



PAOLO RIDOLA

STATO E COSTITUZIONE IN GERMANIA

Ristampa ampliata



G. Giappichelli Editore

CAPITOLO PRIMO

GERMANESIMO, STATUALISMO E LIBERALISMO
NELLA FONDAZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO
DELLO STATO NAZIONE: LABAND, GIERKE E JELLINEK

SOMMARIO: 1. La costruzione dello *Staatsrecht*: il «positivismo costruttivistico» di Paul Laband. – 2. Il diritto e le manifestazioni della vita sociale: storicismo e *Sozialrecht* nella critica di Otto Gierke al giuspositivismo statualistico. – 3. Liberalismo e *Machtsstaat*. La fondazione della *Allgemeine Staatslehre*: Georg Jellinek.

1. *La costruzione dello Staatsrecht: il «positivismo costruttivistico» di Paul Laband*

La discussione sui fondamenti scientifici del diritto pubblico, che accompagnò il processo di unificazione del *Reich* tedesco, ha rappresentato un passaggio cruciale non soltanto per la comprensione dello statuto epistemologico della scienza giuridica e per le fondamentali opzioni metodologiche che da essa hanno preso l'avvio, ma anche perché contribuisce a far luce sul retroterra culturale dello statualismo e sul progressivo slittamento del liberalismo giuridico europeo del XIX secolo verso la costruzione di un «sistema» del diritto pubblico dello stato nazione funzionale, in senso decisamente conservatore e statale-autoritario, alla preservazione di un blocco sociale egemone dalle minacce della conflittualità. Il monumentale trattato di Paul Laband su *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (1876-1914) rappresenta non soltanto la sistemazione più poderosa del diritto pubblico del *Reich* guglielmino, ma soprattutto il manifesto paradigmatico della completa torsione statualistica dell'eredità del costituzionalismo nel tardo liberalismo giuridico del secolo XIX e dell'approdo di questo ad un «positivismo formalcostruttivistico»¹.

Il compito scientifico della elaborazione dogmatica di un determinato ordinamento positivo risiede, secondo Laband, nella *costruzione* di istituti giuri-

¹ Di un «*konstruktivistisch-formalistischer Positivismus*» di Laband discorre diffusamente K. Rennert, *Die "geisteswissenschaftliche Richtung" in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik*, Berlin 1987, 23.

dici, compiuta risalendo dalle singole disposizioni a concetti più generali e muovendo poi da questi per ritornare a far luce sul diritto positivo². Nella dogmatica giuridica confluiscono pertanto due momenti, quello «induttivo» della costruzione di concetti generali e quello «deduttivo» della sistemazione dell'ordinamento positivo alla luce di questo apparato concettuale. Il positivismo giuridico labandiano trascende così il piano meramente esegetico e fa assurgere a momento centrale il compito «costruttivo» della sistemazione dogmatica dell'ordinamento. Ciò fa sì, in primo luogo, che l'idea del diritto rinvii ad un «sistema» costituito da connessioni logiche di categorie, in sé completo e concluso, autosufficiente e del tutto privo di lacune; che, inoltre, questo ordito di «dogmi» costituisca l'armamentario di concetti generali soltanto all'interno dei quali il diritto si presenta come pensabile; e che infine a questo scopo non serva nient'altro che gli strumenti della logica³, poiché il metodo logico-formale corrisponde alla intrinseca «razionalità» del diritto, da intendersi, kantianamente, come razionalità di tipo teoretico⁴. Rispetto agli indirizzi della scuola storica del primo Ottocento, il positivismo costituzionale sviluppatosi entro la cornice del *Reich* viene a caratterizzarsi perciò per una spiccata accentuazione formalistica, espungendo dagli orizzonti ricostruttivi della scienza giuridica ogni tipo di valutazioni di ordine storico, politico e filosofico, ritenute del tutto irrilevanti per la costruzione dogmatica di un determinato materiale normativo⁵.

