò con grande precisione le linee di sviluppo di quasi tutte le discipline dall'antichità fino al presente. Eppure anch'egli — nonostante la continua citazione di nuovi autori — registra un vuoto nella seconda metà dell'Ottocento. Nella premessa alla sua *Allgemeine Staatslehre* del 1900, Jellinek prende atto che « ormai è da più di una generazione che non vede la luce un'opera generale in questo campo, capace di uscire dalla ristretta cerchia dei suoi cultori ». Se si considerano gli anni che vanno dal 1865 al 1900, non si può che essere d'accordo con questa conclusione. I pochi tentativi⁽¹²⁾ di redigere una « dottrina generale dello Stato » tra la fondazione della Confederazione germanica del Nord e l'inizio del Novecento, non ebbero alcun effetto. Vi fu una evidente concomitanza di cause

⁽¹⁰⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900), 3^a ed. (sesta ristampa), 1959, 61 ss. (trad. it. *La dottrina generale dello Stato*, traduzione italiana sulla 2^a ed. tedesca di Modestino Petrozziello; con introduzione e capitoli aggiunti di Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1921).

⁽¹¹⁾ Op. cit. 64 s.

⁽¹²⁾ Oltre alle opere di Seydel, Gareis, Rehm e Bornhak trattate nel testo cfr. anche A. AFFOLTER, *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts*, Stuttgart 1892; Id., *Naturgesetze und Rechtsgesetze*, München 1904, autore anche di numerosi saggi sulla dottrina dello Stato: *Der Positivismus in der Rechtswissenschaft*, AöR, 12 (1897) 23-43; *Studien zum Staatsbegriff*, AöR, 17 (1902), 93-140; *Zur Lehre von der Persönlichkeit des Staates*, AöR, 20 (1906), 374-414; *Rechtsbegriff und Wirklichkeit*, AöR, 21 (1907), 410-436; *Staat und Recht*, in « (Hirths) Annalen », 1907, 51-70, 113-128, 161-193, 811-848; *Zur Normentheorie*, AöR, 23 (1908), 361-418; *Rechtsvorschrift und Verwaltungsvorschrift: rechtliche und technische Verwaltung*, AöR, 27 (1911), 367-385. Questi non va confuso con l'esperto di diritto pubblico di Heidelberg F.X. Affolter (DRÜLL, 2).

interne ed esterne, come la cattiva « qualità » delle singole opere e la scarsa disponibilità della dottrina del diritto pubblico e della società a occuparsi di questioni di principio.

Negli anni compresi tra il 1850 e il 1865, invece, la situazione era stata completamente diversa. Anche soltanto il numero delle edizioni e delle traduzioni delle opere di dottrina generale dello Stato, all'epoca tanto diffuse, dimostra la larga risonanza appunto di quelle opere che affondavano le proprie radici nella tradizione giusnaturalistica e idealistica, e che cercavano di opporre una resistenza alla generale tendenza al riconoscimento dell'autonomia e alla specializzazione delle diverse discipline.

II. *Diritto naturale e tardo idealismo.*

1. *K.Ch.F. Krause e H. Abrens.*

La tradizione del diritto naturale, metafisicamente fondato, nel corso dell'Ottocento si indebolì, ma non fu del tutto cancellata ⁽¹³⁾. Dietro al diritto positivo vi era sempre la *Rechtsidee*, l'idea del diritto « vero », « sempiterno » e « autentico ». Si parlava ancora della « essenza » di determinate figure giuridiche, nel tentativo di trovare una sistemazione scientifica al di là di quella offerta dal diritto positivo. Anche l'apparato concettuale hegeliano, che apparentemente si sviluppava a partire dalle cose, con la sua pretesa di normatività apparteneva a una « necessità ». Ciò che accomuna queste varianti è lo sdoppiamento del piano giuridico della validità. Al di sopra del diritto positivo, che aveva forza in virtù del procedimento di formazione delle leggi fissato a livello costituzionale, oppure in virtù, rispettivamente, di un riconoscimento (diritto consuetudinario) o di un potere ordinativo prestabilito (diritto giurisprudenziale), vi era un secondo piano, quello del diritto valido in virtù del richiamo legittimante alla religione, alla metafisica o alla logica delle cose. A volte si cercava di stabilire uno stretto nesso tra i due piani, avvicinando cioè quanto più possibile il diritto positivo al diritto ultra-positivo, a volte invece lo si evitava espressamente per

⁽¹³⁾ KLIPPEL, *Naturrecht als politische Theorie* (nt. 2), 277 ss.

mettere in evidenza la distanza tra l'idealità e la cruda realtà. Lo stato di tensione che, per queste ragioni, si venne a creare, indusse a una continua strumentalizzazione politica, e nel tardo Settecento e nei primi anni dell'Ottocento portò a una severa critica nei confronti dei detentori del potere. Non è infatti un caso che il richiamo al diritto naturale sia stato considerato come un segno politico sospetto di simpatie rivoluzionarie.

Tutto questo risulta evidente nell'influente dottrina « idealista » di Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832), permeata di elementi utopistici. Si tratta di una filosofia di carattere pre-kantiano sia per quanto riguarda la questione del fondamento e della validità del diritto nel concetto di Dio — la tesi del « panenteismo » di Krause — sia per quanto concerne la sua conoscibilità intuitiva attraverso la « autocoscienza razionale » degli uomini. Il suo apparato terminologico era tuttavia idealistico, e il suo contenuto politico era lontano tanto dalla sussunzione fichtiana ed hegeliana dell'individuo nell'unità statale, quanto dall'individualismo illuminista di Rotteck e Aretin.

Krause faceva emergere il diritto dalle formazioni sociali in cui gli uomini si riunivano; riconosceva dunque allo Stato un limitato ruolo di garanzia dell'ordinamento giuridico. Egli credeva nello sviluppo armonioso di individui liberi ma che venivano tenuti insieme da reciproci doveri, sostenne la assoluta parità delle donne, e immaginò un'evoluzione organica e complessiva che avrebbe condotto alla formazione di repubbliche libere e infine a uno Stato mondiale. Il suo bisogno d'armonia lo portò non soltanto a considerare il mondo degli uomini e il mondo naturale come pariordinati, ma anche a prevedere che, se tutti avessero partecipato allo Stato appianando di comune accordo i loro contrasti, alla fine sarebbe scomparsa la diseguaglianza tra i sessi, tra i gruppi sociali e tra le razze ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ P. LANDAU, *Karl Christian Friedrich Krauses Rechtsphilosophie*, in K.-M. KODALLE (a cura di), *Karl Christian Friedrich Krause (1781-1832). Studien zu seiner Philosophie und zum Krausismo*, 1985, 80-92; ID., *Karl Christian Krause und Christian Wolff. Zu den Wurzeln des « Krausismo » im deutschen Naturrecht*, in L. PHILIPPS-R. WITTMANN (a cura di), *Rechtsentstehung und Rechtskultur. H. Scholler z. 60. Geb.*, 1991; E.M. UREÑA, *K.C.F. Krause*, 1991.

Ad Heidelberg, il suo allievo più importante — insieme a Hermann von Leonhardi (1809-1875) ⁽¹⁵⁾ e a Karl David August Röder ⁽¹⁶⁾ — fu Heinrich Ahrens (1808-1874) ⁽¹⁷⁾, che aveva seguito i corsi di Krause a Gottinga. L'esordio scientifico di Ahrens coincise con la rivoluzione di luglio in Francia del 1830. Gustav Hugo negò l'*imprimatur* al suo scritto sulla Confederazione germanica, in cui Ahrens rivendicava una rappresentanza nazionale ⁽¹⁸⁾. Per aver partecipato nel 1831 al *Privatdozentenputsch* di Gottinga ⁽¹⁹⁾, fu costretto a fuggire a Parigi, dove cominciò a tenere lezioni di filosofia. Nel 1834 accettò l'offerta di una cattedra di filosofia e diritto naturale a Bruxelles ⁽²⁰⁾. Nel 1848 fu eletto come rappresentante di Salzgitter, la sua città natale, nella *Paulskirche*, dove si pronunciò a favore della soluzione grande-tedesca, e mise in guardia dai pericoli di una supremazia prussiana ⁽²¹⁾. Anche per questo motivo ebbe l'occasione di insegnare presso l'università di Graz nel 1849-50, che accolse con entusiasmo ⁽²²⁾. Quando però « in Austria la filosofia del diritto fu cancellata dall'elenco delle materie oggetto

⁽¹⁵⁾ H. v. Leonhardi studiò a Gottinga (1827) e a Monaco (1829), e ottenne il dottorato in filosofia a Tubinga nel 1838. A partire dal 1848 fu professore di filosofia all'università Karl-Ferdinand di Praga. Qui organizzò il primo congresso internazionale di filosofia nel 1868.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *supra*, cap. 3, nt. 339 e DRÜLL, 221.

⁽¹⁷⁾ R. SCHRÖDER, *Zur Rechtsphilosophie des Krause-Schülers Heinrich Ahrens (1808-1874)*, in KODALLE (nt. 14), 93-111; E. HERZER, *Der Naturrechtsphilosoph Heinrich Ahrens (1808-1874)*, 1993.

⁽¹⁸⁾ H. AHRENS, *De confoederatione germanicarum civitatum*, Göttingen 1830.

⁽¹⁹⁾ HUBER, II, 88.

⁽²⁰⁾ H. AHRENS, *Cours de droit naturel*, Paris 1838, 8^a ed., Leipzig 1892; in tedesco pubblicato con il titolo *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates. Auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Cultur*, 6^a ed., 2 voll., Wien 1870-71. Il diritto pubblico è trattato nel secondo volume, §§ 103 ss.

⁽²¹⁾ Egli apparteneva al gruppo denominato « Württemberger Hof », poi dal luglio del 1848 alla loro scissione « Westendhall ». Cfr. LANDSBERG, III-2, 655, nt. 281 s.: W. SIEMANN, *Die Frankfurter Nationalversammlung 1848-49 zwischen demokratischem Liberalismus und konservativer Reform*, 1976 con ulter. lett.

⁽²²⁾ W. BRAUNEDER, *Formen und Tragweite des deutschen Einflusses auf die österreichische Verwaltungsrechtswissenschaft 1850- 1914*, in E.V. HEYEN (a cura di), *Wissenschaft und Verwaltung seit dem Ancien Régime*, 1984, 269 ss.

dell'esame di Stato » (23), si trasferì a Lipsia come professore di filosofia pratica e di politica.

Le sue opere, come il *Cours de philosophie* (1836-38), il *Cours de droit naturel* (1838), il *Naturrecht oder die Philosophie des Rechts*, così come la sua *Juristische Encyklopädie* (1855-57), furono diffuse in molti paesi e tradotte in diverse lingue (24). In questo modo Ahrens diffuse la filosofia di Krause da Bruxelles nei paesi di lingua francese e poi di lingua spagnola, in particolare in America Latina (25). Il particolare fascino di Krause e di Ahrens oggi non è assolutamente comprensibile, se non si considera il clima politico e culturale dei rispettivi paesi. Si dovrebbe tener presente che nel loro caso non si tratta tanto di una rigida filosofia scientifica, quanto piuttosto di una dottrina di vita, umanitaria e con principî aperti e armonizzanti. Essa poggiava su di una base religiosa confessionalmente neutrale, in larga misura condivisibile, collegata a posizioni liberali moderate, e seguiva una linea equidistante dal liberalismo dogmatico e dagli atteggiamenti conservatori. Ahrens si distanziò nettamente da Schelling e da Hegel, i quali simboleggiavano a suo avviso la « filosofia dell'unitarietà », il « panteismo », l'unitarismo politico e la divinizzazione dello Stato. Lo sviluppo della sua filosofia corrispose, si potrebbe dire, per contrappunto alla fine della filosofia idealista, generalmente acclarata proprio intorno alla metà del secolo.

La seconda parte della filosofia del diritto e dello Stato di Ahrens era una « dottrina dello Stato organicistica fondata su principî filo-

(23) SCHRÖDER (nt. 8), 97. Accenni a questa azione, che ebbe luogo anche in Belgio, nell'introduzione alla 6ª ed. del *Naturrecht* di AHRENS, vol. I, Wien 1870, IX s. Dettagliato sul periodo di Graz BRAUNEDER (nt. 22), 249 ss. (269 s.) Successore di Ahrens a Lipsia fu Karl Viktor Fricker (1830-1907). Cfr. K. BÜCHER, *Karl Viktor Fricker*, ZgStW 64 (1908) 193-200.

(24) Nella sua introduzione AHRENS (nt. 23) disse: « Esistono... oltre alla traduzione tedesca (1846) della seconda edizione francese, quattro traduzioni in Italia, tre in Spagna, due in Portogallo e Brasile, una in ungherese delle diverse edizioni francesi, cosicché esistono finora venti edizioni dell'opera. »

(25) Per il « Krausismo » spagnolo e argentino cfr. la voce corrispondente in G. KLAUS-M. BUHR (a cura di), *Philosophisches Wörterbuch*, 6ª ed. 1969, vol. II, 612-623, e l'articolo di KODALLE (nt. 14), 133 ss.

sofici e antropologici » (26). In essa viene proposto un « idealismo di Stato » che avrebbe dovuto collegare dimensione oggettiva e soggettiva, normatività e realtà, passato e presente, nazione e umanità. I toni sono essenzialmente liberali: lo Stato deve svilupparsi in modo organico, deve tenere insieme una molteplicità di parti, si deve organizzare secondo il principio giuridico e deve garantire la libertà ma anche l'ordine. Nella parte generale Ahrens esamina l'idea di umanità e il suo fine, esamina il diritto inteso come autonoma idea vitale, le « forze dello sviluppo » e la struttura della società. Chi, però, immaginasse un tentativo di descrizione empirica, reale e sociologica, rimarrebbe deluso. Infatti Ahrens non può competere con lo sguardo analitico di Karl Marx e Lorenz von Stein. La realtà sociale non fa per lui.

Tutto questo si coglie anche nella parte speciale, in cui Ahrens descrive l'essenza, il fine e l'origine dello Stato. Come in Krause, la portata dello Stato è limitata. Lo Stato è un mezzo per la realizzazione concreta del diritto, in quanto « insieme organico costituito dalle condizioni, che dipendono dalla volontà degli uomini, della realizzazione dell'uomo che si deve esprimere nella libertà razionale » (27). Le modalità operative e gli organi dello Stato, nonché le sue caratteristiche naturali, rimasero abbozzate nella parte generale. La dottrina di Ahrens era applicabile alla monarchia costituzionale, ma era anche aperta a un futuro repubblicano. Tutto sommato si trattava di un libro del *juste milieu*, « riconciliante », umanitario e anti-nazionalistico, che voleva offrire un contributo per il dibattito sulla moralizzazione della questione sociale, che si stava ormai delineando, e alle sue proposte in ambito economico e politico-sociale.

2. L.J. Gerstner, H. Bischof.

Anche l'esperto di economia pubblica Ludwig Joseph Gerstner (1830-1883) (28), di Würzburg, presentò una dottrina generale dello

(26) Vol. I, Wien 1850. La versione successiva in *Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates*, 6^a ed. (nt. 20), vol. 2.

(27) Op. cit., 102. Similmente nella *Juristische Encyklopädie*, Wien 1855, 105, in cui lo Stato viene descritto come struttura « in cui viene perseguito lo scopo dell'umanità, e in particolar modo quello del diritto ».

(28) Ludwig Joseph Gerstner, nato a Burg Abenberg (Franconia centrale) studiò dal 1849 a Erlangen; nel 1856 dottore in scienze dello Stato a Tubinga; nel 1857 ottenne

Stato « cristiana ed organicistica » nel suo *Die Grundlehren der Staatsverwaltung* (29), un testo che, tra l'altro, prendeva spunto dalla « riorganizzazione amministrativa bavarese » (come si evince dalla premessa). Per Gerstner lo Stato non è solamente un prodotto della storia, ma è anche « unità e totalità », dono divino dalle sconfinite finalità, « un'entità organica voluta da Dio che, in accordo con le leggi di natura e la libertà, emerge da un territorio specifico sotto la forma di una potenza autonoma e con una propria personalità, con l'obiettivo di perfezionare i suoi membri sul piano fisico-materiale ed etico-spirituale sotto la guida della più alta e autorevole volontà e in accordo con norme determinate » (30). Sebbene questo possa sembrare una trasposizione ottocentesca di dottrine giusnaturaliste del Settecento, il compendio di Gerstner non è davvero fuori del proprio tempo. Nella separazione tra Stato e società, così come nella prefigurazione di un'interazione tra costituzione e amministrazione, Gerstner riprende il pensiero di Mohl. Anche il superamento della dicotomia tra sovranità del principe e sovranità popolare nel concetto di « sovranità statale » è assolutamente adeguato ai tempi. Inoltre, il suo tentativo di elaborare una esaustiva « scienza dell'amministrazione dello Stato » (31) come luogo di tutte le « dottrine dell'amministrazione in campo materiale », è molto vicino alla « scienza dell'amministrazione » di Lorenz von Stein sia nel tempo sia nel contenuto. Peraltro, Gerstner non portò a termine l'elaborazione del sistema di cui in quest'opera aveva tratteggiato i contorni.

Non molto distante da Gerstner è il filosofo e giurista Hermann Bischof (32), di Gießen, allievo di Immanuel Hermann Fichte. Anche

l'abilitazione alla libera docenza (con un lavoro intitolato *Beitrag zur Lehre vom Capital*) a Erlangen, nel 1862 professore straordinario e nel 1863 professore ordinario di economia pubblica a Würzburg. Dal 1869 Gerstner fu membro del parlamento del *Land*, dal 1871 al 1874 del *Reichstag*. Oltre all'opera discussa nel testo, Gerstner pubblicò due commentari alle leggi bavaresi e alcune opere minori di economia nazionale (Univ. Archiv Würzburg, ARS 486).

(29) L.J. GERSTNER, *Die Grundlehren der Staatsverwaltung*, I, *Einleitung in die gesamte Staatsverwaltungslehre*, Würzburg 1862.

(30) Ivi, 53.

(31) Ivi, 222.

(32) H. BISCHOF, *Allgemeine Staatslehre, gestützt auf geschichtliche Grundlage und christliche Prinzipien zur Lösung der socialen Probleme des 19. Jahrhunderts für die Träger*

per lui il diritto non è un prodotto umano ma è invece « l'espressione dell'ordine cosmico divino che permea gli uomini, le cose e i modi d'essere » (33). Lo Stato, di conseguenza, non è una struttura creata volontaristicamente, su base contrattuale, ma è un prodotto della storia di natura ideale. È, come la nazione, una « individualità morale ». La storia e la ragione sono i suoi fondamenti. Come Gerstner, anche Bischof sostiene, in accordo con Mohl, la separazione tra scienza politica e scienza sociale.

3. J.C. Bluntschli.

In Germania, per i due decenni successivi all'esperienza della *Paulskirche*, né Ahrens né tanto meno Gerstner e Bischof lasciarono una traccia. Successo ebbe invece lo svizzero Johann Caspar Bluntschli (1808-1881) (34). Dopo gli studi a Zurigo, Berlino (35) e Bonn, dove nel 1829 si addottorò con una tesi in diritto romano, Bluntschli cominciò la propria carriera come cancelliere e consulente giuridico a Zurigo, per diventare poi docente universitario. Nel 1833 divenne professore straordinario, e nel 1838 ordinario di diritto romano, diritto privato e diritto particolare zurighese presso la nuova università di Zurigo. Qui concepì, in un certo senso come prodotto svizzero della scuola storica del diritto, la celebre *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich* (36). A partire dal 1840, divenuto membro del Gran Consiglio del cantone di Zurigo, Bluntschli lavorò al codice di diritto privato zurighese, di cui

der allgemeinen deutschen Bildung und als Leitfaden bei akademischen Vorlesungen, Gießen 1860. Cfr. ID., *Nothrecht des Staates*, Gießen 1859; ID., *Grundzüge eines Systems der Volkswirtschaftslehre*, Graz 1876.

(33) BISCHOF (nt. 32), 143.

(34) MEYER v. KNONAU, in ADB, 47 (1903) 33; H. FRITSCH, *Johann Caspar Bluntschli*, in *Schweizer Juristen der letzten 100 Jahre*, Zurigo 1945, 135 ss; H. MITTEIS, in NDB, 2 (1995) 337 s.; E. FORSTER, in KLEINHEYER-SCHRÖDER, 43-46; DRÜLL, 23 con ulter. lett.

(35) Appunti dalle lezioni di Savigny si trovano nel lascito di Bluntschli alla University Johns Hopkins, USA. La corrispondenza di Bluntschli con Savigny, Niebuhr, Ranke, Grimm e F. Meyer è stata pubblicata da WILHELM OECHSLI, Frauenfeld 1915.

(36) J.C. BLUNTSCHLI, *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich*, 2 voll., Zurigo 1838-39, 2ª ed. 1856; ID., *Geschichte des schweizerischen Bundesrechtes von den ersten ewigen Bünden bis auf die Gegenwart*, 2 voll., Zurigo 1849, 1852.

fu il vero artefice. « Il codice di diritto privato di Bluntschli rappresenta, con il suo linguaggio chiaro e schietto, con un impianto sistematico che rinuncia a una parte generale, e con il consapevole collegamento delle istituzioni e delle norme giuridiche tradizionali con le correnti teoriche contemporanee, il primo grande successo dell'ala modernista-liberale dei germanisti » (37).

A causa di una sconfitta politica (38), di per sé insignificante, Bluntschli si trasferì nel 1848 a Monaco, dove diventò professore di diritto privato (39) e di diritto pubblico. Da lì in poi i suoi interessi teorici si spostarono sul diritto pubblico generale e sul diritto internazionale (40). Nel 1851-52 fu pubblicato a Monaco il suo *Allgemeines Staatsrecht* (41). Si trattava di un libro ottimista, che strideva con la mancanza di prospettive che aveva segnato il liberalismo dopo il 1849, e per questo fu accolto in maniera positiva: « in un periodo di profonda crisi politica, in cui molti hanno perduto ogni fiducia nel miglioramento del nostro popolo per mezzo dello Stato e in una più elevata natura morale dello Stato, l'intelligente opera di Bluntschli ha davvero portato una ventata di aria fresca » (42).

In questa opera Bluntschli dimostrò di possedere una conoscenza enciclopedica, pari a quella dimostrata nel *Vormärz* da Karl Salomo Zachariä o Friedrich Schmitthenner. Nel primo volume

(37) H. PETER, in HRG, I (1971) 456-458 (456).

(38) Nel 1844 Bluntschli fu sconfitto alle elezioni in cui era candidato alla carica di sindaco, ma nel 1845 diventò presidente del Gran Consiglio. Su questa sconfitta Gottfried Keller scrisse una poesia sarcastica, *Drei Narren unter einem Hut*.

(39) J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, voll. 2 1853-54, 3^a ed. (a cura di F. Dahn), München 1864.

(40) J.C. BLUNTSCHLI, *Geschichte des Allgemeinen Staatsrechts und der Politik*, Monaco 1864; dopo come *Geschichte der neueren Staatswissenschaften*, 3^a ed. 1881 (ristampa 1964); ID., *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen 1868.

(41) J.C. BLUNTSCHLI, *Allgemeines Staatsrecht, geschichtlich begründet*, München 1851-52 (2^a ed. in 2 voll. 1857, 3^a ed. 1863, 4^a ed. München 1868, 5^a ed. nel 1875 con soprattitolo *Lehre vom modernen Staate* e integrato con la terza parte *Politik*, 6^a ed. sotto il titolo di *Allgemeine Staatslehre* rivista da Edgar Loening, 2 voll. Stuttgart 1886, ristampata nel 1965).

(42) H. SCHULZE, 1853, cit. da E. LOENING, prefazione alla 6^a ed., Stoccarda 1886 (ristampa 1965), VIII.

dell'opera, intitolato *Allgemeine Staatslehre*, Bluntschli parte da un'esposizione dei presupposti antropologici, etnici e geografici della genesi dello Stato ⁽⁴³⁾, e tratta in modo trasparente i temi classici della finalità dello Stato, delle sue forme, della sovranità e degli apparati. Questa ricostruzione si basa sull'impianto liberale storico-organicistico tipico del *Vormärz*, che si presenta adesso in una forma più « moderata », vale a dire maggiormente compatibile con la restaurazione successiva al 1849. Lo scopo principale dello Stato non è più rappresentato dalla partecipazione politica e dai diritti di libertà, ma dall'equilibrio tra libertà e ordine. Il compito dello Stato è lo « sviluppo della struttura del popolo, il completamento e infine la perfezione della vita del popolo » (in armonia) « con il destino dall'umanità » ⁽⁴⁴⁾. Singolare è anche il fatto che i diritti individuali e politici di libertà vengano trattati soltanto alla fine dell'opera; essi non sono più « costitutivi ».

Nel volume successivo, intitolato *Allgemeines Staatsrecht*, Bluntschli concepisce la monarchia costituzionale come una categoria specificamente tedesca, distinguendola dai modelli inglesi e francesi. Il potere monarchico e la costituzione rappresentativa appaiono qui — nel quadro di una divisione dei poteri rudimentale — connessi stabilmente. Un particolare fattore di stabilizzazione di questo rapporto è l'amministrazione, che include l'intervento statale nell'economia e la cultura. Le monarchie costituzionali tedesche degli anni cinquanta e sessanta non rappresentano certo per Bluntschli modelli ideali, ma sembrano tuttavia offrire un buon punto di partenza per il liberalismo riformista ⁽⁴⁵⁾. Avevano una portata modesta anche i progetti di riforma proposti da Bluntschli,

⁽⁴³⁾ Sul rapporto tra Bluntschli e Friedrich Rohmer, dal quale adottò « il paragone assolutamente folle tra lo Stato e il corpo umano con i suoi organi » (MOHL, *Lebenserinnerungen*, II, 153), cfr. H. SCHULTHESS, *Zu J.C. Bluntschlis Leben und Wirken vom Rohmerschen Standpunkte aus*, Nördlingen 1882; S.D. SCHMIDT, *Die Allgemeine Staatslehre Johann Caspar Bluntschlis*, tesi, München 1966, 136 ss.

⁽⁴⁴⁾ 6^a ed., vol. I, 362.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. la sua requisitoria per una giurisdizione speciale di diritto amministrativo (II, 351 ss.): « Forse il futuro soddisferà l'ideale delle corti di giustizia pubbliche e legali per tutti i conflitti di diritto pubblico » (351); J.C. BLUNTSCHLI, *Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtspflege; eine Studie betreffend die neueste Gesetzgebung in Baden*, in « Krit. Viertelj.schr. f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft », 1864, 257-291.

il quale tra l'altro aveva espresso posizioni antisemite ⁽⁴⁶⁾. In questo senso, i suoi critici lo collocarono a ragione tra i « liberali conservatori ».

Ciononostante, o forse proprio grazie a questo registro idealistico, corrispondente al sentimento nazional-liberale ma assolutamente consapevole della realtà politica, e anche grazie alla scrittura piana e di facile comprensione, l'opera ebbe un grande successo ⁽⁴⁷⁾. Essa riprendeva in chiave moderata la tradizione del *Vormärz*, privandola però dei suoi elementi rivoluzionari, riflettendo costantemente lo sviluppo storico-organico. Lo slogan dello « Stato moderno » si consolidò. Tale espressione indicava lo Stato di diritto, basato sulla costituzione e sulla rappresentanza, che nel 1848 si era ormai definitivamente liberato degli ultimi resti dell'*ancien régime*, garante dei diritti dell'uomo, barriera di separazione tra diritto privato e diritto pubblico. « Lo Stato moderno è consapevole di sé. Agisce secondo principî. È razionale, non istintivo. La legge è la più importante fonte del diritto » ⁽⁴⁸⁾.

Questa posizione centrava un punto nevralgico dello schieramento borghese e corrispondeva alle aspettative della sua maggioranza. Il *Deutsches Staatswörterbuch* ⁽⁴⁹⁾ pubblicato da Bluntschli e Karl Brater ⁽⁵⁰⁾ (1819-1869), che abbiamo già menzionato, si rivelò un'impresa collettiva di riflessione sul liberalismo simile a quella rappresentata dallo *Staatslexikon* di Rotteck e Welcker nel *Vormärz*.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. per esempio J.C. BLUNTSCHLI, *Die Neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, Zurich 1839, 2^a ed. Zurich 1862, 70, dove afferma, contro Stahl, « che una corrente ebraica della teocrazia attraversa l'intero sistema come un filo rosso, rendendolo in parte inadatto al mondo ariano-europeo della nostra epoca ».

⁽⁴⁷⁾ Traduzioni: *Le Droit public général*, 1880, 2^a ed. 1885; *Dottrina generale dello Stato moderno*, Napoli 1883; *The Theory of State*, London 1885 (vol. 1). Per le edizioni tedesche cfr. nt. 41.

⁽⁴⁸⁾ Vol. I, 68. Il libro 1, cap. 6, contiene un confronto sinottico delle « principali differenze tra il concetto dello Stato moderno e quello antico e medievale ». Cfr. al riguardo l'opera accurata di J. VONTOBEL, *Die liberal-konservative organische Rechts- und Staatslehre Johann Caspar Bluntschlis 1808-1881*, Zurich 1956, in part. 65 ss.; M. BULLINGER, *Johann Caspar Bluntschli*, JZ 1958, 560; SCHMIDT (nt. 43).

⁽⁴⁹⁾ TH. SCHIEDER, in NDB, 2 538. Cfr. *supra*, cap. 7, nt. 19.

⁽⁵⁰⁾ *Deutsches Staatswörterbuch. In Verbindung mit deutschen Gelehrten herausgegeben von J.C. Bluntschli unter Mitredaktion von Carl Brater*, 11 voll., Leipzig-Zurich 1857-1870.

Portava con sé il messaggio dello Stato costituzionale di diritto liberale e « moderno », sostenuto da una borghesia moderata che aveva abbandonato le utopie politiche e la filosofia speculativa, rivolgendo la propria attenzione ai concreti dati economici e politici, e che vedeva avvicinarsi un pericolo sociale senza sapere con quali mezzi poterlo affrontare.

Nel 1861 Bluntschli venne chiamato ad Heidelberg come successore di Mohl. Divenne membro della Camera alta (1861-1871, 1879-1881), a partire dal 1873 fu deputato e poi ancora presidente della Camera bassa, anziano del sinodo della Chiesa evangelica locale e titolare di altri incarichi: tutto questo ne fa, dunque, una figura di riferimento del liberalismo della Germania sud-occidentale di quegli anni ⁽⁵¹⁾.

4. J. v. Held.

Nei *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts* di Joseph von Held (1815-1890) ⁽⁵²⁾, pubblicati nel 1868 ⁽⁵³⁾, si avverte la forte influenza dell'opera di Bluntschli. Held tuttavia aveva un approccio meno storico e più filosofico (giuridico). Il suo obiettivo era quello di individuare i principî giuridici su cui si fondava tutto il diritto pubblico. In questa prospettiva, Held vede il compito del diritto pubblico generale nel « dibattere in chiave giuridica i concetti e le relazioni generali su cui poggia il diritto positivo e che non sono stabiliti da legge alcuna, e le giuste regole della scienza generale senza le quali l'applicazione del diritto positivo risulta impossibile » ⁽⁵⁴⁾. La politica, la filosofia e la storia devono essere tenuti presenti, ma per Held decisivi sono il carattere giuridico, il ruolo della deduzione logica, la necessità della separazione degli « elementi giuridici della vita pubblica da tutti gli elementi che giuridici non sono », come anche il rifiuto « di ogni falsa analogia col diritto

⁽⁵¹⁾ J.C. BLUNTSCHLI, *Denkwürdiges aus meinem Leben*, a cura di R. Seyerlen, 3 voll., Nördlingen 1884.

⁽⁵²⁾ Cfr. *supra* cap. 8, nt. 26.

⁽⁵³⁾ J. v. HELD, *Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts*, Leipzig 1868 (rist. 1975).

⁽⁵⁴⁾ Op. cit. 111.

privato » (55). Si possono qui percepire con chiarezza le massime metodologiche di Gerber del 1865.

Tuttavia, i risultati che Held raggiunse nel tentativo di realizzare questo programma, furono contraddittori. La giustificazione della validità giuridica dei principî da cui partiva era già di per sé problematica. Infatti, da una parte Held prendeva in considerazione « i principî dello Stato (56), universali ed eterni, che determinano il diritto pubblico », in base ai quali il diritto positivo poteva essere misurato; dall'altra parte, egli era « assolutamente certo che il diritto pubblico generale, in quanto disciplina giuridica, sia essenzialmente fondato [...] su leggi o consuetudini di diritto positivo » (57). In questo modo, i « principî giuridici » di Held rimanevano sospesi tra una validità per natura e una validità derivata dal diritto positivo. Ciò era il risultato della sua caratteristica posizione intermedia tra una filosofia idealista ormai sfiorita, del cui declino Held era perfettamente consapevole, e il nuovo « metodo giuridico ».

Il libro sembra contraddittorio anche per quanto riguarda il contenuto. Inizia trattando delle persone naturali e giuridiche, ivi incluso lo Stato come *persona publica*, per poi passare all'esame del « concetto di diritto pubblico generale » e delle sue fonti, esponendo dettagliatamente le fonti del diritto positivo (trattato, legge). Una volta arrivato alla « legge », Held tratta in maniera disordinata le « questioni fondamentali », discutendo la distinzione tra il diritto pubblico e le altre discipline giuridiche e la suddivisione tra diritto costituzionale e amministrativo. Soltanto negli ultimi due capitoli arriva ai problemi centrali (sovranità, genesi dello Stato, obiettivo e forme dello Stato, successione degli Stati). Ma anche qui domina la penombra. L'indagine giuridica sulla legittimità del potere statale, in generale è « per lo Stato *in abstracto* [...] complessivamente superflua, per lo Stato *in concreto* inammissibile » (58), ma poi prosegue: « l'analisi della base giuridica su cui si fonda il potere statale come potere giuridicamente fondato è concepibile esclusivamente solo per lo Stato concreto ». Tale analisi si limitava inoltre

(55) Op. cit. 112.

(56) Op. cit. 17.

(57) Op. cit. § 195.

(58) Op. cit. § 217.

alla sola questione se l'esercizio e la gestione del potere statale fossero conciliabili con il « diritto pubblico positivo vigente ». Così, in definitiva, andava dissolta la distanza della dottrina generale dello Stato dalla prassi.

Nel 1868, quando apparve la dottrina generale dello Stato di Held, l'interesse per il dibattito filosofico-giuridico era notevolmente calato. La *Realpolitik* e il « diritto pubblico positivo vigente » erano diventati i veri fattori dinamici. I pubblicisti commentarono la costituzione della Confederazione germanica del Nord volgendo la propria attenzione, come aveva fatto nei suoi *Grundzüge* Gerber, al « metodo giuridico ». Rinunciando all'aspetto speculativo, essi limitarono da soli il proprio spazio di azione.

Chi voleva conservare questo spazio di azione ormai non scriveva più un « diritto pubblico secondo ragione », ma si dedicava alla pubblicistica politica. I dibattiti giuridico-politici venivano condotti sull'ampio fronte rappresentato da quotidiani e settimanali. Per molti docenti universitari era naturale intervenire riguardo al conflitto costituzionale prussiano, alla fondazione e alla costituzione del *Reich*. Il primo contributo dedicato al diritto pubblico da Paul Laband fu un articolo nella *Kreuz-Zeitung* (59). Accanto all'*establishment* universitario vi erano gli alti funzionari amministrativi, i diplomatici e gli studiosi non accademici. Tra di loro si distinse quale anti-bismarckiano dalle idee pangermanistiche e federalistiche Constantin Frantz (1817-1891) (60). Nel suo capolavoro sul federalismo egli sviluppò la visione di una comunità dei popoli europei che andasse al di là della prospettiva nazionalistica, tentando nel contempo di arrestare la sempre maggiore differenziazione e il frazio-

(59) Cfr. *supra*, cap. 8. nt. 154.

(60) C. Frantz (1817-1891), studiò a Halle, fu poi per alcuni anni nel servizio diplomatico della Prussia, si ritirò a partire dal 1856 come libero docente prima a Berlino e poi a Blasewitz presso Dresda. Opere da menzionare: *Vorschule der Physiologie der Staaten*, Berlin 1857; *Kritik aller Parteien*, Berlin 1862; *Föderalismus als das leitende Prinzip für die soziale, staatliche und internationale Organisation unter besonderer Bezugnahme auf Deutschland kritisch nachgewiesen und konstruktiv dargestellt*, Mainz 1879. Cfr. R. SCHNUR, *Mitteleuropa in europäischer Sicht: Constantin Frantz*, in « Der Staat », 25 (1986), 545-573; W. BECKER, *Der Föderalist Constantin Frantz. Zum Stand seiner Biographie, der Edition und der Rezeption seiner Schriften*, in « Histor. Jahrbuch », 117 (1997).

namento delle discipline scientifiche. Erano entrambi obiettivi « fuori tempo », di una dignità quasi donchisciottesca.

III. *La concezione realistica dello Stato.*

1. *La svolta verso il naturalismo.*

Nel 1872 fu pubblicato il breve scritto *Der Kampf um's Recht* di Rudolf v. Jhering. In un contesto giuridico ancora largamente influenzato da concetti idealistici volgarizzati, per il diritto lo scritto di Jhering fu il faro che guidò il passaggio dall'idealismo al naturalismo, « dal sogno all'azione »⁽⁶¹⁾. L'entusiasmo con cui fu accolta l'idea di fondo di Jhering, vale a dire la determinazione del diritto tramite lo scopo e gli interessi, dimostra che essa toccava un nervo scoperto. « Su tutta la linea della scienza umana insiste costantemente e vigorosamente una concezione realistica », scrive nel 1873, ispirato dallo scritto di Jhering, Max Seydel, giovane libero docente di Würzburg. E continua: « se la scienza giuridica non vuole rimanere indietro rispetto ai successi delle altre scienze, essa deve imboccare le medesime strade che quelle hanno faticosamente percorso »⁽⁶²⁾. Proprio con queste parole Ludwig Gumplowicz si esprime poco dopo: « Il potente rilancio delle scienze naturali nei nostri giorni ha evocato nel campo della filosofia una visione realistica del mondo. Questo orientamento filosofico deve essere seguito da tutte le altre discipline filosofiche, se non si vogliono esporre al pericolo di rimanere escluse dalla cerchia delle scienze moderne. Ciò vale in tutti i sensi per il diritto pubblico filosofico, cosiddetto generale. [...] Avvicinarsi alla concezione realistica del mondo che si sta ovunque vittoriosamente imponendo è il compito di questo libro »⁽⁶³⁾.

Questo orientamento in direzione di una concezione « realistica » dello Stato, in una fase che vedeva il vittorioso allargarsi del fronte del materialismo e del positivismo, ebbe ripercussioni sul modo di guardare al diritto pubblico. In particolare essa coinvolgeva

⁽⁶¹⁾ WIEACKER, 451

⁽⁶²⁾ M. SEYDEL, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Würzburg 1873, V.

⁽⁶³⁾ L. GUMFLOWICZ, *Philosophisches Staatsrecht*, Graz 1877, premessa.

la questione della legittimità del potere statale, che fu inteso in un certo senso come prodotto naturale del lavoro e della lotta, creando così i presupposti di una radicale crisi di validità di una dottrina generale dello Stato, stretta nel confronto tra i « fatti » della sociologia e la pretesa di validità del diritto positivo. Max Seydel, per esempio, nella sua breve dottrina generale dello Stato del 1873 ⁽⁶⁴⁾, si pronunciò energicamente contro il diritto naturale, contro il « fantasma del *Volksgeist* di Puchta », contro la concezione organicistica dello Stato e la dottrina dello Stato come persona giuridica. Per Seydel lo Stato era un prodotto della volontà umana, un « fatto » che non può avere una propria volontà ma che viene influenzato in maniera decisiva dal volere dei monarchi. Lo Stato è un fatto pregiuridico, in quanto il potere viene prima del diritto, ed è il potere che dà legittimità al diritto ⁽⁶⁵⁾. Seydel è un positivista convinto, ma è anche un purista del diritto pubblico per quanto riguarda la costruzione delle singole figure giuridiche. Egli ritiene che il diritto positivo possa essere « ingiusto » soltanto dal punto di vista morale, che la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico spetti al legislatore, e che tutti i diritti pubblici ⁽⁶⁶⁾ siano prodotti del diritto positivo, senza alcun collegamento col diritto naturale.

Nonostante la predilezione per una concezione naturalistica dello Stato, associata a un'apoteosi della volontà sovrana, Seydel riesce a mantenere un certo equilibrio. Sul sovrano che rinnega gli interessi generali incombe la minaccia della rivoluzione. Il potere legislativo spetta a un parlamento la cui struttura riflette la divisione

⁽⁶⁴⁾ Seydel ha pubblicato inoltre venticinque anni dopo una serie di *Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrechte*, considerate alla portata di tutti. Cfr. « (Hirths) Annalen des Deutschen Reiches », 1898, 321-335, 481-492, 746-758; 1899, 249-263; 1900, 177-194, 351-368.

⁽⁶⁵⁾ E. LOENING, *Der Staat*, in « HdWBStaatswiss. », vol.7, 3^a ed. 1911, 692-727 (696) per questo ha collocato Seydel insieme a Lingg (nt. 68) tra i sostenitori della *Machttheorie*.

⁽⁶⁶⁾ Diritto all'imposizione, diritto di espropriazione, diritto all'uso dei servizi pubblici, diritto al sostegno dei poveri, diritto alle prestazioni personali (cariche onorarie, obbligo di leva, obbligo scolastico), diritti e doveri del pubblico impiego, potestà punitiva, diritti di sovranità, diritto elettorale, diritti dei deputati ecc.

tra categorie professionali ⁽⁶⁷⁾. Il controllo dell'esecutivo deve essere affidato ai tribunali ordinari, anche se Seydel ritiene — in perfetta sintonia con la concezione all'epoca dominante — che la loro sia una « attività meramente logica » ⁽⁶⁸⁾, tecnica e apolitica.

2. *La comparazione giuridica nel diritto pubblico.*

La svolta verso una fondazione « realistica » del diritto pubblico prospettata da Max von Seydel, che metteva in primo piano il fattore del « potere », rappresentava una reazione al tramonto della concezione idealistica dello Stato e quindi un'opportunità per individuare un nuovo equilibrio nel vuoto che la scomparsa dell'idealismo stava creando. Prima o poi, però, si sarebbe manifestato il problema che le norme non erano deducibili in modo convincente dai rapporti di potere. Il fatto che si negasse una « volontà comune oggettiva », la qualificazione dello Stato come « organismo » e come « persona giuridica », e il contemporaneo rinvio di queste metafore alla realtà degli individui e alla loro singolare volontà, contribuirono sicuramente a chiarire le basi effettive della socialità umana, ma non risolvevano il problema del fondamento dell'ordinamento giuridico ⁽⁶⁹⁾. Il neo-kantismo filosofico e filosofico-giuridico che si manifesta alla fine del secolo si affina proprio attraverso la dicotomia tra essere e dover essere ⁽⁷⁰⁾.