Risulta peraltro evidente in quale misura questo indirizzo metodologico finisse per essere pienamente congeniale con gli assetti politico-sociali della costruzione dello stato nazionale tedesco e come, dietro lo sforzo di una deduzione di categorie dello *Staatsrecht* operante sul terreno meramente logico-formale, si cogliesse una consonanza di fondo con un retroterra di conservazione politica⁶. Su ciò devono essere sottolineati due aspetti. In primo luogo il ricorso a criteri logico-formali nella ricostruzione del diritto pubblico consentiva di lasciare completamente fuori da essa le tensioni affioranti dalla società, ed una

² Per questa classica definizione v. *P. Laband*, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, V ed., I, Tübingen 1911, IX.

³ Secondo il giudizio espresso criticamente da *O. Gierke*, *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883), Darmstadt 1961, 10.

⁴ Per ampi svolgimenti critici si rinvia, nell'ampia letteratura in argomento, soprattutto a *F. Wiacker*, *Storia del diritto privato moderno* (1967), traduz. ital. a cura di E. Santarelli, Milano 1990, II, 347 ss., ted.; *E.W. Böckenförde*, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt* (1958), Berlin 1981, 213 ss.; *W. Wilhelm*, *Metodologia giuridica del XX secolo* (1958), ediz. ital. a cura di *P.L. Lucchini*, Milano 1974, 9 ss. Per un'ampia disamina critica del dibattito sulla «razionalità» del diritto v. *F. Modugno*, *Ragione e ragionevolezza*, in *A. Cerri* (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, I, Roma 2007, 1 ss.

⁵ Così ancora *P. Laband*, loc. ult. cit.

⁶ In questo senso v., per tutti, *I. Staff*, *Lehren vom Staat*, Baden Baden 1978, 277.

sorta di neutralità/estraniamento della scienza del diritto pubblico rispetto al sostrato sociale del diritto apprestava una poderosa barriera di protezione al blocco sociale egemone di cui quel diritto era espressione. Sotto questo profilo, se è vero che, dopo la fine della prima guerra mondiale, il positivismo labandiano avrebbe trovato sviluppo nel pensiero di Hans Kelsen, in quanto questo ne avrebbe radicalizzato l'impianto formalistico⁷, non va trascurata una differenza di fondo, che rispecchia i mutamenti prodottisi nel frattempo sul terreno politico-costituzionale. Ciò perché, mentre nel pensiero di Hans Kelsen il formalismo avrebbe finito per rappresentare l'unica via possibile affinché l'ordinamento giuridico riuscisse a tenere insieme una società percorsa dai conflitti e dal weberiano «politeismo dei valori», ed un approccio allo studio del diritto in chiave di neutralizzazione scaturiva da premesse relativistiche ed era peraltro garanzia di pluralismo, il positivismo labandiano operò al contrario da supporto alla stabilizzazione degli assetti politico-costituzionali del *Reich*, dal cui diritto la società, con le sue tensioni, l'ordito delle sue divisioni ed il complesso retaggio della sua storia doveva restare rigorosamente lontana.

In secondo luogo, questo indirizzo metodologico rifiutava una costruzione del diritto pubblico del *Reich* attenta anche ai legami con la tradizione storico-giuridica tedesca, e dunque un approccio disposto a lavorare con le categorie storiografiche della continuità e della discontinuità⁸. Anche in ciò, e precisamente nel precludersi qualsiasi percorso argomentativo che tenesse conto dell'esperienza e del passato, il programma scientifico labandiano avrebbe anticipato la netta separazione fra la sfera dell'essere (*Sein*) e quella del dover essere (*Sollen*), che Kelsen avrebbe formulato in seguito su solide basi teoriche, muovendo dalla distinzione fra la conoscenza dei fenomeni naturalistico-causali e la conoscenza del mondo delle norme giuridiche, e sottoponendo a critica tutte le dottrine «sociologiche» dello stato che avevano preteso di elevare a criterio di validità delle norme il riconoscimento e la regolare osservanza da parte dei destinatari⁹. E peraltro nel deciso rifiuto di qualsiasi contaminazione dell'argomentazione giuridica con valutazioni di carattere storico è agevole cogliere in Laband assai più che in Kelsen, che avrebbe sviluppato il suo pensiero in un'epoca segnata dalla crisi profonda ed irreversibile dei dogmi del liberalismo giuridico, l'intento, intrinsecamente politico, di lasciarsi alle spalle il passato tormentato della storia costituzionale tedesca per concentrare l'attenzione della *Staatsrechtslehre* esclusivamente sulla nuova fase apertasi con il compimento della uni-

⁷ In tal senso v. *K. Rennert*, op. cit., 25.

⁸ Per questo rilievo v. *W. Wilhelm*, op. cit., 128 ss.

⁹ Per questo aspetto del pensiero kelseniano v. *H. Kelsen*, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello stato. Studio critico sul rapporto tra stato e diritto* (1922), trad. ital. a cura di *A. Carrino*, Napoli 1997; *Id.*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), Tuebingen 1922, 367 ss.

ficazione del *Reich*¹⁰. A questo obiettivo del positivismo labandiano risultò funzionale anche il proposito dichiarato di perseguire una rigorosa oggettività scientifica della dogmatica giuridica, in contrapposizione con soluzioni argomentative basate sull'ispirazione politica delle norme o su considerazioni di tipo filosofico. Il programma scientifico labandiano si indirizzò pertanto con decisione contro gli indirizzi guidati da premesse giusnaturalistiche oppure orientati dal primato di una «volontà politica», sospettati di far prevalere le inclinazioni soggettive del giurista sulla oggettività della costruzione dogmatica¹¹.

Lungo questo itinerario, la dogmatica giuspositivistica dello *Staatsrecht* avrebbe largamente utilizzato il supporto del robusto apparato concettuale del diritto civile elaborato dalla pandettistica attraverso la rielaborazione, secondo percorsi non del tutto lineari, della tradizione romanistica e di quella del giusrazionalismo¹². Occorre peraltro domandarsi se la messa al bando della realtà sociale e della filosofia dello stato dagli orizzonti della *Staatsrechtslehre* non fosse anche il modo per fare i conti, rimuovendone le persistenze di lungo periodo, con gli assetti intrinsecamente interlocutori che la questione della sovranità aveva trovato nel costituzionalismo tedesco del primo Ottocento. Ed è peraltro altrettanto significativo che ad essi la dottrina giuspubblicistica preweimariana avrebbe reagito ponendo al centro dell'apparato concettuale del diritto pubblico proprio la ripresa e la rielaborazione del retaggio dell'organicismo tedesco e l'idea di «organismo». Essa ispirò invero la dogmatica che identificò lo stato come «persona morale» e poi come «persona giuridica», ciò che avrebbe posto le basi di una concezione dello stato come entità monolitica e capace di prestazioni di unità¹³. Per questa via, l'affermazione della supremazia unificante della persona statale, fondata come un edificio costruito «aldilà dell'etica e della realtà»¹⁴, riusciva a sollevare l'*organismo* statale al di sopra dello scontro delle forze reali della società, ma al prezzo di una decisa torsione autoritaria che lasciava ai margini il retaggio corporativo e comunitario della tradizione organistica tedesca.

Alla luce di ciò, una lettura storiografica della discussione costituzionale

¹⁰ Su ciò v. ancora *W. Wilhelm*, op. cit., 148 ss.; *E.W. Böckenförde*, op. ult. cit., 210 ss.

¹¹ Sul punto v. ancora *K. Rennert*, op. cit., 26 s.

¹² Lo rilevava già *O. Gierke*, op. ult. cit., 25 ss. Ma v. anche *E.W. Böckenförde*, op. cit., 217 s. Sull'influenza della Pandettistica sulla nascita del positivismo giuridico v. *F. Wiacker*, *Storia del diritto privato moderno* (1967), Milano 1980, II, 123 ss.; ed ora *A. Padoa Schioppa*, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, Bologna 2007, 502 ss.

¹³ Per un primo inquadramento di questa problematica v., con riferimenti alla letteratura dell'epoca, *E.W. Böckenförde*, voce *Organ, Organismus, Organisation, politischer Körper*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, a cura di *O. Brunner, W. Conze e R. Koselleck*, IV, Stuttgart 1978, 587 ss.