Una seconda strada, già da tanto tempo nota, per far emergere l'universalità delle norme della dottrina generale dello Stato, era rappresentata dalla storia. Riprendendo l'approccio della scuola storica del diritto, lo Stato poteva essere inteso come fatto storico, come struttura sociale sorta in uno spazio di tempo tanto lungo da non aver bisogno di una vera giustificazione giuridica. Più la ricerca storica si estendeva ad aree extraeuropee, più analisi etnologiche venivano elaborate, più ovvio era individuare attraverso la comparazione giuridica, storica ed etnologica, quelle regolarità giuridiche

⁽⁶⁷⁾ Qui Seydel distingue il lavoro intellettuale da quello fisico (agricoltura, fabbrica, artigianato, commercio).

⁽⁶⁸⁾ Op. cit., 94.

⁽⁶⁹⁾ E. LINGG, *Empirischen Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, Wien 1890. Cfr. al riguardo la critica di F. TEZNER in « Grünhuts Zeitschr. », 18 (1891) 530-543.

⁽⁷⁰⁾ H.L. OLLIG, *Der Neukantianismus*, 1979 (Slg. Metzler, vol. 187).

di cui la dottrina generale dello Stato aveva bisogno. In modo parallelo all'opera di Darwin, la comparazione giuridica storica ed etnologica poteva adesso estrarre dalla informe massa di fatti « storici-naturali » le leggi strutturali generali che sottostanno alla giuridicità dei comportamenti sociali e alla formazione dello Stato. L'astratta fondazione dello Stato da parte della filosofia poteva così fondersi con l'approccio concreto ed empirico della storia e dell'etnologia (71).

Conrad Bornhak nel 1896 rilevava che fosse ancora incerto « se la dottrina generale dello Stato dovesse essere concepita su base filosofica, su base storico-giuridico-comparatistica oppure su entrambe ». Personalmente egli optò per l'approccio della comparazione storico-giuridica (72). Poco tempo dopo, Hermann Rehm si schierò totalmente a favore della comparazione giuridica, dichiarando: « dobbiamo sostenere con forza che la garanzia di una migliore conoscenza dello Stato viene acquisita non con la speculazione filosofica, ma con l'analisi comparatistica degli Stati esistenti » (73).

La comparazione giuridica, che nel diritto civile cercava in qualche modo di ricostruire quello che era andato perduto con la frantumazione del diritto comune europeo (74), nel diritto pubblico svolse piuttosto la funzione di individuazione di nuovi sostegni empirici che potessero sostituire quelli astratti fino ad allora assicurati dall'antica fiducia nei sistemi filosofici. Il diritto pubblico si inserì in questo modo nel generale processo di allargamento della prospettiva della scienza giuridica ad altre culture giuridiche.

(71) Così SEYDEL, *Grundzüge* (nt. 61); H. ROSIN, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck*, in « Annalen des Deutschen Reiches », 1898, 81-126. Un riconoscimento di questo scritto in A. HOLLERBACH, *Heinrich Rosin (1855-1927). Pionier des allgemeinen Verwaltungs- und des Sozialversicherungsrecht*, in HEINRICH ET AL. (a cura di), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993.

(72) C. BORNHAK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1896, premessa.

(73) H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg 1899, 5.

(74) W. HUG, *The History of Comparative Law*, in « Harward Law Review », 45 (1932), 1027; L.J. CONSTANTINESCO, *Les débuts du droit comparé en Allemagne*, in « Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch », II, 1972, 737; K. ZWEIFERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 2ª ed. 1984, vol. I, § 4 con ulteriori verifiche; M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1987, 37 ss.

Già all'inizio dell'Ottocento era stata avvertita in tutti i campi del sapere una prospettiva eccessivamente eurocentrica. La letteratura riprese materiali persiani, indiani e asiatici, tanto da diventare « letteratura mondiale »; la linguistica si allargò a tutti gli idiomi del mondo, così che l'egiziano, il persiano, l'assiro e il sanscrito divennero accessibili; un'enorme letteratura di viaggio riportò alla luce sempre nuove documentazioni etnologiche. La grandiosa prima esposizione universale del 1851 a Londra unì arte e tecnica in un « confronto culturale » (75). I musei di arti applicate che furono istituiti dopo quell'evento raccolsero con finalità comparatistiche e pedagogiche oggetti provenienti da ogni paese e cultura (76). Egualmente, le raccolte etnologiche dell'epoca furono avviate per ragioni legate tanto al colonialismo quanto a un esotismo comparato a scala mondiale.

Contemporaneamente, si aprirono nuovi fronti di ricerca per le scienze storiche grazie alla disponibilità di raccolte di fonti fino ad allora sconosciute (77). La teoria giuridica e la dottrina generale dello Stato cercarono di elaborare la quantità, così rapidamente aumentata, di informazioni a carattere politico-scientifico sugli Stati europei ed extraeuropei, attraverso i dizionari giuridici, le enciclopedie, e le tante monografie che venivano adesso pubblicate. Karl Salomo Zachariä è sotto questo profilo il più interessante e rappresentativo autore del *Vormärz* (78). Intorno alla metà del secolo un atteggiamento particolarmente ottimista portò all'elaborazione dell'idea di « biologia universale delle leggi » (Emérico Amari) (79), e sembrò possibile riprodurre una struttura a gradi dell'ordinamento giuridico

(75) U. HALTERN, *Die Londoner Weltausstellung von 1851*, 1971; W. PLUM, *Weltausstellungen im 19. Jahrhundert: Schauspiel des sozio-kulturellen Wandels*, 1975; E. KROKER, *Die Weltausstellungen im 19. Jahrhundert*, 1975.

(76) B. MUNDT, *Die deutschen Kunstgewerbemuseen im 19. Jahrhundert*, 1974.

(77) N. HAMMERSTEIN, *Die Moderne in der deutschen Wissenschaft im 19. Jahrhundert. Zum Wandel einer Vorstellung*, in « Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient (Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento) », XVI, 1990, 9-42 (34 ss.).

(78) Cfr. *supra*, cap. 3, II, 4.

(79) E. AMARI, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, vol. II (nuova ediz. curata da Frosini), Palermo 1969, 161, cortesemente segnalatami dal Prof. E. Jayme dell'Università di Heidelberg.

e della formazione dello Stato che riflettesse i diversi livelli culturali delle popolazioni del mondo. Se lo Stato non era più la manifestazione della volontà divina sulla terra o l'espressione dell'idea morale, ma era invece un ente naturale che traeva la propria origine dalle lotte per la conquista del potere, allora doveva essere possibile anche una teoria biologica dell'evoluzione dello Stato.

Questo mutamento di prospettiva fu accompagnato dal cambiamento delle condizioni scientifiche della comunicazione in Europa. Il fiorire di periodici, di lessici giuridici e manuali di conversazione che venivano continuamente scritti e ripubblicati, così come la sempre maggiore diffusione delle enciclopedie, erano uno straordinario stimolo per la comparazione giuridica. Carl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867), con la sua opera di raccolta di notizie di tutta Europa e con i suoi carteggi, fece di Heidelberg il centro più importante della comparazione giuridica ⁽⁸⁰⁾. Dopo la metà del secolo, i congressi dedicati alle diverse discipline giuridiche stavano ormai diventando eventi abituali (si poteva finalmente viaggiare con le comodità offerte dal trasporto ferroviario), in cui era possibile discutere di questioni di rilevanza europea, approvare risoluzioni e aprire dibattiti. Di conseguenza si diffusero le attività di traduzione; da quando il latino aveva perso la sua posizione di lingua franca del sapere, erano ormai necessari continui sforzi di traduzione ⁽⁸¹⁾. Fu così che vennero tradotte nelle più importanti lingue europee anche le dottrine generali dello Stato di Ahrens, Bluntschli, Gumpłowicz e Jellinek.

3. *Il « tempo della siccità »: dalla Confederazione germanica del Nord alla fine del secolo.*

La svolta che aveva portato dalla concezione idealistica dello Stato a una prospettiva « realistica », insieme alla ricerca di principî giuridici universali attraverso la comparazione giuridica, furono al tempo stesso conseguenza e sintomo del positivismo giuridico.

⁽⁸⁰⁾ E. JAYME, *Mittermaier und Italien*, in W. KÜPER (a cura di), *Carl Joseph Anton Mittermaier*, 1988, 7-20.

⁽⁸¹⁾ Una ampia bibliografia di traduzioni dal tedesco del XIX sec. manca nella letteratura giuridica.

Quanto più calò la fiducia nella conoscibilità di valori ultimi quali la giustizia e il fine dello Stato, tanto più la dottrina generale del diritto prese il posto della filosofia giuridica intesa in senso materiale ⁽⁸²⁾. Adolf Merkel (1836-1896) ⁽⁸³⁾, Karl Binding (1841-1920) ⁽⁸⁴⁾, Ernst Rudolph Bierling (1843-1919) ⁽⁸⁵⁾, Karl Bergbohm (1849-1927) ⁽⁸⁶⁾, Rudolph Stammler (1856-1938) ⁽⁸⁷⁾, il primo Julius Binder (1870-1939) ⁽⁸⁸⁾, Felix Somló (1873-1920) ⁽⁸⁹⁾ e altri sono i teorici del diritto di quel tempo. Essi contribuirono in particolare allo sviluppo nella prospettiva dello Stato di diritto del diritto penale e del diritto processuale penale. Sullo Stato in questo contesto non vi era molto da dire, se non che esso incarnava il potere sovrano e legittimo che impartiva comandi in forma giuridica, e che la validità dell'ordinamento giuridico si basava sull'ordine dello Stato o sul riconoscimento dei cittadini.

La dottrina generale dello Stato si ritrovò, di conseguenza, in una fase di stagnazione. Su questo punto si trovarono d'accordo gli osservatori della scena. Hermann Schulze nel 1867 osservò che, a quanto gli risultasse, soltanto ad Heidelberg venivano ancora tenute

⁽⁸²⁾ H. KLENNER, *Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, in G. SPRENGER (a cura di), *Deutsche Rechts- und Sozialphilosophie um 1900* (suppl. ARSP, 43), 1991, 11-17.

⁽⁸³⁾ G. DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkel*, 1979.

⁽⁸⁴⁾ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I (IV tir. 1922), vol. II (II tir. 1914, 1916), vol. III, 1918, vol. IV, 1919. Cfr. A(RMIN) KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, rist. ampl. 1988; D. WESTPHALEN, *Karl Binding (1841-1920)*, 1989.

⁽⁸⁵⁾ E.R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 voll., Freiburg-Leipzig-Tübingen 1894-1917; ID., *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II parte, Gotha 1883.

⁽⁸⁶⁾ K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, vol. I, 1892 (rist. 1973).

⁽⁸⁷⁾ R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, 1902, 2^a ed. 1926 (rist. 1964); ID., *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung. Eine sozialphilosophische Untersuchung*, 3^a ed. Leipzig 1914; ID., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, 2 tir. 1923. Analisi appropriate in J. SCHRÖDER, in KLEINHEYER-SCHRÖDER, 3^a ed. 1989, 269-271; L. LOTZE, *Rudolf Stammlers Marx-Kritik*, in SPRENGER (nt. 81), 91-100.

⁽⁸⁸⁾ J. BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers*, Leipzig 1915. Sullo sviluppo di Binder cfr. STOLLEIS, *Gemeinwohlformel im nationalsozialistischen Recht*, 1974, 50-58; R. DREIER, *Julius Binder (1870-1939). Ein Rechtsphilosoph zwischen Kaiserreich und Nationalsozialismus*, in F. LOOS (a cura di), *Rechtswissenschaft in Göttingen. Göttinger Juristen aus 250 Jahren*, 1987, 435-455.

⁽⁸⁹⁾ F. SOMLÓ, *Juristische Grundlehre*, 2^a ed. 1927 (rist. 1973).

lezioni di dottrina generale dello Stato ⁽⁹⁰⁾, alludendo evidentemente all'attività didattica di Bluntschli. Dieci anni più tardi, Ludwig Gumplowicz parlò di uno stato di « siccità totale » ⁽⁹¹⁾ sopraggiunto intorno alla metà degli anni settanta, e nel 1896 Conrad Bornhak confermò questa valutazione dicendo che « è da decenni che in Germania nel campo della dottrina generale dello Stato non succede praticamente niente » ⁽⁹²⁾.

Si trattava di una percezione sostanzialmente corretta. Se nel 1883 Heinrich Marquardsen lasciava che ad aprire il suo manuale fosse una presentazione della dottrina generale dello Stato a firma del giuspubblicista di Gießen Carl Gareis ⁽⁹³⁾, fu solo per una questione di ossequio alla tradizione. Ma si trattava appunto soltanto di una « introduzione » « sulle dottrine generali [...] che avvolgono le conoscenze positive statali come in un'atmosfera spirituale ». La dottrina generale dello Stato non era più l'oggetto principale della ricerca. Da essa si distaccò la « politica », e come lei anche il diritto ecclesiastico (P. Hinschius), il diritto internazionale (A.M. v. Bulmerincq) e il diritto amministrativo generale (O. v. Sarwey).

Il testo di Gareis peraltro era conciso e perfettamente coerente con il clima che segnò, per usare le parole di Marquadsen, « tale disciplina nell'ultimo periodo, in ragione di un atteggiamento più realistico nei confronti degli scopi pratici delle disposizioni legislative e delle istituzioni statali » ⁽⁹⁴⁾. Il diritto pubblico generale, differenziandosi chiaramente dalla (filosofica) dottrina generale dello Stato, non rivendicò più la pretesa di essere diritto vigente. Esso lasciava alla dottrina generale dello Stato la definizione del concetto di Stato e l'indagine teorica sulle finalità dello Stato, limitandosi alla « osservazione dei principî giuridici [...] che danno forma alla comunità che detiene il potere e che sono organizzati per la difesa degli interessi di questa » (§ 5).

⁽⁹⁰⁾ H. SCHULZE, *Ueber Princip, Methode und System des deutschen Staatsrechts*, in « Aegidis Zeitschrift », 1, 1867, 435 ss.

⁽⁹¹⁾ L. GUMFLOWICZ, *Allgemeines Staatsrecht*, 3 ed. Innsbruck 1907, 20.

⁽⁹²⁾ BORNHAK (nt. 71) 2^a ed. Berlin 1909, premessa.

⁽⁹³⁾ C. GAREIS, *Allgemeines Staatsrecht*, Freiburg-Tübingen 1883 (= *Handbuch des Öffentlichen Rechts*, volume I, parte generale), 1-186; autobiografia in *Geistiges und künstlerisches München in Selbstbiographien*, München 1913, 104-109.

⁽⁹⁴⁾ MARQUARDSSEN, in *Handbuch* (nt. 92), VIII.

Tipica di tutta la trattazione è la visione pragmatica e sobria dello Stato, che viene considerato come un « consorzio » forgiato da « un'autorità giuridica ». Lo Stato si forma in modo naturale, viene plasmato e addomesticato tramite la formazione di organi investiti di autorità, le originarie monocrazie garantiscono sempre maggiore « partecipazione all'esercizio del potere », e vengono elaborati diritti e garanzie di rango costituzionale. Se lo Stato è giunto a questo stadio — sostiene Gareis — i diritti sovrani ⁽⁹⁵⁾ si possono ricondurre agli interessi principali ⁽⁹⁶⁾, ed è possibile rappresentare i tipi ideali dei diritti e dei doveri, delle regole processuali e di organizzazione. Il registro prevalente era nell'insieme privo di pathos e apolitico. Lo Stato si trovava in uno stato di quiete. Il dibattito sui suoi principî non suscitava più passioni politiche come era accaduto nel *Vormärz*.

Quest'osservazione vale anche per la dottrina generale dello Stato di Hermann Rehm ⁽⁹⁷⁾. Essa poggia sull'impianto storico ricostruito nella *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, pubblicata nel 1896, che ripercorreva praticamente tutta la storia del pensiero, dai presocratici all'età moderna. ⁽⁹⁸⁾ Questa sintesi diacronica tuttavia non aveva nessuna relazione con la dottrina generale dello Stato. Offriva varie nozioni umanistiche, e diventava tanto più concisa quanto più si avvicinava al tempo presente. Massima rilevanza era data all'antichità, mentre a tutto l'Ottocento furono riservate soltanto due pagine e mezzo. Gli argomenti storici, politici e giuridici sono adesso trattati separatamente. Rehm registra con soddisfazione l'indipendenza e l'imparzialità raggiunte dalla scienza del diritto pubblico grazie al positivismo giuridico, e allo stesso tempo ritiene che tanto la storia quanto la « politica » dello

⁽⁹⁵⁾ Interesse di rappresentanza, di difesa, giuridico, di garanzia, di incentivazione e di patrimonio.

⁽⁹⁶⁾ Potestà rappresentativa, militare, giuridica, di polizia, finanziaria.

⁽⁹⁷⁾ H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg 1899.

⁽⁹⁸⁾ H. REHM, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Freiburg-Leipzig 1896. Tra le sue ulteriori opere è da ricordare soprattutto *Modernes Fürstenrecht*, München 1904, l'ultima esposizione riassuntiva di questa materia, che tuttavia nella questione del rapporto tra il diritto del sovrano e il diritto costituzionale si allontana dall'opinione dominante dell'epoca.

Staatsrecht — separate sul piano metodologico — debbano nuovamente avere grande rilevanza.

L'approccio di Rehm alla dottrina generale dello Stato aveva l'obiettivo di individuare il « concetto e l'essenza » dello « Stato nella sua unitarietà » (99). Per giungere a questo risultato, oltre ai metodi storici e comparatistici, egli si serviva degli strumenti offerti dalla scienza della politica (100). In questo senso, nella dottrina generale dello Stato rientrano elementi storici, politici e di comparazione giuridica. Non soltanto viene ancora una volta ampiamente indagato il concetto di sovranità, ma viene riservato ampio spazio anche alla storia delle teorie dello Stato a partire dall'antichità e alla storia dello sviluppo statale. Vengono comunemente prese in considerazione le soluzioni europee e americane. Non si assiste dunque, nel pensiero di Rehm, a un'esclusione della storia e della politica all'insegna del positivismo. Egli, tuttavia, non sovrappone più i diversi ambiti, ma discute — pur con alcune carenze sistematiche — il concetto di Stato e sovranità (101), le relazioni fra gli Stati, il soggetto del potere dello Stato, i rapporti statuali, il soggetto del potere statale, lo scopo dello Stato, i suoi organi, le teorie dello Stato, la sua formazione e il suo sviluppo, nonché, infine, la democrazia rappresentativa e la monarchia rappresentativa, con un dualismo equilibrato tra corona e parlamento. Rehm sostiene con

(99) REHM (nt. 96), 7.

(100) Cfr. al riguardo F. v. HOLTZENDORFF, *Die Prinzipien der Politik*, 2^a ed. 1879; K. WALCKER, *Politik der konstitutionellen Staaten*, Karlsruhe 1890; G. RATZENHOFER, *Wesen und Zweck der Politik. Als Theil der Sociologie und Grundlage der Staatswissenschaften*, 3 voll. Leipzig 1893; H. TREITSCHKE, *Politik*, cur. da CORNICELIUS, vol. I, Leipzig 1897; A. SCHÄFFLE, *Ueber den wissenschaftlichen Begriff der Politik*, in *ZgStW*, 53, 1897, 593; F. VAN CALKER, *Politik als Wissenschaft. Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Maj. d. Kaisers*, Strasburg 1898.

(101) Notevole in questo è la definizione di Rehm dello Stato come « l'unione organizzata e stabile, rivolta al perseguimento di scopi mondiali, dotata di una personalità di diritto internazionale » (§ 9), che evita il concetto di sovranità per allontanare le difficoltà derivanti dal problema dei rapporti tra gli Stati e la loro « sovranità ridotta ». È importante inoltre sottolineare che al contrario della dottrina prevalente (per esempio Laband) egli proponga la tesi della parità tra sovranità del principe e sovranità del popolo, cercando così di rafforzare il parlamentarismo. Su questo anche H. REHM, *Das rechtliche Wesen der Deutschen Monarchie*, *AöR*, 25 (1909), 393; ID., *Das politische Wesen der deutschen Monarchie*, in « Festschr. O. Mayer », 1916, 60-90.

fermezza che la monarchia rappresentativa offra migliori garanzie all'ordine politico, prevalendo sull'incerto principio di « libertà » democratica.

La dottrina generale dello Stato di Rehm raffigura lo stato di quiete che la disciplina ⁽¹⁰²⁾ aveva raggiunto prima della fine del secolo. Le questioni politiche sembrano essere definitivamente risolte, almeno laddove « libertà » e « ordine » trovano un'armonia nel dualismo tipico delle monarchie costituzionali. L'analisi storica e la comparazione costituzionale europea lo confermano. La scienza del diritto pubblico, che dai tempi di Gerber e Laband era ormai « indipendente », mette ordine tra le questioni propriamente giuridiche. Questa dottrina generale dello Stato non era più creativa e innovativa, ma non perché essa fosse « positivistica », bensì perché la pressione esercitata dai problemi politici sembrò essersi dissolta.

In questo modo la dottrina generale dello Stato rinunciò completamente alle proprie pretese normative a favore del diritto pubblico positivo. Essa diventò una scienza ausiliaria propedeutica. Il suo contributo adesso era limitato o alla teoria giuridica depoliticizzata della validità e della coerenza logica delle norme (la questione della « struttura a gradi dell'ordinamento giuridico ») oppure — nella sua variante storicizzante — alla pragmatica descrizione del vissuto storico, connesso alla speranza di individuare gli elementi immutabili nel flusso della storia.

Infine, vi fu un'altra strada, percorsa dall'esperto di diritto penale e processuale penale Richard Schmidt (1862-1944) di Friburgo ⁽¹⁰³⁾ con la sua dottrina generale dello Stato del 1901 ⁽¹⁰⁴⁾. In quest'opera la riflessione filosofica sullo Stato non era più centrale, ma svolgeva una funzione di sostegno della dottrina dello Stato, intesa come scienza ausiliaria. Quella che domina è la storia. Dopo una esposizione introduttiva della dottrina generale dello Stato,

⁽¹⁰²⁾ Similmente equilibrato il contributo monografico *Staat* di EDGAR LOENING (nt. 64), nascosto in un articolo enciclopedico.

⁽¹⁰³⁾ A. HOLLERBACH, *Rechtsphilosophie in Freiburg (1805-1930)*, in *Kultur-Kriminalität-Strafrecht. Festschr. f. Thomas Württenberger*, a cura di R. Herren et. al., 1977, 9-37.

⁽¹⁰⁴⁾ R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, vol. I, *Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Lebens*, Leipzig 1901, vol. II, parte 1, *Die verschiedenen Formen der Staatsbildung*, Leipzig 1903. Le ulteriori parti del secondo volume non sono mai state pubblicate.

Schmidt tratta i « punti centrali delle dottrine dello Stato antiche », dal mondo classico fino all'Ottocento (Savigny, le « politiche » di Dahlmann, Bluntschli, Roscher e Treitschke). L'esito di questa ricostruzione complessiva è che la dottrina generale dello Stato ha ottenuto i suoi migliori risultati quando i suoi sostenitori si sono svincolati « dai dibattiti di carattere metafisico, storico-filosofico e sociologico » (105). La dottrina generale dello Stato deve dunque tenersi a distanza dalla filosofia, e ripiegare « in buon ordine nell'ambito del mondo storico della nostra esperienza »: essa è la scienza speciale empirica del politico. Il suo metodo è induttivo, il suo oggetto la storia. È in questa prospettiva che Schmidt discute i presupposti della nascita degli Stati e della loro organizzazione, la teoria dello scopo dello Stato, la funzione dell'ordinamento giuridico e il suo rapporto con il potere, la costruzione dello Stato costituzionale e la questione della sovranità, le forme di Stato e la struttura interna degli Stati. Richard Schmidt fu uno dei primi teorici a dedicare anche ai partiti politici, visti come « le forze della vita sociale che formano lo Stato », una parte ampia e lungimirante (106). Della seconda parte dell'opera, concepita in maniera decisamente pretenziosa, e che avrebbe dovuto trattare le « diverse forme della genesi statale » dall'antichità fino al presente, venne pubblicata soltanto la sproporzionata parte storica (107). Così, l'opera incompiuta di Richard Schmidt restituisce l'immagine di un tentativo di descrivere coerentemente lo Stato come un fatto storico, osservandone a distanza e in modo induttivo la giuridicità, per arrivare in questo modo a formulare una scienza della politica (108),

(105) SCHMIDT (nt. 103), vol. I, 99.

(106) In Germania prima di questo solo lo scritto (bizzarro) di F. ROHMER, *Lehre von den politischen Parteien*, Zurich-Frauenfeld 1844; a lui seguono J.C. BLUNTSCHLI, *Charakter und Geist der politischen Parteien*, Nördlingen 1869, inoltre F.J. STAHL, *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche*, Berlino 1863; H. TREITSCHKE, *Parteien und Fraktionen*, in *Historisch-politische Aufsätze*, vol. 3, 3^a ed., Leipzig 1886, 563-628; A. MERKEL, *Fragmente zur Sozialwissenschaft*, 1898.

(107) Mancano: *Die Gliederung der modernen Staaten* (cap. 2), *Die Regierungs- und Verfassungsformen der modernen Staaten* (cap. 3), *Die Verwaltung und Rechtspflege in den modernen Staaten* (cap. 4).

(108) Cfr. al riguardo l'articolo programmatico di R. SCHMIDT, *Wege und Ziele der Politik*, in « *Zeitschrift für Politik* », 1, 1908, 1-60.

all'interno della quale il diritto non è l'espressione di una *Rechtsidee*, ma svolge una « funzione » intesa in senso pragmatico ⁽¹⁰⁹⁾.

4. *Le voci fuori dal coro.*

Proposte davvero innovative provennero dall'esterno, da zone geograficamente e accademicamente marginali rispetto alla scienza del diritto pubblico tradizionale. Si tratta di autori austriaci, spesso di origine ebrea, che vedono nello Stato non tanto un ordinamento giuridico autoritativo, quanto piuttosto uno strumento di dominio di ceti, classi e gruppi politici più forti. Le difficoltà personali che questi autori (Gumpłowicz, Ratzenhofer, Oppenheimer, Menger, Jellinek, Kelsen) dovettero fronteggiare furono interpretate come il riflesso di un problema più grande. Il *Reich* e la monarchia asburgica erano vecchie potenze mitteleuropee che avevano risolto i propri conflitti interni soltanto in apparenza. In Germania il problema sociale continuava ad aggravarsi e la politica di germanizzazione nei confronti della Polonia e dell'Alsazia non aveva avuto particolare successo. In Austria divenne sempre più chiaro il fatto che lo stato multinazionale prima o poi sarebbe stato messo in crisi dal nazionalismo. Entrambi gli Stati, ma in particolare l'Austria, dovettero scegliere « l'ordine » per poter sopravvivere. Per gli autori austriaci che appartenevano a una minoranza che reclamava l'emancipazione e la parità dei diritti era evidente che il vero nucleo dello Stato era nella questione del potere, e che l'ordinamento giuridico che emergeva dai conflitti di potere poteva essere inteso solo come una costruzione umana, come un accordo a tempo determinato. Su questo punto essi erano i primi a non farsi illusioni, « realisticamente » e « naturalisticamente ». Per loro era ovvio tracciare tra la riflessione sociologica e quella giuridica confini più netti rispetto a quelli stabiliti dalla dottrina precedente.

Il modo « naturalistico » e anti-idealistico di considerare lo Stato, un tardo riflesso del materialismo di Ludwig Feuerbach e del materialismo storico di Karl Marx e di Friedrich Engels, ma anche

⁽¹⁰⁹⁾ O. WESTPHAL, *Bemerkungen über die Entwicklung einer allgemeinen Staatslehre in Deutschland*, in *Vom staatlichen Werden und Wesen*, Festschr. f. E. Marcks, 1921, 25-42; P. BADURA, *Die Methoden der neueren allgemeinen Staatslehre*, 1959, 127-132.

la risposta della teoria dello Stato alla marcia trionfale delle scienze naturali, fecero sì che l'ulteriore sviluppo di questo approccio andasse incontro a una serie di modifiche, di allargamenti e di restringimenti. Questa riflessione era in grado di rientrare tra le discipline orientate in modo empirico che si occupavano dell'organizzazione di gruppi umani ⁽¹¹⁰⁾. E ovviamente consentiva anche diversi tentativi di elaborazione di un sistema etnologico e antropologico che conducesse alla fondazione di una « etnologia giuridica » ⁽¹¹¹⁾ comparata. Rientravano in questa prospettiva non soltanto le opere dell'ultimo Jhering *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts* e *Vorgeschichte der Indoeuropäer* (1894), ma anche i primi passi della « geopolitica » ⁽¹¹²⁾, mossi in particolare da Friedrich Ratzel ⁽¹¹³⁾.

Quest'ultimo esercitò a sua volta una grande influenza sul conservatore svedese Rudolf Kjellén ⁽¹¹⁴⁾. Il nesso che legava lo Stato

⁽¹¹⁰⁾ D. KÄSLER, *Die frühe deutsche Soziologie 1909 bis 1934 und ihre Entstehungsmilieus. Eine wissenschaftssoziologische Untersuchung*, 1984.

⁽¹¹¹⁾ A.H. POST, *Das Naturgesetz des Rechts, Einleitung in eine Philosophie des Rechts auf Grundlage der modernen empirischen Wissenschaft*, Bremen 1867; ID., *Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts*, Oldenburg 1872; ID., *Prolegomena zu einer allgemeinen vergleichenden Rechtswissenschaft*, 1876; ID., *Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*, Oldenburg 1884; ID., *Grundriß der ethnologischen Jurisprudenz*, 2 voll. Oldenburg 1894-95. Riguardo ad Albert Hermann Post al tribunale cantonale di Brema, cfr. F. STOERK, *Studien zur sociologischen Rechtslehre*, AöR, 1 (1886), 541-586; T. ACHELIS, *A.H. Post und die vergleichende Rechtswissenschaft*, Hamburg 1896 nonché R.M. KIESOW, *Der Rechtsbiologismus in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, tesi, Frankfurt 1992.

⁽¹¹²⁾ F. KAPP, *Vergleichende allgemeine Erdkunde*, 1868; F. RATZEL, *Politische Geographie*, München-Leipzig 1897 (2^a ed. 1903); E. SCHÖNE, *Politische Geographie*, Leipzig 1911 (da *Natur- und Geisteswelt*, vol. 353).

⁽¹¹³⁾ F. RATZEL, *Politische Geographie*, 3^a ed. rivista e completata da E. OBERHUMMER, 1923.

⁽¹¹⁴⁾ R. KJELLÉN, *Staatens form*, 1916, in tedesco *Der Staat als Lebensform*, Leipzig 1917; ID., „Der Staat als Lebensform“, *Antwort an Herrn Dr. Radnitzky*, AöR, 39 (1920), 1-10; ID., *Stormarkterna*, 1905, 2^a ed. 1910-13 („Die Großmächte“). Riguardo alla dottrina dello Stato di Kjellén, O. HAUSSEITER, *Rudolf Kjelléns empirische Staatslehre und ihre Wurzeln in politischer Geographie und Staatenkunde*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 54 (1925), 157-198; P. BADURA, *Die Methode der neueren allgemeinen Staatslehre*, 1959, 119-124; riguardo alla sua posizione politica K. v. SEE (a cura di), *Die Strindberg-Fehde*, 1987, 126.

al territorio, combinato alla visione dello Stato come organismo naturale e « individuo geografico », condussero Kjellén a elaborare una teoria dello Stato empiricamente impostata e che interpretava lo Stato come fattore di potere. Se si mette da parte la metafora dell'organismo e se si vede nella sostanza genetico-biologica dei popoli e delle razze il motore del divenire storico, si nota come questo approccio avesse praticamente un fondamento biologistico (etnopolitica) ⁽¹¹⁵⁾. I confini che separavano questo approccio dal dilettantismo sono particolarmente fluidi. Anche Houston Stewart Chamberlain (1855-1927) ⁽¹¹⁶⁾ e Oswald Spengler (1880-1936) ⁽¹¹⁷⁾, con la loro straordinaria notorietà, rientrano in questo filone.

a) *L. Gumplowicz.*

Dopo un complicato inizio di carriera in Polonia, dove fu avvocato, notaio e giornalista, Ludwig Gumplowicz (1838-1909) ⁽¹¹⁸⁾ si trasferì a Graz, dove a partire dal 1882 insegnò prima come professore straordinario e poi, dal 1893 al 1909, come ordinario di diritto pubblico generale, diritto costituzionale e amministrativo austriaco e scienza dell'amministrazione ⁽¹¹⁹⁾. Si tratta di un autore che va ricordato soprattutto perché, in particolare con i due volumi intitolati *Der Rassenkampf* ⁽¹²⁰⁾ e *Grundriß der Soziologie*

⁽¹¹⁵⁾ L. WOLTMANN, *Politische Anthropologie*, Eisenach 1903; K. RIEZLER, *Die Erforderlichkeit des Unmöglichen. Prolegomena zu einer Theorie der Politik*, München 1913.

⁽¹¹⁶⁾ H. ST. CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des Neunzehnten Jahrhunderts*, München 1898; 2^a ed. 1900; 7^a ed. 1901 e più volte.

⁽¹¹⁷⁾ O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umriss einer Morphologie der Weltgeschichte*, 2 voll. Monaco 1918, 1922. Fino al 1924 furono pubblicate 50 edizioni. Cfr. A. M. KOKTANEK, *Oswald Spengler in seiner Zeit*, 1968.

⁽¹¹⁸⁾ Un esauriente catalogo delle opere in B. ZEBROWSKI, *Ludwig Gumplowicz, eine Bio-Bibliographie*, Berlin 1926; N. SCHWÄRZLER, *Ludwig Gumplowicz*, in W. BRAUNEDER (a cura di), *Juristen in Österreich 1200-1980*, 1987, 201-205, 319 ss.

⁽¹¹⁹⁾ L. GUMFLOWICZ, *Einleitung in das Staatsrecht*, Berlin 1889; 2^a ed. come *Compendium der österreichischen Reichsgeschichte*, Berlin 1896; Id., *Das österreichische Staatsrecht*, Wien 1891 (2^a ed. 1902, 3^a ed. 1907); Id., *Verwaltungslehre mit bes. Berücksichtigung des österreichischen Verwaltungsrecht*, Innsbruck 1882.

⁽¹²⁰⁾ L. GUMFLOWICZ, *Rasse und Staat*, Wien 1875 (2^a ed. 1909); Id., *Der Rassenkampf*, Innsbruck 1883 (2^a ed. 1909, 3^a ed. 1928).

(1885), fondò una « sociologia naturalistica » (121). La sua idea fondamentale è la concezione dello Stato e della società come fenomeni naturali che devono essere indagati scientificamente in modo « realistico ». In *Philosophisches Staatsrecht* (1887) (122), così come in *Die soziologische Staatsidee* (1892), lo Stato appare come « un'organizzazione del potere che si sviluppa naturalmente al fine della conservazione di un determinato ordinamento giuridico ». Esso è il risultato delle lotte tra gruppi sociali necessarie per legge di natura; dalla lotta e dall'assoggettamento nascono il diritto e la cultura; le orde primordiali e le stirpi si evolvono in classi e ceti; nascono popoli con una struttura statale; vengono fondati Stati e amministrazioni insieme ai corrispondenti ordinamenti giuridici strutturati. L'impostazione scientifica con cui Gumplowicz affronta questi fenomeni è la sociologia empirica, anche se il suo metodo è ancora molto lontano da quello moderno. Di conseguenza, la sua avversione al « metodo giuridico » tedesco è profonda; pretendere di « costruire » lo Stato in modo giuridico sarebbe, secondo Gumplowicz, « come voler mangiare a cucchiariate una sonata di Beethoven » (123).

b) *G. Ratzenhofer*.

Gustav Ratzenhofer (1842-1904), generale austriaco e poi presidente del tribunale militare supremo, pubblicò numerosi scritti sociologici e di teoria della conoscenza. Da una parte egli tentò di sviluppare una scienza della politica il cui elemento fondamentale erano le lotte tra gruppi sociali, dall'altra si avvicinò al pensiero di Houston Stewart Chamberlain e al suo antisemitismo (124). Il suo

(121) G. MOZETIC, *Ludwig Gumplowicz: Das Programm einer naturalistischen Soziologie*, in *Tradition und Herausforderung, 400 Jahre Universität Graz*, 1985; E. BRIX (a cura di), *Ludwig Gumplowicz oder die Gesellschaft als Natur*, Wien 1986.

(122) L. GUMFLOWICZ, *Philosophisches Staatsrecht*, Graz 1877, seconda e 3ª ed. con il titolo di *Allg. Staatsrecht*, Innsbruck 1897, 1907 (ristampa 1972): ID., *Rechtsstaat und Socialismus*, Innsbruck 1881; ID., *Die soziologische Staatsidee*, Graz 1892 (2ª ed. 1902).

(123) *Allgemeines Staatsrecht*, 3ª ed. Innsbruck 1907, 450. Sulla critica a Laband cfr. anche GUMFLOWICZ, *Rechtsstaat* (nt. 121), 542-548. Persino il grande oppositore di Laband, Gierke, valuta questo come « l'apice di uno smarrimento eccezionale » (O. GIERKE, *Labands Staatsrecht* [vedi *supra* cap. 8, nt. 275], 1104).

(124) G. RATZENHOFER, *Soziologie. Positive Lehre von den menschlichen Wechselbeziehungen*, Leipzig 1907, 34 ss. Cfr. anche ID., *Wesen und Zweck der Politik*, 3 voll.,

richiamo al rinnovamento morale dei popoli non giudei affinché potesse essere superato l'ebraismo, insieme all'anelito di una guida « dell'azione politica » intorno alla quale si schierasse « la massa, a livello individuale divisa e multiforme, organizzata attraverso la civilizzazione, che aveva conseguito l'interesse collettivo e che si era data in modo consapevole alla libera socializzazione » (125), lasciava già intravedere i futuri scenari.

c) *A. Menger.*

Un « personaggio marginale » di tutt'altro genere fu Anton Menger (1841-1906) (126), professore di diritto processuale civile a Vienna oltre che « originale asceta » (127). Egli non fu soltanto discepolo di Lorenz von Stein, ma anche in un certo modo suo successore come autore socialista (128). Come molti dei suoi contemporanei, egli era convinto che le ingiustizie sociali, e in particolare la rendita, risalissero storicamente ad atti di violenza: « tutti gli ordinamenti giuridici, fino ad oggi, sono nati da rapporti di potere, e perciò hanno sempre perseguito i vantaggi dei pochi che detengono

Leipzig 1893; Id., *Die soziologische Erkenntnis. Positive Philosophie des sozialen Lebens*, Leipzig 1898; Id., *Der positive Monismus und das einheitliche Prinzip aller Erscheinungen*, Leipzig 1899; Id., *Die Kritik des Intellekts. Positive Erkenntnistheorie*, Leipzig 1902.

(125) G. RATZENHOFER, *Soziologie* (nt. 123) 228.

(126) Menger nacque nel 1841 a Maniow (nella Galizia occidentale), dal 1860 al 1865 studiò diritto a Vienna dove conseguì la libera docenza in diritto processuale civile nel 1872, nel 1875 divenne professore straordinario e nel 1877 ordinario. Nel 1899 divenne professore emerito. Morì nel 1906 a Roma. Per la sua bibliografia e le opere cfr. E. EHRLICH, *Anton Menger*, in « Süddeutsche Monatshefte », 3, 1906, 285-318; C. GRÜNBERG, *Anton Menge. Sein Leben und Lebenswerk*, in « Zeitschr. f. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung », 18, 1909, 29-77; K.-H. KÄSTNER, *Anton Menger. Leben und Werk*, 1974; E. MÜLLER, *Anton Mengers Rechts- und Gesellschaftssystem* 1975; D. WILLRODT-V. WESTERNHAGEN, *Recht und soziale Frage. Die sozial- und Rechtsphilosophie Anton Mengers*, 1975; H. HÖRNER, *Anton Menger, Recht und Sozialismus*, 1977; P. CARONI, *Anton Menger*, in BRAUNEDER (nt. 118), 212-216, 337 s., con ulter. lett.

(127) D. v. WESTERNHAGEN, *Anton Menger (1841-1906). Sozialist, Naturrechtler, Weltverbesserer*, in *Kritische Justiz* (a cura di), *Streitbare Juristen*, 1988, 81.

(128) A. MENGER, *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, Stuttgart 1886.

il potere a danno delle grandi masse popolari »⁽¹²⁹⁾. Ciò che Menger proponeva non era tuttavia una risposta violenta, ma un concetto di Stato sociale giuridicamente disciplinato. In questo senso egli criticò il progetto del BGB, considerandolo classista e antisociale⁽¹³⁰⁾, stigmatizzò la giurisprudenza formalistica — anch'essa in definitiva classista — e si espresse a favore di una filosofia dello Stato che mirasse a una giustizia materiale, con conseguenze pratiche sulla legislazione e sulla giurisdizione⁽¹³¹⁾.

Questi studi preliminari lo portarono a elaborare il vasto progetto di una *Neue Staatslehre* (1903), di uno « Stato popolare fondato sul lavoro » (*volkstümlicher Arbeitsstaat*), in cui provò a convertire i postulati sociali e politici in pretese giuridicamente fondate. Ciò portò a una particolare combinazione tra speranze umanistiche e prospettiva « realistica », tra approccio democratico ed eudemonismo dello Stato di benessere. Menger non vuole un « uomo nuovo », dà per scontato che l'egoismo del singolo continui ad esistere. Vuole soltanto un ragionevole bilanciamento degli interessi, che tenga conto della maggioranza, il contenimento del potere dei ricchi e il miglioramento delle classi popolari più povere. Nel suo *Arbeitsstaat* tutti hanno il diritto all'esistenza, al lavoro, a un salario dignitoso, le diseguaglianze vengono attenuate, le gerarchie sono socialmente permeabili, e la religione ha una « minore importanza »⁽¹³²⁾. Si trattava di un socialismo « etico »-riformatore, molto lontano dalla realtà, e non certo del riformismo sociale borghese predicato dagli esponenti del « socialismo della cattedra ». Tuttavia, le sue tesi furono energicamente respinte dai marxisti, soprattutto perché Menger aveva criticato Marx in modo inadeguato. Nel contempo, ostili a Menger furono tanto le dottrine dominanti di

(129) A. MENDER, *Neue Staatslehre*, Jena 1902; seconda ediz. 1904, 3. Il libro fu pubblicato da Gustav Fischer a Jena dopo che la casa editrice Cotta aveva rifiutato « la rappresentazione del futuro Stato socialdemocratico » (v. WESTERNHAGEN, cfr. *supra* nt. 126, 86).

(130) A. MENDER, *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, Tübingen 1890. Cfr. P. CARONI, *Das „demokratische Privatrecht“ des Zivilgesetzbuches — A. Menger und E. Huber zum Wesen eines sozialen Privatrechts*, in *Festgabe H. Deschenaux*, Fribourg 1977, 37-62.

(131) A. MENDER, *Die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Wien 1895.