¹⁴ Secondo la felice sintesi di *K. Rennert*, op. cit., 27.

della Germania preweimariana che radicalizzasse la contrapposizione fra statalisti e germanisti, rischierebbe di risultare parziale e di far smarrire la comprensione della complessità degli intrecci intellettuali che si stabilirono fra i diversi indirizzi della scienza giuridica, così come i fermenti e le contrastanti posizioni politiche che ad essi fecero da sfondo¹⁵. Esula dai limiti di questo lavoro una ricostruzione puntuale del vivace dibattito suscitato dal programma labandiano di sistemazione dogmatica dello *Staatsrecht* del *Reich*¹⁶, nell'ambito del quale non mancarono peraltro voci critiche immanenti alla stessa opzione giuspositivistica¹⁷. Così come in uno dei più articolati indirizzi scientifici alternativi a quello labandiano, quello rappresentato da Hugo Preuß, che alla ferrea e monolitica impalcatura costruita intorno al dogma della sovranità della persona statale contrappose un modello che recuperava le risorse antiautoritarie della tradizione comunale e che era fondato sul raccordo sussidiario a forte vocazione comunitaria fra comuni, stati e *Reich*¹⁸, non è stato difficile cogliere le inclinazioni di una borghesia progressista desiderosa di spezzare il blocco conservatore raccolto intorno al *Kaiser*¹⁹.

Non può negarsi davvero che il positivismo costruttivistico abbia costituito lo sbocco coerente dell'involuzione statale-autoritaria dell'esperienza liberale nella scienza giuridica del secolo XIX. Un esito – occorre aggiungere – al quale non furono estranei i coevi progressi della tecnica e delle scienze naturali, così come la convinzione che una stretta aderenza ai canoni di un sapere specialistico e rigorosamente fondato sulla logica dell'argomentazione sia requisito del progresso di qualsiasi tipo di scienza, e quindi anche di quella del diritto. Ma l'affermazione nel campo del diritto di un *ethos* scientifico fondato sull'oggettività, un *ethos* che Max Weber avrebbe formulato in un'opera classica (*Wissenschaft als Beruf*) proprio alla fine dell'esperienza del *Reich* guglielmino²⁰, ebbe anche un preciso risvolto politico di conservazione degli assetti codificati dal diritto vigente del *Reich*. Il postulato dell'oggettività della scienza del diritto pubblico, con il suo corollario dell'astinenza da giudizi di valore di natura politica²¹, pose le basi di

¹⁵ V. invece, con rilievi assai convincenti, *W. Pauly*, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Tübingen 1993, 149 ss.

¹⁶ Si v. su ciò almeno *W. Wilhelm*, op. cit.; *W. Pauly*, op. cit., 168 ss.

¹⁷ Come quelle di Haenel, Triepel e Thoma, sulle quali v. *K. Rennert*, op. cit., 31 ss.

¹⁸ Si v. soprattutto, anche per il rilievo programmatico di queste opere, *H. Preuß*, *Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften*, Leipzig 1889; *Id.*, *Die Entwicklung des deutschen Städtewesens*, Berlin 1906.

¹⁹ Si v. su ciò l'introduzione di *L. Albertin* a *H. Preuß*, *Gesammelte Schriften*, I. *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, a cura di D. Lehnert e C. Müller, Tübingen 2007, 1 ss.

²⁰ Cfr. *M. Weber*, *Il lavoro intellettuale come professione* (1919), a cura di *D. Cantimori*, Torino 1976.

²¹ «*Wertungsenthaltsamkeit*», secondo l'espressione, ripresa nel testo, di *E.W. Böckenförde*, op. ult. cit., 214.

una concezione della scienza giuridica come scienza del diritto positivo, la quale operò da copertura delle contraddizioni del *Reich*, che lasciavano intravedere tutti i nodi ancora irrisolti del problema della sovranità²², ma allo stesso tempo come supporto ad un assetto statale-autoritario costruito a difesa di un blocco sociale egemone. È difficile negare che tutto ciò servisse a mascherare un'illusione, e che l'esaltazione delle risorse della logica formale nella scienza giuridica non costituisse solo il tributo ad una concezione della giurisprudenza come scienza esatta risalente al giusrazionalismo, ma soprattutto denotasse l'obiettivo, non solo scientifico, di giungere al completo «isolamento del diritto» dalle «manifestazioni della vita sociale»²³.