(132) *Neue Staatslehre*, 2^a ed. Jena 1904, 208 s.

diritto privato quanto quelle di diritto pubblico. L'utopia umanistica del suo *Arbeitsstaat* non poteva dare alcun contributo a una dottrina generale dello Stato di tipo tradizionale. Ciò però non impedì la sua diffusione nella formazione intellettuale dei lavoratori.

d) *F. Oppenheimer.*

Franz Oppenheimer (1864-1943) ⁽¹³³⁾ giunse infine a eliminare completamente l'elemento giuridico dalla sua teoria, che era « nello stesso tempo anticapitalista, nazionalista e radical-liberale » ⁽¹³⁴⁾. Egli considerò « lo Stato soltanto dal punto di vista sociologico, vale a dire contemporaneamente dal punto della filosofia della storia e della teoria economica » ⁽¹³⁵⁾. Le questioni giuridiche non lo interessavano. Per Oppenheimer ogni Stato era uno Stato di classe, tutte le teorie dello Stato fino a quel momento erano teorie di classe ⁽¹³⁶⁾, e il riferimento all'« interesse » le rendeva ai suoi occhi inutilizzabili sul piano scientifico. Lo Stato è l'« assoggettamento di un gruppo di uomini da parte di un altro gruppo di uomini », allo scopo dello sfruttamento economico. È alla luce di questa legge che la storia del mondo scorre davanti al suo osservatore. Al rozzo sfruttamento subentra la più raffinata « amministrazione » (*Bewirtschaftung*), che risparmia gli sconfitti; nascono numerosi Stati feudali di diverso tipo, Stati commerciali con economia di mercato, e infine gli « Stati costituzionali », con funzionari e articolazioni interne del potere sempre maggiori. Dal punto di vista metodologico quella di Oppen-

⁽¹³³⁾ Oppenheimer aveva studiato medicina, conseguì poi la libera docenza con Gustav Schmoller e Adolph Wagner a Berlino e nel 1919 fu designato da una fondazione per occupare una cattedra universitaria in sociologia ed economia nazionale teoretica nella nuova università di Francoforte sul Meno. Scarsi dati autobiografici in B. SCHEFOLD (a cura di), *Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Frankfurt am Main*, 1989, 43-45; A. GYSIN, *Franz Oppenheimer (1864-1943). Sein Beitrag zum freiheitlichen Sozialismus*, in *Freiheitlicher Sozialismus, Festschr. f. G. Weisser*, 1973; D. HASELBACH, *Franz Oppenheimer. Soziologie, Geschichtsphilosophie und Politik des „liberalen Sozialismus“*, 1985.

⁽¹³⁴⁾ D. HASELBACH, *Franz Oppenheimer*, in H. STEINERT (a cura di), *Die (mindestens) zwei Sozialwissenschaften in Frankfurt und ihre Geschichte*, 1989, 55-71 (58).

⁽¹³⁵⁾ FRANZ OPPENHEIMER, *Der Staat*, Frankfurt 1907 (a cura di M. Buber), 5. — Traduzioni in francese, inglese, ungherese e slavo. Ripreso in F. OPPENHEIMER, *System der Soziologie*, vol. II, *Der Staat*, Jena 1926.

⁽¹³⁶⁾ OPPENHEIMER (nt. 134), 6.

heimer era una sociologia del potere pubblico che procedeva in modo storico, una « dottrina sociologica dello Stato », come l'aveva definita Felix Stoerk già nel 1886 ⁽¹³⁷⁾, in altre parole una continuazione asciutta e anti-metafisica della vecchia filosofia della storia dalle pretese universali. La vicinanza intellettuale di Oppenheimer a Max Weber è facilmente riscontrabile negli ampi paragoni che abbracciano le diverse culture e nelle costruzioni concettuali tipizzanti.

IV. *Fin de siècle.*

L'impostazione di Franz Oppenheimer era tanto « scientifica » da permettersi di trascurare come la rinuncia ad ogni orientamento normativo finisse in realtà con l'introdurre un elemento d'arbitrio nella combinazione di tutti i « fattori » possibili (clima, situazione geografica, razza, lingua, economia, livello di cultura ecc.). Gli aspetti normativi ricominciarono così a riemergere, e data l'assenza di solidi canoni e di tradizioni scientifiche si mescolarono spesso in un inestricabile viluppo di punti di vista. L'atmosfera *fin de siècle* ⁽¹³⁸⁾, con l'elogio del progresso e il pessimismo culturale, la critica storica e l'esaltazione del potere, la percezione dell'imminente fine del mondo e della decadenza, influenzò anche la dottrina generale dello Stato. Gli intellettuali europei avevano dunque avuto già un decennio prima dell'agosto del 1914 il presentimento che la questione sociale e la rivoluzione tecnica avrebbero minato la struttura dell'ordinamento dello Stato e della società esistenti, che i tradizionali modelli d'orientamento politico non avrebbero più svolto la loro funzione ordinativa e che si sarebbe avvicinata un'epoca di massa, che non si sarebbe più potuta interpretare con le categorie dell'Ottocento. « Esperimenti contro l'organizzazione borghese fioriscono in quantità, nascono colonie e comuni, l'entusiasmo anti-mercantilista per l'arte, le aspirazioni comunitarie e ispirazioni bu-

⁽¹³⁷⁾ F. STOERK, *Studien zur soziologischen Rechtslehre*, AöR, 1 (1886) 541-586. Cfr. anche E. FULVIUS, *Der Zukunftsstaat*, Köln-Ehrenfeld 1892; J. POPPER (LYNKEUS), *Fundamente eines neuen Staatsrechts*, Dresden 1905.

⁽¹³⁸⁾ R. BAUER ET AL. (a cura di), *Fin de Siècle*, 1977.

coliche si compenetrano vicendevolmente » (139). L'opposizione filosofica e artistica all'epoca borghese per come si mostrò nella filosofia di Nietzsche, nel naturalismo social-critico e antiborghese e nel primo espressionismo letterario, nelle diverse « secessioni » anti-academiche della pittura, all'inizio del « movimento giovanile tedesco » (140), nella *Lebensreform* (141) e in tanti altri « movimenti » (142), esprimono l'irrequietezza e l'atmosfera di fine epocale di quegli anni. Vegetarianesimo, rilancio del matriarcato, antroposofia, *Freikörperkultur*, occultismo e tanti altri movimenti formarono complessivamente un modello di ricerca del « senso » e del distacco dalle forme di vita borghesi diventate sterili. Uno sciame che diventava sempre più folto di sedicenti profeti, di ciarlatani e di persone che volevano migliorare il mondo sedeva nei caffè di Vienna (143), Berlino e Monaco di Baviera, oppure si riuniva in comunità simili a ordini religiosi (144). Più il mondo diventava complesso e ingestibile, più i profeti che sostenevano di possedere le chiavi di accesso al « mistero del mondo » (E. Haeckel) venivano ascoltati (145).

1. *Tendenze centrifughe.*

Erano ormai minate le certezze sulla base delle quali la maggior parte della scienza del diritto pubblico aveva ritenuto intoccabile lo *status* della monarchia costituzionale, e inutili erano diventate le

(139) H. SCHULZE, in U. LINSE, *Barfüßige Propheten. Erlöser der zwanziger Jahre*, 1983, 16. Cfr. anche R. v. BRUCH ET. AL. (a cura di), *Kultur und Kulturwissenschaften um 1900*, 1989.

(140) U. LINSE, *Die Jugendkulturbewegung*, in K. VONDUNG (a cura di), *Das wilhelminische Bildungsbürgertum*, 1976, 119-137.

(141) J. FRECOT, *Die Lebensreformbewegung*, in VONDUNG (nt. 139), 138-152.

(142) U. LINSE (a cura di), *Zurück, o Mensch, zur Mutter Erde, Landkommunen in Deutschland 1890-1933*, 1983.

(143) A. JANIK-S. TOULMIN, *Wittgensteins Vienna*, New York 1973, edizione tedesca riveduta 1987.

(144) K. HUTTEN, *Seher, Grübler, Enthusiasten*, dodicesima ediz. 1982; LINSE (nt. 141); J.H. KNOLL-J.H. SCHOEPS (a cura di), *Geschichtspropheten im 19. und 20. Jahrhundert*, 1983.

(145) C. CHR. BRY, *Verkappte Religionen. Kritik des kollektiven Wahns (1924)*, a cura di M. Gregor-Dellin, 1979. A Gregor-Dellin spetta il merito di aver riportato alla luce Bry (1893-1926), che era stato completamente dimenticato.

riflessioni sui principî condotte dalla dottrina generale dello Stato. Il positivismo del diritto pubblico era entrato in crisi già un decennio prima dello scoppio della guerra. La semplice individuazione di un fattore ordinante nella monarchia, come l'avevamo trovata in Hermann Rehm, non era più sufficiente.

Si doveva adesso decidere in quale modo cogliere « l'essenza » dello Stato. Non è un caso che l'origine di tutti i più importanti orientamenti metodologici successivi sia rinvenibile negli anni precedenti al 1914 ⁽¹⁴⁶⁾. Alcuni optano per il punto di vista sociologico radicale (Gumpłowicz, Ratzenhofer, Oppenheimer), uscendo così dal dibattito giuridico.

Altri cercano, senza abbandonare il campo del diritto, percorsi che conducano a una fusione tra prospettive giuridiche e sociologiche. Così, ad esempio, fecero Heinrich Triepel (1868-1946) ⁽¹⁴⁷⁾, Erich Kaufmann (1880-1972) ⁽¹⁴⁸⁾ e Rudolf Smend (1882-1975) ⁽¹⁴⁹⁾ nelle loro prime opere. Anche se questi autori in seguito avrebbero sviluppato autonome correnti di pensiero, essi erano accomunati dalla convinzione che non era sufficiente far emergere un « elemento giuridico » che non fosse più analizzato criticamente, e che non si potesse rinunciare per principio ad argomenti politici, sociologici, storici e di diritto comparato ⁽¹⁵⁰⁾. In questo senso si pronunciò per la dottrina generale dello Stato nel 1896 anche Karl Rieker ⁽¹⁵¹⁾. Si

⁽¹⁴⁶⁾ H. LÜBBE, *Politische Philosophie in Deutschland* (1963), 1974.

⁽¹⁴⁷⁾ U. SCHEUNER, *Triepel*, in *Staatslexikon*, sesta ed. 1962, vol. VII, 1044 s.; A. HOLLERBACH, *Zu Leben und Werk Heinrich Triepels*, in *AöR*, 91 (1966), 417-441, 537 ss.; W. KOHL, *H. Triepel*, in W. BENZ-H. GRAML (a cura di), *Bibliographisches Lexikon zur Weimarer Republik*, 1988, 345 s.

⁽¹⁴⁸⁾ E. CASTRUCI, *Tra organicismo e "Rechtsidee". Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann*, 1984; K. RENNERT, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik. Untersuchungen zu Erich Kaufmann, Günther Holstein und Rudolf Smend*, 1987, 160 ss.

⁽¹⁴⁹⁾ S. KORIOTH, *Integration und Bundesstaat. Ein Beitrag zur Staats- und Verfassungslehre Rudolf Smends*, 1990, 16 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Caratteristico per esempio E. KAUFMANN, *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in v. STENGEL-FLEISCHMANN, *Wörterbuch*, 2^a ed. vol. III (1914) 688-718 (718). Cfr. al riguardo l'antologia di SPRENGER (*supra* nt. 82) con il saggio di W. SCHILD su Josef Kohler (46-65) e di A. KAUFMANN sul giovane Gustav Radbruch (101-110).

⁽¹⁵¹⁾ K. RIEKER, *Über Begriff und Methode des allgemeinen Staatsrecht*, in « *Vierteljahresschrift für Staats- und Volkswirtschaft* », 4 (1896), 250-268.

puntava a un « superamento » del positivismo attraverso la visione di sintesi e il corrispondente pluralismo metodologico. Ciò condusse gli uni a un positivismo valutato in modo politico, gli altri a una « concezione organicistica di stampo idealistico » e alla « dialettica hegeliana »⁽¹⁵²⁾ al diritto naturale e l'ultimo al progetto di una « dottrina dell'integrazione » che anticipa il futuro.

Carl Schmitt (1888-1985), che iniziò in questo periodo la propria carriera, pur cercando di abbandonare gli schemi canonici rimase in una prima fase incerto. Nella sua seconda monografia egli si occupò del problema di come la decisione giudiziaria, imposta su base discrezionale, potesse essere legittimata quale atto statale⁽¹⁵³⁾. Per la prima volta l'approccio decisionistico pose in primo piano la *Entscheidung* che metteva fine alla controversia, e l'eccezione, vale a dire il vuoto normativo, diventò il punto di partenza di una critica generale del positivismo. D'altra parte, già nel testo scritto per l'abilitazione nel 1914⁽¹⁵⁴⁾ Schmitt aveva distinto chiaramente il diritto, inteso « come norma meramente valoriale, che non si può qualificare giuridicamente in base alla fattualità », dallo Stato, inteso come ciò che realizza il diritto nel mondo empirico. Per quanto riguarda i toni antindividualistici di questo scritto, ci si dimentica facilmente che esso dal punto di vista metodologico era vicino al neo-kantismo. Per Schmitt erano dunque ancora aperte entrambe le strade: quella del decisionismo e quella del normativismo.

Decisamente normativistico fu invece inizialmente l'orientamento di Hans Kelsen (1881-1973)⁽¹⁵⁵⁾. I suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*⁽¹⁵⁶⁾ sono un manifesto di questo processo di chiarimento. Cinquant'anni dopo Carl Friedrich von Gerber entrava così sulla scena un soste-

⁽¹⁵²⁾ RENNERT (nt. 147), op. cit.,

⁽¹⁵³⁾ C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin 1912.

⁽¹⁵⁴⁾ C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Hellerau 1917.

⁽¹⁵⁵⁾ Fondamentale R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1968.

⁽¹⁵⁶⁾ *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1911, 2^a ed. con prefazione, Tübingen 1923 (trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, a cura di Agostino Carrino, Napoli 1991).

nitore ancora più radicale della « scientificità » della dottrina dello Stato, che cercò, in maniera assolutamente coerente, di eliminare⁽¹⁵⁷⁾ gli elementi non giuridici secondo i paradigmi scientifici del neo-kantismo⁽¹⁵⁸⁾ al fine di « conseguire l'autonomia del diritto nei confronti della natura o di una data realtà sociale modellata secondo natura »⁽¹⁵⁹⁾. Per opera di Kelsen si dissolvono le antinomie tra potere e diritto, tra concetto sociologico e giuridico dello Stato, tra diritto soggettivo e oggettivo. Lo Stato non garantisce più l'ordinamento giuridico, esso è l'ordinamento coattivo normativo dei comportamenti umani: l'ordinamento giuridico, appunto.

Non è possibile in questa sede ripercorrere i successivi sviluppi delle teorie di Triepel, Smend, Kaufmann, Schmitt e Kelsen. La cifra biografica e intellettuale di questi autori va collocata nel periodo della Repubblica di Weimar. Tuttavia è già evidente in questi primi anni del secolo la manifestazione di un movimento centrifugo, che condurrà a una polarizzazione della « disputa sul metodo » del diritto pubblico non appena le condizioni politiche generali muteeranno, obbligando a prendere una posizione⁽¹⁶⁰⁾.

Il malcontento che si manifestò intorno al 1900 provocò anche un aumento notevole dell'offerta di corsi universitari dedicati alla

⁽¹⁵⁷⁾ H. KELSEN, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen 1911; ID., *Zur Soziologie des Rechts*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », vol. 34 (1912), 601 ss.; ID., *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft*, in « Schmollers Jahrbuch », 40 (1916), 1181 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. al riguardo le critiche di OSCAR EWALD, in « Kant-Studien », 17 (1912) 396 s. e FRANZ WEYR, *Eine neue Theorie des Staatsrechts*, in « Sbornik ved pravnich a statnich », vol. XIII 185 ss. Per il neo-kantianesimo cfr. H.L. OLLIG, *Der Neukantianismus*, 1979; ID., (a cura di), *Materialien zur Neukantianismus-Debatte*, 1987; E. WINTER, *Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens*, 1980; K. CHR. KÖHNKE, *Entstehung und Aufstieg des Neukantianismus. Die deutsche Universitätsphilosophie zwischen Idealismus und Positivismus*, 1986. — Come primo esempio viene menzionato M. LEFKOVITS, *Die Staatslehre auf kantischer Grundlage*, Bern 1899.

⁽¹⁵⁹⁾ KELSEN, *Hauptprobleme* (nt. 156), Introduzione, VI. — come strano « precursore » del concetto cfr. A. ZUCKSCHWERDT, *Die Grundlinien einer Reinen Rechtslehre*, Berlin 1879.

⁽¹⁶⁰⁾ Il raggruppamento in « quattro direzioni » consigliato da Rennert (nt. 147), 51 ss. ha il vantaggio di essere ben chiaro; lascia da parte però, all'interno della problematica seguita senz'altro correttamente, le opzioni politiche che vi sono collegate in modo latente.

« dottrina generale dello Stato », per lo più connessi alla « politica ». Intorno al 1900 non solo si moltiplicarono le pubblicazioni in materia, ma furono avviate anche le relative lezioni universitarie. Nel 1897 iniziò Friburgo, seguita da Berlino (1899), Tubinga (1902-03), Lipsia (1908), Vienna (1911-12), Gottinga (1914) e Monaco (1918) ⁽¹⁶¹⁾.

2. *La sintesi: Georg Jellinek (1851-1911).*

A tentare di arrestare questo movimento centrifugo e di riassorbirlo nella sua *Allgemeine Staatslehre* (1900) fu Georg Jellinek. Nato nel 1851 a Lipsia, ma cresciuto a partire dal 1855 a Vienna, Jellinek studiò a Vienna, Heidelberg e Lipsia ⁽¹⁶²⁾, in un percorso formativo particolarmente ampio ed enciclopedico. All'inizio della sua carriera, quando era un giovane docente a Vienna, incontrò varie difficoltà — stava per ottenere una cattedra di diritto internazionale quando dagli ambienti clericali fu sollevata la questione della « ebraizzazione dell'università di Vienna ». Ciò nonostante, riuscì ad accreditarsi altrove. Al tentativo di una sua chiamata da parte della facoltà di Berlino seguì una parentesi a Basilea (1889-90) e poi, nel 1890, l'invito ad Heidelberg, che si sarebbe rilevato determinante per il resto della sua vita. Fu qui che Jellinek divenne una delle figure più apprezzate in Europa nel campo del diritto pubblico e internazionale, ma soprattutto nella dottrina generale dello Stato ⁽¹⁶³⁾. E fu qui

⁽¹⁶¹⁾ KURIKI (nt. 9) con altre indicazioni.

⁽¹⁶²⁾ Per la biografia cfr. GEORG JELLINEK, *Ein Lebensbild, entworfen von seiner Witwe Camilla Jellinek*, in G. JELLINEK, *Ausgewählte Schriften und Reden*, Berlin 1911 (ristampa 1970); ID., in *Neue Österr. Biographie ab 1815*, vol. VII (1931), 136 ss.; H.J. HERWIG, *Georg Jellinek*, in M. J. SÄTTLER (a cura di), *Staat und Recht*, 1972, 72-99, 191, 201 ss.; H. RIDDER, in HRG, II (1978) 295-299; A. FIJAL-R.-R. WEINGÄRTNER, *Georg Jellinek- Universalgelehrter und Jurist*, JuS 1987, 97-100; H. HOF, in KLEINHEYER-SCHRÖDER, 3^a ed. 1989, 141-145; H. HOFMANN, in *Staatslexikon*, 7^a ed., vol. III (1987) 212-214 con ulter. lett.

⁽¹⁶³⁾ G. JELLINEK, *Die Weltanschauung Leibniz' und Schopenhauers (1872)*, in *Ausgewählte Reden und Schriften*, I, Berlin 1911, 3 ss.; ID., *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien 1878; ID., *Die Beziehungen Goethes zu Spinoza*, Wien 1878; ID., *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, Leipzig 1895, 2^a ed. 1904, 4^a ed. 1927 (ristampa in R. SCHNUR [a cura di], *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, 1964, 1-77); ID., *Die Zukunft des Krieges*, 1890 (in: *Ausgewählte Reden*

che sviluppò un importante rapporto personale con Max Weber. Frequentemente afflitto da problemi di salute, Jellinek morì nel 1911 ad Heidelberg a sessant'anni neppure compiuti.

Jellinek aveva una natura liberale e idealistica, incentrata sulla sintesi e sull'armonia. La sua fondamentale opera dedicata al sistema dei diritti pubblici soggettivi (1892) fu integrata nel 1895 da uno studio ricostruttivo sulla *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, che individuava il nucleo evolutivo dei diritti fondamentali nella libertà confessionale ⁽¹⁶⁴⁾. Si trattava, in sostanza, di una ripresa dei temi liberali dei vincoli giuridici al potere statale e dell'equilibrio razionale tra i necessari poteri autoritativi dello Stato e le situazioni giuridiche autonome del cittadino. Jellinek avrebbe ripreso ancora una volta questi temi nella sua *Allgemeine Staatslehre* ⁽¹⁶⁵⁾.

Comprendere la prospettiva metodologica adottata da Jellinek è indispensabile per valutare la sua *Allgemeine Staatslehre*, che — come egli stesso affermò — rappresentava il tentativo di riassumere i risultati di un'intera vita scientifica in un'unità sistematica. Questa scelta di metodo coincide con quella della « scuola neokantiana del Baden », che distingue l'essere (*Sein*) dal dover essere (*Sollen*), il lato empirico dello Stato da quello normativo, ma che crea anche la possibilità di un collegamento tra i due piani postulando che entrambi possano essere compresi come fenomeni della coscienza umana ⁽¹⁶⁶⁾. A questa distinzione corrisponde perfettamente la famosa « teoria dei due lati » dello Stato di Jellinek, con la sua

und Schriften, II, 515 ss.); ID., *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien 1882 (ristampa 1969); ID., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg 1892, 2ª ed. Tübingen 1919 (ristampa 1964); ID., *Adam in der Staatslehre*, Heidelberg 1893 (anche in *Neue Heidelberger Jahrbücher*, 1894). Una lista di scritti in W. JELLINEK, in AöR, 27 (1911), 606-619.

⁽¹⁶⁴⁾ K. PFEIFER, *Die Idee der Grundrechte in der deutschen Literatur von 1700 bis Georg Jellinek (1892)*, tesi, Jena 1930; G. ZIMMERMANN, *Religionsgeschichtliche Grundlagen des modernen Konstitutionalismus*, in « Der Staat », 30 (1991) 393-413.

⁽¹⁶⁵⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900, 1905, 1914, quinta ristampa della 3ª ed. a cura di W. Jellinek, 1928 (ristampa 1959 e più volte), 409-424 (trad. it. *La dottrina generale dello Stato*, traduzione italiana sulla 2ª ed. tedesca di Modestino Petrozziello; con introduzione e capitoli aggiunti di Vittorio Emanuele Orlando, Milano 1921).

⁽¹⁶⁶⁾ R. HOLUBEK, *Allgemeine Staatslehre als empirische Wissenschaft*, 1961.

dicotomia tra « dottrina sociale dello Stato » (*Allgemeine Soziallehre des Staates*) e « diritto pubblico generale » (*Allgemeine Staatsrechtslehre*), che svolge una doppia funzione: essa prende in considerazione la pretesa di riconoscimento della scienza sociale empirica, ma nel contempo tutela anche l'autonomia del giuridico ⁽¹⁶⁷⁾. Si trattava di un'esigenza comunemente avvertita, che corrispondeva al diffuso sentimento per il quale allo Stato si poteva guardare « in due modi [...], entrambi egualmente giusti, entrambi da considerare in modo equilibrato, ma che non devono mai essere confusi » ⁽¹⁶⁸⁾.

La dottrina sociale dello Stato si basa sull'analisi dei rapporti umani, delle particolari « funzioni psichiche che sono tenute insieme tramite il loro oggetto ». Si tratta dei rapporti di volontà tra dominanti e dominati, delimitati nel tempo e nello spazio e orientati al raggiungimento di un determinato scopo, in una prospettiva che porta Jellinek ad affermare che « lo Stato è un'unità collettiva (*Verbandseinheit*) di uomini che vivono in uno specifico territorio, dotata di un potere sovrano originario » ⁽¹⁶⁹⁾. Esso si manifesta sul piano storico-fattuale come tutte le altre formazioni umane, dalle quali si distingue soltanto per il fatto che rappresenta l'unità collettiva in massimo grado organizzata e differenziata. Jellinek è qui in completa sintonia con l'evoluzionismo delle scienze naturali del tempo, cui riconosce un'ulteriore fondamento storico-metafisico: « La costante evoluzione e il più compiuto sviluppo delle umane forze, nonostante lo scarso entusiasmo che li possono accompagna-

⁽¹⁶⁷⁾ Così ad esempio anche B. SCHMIDT, *Der Staat. Eine öffentlich-rechtliche Studie*, Leipzig 1896, che attribuisce allo Stato una realtà comprensibile in modo empirico come organismo sociale e allo stesso tempo lo intende come un « organismo giuridico » capace di volontà. Allo stesso modo C. SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Tübingen 1905 con una chiara distinzione dello Stato come « fenomeno sociale » e come « concetto giuridico ». Quest'ultimo è visto da Seidler nella sovranità personale, territoriale e organica dello Stato.

⁽¹⁶⁸⁾ SCHMIDT (nt. 166), 106. Bruno Schmidt (1865-1905) ad Heidelberg si occupò principalmente di diritto internazionale, in diretto contatto con Jellinek, del quale non solo condivideva « la teoria del dualismo » ma anche altri punti (qualificazione dello Stato come « organismo giuridico » come creatore del diritto, origine della dottrina giuridica in base al riconoscimento sociale ecc.). Jellinek e Georg Meyer furono anche i curatori della collana nella quale fu pubblicato il saggio.

⁽¹⁶⁹⁾ *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164), 3^a ed., 181.

re, secondo la nostra moderna visione del mondo improntata all'unità del sapere, sono il contenuto, necessario e che va quindi riconosciuto, della storia» (170). Per quanto riguarda questa « metafisica della storia », come egli stesso la chiama, Jellinek rimane completamente nella tradizione dell'Ottocento. Purificazione morale e costruzione dell'individualità e del genere umano — ovviamente senza il centro d'imputazione teologica di un Dio personale — sono le forme filosofiche finali di questa prospettiva.

Lo Stato è quindi, in senso propriamente giuridico, un soggetto di diritto, un'entità territoriale di diritto pubblico. Esso poggia sul diritto e si legittima garantendo l'ordinamento giuridico (171) e perseguendo gli obiettivi pubblici in incessante sviluppo. I suoi classici elementi sono il territorio, il popolo e il potere dello Stato (172). Quest'ultimo non coincide però con la sovranità, soggetta al mutamento storico. Uno Stato non deve essere sovrano, ma deve essere unicamente nella posizione di auto-organizzarsi e di auto-governarsi, deve potersi vincolare da solo al diritto. Se, quindi, si ha uno Stato — così procede Jellinek nella sua *Allgemeine Staatslehre* —, allora è possibile esaminarne comparativamente (173) la costituzione e la « forma di Stato », analizzarne gli organi, la dottrina della divisione dei poteri e delle funzioni e la struttura amministrativa, e infine inquadrarne giuridicamente, al di là dei confini nazionali, le relazioni con gli altri Stati. In particolare, è possibile considerare la relazione tra lo Stato e l'individuo come un rapporto giuridico, attribuendo all'individuo diritti e doveri ben determinati (dottrina dello *status*) (174).

Jellinek mostra come il piano empirico e quello normativo siano distinti e nel contempo uniti non soltanto attraverso la « dottrina dei due lati », ma anche con l'analisi della questione della validità giuridica. Egli osserva che la mente umana riconosce come « dovu-

(170) *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164), 3^a ed., 262.

(171) *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164), 3^a ed., 334 ss.

(172) Allo stesso modo LOENING (nt. 64), 710 ss.

(173) Riguardo ai « tipi come oggetto della dottrina dello Stato » cfr. *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164), 3^a ed., 34 ss.

(174) Il dovere di ubbidienza (*status passivus*), la sfera della libertà (*status negativus*), le pretese nei confronti dello Stato (*status positivus*) e i diritti politici di partecipazione (*status activus*). *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164), 3^a ed. 416 ss.

to » ciò che esiste fattualmente e ciò che è stato messo in pratica per lungo tempo anche sul piano normativo. Qui, come recita la celebre formula, agisce « la forza normativa del fatto »⁽¹⁷⁵⁾. Allo stesso tempo esiste però anche una controtendenza, che porta gli uomini ad andare contro ciò che è « dovuto » sul piano normativo, a cambiarlo o a ribaltarlo, perché esso non concorda con le idee di giustizia custodite nella propria coscienza. In entrambe le direzioni queste concezioni costituiscono dei ponti tra l'essere e il dover essere, tanto che si potrebbe parlare per quanto riguarda Jellinek di « positivismo psicologico »⁽¹⁷⁶⁾. Gli stretti rapporti con la psicologia, che stava nascendo proprio in quegli anni, e in particolar modo con Wilhelm Wundt, confermano questa conclusione. Non si trattava né di una coerente dottrina giusnaturalistica, né di un coerente positivismo giuridico. Piuttosto, quello di Jellinek era un tentativo di comprendere la validità del diritto sul piano empirico come fenomeno della coscienza. Nella prospettiva neokantiana della scuola di Marburgo, questa posizione aveva contorni fumosi, e venne di conseguenza criticata, soprattutto da Hans Kelsen⁽¹⁷⁷⁾.

Dal punto di vista strategico-scientifico, sia la teoria dualistica che la dottrina della validità del diritto erano del tutto convincenti. Era plausibile separare i diversi campi della ricerca empirica e della ricerca normativa, e allo stesso tempo insistere sul loro stretto rapporto. Per tutto l'Ottocento si era generalmente fatto ricorso alla distinzione tra una dottrina naturale dello Stato a carattere descrittivo (*notitia rerum publicarum*, storia dello Stato) e una « politica » intesa in senso valoriale, proiettata nel futuro, che a sua volta era distinta da una dottrina del diritto pubblico a carattere normativo, orientata al « diritto vigente ». Dietro a questa ripartizione non vi era soltanto la triade rappresentata da passato, presente e futuro, ma anche la condizione costituzionale del momento. Lo Stato era abitualmente visto come un fenomeno sociale pregiuridico, al quale soltanto nel corso dell'Ottocento erano state imposte le redini del diritto costituzionale. Esso era, in quanto Stato-istituzione di tipo

⁽¹⁷⁵⁾ *Allgemeine Staatslehre* (nt. 164) 3^a ed. 337 ss.

⁽¹⁷⁶⁾ W. OTT, *Der Rechtspositivismus*, 1975, 65.

⁽¹⁷⁷⁾ H. KELSEN, *Hauptprobleme* (nt. 156); ID., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2^a ed. 1928 (ristampa 1962).

burocratico, che agiva secondo la ragion di Stato, l'opposto non soltanto di una società costituita in base al diritto privato, ma del diritto stesso. Dove il diritto lasciava delle lacune, come per esempio nei conflitti costituzionali, per colmarle entravano in scena il potere e le sue diramazioni capaci di prendere decisioni. In questo senso, la storia dell'Ottocento insegna che lo Stato poteva commettere delle infrazioni giuridiche e rimanere tranquillamente in piedi, sulla base della sola forza, anche senza il diritto.

La tesi kelseniana della coincidenza sul piano conoscitivo tra Stato e diritto ⁽¹⁷⁸⁾ non corrispondeva certo all'esperienza di coloro che erano ancora memori dello Stato-potenza pregiuridico, e che si erano sforzati di conferire ad esso la forma dello Stato di diritto. Essi potevano certamente comprendere a livello intellettuale ⁽¹⁷⁹⁾ le affermazioni di Kelsen, quando questi sosteneva che metodi conoscitivi diversi costituiscono oggetti di conoscenza diversi e quindi non sono applicabili a « un » oggetto, ma trovavano ambiguo che l'identificazione del diritto con lo Stato portasse a concludere che lo Stato fosse, per il solo fatto di esistere, uno « Stato di diritto ». Eguale resistenza incontrarono le affermazioni di Kelsen in merito alla esclusiva derivazione delle norme giuridiche da altre norme giuridiche. Infatti, anche in questo caso la storia dell'Ottocento mostrava come le decisioni fondate sulla sola forza politica fossero state rapidamente accettate, acquisendo il carattere di diritto vigente.

Jellinek riesce a portare a conclusione l'ampio programma della sua *Allgemeine Staatslehre* tutto d'un fiato, con un tono regolare e sempre attento come un condottiero, per usare una metafora, che dalla cima del colle abbraccia con lo sguardo il campo di battaglia, e dunque lo sviluppo storico degli Stati tanto quanto l'evoluzione della teoria dello Stato. Storia, storia delle idee, comparazione giuridica e dogmatica trovano qui un equilibrio che suscitò l'ammi-

⁽¹⁷⁸⁾ In merito a ciò è particolarmente informativa l'introduzione alla 2^a ed. degli *Hauptprobleme* (nt. 156), XVI ss. XIX s. sulla teoria del dualismo.

⁽¹⁷⁹⁾ Cfr. al riguardo H. J. KOCH, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, 1977, 67 ss., che ricostruisce la discussione tra Jellinek e Kelsen in modo razionale e spiega come il tentativo di Kelsen di « dimostrare l'impossibilità di una dottrina sociale (dello Stato) nel senso di Jellinek » sia fallito.

razione generale, come confermano anche le numerose traduzioni dell'opera di Jellinek. Certamente vi furono anche delle critiche: quella da parte di Hans Kelsen che abbiamo già ricordato, perché il suo positivismo non era abbastanza coerente; quella da parte del « socialista etico » Leonard Nelson, perché sembrava pericoloso un positivismo che non facesse riferimento materiale alla giustizia; ⁽¹⁸⁰⁾ oppure ancora quella mossagli da Friedrich Tezner ⁽¹⁸¹⁾ sulla pretesa di validità della *Allgemeine Staatslehre* e sull'apparente ritorno alla commistione di punti di vista giuridici e non giuridici. Ma la generale visione di Jellinek come « ancora senza dubbio il più stimato e il più influente docente di diritto pubblico dei nostri tempi » (Nelson), e la convinzione che la sua « dottrina generale dello Stato » rappresentasse una imponente *summa* dell'Ottocento, erano posizioni allora assolutamente condivise e tali sono rimaste fino ad oggi ⁽¹⁸²⁾. Jellinek in fin dei conti combina elementi che non possono essere combinati: un idealismo filosofico ancora vivo, una *Rechtsidee* materiale e la metafisica storica, il positivismo giuridico — tuttavia privo della profondità e della coerenza di Kelsen — e, ancora, il positivismo scientifico e in particolare le conoscenze della nascente psicologia. Il suo successo si basò proprio su questa capacità di tenere insieme elementi diversi. Sembrò che si fosse riusciti non soltanto ad arrestare le tendenze centrifughe della differenziazione tra diritto pubblico, dottrina dello Stato, politica e sociologia, ma anche ad elaborare una concezione capace di contra-

⁽¹⁸⁰⁾ L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre von der Souveränität*, 1917, 2ª ed. 1949 e in L. NELSON, *Recht und Staat* (intero saggio vol. IX), 1972, 123-124. Al riguardo W. LINK, *Die Geschichte des Internationalen Jugendbundes und des Internationale sozialistischen Kampfbundes*, 1964; K.-H. KLÄR, *Zwei Nelson-Bünde: Internationaler Jugend-Bund (IJB) und Internationaler Sozialistischer Kampfbund (ISK) im Lichte neuer Quellen*, in « Internat. wiss. Korr. z. Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung », 18 (1982), 310-360; S. LEMKE-MÜLLER, *Ethischer Sozialismus und soziale Demokratie*, 1988; H. FRANKE, *Leonard Nelson*, 1991.

⁽¹⁸¹⁾ F. TEZNER, *Die wissenschaftliche Bedeutung der allgemeinen Staatslehre und Jellineks Recht des modernen Staates*, in « (Hirths) Annalen des Deutschen Reichs », 1902, 638-671.

⁽¹⁸²⁾ Poco convincente la rappresentazione storica e apertamente ipercritica di HERWIG (nt. 161) che poggia su numerosi equivoci.

stare le minacce della politicizzazione all'autonomia degli altri campi del sapere.

La speranza coltivata dal positivismo del diritto pubblico classico di acquisire quella autonomia e quella « scientificità » — che sembravano mancare al vecchio diritto pubblico — attraverso una chiara separazione dell'elemento giuridico da tutti gli elementi « non giuridici », così come tramite il ricorso a operazioni di logica concettuale, intorno al 1900 si era ormai notevolmente indebolita. La dottrina dello Stato e del diritto pubblico ritornarono ad essere attraversate da argomenti storici e politici. Allo stesso tempo, il mondo della fattualità veniva esaminato secondo le forme elaborate dalla statistica e dalla sociologia con un'intensità fino ad allora sconosciuta, e si metteva adesso in primo piano come fondamento della validità del diritto.

Infine, va ricordato un altro punto, difficile da dimostrare ma di certo « esistente »: nel passaggio da un secolo all'altro andò perduta la sicurezza interna della classe politica tedesca e austriaca. Anche se la facciata della monarchia costituzionale rappresentativa sembrava essere fatta per durare in eterno, si faceva ormai largo il timore che la forma di vita aristocratico-borghese fosse destinata a essere cancellata dalla definitiva affermazione dell'epoca dell'industria e delle masse politicizzate ⁽¹⁸³⁾. Nonostante tutte le interpretazioni di segno diverso, gli intellettuali del tempo si resero conto di quanto grande fosse il divario tra le espressioni tardo-feudali e marziali della monarchia asburgica e della Germania guglielmina, da una parte, e quelle del mondo moderno, dall'altra. Entrambi questi sistemi politici non erano pronti a una vera parlamentarizzazione e alla riconduzione della monarchia a un modello presidenziale. Il « principio monarchico » rimase intatto, seppur in una nuova forma, e lo Stato costituzionale borghese rimase bloccato a metà strada, soprattutto in Prussia. Ma anche in Austria e negli Stati della Germania meridionale e centrale non vi fu più un movimento costituzionale come

⁽¹⁸³⁾ VONDUNG (nt. 139); J. KOCKA (a cura di), *Bildungsbürgertum im 19. Jahrhundert*, Teil IV *Politischer Einfluß und gesellschaftliche Formation*, 1989 (in particolar modo qui l'articolo di H.U. WEHLER, 215 ss.); una fonte informativa la offre G. BESIÈR (a cura di), *Die Mittwochs-Gesellschaft im Kaiserreich. Protokolle aus dem geistigen Deutschland 1863-1919*, 1990.

quello del *Vormärz*. Le energie politiche si erano spente con l'affermazione dello Stato di diritto. Alla borghesia sembrò più conveniente scendere a compromessi con i poteri dominanti, per poter così far fronte comune contro il quarto stato, piuttosto che trovarsi coinvolta in un conflitto sociale in mezzo a due fronti.

V. *Stato nazionale o Stato della società industriale?*

La « unità nazionale » e lo « Stato di diritto » furono per la società tedesca le maggiori conquiste della seconda metà dell'Ottocento. La « partecipazione » da parte della società al potere politico si era invece affermata soltanto in parte, probabilmente anche perché non era più così desiderata come nel 1848. La maggioranza della borghesia di orientamento nazional-liberale era scesa più o meno consapevolmente a patti con la vecchia élite autoritaria: da una parte furono garantite alla borghesia la prosperità economica e la sicurezza giuridica; dall'altra, fu promesso il rispetto dei classici dominî del potere — corte, amministrazione, esercito e diplomazia —, e su questa base si trovò un accordo sulle misure da prendere contro i pericoli legati alla questione sociale e ad altri fattori destabilizzanti.

In questo senso il secondo Impero aveva raggiunto l'unità e risolto la questione della legittimità. Sembrava che la sicurezza politica ed economica fossero ormai garantite per sempre. La « grande depressione » del 1873 era stata presto superata; l'aumento della produttività rimase impressionante. L'aumento stabile dei salari e la sicurezza sociale che si stava gradualmente espandendo fecero sì che la questione sociale non costituisse più una minaccia. L'Impero, come si era potuto dimostrare in occasione del Congresso di Berlino del 1878, era una potenza europea. « Oggi siamo », così affermò Georg Jellinek nel 1906, « un popolo sazio, cui si crea disagio se si cerca di fargli capire a fondo i grandi problemi della vita dello Stato, così noi ci accontentiamo di parlare in modo banale delle questioni politiche quotidiane » (184).

(184) G. JELLINEK, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin 1906, Prologo, VI.

Tuttavia, gli strati sociali coinvolti non furono del tutto soddisfatti, anzi il malcontento crebbe durante il cancellierato di Bismarck e aumentò ancor di più sotto Guglielmo II. Questo accadde per ragioni di diversa natura. I fautori della soluzione « grande-tedesca » non si erano ancora completamente rassegnati al fatto che la soluzione « piccolo-tedesca » avesse fatto sì che la monarchia asburgica, per come era una volta, non fosse stata integrata in uno Stato nazionale tedesco. Il cattolicesimo politico non aveva dimenticato il *Kulturkampf*; gli alsaziani nell'ovest e i polacchi nell'est non si erano completamente integrati ⁽¹⁸⁵⁾. Il movimento dei lavoratori si rafforzò fino a diventare una vera doppia organizzazione, sindacale e di partito, e diventò uno dei fattori più importanti esclusi dal potere politico. A destra vi era, in altra direzione, una pressione permanente sulla « risonanza mondiale » del paese, sulle colonie, sulla costruzione delle flotte, ma anche sui problemi materiali dell'indebitamento dell'aristocrazia agraria. Infine, anche nella borghesia, nonostante tutto il suo (auto)compiacimento, bruciava lentamente il fuoco di un certo risentimento contro lo stile feudale-militaristico degli strati sociali che stabilivano le regole del gioco. Allo stesso tempo vi era la preoccupazione verso l'egualitarismo dell'epoca di massa che si andava profilando.

Vanno registrati inoltre anche i mutamenti della realtà costituzionale. Il *Reich*, il cui peso inizialmente era minimo, si dotò a poco a poco di un vasto apparato amministrativo e proseguì la « fondazione interna dell'Impero » attraverso la legislazione. La cooperazione tra il *Reichstag*, il *Bundesrat* e il governo del *Reich* — spesso intrecciata agli interessi prussiani — si sviluppò nella direzione di una parlamentarizzazione che cresceva lentamente, senza però che venisse sostanzialmente messo in discussione il tradizionale modello della monarchia costituzionale. Con il successore di Bismarck entrò in scena l'elemento del « governo personale » dell'imperatore, che venne visto come un fattore di aumento della complessità. La

⁽¹⁸⁵⁾ Riguardo alle università cfr. H. HAMMER-SCHENK, „*Wer die Schule hat, hat das Land!*“ *Gründung und Ausbau der Universität Straßburg nach 1870* e L. BURCHARDT, *Hochschulpolitik und Polenfrage: Der Kampf um die Gründung einer Universität in Posen*, entrambi in E. MAI-S. WAETZOLDT (a cura di), *Kunstverwaltung, Bau- und Denkmal-Politik im Kaiserreich*, 1981, 12 ss., 147 ss.

costituzione del *Reich* continuò a rimanere uno statuto organizzativo, fu però costantemente integrata e modificata tramite un tacito mutamento costituzionale e attraverso il diritto costituzionale non scritto.

Nella letteratura giuspubblicistica dominò un registro di fondamentale conformità allo *status quo*, nonostante i marginali turbamenti, le inquietudini e le variazioni che sono stati già ricordati. Chi si esprimeva al riguardo apparteneva all'alta borghesia dei funzionari amministrativi e dei professori universitari. Non vi furono quasi mai atteggiamenti di critica radicale. Ciò vale soprattutto per la prima generazione dei cultori del diritto costituzionale e amministrativo dopo il 1870. Questa generazione pensava in modo tipicamente nazional-liberale, si consacrò al positivismo scientifico e legislativo e combinò questo approccio in vario modo con le premesse metodologiche della scuola storica del diritto e con la filosofia idealistica. L'eliminazione degli elementi storici, politici e filosofici dalla giurisprudenza, che solitamente viene attribuita al positivismo di Gerber e Laband, non si è mai compiuta nei termini in cui è stato invece risolutamente sostenuto. Si tratta, piuttosto, di una leggenda che risale agli oppositori del positivismo nel Novecento. Vero è invece che il dibattito sui problemi fondamentali dell'ordinamento statale si esaurì tra il 1870 e il 1900. Solo quando la generazione di coloro che avevano assistito e contribuito alla costituzione della Confederazione germanica del Nord e del *Reich* lasciarono la scena, intorno al 1890, si destarono nuove forze. La nuova generazione (Jellinek, Triepel, Anschütz, Kaufmann, Schmitt, Kelsen, Smend, Thoma) si liberò, ognuno a suo modo, « dall'opinione dominante ». Si ricominciò a pensare in modo « più storico » e « più politico », oppure si affinò la consapevolezza metodologica in un dialogo senza pregiudizi con la filosofia, la sociologia e la psicologia ⁽¹⁸⁶⁾.

È in questo modo che comparve, intorno al 1900, un fitto intreccio di crepe nelle fondamenta degli edifici del *Reich* e della sua dottrina giuspubblicistica, apparentemente così saldi. Le teorie sociologiche considerarono lo Stato decisamente « non giuridico ». I giovani giuspubblicisti cercarono un nuovo baricentro ermeneutico

⁽¹⁸⁶⁾ S. KORIOTH, *Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich*, in AöR, 117 (1992), 212-238.

per fondere insieme lo Stato e l'ordinamento giuridico (Kelsen), per intenderlo come fenomeno socio-pedagogico dell'interazione tra fattori giuridici ed extragiuridici (Jellinek, Smend), o come espressione del potere (Kaufmann), oppure ancora come « decisione » esistenziale (Schmitt).

È opportuno interpretare questo nuovo orientamento come il riflesso dei mutamenti della tipologia statale, mutamenti che si possono descrivere con il passaggio da uno Stato nazionale chiuso allo Stato aperto della società industriale. Questo passaggio consente diversi punti di vista:

1. Se si parte dal modello ispiratore dello Stato liberale costituzionale e di diritto che fa da « cornice » alla società, che garantisce sicurezza e ordine e che tutela la pubblica incolumità, ma che quando si tratta di intervenire cerca di contenersi quanto più possibile, allora si può sostenere che intorno al 1878 in Germania inizia una nuova epoca. Con le misure doganali protezioniste, la sicurezza sociale, il diritto societario, il diritto della concorrenza, il diritto dei trasporti e il diritto industriale, lo Stato interventista entra in scena e si espande quasi impercettibilmente fino alla data epocale del 1914, per poi ricevere una violenta spinta grazie al diritto amministrativo di guerra ⁽¹⁸⁷⁾. Questo allontanamento dal liberalismo fu relativamente facile per la società tedesca, comunque orientata in senso statualistico e tradizionale. Ciò contribuì al consolidamento del potere statale e alla creazione di nuove e più ampie burocrazie. La crescita del diritto pubblico che ne conseguì diede l'impulso più forte alla scienza amministrativistica.

2. Se si guarda invece ai meccanismi di maturazione di una volontà politica, allora questo passaggio è caratterizzato soprattutto dallo spostamento del potere decisionale dai vertici monarchici ai partiti e ai capi di partito, nonché alle associazioni e ai loro funzionari. Più i notabili della borghesia intellettuale e fondiaria venivano sostituiti nei parlamenti dai politici di professione, più i partiti dovevano abbracciare gli interessi più diversi all'insegna di vaghe parole d'ordine. A decidere la direzione politica della nazione

⁽¹⁸⁷⁾ M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, ZNR 1989, 129-147; ID., „Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze, Bedingungen, Ziele, Methoden, 1992.

furono sempre più le trattative tra i partiti piuttosto che le disquisizioni tra il monarca e il suo cancelliere. Di conseguenza aumentò l'interesse per i partiti politici. Per non restringere il proprio consenso, questi erano tuttavia sempre costretti a difendere una gamma relativamente vasta di aspettative politiche.

Per sostenere particolari pretese nei confronti dello Stato si formarono, a partire dagli anni ottanta dell'Ottocento, i sindacati e le associazioni. Lavoravano puntualmente e solo ed esclusivamente per i loro referenti, senza dover tener conto delle richieste degli elettori. Rappresentavano la forma della difesa organizzata degli interessi, tipica della società industriale, e formavano una tacita gerarchia; al vertice vi era l'associazione « cui cadevano in grembo i maggiori frutti della macchina legislativa » (F. Naumann).

Il cambiamento da un processo chiuso e « statale » di formazione decisionale nell'ambito di una monarchia costituzionale, a un'interazione libera e imprevedibile di governo, partiti e associazioni, dovette infastidire profondamente la pubblicistica tradizionale. Lo Stato che stava « al di sopra degli interessi » divenne chiaramente « la preda » degli interessi sociali concorrenti. Non solo la sua integrità e l'orientamento all'interesse comune, ma anche il concetto di una « volontà » uniforme inerente al concetto di sovranità che aveva avuto un ruolo decisivo per Gerber e Laband, rischiavano l'erosione.

3. Non meno preoccupanti erano i sintomi all'interno della stessa società. La stratificazione cetuale dell'*ancien régime* si dimostrò per molto tempo relativamente stabile, nonostante i cambiamenti radicali dell'Ottocento. Adesso, nel passaggio da un secolo all'altro, emersero i processi di disaggregazione ⁽¹⁸⁸⁾. Nelle grandi città e nelle zone industriali le vecchie divisioni persero la loro nettezza. Accanto al ceto operaio, che a sua volta perse i tratti del proletariato ⁽¹⁸⁹⁾, si affermarono gli impiegati ⁽¹⁹⁰⁾. I nuovi mezzi di

⁽¹⁸⁸⁾ Cfr. J. KOCKA (a cura di), *Bürgertum im 19. Jahrhundert*, vol. II, 1988.

⁽¹⁸⁹⁾ H.U. WEHLER, *Das deutsche Kaiserreich 1871-1918*, 1973, 41 ss.; M. STÜRMER, *Das rubelose Reich. Deutschland 1866-1918*, 1983 con ulter. lett.

⁽¹⁹⁰⁾ U. KADRITZKE, *Angestellte- die geduldigen Arbeiter*, 1975; J. KOCKA, *Die Angestellten in der deutschen Geschichte*, 1981; T. PIERENKEMPER, *Arbeitsmarkt und Angestellte im Deutschen Kaiserreich 1880-1913*, 1987.

trasporto e di comunicazione, il mondo della pubblicità e del consumo, l'offerta di merce «per tutti i ceti», a basso costo e prodotta tramite macchinari, fecero intendere che stava per avvicinarsi un'epoca di massa, nella quale non sarebbero più esistiti diversi modi di accesso all'istruzione e alla proprietà, ai beni di consumo e ai ranghi più elevati della società. Nel 1895 fu pubblicata per la prima volta la *Psychologie des foules* di Gustave Le Bon, in cui si sosteneva che «l'entrata dei ceti popolari nella vita politica, la loro progressiva trasformazione in classi dominanti, è una delle caratteristiche più evidenti del periodo di transizione nel quale ci troviamo».

4. Particolarmente grave fu infine, proprio per la consapevolezza collettiva di una pubblicistica orientata in senso borghese, la graduale sostituzione dei principi di legittimazione dello Stato. Se il «principio monarchico» dell'Ottocento era soltanto un surrogato della originaria sacralità del potere ⁽¹⁹¹⁾, adesso l'origine divina del potere sovrano finì per diventare proprio nella sua espressione guglielmina quasi una caricatura. Vi erano inoltre chiari indizi che anche il nazionalismo, nonostante il successo ottenuto ancora nel 1914, non sarebbe bastato a lungo come mezzo di integrazione. L'internazionalità delle correnti commerciali, della comunicazione e delle finanze, indicava già che il nazionalismo era stato solo un collante sociale dell'Ottocento ormai prossimo alla dissoluzione.

Che cosa poteva però prendere il posto del patriottismo e della fedeltà nei confronti della casa regnante? Evidentemente, solo la strana fiducia nel moderno «Stato prestazionale» (*Leistungsstaat*), abbinata a sentimenti di gratitudine e di dipendenza, insieme alla legittimazione connessa a un processo democratico. Da quando si era cominciato a ridurre gli effetti della crisi economica grazie alle prestazioni sociali collettive rese possibili dalla politica doganale protezionista e dall'istituzione dell'assicurazione sociale (1883-1889) ⁽¹⁹²⁾, lo Stato iniziò a ricavare la propria legittimazione dalla redistribuzione delle prestazioni. Assorbendo la produttività attra-

⁽¹⁹¹⁾ O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*, in Id., *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 2ª ed. 1968, 160-186.

⁽¹⁹²⁾ F. TENNSTEDT, *Sozialgeschichte der Sozialpolitik in Deutschland*, 1981; V. HENTSCHEL, *Geschichte der deutschen Sozialpolitik 1880-1980*, 1983; P.A. KÖHLER- H.F.

verso le tasse e i contributi previdenziali e immettendola nuovamente in forma di « prestazioni » statali, lo Stato divenne il più grande garante del benessere materiale, di un benessere dal quale dipendeva la « lealtà delle masse ».

Questa situazione, che segnò il passaggio da un secolo all'altro, fu compresa da pochi. Ma molti spiriti sensibili percepirono i primi segni di un'insicurezza di fondo. L'arte figurativa, la musica e la letteratura furono i campi dove questa reazione fu più percepibile. Non si può affermare che la giuspubblicistica e la filosofia dello Stato abbiano avvertito già prima del 1914 le imminenti catastrofi, ma la spaccatura che si può cogliere nei diversi schieramenti tra il 1900 e il 1914 mostra l'inizio di una nuova epoca in cui lo Stato doveva essere inteso come organismo responsabile delle « decisioni », come contenitore della « integrazione », oppure come mero « ordinamento giuridico ». Quando, nell'agosto del 1914, scoppiò la guerra, tutte le differenze sembrarono cancellate e tutte le preoccupazioni culturali dimenticate. Le dichiarazioni dei professori a proposito dell'inizio della guerra, che concludono questa epoca della storia della scienza giuridica tedesca, sono note ⁽¹⁹³⁾. Esse documentano, da un lato, una sincera indignazione e una mentalità piccolo-borghese, un profondo risentimento e convinzioni belliciste; dall'altro, rivelano illusioni sulla « purificazione » e sul « progresso ». Queste altisonanti espressioni, comunque si vogliano considerare a distanza di due generazioni, indicavano ormai una cesura nella storia del diritto pubblico tedesco.

ZACHER (a cura di), *Ein Jahrhundert Sozialversicherung in der Bundesrepublik Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Österreich und der Schweiz*, 1981.

⁽¹⁹³⁾ K. BÖHME (a cura di), *Aufrufe und Reden deutscher Professoren im ersten Weltkrieg*, 1975. Cfr. qui in particolar modo il discorso di Otto von Guericke, 65-80.

FONTI

Il seguente elenco contiene i testi citati nel volume che hanno per oggetto il diritto pubblico. Di questi viene indicata, salvo eccezioni, soltanto la prima edizione. Non vi sono inclusi saggi, riviste, annuari e altre pubblicazioni di facile reperimento. Per le riviste e le raccolte di giurisprudenza si rinvia a F. Ranieri (a cura di), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, 2 voll., Frankfurt 1992.

- AFFOLTER, A. Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts, Stuttgart 1892
- AFFOLTER, F.X. Naturgesetze und Rechtsgesetze, München 1904
System des badischen Verwaltungsrechts, Karlsruhe 1904
- AHRENS, H. De confoederatione germanicarum civitatum, Göttingen 1830
Cours de droit naturel, Paris 1838
- ALBRECHT, W.E. Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts, Königsberg 1828
Rezension, in « Göttingische gelehrte Anzeigen », 1837, 1489 ss. (ristampa 1962)
- AN. (= J.G. FICHTE) Versuch einer Kritik aller Offenbarung, Königsberg 1792
- AN. Ist bey der Deutschen Staatsverfassung eine allgemeine Volksempörung möglich? In Beziehung auf Frankreich, s. l., 1794
- AN. Deutschlands höchst nothwendige politisch-publizistische Regeneration, wegen der aus dem Entschädigungs-System und dessen Folgen hervorgegangenen Umwandlung seiner wichtigsten staatsrechtlichen Verhältnisse, Leipzig 1803
- AN. (= N.TH. GÖNNER) Ueber den Umsturz der teutschen Staatsverfassung und seinen Einfluß auf die Quellen des Privatrechts in den neu souveränen Staaten der rheinischen Conföderation, Landshut 1807
- AN. Ueber das Prinzip, die Grenzen und den Umfang der Polizei, Leipzig 1808

- AN. Grundzüge zu einem Entwürfe einer Deutschen Reichsverfassung, s. l., 1814
- AN. Was lehrt die Constitution dem Landmanne?, Leipzig 1831
- AN. (= C.TH. WELCKER) Deutschlands Freyheit, Gießen 1814
- AN. (= J.F. REITEMEIER) Die Ständeverfassung in den Germanischen Ländern, insbesondere in Dänemark und Preußen, Kiel 1815
- AN. (= J.K. BUDDEUS) Die Ministerverantwortlichkeit in constitutionellen Monarchien, Leipzig 1833
- AN. (= F.K. BECK) Das Hessische Staatsrecht, Darmstadt und Leipzig, 1831-35
- AN. (= G.F. FISCHER) Die landständischen Verirrungen in Württemberg, Stuttgart 1835
- AN. (= H.A. ZACHARIÄ), Die Reform der deutschen Bundesverfassung auf der Basis des Bestehenden und ohne Ausschluß Österreichs, von einem norddeutschen Publicisten, Erlangen 1859
- ANCILLON, F. Ueber Souveränität und Staats-Verfassungen, Berlin 1815
- Ober die Staatswissenschaft, Berlin 1820
- Nouveaux essais de politique et de philosophie, 2 voll., Paris-Berlin 1824
- Über den Geist der Staatsverfassungen und dessen Einfluß auf die Gesetzgebung, Berlin 1825
- Pensees sur l'homme, ses rapports et ses interets, Berlin 1829
- ANSCHÜTZ, G. Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891
- Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, Tübingen-Leipzig 1900
- Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, vol. 1, Berlin 1912.
- Deutsches Staatsrecht, in F. v. HOLTZENDORFF-J. KOHLER, Encyclopädie der Rechtswissenschaft, vol. IV (1914), 1-92
- APEL, E. Die landesherrliche Gewalt des Kaisers in Elsaß-Lothringen, tesi Univ. Greifswald, Spandau 1895
- APELT, K. Das Königlich sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, Leipzig 1901

- ARETIN, J. CHR. (*barone di*) Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatsverfassung und Staatsverwaltung, München 1816
Staatsrecht der constitutionellen Monarchie, 3 voll., Altenburg 1824-28, completati da K. v. Rotteck
- ARNDT, (G.)A. Das Verordnungsrecht des Deutschen Reiches, Berlin-Leipzig 1884
Die Verfassungs-Urkunde, Berlin-Leipzig 1886
Das selbständige Verordnungsrecht, Berlin 1902
- ARNSTEDT, O. v. Das Preußische Polizeirecht, 2 voll., Berlin 1907
- AUERBACH, L. Das neue Deutsche Reich und seine Verfassung, Berlin 1871
- BACHMANN, J.H. Pfalz-Zweibrückisches Staats-Recht, Tübingen 1784
- BÄHR, O. Der Rechtsstaat. Eine publizistische Skizze, Kassel 1864
- BALCK, C.W.A. Verwaltungsnormen in Mecklenburg-Schwerin, in 4 tomi, Schwerin 1883-1908
- BARTELS, J.H. Einige Abhandlungen über Gegenstände der hamburgischen Verfassung, Hamburg 1835
- BARTH-BARTHENHEIM, J.L. (*conte di*) Das Ganze der österreichischen politischen Administration mit vorzüglicher Rücksicht auf das Erzherzogtum Österreich unter der Enns, 3 voll., Wien 1838-46
- BAZILLE, W. Königreich Württemberg, Hannover 1908
- BECK, CH.A. v. Specimen Iuris Publici Austriaci, Wien 1750
- BECK, J.S. Grundsätze der Gesetzgebung, Leipzig 1806
- BECKE, FR.A. v. D. Von Staatsmännern und Staatsdienern, Heilbronn 1797
- BECKER, H. Das Staatsrecht des Großherzogthums Oldenburg, Freiburg-Tübingen 1888
- BEHR, W.J. System der allgemeinen Staatslehre zum Gebrauche für seine Vorlesungen, Bamberg 1804
Der Organismus des rheinischen (deutschen) Bundes, Altona 1807
Systematische Darstellung des rheinischen Bundes aus dem Standpunkte des öffentlichen Rechts, Frankfurt 1808
Das Teutsche Reich und der Rheinische Bund, Frankfurt 1808
System der allgemeinen angewandten Staatslehre oder Staatskunst (Politik), Frankfurt 1810
Darstellung der Bedürfnisse, Wünsche und Hoffnungen deutscher Nation, Aschaffenburg 1814

- Versuch des Grundrisses einer Constitution für Monarchien, Bamberg 1816
 Staatswissenschaftliche Erörterung der Fragen: 1. Inwieferne ist der Regent eines Staats an die Handlungen seines Regierungsvorfahren gebunden? ..., Bamberg-Leipzig 1818
 Von den rechtlichen Grenzen der Einwirkung des deutschen Bundes auf die Verfassung, Gesetzgebung und Rechtspflege seiner Glieder-Staaten, Würzburg 1820
 Die Lehre von der Wirthschaft des Staats, Leipzig 1822
 Bedürfnisse und Wünsche der Baiern, Stuttgart 1830
 Allgemeine Polizei-Wissenschaftslehre oder pragmatische Theorie der Polizei-Gesetzgebung und Verwaltung, 2 voll., Bamberg 1848
- BERG, G.H. v. Handbuch des Teutschen Policeyrechts, 7 voll., Hannover 1799-1809
 Abhandlungen zur Erläuterung der rheinischen Bundesacte, Hannover 1808
- BERGBOHM, K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen, Leipzig 1892
- BERGIUS, C.J. Preußen in staatsrechtlicher Beziehung, Münster 1838
 Preussische Zustände, Münster 1844
- BERGIUS, J.H.L. Kameralisten-Bibliothek, Nürnberg 1762
- BERNATZIK, E. Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886
- BERNEYS, K.L. Deutschland und seine fränkischen Repräsentativ-Verfassungen, Mannheim 1841
- BESCHORNER, J.H. Die Ministerverantwortlichkeit und der Staatsgerichtshof im Königreich Sachsen, Berlin 1877
- BESLER, W. Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schaumburg-Lippe, Hannover 1910
- BESSER, K.M. System des Naturrechts, Halle 1830
- BIEDERMANN, F. K. Erinnerungen aus der Paulskirche, Leipzig 1849
- BINDING, K. Die Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat, Leipzig 1893
- BISCHOF, H. Ministerverantwortlichkeit und Staatsgerichtshöfe in Deutschland, Gießen 1859
 Nothrecht des Staates, Gießen 1859
 Allgemeine Staatslehre, Gießen 1860
 Das Sächsisch-Schönburgische Staatsrecht der Gegenwart, Dresden 1870

- BISINGER, J.C. Vergleichende Darstellung der Staatsverfassungen der europäischen Monarchien und Republiken, Wien 1818
- BITTER, R. v. Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, Leipzig 1906
- BITZER, F. Das Recht auf Armenunterstützung und die Freizügigkeit, ein Beitrag zu der Frage des allgemeinen deutschen Heimathrechts, Stuttgart 1863
- BITZER, F. v. Regierung und Stände in Württemberg, ihre Organisation und ihr Recht, Stuttgart 1882
- BLUNTSCHLI, J.C. Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zürich, 2 voll., Zürich 1838-39
Allgemeines Staatsrecht, geschichtlich begründet, München 1851-52
Geschichte des Allgemeinen Staatsrechts und der Politik, München 1864
Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt, Nördlingen 1868
- BLUNTSCHLI, J.C. - BRATER, K. (a cura di) Deutsches Staats-Wörterbuch, 11 voll., Stuttgart 1856-68, vol 12 Leipzig 1870
- BODMANN, F. Code de police administrative. Sammlung sämtlicher Gesezze in Betreff des Polizeiamtes der Präfecten [...], 3 voll., Mainz 1810-15
- BOLLMANN, J. Bremisches Staats- und Verwaltungsrecht, Bremen 1904
Das Staatsrecht der Freien Hansestädte Bremen und Lübeck, Tübingen 1914
- BÖMERS, K. Das Staatsrecht des Fürstentums Schaumburg-Lippe, Freiburg-Tübingen 1888
- BONNIN, CH. Droit public francais, ou Code politique, Paris 1809
Principes d'administration publique pour servir à l'étude des lois administratives, Paris 1809
- BOPP, F. Der Hessische Rechtsfreund, Darmstadt 1835-37
- BORNHAK, C. Geschichte des Preußischen Verwaltungsrechts, 3 voll., Berlin 1884-86
Preußisches Staatsrecht, 3 voll., Freiburg 1888-90
Allgemeine Staatslehre, Berlin 1896
Grundriß des Deutschen Staatsrechts, Leipzig 1906
Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reiche, Leipzig 1906
Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Baden, Hannover 1908
- BOROWSKI, G.H. Abriss des praktischen Cameral- und Finanzwesens [...] in den Königlich Preußischen Staaten, Berlin 1795

- BOSSE, H.A. v. Leitfaden für Gemeindevorstände des Königreichs Sachsen, Leipzig 1874
Kgl. sächsische revidierte Städteordnung für mittlere und kleinere Städte, 3^a ed. Leipzig 1878
- BRAUER, J.N.F. Beyträge zu einem allgemeinen Staatsrecht der Rheinischen Bundes-Staaten, Karlsruhe 1807
Erläuterungen über den Code Napoleon und der großherzoglich Badenschen bürgerlichen Gesetzgebung, 6 voll., Karlsruhe 1809-12
- BRAUN, K. Bilder aus der deutschen Kleinstaaterie, 4 voll., Leipzig 1869, Berlin 1870
- BRENDEL, S. Die Geschichte, das Wesen und der Werth der Nationalrepräsentation, 2 voll., Bamberg 1816
- BREYER, J.G. Elementa iuris publici Wirtembergensi, 2^a ed. Tübingen 1787
- BRIE, S. Der Bundesstaat. Eine historisch-dogmatische Untersuchung, Leipzig 1874
- BRÜCK, E. Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht von Elsaß-Lothringen, 3 voll., Straßburg 1908-10
- BRÜCKNER, W. Staats- und Verwaltungsrecht der freien und Hansestadt Lübeck, Hannover 1909
- BRUNS, F. Verfassungsgeschichte des Lübeckischen Freistaates 1848-1898, Lübeck 1898-99
- BUCHHOLZ, F. Gemälde des gesellschaftlichen Zustandes im Königreich Preussen, Berlin-Leipzig 1808
Vertheidigung der Urheber des Preußischen Landrechts gegen die Beschuldigungen eines Ungenannten, Berlin 1828
- BUCHNER, K. Der Herr Fürst Ludwig zu Solms-Lich und die Repräsentativverfassungen, Darmstadt 1838
Das Großherzogthum Hessen in seiner politischen und sozialen Entwicklung vom Herbst 1847 bis zum Herbst 1850, Darmstadt 1850
- BUEK, F.G. Handbuch der Hamburgischen Verfassung und Verwaltung, Hamburg 1828
- BUHL, L. Die Verfassungsfrage in Preußen nach ihrem geschichtlichen Verlaufe, Zürich-Winterthur 1842
- BÜHLER, O. Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin-Stuttgart-Leipzig 1914
- BÜLAU, F. Darstellung der Verfassung und Verwaltung des Königreichs Sachsen, Leipzig 1833
Nonnulla de dynastis in Saxonia regia, Leipzig 1833
- BÜLOW, F. v. Bemerkungen, veranlaßt durch des Hn. Hofraths Rehberg Beurtheilung der königlich preußischen

- Staatsverwaltung und Staatsdienerschaft, Frankfurt-Leipzig 1808
- BÜLOW, G.PH. v. Zur Erläuterung der Landschaftsordnung des Herzogthums Braunschweig von 1820, Braunschweig 1831
- BÜLOW-CUMMEROW, E.G.G. v. Preußen, seine Verfassung, seine Verwaltung, sein Verhältniß zu Deutschland, 2 voll., Jena 1842-43
- BURCKHARD, G.W. Handbuch der Verwaltung im Großherzogthum Sachsen-Weimar-Eisenach, Neustadt a. d. O. 1844
- BURKE, E. Reflections on the French Revolution (1790), London 1953 (trad. ted. Betrachtungen über die französische Revolution, a cura di F. Gentz, Berlin 1793)
- BUTTE, W. Versuch der Begründung eines endlichen und durchaus neuen Systems der sogenannten Polizeywissenschaft, Landshut 1807
- CALKER, W. VAN Das badische Budgetrecht in seinen Grundzügen, tomo 1, Tübingen 1901
- CHRISTERN, J.W. Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Tübingen 1913
- Geschichte der freien Stadt Hamburg und ihrer Verfassung, Hamburg-Leipzig 1843
- CÖLLN, F. v. Vertraute Briefe über die neuern Verhältnisse am preußischen Hofe seit Friedrichs II. Tode, Leipzig 1807-09
- CONSTANT, B. De la responsabilité des Ministres, Paris 1814
- COSACK, K. Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Freiburg und Leipzig 1894
- CROME, A.F.W. - JAUP, K. Germanien, Gießen 1808-11
(a cura di)
- CUCUMUS, K. v. Lehrbuch des Staatsrechts der constitutionellen Monarchie Baierns, Würzburg 1825
- DABELOW, CH.CH. Über Souverainität, Staats-Verfassung und Repräsentativ-Form, Marburg 1816
- Ueber den dreyzehnten Artikel der deutschen Bundesacte, die landständischen Verfassungen betreffend, Göttingen 1816
- DACHERÖDEN, E.L.W. v. Versuch eines Staatsrechts, Geschichte und Statistik der freien Reichsdörfer in Deutschland, Leipzig 1785
- DAHLMANN, F.C. Urkundliche Darstellung des dem Schleswig-Holsteinischen Landtage kraft der Landesgrundverfassung zustehenden anerkannten Steuerbewilligungsrechtes, Kiel 1819

- Die Politik, auf den Grund und das Maß der gegebenen Zustände zurückgeführt, Göttingen 1835
- (a cura di) Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover, Jena 1838
Gutachten der Juristen-Fakultäten in Heidelberg, Jena und Tübingen, Jena 1839
- DARJES, J.G. Erste Gründe der Kameralwissenschaften, Jena 1756
- DEMIAN, J.A. Handbuch der Geographie und Statistik des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1823
- DÖNNIGES, W. Die Land-Kultur-Gesetzgebung Preußens, 5 voll., Berlin-Frankfurt/O. 1842-50
- DRESCH, L. v. Betrachtungen über den Deutschen Bund, Tübingen 1817
Öffentliches Recht des deutschen Bundes und der deutschen Bundesstaaten, Tübingen 1820
Die Schlussakte der über Ausbildung und Befestigung des deutschen Bundes zu Wien gehaltenen Ministerial-Conferenzen in ihrem Verhältnisse zur Bundesakte betrachtet, Tübingen 1821
Naturrecht, Tübingen 1822
Grundzüge des bayerischen Staatsrechtes, Ulm 1823
Abhandlungen über Gegenstände des öffentlichen Rechts sowohl des deutschen Bundes überhaupt, als auch einzelner Bundesstaaten, München 1830
- ECKERT, L. Das badische Beamtenrecht, jur. Diss. Freiburg 1897
- EICHHORN, K.F. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Göttingen 1808 ss.
Einleitung in das deutsche Privat-Recht, Göttingen, 1824
- EIGENBRODT, C.G. Das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthum Hessen, Darmstadt 1840
- EIGENBRODT, K.CHR. Handbuch der Großherzoglich Hessischen Verordnungen vom Jahre 1803 an, 4 voll., Darmstadt 1816-18
- EISELEN, J.F.G. Handbuch des Systems der Staatswissenschaften, Breslau 1828
- ELVERS, CHR.F. Die Hauptquellen des deutschen Bundes-Staatsrechtes, Göttingen 1824
- EMMERMANN, F.W. Ueber Polizei, ihren vollständigen Begriff und ihr eigenthümliches Verfahren, Dillenburg-Siegen 1811

- Die Staatspolizei in Beziehung auf den Zweck des Staats und seine Behörden, Wiesbaden 1819
- EMMINGHAUS, G. Corpus iuris germanici, tam publici quam privati, academicum, 2 voll., Jena 1824
- EPPLEN, J.F.X.V. Über das Princip der deutschen Territorialverfassung, Frankfurt 1803
- ERDMANN, J.E. Philosophische Vorlesungen über den Staat, Halle 1851
- ESCHER, H. Ueber die Philosophie des Staatsrechts, mit besonderer Beziehung auf die Haller'sche Restauration, Zürich 1821
- ESTOR, J.G. Origines juris publici Hassiaci, Jena 1738
Jus publicum Hassiacum hodiernum, Jena 1739
De Comitibus et Ordinibus Hassiae praesertim Cassellanae provincialibus, 2^a ed. Frankfurt 1752
- FALCK, N. Das Herzogthum Schleswig in seinem gegenwärtigen Verhältniß zu dem Königreich Dännemark und zu dem Herzogthum Holstein, Kiel 1816
Juristische Encyclopädie, auch zum Gebrauch bei academischen Vorlesungen, Kiel 1821
Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Privatrechts, Altona 1825-48
Die historischen Landes-Rechte in Schleswig und Holstein urkundlich, Vorwort von Etatsrath Falck, nebst einer Zugabe von Prof. Dahlmann, Hamburg 1847
Sammlung der wichtigsten Urkunden, welche auf das Staatsrecht der Herzogthümer Schleswig und Holstein Bezug haben, Kiel 1847
- FALKMANN, A. Das Staatsrecht des Fürstentums Lippe, Freiburg-Tübingen 1888
- FESSMAIER, J. G. Grundriß des baierischen Staatsrechts, Ingolstadt 1801
- FEUERBACH, P.J.A. v. Themis oder Beyträge zur Gesetzgebung, Landshut 1812
- FICHTE, J.G. Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre, Jena-Leipzig 1794-95
Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, Jena-Leipzig 1796-97
Das System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, Jena-Leipzig 1798
Die Bestimmung des Menschen, Berlin 1800
Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters, Berlin 1806

- Die Anweisung zum seligen Leben oder auch die Religionslehre, Berlin 1806
 Reden an die Deutsche Nation, Berlin 1808
 Die Wissenschaftslehre. Vorgetragen im Jahre 1804, Bonn 1834
- FISCHBACH, O. Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen, Tübingen 1914
- FISCHER, C.A. Leitfaden zur theoretischen und practischen Kenntniß der Gemeinheitstheilungen und Ablösungen [...], Meissen 1839
- FISCHER, F.CH.J. Lehrbegriff und Umfang der deutschen Staatswirthschaft oder von der Verbindung mit dem Verhältnisse der Kameralwissenschaften zum teutschen Staatsrechte, Halle 1783
 Lehrbegriff sämmtlicher Cameral- und Policy-Rechte von Deutschland, 3 voll., Halle 1784-86
 Kurzer Begriff des Kameralrechts, Halle 1796
- FISCHER, G.E. Ueber die Errichtung staatswissenschaftlicher Seminarier an den deutschen Universitäten, Jena 1857
- FISCHER, O. Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Deutschen Reiches und des Königreiches Sachsen in seinen Grundzügen gemeinfaßlich dargestellt, Leipzig 1882
- FLATH, C.E. Systematische Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Polizei-Rechts, I–III, Leipzig 1841-42
- FLEINER, F. Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, Tübingen 1906
 Staatsrechtliche Gesetze Württembergs, 2^a ed.. Tübingen 1907
 Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1911
- FRANK, J.P. System einer vollständigen medicinischen Polizey, 4 voll., Mannheim 1779-88
- FRANKENBERG, H. v. Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Braunschweig, Hannover 1909
- FRANTZ, C. Föderalismus als das leitende Prinzip [...], Mainz 1879
- FREIMUND, J. (ps.), Kritische Bemerkungen über die kurhessische Verfassungs-Urkunde, Leipzig 1831
- FRICKER, K.V. (a cura di) Die Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg, Tübingen 1865
 Grundriß des Staatsrechts des Königreichs Sachsen, Leipzig 1891

- FRIEDEMANN, F.T. Die Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1841
- FRÖBEL, J. vedi JUNIUS, C.
- FULDA, F.K. v. Ueber das Cameralstudium in Württemberg, Tübingen 1808
Grundsätze der ökonomisch-politischen oder Cameralwissenschaften, Tübingen 1816
- FUNKE, G.L. Die Verwaltung in ihrem Verhältniß zur Justiz, die Grenzlinie zwischen beiden und die Verwaltungsjustiz, Zwickau 1838
- GAERTNER, G. Ueber die wissenschaftliche Behandlung des deutschen Staatsrechtes, Bonn 1839
Die Rechts- und Staatslehre, Bonn 1839
- GAGERN, H. v. Rechtliche Erörterung über Inhalt und Bestand der der Provinz Rheinhessen landesherrlich verliehenen Garantie ihrer Rechts-Verfassung [...], Worms 1847
- GAREIS, K. Allgemeines Staatsrecht, Freiburg-Tübingen 1883
Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, Freiburg-Leipzig 1884
- GAUPP, L. Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Freiburg-Tübingen 1884
- GENTZ, F. Sendschreiben, Berlin 1797
Ueber den politischen Zustand von Europa vor und nach der französischen Revolution, 2 parti, Berlin 1801-02
Ueber den Ursprung und Charakter des Krieges gegen die französische Revolution, Berlin 1801
Authentische Darstellung des Verhältnisses zwischen England und Spanien, Riga-Leipzig 1806
Über den Unterschied zwischen den landständischen und repräsentativen Verfassungen (1819), in: C. v. Welcker (a cura di), Wichtige Urkunden über den Rechtszustand der deutschen Nation, Mannheim 1844
- GERBER, C.F. v. Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts, Jena 1846
System des deutschen Privatrechts, Jena 1848-49
Zur Charakteristik der deutschen Rechtswissenschaft, Tübingen 1851
Ueber öffentliche Rechte, Tübingen 1852
Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, Leipzig 1865
- GERSTÄCKER, K.F.W. Dissertatio inauguralis Juris Politiae ex uno securitatis jurisque custodiarum principio, Leipzig 1813

- System der innern Staatsverwaltung und der Gesetzpolitik, 3 parti, Leipzig 1818-20
- GERSTNER, L.J. Die Grundlehren der Staatsverwaltung, I: Einleitung in die gesamte Staatsverwaltungslehre, Würzburg 1862
- GIERKE, O. v. Das Deutsche Genossenschaftsrecht. Vol I: Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Berlin 1868
- Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889
- Deutsches Privatrecht, vol. 1, Leipzig 1895
- Das Wesen der menschlichen Verbände, Leipzig 1902
- GIESE, F. Die Grundrechte, Tübingen 1905
- GLAUBRECH, J. Über die gesetzlichen Garantien der persönlichen Freiheit in Rheinessen, Darmstadt 1834
- GLOCKNER, K. Badisches Verfassungsrecht, Karlsruhe 1905
- GNEIST, R. v. Das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, 2 parti, Berlin 1857-63
- Budget und Gesetz, Berlin 1867
- Die confessionelle Schule, Berlin 1869
- Verwaltung, Justiz, Rechtsweg, Staatsverwaltung und Selbstverwaltung nach englischen und deutschen Verhältnissen, Berlin 1869
- Der Rechtsstaat, Berlin 1872 (2^a ed. col titolo Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland, Berlin 1879)
- Die Nationale Rechtsidee von den Ständen und das Preußische Dreiklassen-Wahl-system, Berlin 1894
- GOCKEL, F. v. Sammlung Großherzogl, Sachsen-Weimar-Eisenachischer Gesetze [...], 10 voll., 1811-1850, Eisenach 1828-54
- GOLDMANN, W. Die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf Befreiung des Grundeigenthums und der Person, Darmstadt 1831
- GÖNNER, N.TH. Teutsches Staatsrecht, Landshut 1804
- Ueber das rechtliche Princip der deutschen Territorialverfassung, Landshut 1804
- (a cura di) Archiv für die Gesetzgebung und Reforme des juristischen Studiums, Landshut 1808-14
- Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808
- GÖRRES, J. Teutschland und die Revolution, Coblenz 1819
- GÖSSEL, F. Geschichte der kurhessischen Landtage, Kassel 1837

- GÖZ, K. Die Verwaltungsrechtspflege im Württemberg, Tübingen-Leipzig 1902
- GRÄFE, H. Die Verfassungs-Urkunde des Kurfürstenthums Hessen, Kassel 1848
Die Verfassungs-Urkunde des preußischen Staats, 2^a ed. Breslau 1857
- GRÄVELL, M.C.F.W. Anti-Platonischer Staat, Oder welches ist die beste Staatsverwaltung? (1808), 2^a ed. Berlin 1812
Die Quellen des allgemeinen deutschen Staatsrechts seit 1813-1829, Leipzig 1820
Ueber höhere, geheime und Sicherheits-Polizei, Sondershausen-Nordhausen 1820
Der Regent, 2 voll., Stuttgart 1823
- GROOTE, A. Der Norddeutsche Bund, das Preußische Volk und der Reichstag, Leipzig 1876
- GROTEFEND, G.A. System des öffentlichen Rechts der deutschen Staaten, 2 parti, Cassel 1860-65
Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, Berlin 1869
Lehrbuch des Preußischen Verwaltungsrechts, 2 tomi, Berlin 1890-92
- GRÜNLER, J. Beiträge zum Staatsrecht des Königreichs Sachsen (Auswärtiges Staatsrecht), Dresden-Leipzig 1838
- GUMFLOWICZ, L. Rasse und Staat, Wien 1875
Philosophisches Staatsrecht, Graz 1877 (2^a e 3^a ed. col titolo Allgemeines Staatsrecht, Innsbruck 1897, 1907)
Rechtsstaat und Socialismus, Innsbruck 1881
Verwaltungslehre mit besonderer Berücksichtigung des österreichischen Verwaltungsrechts, Innsbruck 1882
Einleitung in das Staatsrecht, Berlin 1889
Das österreichische Staatsrecht (Verfassungs- und Verwaltungsrecht), Wien 1891
Die soziologische Staatsidee, Graz 1892
- HAAS, F.J. Grundriß des Deutschen Staatsrechts, Bonn 1827
- HAASE, A.F. Handbuch zur Kenntniss des Preußischen Polizei- und Kameralwesens, 3 voll., Magdeburg 1794-97
- HÄBERLIN, C.F. Handbuch des Teutschen Staatsrechts nach dem System des Geheimen Justizrath Pütter, voll., 1, 2, Berlin 1794, vol. 3, Berlin 1797
Ueber die Güte der Deutschen Staatsverfassung, in: Deutsche Monatsschrift 1793, 3 ss.
- HAGEMEISTER, E.F. Versuch einer Einleitung in das Mecklenburgische Staatsrecht, Rostock-Leipzig 1793

- HAHN, L. Zwei Jahre preußisch-deutscher Politik 1866-67, Berlin 1868
Fürst Bismarck. Sein politisches Leben und Wirken, 4 voll., Berlin 1878-86, 5^o vol. scritto da C. Wippermann, Berlin 1891
- HALLER, F. (a cura di) Handwörterbuch der Württembergischen Verwaltung, Stuttgart 1915
- HALLER, K.L. v. Ueber die Nothwendigkeit einer andern obersten Begründung des allgemeinen Staatsrechts, Bern 1807
Handbuch der allgemeinen Staatenkunde, Winterthur 1808
Restauration der Staatswissenschaft oder Theorie des natürlich-geselligen Zustands, der Chimäre des künstlich-bürgerlichen entgegengesetzt, 4 voll., Winterthur 1816-25
Lettre à sa famille, pour lui déclarer son retour à l'Eglise catholique, Paris 1821
Satan oder die Revolution, Luzern-Augsburg 1834
Staatsrechtliche Prüfung des preußischen Vereinigten Landtags, nebst redlichem Rathe an den König zur Behauptung seines guten Rechts, Schaffhausen 1847
- HÄLSCHNER, H. Die Staatserbfolge der Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg, Bonn 1846
- HAMBURGER, G. Die staatsrechtlichen Besonderheiten der Stellung des Reichslandes Elsaß-Lothringen im Deutschen Reich, Breslau 1901
- HÄNEL, A. Studien zum Deutschen Staatsrechte, 3 voll., Leipzig 1873, 1880, 1888
Deutsches Staatsrecht, vol. I: Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt, Leipzig 1892
- HARL, J.P. Vollständiges Handbuch der Polizey-Wissenschaft, ihrer Hilfsquellen und Geschichte, Erlangen 1809
Vollständiges Handbuch der Kriegs-Polizei-Wissenschaft, und Militär-Oekonomie, Landshut 1812
Entwurf eines Polizei-Gesetzbuchs, Erlangen 1822
- HARSCHER v. ALMENDINGEN, L. Vorträge über den ganzen Inhalt des Code Napoleon, 3 voll., Gießen 1812
Ansichten über Deutschlands Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, s.l. 1814
- HÄSSELBARTH, O.F. Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogthums Sachsen-Altenburg, Hannover 1909

- HAUKE, F. Die Lehre von der Ministerverantwortlichkeit, Wien 1880
- HAUSER, L. Grundriß des Verfassungsrechts, Leipzig 1905
Die Verfassung des Deutschen Reiches in den Grundzügen und Verhältnissen zu den Einzelstaaten, insbesondere zu Bayern, Nördlingen 1871
- HEBENSTREIT, E.B.G. Lehrsätze der medicinischen Polizeywissenschaft, Leipzig 1791
- HECKEL, F.E. Sachsens Polizei, Dresden-Leipzig 1840
- HEEREN, A.H.L. Der Deutsche Bund in seinen Verhältnissen zu dem Europäischen Staatensystem; bey Eröffnung des Bundestages dargestellt, Göttingen 1816
- HEFFTER, A. W. Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht, Berlin 1829
- HEGEL, G.W.F. Werke, 20 voll., Frankfurt 1971
- HEISE, G.A. Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807
- HELD, J. v. System des Verfassungsrechts der monarchischen Staaten Deutschlands mit besonderer Rücksicht auf den Constitutionalismus, 2 parti, Würzburg 1856-57
Staat und Gesellschaft vom Standpunkt der Geschichte der Menschheit und des Staats, 3 parti, Leipzig 1861-65
Grundzüge des Allgemeinen Staatsrechts oder Institutionen des öffentlichen Rechts, Leipzig 1868
Die Verfassung des Deutschen Reiches vom staatsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, Leipzig 1872
- HENRICI, G. Grundzüge zu einer Theorie der Polizeiwissenschaft, Lüneburg 1808
- HERMSDORF, E. Die Verfassungsurkunde für das Königreich Sachsen vom 4. September 1831 mit den sie ergänzenden Bestimmungen, Leipzig 1839
- HESSE, F.H., Die Preußische Preßgesetzgebung, ihre Vergangenheit und Zukunft, Berlin 1843
- HESSE, W. Rheinhessen in seiner Entwicklung von 1798 bis Ende 1834, Mainz 1835
- HEUMANN VON TEUSCHENBRUNN, J. Initia iuris politiae Germanorum, Nürnberg 1757
- HEUSER, O.L. Systematisches Handbuch des kurhessischen Straf- und Polizei-Rechtes, Kassel 1853
- HEYDENREICH, K.H. Grundsätze des natürlichen Staatsrechts und seiner Anwendung, Leipzig 1795
- HIERSEMENZEL, K. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes, 3 voll., Berlin 1867-70