La riflessione sul metodo di Paul Laband contribuisce a metterne a fuoco l'opera di ricostruzione del diritto pubblico del primo *Reich*. Essa muove dall'inquadramento dello stato all'interno delle categorie civilistiche della personalità giuridica, operazione, questa, perfettamente funzionale all'obiettivo di armonizzare la struttura federale con la configurazione di un unitario potere sovrano. Secondo questa ricostruzione, la qualità di persona giuridica e di soggetto di diritto conferisce invero allo stato una propria volontà sovrana e peculiari attributi della sovranità, che non si esauriscono nella somma delle porzioni di sovranità degli stati membri²⁴. In questo senso Laband non sembra rifuggire del tutto, a mio avviso, dalla concezione dello stato come organismo, della quale propone peraltro una configurazione assai compatta, rifiutandone la lettura pluralistica e «comunitaria» di Otto Gierke, alla quale viene imputata la contraddizione logica di voler impiantare nella varietà del tessuto della società la fondamentale unità dell'organismo statale, laddove questa si caratterizza invece come una *Willenseinheit* capace di imporsi con poteri di comando e di coazione²⁵. Se peraltro Laband desume dalla soggettività giuridica dello stato la indivisibilità del potere statale ed il carattere assoluto della sovranità, che in quanto tale non tollera graduazioni o limitazioni²⁶, ciò non comporta il rifiuto del carattere pattizio della sovranità federale, poiché sono gli stati territoriali che, attraverso la loro unione, hanno elevato il *Reich* a titolare della sovranità²⁷. Balza qui evidente in tutta la sua pregnanza il significato politico-costituzionale della costruzione del dogma della sovranità statale, il quale si riverbera con tutta la sua forza non già, o non tanto, sugli stati membri, che non hanno perso il loro carattere statale né sono stati degradati al rango di

²² Come esattamente ritiene *K. Rennert*, op. cit., 28.

²³ Così ancora, in modo icastico, *O. Gierke*, *Labands Staatsrecht*, cit., 17.

²⁴ Cfr. *P. Laband*, *Das Staatsrecht*, cit., I, 57.

²⁵ Cfr. ancora *P. Laband*, op. ult. cit., I, 68 s.

²⁶ Si v. *P. Laband*, op. ult. cit., I, 72 s., 84.

²⁷ Cfr. *P. Laband*, op. ult. cit., I, 105.

«distretti di amministrazione», ma sulla posizione del popolo nella struttura federale del *Reich*. Su ciò viene in aiuto a Laband, al fine di mettere fuori gioco qualsiasi apertura a possibili sviluppi in senso democratico dell'assetto costituzionale e ribadire con decisione che non il popolo tedesco, ma gli stati membri costituiscono «il sostrato» del *Reich*, la premessa di metodo fondata sulla distinzione fra diritto e politica, fra il «processo storico» della fondazione del *Reich* e la «struttura giuridica» della sua costituzione. Se invero dal punto di vista della ricostruzione storica la fondazione del *Reich* fu opera di un popolo e degli sviluppi politici della sua storia, dal punto di vista dello *Staatsrecht* la costruzione dogmatica «deve limitarsi esclusivamente ai processi giuridicamente rilevanti». E nella considerazione di questi, non va trascurato che il popolo tedesco non si sarebbe manifestato nel processo fondativo del *Reich* come un'entità meramente politica e come «una massa non strutturata sotto il profilo costituzionale (*staatsrechtlich unorganisierte Masse*)», non come una «folla informe» o un «prodotto della natura», ma come un insieme di «popoli degli stati», e che, attraverso questo anello di congiunzione, gli stati hanno conquistato la legittimazione alla creazione del *Reich*, cui presero parte con atti riconducibili non ad una moltitudine unificata, ma alla «personalità degli stati». Di qui la conclusione, che rende evidente il retroterra politico del giuspositivismo, che «membri del *Reich*» sono esclusivamente gli stati, non i singoli cittadini, né tanto meno questi possono essere considerati globalmente come titolari del potere statale²⁸.