- HINGENAU, O. v. Handbuch der Bergrechtskunde, 7 parti, Wien 1852-55
Das Allgemeine Berggesetz für die Preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, Wien 1866
- HINÜBER, G.H. Beyträge zum Braunschweigischen und Hildesheimischen Staats- und Privatrecht, Hannover 1772, Braunschweig-Wolfenbüttel 1778
- HOCK, J.D.A. Grundlinien der Polizeiwissenschaft, Nürnberg 1809
- HOFFER, J.B. Beyträge zum Policeyrecht der Teutschen, 2 voll., Altdorf 1764-65
- HOFFMANN, J.G. Das Verhältnis der Staatsgewalt zu den Vorstellungen ihrer Untergebenen, Berlin 1842
- HOFFMANN, K.H.L. Die Domanialverwaltung des Württembergischen Staates nach den bestehenden Normen und Grundsätzen, Tübingen 1842
Das gesamte württembergische Polizeirecht, Tübingen 1846
Das Württembergische Finanzrecht, Tübingen 1857
- HOFMANN, A.C. (*barone di*) Beiträge zur näheren Kenntniss der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Hessen, Gießen 1832
- HOHENTHAL, F.C.W. v. Liber de Politia, Leipzig 1776
- HOLTZENDORFF, F. v. Die Prinzipien der Politik, 2^a ed. Berlin 1879
- HORMAYR, J. v. Abhandlungen aus dem österreichischen Staatsrechte, Wien 1808
- HÜBNER, O. Die Banken. Nach den neuesten statistischen Notizen und Berichten, Leipzig 1846
- HUBRICH, E. Preußisches Staatsrecht, Hannover 1909
- HUE DE GRAIS, R. (*conte di*) Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, Berlin 1881
Grundriss der Verfassung und Verwaltung in Preußen und dem Deutschen Reiche, Berlin 1884
Staatsbürgerkunde. Führer durch das Rechts- und Wirtschaftsleben in Preußen und dem Deutschen Reiche, Berlin 1913
- HUGO, G. Lehrbuch eines civilistischen Cursus, I, 5^a ed. Berlin 1817
- HUGO, G.W. Die Grundgesetze und Verfassungsurkunden älterer und neuerer Zeit, Karlsruhe 1836
Die Mediatisierung der deutschen Reichsstädte, Karlsruhe 1838
- HUNDESHAGEN, J.CHR. Lehrbuch der Forstpolizei, 2^a ed. Tübingen 1831

- ILLING, J. Handbuch für preußische Verwaltungsbeamte, 2^a ed. in 2 voll., Düsseldorf 1869-70
- INAMA-STERNEGG, K.TH. v. Verwaltungslehre in Umrissen, Innsbruck 1870
- JACOBSON, H.F. Der Preußische Staat, Leipzig 1854
- JAKOB, L.H. Aus dem Naturrechte, Halle 1796
- Ueber Cursus und Studien-Plan für angehende Cameralisten, Halle 1805
- Grundsätze der Policeygesetzgebung und der Policieyanstalten, 2 voll., Charkow-Halle-Leipzig 1809
- JARCKE, C.E. Die französische Revolution von 1830, historisch und staatsrechtlich beleuchtet, Berlin 1831
- Vermischte Schriften, 3 voll., München 1839
- Prinzipienfragen, Paderborn 1854
- JASTROW, I. Sozialpolitik und Verwaltungswissenschaft, Berlin 1902
- JELLINEK, G. Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882
- Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, Freiburg 1887
- System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg 1892
- Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, Leipzig 1895
- Allgemeine Staatslehre, Berlin 1900, 6^a ristampa della 3^a ed. 1959
- Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin 1906
- Ausgewählte Schriften und Reden, Berlin 1911
- JELLINEK, W. Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung [...], Tübingen 1913
- JORDAN, S. Versuche über allgemeines Staatsrecht in systematischer Ordnung und mit Bezugnahme auf Politik, Marburg 1828
- Lehrbuch des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Kassel 1831
- JUNG-STILLING, J.H. Lehrbuch der Staats-Polizeywissenschaft, Leipzig 1788
- JUNIUS, C. (= JULIUS FRÖBEL) System der sozialen Politik, 2 voll., Mannheim 1847
- JUST, H. Geschichte der Sächsischen Verfassung. Nebst einer Würdigung des Inhalts der Verfassungs-Urkunde, Zittau 1832
- JUSTI, J.H.G. v. Grundsätze der Polizeywissenschaft in einem vernünftigen, auf den Endzweck der Polizey gegründeten Zusammenhang, Göttingen 1756

- KAHR, G. Das bayerische Gesetz über die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen vom 8. August 1878, Nördlingen 1879
- KAIM, I. Revision der Sächsischen Recesse von 1740 und 1835 mit dem Hause Schönburg, Leipzig 1860
- KALKREUTH, H.W.A. (*conte di*) Die Legitimität, Leipzig 1823
- KALTENBORN V. STACHAU, K. Geschichte der deutschen Bundesverhältnisse und Einheitsbestrebungen von 1806-1857 unter Berücksichtigung der Entwicklung der Landesverfassungen, 2 voll., Berlin 1857
- KAMPTZ, K.A.H.CHR. v. Einleitung in das constitutionelle Verfassungsrecht, Leipzig 1863
- Die Volksvertretung und die Besetzung der Gerichte, besonders des Staatsgerichtshofes, Leipzig 1864
- Beiträge zum mecklenburgischen Staats- und Privatrechte, Neustrelitz 1795-1805
- Civilrecht der Herzogthümer Mecklenburg, 2 parti, Schwerin 1805-06
- Beyrträge zum Staats- und Völkerrecht, Berlin 1815
- Prüfung der landschaftlichen Rechte der bürgerlichen Grundbesitzer in Mecklenburg, Berlin 1844-45
- Die Deutsche constituirende National-Versammlung in Frankfurt vor der Kritik des Staatsrechts, Berlin 1849
- KELSEN, H. Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, Tübingen 1911
- Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2^a ed. Tübingen 1923
- Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
- KIRCHENHEIM, A. v. Einführung in das Verwaltungsrecht, Stuttgart 1885
- KIRCHER, W. Das Staatsrecht des Herzogtums Sachsen-Meiningen, Freiburg 1884
- KJELLÉN, R. Der Staat als Lebensform, Leipzig 1917
- KLEINWÄCHTER, F. Die rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten in Oesterreich, Wien 1876
- KLETKE, G. M. Das norddeutsche Bundes-Indigenat in seinen rechtlichen Konsequenzen, Berlin 1871
- KLEWITZ, W. v. Einige Worte über die im Preußischen A.L.R. ausgesprochenen staatsrechtlichen Grundsätze, Berlin 1828
- KLÜBER, J.L. Einleitung zu einem neuen Lehrbegriff des deutschen Staatsrechts, Erlangen 1803

- Staatsrecht des Rheinbundes; Lehrbegriff, Tübingen 1808
 Akten des Wiener Congresses in den Jahren 1814 und 1815, 9 voll., Erlangen 1815-35
 Uebersicht der diplomatischen Verhandlungen des Wiener Congresses überhaupt und insonderheit über wichtige Angelegenheiten des teutschen Bundes, 3 voll., Frankfurt 1816
 Staatsarchiv des teutschen Bundes, Erlangen 1816-18
 Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, Frankfurt 1817, 4^a ed. Frankfurt 1840
 Droit des gens moderne de l'Europe, 2 voll., Stuttgart 1819
 Europäisches Völkerrecht, Stuttgart 1821
 Quellensammlung zu dem öffentlichen Recht des deutschen Bundes, Erlangen 1830 (continuazione 1833)
 Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen, Frankfurt 1832
- KLÜBER, J.L. (a cura di)
 Das Staatsrecht der freien und Hansestadt Lübeck, Freiburg-Leipzig 1884
- KLÜGMANN, K.
 Das Staats- und Verwaltungsrecht von Sachsen-Weimar-Eisenach, Hannover 1909
- KNETSCH, A.
 Archiv des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins, 6 voll., Berlin 1868-73
- KOLLER, A. (a cura di)
 Oesterreichische politische Gesetzeskunde oder systematische Darstellung der politischen Verwaltung in den deutschen, böhmischen und galizischen Provinzen des oesterreichischen Kaiserthums, 2 voll., Wien 1807-19
- KOPETZ, W.G.
 System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
- KORMANN, K.
 Die Garantie der französischen Einrichtungen in der Provinz Rheinhessen, Darmstadt 1847
- KRAUS, A.
 Das christliche Staatsprinzip, Wien 1840
- KRAUSS (-ELISLAGO), A. v.
 Grundriß des Allgemeinen, Deutsch- und Bayerischen Staatsrechts, 3 parti, Frankfurt-Leipzig 1769
- KREITTMAYR, W.X.A. (*barone di*)
 Ueber die sogenannte organische Staatstheorie, Leipzig 1873
- KRIEKEN, A.TH. VAN
 Die englische Armenpflege, Berlin 1863
- KRIES, K. G.
 Oesterreichs Staatsverfassung, 10 voll., Wien 1794, supplementi 1804, 1810
- KROPATSCHEK, J.

- KRUG, W.T. Die Staatswissenschaft im Restaurationsprozesse der Herren von Haller, Adam Müller und Consorten, Leipzig 1817
Dikäopolitik oder neue Restaurazion der Staats Wissenschaft mittels des Rechtsgesetzes, Leipzig 1824
Verhandlungen des ersten Landtags im Königreiche Sachsen nach der neuen Verfassung. Ein Beitrag zur Geschichte der Entwicklung des konstitutionalen Lebens in Deutschland, Leipzig 1833
- KRÜNITZ, J.G. Oekonomisch-technische Encyclopädie, oder allgemeines System der Staats-, Stadt-, Haus- und Landwirthschaft in alphabetischer Ordnung, 242 voll., Berlin 1769-1858, proseguiti da J.J. e H.G. Flörke
- KÜCHLER, F. Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Hessen, 3^a ed. a cura di A.E. Braun e A.K. Weber, 4 voll. e supplemento, Darmstadt 1894-96
- KÜCHLER, F.A. Handbuch der Lokal-Staatsverwaltung im Großherzogthum Hessen, Heidelberg 1854
- KUHN, O. Die Trennung der Justiz und Administration, Leipzig 1840
- KUNTZE, J.E. Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, Leipzig 1856
- LABAND, P. Das Magdeburg-Breslauer Systematische Schöffengericht aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, Berlin 1863
Die Magdeburger Rechtsquellen, Königsberg 1869
Die vermögensrechtlichen Klagen. Nach sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters dargestellt, 1869
Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde, Berlin 1870
Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 3 voll., Tübingen 1876-82
Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen 1894
Die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht, Straßburg 1880
Lebenserinnerungen (da manoscritto), 1918
- LAMPRECHT, G.F. Versuch eines vollständigen Systems der Staatslehre, mit Inbegriff der Polizei, Berlin 1784
- LANCIZOLLE, K.(C.)W. v. Geschichte der Bildung des preußischen Staates, Berlin 1828

- Grundzüge der Geschichte des deutschen Städtewesens, Berlin-Stettin 1829
 Uebersicht der deutschen Reichsstandschafts- und Territorial-Verhältnisse vor dem französischen Revolutionskriege [...], Berlin 1830
 Ueber Ursachen, Charakter und Folgen der Julitage, Berlin 1831
 Über Königtum und Landstände in Preußen, Berlin 1846
 Rechtsquellen für die gegenwärtige landständische Verfassung in Preußen, Berlin 1847
- LANDGRAFF, TH. Das Bundes- und Staatsbürgerrecht im norddeutschen Bunde, Leipzig 1870
- LANGBEIN, A. Das Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schwarzburg-Sondershausen, Hannover 1909
- LAUN, R. v. Das freie Ermessen und seine Grenzen, Wien 1910
- LEDERLE, A. Das Recht der Gemeindebeamten in Baden, Borna-Leipzig 1909
- LEIST, J.CH. Lehrbuch des teutschen Staatsrechts, Göttingen 1803
- LEO, H. Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates, Halle 1833
- LEONI, A. Das öffentliche Recht des Reichslandes Elsaß-Lothringen, parte prima, Das Verfassungsrecht, Freiburg 1892, parte seconda insieme a K. Mandel, Das Verwaltungsrecht, Freiburg-Leipzig 1895
- LEUTHOLD, C.E. Das Königlich Sächsische Baupolizeirecht, Leipzig 1872
 Die Verwaltungsgesetze für das Königreich Sachsen seit der Neuorganisation der Verwaltung, 2 voll., Leipzig 1875
 Das Königlich Sächsische Verwaltungsrecht mit Einschluß der reichsrechtlichen Bestimmungen systematisch dargestellt, Leipzig 1878
- LIEBHABER, E.D. v. Vom Fürstenthum Blankenburg und dessen Staatsverfassung, Wernigerode 1790
 Beiträge zur Erörterung der Staatsverfassung der Braunschweig-Lüneburgischen Churlande, Gotha 1794
- LIESCHING, TH. Zur Geschichte der württembergischen Verfassungsreform im Landtag 1901-1906, Tübingen 1906
- LINDELOF, F. (*barone di*) Grundriss des deutschen Staatsrechts nebst beigefügten Quellen- und Litteratur-Belegen, Gießen 1828

- LINDGREN, W.E. v. Grundbegriffe des Staatsrechts. Versuch einer juristischen Konstruktion des Staates und der Staatsgewalt, Leipzig 1869
- LINGG, E. Empirische Untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre, Wien 1890
- LOENING, E. Die Verwaltung des General-Gouvernements im Elsaß, Straßburg 1874
Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884
- LORNSEN, U.J. Über das Verfassungswerk in Schleswig-Holstein, Kiel 1830
- LOTICHIUS, M. Die königlich sächsischen Gesetze und Verordnungen über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener, Leipzig 1878
- LOTZ, J.F.E. Ueber den Begriff der Polizei und den Umfang der Staats-Polizei-Gewalt, Hildburghausen 1807
- LUCA, I. DE, Vorlesungen über die österreichische Staatsverfassung, Wien 1792
- LÜDERS, M. Mecklenburgische Zustände, Leipzig 1844
- MAISSEN, J. Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, Köln 1863
- MALCHUS, C.A. (*barone di*) Der Organismus der Behörden für die Staatsverwaltung, 2 voll., Heidelberg 1821
Politik der innern Staatsverwaltung, Heidelberg 1823
- MALLET DU PAN, J. Ueber die französische Revolution und die Ursachen ihrer Dauer, traduzione di F. Gentz, Berlin 1794
- MANDEL, K.-GRÜNEWALD, O. Die Verfassung und Verwaltung von Elsaß-Lothringen, Straßburg 1905
- MARTIN, S. Ueber die Verfassungs-Urkunde Kurhessens, Kassel 1831
- MARITZ, F. v. Betrachtungen über die Verfassung des Norddeutschen Bundes, Leipzig 1868
- MARX, K. Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie, in: Marx-Engels-Werke 1/2, 1958
- MAURENBRECHER, R. Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts, Frankfurt 1837
Die deutschen regierenden Fürsten und die Souveränität, Frankfurt a. M. 1839
- MAYER, F.F. Grundzüge des Verwaltungsrechts und Rechtsverfahrens, Tübingen 1857
Grundsätze des Verwaltungs-Rechts, Tübingen 1862

- MAYER, O. Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Straßburg 1886
Deutsches Verwaltungsrecht, 2 voll., Leipzig 1895-96
Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, Tübingen 1909
Die Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg. Ihre Entstehung und Entwicklung, Berlin-Leipzig 1922
Kleine Schriften zum öffentlichen Recht, a cura di E.V. Heyen, 2 voll., 1981
- MAYERHOFER, E. Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst bei den Landes-, Kreis- und Bezirksbehörden im Kaiserthum Oesterreich, Wien 1855-56
- MEEH, R.J.A. v. Handbuch zur näheren Kenntniß der Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Nassau, Wiesbaden 1838
- MEIER, E. v. Hannoversche Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 1860-66, 2 voll., Leipzig 1898-99
- MEISEL, A. H. Quaestiones de jure civitatum foederi Rhenano adscriptarum, Leipzig 1811
- MEISTERLIN, F. Die Verhältnisse der Staatsdiener nach rechtlichen Grundsätzen entwickelt, Kassel 1838
- MEJER, O. Einleitung in das deutsche Staatsrecht, Rostock 1861
- MELLE, W. v. Das Hamburgische Staatsrecht, Hamburg und Leipzig 1891
- MENGER, A. Neue Staatslehre, Jena 1902
- METZEL, L. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1867
- MEYER, G. Grundzüge des Norddeutschen Bundesrechts, Leipzig 1868
Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung, Leipzig 1872
Das Studium des öffentlichen Rechts und der Staatswissenschaften in Deutschland, Jena 1875
Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, Leipzig 1878
Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 2 voll., Leipzig 1883-85
Staatsrecht des Großherzogtums Sachsen-Weimar-Eisenach, Freiburg 1884
Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete, Leipzig 1888
- MEYER, PH.A.G. v. (a cura di) Corpus juris Confoederationis Germanicae, Frankfurt 1822-24

- MICHAELIS, A. Entwurf einer Darstellung des öffentlichen Rechts des Deutschen Bundes und der Deutschen Bundesstaaten, Tübingen 1820
- (a cura di) Corpus iuris publici germanici academicum, Tübingen 1825
- Die staatsrechtlichen Verhältnisse der Fürsten und Grafen, Herren von Schönburg, Gießen 1861
- MICHEL, A. Die Gemeindeordnung und die Bezirksordnung für das Königreich Württemberg, 1909
- MICHELSSEN, A.L.J. Polemische Erörterung über die schleswig-holsteinische Staatssuccession, Leipzig 1844
- MILHAUSER, F. Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 2 voll., Leipzig 1839
- MIRUS, A. Uebersichtliche Darstellung des Preussischen Staats-Rechts, Berlin 1833
- MOHL, R. Dissertatio inauguralis sistens discrimen ordinum provincialium et constitutionis repraesentativae, Tübingen 1821
- Die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes, Stuttgart 1822
- Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika, Stuttgart 1824
- Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2 voll., Tübingen 1829
- Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 2 voll., Tübingen 1832-33
- System der Präventiv-Justiz oder Rechts-Polizei, Tübingen 1834
- Die Verantwortlichkeit der Minister in Einherrschaften mit Volksvertretung, Tübingen 1837
- Vorschläge zu einer Geschäftsordnung des verfassungsgebenden Reichstags, Heidelberg 1848
- Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, 3 voll., Erlangen 1855-58
- Enzyklopädie der Staatswissenschaften, Tübingen 1859
- Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, 3 voll., Tübingen 1860-69
- Das deutsche Reichsstaatsrecht. Rechtliche und politische Erörterungen, Tübingen 1873
- Lebenserinnerungen, 2 voll., Stuttgart-Leipzig 1902
- MOSEL, C. v. D. (a cura di) Repertorium des Königl. Sächsischen Verwaltungsrechts, 6^a ed. Leipzig 1891

- Handwörterbuch des Verwaltungsrechts unter besonderer Berücksichtigung des sächsischen Landesrechts, 12^a ed. Leipzig 1912
- MOSER, J.J. Compendium Juris Publici Moderni Regni Germanici, Frankfurt-Leipzig 1738
Allgemeine Einleitung in die Lehre des besonderen Staats-Rechts aller einzelnen Stände des Heil. Rom. Reichs, Frankfurt-Leipzig 1739
Einführung in das kurfürstl. Baiersche Staatsrecht, Frankfurt-Leipzig 1754
Von der teutschen Reichs-Stände Landen, Frankfurt-Leipzig 1769
Beiträge zu dem markgräfllich-badischen Staatsrechte, Frankfurt-Leipzig 1772
Von der Landeshoheit in Policeysachen, Frankfurt-Leipzig 1773
- MOUNIER, J. J. Entwicklung der Ursachen, welche Frankreich gehindert haben, zur Freiheit zu gelangen, annotata da F. Gentz, 2 voll., Berlin 1794
- MOY, E. v. Das Staatsrecht des Königreichs Bayern, Regensburg 1840-46
- MÜLLER, A. Die Lehre von Gegensätzen, Berlin 1804
Die Elemente der Staatskunst, 3 voll., Berlin 1809
Einleitung zum Studium der Verfassungsgeschichte der vier freien Städte des Teutschen Bundes, Hamburg 1826
Meine Ansichten wider das deutsche Repräsentativsystem, und über die Hauptursachen der zunehmenden Volksunzufriedenheit, insbesondere über manches, was päpstelt, Ilmenau 1828
- MURHARD, F. Die unbeschränkte Fürstenherrschaft, Kassel 1831
Das Recht der Nationen zur Erstrebung zeitgemäßer, ihrem Kulturgrade angemessener Staatsverfassungen, Frankfurt 1832
Der Zweck des Staates, Göttingen 1832
Ueber Widerstand, Empörung und Zwangsübung der Staatsbürger, gegen die bestehende Staatsgewalt, Braunschweig 1832
Die Volkssouverainität im Gegensatz der sogenannten Legitimität, Kassel 1832
Die Initiative bei der Gesetzgebung, Kassel 1833
Grundlage des jetzigen Staatsrechts des Kurfürstenthums Hessen, 2 voll., Kassel 1834-35
- NAWIASKY, H. Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920

- NELSON, L. Die Rechtswissenschaft ohne Recht, 1917, in Ges. Schr., vol. 9, 1972
- NIBLER, J.B. Der Staat aus dem Organismus des Universums entwickelt, Landshut 1805
- NIEBUHR, B.G. Ueber geheime Verbindungen im preußischen Staat und deren Denunciation, Berlin 1815
- NIENHOLDT, A. Das Königlich Sächsisches Gesetz, das Vereins- und Versammlungsrecht betr. Vom 22. Nov. 1850, Leipzig 1884
- OBERLÄNDER, O. Verfassung und Verwaltung des Herzogtums Sachsen-Meiningen, Hannover 1909
- OESTERREICHER, P. (a cura di) Archiv des rheinischen Bundes, Bamberg 1806-1808, comprendente il Kriegsarchiv des rheinischen Bundes, 1806-07
- OMPTEDA, D.H.L. (*barone di*) Denkwürdigkeiten der Staaten-Kunde Teutschlands, besonders des Rheinbundes, Bamberg 1809
- OPITZ, H.G. Literatur des gesanten, sowohl natürlichen als auch positiven Völkerrechts, 2 parti, Regensburg 1785, completato e proseguito da K.A.H.CH. v. KAMPTZ, Berlin 1817
- OPITZ, H.G. Das Staatsrecht des Königreichs Sachsen, 2 voll., Leipzig 1884-87
- OPPENHEIM, H.B. Philosophie des Rechts und der Gesellschaft, Stuttgart 1850
- OPPENHEIMER, F. System des Völkerrechts, Frankfurt 1845
- OPPERMANN, H.A. Der Staat, Frankfurt 1907
- OPPERMANN, H.A. Zur Geschichte des Königreichs Hannover von 1832-1860, 2 voll., Leipzig 1860-62
- OSTERMANN, W. Grundsätze des Preußischen Staatsrechts, Dortmund 1841
- OTTO, A. Das Staatsrecht des Herzogthums Braunschweig, Tübingen-Freiburg 1884
- PAHL, J.G. Über das Einheitsprincip in dem Systeme des Rheinischen Bundes, Nördlingen 1808
- PAREY, K. Handbuch des Preußischen Verwaltungsrechts, 2 voll., Berlin 1887
- PASS, A. Das Zustandekommen der elsäß-lothringischen Verfassungsreform von 1911, Köln 1911
- PAULI, C.W. Abhandlungen aus dem Lübisches Rechte, 3 parti, Lübeck 1837-41
- PAULSEN, P.D.CHR. Über Volkstümlichkeit und Staatsrecht des Herzogthums Schleswig, nebst Blicken auf den ganzen Dänischen Staat, Kiel 1832
- PERTHES, CL.TH. Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum Deutschen Staatsrecht, Hamburg 1838

- Das deutsche Staatsleben vor der Revolution. Eine Vorarbeit zum deutschen Staatsrecht, Hamburg-Gotha 1845
- PFEIFFER, B.W. Einige Worte über den Entwurf einer Verfassungs-urkunde für Kurhessen vom 7. Oktober 1830, Kas-sel 1830
Geschichte der landständischen Verfassung in Kur-hessen, Kassel 1834
- PFEIFFER, J.F. v. Natürliche, aus dem Endzwecke der Gesellschaft entstehende allgemeine PolizeyWissenschaft, 2 voll., Frankfurt 1779
- PFISTER, E.J.J. Geschichtliche Darstellung der Staatsverfassung des Großherzogthums Baden und der Verwaltung desselben, Heidelberg 1829
- PFIZER, C.J.G. v. Ueber die Gränzen zwischen Verwaltungs-und Civil-Justiz, und über die Form bei Behandlung der Verwaltungsjustiz, Stuttgart 1828
Prüfung der neuesten Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Verwaltungsjustiz und gegen ihren Umfang, Stuttgart 1833
- PFIZER, P.A. Briefwechsel zweier Deutschen, Stuttgart-Tübingen 1831
Gedanken über das Ziel und die Aufgabe des deut-schen Liberalismus, Tübingen 1832
Über das staatsrechtliche Verhältniss Württem-bergs zum Deutschen Bunde, Straßburg-Tübingen 1832
Über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland durch die Verfassung des Deutschen Bundes, Stuttgart 1835
Das Recht der Steuerverwilligung nach den Grund-sätzen der württembergischen Verfassung, Stutt-gart 1836
Gedanken über Recht, Staat und Kirche, 2 voll., Stuttgart 1842
- PILOTY, R. Ein Jahrhundert bayerische Staatsrechts-Literatur, in Festgabe f. P. Laband, vol. 1, Tübingen 1908
- PLANITZ, G.A. EDLER v. D. Justiz und Verwaltung. Ein Beitrag zur Feststellung der Grenzen beider Gewalten, Jena 1860
- PÖLITZ, K.H.L. Geschichte und Statistik des Rheinbundes, Leipzig 1810
Handbuch der Geschichte der souveränen Staaten des Rheinbundes, Leipzig 1811
Der Rheinbund, historisch und statistisch darge-stellt, Leipzig 1811

- Handbuch der Geschichte und Statistik des Rheinbundes, Leipzig 1816
- Die Constitutionen der europäischen Staaten seit den letzten 25 Jahren, 4 voll., Leipzig-Altenburg 1817-25
- Die Staatswissenschaften im Lichte unserer Zeit, 5 voll., Leipzig 1823-24
- Andeutungen über den staatsrechtlichen und politischen Charakter des Grundgesetzes für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 29. August 1831 [...], Leipzig 1831
- Das constitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen dargestellt, Leipzig 1831
- Votum über den Entwurf der revidierten Landschaftsordnung des Herzogthums Braunschweig, Leipzig 1831
- Staatswissenschaftliche Vorlesungen für die gebildeten Stände in constitutionellen Staaten, 3 voll., Leipzig 1831-33
- Die europäischen Verfassungsurkunden seit dem Jahre 1789 bis auf die neueste Zeit, 2^a ed. Leipzig 1847
- PÖZL, J. v. Bayerisches Staats-Verfassungsrecht, Würzburg 1847
- Lehrbuch des bayerischen Verfassungsrechts, München 1851
- Lehrbuch des bayerischen Verwaltungsrechts, München 1856
- POSSELT, E.L. Staats-Geschichte Europas, vol. 6, Tübingen 1808
- PREUSS, H. Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie, Berlin 1889
- PÜTTER, J.S. Das deutsche Volk und die Politik, Jena 1915
- Historisch-politisches Handbuch von den besondern Teutschen Staaten, prima parte, Göttingen 1758
- Institutiones iuris publici germanici, Göttingen 1770
- Litteratur des Teutschen Staatsrechts, 4 parti, Göttingen 1776-1791, proseguita da C.F. Häberlin
- RADOWITZ, J.M. v. Das patrimoniale Princip, Berlin 1851
- RATZENHOFER, G. Wesen und Zweck der Politik, 3 voll., Leipzig 1893
- Soziologie, Leipzig 1907

- RAU, K.D.H. Ueber die Kameralwissenschaft. Entwicklung ihres Wesens und ihrer Theile, Heidelberg 1823-25
- REHBERG, A.W. Untersuchungen über die Französische Revolution, 2 parti, Hannover-Osnabrück 1793
Über die Staatsverwaltung deutscher Länder und die Dienerschaft des Regenten, Hannover 1807
Die Erwartungen der Deutschen von dem Bunde ihrer Fürsten, Jena 1835
- REHM, H. Geschichte der Staatsrechtswissenschaft, Freiburg-Leipzig 1896
Unitarismus und Föderalismus in der deutschen Reichsverfassung, Dresden 1898
Allgemeine Staatslehre, Freiburg 1899
- REICHARD, H.G. Monarchie, Landstände und Bundesverfassung in Deutschland, Leipzig 1836
- REIMAR, F. Die Verfassung des Königreichs Sachsen. Für den Bürger und Landmann, Leipzig 1831
- REINHARD, W. Die Bundesakte. Über Ob, Wann und Wie Deutscher Bundesstände, Heidelberg 1817
- RETTIG, F.CH. Die Polizeigesetzgebung des Großherzogthums Baden, Karlsruhe 1826
- REYSCHER, A.L. (a cura di) Vollständige historisch und kritisch bearbeitete Sammlung der württembergischen Gesetze, Stuttgart-Tübingen 1828-51
Publicistische Beiträge, Stuttgart 1832
- RHAMM, A. Das Staatsrecht des Herzogtums Braunschweig, Tübingen 1908
- RICHTER, M.A. Erklärungen der Verfassungsurkunde des Königreichs Sachsen, Zwickau 1832
- RIECKE, C.V. v. Beiträge zur Staats- und Verfassungs-Geschichte Württembergs, 1879
Verfassung, Verwaltung und Staatshaushalt des Königreichs Württemberg, Stuttgart 1882
- RIEDEL, A.F.J. Hallers staatsrechtliche Grundsätze, Berlin 1842
- RIEDEL, E. Die Reichsverfassungsurkunde vom 16. April 1871 und die wichtigsten Administrativgesetze des deutschen Reichs, Nördlingen 1871
- RINNE, J.CH. Handbuch der Preußischen inneren Staatsverwaltung, 3 voll., Liegnitz 1840
- ROCHAU, L.A. v. Grundsätze der Realpolitik. Angewendet auf die staatlichen Zustände Deutschlands, 2 parti, Stuttgart 1853, 1869
- RÖDER, K.D.A. Grundzüge einer Politik des Rechts, parte I: Allgemeine Staatsverfassungslehre, Darmstadt 1837

- ROESLER, H. Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 2 voll., Erlangen 1872-73
- ROLLER, C.N. Grundgesetze der Stadt Bremen, Leipzig 1802
- ROLLER, G. Versuch eines Grundrisses des württembergischen Polizeirechts, 2 voll., Tübingen 1800
- Das württembergische Polizei-Recht, Stuttgart 1833
- ROMAGNOSI, G.D. Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni, 3^a ed., Prato, 1835
- RÖMER, K.H. v. Staatsrecht und Statistik des Churfürstenthums Sachsen und der dabei befindlichen Lande, 2 voll., Halle 1787-88
- RÖMER, R. Die Verfassung des Norddeutschen Bundes und die süddeutsche, insbesondere die württembergische Freiheit, Tübingen 1867
- RÖNNE, L. v. - SIMON, H.A. Die Verfassung und Verwaltung des Preußischen Staates, Breslau 1840-54
- RÖNNE, L. v. Die Preußischen Städte-Ordnungen vom 19. November 1808 und vom 17. März 1831 [...], Breslau 1840
- Die Gemeinde-Verfassung des Preußischen Staates, Breslau 1843
- Kritische Bemerkungen über den Entwurf des Verfassungsgesetzes für den preußischen Staat, Berlin 1848
- Die Gemeinde-Ordnung und die Kreis-, Bezirks- und Provinzialordnung für den Preußischen Staat, Brandenburg 1850
- Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850, Berlin 1850, con aggiunte 1852
- Die Landes-Kulturgesetzgebung des Preußischen Staates, Berlin 1854
- Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, Leipzig 1856 (4^a ed. in 4 voll. 1881-85)
- Das Verfassungs-Recht des Deutschen Reiches, historisch-dogmatisch dargestellt, Leipzig 1872
- Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2 voll., Leipzig 1876-77
- ROSCHER, W. System der Volkswirtschaft, Stuttgart 1854
- ROSENBERG, W. Die staatsrechtliche Stellung von Elsaß-Lothringen, Metz 1896
- ROSIN, H. Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen, Breslau 1882

- Das Recht der öffentlichen Genossenschaft. Eine verwaltungsrechtliche Monographie, Freiburg 1886
 Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre nach den politischen Reden und Schriftstücken des Fürsten Bismarck, in: (Hirths) Annalen 1898
- ROSSIG, C.G. Lehrbuch der Polizei-Wissenschaft, Jena 1786
 Die neuere Literatur der Polizei und Kameralistik, vorzüglich vom Jahre 1762-1802, 2 voll., Chemnitz 1802
- ROSSHIRT, K.E.F. Ueber den Begriff und die eigentliche Bestimmung der Staatspolizey sowohl an sich als im Verhältnisse zu den übrigen Staatsverwaltungszweigen, Bamberg-Würzburg 1807
- ROTH, B. Vermischte Abhandlungen meistens über Gegenstände des Rechts und der Rechtspolizei, Karlsruhe 1823
- ROTH, J.R. v. Staatsrecht deutscher Reichslände, 2 voll., Mainz 1788
- ROTH, J.TH. Beiträge zum teutschen Staatsrecht und zur Literatur desselben, Nürnberg 1791
- ROTTECK, K. v. Allgemeine Geschichte, 9 voll., Freiburg 1812-26
 Ideen über Landstände, Karlsruhe 1819
 Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften, 4 voll., Stuttgart 1829-35
 Sammlung kleiner Schriften meist historischen oder politischen Inhalts, 5 voll., Stuttgart 1829-37
 Gesammelte und nachgelassene Schriften, 5 voll., Pforzheim 1841-43
- ROTTECK, K. v. - WELCKER, K. (a cura di) Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände, 15 voll., Altona 1834-43
- RUCK, E. Verwaltungsrechtliche Gesetze Württembergs, 2 voll., Tübingen 1911
- RUDHART, I. v. Uebersicht der vorzüglichsten Bestimmungen verschiedener Staats-Verfassungen über Volks-Vertretungen, Würzburg 1818
 Das Recht des deutschen Bundes. Ein Lehrbuch zu dem Gebrauche bei Vorlesungen an deutschen Universitäten, Stuttgart-Tübingen 1822
 Ueber den Zustand des Königreichs Baiern nach amtlichen Quellen, 3 voll., risp. Stuttgart, Tübingen ed Erlangen 1825-27
 Ueber die Censur der Zeitungen im Allgemeinen und besonders nach dem baierischen Staatsrechte, Erlangen 1826

- RÜHS, F. Das Verhältniss Hollsteins und Schleswigs zu Deutschland und Dänemark, Berlin 1817
- RUMPF, J.D.F. Der preußische Secretär. Ein Handbuch zur Kenntniss der preußischen Verfassung und Verwaltung, 9^a ed. Berlin 1823
Dienst- und Rechts-Verhältnisse der Preußischen Staatsbeamten, Berlin 1833
- RUNDE, J.F. Über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungs-Landen, nach dem Deputations-Hauptschlusse vom 25. Februar 1803, Göttingen 1805
- SALAT, J. Auch die Aufklärung hat ihre Gefahren, München 1801
Auch ein paar Worte über die Frage: Führt die Aufklärung zur Revolution?, München 1802
- SALZA UND LICHTENAU, C. v. Handbuch des Polizeirechtes, mit besonderer Berücksichtigung der im Königreiche Sachsen geltenden Polizeigesetze, 2 parti, Leipzig 1825
- SAMES, W.C.F. Delineatio iuris publici Münzenbergensis, con introduzione di J.S. PÜTTER, Gießen 1781
- SAMUELY, A. Das Prinzip der Ministerverantwortlichkeit in der constitutionellen Monarchie, Berlin 1869
- SAMWER, K. Die Staatserbfolge der Herzogtümer Schleswig-Holstein, Hamburg 1844
- SANFTENBERG, G.- KNORR, W. Das Staats- und Verwaltungsrecht des Herzogtums Anhalt, Hannover 1909
- SARWEY, O. v. Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, Tübingen 1880
Allgemeines Verwaltungsrecht, Freiburg 1884
Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Tübingen 1883
- SAVIGNY, F.C. v. System des heutigen römischen Rechts, vol. I, Berlin 1840
- SCHALFEJEW, E. Die staatsrechtliche Stellung Elsaß-Lothringens nach dem neuen Verfassungsgesetz, Berlin 1913
- SCHIEDEMANTEL, H.G. Das Staatsrecht nach der Vernunft und den Sitten der vornehmsten Völker betrachtet, Jena 1770-73
Das allgemeine Staatsrecht überhaupt und nach der Regierungsform, Jena 1775
- SCHELLING, F.W. Ideen zu einer Philosophie der Natur, Leipzig 1797
Von der Weltseele, Hamburg 1798
Erster Entwurf eines Systems der Naturphilosophie, Jena-Leipzig 1799
System des transzendentalen Idealismus, Tübingen 1800

- Bruno oder über das göttliche und natürliche Princip der Dinge. Ein Gespräch, Berlin 1802
Vorlesungen über die Methode des academischen Studium, Tübingen 1803
- SCHENKEL, K. Das Staatsrecht des Großherzogthums Baden, Freiburg 1884
- SCHEURLEN, C.F. Der Staatsgerichtshof im Königreich Württemberg, Tübingen 1835
- SCHICKER, K. Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren im Königreich Württemberg, 4^a ed., Stuttgart 1907
- SCHILLING, E.M. Handbuch des Landwirtschafts-Rechts der deutschen Bundesstaaten, Leipzig 1829
- SCHLEGEL, F. (a cura di)
SCHLEGEL, J.F.W. Concordia. Eine Zeitschrift, Wien 1823
Staatsrecht des Königreichs Dänemark und der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg. Aus dem Dänischen von F.H.W. Sarauw, Schleswig 1829
- SCHLEIERMACHER, F.
SCHLESINGER, E. An den Herrn Geheimrat Schmalz, Berlin 1815
Staats- und Verwaltungsrecht des Großherzogtums Mecklenburg-Schwerin, Berlin 1909
- SCHLOSSER, J.G. Vier Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preussischen Gesetzbuches insbesondere, Frankfurt 1789
- SCHLOTTER, P. Das Staats- und Verwaltungsrecht der Fürstentümer Reuß älterer und jüngerer Linie, Hannover 1909
- SCHLÖZER, A.L. Allgemeines StatsRecht und StatsVerfassungsLere, Göttingen 1793
- SCHMALZ, TH. V. Das Recht der Natur, 2^a ed. Königsberg 1795-1804
Berichtigung einer Stelle in der Bredow-Venturinischen Chronik für 1808. Über politische Vereine und ein Wort über Scharnhorsts und meine Verhältnisse zu ihnen, Berlin 1815
Das teutsche Staats-Recht. Ein Handbuch zum Gebrauche academischer Vorlesungen, Berlin 1825
Grundgesetze des deutschen Bundes, Berlin 1825
- SCHMELZING, J. Einige Betrachtungen über den Begriff und die Wirksamkeit der Landstände, Rudolstadt 1818
Staatsrecht des Königreichs Baiern, 2 voll., Leipzig 1820-21
- SCHMID, K.E. Lehrbuch des gemeinen und deutschen Staatsrechts, Jena 1821
- SCHMIDLIN, W. Ueber die Vorbereitung zum Staatsdienste im Verwaltungsfache, Stuttgart 1834

- SCHMIDT, B. Der Staat. Eine öffentlich-rechtliche Studie, Leipzig 1896
- SCHMIDT, L.H. Repetitorium des allgemeinen Verwaltungsrechts, Leipzig 1883
- SCHMIDT, R. Allgemeine Staatslehre, 2 voll., Leipzig 1901-03
- SCHMITT, C. Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912
- Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Hellerau 1917
- SCHMITTHENNER, F. Zwölf Bücher vom Staate oder systematische Enzyklopädie der Staatswissenschaften, vol. III, libro VII: Grundlinien des allgemeinen oder idealen Staatsrechtes, Gießen 1843-45
- SCHNAUBERT, A.J. Anfangsgründe des Staatsrechts der gesammten Reichslande, Jena 1787
- Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, Jena 1805
- SCHOEN, P. Das Recht der Kommunalverbände in Preußen, Leipzig 1897
- SCHÖN, TH. v. Woher und wohin?, 2^a ed. Straßburg 1842
- SCHRÖTTER, F.F. v. Abhandlungen aus dem Oesterreichischen Staatsrechte, Wien 1762-66
- Grundriß des österreichischen Staatsrechtes, Wien 1775
- SCHÜCKING, W. Das Staatsrecht des Großherzogtums Oldenburg, Tübingen 1911
- SCHULZE, C. Die staatsrechtliche Stellung des Statthalters von Elsaß-Lothringen, tesi Univ. Tübingen, Frankenberg 1904
- SCHULZE, H. Der Staatshaushalt des neuen deutschen Reichs, Jena 1848
- Der Freiherr vom Stein und seine Bedeutung für Deutschlands Wiedergeburt, Jena 1850
- Das Recht der Erstgeburt in den deutschen Fürstenthäusern, Leipzig 1851
- Die Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenthäuser, 3 voll., Jena 1862-83
- Einleitung in das deutsche Staatsrecht, Leipzig 1865
- Die Krisis des deutschen Staatsrechts im Jahre 1866, Leipzig 1867
- Das Preußische Staatsrecht. Auf Grundlage des Deutschen Staatsrechts dargestellt, 2 voll., Leipzig 1872-77
- Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, 2 voll., Leipzig 1881-86

- Das Staatsrecht des Königreichs Preußen, Freiburg-Tübingen 1884
- SCHUNCK, FR.CHR.K. Staatsrecht des Königreichs Baiern, Erlangen 1824
- SCHÜRMEYER, J.H. Handbuch der medicinischen Policei. Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates [...], Erlangen 1848
- SCHWARTZ, E. Die Verfassungs-Urkunde, Breslau 1896
- SCHWARTZ, H. Das Staats- und Verwaltungsrecht des Fürstentums Schwarzburg-Rudolstadt, Hannover 1909
- SCHWARZKOPF, E.H. DE, Exposé du droit public de l'Allemagne, Genève-Paris 1821
- SCHWEITZER, CH.W. Das Öffentliche Recht des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach, Weimar 1825
- SEELIG, G. Hamburgisches Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage, Hamburg 1902
- SEIDLER, G. Budget und Budgetrecht im Staatshaushalte der constitutionellen Monarchie, Wien 1885
- Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905
- SEIFFERT, C.H. Die Verfassungs-Grundgesetze des Herzogthums Braunschweig, Braunschweig 1833
- SEITZ, E. Die rheinhessischen Rechtsinstitutionen, Regensburg 1847
- SELIGMANN, E. Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin-Leipzig 1886
- SEUFFERT, J.M. Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegen einander im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg 1793
- SEYDEL, M. v. Commentar zur Verfassungs-Urkunde für das deutsche Reich, Würzburg 1873
- Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873
- Bayerisches Staatsrecht, 7 voll., Freiburg 1884-94
- SIEBENPFEIFFER, PH.J. Handbuch der Verfassung, Gerichtsordnung und gesammten Verwaltung Rheinbayerns, 5 voll., Speyer 1831-33, proseguiti da LUTTRINGSHAUSEN, 2 voll., Speyer 1846
- SIEVERS, H. Das Staatsrecht der freien und Hansestadt Bremen, Freiburg 1884
- SIMON, H. Die Preußischen Richter und die Gesetze vom 29. März 1844, Leipzig 1845
- SMEND, R. Staatsrechtliche Aufsätze, 2^a ed. Berlin 1968
- SODEN, J. (*conte di*) Die Nazional-Ökonomie, parti 1-5 Leipzig 1805-11, parti 6, 7 Aarau 1816-17, parte 8 Aarau 1820, parte 9 Nürnberg 1824
- Die Staats-Polizei, Aarau 1817

- SOLMS-HOHENSOLMS-LICH,
L. FÜRST ZU,
SONNENFELS, J. v.
SOUCHAY, E.F.
SPIEGEL, L.
SPILLER v. MITTERBERG, C.H.L.W.
SPORSCHILL, J.
STAHL, F.J.
STEIN, L. v.
STENDEL, K. (*barone di*)
STIEBER, W.
STIER-SOMLO, F.
- Deutschland und die Repräsentativverfassungen,
Gießen 1838
Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwis-
senschaft, 3 parti, Wien 1765-76
Anmerkungen zu der Reformation der freien Stadt
Frankfurt, 2 voll., Frankfurt 1848-49
Die Verwaltungsrechtswissenschaft. Beiträge zur
Systematik und Methodik der Rechtswissenschaf-
ten, Leipzig 1909
Neue Beiträge zum Staats-Rechte und zur Ge-
schichte von Sachsen, Eisenach 1801
Bemerkungen über die Verfassungs-Urkunde des
Königreichs Sachsen, Leipzig 1832
Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher
Ansicht, 3 voll., Heidelberg 1830-37
Das monarchische Princip. Eine staatsrechtlich-
philosophische Abhandlung, Heidelberg 1845
Der christliche Staat und sein Verhältnis zu Deis-
mus und Judenthum, Berlin 1847
Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts,
3^a ed., Heidelberg 1856
Der Socialismus und Communismus des heutigen
Frankreichs, Leipzig 1842
Der Begriff der Gesellschaft und die sociale Ge-
schichte der französischen Revolution bis zum Jah-
re 1830, Leipzig 1850
System der Staatswissenschaft, 2 voll., Stuttgart-
Aschaffenburg 1852-56
Zur preußischen Verfassungsfrage (1852), a cura di
W. KEIPER, con postfazione di C. Schmitt, 1940
Lehrbuch der Volkswirtschaft, Wien 1858
Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Leipzig 1860
Die Verwaltungslehre, 7 parti, Stuttgart 1865-68,
parte 8 1884
Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwal-
tungsrechts, Stuttgart 1870
Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, Stutt-
gart 1886
Das Staatsrecht des Königreichs Preußen,
Freiburg-Leipzig 1894
Die Gesetzgebung des Preußischen Staats seit Ein-
führung der constitutionellen Regierungsform, Ber-
lin 1850
Preußisches Staatsrecht, Berlin-Leipzig 1906

- STOERK, F. Handbuch der deutschen Verfassungen, Leipzig 1884
- STROEBE, C. Zur Methodik des öffentlichen Rechts, Wien 1885
Die gesetzgeberische Entwicklung der badischen Gemeindeverfassung, Freiburg 1894
- STROMBECK, K. v. Staatswissenschaftliche Mittheilungen, vorzüglich mit Beziehung auf das Herzogthum Braunschweig, Braunschweig 1831
- STRUBE, D.G. Dreyzehnte Abhandlung von Regierungs- und Justizsachen, in Nebenstunden, parte III, Darmstadt 1789
- STRUVE, G. v. Das öffentliche Recht des deutschen Bundes, 2 parti, Mannheim 1846
Grundzüge der Staatswissenschaft, 4 voll., Mannheim-Frankfurt 1847-48
Kritische Geschichte des allgemeinen Staatsrechts in ihren Haupt-Trägern dargestellt, Mannheim 1847
- STUBENRAUCH, M. v. Handbuch der österreichischen Verwaltungs-Gesetzkunde nach dem gegenwärtigen Standpunkte der Gesetzgebung, 2 voll., Wien 1851-52
- STÜVE, J.K.B. Aktenstücke zur neuesten Geschichte Deutschlands (mit besonderer Beziehung auf Hannover), Hannover 1848
- SUTNER, C.A. v., Das Staats- und Verwaltungsrecht des Königreichs Bayern, Hannover 1909
- TEZNER, F. Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte, Wien 1888
Über Verwaltungsrechtspflege mit Hinblick auf das neue sächsische Verwaltungsgerichtsgesetz, Dresden 1901
- THOMA, R. Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, Tübingen 1906
- THUDICHUM, F. Verfassungsrecht des norddeutschen Bundes und des deutschen Zoll- und Handelsvereins, 2 voll., Tübingen 1869-70
- TITTMANN, F. W. Darstellung der Verfassung des deutschen Bundes, Leipzig 1818
- TREITSCHKE, H. Die Gesellschaftswissenschaft. Ein kritischer Versuch, Leipzig 1859
Politik, vol. I, a cura di CORNICELIUS, Leipzig 1897
- TRIEPEL, H. Das Interregnum, Tübingen 1882

- Die neuesten Fortschritte auf dem Gebiete des
Kriegsrechts, Tübingen 1894
Völkerrecht und Landesrecht, Tübingen 1899
Der Streit um die Thronfolge in Lippe. Kritische
Beiträge, Tübingen 1903
Quellensammlung zum Deutschen Reichsstaats-
recht, 2^a ed. Tübingen 1907
Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Rei-
che, Tübingen 1907
Die Reichsaufsicht. Untersuchungen zum Staats-
recht des Deutschen Reiches, Berlin 1917
Staatsrecht und Politik, Berlin 1927
- UBBELOHE, J.G.L.W.
Statistisches Repertorium über das Königreich
Hannover, Hannover 1823
Ueber die Finanzen des Königreiches Hannover
und deren Verwaltung, Hannover 1834
- ULBRICH, J.
Lehrbuch des österreichischen Staatsrechtes,
Berlin-Wien 1883
Grundzüge des österreichischen Verwaltungs-
rechts, Prag-Leipzig 1884 (2^a ed. col titolo Lehr-
buch des österreichischen Verwaltungsrechts,
Wien 1903-04)
Staatsrecht der österreichisch-ungarischen Monar-
chie, Freiburg-Tübingen 1884
- VENTURINI, C.
Das Herzogthum Braunschweig in seiner vormali-
gen und gegenwärtigen Beschaffenheit [...], Helm-
stedt 1826
- VILLERS, CH. DE
Constitutions des trois villes anséatiques, Leipzig
1814
- VOGEL, CH.D.
Historische Topographie des Herzogtums Nassau,
Herborn 1836
- VOLLGRAFF, K.
Gibt es noch einen hohen deutschen Adel [...],
Darmstadt 1823
Die deutschen Standesherren, Gießen 1824
Ueber den heutigen Begriff, Umfang und Gegen-
stand der Staatswissenschaften, Marburg 1825
Die Systeme der praktischen Politik im Abendlan-
de, 4 parti, Gießen 1828-29
Die historisch-staatsrechtlichen Grenzen moderner
Gesetzgebungen, Marburg 1830
Über die Täuschungen des Repräsentatif-Systems,
oder Beweis: dass dieses System nicht das geeigne-
te, rechte und zeitgemäße Mittel ist, den Bedürfnis-
sen unserer Zeit zu begegnen, Marburg 1832

- Über die Unverletzlichkeit der standesherrlichen Eigenthums-Rechte, Marburg 1837
 Erster Versuch einer (wissenschaftlichen) Begründung sowohl der allgemeinen Ethnologie durch die Anthropologie, wie auch der Staats- und Rechts-Philosophie durch die Ethnologie oder Nationalität der Völker, 3 parti, Marburg 1851-55
- WAGNER, J.J. Ueber die Trennung der legislativen und executiven Staatsgewalt. Ein Beitrag zur Beurtheilung des Werthes landständischer Verfassungen, München 1804
- WAITZ, G. Grundzüge der Politik, Kiel 1862
- WALTHER, O.A. Hand-Lexikon der juristischen Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, Weimar 1854
- WALZ, E. Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden, Tübingen 1909
- WEBER, F.B. Handbuch der ökonomischen Literatur, parti 1-6 Berlin-Breslau-Leipzig 1803-32, parte 7 Grimma 1842
- WEHNERT, G.J.M. Über den Geist der preußischen Staatsorganisation und Staatsdienerschaft, Potsdam 1833
- WEILER, G. v. Ueber Verwaltung und Justiz und ueber die Gränzlinie zwischen beiden, Mannheim 1826
- WEISS, K.E. System des öffentlichen Rechts des Großherzogthums Hessen, Darmstadt 1837
 System des deutschen Staatsrechts, Regensburg 1843
- WEISSE, C.E. Lehrbuch des Königlich Sächsischen Staatsrechts, 2 voll., Leipzig 1824, 1827
- WELCKER, C.TH. Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, Gießen 1813
 Die vollkommene und ganze Preßfreiheit, Freiburg 1830
 Begründung der Motion für eine constitutionellere, weniger kostspielige und mehr sichernde Wehrverfassung, Karlsruhe 1831
 Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation mit eigenhändigen Anmerkungen von Johann Ludwig Klüber [...], Mannheim 1844
- WESTERKAMP, J.B. Ueber die Reichsverfassung, Hannover 1873
- WESTPHALEN, N.A. Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmählichen Entwicklung bis auf die neueste Zeit, 2 voll., Hamburg 1841

- Geschichte der Haupt- und Grundgesetze der hamburgischen Verfassung, 3 voll., Hamburg 1844-46
- WIELANDT, F. Das Staatsrecht des Großherzogthums Baden, Freiburg 1895
- WIGGERS, J. Das Verfassungsrecht im Großherzogthum Mecklenburg-Schwerin, Berlin 1860
Staatskunde der beiden Großherzogthümer Mecklenburg, Wismar-Ludwigslust 1861
- WIMPFEN, C. v. Ueber die staatsrechtlichen Verhältnisse der Herzogthümer Schleswig und Holstein, Kiel 1831
- WIPPERMANN, C.W. Kurhessen seit den Freiheitskriegen, Kassel 1850
- WIPPERMANN, E. Über die Natur des Staates, Göttingen 1844
- WITZLEBEN, C.D. v. Die Entstehung der konstitutionellen Verfassung des Königreichs Sachsen, Leipzig 1881
- WOLFFSON, J. Das Staatsrecht der freien Hansestadt Hamburg, Freiburg-Leipzig 1884
- WURM, CH.F. Verfassungs-Skizzen der freien Städte, Hamburg 1841
Kritische Versuche über die öffentlichen Rechtsverhältnisse in Deutschland, seit der Mitte des Jahres 1832, Leipzig 1835
- ZACHARIÄ, H.A. Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3 parti, Göttingen 1841-45
- ZACHARIÄ, K.S. Iuris publici germanici in artis formam redacti delineatio, Leipzig 1797
Geist der deutschen Territorialverfassung, Leipzig 1800
Ueber die vollkommenste Staatsverfassung, Leipzig 1800
Janus, Leipzig 1802
Ueber die Erziehung des Menschengeschlechts durch den Staat, Leipzig 1802
Die Wissenschaft der Gesetzgebung als Einleitung zu einem allgemeinen Gesetzbuche, Leipzig 1806
Jus publicum civitatum quae foederi rhenano adscriptae sunt, Heidelberg 1807
Handbuch des französischen Civilrechts, 2 voll., Freiburg 1808
Das Staatsrecht der rheinischen Bundesstaaten und das rheinische Bundesrecht, Heidelberg 1810
Entwurf zu dem Grundvertrage des durch den Pariser Frieden vom 30. Mai 1814 verheissenen deutschen Staatenbundes, Heidelberg 1814

- Vierzig Bücher vom Staate, 4 voll., Heidelberg 1820-32 (2^a ed., 7 voll., 1839-43)
- ZANGEN, G.L. v. Die Verfassungsgesetze deutscher Staaten in systematischer Zusammenstellung, 3 voll., Darmstadt 1828-36
- ZELLE, R. Handbuch des geltenden öffentlichen und Privatrechtes für das Gebiet des preußischen Landrechts, Berlin 1888
- ZELLER, W. Handbuch der Verfassung und Verwaltung im Großherzogtum Hessen, 2 voll., Darmstadt 1885-86, supplemento 1893
- ZESCHAU, H.A. v. Das Wirken der Staatsregierung und Stände des Königreichs Sachsen, Leipzig 1834
- ZITELMANN, E. Begriff und Wesen der sog. juristischen Personen, Leipzig 1873
- ZÖPFEL, H. Die Regierungsvormundschaft im Verhältnisse zur Landesverfassung, Heidelberg 1830
- Deutsche Staats- und Rechts-Geschichte, 2 voll., Heidelberg 1834-36
- Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts, Heidelberg 1841 (5^a ed. con titolo modificato)
- Deutsche Union und deutsches Reich. Entwurf einer allgemeinen Reichsverfassung mit Inbegriff der deutschen Union, Erfurt 1850
- Über hohen Adel und Ebenbürtigkeit, Stuttgart 1853
- Über Mißheiraten in den deutschen regierenden Fürstenhäusern überhaupt und im Oldenburgischen Gesamthause insbesondere, Stuttgart 1853
- Altertümer des deutschen Reichs und Rechts, 3 voll., Leipzig 1860 ss.
- Die neuesten Angriffe auf die staatsrechtliche Stellung der deutschen Standesherrn, Donaueschingen 1867
- ZORN, PH. Lehrbuch des deutschen Reichsstaatsrechts, 2 voll., Berlin 1880-81

INDICE DEI NOMI

- ACHELIS, T., 663
ACHENBACH, H. v., 624
ACHENWALL, G., 29
ACKER, D., 511
ADAMOVICH, L., 618
AEGIDI, L.K., 87, 185, 276, 326, 395, 404,
429, 430, 467 ss., 473, 485, 500, 564, 657
AEPPLI, S., 120, 333
AFFOLTER, A., 636
AFFOLTER, F.X., 422, 636
AGETHEN, M., 66
AHRENS, H., 156, 634, 637, 639 ss., 655
ALBRECHT, W.E., 86, 87, 92, 100, 115, 116,
282, 294, 384, 385, 484, 533, 543, 619
ALEXIS, W., 193
ALLEMANN, B., 150
ALTER, P., 172, 576
ALTHOFF, F., 511, 561
ALTNER, G., 193
AMARI, E., 654
AMIRA, K. v., 513
ANGILLON, F., 169, 180, 181, 184
ANDREAS, W., 55, 56, 253, 268
ANDRES, H., 254
ANGERMAN, E., 45, 224, 362, 365
ANGERMEIER, H., 31
ANSCHÜTZ, G., 121, 436, 438, 497, 500, 513
ss., 547, 607, 610, 684
ANTONIOLLI, W., 400
APEL, E., 455
APELT, K., 447
APELT, W., 615
ARCHENHOLTZ, J.W. v., 42
ARETIN, J.CHR. (*barone di*), 3 ss., 27, 32, 33,
200, 202, 208 ss., 243, 264, 343, 638
(VEDI ANCHE TIMONOMUS)
ARIS, R., 172
ARISTOTELE, 155, 236
ARNAUD, A. J., 405
ARNDT, E.M., 38, 66, 201, 231, 384, 386,
ARNDT, G.A., 427, 436, 461, 513, 517, 547
ARNDT, H.W., 142
ARNDTS, K.L., 387, 407, 480
ARNIM, A. v., 148, 168, 170
ARNIM, B. v., 168
ARNOLD, H.L., 169
ARNSTEDT, O. v., 438
ARTOM, I., 337, 573
ASMUS, H., 64
ASSCHENFELDT (*editore*), 297
ATTERBOM, P.D.A., 174
AUBIN, H., 11
AUERBACH, L., 193, 494, 539
AURAND, D., 71
AVINERI, S., 163
BAADER, F. v., 156, 170, 171, 194
BACHERER, G., 148
BACHMANN, J.H., 250, 264
BACHOF, O., 23, 582, 588, 615, 616, 619
BACHOFEN, J.J., 156
BACKMANN, L.E., 141
BADE, H., 169
BADER, K.S., 56, 527
BADURA, P., 141, 329, 568, 582, 589, 605,
662, 663
BAERSCH, G., 64
BAHNSON, K., 380
BÄHR, O., 335 ss., 467, 488, 513, 570, 573,
583
BAKUNIN, M., 156
BALCK, C.W.A., 454
BANDEMÉR, D., 91

- BAR, K.L. v., 513
 BARCLAY, D.E., 181
 BARING, M., 438, 448
 BARNSTEDT, A.E.J., 454
 BARTELS, J.H., 297
 BARTH-BARTHENHEIM, J.L.E. (*conte di*), 312
 BARTH, A., 384
 BARTH, H., 172
 BASSENGE, R., 339
 BASSERMANN, F.D., 243, 245, 384
 BATBIE, A., 588
 BAUER, A., 271
 BAUER, B., 164
 BAUER, E., 164
 BAUER, H., 550, 552
 BAUER, R., 30, 669
 BAUMANN, G., 151
 BAUMANN, P., 153
 BAUMBACH, L. v., 384
 BAUMGART, P., 59, 285, 511, 561
 BAUMGARTEN, H., 154, 391
 BAUMSTARK, E., 382
 BAXA, J., 170, 172, 178
 BAZILLE, W., 418
 BECHER, U.A.J., 43
 BECHT, H.P., 269
 BECK, Ch.A. v., 249, 312
 BECK, F.K., 278
 BECK, H.D., 407
 BECK, J.S., 195
 BECKE, Fr.A. v. d., 112
 BECKER, H.J., 263, 292
 BECKER, J., 420
 BECKER, W., 403, 428, 649
 BECKERATH, H. v., 384
 BEGE, C., 284
 BEHLER, E., 170, 174
 BEHR, W.J., 16, 45 ss., 58, 71, 132, 200,
 208, 210, 211, 243, 264, 352, 361, 362
 BEHREND, O., 481
 BEIDTEL, C.I., 387
 BEIDTEL, I., 310
 BEKKER, E.I., 50
 BEKKER, H., 454, 480
 BENÖHR, H.P., 533
 BENZ, W., 671
 BERDAHL, R.M., 68, 300
 BERDING, H., 7, 33, 44, 117, 264, 549
 BERG, G.H. v., 16, 24, 57 ss., 301, 312, 344
 ss., 360, 361, 364
 BERGBOHM, K., 480, 491, 513, 556, 656
 BERGER, G., 71
 BERGFELD, CHR., 168
 BERGIUS, C.J., 300 ss., 368
 BERGIUS, J.H.L., 350
 BERGLAR, P., 37
 BERGMANN, J., 633
 BERMBACH, U., 117, 120
 BERNATZIK, E., 442, 445, 446, 604, 618, 619
 BERNET, W., 452
 BERNEYS, K.L., 182
 BESCHORNER, H., 482
 BESCHORNER, J.H., 447
 BESELER G., 230, 236, 384, 386, 387, 482,
 488, 513, 527, 528
 BESELER, W., 454
 BESIÉ, G., 681
 BESSER, K.M., 158
 BEST, H., 376
 BETTELHEIM, A., 416
 BETZ, J., 271
 BEUTELSPACHER, G., 415
 BEYME, K. v., 226, 407
 BIBL, V., 311
 BIEBACK, K.-J., 621
 BIEDERMANN, (F.)K., 383, 385, 386, 388
 BIERLING, E.R., 656
 BIESTER, J.E., 178
 BILZ, W., 46
 BINDER, J., 165, 656
 BINDING, K., 427, 456, 494, 513, 600, 656
 BINGNER, A., 271
 BINSEEL, O., 439, 561
 BINSWANGER, H.Ch., 171
 BIPPEN, W v., 296
 BIRK, D., 262, 328
 BIRNBAUM, J.M.F., 270, 278
 BIRTSCH, G., 5, 126, 128, 146, 268
 BISCHOF, H., 120, 447, 641 ss.
 BISCHOFFWERDER, J.R. v., 34

- BISINGER, J.C., 296
 BISMARCK, O. v., 162, 191, 228, 308, 391,
 431, 435, 463, 475, 492, 495, 496, 499,
 508, 523, 548, 549, 556, 557, 570, 583,
 590, 649, 653, 683
 BISSING, F., 421
 BITTER, R. v., 437
 BITTERAUF, TH., 39
 BITZER, F., 369
 BITZER, F. v., 416
 BJÖRNE, L., 21 ss.
 BLANCHARD, W., 52
 BLANKENBURG, E., 131
 BLÄNKNER, R., 164
 BLANNING, T.C.W., 7
 BLASCHKE, K., 286, 446, 447
 BLASIUS, D., 299, 576, 578, 583
 BLEEK, W., 224, 318, 320 ss., 329, 340, 366
 BLEIBER, H., 446
 BLEICHER, H., 323
 BLOCH, M., 150
 BLOMBERG, H., 607
 BLÖSCH, E., 151, 175, 176
 BLOTEVOGEL, H.H., 331, 533
 BLÜHDORN, J., 18, 142, 631
 BLUM, R., 221, 386
 BLUNTSCHLI, J.C., 118, 201, 218, 219, 222,
 227, 230, 239, 329, 407, 421, 472, 473,
 631, 634, 643 ss., 655, 657, 661,
 BOBERACH, H., 120
 BOCCIUS, F.W., 285
 BÖCKENFÖRDE, 44, 16, 24, 28, 60, 87, 89,
 90, 91, 100, 104, 119, 143, 144, 196 ss.,
 205, 206, 219, 230, 234, 238, 239, 248,
 252, 500, 508, 517, 518, 525, 531, 533,
 546, 547, 550, 568, 583
 BÖDEKER, H.E., 316, 633
 BODEI, R., 157
 BODIN, J., 632
 BODMANN, F., 52, 349
 BOG, I., 339
 BOGDANDY, A. v., 159
 BOHLEY, K., 254
 BÖHM, A., 158
 BÖHME, K., 688
 BOHNERT, J., 193, 391
 BÖHR, S., 426
 BOHRER, K.H., 168
 BOLDT, H., 3, 59, 89, 107 ss., 175, 189, 201,
 219, 222, 223, 239, 460, 527
 BOLLMANN, J., 458
 BOLTEN, J., 623
 BÖMERS, K., 454
 BONJOUR, E., 175
 BONNIN, CH., 349
 BOPP, F., 278
 BORGS-MACIEJEWSKI, H., 615
 BORN, K.E., 262, 320, 322
 BÖRNE, L., 66, 180
 BORNHAK, C., 422, 431 ss., 547, 550, 554,
 607, 609, 610, 636, 653, 657
 BOROWSKI, G.H., 301
 BOROWSKY, P., 457
 BOSCHER, J.S.A., 415
 BÖSE, O., 283
 BOSL, K., 104
 BOSSE, H.A. v., 450
 BOUCHER, M., 11
 BOVENSIEPEN, R., 82
 BRACHER, K.D., 236
 BRACKERT, H., 149
 BRANDT, H., 59, 117, 176 ss., 182, 184, 189,
 191, 196, 199, 201 ss., 219, 222, 224,
 227, 229, 235 ss., 244, 251, 254, 259,
 269, 280, 293, 413
 BRANDT, R., 141
 BRASSERT, H., 624
 BRATER, K., 94, 406, 407, 646
 BRAUBACH, M., 379
 BRAUER, J.N.F., 48, 55 ss., 272
 BRAUN, A.E., 424
 BRAUN, J., 153
 BRAUN, K., 280
 BRAUN, R., 68
 BRAUNE, F., 172
 BRAUNEDER, W., 257, 441 ss., 505, 581, 618,
 629, 639, 640, 664, 666
 BREDOW, W. v., 275
 BRENDEL, S., 264
 BRENTANO, C., 168, 170, 174

- BRENTANO, L., 559
 BREUER, R., 622
 BREUER, S., 378
 BREYER, J.G., 258
 BRIE, S., 178, 513, 537, 538, 541
 BRINKMANN, K.H.L., 336
 BRINKMANN, R., 8, 147, 167, 169, 170, 173
 BRINZ, A., 480
 BRIX, E., 665
 BROCKE, B. v., 377, 383, 511, 561
 BROHM, W., 582
 BRUCH, R. v., 379, 670
 BRUCHMÜLLER, W., 288
 BRUCK, E., 456
 BRÜCKNER (*collaboratore dell'Allgemeine Deutsche Biographie*), 84
 BRÜCKNER, J., 340
 BRÜCKNER, J., 340
 BRÜCKNER, W., 84, 458
 BRÜMMER, M., 380
 BRÜNNER, CH., 444
 BRUNNER, H., 456, 483
 BRUNNER, O., 11, 24, 68, 106, 113, 143, 310, 583, 687
 BRUNNQUELL. A., 84
 BRUNS, F., 458
 BRUUN, CH. v., 293
 BRY, C.CH., 670
 BUBER, M., 668
 BÜCHER, K., 414, 485, 640
 BUCHHOLZ, F., 38, 305
 BUCHHOLZ, S., 394
 BÜCHNER, G., 276
 BUCHNER, K., 184, 423
 BUDDEUS, J.F., 111
 BUEK, F.G., 297
 BUHL, L., 308
 BÜHLER, O., 419, 556, 606 ss., 619
 BUHR, M., 640
 BÜLAU, F., 101, 111, 148, 184, 201, 271, 288, 297, 352
 BULL, H.P., 237
 BULLIK, M., 272, 274
 BULLING, K., 26
 BULLINGER, M., 20, 614, 646
 BULMERINCO, A.M. v., 657
 BÜLOW-CUMMEROW E.C.G. v., 184, 307
 BÜLOW, F. v., 38, 112, 302
 BÜLOW, G.PH. v., 283
 BÜLOW, O., 617
 BURCHARDT, L., 511, 683
 BURCKHARD, G.W., 292
 BURKE, E., 144, 145, 172, 179
 BUSCHE, H.v., 221
 BUSCHMANN, A., 104
 BÜSING, O., 255
 BUß, F.J. v., 156, 384, 386
 BÜSSEM, E., 43, 65
 BUßMANN, W., 180, 186, 189, 298, 304
 BUTTE, W., 348, 352
 BUZZATI, G.C., 541
 CAEMMERER, E. v., 20, 574
 CALKER, F. VAN, 659
 CALKER, W. VAN, 279, 422, 425, 513
 CAMPE, J.H., 14
 CANIS, K., 380
 CANTONI, R., 152
 CANTOR, M., 213, 274
 CARLEBACH, R., 56, 269
 CARLO (*re di Württemberg*), 413
 CARLO EUGENIO (*duca di Württemberg*), 258
 CARLO II (*duca di Braunschweig*), 283
 CAROLINA LUISA (*granduchessa di Baden*), 268
 CARONI, P., 666, 667
 CARRINO, A., 555, 672
 CARSTEN, E.(S.), 131
 CARSTEN, F.L., 68, 300
 CASTRUCCI, E., 671
 CESA, C., 152
 CHAMBERLAIN, H.ST., 194, 664, 665
 CHRISTERN, H., 236, 293
 CHRISTERN, J.W., 297
 CHROUST, A., 46, 79
 CLAUDIUS, M., 146
 CLAUSEWITZ, C. v., 145
 COBB, R., 147
 COING, H., 2, 20, 36, 51, 52, 142, 263, 553
 COLLN, F. v., 38

- COMPES, G., 384
 CONRAD, H., 104, 168, 343, 574
 CONRADI, R., 230
 CONRADS, N., 322
 CONRING, P., 124, 461
 CONSTANT, B., 120, 227
 CONSTANTINESCO, L.J., 653
 CONZE, W., 11, 24, 68, 113, 143, 310
 CORNICELIUS, M. 440, 659
 COSACK, K., 425
 COSTA, F., 152
 COTTA (*editori*), 66, 667
 CRAIG, J.E., 456
 CRISTIANO VIII (*re di Danimarca*), 292
 CROME, A.F.W., 42
 CROME, C., 219
 CUCUMUS, K. (v.), 265, 267, 367, 385
 D'ALFONSO, M.V., 152
 DABELOW, CH.CH., 118, 119, 250, 251
 DACHERÖDEN, E.L.W v., 249
 DAHL, F. 217, 295
 DAHLMANN, F.CH., 199, 201, 218, 235 ss.,
 243, 282, 293, 294, 384 ss., 661
 DALBERG, K.TH. v., 40, 43, 47
 DALWIGK, R. (*barone di*), 423
 DALY, E., 542
 DAMMANN, O., 150
 DANN, O., 13, 65
 DANN, R., 415
 DARESTI, R.M.C., 588
 DARJES, J.C., 342
 DARMSTADT, R., 62
 DARMSTAEDTER, F., 572
 DARWIN, CH., 653
 DAUDE, P., 319, 321
 DECKER-HAUFF, H., 262
 DEDEKIND, A., 453
 DELBRÜCK, H., 38
 DEMANDT, K.E., 272, 277
 DEMEL, W., 44, 68, 264
 DEMETER, K., 132
 DEMIAN, J A., 280
 DENECKE, L., 200
 DENNEWITZ, B., 262, 329, 588, 594, 608,
 610
 DENNINGER, E., 332
 DENZER, H., 484
 DERNBURG, H., 480
 DERWEIN, H., 379
 DEWITZ, C. v., 285
 DIEMER, J., 424
 DIESELHORST, M., 18, 115
 DIESTELKAMP, B., 340, 430, 528, 533
 DIETRICH, R., 447
 DILCHER, G., 104, 168, 198, 281, 340, 528,
 548
 DILTHEY, W., 157, 509, 633
 DIPPEL, H., 5, 104
 DIPPER, CH., 2, 12, 36
 DITTMAR, H., 615
 DITTRICH, E., 341
 DOBLINGER, M., 379
 DOCHOW, F., 515, 592
 DOEBERL, M., 39
 DOERFERT, C., 514
 DOHM, CH.W. v., 14
 DOHR VAN ROSSUM, G., 143
 DÖHRING, E., 294, 522
 DÖLEMAYER, B., 51, 52, 56
 DÖLLINGER, G.F., 588
 DOMARUS, M., 46, 48, 210
 DÖNNIGES, W., 306
 DÖRNER, H., 316
 DORNSEIFER, G., 656
 DREIER, R., 18, 159, 162 ss., 656
 DRESCH, G.L. v., 72, 83, 84, 265, 267, 367
 DREWS, B., 437
 DREYER, M., 541
 DROSTE, A. v. HÜLSHOFF, 193
 DROYSEN, J.G., 236, 385, 387
 DROZ, J., 147
 DRUCKER, P., 189
 DRÜLL, D., 50, 52, 89, 355, 401, 422, 477,
 516, 527, 538, 592, 608, 610, 636, 639,
 643
 DUFOUR, G., 588, 589
 DUGUIT, L., 544
 DUMONT, F., 8
 DUNAN, M., 39
 DUNCAN, B., 148

- DUPRÉ, E. (= O. MAYER), 601
 DUTTLINGER, J.G., 272
 DYROFF, A., 513, 559
 EBEL, W., 168, 282, 527
 EBERLE, F., 8
 EBERSBACH, H., 621
 EBERT, K., 379
 ECKERT, L., 422
 EDEL, K., 407
 EDER, K., 195
 EDINGER, F., 384
 EGER, G., 513
 EGGER, K., 311
 EGIDI, H., 438
 EHEBERG, K.TH. v., 559
 EHMKE, H., 201, 375
 EHRHARDT, M., 262, 328
 EHRLE, P.M., 120, 229, 376
 EHRlich, E., 666
 EICHBERG, H., 142
 EICHENDORFF, J. v., 80, 151, 168, 170
 EICHHORN, K.F., 15, 18, 86, 91, 93, 97, 230
 EIGENBRODT, C.G., 276
 EIGENBRODT, K.CHR., 278
 EISELEN, J.F.G., 158
 EISENHARDT, U., 62
 EISENHART, A. v., 29, 52, 187, 274, 408
 EKENDAHL, D.G. v., 211
 ELBEN, K., 416
 ELLWEIN, TH., 568
 ELVERS, CHR.F., 78
 EMERSON, D.E., 65
 EMIL (*principe di Assia-Darmstadt*), 276
 EMMERMANN, F.W., 348, 355, 356
 EMMINGHAUS, G., 78
 EMMRICH, M., 168
 ENGEL-JÁNOSI, F., 101, 171, 175, 182, 311
 ENGELBERT, C., 252, 255
 ENGELMANN, W., 257
 ENGELS, E., 156, 157, 164, 662
 ENGELSING, N., 13
 EPPLEN, J.F.X. v., 33, 249
 EPSTEIN, K., 147
 ERDMANN, J.E., 158
 ERICHSEN, H.U., 334
 ERLER, A., 35, 37, 66, 150, 440
 ERNST AUGUST (*re di Hannover*), 281
 ERSCH, J.S., 275
 ESCHENMAYER, H., 42
 ESCHENMEYER, C.A., 156
 ESCHER, H., 178
 ESSELBORN, K., 277
 ESTERMANN, A., 522
 ESTOR, J.G., 30, 249, 273
 EVERS, H.U., 613
 EWALD, O., 673
 FABER, K.G., 64, 195, 390, 466, 548
 FABER, R., 279
 FALCK, N., 22, 236, 294, 295
 FALK, U., 480, 481, 513
 FALKMANN, A., 454
 FALLATI, J., 414
 FÄRBER, K.M., 40
 FASSBENDER-ILLGE, M. H., 407
 FEDERER, J., 56
 FEDERICO (*grandauc di Baden*), 420
 FEDERICO GUGLIELMO II (*re di Prussia*), 34
 FEDERICO GUGLIELMO III (*re di Prussia*), 34,
 162, 183
 FEDERICO GUGLIELMO IV (*re di Prussia*),
 180, 181, 186, 190, 304, 305
 FEDERICO II (*duca, poi re di Württemberg*),
 258, 262
 FEDERICO III (*imperatore del Sacro Romano
 Impero*), 500
 FEDERICO IL GRANDE (*re di Prussia*), 39,
 181, 192
 FEDERICO VI (*re di Danimarca*), 292
 FEDERICO VII (*re di Danimarca*), 292
 FEHRENBACH, F., 33, 39, 52, 56
 FEILCHENFELDT, K., 65
 FEIST, H.J., 262, 329, 564, 588
 FELLNER, F., 63
 FENSKÉ, H., 3
 FERDINANDO I (*imperatore d'Austria*), 310
 FESSMAIER, J.G., 264
 FEUERBACH, L., 194, 662
 FEUERBACH, P.J.A. v., 51, 211, 263, 336,
 352, 353
 FICHTE, I.H., 642

- FICHTE, J.G., 10, 35, 141, 148, 152 ss., 165
 ss., 352, 353, 534
 FIEDLER, W., 306, 388, 557
 FIGGE, H.-G., 453
 FIJAL, A., 674
 FINGER, A., 513
 FINK, F., 271
 FINK, G.-L., 8
 FIORAVANTI, M., 468, 481, 497, 501, 521,
 527, 600
 FISCHBACH, O., 456
 FISCHER, C.A., 291
 FISCHER, F.CH.J., 301, 312, 342
 FISCHER, G.E., 319, 387, 667
 FISCHER, G.F., 259
 FISCHER, K., 633
 FISCHER, O., 448 ss., 626, 629,
 FISCHER, W., 50, 122, 218, 219, 269, 420
 FISHER, H.A.L., 39
 FLATH, C.E., 290, 291
 FLECK, P., 276
 FLEINER, F., 419, 607 ss., 616
 FLEISCHMANN, M., 513, 599, 607, 671
 FLORENZI WADDINGTON, M., 155
 FLÖRKE, H.G., 342
 FLÖRKE, J.J., 342
 FLUME, W., 115
 FÖGEN, M.TH., 50, 130
 FONNESU, L., 142
 FORBERGER, R., 286, 446
 FORSTER, E., 643
 FORSTER, G., 14
 FORSTHOFF, E., 16, 315, 517, 577, 578, 582,
 594, 600, 630
 FORTENBACH, H., 415
 FOUQUET-PLÜMACHER, D., 65
 FRAAS, C., 370
 FRANCESCO II (*imperatore del Sacro Roma-
 no Impero; Francesco I come imperatore
 d'Austria*), 31, 310
 FRANCK, J., 322
 FRANCKSEN, M.W., 124
 FRANCOIS, E., 52
 FRANK, J.P., 211
 FRANKE, H., 680
 FRANKENBERG, H. v., 453
 FRANKFURTER, S., 440
 FRANTZ, C., 156, 513, 634, 649
 FRANZ, E.G., 272
 FRANZ, G., 2, 379
 FRECOT, J., 670
 FREGE, L., 438
 FREIMUND, J. (Ps.), 274
 FRENSDORFF, F., 26, 91, 406, 470, 513
 FREUDENTHEIL, G., 384
 FREVERT, U., 13, 381
 FREYH, A., 40
 FRIAUF, K.H., 125
 FRICKER, K.(C).V., 258, 414, 416, 449, 468,
 485, 489, 490, 500, 640
 FRIEDBERG, E., 511, 513
 FRIEDEMANN, F.T., 280
 FRIEDLAND, K., 293
 FRIEDLÄNDER, E., 186
 FRIEDRICH, C.J., 117
 FRIEDRICH, M., 75, 139, 488, 497, 501, 510,
 521
 FRIES, J.F., 49, 353
 FRIESENHAHN, E., 574
 FRISCH, H. v., 121, 513
 FRITSCHKE, H., 643
 FRÖBEL, J., 244
 FRÖHLING, O., 504
 FRÜHSORGE, G., 143
 FULDA, F.K. v., 322
 FULVIUS, E., 669
 FUNK, A., 427
 FUNK, F.X., 349
 FUNKE, G.L., 336
 FÜSSL, W., 189 ss., 426
 GACKENHOLZ, F., 133, 376
 GAERTNER, G., 99
 GAGERN, H. v., 245, 277
 GAGLIARDO, J.C., 31
 GAGNÉR, S., 18, 20, 97, 146, 156, 169, 231
 GALL, F., 380
 GALL, L., 6, 49, 55, 195, 203, 227, 253,
 268, 269, 403, 420, 549
 GALLI, C., 168
 GANGL, H., 104, 248

- GANS, E. 133, 137, 158, 163, 164
 GARBER, J., 146
 GAREIS K., 425, 636, 657, 658
 GARGAS, S., 625, 630
 GARVE, CH., 14, 155, 178
 GAUPP, L., 418
 GEBHARDT, B., 330
 GEHRING, P., 322
 GELLER, L., 445
 GENNARI, A., 431
 GENTZ, F. v., 14, 67, 68, 118, 169, 170,
 172, 178 ss., 189, 198, 251, 252
 GENZKEN, F., 285
 GERBER, C.F. v., 41, 87, 97, 392, 396, 428,
 431, 447, 462, 465, 467 ss., 474 ss., 481
 ss., 495 ss., 501 ss., 520, 523, 527, 528,
 532, 534, 543, 550, 551, 554, 555, 565
 ss., 582, 588, 590, 592, 601, 606, 613,
 632, 648, 649, 660, 672, 684, 686
 GERHARD, D., 64
 GERLACH, E.L. v., 426
 GERLACH, L. v., 426
 GERLAND, O., 187, 321
 GERSTÄCKER, K.F.W., 200, 347, 352
 GERSTLACHER, K.H., 271
 GERSTNER, G., 348, 349
 GERSTNER, L.J., 319, 371, 629, 641 ss.
 GERTH, H.H., 12, 13
 GERVINUS, G.G., 236, 384, 385
 GHERARDI, R., 437, 460
 GIACOMETTI, Z., 608
 GIANNINI, M.S., 600
 GIENOW, I., 561, 623
 GIERKE, O. v., 96, 156, 467, 483, 488, 491,
 503 ss., 513, 526 ss., 540, 544, 547,
 572, 583, 596, 665, 688
 GIESE, F., 430, 462, 554
 GIROLAMO BONAPARTE, 284
 GISKRA, C., 387
 GIUSEPPE II (*imperatore del Sacro Romano
 Impero*), 39, 192, 312
 GLASER, J.C., 493
 GLAUBRECH, J., 277
 GLEITSMANN, A., 615
 GLOCKNER, K., 421, 423
 GMELIN, F.L. v., 258
 GNEISENAU, N. v., 38, 145, 181
 GNEIST, R. v., 315, 337, 394, 435, 499, 500,
 511, 532, 570 ss., 610
 GOBINEAU, J.A. (*conte di*), 193
 GÖCKEL, F. v. 191, 215, 254, 291
 GODDING, PH., 20
 GOLDMANN, W., 276
 GOLDSCHMIT, R., 55, 253, 269
 GOLLWITZER, H., 2
 GÖNNER, N.TH., 16, 27 ss., 44, 45, 51, 58,
 112, 156, 157, 263, 264, 360, 367
 GÖPPERT, H., 52
 GÖRISCH, R., 146
 GÖRLAND, I., 154
 GÖRRES, J., 15, 69, 70, 152, 156, 158, 170,
 171, 180
 GOSEWINKEL, D., 517
 GÖSSEL, F., 274
 GOTTHARD, E., 453
 GOTTHELF, J., 193
 GÖTZ, V., 282, 418, 620
 GOUGH, J.W., 141
 GÖZ, K., 418, 419
 GOZZI, G., 576
 GRAB, W., 8
 GRABOWSKY, A., 561, 623
 GRÄFE, H., 274
 GRÄFF, H., 427
 GRAML, H., 671
 GRASSMANN, J. v., 410
 GRASSMANN, S., 533
 GRÄVELL, M.C.F.W. v., 77, 118, 301, 302,
 352
 GRAWERT, R., 161, 202, 254, 438
 GRAZI, G., 154
 GREFE, E.H., 283
 GREGOR-DELLIN, M., 670
 GRESCHAT, M., 189
 GREVE, F., 121
 GRIEWANK, K., 65, 378, 379
 GRIMM, D., 20, 22, 24, 101, 104, 117, 123,
 127, 134, 197, 248, 460, 550
 GRIMM, J., 168, 170, 200, 201, 230, 293,
 384, 643

- GRIMM, W., 168
 GROLMANN, K.L.W v., 278, 353
 GROOTE, A., 493
 GROOTE, W v., 40
 GROSCH, G., 615
 GROSS, R., 286
 GROSSER, D., 189, 191
 GROSSI, P., 19, 405
 GROTEFEND, G.A., 396, 437, 438, 473, 474, 493, 494
 GROTHE, E., 275
 GRUBER, J.G., 275
 GRÜNBERG, C., 666
 GRÜNDER, K., 162
 GRUNER, J., 118, 351
 GRÜNEWALD, O., 456
 GRÜNHUT, C.S., 444, 445, 506, 519, 527, 541, 561, 585, 633, 652
 GRUNICKE, L., 634
 GRÜNLER, J., 290
 GRÜNTAL, G., 427
 GUERILLOT, P., 271
 GUGEL, M., 549
 GUGGISBERG, C., 175
 GUGLIELMO (*duca di Braunschweig*), 283
 GUGLIELMO I (*re di Württemberg*) 194, 196, 258, 262
 GUGLIELMO II (*imperatore di Germania*), 683
 GUGLIELMO II (*principe elettore d'Assia*), 272
 GUGLIELMO II (*re di Württemberg*), 413
 GUMPLOWICZ, L., 324, 443, 444, 513, 544, 585, 625, 627, 628, 650, 655, 657, 662, 664, 665, 671
 GÜNTHER, A., 187
 GURWITSCH, G., 531
 GYSIN, A., 668
 HAACKE, W., 38
 HAAG, F., 379
 HAAKE, P., 180
 HAAS, F.J. 88, 81
 HAAS. A.G., 309
 HAASE, A.F., 301
 HÄBERLIN, C.F., 16, 24, 25
 HABERMANN, N., 36
 HABERMAS, J., 13
 HAECKEL, E., 194, 670
 HÄFELIN, U., 65, 115
 HAGEMEISTER, E.F., 249, 285
 HAGEN, K.H.W., 386
 HAHLWEG, W., 145
 HAHN-HAHN, I. (*contessa di*), 150
 HAHN, E.J.C., 570 ss.
 HAHN, L., 492
 HALLER, F. 293, 419
 HALLER, K.L. v., 105, 110, 150, 169, 175 ss., 181 ss., 189, 192, 193, 198, 298, 305
 HÄLSCHNER, H., 294
 HALTERN, U., 654
 HAMBERGER, G.CH., 200, 356
 HAMBURGER, E., 533
 HAMBURGER, G., 455
 HAMMER-SCHENK, H., 683
 HAMMER, K., 16
 HAMMERSTEIN, N., 5, 15, 16, 390, 528
 HAMPE, A., 453
 HÄNEL, A., 402, 495, 511, 513, 521 ss., 547, 551
 HANF, F.J., 52
 HÄNISCH, E., 173
 HANKE, P., 358
 HANTSCHK, CH., 310
 HÄPE, G. 350, 513
 HARBURGER, 513
 HARDENBERG, VEDI NOVALIS
 HARDENBERG, K.A. (*barone di*), 32, 34 ss., 64, 73, 300
 HARDTWIG, W., 300, 379
 HARICH, W., 169
 HARL, J.P., 342, 351, 352
 HARSCHER v. ALMENDINGEN, L. 71, 207, 52, 279, 280
 HÄRTER, K., 6
 HARTMANN, 457
 HARTMANN, K., 579
 HARTMANN, V., 489
 HARTMANN, W., 559, 560
 HARTONG, K., 255

- HARTUNG, F., 180, 291
 HASELBACH, D., 668
 HÄSSELBARTH, O.F., 452
 HASSENPLUG, L., 272
 HATSCHKE, J., 570
 HATTENHAUER, H., 26, 28, 112
 HAUKE, F., 120, 443
 HAUPT, H., 71, 27
 HAUPTS, L., 427
 HAUSER, L., 494
 HAUSHERR, H., 32, 69
 HAUSMANN, J., 540
 HÄUßER, L. 341, 269, 498
 HAUSSLEITER, O., 629, 663
 HAUSTEIN, B., 148
 HEBENSTREIT, E.B.G., 369
 HECKEL, F.E. 214, 290
 HECKSCHER, J.G., 271, 384
 HEEREN, A.H.L., 63
 HEFFTER, A.W., 71, 72, 81, 112, 478
 HEFFTER, H., 532, 533
 HEGEL, G.W.F., 5, 8 ss., 34, 99, 139, 143,
 148, 153 ss., 178, 180, 185, 190, 191,
 205, 206, 224, 231, 245, 389 ss., 476,
 486, 575 ss., 590, 602, 603, 627, 633,
 637, 638, 640, 672
 HEGEWISCH, F.H., 293
 HEIBER, H., 435
 HEIGEL, K. Th. v., 87, 227, 79, 312
 HEILMANN, M., 576
 HEIMBURGER, K.F., 477
 HEIMPEL, H., 235
 HEINDL, W., 310
 HEINE, H., 168, 180
 HEINEMEYER, W., 273
 HEINRICHS, H., 189, 421, 535, 653
 HEINSE, W., 14
 HEINZE, M., 28
 HEISE, G.A., 49, 114
 HELBIG, H., 383
 HELD, J. v. 279, 325^{FF.}, 329, 340, 425,
 433^{F.}, 264, 396, 466, 472 ss., 495, 496,
 605, 613, 634, 647 ss.
 HELD, U., 617
 HELMS, H.G., 169
 HENDERSON, R., 183
 HENKEL, W., 115
 HENNIG, D., 168
 HENNING, F.W., 2
 HENNING, H. 106, 230, 237, 112, 318, 328
 HENRICH, D., 6, 159, 164, 166, 179
 HENRICI, G., 348, 352, 354
 HENSLER, D., 181
 HENTSCHEL, V., 552, 687
 HENTZ, R., 150
 HERBERGER, M., 497, 498, 501 ss.
 HERBST, 314, 453
 HERDER, J.G., 14, 146
 HERDMANN, F., 30, 144
 HERDT, U., 201
 HERMANN, F.B.W. v., 387
 HERMSDORF, E., 287
 HERREN, R., 660
 HERRMANN, U., 13, 633
 HERTEL, K., 66
 HERTIUS, J.N., 139
 HERTZ, F. 58, 32
 HERWIG, H.J., 674, 680
 HERZER, E., 639
 HERZIG, A., 7, 457
 HERZOG, R., 111
 HESPE, K., 350, 508
 HESS, M. 137, 164
 HEß, U., 451
 HESSE, F.H., 300
 HEßE, W. 205, 277
 HETTLING, M., 258
 HEUMANN VON TEUTSCHENBRUNN, J., 344
 HEUN, W., 125
 HEUSER, O.L., 275
 HEUSLER, A., 271
 HEYDENREICH, K.H., 139
 HEYEN, E.V. 133,201,232,234,243, 284^{F.},
 290, 158, 270, 321, 323, 338, 405, 406,
 414, 421, 437, 439, 441, 445, 455, 457,
 502, 559, 560, 569, 579, 581, 600 ss.,
 612, 622, 623, 639
 HIERSEMENZEL, K., 428, 493
 HILGER, D., 172
 HINGENAU, O. v., 369

- HINKELDEY, K.L.F., 427
 HINSCHIUS, P., 657
 HINTZE, O. 103, 110, 107, 119
 HINÜBER, G.H., 284
 HIPPEL, W v., 258, 414
 HIRSCHBÜHL, H., 487, 509
 HIRTH, G., 493, 496, 559, 560
 HOBBS, TH., 632
 HÖCK, J.D.A., 348
 HOCK, W., 385
 HOF, H., 674
 HOFFER, J.B., 344
 HOFFMANN, E., 293
 HOFFMANN, E. TH. A., 168
 HOFFMANN, F., 437
 HOFFMANN, H. EDLER v., 514
 HOFFMANN, J.G., 319
 HOFFMANN, K.H.B.(L.), 262, 326, 329,
 367, 414, 416
 HOFFMANN, M., 296
 HOFFMANN, P.G., 121
 HOFFMEISTER, J., 154, 158
 HOFMANN, A.C. (*BARONE DI*), 276
 HOFMANN, H., 104, 141, 674
 HOFMANN, H.H., 68, 117, 264
 HOHENTHAL, F.C.W. v., 342
 HÖHN, R., 131, 132
 HOKE, R., 35, 310, 341
 HOLBORN, H., 180
 HÖLDERLIN, F., 8, 9, 153
 HOLLERBACH, A., 9, 10, 153, 155, 156, 201,
 207, 208, 270, 319, 323, 391, 42 ss.,
 535, 541, 557, 653, 660, 671
 HOLLMANN, M., 279
 HOLTZENDORFF, F. v., 483, 518, 559, 591,
 659
 HOLUBEK, R., 675
 HOLZHAUER, H., 27, 340
 HÖLZLE, E., 39, 258
 HOLZSCHUHER, H., 79
 HÖMIG, K.D., 3, 32
 HÖPFL, H., 141
 HORMAYR, J. v., 312
 HÖRNER, H., 666
 HORSTMANN, R.P., 159
 HORWARTH, P., 403
 HUBATSCH, W., 38, 293
 HUBER, A., 158, 310
 HUBER, E.R., 3, 31, 32, 34, 36, 37, 43, 62,
 63, 65, 66, 67, 70, 72, 77, 82, 115, 117,
 121, 125, 130 ss., 145, 196, 198, 235,
 250, 254, 258, 259, 266, 268, 273, 281,
 286, 287, 293, 305, 378, 380, 381, 384
 ss., 401, 402, 409, 413, 417, 420, 424,
 426, 429, 447, 451, 453, 455, 460, 494,
 521, 525, 535, 549, 550, 572, 580, 582,
 583, 639, 667.
 HUBER, M., 561, 623
 HUBER, U., 143
 HUBER, W., 3
 HÜBLER, B., 513
 HÜBNER, O., 370, 513
 HÜBNER, R., 86, 115, 385
 HUBRICH, E., 110, 435, 513
 HUCH, R., 170
 HUCKO, E.M., 533
 HUE DE GRAIS, R. (*conte di*), 436 ss., 463
 HUEBER, A., 158, 533, 600, 603
 HUFELAND, G., 22, 353
 HUG, W., 653
 HUGELMANN, K.G., 110
 HUGO, G., 18, 22, 23, 91, 104, 295, 639
 HUGO, L., 537
 HULLMANN, 454
 HUMBOLDT, W v., 13, 37, 300, 332, 360
 HUMPERT, M., 341
 HUNDESHAGEN, J.CHR., 369
 HÜNE, A., 319
 HUSCHKE, 156
 HUSSAREK v. HEINLEIN, M., 445, 446
 HUSUNG, H.G., 283
 HUTTEN, K., 670
 IBELL, K. v., 65
 IGLMUND, CL.M., 202
 ILLING, J., 438
 ILTING, K.H., 158
 IM HOF, A., 608
 IMMERMANN, K.L., 193
 INAMA-STERNEGG, K. TH. v., 208, 324, 352,
 444, 625, 627, 629

- INGELMANN, A., 253
 ISELE, H.G., 527, 529
 ISENSEE, J., 332
 ISHIKAWA, T., 588, 590
 ITZSTEIN, J.A. v., 386
 JACOBI, F.H., 14
 JACOBSON, H.F., 304, 307, 308, 430
 JACOBY, J., 305
 JAEGER, C. v., 445
 JAESCHKE, 161
 JAGEMANN, E. v., 513
 JÄGER, G., 13
 JÄGERSKJÖLD, S., 607
 JAHN, F.L., 231
 JAKOB, L.H. v., 25, 319, 357, 358
 JAMME, CH., 34, 161, 254, 297
 JANIK, A., 670
 JANSEN, 454
 JANSSEN, A., 505, 528, 531
 JARCKE, C.E., 151, 182 ss., 189, 194, 198
 JARDON, R., 236
 JASTROW, I., 625
 JAUP, K., 42, 278
 JAYME, E., 654, 655
 JECHT, H., 622
 JELLINEK, G., 50, 52, 89, 114, 157, 219,
 223, 224, 270, 460, 462, 486, 500, 513,
 514, 519, 526, 541, 547, 550, 551, 554
 ss., 560, 561, 601, 606, 609, 617, 623,
 630, 631, 636, 655, 662, 674 ss.,
 JELLINEK, W., 556, 572, 607, 613, 619, 675
 JELOWIK, L., 596
 JERMANN, CHR., 161
 JESERICH, K.G.A., 36, 49, 263, 281, 315,
 341, 416, 570
 JESSEN, J., 467, 493, 512
 JETTER, A., 415
 JÉZE, G., 544
 JHERING, R. v., 380, 467, 481, 483, 538,
 555, 633, 650, 663
 JOACHIM, E., 65
 JOBS, F., 529
 JOBST, H., 201
 JOLLEY, L., 262
 JOLLY, L., 323
 JOOS, A., 421
 JORDAN, S., 71, 82, 83, 96 ss., 201, 216 ss.,
 231, 273, 274, 336, 384, 385
 JUNG-STILLING, J.H., 342, 350
 JUNIUS C., *VEDI* J. FRÖBEL
 JUST, H., 287, 288
 JUST, L., 52
 JUSTI, J.H.G. v., 141, 341, 344
 JUSTI, K.W., 187
 JUUL, S., 295
 KADRITZKE, U., 686
 KAEHLER, S.A., 37
 KAHL, W., 513
 KAHLENBERG, F.P., 466
 KÄHLER, O., 293
 KAHLO, M., 153
 KAHR, G., 409
 KAIM, I., 447
 KAISER, W., 216, 274
 KALKBRENNER, H., 411
 KALKREUTH, H.W.A. v., 67
 KALTENBORN v. STACHAU, K. (*barone di*),
 396, 475, 476, 499
 KALTENBRUNNER, G.K., 162
 KAMPPMEYER, J., 155
 KAMPITZ, K.A.H.CHR. v., 2, 44, 59, 60, 285,
 286, 303, 388
 KANT, I., 21, 30, 48, 142, 152, 165 ss., 178,
 195, 206, 207, 211, 334, 343, 347, 352,
 353, 361
 KAPP, F., 663
 KARL FRIEDRICH (*granduca di Baden-
 Durlach*), 203, 268
 KARL-AUGUST (*granduca di Sassonia-
 Weimar*), 84
 KARMARSCH, K., 370
 KARRENBERG, D., 279
 KÄSLER, D., 663
 KASPER, W., 167
 KASS, R., 480
 KASTEN, H., 296
 KASTNER, J., 111
 KÄSTNER, K.H., 583, 666
 KATERBERG, W., 131
 KAUFHOLD, K.H., 12

- KAUFMANN, ARMIN, 656
 KAUFMANN, ARTHUR, 141, 671
 KAUFMANN, E., 107, 513, 606, 607, 671, 673, 684, 685
 KAUFMANN, W., 162
 KEANE, J., 161
 KEETMANN, E., 455
 KEIL, A. v., 560, 622
 KEIL, W., 269
 KEIPER, W., 426
 KELLER, CH., 256
 KELLER, G., 644
 KELLETAT, A., 150
 KELSEN, H. 337, 347^{F.}, 368, 375, 442, 449^{F.}, 445, 446, 491, 508, 509, 542, 555, 662, 672, 673, 678 ss., 684, 685
 KENNERT, CHR., 233
 KERN, B.R., 198, 293, 387
 KERSTING, F., 514
 KETTENACKER, J. v., 272
 KEYSER, G.G., 59
 KIEFNER, H., 18, 142
 KIERULFF, J.F., 158, 386
 KIESEWETTER, H., 162, 286, 446
 KIESOW, R.M., 663
 KIMMERLE, H., 161
 KIMMINICH, O., 3
 KINDLEBERGER, CH.P., 113
 KIRCHENHEIM, A. v., 513, 596, 610
 KIRCHER, W., 291, 452
 KIRCHHOF, P., 332
 KIRCHMANN, J. v., 382
 KJELLÉN, R., 663, 664
 KLÄR, K.H., 680
 KLASSEN, S., 335, 413
 KLAUS, G., 640
 KLEIN, A., 154
 KLEIN, E., 38
 KLEIN, TH., 273, 276, 279, 283 ss., 423, 424, 429, 452 ss.
 KLEINHEYER, G., 38, 128, 527, 643, 656, 674
 KLEINSCHMIDT, A., 268
 KLEINWÄCHTER, F., 442
 KLEIST, H. v., 14, 149 ss., 168 ss.
 KLENNER, H., 656
 KLENZ, H., 583
 KLETKE, G.M., 494
 KLEWITZ, W. v., 305
 KLINCKMÜLLER, K., 624
 KLINGENSTEIN, G., 101
 KLIPPEL, D., 16, 19, 30, 126, 140, 143, 160, 342, 350, 633, 637
 KLOPSTOCK, F.G., 147
 KLOSE, O., 294
 KLÖTZER, W., 82
 KLÜBER, J.L., 1, 16, 17, 26, 48, 49, 52 ss., 70 s., 72 ss., 80 ss., 90, 95, 98, 129, 131, 200, 232, 243, 250, 251, 259, 270, 296, 359, 360, 396, 428,
 KLUCKHOHN, P., 170
 KLUETING, H., 36, 43
 KLÜGMANN, K., 458
 KLÜPFEL, K., 83
 KLÜVER, W., 293
 KNAACK, J., 148
 KNAUS, C.C., 414
 KNEMEYER, F.-L., 4, 39, 332
 KNETSCH, A., 414
 KNIES, C., 370
 KNIGGE, A. v., 14
 KNOLL, J.H., 670
 KNORR, W., 453
 KNUDSEN, J.B., 146
 KÖBLER, G., 267, 277, 279, 299
 KOCH, C., 453
 KOCH, H.-J., 679
 KOCH, J.B., 27, 157
 KOCH, R., 197, 296, 297
 KOCKA, J., 13, 14, 161, 335, 681, 686
 KODALLE, K.M., 639, 640
 KOEHLER, B., 173, 482
 KOELLREUTTER, O., 607, 610
 KOEPPPEL, F., 79
 KOHL, W., 338, 454, 511, 573, 671
 KOHLER, J., 483, 513, 518, 610, 671
 KÖHLER, M., 101
 KÖHLER, P.A., 687
 KÖHNKE, K.CH., 673
 KOKTANEK, A.M., 664

- KOLLER, A., 493
 KOLLMANN, O., 324
 KÖLZ, A., 65, 608, 609
 KONDYLIS, P., 146
 KÖNIG, W., 380
 KOPETZ, W.G., 313
 KOPF, H., 201
 KORFF, H.A., 173
 KORIOTH, S., 509, 510, 558, 671, 684
 KORMANN, K., 555, 607, 609, 613
 KORN, R., 438
 KOSELLECK, R., 6, 24, 26, 37, 68, 113, 143,
 299, 300, 305
 KÖSTLIN, K., 633
 KOTULLA, M., 426
 KÖTZ, H., 653
 KOTZEBUE, A. v., 65, 66
 KRABBE, W.R., 331
 KRABBENHÖFT, G., 296
 KRAUS, A., 277
 KRAUS, H.-CH., 151, 182, 183, 300, 428,
 440
 KRAUSE, K.CH.F., 156, 223, 485, 637 ss.,
 KRAUSE, P., 104
 KRAUSS (-ELISLAGO), A. v., 310, 311
 KRAUS, E., 307
 KRAUT, W.TH., 282
 KRAWIETZ, W., 567
 KRAZEISEN, K. v., 406, 410
 KREBS, W., 621
 KREIBAUM, F., 283, 453
 KREITTMAYR, W.X.A. (*barone di*), 30, 249,
 264
 KRETZSCHMAR, H., 446
 KRIEKEN, A.TH. VAN, 491, 527, 532
 KRIELE, M., 504
 KRIES, K.G., 369
 KRÖGER, K., 3, 111
 KROKER, E., 654
 KROLL, F.-L., 181
 KRONENBITTER, G., 178
 KRÖNING, V., 296, 458
 KROPATSCHEK, J., 312
 KRUG, W.T., 178, 211, 243, 287, 448
 KRÜGER, H., 142, 613
 KRÜNITZ, J.G., 342
 KRUPA, H., 531
 KÜBEL, F. v., 415
 KÜCHLER, F., 424
 KÜCHLER, F.A., 278, 423, 424
 KUHN, H.W., 147
 KUHN, O., 336
 KÜHNE, J.D., 233, 251, 281, 378, 385, 387,
 548
 KULENKAMP, E.J., 275
 KÜLZ, H.R., 438
 KUNISCH, J., 108, 142, 145
 KUNTZE, J.E., 96, 392
 KÜNTZEL, G., 64
 KUNZE, M., 77, 244
 KÜPER, W., 385, 655
 KURIKI, H., 138 ss., 635, 674
 LABAND, P., 27, 83, 209, 265, 392, 400,
 406, 410, 416, 431, 433, 456, 457, 460,
 465, 467, 468, 471, 472, 475, 477, 480,
 487, 489, 490, 497 ss., 540 ss., 547,
 551, 557, 558, 560, 561, 597, 601, 603,
 605, 606, 613, 614, 618, 619, 623, 649,
 659, 660, 665, 684, 686
 LACHMEYER, F., 441
 LAFERRIÈRE, L.F.D., 588
 LAMMASCH, H. 310, 445, 446
 LAMMERT, F., 254
 LAMPE, K., 255
 LAMPRECHT, G.F., 139
 LANCIZOLLE K.(C.)W. v., 4, 77, 186
 LANDAU, P., 131, 163, 529, 638
 LANDGRAFF, TH., 494
 LANDSBERG, E., 18, 25, 27, 28, 45, 49 ss.,
 55, 70, 74, 83, 85, 86, 89, 91, 93, 157,
 163, 186, 211 ss., 219, 223, 224, 235
 ss., 266, 271, 386, 391, 392, 406 ss.,
 433, 470 ss., 481 ss., 497, 514, 527, 639
 LANDWEHR, G., 26, 299, 307
 LANG-HINRICHSSEN, D., 480
 LANG, F., 384
 LANG, K.H. (*cavaliere di*), 69
 LANG, TH., 50
 LANGBEIN, A., 452
 LANGE, 457

- LANGE, K., 622
 LANGE, R., 574
 LANGERHANS, G., 438
 LANGEWIESCHE, D., 64, 138, 195, 244, 380, 413
 LARENZ, K., 392
 LAß, L., 513
 LASSAULX, F. v., 52
 LAS(S)AULX, (P).E. v. 52, 387
 LASSON, A., 158, 633
 LAUBE, H., 77, 298, 521
 LAUER, B., 168
 LAUFS, A., 32, 528, 549
 LAUN, R v. 415, 618, 619
 LAUTENSCHLAGER, F., 49
 LAUTS, J., 268
 LAYER, M., 615
 LE BON, G., 687
 LEDERLE, A. 295, 422
 LEE, L.E., 269
 LEEB, V.J., 266
 LEFKOVITS, M., 673
 LEHMANN, A., 64
 LEHMAYER, K. (*barone di*), 324
 LEHNE, F., 400
 LEISER, W., 49, 270
 LEIST, J.CH., 16, 26, 27, 29, 31, 281
 LEMAYER, K. v., 444
 LEMKE-MÜLLER, S., 680
 LENAU, N., 170
 LENTZE, H. 306, 440
 LEO, H., 183, 193
 LEONHARDI, H. v., 639
 LEONHARDI, P. (*barone di*), 639
 LEONI, A., 456
 LEOPOLDO (*granduca di Baden*), 420
 LEUCHS, J.C., 126
 LEUTHOLD, C.E., 450
 LEWALD, F., 421
 LICHNOWSKY, F. v., 384
 LIEBEL, H.P., 268
 LIEBESCHÜTZ, H., 2
 LIEBHABER, E.D. v., 284
 LIEBIG, J., 154
 LIEBMANN, O., 497
 LIEDKE, H.R., 175
 LIEPMANN, M., 521
 LIESCHING, TH., 418
 LILIENTHAL, K. v., 224
 LINDE, J.J.B. v., 89, 387
 LINDELOF, F. (*barone di*), 81, 278
 LINDEMANN, H., 624
 LINDENFELD, D.F., 319, 321
 LINDGREN, W.E. v., 468, 491
 LINDNER, B., 169
 LINGELBACH, G., 292
 LINGG, E., 506, 633, 651, 652
 LINK, CH., 18 ss., 108, 138, 142, 151, 189, 191, 281, 332
 LINK, W., 680
 LINSE, C., 670
 LIPP, M., 115
 LIPPERT, P., 59, 224, 268, 303, 322, 345, 348, 357
 LIPPOLD, H., 380
 LIST, F., 322
 LISZT, F. v., 513
 LITT, TH., 509
 LLAMBIAS DE AZEVEDO, J., 480
 LOCKE, J., 30, 632
 LOEBENSTEIN, E., 400
 LOENING, E., 421, 455, 456, 511, 513, 517, 551, 569, 570, 584, 585, 590, 595 ss, 604, 610, 612, 615, 644, 651, 660, 677
 LOENING, L., 596
 LOENING, R., 596
 LOOS, F., 18, 91, 165, 282, 470, 481, 656
 LORNSSEN, J.U., 236, 294
 LOSACCO, M., 154
 LOSANO, M.G., 481
 LOSCHELDER, W., 605, 613
 LOSURDO, D., 162
 LOTICHIUS, M., 449
 LOTZ, J.F.E., 348, 352 ss., 359
 LOTZE, L., 656
 LÖWITZ, K., 164
 LÜBBE-WOLFF, G., 159, 160, 549, 550, 553
 LÜBBE, H., 164, 671
 LUCA, I. DE, 312
 LUCAS, H.-CHR. 135, 160, 161

- LUCZ, A., 121
 LÜDERS, M., 286
 LÜDERSSEN, K., 158, 171, 263
 LUDOVICO I (*re di Baviera*), 46, 123, 208, 216
 LÜDTKE, A., 63, 65
 LUDWIG (*granduca di Baden*), 203
 LUDZ, P. CH. 78, 65
 LUFT, E., 527
 LUIG, K., 95, 318, 574
 LUIGI XVI (*re di Francia*), 9
 LUITPOLD (*principe-reggente di Baviera*), 413
 LUSCHIN v. EBENGREUTH, A., 257
 LUSTKANDL, W., 442, 585
 LUTHARDT, A., 406
 LUTHER, J., 542
 LUTTRINGSHAUSEN, N., 267
 LUTZ, H., 101
 MACHIAVELLI, N., 632
 MÄDING, E., 448, 449
 MAGER, W., 52, 72, 25
 MAGERL, H., 335
 MAGNOLI, L., 362
 MAI, E., 131, 331, 683
 MAIER, H., 5, 58, 103, 315, 341, 345 ss., 365, 366, 565
 MAIßEN, J., 427
 MALCHUS, C.A. (*barone di*)195, 221, 261, 302
 MALLET DU PAN, J., 179
 MALLMANN, L., 52
 MALSCH, W., 11, 147
 MALTE-BRUN, C., 67
 MALTZAHN, CHR. (*barone di*), 183
 MANDEL, K., 456
 MANN, B., 259, 413
 MANN, G., 68, 170, 193,
 MANNHEIM, K., 144
 MANNORI, L., 362
 MARCHET, G., 341
 MÄRCKER, T., 290
 MARIA TERESA (*arciduchessa d'Austria, imperatrice*), 312
 MARINI, G., 18, 139, 158, 168
 MARQUARDSEN, H. v., 401, 404, 422, 434, 452, 460, 511, 623, 657
 MARSCHALL v. BIEBERSTEIN, F. (*barone*) 111, 121
 MARTENS, W., 288
 MARTIN, CH.R.D., 49
 MARTIN, S., 274
 MARTINI, C.A. v., 311
 MARTITZ, F. v., 428, 493, 500, 513, 547
 MARX, J., 43, 311
 MARX, K., 99, 157, 161, 164, 194, 641, 662
 MASCH, G.M., 285
 MASCHKE, E., 414
 MASUR, G., 189
 MATAJA, V., 59, 211, 212
 MATHY, K., 226, 384
 MATZERATH, H., 331
 MAUERSBERG, J., 535
 MAURENBRECHER, R., 70, 84 ss., 97, 99, 112, 116, 129, 131, 185, 186, 289, 484, 586
 MAURER, H., 615
 MAYER-MALY, TH., 567
 MAYER, A., 272
 MAYER, A.J., 68
 MAYER, F.F., 467, 569, 587 ss., 604, 612, 621
 MAYER, G., 164
 MAYER, K., 415
 MAYER, O., 158, 315, 316, 338, 447, 449 ss., 455 ss., 513, 540, 543 ss., 554, 558, 560, 563, 564, 573, 593, 594, 597, 600 ss., 609 ss., 628, 659
 MAYERHOFER, E., 313, 443
 MEEEX, R.J.A. v., 280
 MEGERLE, K., 414
 MEGNER, K., 310, 440
 MEHRLEIN, A., 318
 MEIER, E. v., 282, 429, 569, 591, 610
 MEISEL, A.H., 42
 MEISNER, H.-O., 107, 110
 MEISTER, R., 440
 MEISTERLIN, F., 112
 MEITZEN, 303, 307
 MEJER, O., 396, 470, 476, 477, 490
 MELCHIOR, W., 143

- MELLE, W. v., 458
 MENDELSSOHN, M., 14
 MENGER, A., 513, 662, 666 ss.,
 MENGER, CH.F., 3, 23, 189, 394
 MENZE, C., 37
 MENZEL, A., 442, 445, 446
 MERK, W., 609
 MERKEL, A., 656, 661
 MERTEN, D., 613
 MERTENS, H.G, 527
 MERZ, H.-G., 420
 MERZBACHER, F., 45
 MERZDORF, 58, 345
 MÉTALL, R.A., 672
 METTERNICH, CL. VON, 35, 38, 63 ss., 109,
 178 ss., 210, 243, 248, 252, 256, 309,
 378, 441
 METZEL, L., 493
 MEURER, CH., 115
 MEUSEL, J.G. 159,25-1-, 200, 356
 MEYER v. KNONAU, 643
 MEYER-HESEMANN. W. 404, 407F., 600,
 605, 608
 MEYER, F., 643
 MEYER, G., 157, 257, 292, 428, 452, 458,
 493, 494, 500, 511, 513, 514 ss., 524,
 538, 539, 547, 551, 592 ss., 596, 598,
 599, 601, 604, 676
 MEYER, PH.A.G. v., 78
 MEYER. H., 615
 MICHAELIS, A., 78, 81, 447
 MICHEL, A., 419
 MICHELSEN, A.L.J., 294, 387
 MILHAUSER, F., 289
 MILLER, N., 4
 MINNIGERODE, W. v., 336
 MIRUS, A., 107, 300, 303, 304, 307, 368
 MITGAU, H., 49
 MITTEIS, H., 643
 MITTELSTEIN, M., 457
 MITTERMAIER, C.J.A., 130, 243, 272, 336,
 384, 385, 387, 655
 MÖCKL, K., 68, 253
 MÖGLE-HOFACKER, F., 117, 254
 MOHL, R., 16, 24, 25, 45, 50 ss., 59, 61, 72
 ss., 78, 83 ss., 94 ss., 99 ss., 137, 151,
 178 ss., 201, 202, 208, 211 ss., 218 ss.,
 237, 239, 243, 244, 248, 257 ss., 265
 ss., 275, 277, 280, 282, 283, 285, 286,
 288, 289, 291, 297, 302 ss., 312 ss.,
 319, 322, 323, 329, 333, 346, 350, 352
 ss., 358, 361 ss, 382, 384, 387, 395,
 397, 404, 408 ss., 414, 416, 421, 468
 ss., 487 ss., 494, 496, 498, 500, 511,
 522, 539, 552, 564, 566, 568, 581, 584,
 629, 635, 642 ss.,
 MOHNHAUPT, H., 108, 126, 142, 144, 325,
 329, 452, 612
 MOLISCH, P., 379
 MOLITOR, E., 23, 527
 MÖLLER, D., 342
 MOMMSEN, TH., 236, 447, 498
 MOMMSEN, W.J., 244
 MONTESQUIEU, CH. (*barone di*), 30, 143,
 144, 196, 214, 216, 460, 572, 632
 MONTGELAS, M. (*conte di*), 28, 41, 44, 57,
 64, 209, 263, 264, 352, 413
 MORETTI, G., 154
 MORS, J.B., 271
 MORSEY, R., 463
 MORSTADT, K.E., 52, 74, 223
 MOSEL, C. v. D., 450
 MOSER, F.C. v., 14
 MÖSER, J., 14, 143, 144, 146
 MOSER, J.J., 14, 16, 30, 55, 95, 119, 156,
 179, 195, 249, 264, 271, 290, 342
 MÖRLE, W., 547
 MOUNIER, J.J., 179
 MOY, K.K.E. (*barone di*), 264, 266, 267,
 329, 368, 408
 MOZETIC, G., 665
 MÜCKENBERGER, U., 168
 MUELLER, CH.L., 311
 MÜHLEISEN, H.O., 7
 MÜHLENBRUCH, CH.F., 22
 MUHS, R., 287
 MÜLLER-DIETZ, H., 202, 232
 MÜLLER-SEIDEL, W., 8
 MÜLLER-VOLLMER, K., 332
 MÜLLER, AD. 47,110,129, 131F., 139, 141F.,

- 148f., 11, 14, 118, 147, 150, 155, 156,
168, 170 ss., 184, 192, 194,
MÜLLER, AL., 118, 181, 182, 296
MÜLLER, ECK., 666
MÜLLER, H., 32
MÜLLER, L., 269
MÜLLER, ER., 258, 264, 499
MUNDING, M., 578
MUNDT, B., 654
MUNDT, H.W., 529, 532
MÜNSTER (*conte di*), 281
MURHARD, F., 111, 125, 200, 213, 214, 273
ss.
MURHARD, J.K.A., 275
MUSÄUS, J.D.H., 278
MUGNUG, R., 385, 439
MUTHER, TH., 38
MUTIUS, A. v., 298, 575
NABRINGS, A. 152, 189
NAHAMOWITZ, P., 378
NAPOLEONE BONAPARTE, 33, 39 ss., 47, 48,
54, 59, 62, 64, 106, 149, 199, 263, 264,
309
NASSE, E., 235, 629
NAUCKE, W., 142, 263, 340, 353
NAUMANN, F., 686
NAUMANN, R., 438
NAUNIN, H., 533
NAWIASKY, H., 410, 412, 542
NEBENIUS, K.F., 268
NEGT, O., 162
NEIPPERG (*conte di*), 58
NELSON, L., 680
NELTE, O., 455
NEUGEBAUER-WÖLK, M., 66
NEUHAUS, H., 36, 49, 263, 281, 315, 341,
416, 570
NEUMANN, G., 199
NEUMEISTER, A., 196
NEUMEYER, K., 610
NIBLER, J.B., 28, 157
NIEBUHR, B.G., 64, 65, 80, 181, 643
NIEDNER, J., 513
NIENHOLDT, A., 450
NIGRO, M., 483
NIPPERDEY, TH., 34, 63, 299, 300, 303, 310,
381, 426, 427, 440, 511
NIRRHEIM, H., 457
NOELLNER, DR., 276
NÖRR, K.W., 158, 224
NORVIN, W., 65
NOVALIS (HARDENBERG), 11, 147, 150, 155,
168 ss.
NÜSKE, G.F., 413
OBENAU, H., 64, 117
OBENAU, W., 63
OBERHUMMER, E., 663
OBERKOFER, G., 440, 441
OBERLÄNDER, O., 452
OBERMANN, K., 379
OBERNDORFER, P., 444
OECHSLI, W., 643
OER, R. FREIN V., 33
OERTMANN, P., 618
OERTZEN, P. v., 87, 467, 478, 480, 482, 483,
487 ss., 503, 508, 509, 520
OESTERREICHER, P., 42, 59
OESTREICH, G., 104, 126
OEXLE, O.G., 528
OGOREK, R., 119, 129, 336, 337, 546, 617
OGRIS, W., 168, 200, 282, 442
OKEN, L., 156
OLIVETTI, M.M., 152
OLIVIERI, O., 335
OLLIG, H.L., 652, 673
OLSHAUSEN, TH., 574
OMPTEDA, D.H.L. (*barone di*), 3
OPITZ, H.G., 287, 290, 449
OPPENHEIM, H.B., 223, 224
OPPENHEIMER, F., 662, 668, 669, 671
OPPERMANN, H.A., 262, 328, 429
OPPERMANN, TH., 332
ORLANDO, V.E., 115, 486, 550, 600, 609,
636, 675
ORMOND, TH., 427
ORTLOFF, H., 325
OSTERMANN, W., 304, 307
OTT, H., 268, 420
OTT, W., 678
OTTMANN, H., 158

- OTTO, A., 453
 OTTONE (*re di Grecia*), 79
 PAHL, J.G., 41, 42
 PALCHETTI, F., 154
 PANKOKE, E., 575, 578
 PAPIER, H.J., 616
 PAREY, K., 438, 610
 PASS, A., 455
 PASSOW, R., 121
 PAUCKER, A., 2
 PAUL, JEAN, 4, 8, 41, 168, 169
 PAULI, C.W., 297
 PAULSEN, P.D.CHR., 294
 PAULY, S.F., 338, 438,
 PAULY, W., 540, 612
 PAWLOWSKI, H.M., 154
 PEIL, D., 143, 542
 PERELS, 513
 PERNICE, L.W.A., 380, 470
 PERNICE, V.A.H., 475
 PERTHES, CL.TH., 237, 303
 PERTZ, G.H., 38
 PETER, H., 644
 PETERS, F., 182
 PETROZZIELLO, M., 115, 636, 675
 PFEIFER, K., 675
 PFEIFFER-MUNZ, S., 528
 PFEIFFER, B.W., 273, 274
 PFEIFFER, J.F. v., 336, 342
 PFETSCH, F.R., 511
 PFISTER, CH., 175
 PFISTER, E.J.J., 271
 PFIZER, C.J.G. v., 336
 PFIZER, P.A., 125, 128, 201, 231, 233 ss.,
 243, 247, 382, 386, 500, 537
 PFORDTEN, L. (*barone di*), 382
 PFORDTEN, TH. v. D., 406
 PHILIPPS, L., 163, 638
 PHILLIPPS, G., 384, 387
 PIERENKEMPER, T., 686
 PILOTY, R., 27, 46 ss., 83, 209, 265, 266,
 406, 408, 410, 456, 460, 472, 473, 513,
 560, 561, 623
 PINKOW, H.W., 132
 PLANITZ, G.A. EDLER v. D., 337
 PLANITZ, H., 600
 PLEISTER, W., 481
 PLOG, K., 140
 PLUM, W., 654
 PÖGGELER, O., 9, 34, 158, 160, 161, 254,
 297
 POHL, H., 131
 PÖLITZ, K.H.L., 59, 104, 186, 211 ss., 220,
 243, 252, 274, 283, 291, 360, 361
 POLL, B., 70
 POLLEY, R., 254, 273
 POLLMANN, K.E., 283, 549
 PÖLS, W., 283
 POPPER (LYNKEUS), J., 669
 POPPER, K.R., 162, 164
 POPPITZ, J., 335
 POSSELT, E.L., 42, 59
 POST, A.H., 663
 POSTEL, R., 296, 457
 POUND, R., 558
 PÖZL, J. v., 264, 266, 329, 368, 397, 407 ss.,
 563, 587
 PRANDTL, W., 154
 PRANG, H., 170
 PRANTL C. v., 178, 354, 357
 PREISSLER, D., 68
 PRERADOVICH, N. v., 311
 PRESS, V., 117, 118, 251, 253, 254
 PREU, P., 113, 345
 PREUSS, H., 513, 523, 533 ss., 544, 570
 PREUB, U.K., 101
 PUCHTA, G.F., 156, 193, 336, 391 ss., 447,
 480, 481, 491, 553, 651
 PUCHTA, W.H., 336
 PUFENDORF, S., 58, 114
 PUSCHNUS, H., 427
 PÜTTER, J.S., 1, 16 ss., 24, 29, 30, 45, 55, 58,
 91, 250, 264, 278, 290, 345, 351
 PYL, TH., 285
 QUEIS, M., 615
 QUESEL, C., 576
 QUINT, W., 44, 264
 RAAB, H., 70
 RADBRUCH, G., 671
 RADKAU, C., 453

- RADOWITZ, J.M. v., 184
 RAMEIL, U. 59, 34
 RANKE, L. v., 180, 181, 643
 RATH, H.-D., 422, 609
 RATJEN, H., 429
 RATZEL, F., 663
 RATZENHOFER, G., 513, 659, 662, 665 ss.,
 671
 RAU, K.D.H., 319, 414
 RAUMER, F. v., 387
 RAUMER, K. v., 39
 RAUSCHER, A., 583
 REAL, W., 281
 REBUFFA, G., 362, 600
 REDEN-DOHNA, A. v., 40
 REGELSBERGER, F., 480
 REH, J.L.TH., 384
 REHBERG, A.W., 38, 112, 118, 174, 179,
 252, 302, 376, 377
 REHM, H., 410, 456, 478, 513, 514, 539 ss.,
 606, 614, 636, 653, 658 ss., 61
 REICHARD, H.G., 81
 REICHARDT, R., 6
 REIF, H., 68
 REIFENBERG, B., 117
 REIMAR, F., 288
 REINALTER, H., 7, 8
 REINCKE, H., 457
 REINHARD, E., 175
 REINHARD, W., 119
 REINHOLD, K.L., 354
 REISSNER, H.G., 163
 REITEMEIER, J.F., 293
 REITER, H., 388
 REITZENSTEIN, S. v., 49, 55, 272
 REJEWski, H.-J., 426
 REMMELE, K., 548
 RENAUD, 421
 RENKHOFF, O., 356
 RENNERT, K., 510, 671 ss.
 RETTIG, F.CH., 271, 272
 REUB, H., 619
 REUTERSKJÖLD, C.-A., 607
 REYSCHER, A.L., 233, 259, 261, 378, 382,
 403, 481, 485
 RHAMM, A., 284, 453
 RHEINSTEIN, M., 653
 RIBBENTROP, 284
 RICHARZ, M., 2
 RICHTER, Ae.L., 85, 99, 266, 271, 476
 RICHTER, E., 629
 RICHTER, M.A., 288
 RICHTER, P., 292
 RIDDER, H., 674
 RIECKE, C.V. v., 416
 RIEDEL, A.F.J., 178
 RIEDEL, E., 495
 RIEDEL, M., 155, 158, 159, 160, 185, 236
 RIEKER, K., 505, 513, 671
 RIESEBIETER, 454
 RIEZLER, K., 664
 RIMSCHA, W. v., 126, 128
 RINNE, J.CH., 307
 RITTER, G., 131
 RITTER, G.A., 175, 583
 RITTER, J., 142, 162, 631
 RITTER, R., 624
 ROB, K., 40
 ROCHAU, L.A. v., 201, 390, 391
 RÖD, W., 142
 RODBERTUS-JAGETZOW, J.K., 156, 571
 RODENSTEIN, M., 369
 RÖDER, K.D.A., 223, 639
 ROELLECKE, G., 32
 ROESLER, H., 583 ss.
 ROESSLER, C., 158
 ROGALLA v. BIEBERSTEIN, J., 68
 ROHMER, E., 407
 ROHMER, F., 407, 645, 661
 ROLLER, C.N., 297
 ROLLER, G., 258
 ROMAGNOSI, G.D., 362
 RÖMER, F. v., 384
 RÖMER, K.H. v., 287
 RÖMER, R., 493
 RÖNNE, L., 306 ss., 327, 369, 427, 428, 430
 ss., 493, 496 ss., 503, 512, 539, 551,
 588
 ROSCHER, W., 201, 210, 211, 218, 239, 288,
 359, 661

- ROSENBERG, H., 195
 ROSENBERG, W., 455
 ROSENFELD, A., 457
 ROSENKRANZ, K., 157, 633
 ROSENTHAL, E., 513
 ROSENZWEIG, F., 9
 ROSIN, H., 421, 422, 513, 535, 585, 602, 605, 621, 653
 ROßBACH, J.J., 156
 ROSSHIRT, K.E.F., 223, 348, 349, 351, 355
 ROSSI, L., 410
 RÖSSIG, C.G., 342, 350
 RÖTGER, A.N., 285
 ROTH, B., 365
 ROTH, J.R. v., 249
 ROTH, J.TH., 1
 ROTH, R., 296
 ROTHENHAN, H. v., 384
 ROTT, M., 552
 ROTTECK, H. v., 201
 ROTTECK, K. v., 16, 25, 64, 67, 71, 109, 110, 120, 125, 128, 132, 163, 196, 200, 201 ss., 221, 226, 231, 233, 234, 243, 259, 265, 270 ss., 284, 297, 322, 336, 375, 382, 638, 646
 ROUSSEAU, H., 624
 ROUSSEAU, J.J., 48, 176, 195, 206, 632
 RUCK, E. 293, 419
 RÜCKERT, J., 18, 30, 49, 140, 146, 233, 293, 378, 382, 384, 480 ss., 485, 529, 569, 591, 592
 RUDHART, I. v., 79, 80, 265
 RUEF, 272
 RÜFNER, W., 298, 331, 335, 337, 409, 414, 420, 424, 438, 568, 574
 RUGE, A., 164, 224
 RUHLAND, V., 291
 RÜHS, F., 294
 RUMPF, J.D.F., 301, 302
 RUMPLER, H., 62
 RUNDE, J.F., 17
 RÜPING, H., 130
 RUSTICHELLI, L., 154
 RÜRUP, R., 2, 30, 249
 SACHSSE, H., 513
 SAILE, W., 583
 SALAT, J., 148
 SALOMON, G., 575
 SALZA U. LICHTENAU, C. v., 290
 SAMES, W.C.F., 30, 250
 SAMUELY, A., 120
 SAMWER, K., 294
 SAMWER, K.F.F., 430, 500
 SANDER, G., 146
 SANDT, G. v., 52
 SANFTENBERG, G., 453
 SANGIOVANNI, A., 193
 SANTE, G.W., 257
 SARAUW, F.H.W., 295
 SARTORIUS, C., 505, 513
 SARWEY, O. v., 415 ss., 511, 539, 573, 585, 594 ss., 599, 617, 657
 SATTLER, M.J., 674
 SAUER, P., 40
 SAUZIN, L., 172
 SAVIGNY, F.C. v., 18, 21, 49, 90, 115, 116, 156, 168 ss., 214, 480, 528, 553, 570, 643, 661
 SAVIGNY, L. v., 513
 SCHÄFER, V., 230
 SCHÄFFLE, A.E.F., 414, 629, 659
 SCHAFFNER, L., 27
 SCHALFEJEW, E., 455
 SCHARNAGEL, A., 32
 SCHARNHORST, G.J. v., 37, 131, 145
 SCHEEL, W., 182
 SCHEFFER, TH., 513
 SCHEFOLD, B., 668
 SCHEFOLD, D., 428
 SCHEIDEMANTEL, H.G., 139
 SCHEIDLER, K.H. 54, 136, 25, 163
 SCHEIDTER, 205
 SCHELCHER, H., 448
 SCHELCHER, W., 448
 SCHELLING, F.W., 9, 28, 148, 153 ss., 165 ss., 190, 239, 391, 640
 SCHEMANN, L., 193
 SCHENCK Z. SCHWEINSBERG. K. (*barone di*), 111
 SCHENKEL, K., 55, 422

- SCHEPELERN, V., 172
 SCHERER, H., 259
 SCHERRER, H., 223
 SCHEUNER, U., 126, 137, 160, 168, 170,
 224, 226, 331, 343, 350, 362, 365, 510,
 549, 557, 559, 633, 671
 SCHEURLLEN, C.F., 260
 SCHEYHING, R., 521
 SCHICKER, K., 419
 SCHIEDER, TH., 646
 SCHIEDER, W., 126, 195, 287
 SCHIER, R., 2, 68
 SCHIERA, P., 13, 236, 293, 340, 377, 437,
 460, 512
 SCHIFFER, E., 570
 SCHIKORSKI, F., 620
 SCHILD, W., 671
 SCHILLER, F. v., 48, 147, 354
 SCHILLING, E.M., 306
 SCHIMETSCHKE, B., 400
 SCHISSLER, H., 299
 SCHLEGEL, A.W. v., 169
 SCHLEGEL, D. v., 150, 309
 SCHLEGEL, F. v., 110, 168, 169, 170, 174,
 175, 184, 192, 194
 SCHLEGEL, J.F.W., 295
 SCHLEIERMACHER, F.D.E., 66, 180
 SCHLESINGER, E., 454
 SCHLESINGER, W., 447
 SCHLETTWEIN, J.A., 342
 SCHLINK, B., 506
 SCHLOSSER, H. 50, 18, 30
 SCHLOSSER, J.F., 150
 SCHLOSSER, J.G., 14, 144, 155
 SCHLOTTER, P., 453
 SCHLÖZER, A.L., 14, 29, 31, 45, 139, 142,
 143, 160, 172, 237
 SCHMALZ, TH. v., 25, 26, 29, 64, 78, 80, 81,
 118
 SCHMAUSS, J.J., 29
 SCHMELZEISEN, G.K., 339
 SCHMELZING, J., 265, 267
 SCHMID, F., 625, 629
 SCHMID, K.E., 81, 96, 201, 214 ss., 247
 SCHMIDLIN, W., 326
 SCHMIDT-ARMANN, E., 4, 16, 104, 582
 SCHMIDT-BRENTANO, A., 311
 SCHMIDT-EICHSTEDT, G., 570
 SCHMIDT, A.W., 387
 SCHMIDT, B., 676
 SCHMIDT, G., 253, 286, 439, 447, 533
 SCHMIDT, L.H., 450
 SCHMIDT, P., 218, 223
 SCHMIDT, R., 513, 561, 623, 660, 661
 SCHMIDT, S.D., 645, 646
 SCHMIDT, W., 577
 SCHMIEDECKE, A., 380
 SCHMIER, F., 139
 SCHMINCK-GUSTAVUS, CH. U., 66, 296, 458
 SCHMINNES, B., 318
 SCHMITT, C., 19, 95, 168, 170, 214, 426,
 533, 633, 672, 673, 684, 685
 SCHMITT, I., 104, 405
 SCHMITTHENNER, F., 140, 221, 237, 239 ss.,
 336, 484, 612, 644
 SCHMOLLER, G., 143, 187, 379, 456, 503,
 527, 532, 559, 560, 596, 597, 623, 668,
 673
 SCHNABEL, F., 49, 269
 SCHNABEL, TH., 49
 SCHNACK, I., 82, 187
 SCHNÄDELBACH, H., 480
 SCHNAUBERT, A.J., 27 ss., 249
 SCHNECK Z. SCHWEINSBERG, K., 111
 SCHNEIDER, F., 13, 270
 SCHNEIDER, H., 124, 620
 SCHNEIDER, H.P., 251
 SCHNEIDER, K., 421
 SCHNEIDER, R., 266
 SCHNUR, R., 126, 324, 444, 550, 575 ss.,
 581, 583, 649, 674
 SCHNURMANN, C., 550
 SCHOEN, P. 300, 350, 408f., 413, 430, 513,
 607, 610, 615
 SCHOENBORN, W., 455
 SCHOEPS, H.J., 583, 670
 SCHOLLER, H., 163, 638
 SCHOMANN, 454
 SCHÖN, J., 236
 SCHÖN, TH. v., 304

- SCHÖNBERG, G. (v.), 323, 414, 593, 601
 SCHÖNBORN, K.G., 178
 SCHÖNE, E., 663
 SCHÖNEBAUM, H., 86, 115
 SCHÖNERT, J., 13
 SCHÖNFELD, W., 509
 SCHOTTKY, R., 141
 SCHÖTTLE, R., 202, 232
 SCHREINER, K., 281
 SCHREUER, H., 513
 SCHRÖDER, E., 239
 SCHRÖDER, H., 163
 SCHRÖDER, J., 38, 144, 146, 527, 643, 656, 674
 SCHRÖDER, R., 639, 640
 SCHRÖDER, v., 202
 SCHRÖDT, J.F.L. v., 139
 SCHROEDER, K.P., 4, 33
 SCHROTH, M., 431
 SCHRÖTTER, F.F. v., 249, 312
 SCHUBERT, W., 33, 52, 56, 268
 SCHÜCKING, W., 255, 454, 511, 513
 SCHUCKMANN, v., 351
 SCHÜLER, F., 384
 SCHULER, T., 168
 SCHÜLER, W., 253, 280
 SCHULIN, E., 5
 SCHULTE, A. v., 89, 223, 237, 266, 355, 476
 SCHULTHESS, H., 608, 645
 SCHULZ, A., 111
 SCHULZ, W., 167
 SCHULZE, C., 455
 SCHULZE, H., 670
 SCHULZE, H. (v. GAEVERNITZ), 428, 431 ss., 451, 264, 458, 466, 468, 477 ss., 490, 491, 493, 500, 503, 519 ss., 524, 527, 564, 644, 656, 657
 SCHULZE, R., 339, 340, 344, 396
 SCHULZE, W., 386
 SCHULZENSTEIN, M., 560, 608, 622
 SCHUMANN, 348, 352
 SCHUNCK, FR.CHR.K., 265, 267
 SCHÜRMEYER, J.H., 369
 SCHÜTZ, R., 299
 SCHÜTZENBERGER, H., 264
 SCHÜZ, K.W., 414
 SCHWAB, D., 37, 298, 332
 SCHWABE, K., 36, 286, 298, 377, 381, 446
 SCHWARTLÄNDER, J., 127
 SCHWARTZ, E., 427, 436
 SCHWARTZ, H., 452
 SCHWARZ, A.B., 51
 SCHWARZ, W., 296, 297
 SCHWARZKOPF, E.H. DE, 81
 SCHWÄRZLER, N., 618, 664
 SCHWEITZER, CH.W., 292
 SCHWINGE, E., 130
 SCHWINGENSTEIN, CH., 596
 SCRIBA, H.E., 277
 SEE, K. v., 196, 663
 SEELIG, G., 458
 SEIDENSTICKER, J.L.A., 45, 57
 SEIDLER, G., 499, 676
 SEIER, H., 217, 254, 273, 274
 SEIFFERT, C.H., 283
 SEITZ, E., 277
 SEITZ, J., 430
 SELIGMANN, E., 500
 SELLMANN, M., 355, 454
 SENGLÉ, F., 103, 193
 SEUFFERT, J.A., 406
 SEUFFERT, J.M., 112
 SEWELOH, A., 457
 SEYDEL, M. v., 264, 406, 410 ss., 431, 460, 461, 504, 524, 527, 531, 539, 540, 544, 547, 559, 606, 623, 636, 650 ss.
 SEYERLEN, R., 647
 SHEEHAN, J.J., 195, 244
 SIEBENPFEIFFER, PH.J., 263, 267, 336, 388
 SIEBER, E., 380
 SIEBURG, H.O., 40
 SIEMANN, W., 63, 65, 126, 333, 384, 387, 388, 639
 SIEMES, J. 393, 584
 SIEP, L., 161
 SIEVERS, H., 458
 SIMON, D., 7, 22, 104, 129, 130, 503
 SIMON, H.A., 129, 130, 305 ss., 368, 431, 438, 588
 SIMSHÄUSER, W., 553

- SIMSON, B. v., 386
 SIMSON, E. v., 386
 SINZHEIMER, H., 498, 533, 535
 SJÖHOLM, E., 130, 238
 SKAMBRAKS, H.G., 293
 SMEND, R., 120, 138, 264, 281, 312, 327,
 328, 376, 377, 395, 467, 483, 487, 508
 ss., 557, 558, 627, 671, 673, 684, 685
 SMITH, A., 322, 357, 358, 362
 SNELL, L., 65
 SODEN, F.J.H. (*conte imperiale di*), 350,
 358, 359
 SOHM, R., 456
 SOLMS-HOHENSOLMS-LICH, L. FÜRST ZU, 184
 SOMLÓ, F., 656
 SOMMER, W., 7
 SONNENFELS, J. v., 313, 341, 351
 SOSSIDI, E., 240
 SOUCHAY, E.F., 297
 SPEITKAMP, W., 189, 272
 SPENGLER, O., 664
 SPIEGEL, L., 607, 610
 SPIES, G., 283
 SPILLER v. MITTERBERG, C.H.L.W., 287
 SPINDLER, H., 529
 SPINDLER, M., 64
 SPOHN, 421
 SPORSCHILL, J., 288
 SPRENGER, G., 656, 671
 SPRINGER, A., 235, 293
 SPRINGER, J., 311
 SRBIK, H. v., 379
 ST. ANDRÉ (*barone di*), 349
 STADELHOFER, M., 420
 STAEHELIN, A. 201, 271
 STAFF, I., 168
 STAHL, F.J., 96, 137, 156, 185, 189 ss., 194,
 198, 394, 395, 426, 473, 477, 478, 498,
 590, 646, 661
 STAMMEN, TH., 8
 STAMMLER, R., 656
 STARCK, CH., 91, 460, 470, 471
 STEFFENHAGEN, E., 251
 STEFFENS, H., 156
 STEIGER, G., 64
 STEIN, H.F.K (*barone imperiale*) VOM UND
 ZUM, 34 ss., 46, 123, 297, 298, 332, 521,
 STEIN, L. v., 158, 236, 277, 293, 315, 324,
 346, 367, 368, 370, 426, 444, 477, 563,
 566, 570, 572, 575 ss., 595, 635, 627
 ss., 633, 641, 642, 666
 STEINACKER, K., 284
 STEINDL, H., 310
 STEINERT, H., 668
 STEINIGER, W., 293, 429
 STEINMETZ, M., 288
 STEKL, H., 2, 68, 310, 311
 STENGEL, K. (*barone di*) 30HF., 305, 316,
 350, 373, 431 ss., 455, 513, 551, 585,
 596 ss., 604, 607, 626, 671
 STEPHAN, 615
 STEPHAN, I., 7
 STERN, A., 305
 STERN, C., 150, 169, 309
 STERN, K., 615
 STICKEL, F.F., 278
 STIEBER, W., 308
 STIEFEL, K., 420
 STIER-SOMLO, F. 301, 350, 379, 409, 413,
 415, 432, 513, 561, 610, 615, 618, 619,
 622, 623, 625
 STIFTER, A., 193
 STOCK, W.G., 156
 STOCKMAR, E.A.CHR. v., 430, 500
 STOEBER, P., 455
 STOERK, F., 402, 479, 492, 498, 502 ss.,
 513, 551, 560, 663, 669
 STOLBERG, F.L. (*conte*), 80, 150
 STOLLBERG-RILINGER, B., 5, 10, 142, 542
 STOLLBERG, J., 257
 STOLLEIS, M., 4, 5, 7, 17, 18, 36, 43, 97,
 104, 113, 142, 146, 149, 155, 158, 172,
 173, 178, 223, 224, 230, 253, 263, 293,
 298, 316, 340, 405, 430, 460, 532, 533,
 546, 568, 582, 583, 588, 656, 685
 STOLP, H., 624
 STOURZH, G., 101
 STRACK, F., 49
 STRÄTZ, H.W., 527
 STRAUCH, H., 223

- STRAUSS, D.F., 164, 194
 STRAUSS, F. v., 588
 STROEBE, C., 422
 STROMBECK, K. v., 284
 STRUBE, D.G., 119, 349
 STRUCK, W.-H., 253, 356
 STRUTZ, G., 615
 STRUVE, G. v., 77, 78, 244, 272
 STUBENRAUCH, M. v., 312, 441, 444, 445
 STUMP, U., 338, 438, 574
 STÜRMER, M., 466, 686
 STÜVE, G., 78
 STÜVE, J.K.B., 78, 281, 282
 SÜDEKUM, A., 624
 SUHR, D., 158
 SUN-OK KUK, 583
 SUNDBERG, G.F., 607
 SUTNER, C.A. v., 412
 SWEET, P.R., 178
 SYDOW, J., 414
 TALLEYRAND, CH.-M. DE, 67
 TAMBERT, M., 421, 535
 TAMM, D., 295
 TASCHKE, H., 625
 TEICHMANN, A., 77, 302, 392, 472, 475
 TEJESSY, W., 624
 TENNSTEDT, F., 687
 TESDORPF, P., 274
 TEZNER, F., 442, 444, 447, 618, 619, 652, 680
 THIBAUT, A.F.J., 22, 49, 214, 219
 THIELBEER, H., 378 ss., 383
 THIELE, W., 283
 THIELEN, P.G., 37
 THIEME, H., 529, 549
 THÖL, J.H., 387
 THOMA, R., 121, 422, 463, 517, 518, 607, 609, 684
 THOMPSON, M.P., 30, 141
 THUDICHUM, F., 120, 428, 493, 494
 THUN-HOHENSTEIN, L. (*conte*), 324, 440
 TIECK, L., 169
 TIETZE, C., 115
 TIMONOMUS, BOJOPHILUS (= ARETIN), 209, 264
 TITUS, G.G., 58
 TITTMANN, F.W., 81
 TOCQUEVILLE, A. DE, 538
 TODENHÖFER-JUST, G., 621
 TOMASCHEK, J.A. EDLER V. STRATOVA, 387
 TOPITSCH, E., 162
 TOULMIN, S., 670
 TOURY, J., 2
 TRÄGER, C., 8, 169
 TRAUB, M., 403
 TREFURT, 272
 TREIBER, H., 131
 TREITSCHKE, H. v., 227, 493, 541, 659, 661
 TRESCHER, H., 143
 TREUE, W., 330, 426, 427
 TRIEPEL, H., 510, 513, 539, 541, 557, 558, 606, 671, 673, 684
 TRIPP, D., 483
 TROXLER, I.P.V., 156
 TRUMMER, C., 202
 TSCHIRCH, O., 38
 TÜMLER, H., 64, 291
 TURBAN, 421
 TÜRKHEIM, J. v., 184
 UBBELOHE, J.G.L.W., 281
 UHLAND, L., 385, 389
 UHLAND, R., 322
 ULBRICH, J., 441, 443, 444
 ULE, C.H., 439, 584, 613, 619
 ULLMANN, E., 27, 265
 ULLMANN, H.P., 44, 113, 117, 126, 263, 268
 UNGER, J., 382
 UNRUH, G.CH. v., 35 ss., 101, 293, 294, 298, 344, 533, 570
 URBASCHEK, B., 185
 UREÑA, E.M., 638
 USÉE, K., 253
 VALENTIN, V., 302, 376, 378, 381 ss., 388, 420
 VALJAVEC, F., 138
 VANGEROW, K.A. v., 480, 498
 VARNHAGEN, K.A., 65
 VARNHAGEN, R., 309
 VARRENTAPP, C., 293

- VEEN, T.J., 139
 VENTURINI, C., 283, 284
 VIERHAUS, R., 7, 8, 13, 30, 32, 144, 201, 512
 VILLERS, CH. DE, 296
 VINCKE, G. (*barone di*), 384
 VINCKE, J., 270
 VIRCHOW, R. v., 369
 VISCHER, F.TH., 384
 VISCHER, W., 271
 VITAGLIANO, G., 486, 550, 609
 VITTORIA DI SASSONIA-COBURGO-GOTHA
 (*principessa d'Inghilterra*), 500
 VITZTHUM, S. (*conte di*), 495, 524, 525
 VITZTHUM, W. (*conte di*), 413
 VOGEL, B., 35, 299
 VOGEL, CH.D., 280
 VOGEL, U., 38
 VOGT, G., 608
 VOGT, N., 42, 52
 VOIGT, J., 64
 VOLK, K., 22, 294
 VOLKERT, W., 263, 409
 VOLKMANN-SCHLUCK, K., 167
 VOLLGRAFF, K.F., 118, 177, 187, 188, 193,
 274
 VOLLMER, F.X., 77, 269
 VOLQUARD, P., 294
 VOLTAIRE, 171
 VONDUNG, K., 14, 670, 681
 VONTOBEL, J., 646
 VOSS, J., 7, 16
 WÄCHTER, C.G., 336, 403, 447, 481
 WACKENRODER, W.H., 170
 WADLE, E., 263, 267, 388
 WAECHTER, E. v., 32
 WAENTIG, K., 448
 WAETZOLD, S., 131, 331, 683
 WAGENER, H., 583
 WAGNER, A., 414, 668
 WAGNER, J.J., 28, 156, 157
 WAGNER, U., 46
 WAHL, R., 105, 128, 372, 550
 WAITZ, G., 164, 235, 384, 386, 387, 538 ss.
 WALCKER, K., 659
 WALTER, G., 34
 WALTER, R., 442
 WALTHER, O.A., 257, 275, 293
 WALZ, E., 422, 513
 WARNKÖNIG, L.A., 270
 WASSERMANN, R., 332
 WASSERSCHLEBEN, L., 83
 WEBER, A.K., 424
 WEBER, CH., 456
 WEBER, D., 570
 WEBER, E., 70
 WEBER, F.B., 350
 WEBER, H., 42
 WEBER, H.B. v., 184
 WEBER, M., 669, 675
 WEBER, R., 379, 388, 446
 WEBER, W., 620
 WEECH, F. v., 55, 201, 218, 223, 253, 268,
 269, 355
 WEGELE, F.X. v., 183
 WEGELIN, P., 253
 WEGMANN-FETSCH, M., 255
 WEHLER, H.U., 2, 68, 390, 455, 527, 533,
 681, 686
 WEHNERT, G.J.M., 301, 302
 WEHRER, J.F., 271
 WEIDEMANN, W., 213, 274
 WEIDIG, F.L., 276
 WEIGEL, D., 253
 WEIGLE, R.B., 50, 52
 WEILAND, L., 235
 WEILER, G. v., 272, 612
 WEINACHT, P.L., 113
 WEINBERGER, O., 182, 567
 WEINGÄRTNER, R.R., 674
 WEINZIRL-FISCHER, E., 403
 WEIS, E., 33, 39, 41, 44, 64, 253, 263, 264
 WEIß, J.G., 32
 WEISS, K.E., 87 ss., 277 ss., 329
 WEIßE, C.E., 287, 292
 WEITZEL, JOH., 52, 274,
 WEITZEL, JÜR., 335, 424
 WEKHRLIN, W.L., 14
 WELCKER, K.TH., 16, 25, 53, 64, 67, 71,
 125, 128, 130, 132, 163, 192, 201, 202,
 205, 206, 218, 221, 226, 231 ss., 237,

- 243, 251, 257, 259, 265, 271 ss., 284,
297, 322, 336, 382 ss., 537, 646
- WELDON, T.D., 109
- WELLENREUTER, H., 550
- WENDE, P., 32, 134
- WENGER, K., 324, 444, 581
- WENNINGER, L., 613
- WENTZCKE, P., 71, 244
- WERNER, Z., 150, 170
- WESTERKAMP, J.B., 495, 513
- WESTERNHAGEN, D. v., 666, 667
- WESTPHAL, O., 662
- WESTPHALEN, D., 456, 513, 600, 656
- WESTPHALEN, N.A., 297
- WESTPHALEN, R. (*conte di*), 318
- WETTENGEL, M., 279
- WEYL, R., 513
- WEYR, F., 673
- WICHARDT, H.-J., 439, 549
- WIEACKER, F., 19, 52, 115, 156, 168, 193, 382,
391, 393, 399, 446, 480, 481, 529, 650
- WIEBER, W., 216
- WIDENMANN, CH., 384
- WIEGAND, CH., 189
- WIEGAND, F.M., 457
- WIEGAND, H.J., 189
- WIELAND, CH.M., 8, 14
- WIELANDT, F., 420 ss.
- WIERICHS, M., 40, 268
- WIESE, B. v., 150
- WIESNER, A., 311
- WIETHÖLTER, R., 382
- WIGGERS, J., 255, 285, 454
- WILD, K., 202, 232
- WILHELM, TH., 227
- WILHELM, U., 341
- WILHELM, W., 20, 36, 87, 263, 391, 392,
400, 480 ss.,
- WILLOWEIT, D., 3, 30, 127, 249, 253, 339, 529
- WILLRODT-V. WESTERNHAGEN, D., *VEDI* WE-
STERNHAGEN
- WIMPFEN, C. v., 294
- WINDELBAND, W., 633, 634
- WINDSCHEID, B., 447, 480, 494, 513, 532 ss.
- WINKEL, H., 2, 279, 369
- WINKLER, H.A., 549
- WINKOPP, P.A., 43, 57, 58
- WINTER, E. 226, 268, 421, 449, 310, 379,
627, 673
- WINTER, H.G., 7
- WIPPERMANN, C.W., 274, 337, 492
- WIPPERMANN, E., 484
- WIPPERMANN, K., 59, 77, 82, 272, 275, 285,
308
- WIRTZ, R., 67, 269
- WITTE, S.S., 160
- WITTICHEN, F.C., 178
- WITTKÄMPER, G.W., 533
- WITTMANN, R., 638
- WITZLEBEN, C.D. v., 287
- WITZLER, B., 331
- WOHLHAUPTER, E., 294
- WOLF, E., 527
- WÖLFEL, K., 8, 169
- WOLFF, CH., 353, 638
- WOLFF, E.A., 153
- WOLFF, H.J., 23, 270, 615, 616
- WOLFF, K., 199
- WOLFF, MA., 319, 321
- WOLFF, MI., 162
- WOLFFSON, J., 458
- WÖLLNER, J.CH. v., 34
- WOLLSCHLÄGER, CH., 481
- WOLTMANN, L., 664
- WOLZENDORFF, K. v., 609
- WÜLCKER, E., 292
- WUNDER, B., 112, 117, 251, 263
- WUNDT, W., 678
- WURM, CH.F., 235, 274, 275, 288, 296, 297
- WÜRTENBERGER, TH., 104, 227, 660
- WURZBACH, C., 444
- ZABEL, N., 279
- ZACHARIÄ V. LINGENTHAL, K.E., 50
- ZACHARIÄ, C.(K).S., 15, 33, 48 ss., 188, 196,
201, 218 ss., 228, 231, 237, 250, 270,
644, 654
- ZACHARIÄ. H.A., 73, 87, 90, 91 ss., 131,
201, 282, 295, 296, 384 ss., 396, 428,
458, 469 ss., 499
- ZACHER, H.F., 583, 688

- ZACZYK, R., 153
ZANGEN, G.L. v., 104
ZEBROWSKI, B., 664
ZEEDEN, E.W., 64
ZEH, W., 251
ZEHNTER, H., 202
ZELLE, R., 438
ZELLER, W., 424
ZENTNER, v., 421
ZESCHAU, H.A. v., 287
ZIEGLER, K.H., 158
ZIEKOW, J., 619
ZIELER, G., 513
ZILS, W., 434, 598
ZIMMERMANN, G., 675
ZIMMERMANN, H., 146
ZIMMERMANN, J.G., 14
ZIMMERMANN, R., 279
ZINTEL, J., 44, 45, 58
ZITELMANN, E., 115
ZMARZLIK, H.G., 193
ZÖPFL, H., 61, 64, 78, 87 ss., 98, 131, 223,
270, 368, 396, 428, 458, 469 ss., 478
ZORN, PH., 327, 428, 430, 431, 438, 461,
462, 476, 497, 501, 506, 512, 513, 517,
596
ZORN, W., 11
ZUCKSCHWERDT, A., 673
ZUM BACH, K.A., 52
ZUNHAMMER, TH., 202
ZWAHR, A., 446
ZWEIGERT, K., 20, 653

INDICE SOMMARIO

<i>Pagina introduttiva</i>	V
<i>Premessa</i>	VII
Dalla premessa all'edizione tedesca del 1992.	VII
<i>Abbreviazioni</i>	XV

CAPITOLO I

IL DIRITTO PUBBLICO TEDESCO INTORNO AL 1800

I. Dall'assolutismo illuminato all'età costituzionale.	1
1. Cesure nella storia della scienza del diritto pubblico	1
2. La svolta epocale.	5
3. Condizioni storico-sociali	11
II. La pubblicistica imperiale nella fase conclusiva dell'Impero	15
1. La tradizione e la rottura del 1806	15
2. Giusnaturalismo e primo costituzionalismo	18
3. Diritto pubblico e diritto privato	20
4. Gli ultimi pubblicisti imperiali	24
III. Il tramonto dell'Impero e la sconfitta della Prussia	31
IV. La Confederazione del Reno e la sua letteratura.	39
1. La situazione politica e letteraria	39
2. La nuova sovranità.	43
3. La Confederazione del Reno come Stato federale	45
4. Conclusioni.	57

CAPITOLO II

IL CONGRESSO DI VIENNA E LA CONFEDERAZIONE GERMANICA (1815-1848)

I. Il Congresso di Vienna e la fondazione della Confederazione germanica	61
II. La dottrina giuspubblicistica nel <i>Vormärz</i>	70
1. J.L. Klüber	72

2.	Fonti e compendi	76
3.	K.E. Weiss, H. Zöpfl	87
4.	H.A. Zachariä	91
III.	Posizioni dogmatiche	95
1.	La possibilità di un « diritto pubblico comune tedesco »	95
2.	« Costituzione » (<i>Verfassung</i>)	100
3.	Il « principio monarchico »	106
4.	Responsabilità ministeriale, controfirma	110
5.	Sovranità statale e « persona giuridica »	113
6.	Le rappresentanze popolari e i loro diritti	117
	<i>a)</i> Ceti territoriali o parlamenti?	118
	<i>b)</i> Sistema bicamerale, diritto di voto, Consiglio di Stato	121
	<i>c)</i> Riserva di legge e diritti fondamentali	124
7.	Il terzo potere	128
8.	Costituzione e forze armate	131
9.	Dottrina del diritto pubblico e politica	133

CAPITOLO III

LA « DOTTRINA GENERALE DELLO STATO » NEL VORMÄRZ

I.	Conservatorismo, Romanticismo, Restaurazione	137
1.	Introduzione	137
	<i>a)</i> Terminologia	138
	<i>b)</i> Dalla « macchina » all'« organismo »	141
	<i>c)</i> Antirazionalismo e antindividualismo	146
2.	La via razionale all'« identità »	152
	<i>a)</i> J.G. Fichte	152
	<i>b)</i> F.W. Schelling	153
	<i>c)</i> G.W.F. Hegel (1770-1831)	157
	<i>d)</i> Filosofia dell'identità nel contesto politico	165
3.	Romanticismo politico	168
4.	La restaurazione della scienza politica	175
	<i>a)</i> K.L. v. Haller	175
	<i>b)</i> F.v. Gentz	178
	<i>c)</i> F. Ancillon	180
	<i>d)</i> C.E. Jarcke	182
5.	La dottrina generale dello Stato d'ispirazione conservatrice	184
6.	F.J. Stahl	189
7.	Conclusioni	191
II.	Il liberalismo	195
1.	Raggruppamenti	195

2.	Fasi evolutive.	199
3.	Il liberalismo giusrazionalistico	201
	<i>a)</i> K. v. Rotteck	201
	<i>b)</i> J.Chr. v. Aretin, W.J. Behr	208
	<i>c)</i> K.H.L. Pölitz	211
	<i>d)</i> F. Murhard	213
	<i>e)</i> K.E. Schmid	214
	<i>f)</i> S. Jordan	216
4.	C.S. Zachariä	218
5.	R. v. Mohl	223
6.	Il liberalismo « storico-organico »	230
	<i>a)</i> C.Th. Welcker	231
	<i>b)</i> P.A. Pfizer	233
	<i>c)</i> F.Chr. Dahlmann	235
	<i>d)</i> F. Schmitthenner	239
7.	Conclusioni.	242

CAPITOLO IV

IL DIRITTO PUBBLICO DEI SINGOLI STATI DELLA
CONFEDERAZIONE GERMANICA

I.	Il movimento costituzionale	247
II.	Letteratura giuridica sul diritto degli Stati territoriali prima del 1848	257
	1. Württemberg	257
	2. Baviera	263
	3. Baden	267
	4. Assia elettorale	272
	5. Assia-Darmstadt, Nassau	276
	6. Hannover	280
	7. Braunschweig	282
	8. Meclemburgo	284
	9. Sassonia, Turingia	286
	<i>a)</i> Regno di Sassonia	286
	<i>b)</i> Gli Stati minori in Sassonia-Turingia	291
	10. Schleswig, Holstein, Lauenburg	292
	11. Le città libere	295
	12. Prussia	297
	13. Austria	308

CAPITOLO V

GLI ESORDI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO PRIMA DEL 1848

I.	Introduzione	315
	1. Quadro generale	315
	2. La formazione amministrativa	317
	3. Il mutamento del ruolo dello Stato	329
	4. Il controllo dell'amministrazione	333
II.	Scienza di polizia, diritto di polizia e diritto amministrativo	339
	1. La scienza di polizia prima del 1800	339
	2. La scienza di polizia nel passaggio verso il primo costituzionalismo	344
	a) G.H. v. Berg	344
	b) La scienza di polizia fino al 1830	347
III.	La prima fase di un diritto amministrativo autonomo	362
	1. R. v. Mohl	362
	2. Il diritto amministrativo prima del 1848	367
	3. Conclusioni	369

CAPITOLO VI

LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO NELLA
RIVOLUZIONE DEL 1848

I.	La rivoluzione tedesca	375
	1. I « professori politici »	375
	2. La rivoluzione del 1848-49	378
	a) Le università	379
	b) Territori	381
	c) L'Assemblea nazionale	383
II.	Le conseguenze	389
	1. La delusione	389
	2. La <i>Realpolitik</i>	390
	3. La svolta verso il positivismo	391
	4. Prospettive evolutive	395

CAPITOLO VII

IL DIRITTO COSTITUZIONALE E IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
DEI SINGOLI STATI FINO AL 1914

I.	La situazione iniziale dopo il 1850	399
II.	L'evoluzione nei singoli Stati	403
	1. Baviera	405

2.	Württemberg.	413
3.	Baden.	419
4.	Assia-Darmstadt	423
5.	Prussia	426
6.	Austria-Ungheria.	440
7.	Sassonia.	446
8.	Turingia, Braunschweig, Oldenburg, Lippe, Meclemburgo	451
9.	Alsazia-Lorena	454
10.	Le città libere	457
III.	Conclusioni.	458

CAPITOLO VIII

IL DIRITTO PUBBLICO GENERALE TEDESCO -
LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO DELL'IMPERO

I.	Il diritto pubblico generale tedesco fino alla fondazione dell'Impero (1850-1866).	465
1.	Introduzione	465
2.	I compendi di diritto della Confederazione germanica	468
3.	Nuove esposizioni apparse prima del 1866.	471
	a) J. v. Held.	472
	b) G.A. Grotefend	473
	c) K. v. Kaltenborn	475
	d) O. Mejer	476
	e) H. Schulze (v. Gaevernitz)	477
II.	« Metodo giuridico » e scienza del diritto pubblico dell'Impero	479
1.	Mutamenti metodologici nel diritto civile	479
2.	Mutamenti metodologici nel diritto pubblico: C.F. v. Gerber	481
3.	L'irruzione del diritto pubblico positivo	492
	a) Il diritto pubblico della Confederazione germanica del Nord	492
	b) Il diritto pubblico imperiale e il passaggio al positivismo legislativo.	494
4.	P. Laband	497
III.	La scienza del diritto pubblico fino alla guerra mondiale.	510
1.	Contemporanei e oppositori di Laband	510
2.	Il positivismo storicamente fondato.	513
	a) G. Meyer	514
	b) G. Anschütz	516
	c) H. Schulze	519
3.	La scienza materiale del diritto pubblico.	521
4.	La dottrina della <i>Genossenschaft</i> e l'auto-amministrazione come modelli alternativi	526

	a) O. v. Gierke	526
	b) H. Preuss	533
	c) H. Rosin	535
IV.	Le questioni dogmatiche fondamentali	536
	1. Stato federale o confederazione	537
	2. La « persona giuridica » e i suoi organi	542
	3. Legge e regolamento, il doppio concetto di legge	546
	4. Diritti fondamentali e diritti pubblici soggettivi	548
	5. Diritto costituzionale non scritto. Mutamenti costituzionali	556
V.	Le riviste	559

CAPITOLO IX

LA SCIENZA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO E
LA SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE (1850-1914)

I.	Lo sviluppo del diritto amministrativo a partire dal 1850.	563
	1. Introduzione	563
	2. Concezioni di scienza dello Stato	569
	a) R. v. Gneist	570
	b) L. v. Stein	575
	c) H. Roesler	583
	3. La formazione di una « parte generale »	586
	a) Gli inizi	586
	b) F.F. Mayer	587
	c) E. v. Meier	591
	d) G. Meyer	592
	e) O. v. Sarwey	594
	f) E. Loening	595
	g) K. v. Stengel	598
	4. Otto Mayer e il compimento dell'elaborazione della « parte generale »	600
	5. Lo sviluppo fino al 1914.	606
II.	Posizioni dogmatiche	611
	1. Atto amministrativo, rapporto di sudditanza speciale, contratto di diritto pubblico	611
	2. Proprietà pubblica	615
	3. Vincoli giuridici dell'azione amministrativa	616
	4. Forme istituzionali	619
III.	Riviste.	622
IV.	La scienza dell'amministrazione.	624
	1. L'uscita di scena della scienza di polizia	624
	2. Stein e i suoi epigoni	627

CAPITOLO X

LA DOTTRINA GENERALE DELLO STATO TRA IL 1850 E IL 1914

I.	Gli ultimi anni della Confederazione germanica	631
1.	La svolta verso i « fatti »	631
2.	Terminologia e definizioni.	635
II.	Diritto naturale e tardo idealismo.	637
1.	K.Ch.F. Krause e H. Ahrens	637
2.	L.J. Gerstner, H. Bischof	641
3.	J.C. Bluntschli	643
4.	J. v. Held.	647
III.	La concezione realistica dello Stato.	650
1.	La svolta verso il naturalismo	650
2.	La comparazione giuridica nel diritto pubblico	652
3.	Il « tempo della siccità »: dalla Confederazione germanica del Nord alla fine del secolo	655
4.	Le voci fuori dal coro	662
a)	L. Gumplowicz.	664
b)	G. Ratzenhofer.	665
c)	A. Menger	666
d)	F. Oppenheimer	668
IV.	<i>Fin de siècle</i>	669
1.	Tendenze centrifughe	670
2.	La sintesi: Georg Jellinek (1851-1911)	674
V.	Stato nazionale o Stato della società industriale?	682
	<i>Fonti</i>	689
	<i>Indice dei nomi</i>	731

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174

Vol. 41 (2012), 8°, p. 940

Vol. 42 (2013), 8°, p. 804

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

- 1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484
- 2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399
- 3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414
- 4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169
- 5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392
- 6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429
- 8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTO-CENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432
- 9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465
- 10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259
- 11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527
- 13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198
- 14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

- 15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202
- 16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204
- 17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638
- 18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656
- 19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416
- 20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483
- 21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476
- 22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466
- 23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230
- 24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254
- 25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378
- 26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88
- 27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206
- 28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

- 29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144
- 30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766
- 31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO
TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195
- 32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556
- 33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644
- 34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036
- 36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396
- 37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424
- 38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536
- 39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259
- 40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE
DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

- 44 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, *IL SOVRANO TUTORE*
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, *UNE ET INDIVISIBLE*
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, *TOMÁS Y VALIENTE*
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, *L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO*
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, *LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE*
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212
- 50 *GIURISTI E LEGISLATORI*
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530
- 51 Pio Caroni, *SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE*
(1998), 8°, p. XX-270
- 52 Paolo Grossi, *ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO*
(1998), 8°, p. X-474
- 53 Giovanni Cazzetta, *PRÆSUMITUR SEDUCTA*
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426
- 54 Stefano Mannoni, *POTENZA E RAGIONE*
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 Sergio Caruso, *LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO*
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 Franco Todescan, *LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO*
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 Maurizio Fioravanti, *LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO*
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

- 60 Raffaele Volante, **IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604
- 62 Pietro Costa, **IURISDICTION**
Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
Ristampa
(2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 Mario Piccinini, **TRA LEGGE E CONTRATTO**
Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
(2003), 8°, p. XVI-286
- 64 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazzarella, **NEL SEGNO DEI TEMPI**
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, **GENERALIA DELICTORUM**
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, **PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA (SECOLI XVII-XX)**
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, **SCRITTI IN ONORE DEI PATRES**
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, **INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO**
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, **SOCIETÀ, DIRITTO, STATO**
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, **L'ORDINE CORPORATIVO**
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, **RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE**
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, **GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO BRITANNICO (1690-1832)**
(2007), 8°, p. VIII-156

- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p. XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228
- 79 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, NOBILTÀ DEL DIRITTO
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, LA RAGIONE DEL DIRITTO
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, COSTRUIRE LO STATO
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisorie fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338

- 89 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190
- 93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUBBLICANA
Materiali dall'incontro di studio - Ferrara, 12-13 novembre 2010
A cura di Daniele Negri e Michele Pifferi
(2011), 8°, p. VI-442
- 94 Rodolfo Savelli, CENSORI E GIURISTI
Storie di libri, di idee e di costumi (secoli XVI-XVII)
(2011), 8°, p. XXXIV-410
- 95 ALESSANDRO GIULIANI: L'ESPERIENZA GIURIDICA FRA LOGICA ED ETICA
A cura di Francesco Cerrone e Giorgio Repetto
(2012), 8°, p. VI-848
- 96 Carlo Nitsch, IL GIUDICE E LA LEGGE
Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo
Novecento
(2012), 8°, p. X-342
- 97 Rodrigo Míguez Núñez, TERRA DI SCONTRI
Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali
(2013), 8°, p. X-360
- 98 Enrico Finzi, "L'OFFICINA DELLE COSE"
Scritti minori
A cura di Paolo Grossi
(2013), 8°, p. LXII-212
- 99 Michele Pifferi, L'INDIVIDUALIZZAZIONE DELLA PENA
Difesa sociale e crisi della legalità penale tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. IV-336
- 100 Paolo Grossi, SCRITTI CANONISTICI
A cura di Carlo Fantappiè
(2013), 8°, p. XLVI-314
- 101 Massimiliano Gregorio, PARTE TOTALE
Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento
(2013), 8°, p. XIV-440
- 102 Emanuele Somma, JUGE NATUREL E ORDINAMENTO GIUDIZIARIO
FRANCESE (1790-1795)
(2013), 8°, p. VI-166

- 103 DALLA COSTITUZIONE “INATTUATA” ALLA COSTITUZIONE “INATTUALE”?
Potere costituente e riforme costituzionali nell’Italia repubblicana
Materiali dall’incontro di studio - Ferrara, 24-25 gennaio 2013
A cura di Giuditta Brunelli e Giovanni Cazzetta
(2013), 8°, p. VIII-430
- 104 STORIA E DIRITTO
Esperienze a confronto
Atti dell’incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei *Quaderni fiorentini*
Firenze, 18-19 ottobre 2012
A cura di Bernardo Sordi
(2013), 8°, p. VI-506
- 105 Michael Stolleis, STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA
II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell’amministrazione 1800-1914
(2014), 8°, p. XVIII-766

Per Informazioni e Acquisti

Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano
Tel. 02/380.892.90 - Fax 02/380.095.82
<http://www.giuffre.it>

Centri di documentazione e di distribuzione Giuffrè

€ 78,00
5320-21

ISBN 88-14-18205-1



9 788814 182051