Fra le numerose conseguenze che Laband fece discendere da questa premessa, meritano di esserne segnalate tre in particolare. La prima riguarda la retrocessione del popolo e del territorio a «basi naturali» del *Reich*, assoggettate alla supremazia *giuridica* del potere statale²⁹. E conseguentemente, essendo l'appartenenza dei cittadini allo stato mediata dalla struttura federale, la sottoposizione al *Reich* degli stati membri trascina seco quella del loro «sostrato» costituito da «*Land und Leute*», ciò che implica non soltanto un ulteriore effetto di trascinamento della cittadinanza dello stato membro rispetto a quella del *Reich*, ma soprattutto che la cittadinanza stessa è fatta consistere nel mero «assoggettamento ad un'autorità sovrana (*obrigkeitliche Herrschermacht*)»³⁰. Con un capovolgimento speculare delle premesse filosofiche del liberalismo, l'antecedenza dei diritti rispetto ai poteri pubblici viene così completamente messa da parte, giacché i diritti politici ed il diritto elettorale sono «meri riflessi dell'ordinamento oggettivo del diritto pubblico», e gli altri diritti di libertà si configurano come «norme per il potere statale», che ne fissano competenze e limiti,

²⁸ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 96 ss.

²⁹ Così ancora P. Laband, op. ult. cit., I, 195 ss.

³⁰ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 137 ss.

non come diritti soggettivi, giacché, come tali, essi «sono privi di oggetto»³¹.

Un secondo corollario della costruzione labandiana della sovranità della persona statale riguarda l'organizzazione dei poteri. Su questo terreno, il retaggio del dualismo fra principio monarchico e principio rappresentativo costituiva un obiettivo impaccio alla costruzione del dogma della sovranità in termini fortemente accentrati. La ricostruzione labandiana si indirizza coerentemente al superamento di questa aporia, sebbene il concreto svolgimento storico-costituzionale del primo *Reich* ne abbia continuamente riproposto manifestazioni significative. È il superamento dell'antico dualismo avviene peraltro al prezzo della semplificazione di una ben altrimenti complessa realtà politico-costituzionale, degradando *Reichstag* e *Bundesrath* ad organi legittimati a dichiarare una volontà che diviene giuridicamente efficace solo attraverso il *Kaiser*³². In questo modo, in perfetta consonanza con gli obiettivi politici del blocco sociale conservatore prussiano, la sovranità del *Reich* viene impersonata nel e realizzata dal potere di imperio riconosciuto al *Kaiser* e, per il tramite di questo, ai suoi funzionari³³.

Da ciò deriva infine la sottovalutazione del principio parlamentare, la quale discende direttamente dalle premesse giuspositivistiche della costruzione labandiana, che privano in radice il *Reichstag* di un fondamento popolare legittimante. Un fondamento che esso rinviene invece unicamente nel diritto positivo, il quale configura a sua volta la funzione politica del cittadino non come permanente, ma legata al (ed esauritasi nel) puntuale atto di esercizio del diritto di voto («*einmaliger Akt*»)³⁴. Fra l'impianto giuspositivista ed il ridimensionamento del principio rappresentativo vi è dunque uno stretto collegamento, che segna una cesura netta rispetto alle coeve dottrine della supremazia della legge parlamentare elaborate in Francia e che risulta soprattutto evidente nella nota costruzione labandiana della distinzione fra legge formale e legge materiale³⁵. Lo spostamento del baricentro della funzione legislativa dal momento della deliberazione a quello dell'atto del *Kaiser* che sanziona la legge e la manifesta all'esterno deriva da una marcata accentuazione della imperatività della legge, riconducibile non al contenuto di essa (*Gesetzesinhalt*), ma al comando che la stessa esprime (*Gesetzesbefehl*): cosicché la sovranità dello stato si manifesta non attraverso «la produzione del contenuto della legge», ma nella sanzione che ad essa conferisce vigenza, e solo questa sanzione «è legislazione nel senso costituzionale (*staatsrechtlich*) della parola»³⁶.

³¹ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 151 ss.

³² Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 229 ss.

³³ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 298 s.

³⁴ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., I, 297 s.

³⁵ Per una puntuale collocazione storica di questa teoria v. E.W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, II ediz., Berlin 1981, 210 ss. (e part. 226 ss.).

³⁶ Cfr. P. Laband, op. ult. cit., II, 4 ss.

2. Il diritto e le manifestazioni della vita sociale: storicismo e Sozialrecht nella critica di Otto Gierke al giuspositivismo statualistico

Fra gli indirizzi critici del positivismo labandiano un particolare risalto merita quello rappresentato da Otto Gierke, che alla ricostruzione del complesso patrimonio di cultura e di storia del principio corporativo nel diritto germanico, rivendicandone, in contrapposizione sia alla tradizione romanistica che al giusrazionalismo illuministico, il peculiare radicamento nel tessuto della società, avrebbe dedicato la grandiosa ricerca su *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (1868-1913), pressoché coeva, nel suo sviluppo, dello *Staatsrecht* di Laband³⁷. A quest'ultima opera Gierke dedicò una importante recensione, che si presenta come un vero e proprio manifesto metodologico alternativo al positivismo labandiano³⁸. Gierke riconosce il progresso rappresentato dal tentativo di pervenire a individuare su basi scientifiche l'essenza del diritto, e concorda nell'assunto che l'autonomia del metodo giuridico rinvii ad operazioni di astrazione, le quali debbono peraltro poggiare sulla intuizione che la «sostanza» del diritto non risiede nella *Tatsache* ma nella *Vorstellung*, non è, cioè, fattuale ma ideale, e che il compito della scienza giuridica consista però nella «ricerca di un mondo ideale attraverso l'astrazione di questo dal mondo reale (*Untersuchung einer von der wirklichen Welt abstrahierten vorgestellten Welt*)», che viene, per così dire, isolato allo scopo di comprenderne «il contenuto di principio» e le sue «intrinseche connessioni»³⁹. Gierke contesta pertanto alle scuole positivistiche di voler ridurre il metodo giuridico ad un'operazione intellettualistica di «deduzione di concetti da altri concetti», innescando così un procedimento che rischia di girare a vuoto, dal momento che la logica formale è del tutto incapace di produrre concetti fondamentali innervati nella sostanza della vita reale, ed è pertanto insufficiente a guidare processi adeguati di formazione e di sviluppo dei concetti giuridici⁴⁰. A mettere a nudo le illusioni della dogmatica e le «chimere» di un argomentare del giurista basato su procedimenti logico-formali provvede, secondo Gierke, la storia, la quale dimostra la mutevolezza dei concetti giuridici e che si è appena in tempo a riconoscere «*ein herrschendes Dogma*» per dover constatare che esso è soppiantato da un nuovo dogma⁴¹.

Viene segnalata qui l'unilateralità della proposta metodologica di Laband, la quale trascura che lo *Staatsrecht* «scorre insieme» alla «vita» dello stato (*Staat-sleben*), e che, poiché questa è innervata di politica, «uno *Staatsrecht* comple-

³⁷ Si v., per questo passaggio, *F. Wiacker*, op. cit., II, 147 ss.; *E.W. Böckenförde*, *Gesetz*, cit., 210 ss.

³⁸ Se ne può leggere una sintesi efficace in *K. Rennert*, op. cit., 29 ss.

³⁹ Cfr. *O. Gierke*, *Labands Staatsrecht*, cit., 4-7.

⁴⁰ Cfr. *O. Gierke*, op. ult. cit., 10.

⁴¹ Così, molto efficacemente, *O. Gierke*, op. ult. cit., 3.

tamente impolitico è tanto poco verosimile quanto un'opera di storia freddamente oggettiva»⁴². In aperta polemica con la sopravvalutazione delle risorse di prestazione della logica formale, la quale risente dei «dogmi del razionalismo» e riduce la giurisprudenza ad operare su *apriori*, a questa Gierke assegna il compito di lavorare sul «dato del diritto positivo come realtà storica». Ciò che comporta inoltre che anche i concetti che la scienza giuridica elabora non hanno una validità puramente logica, ma una validità storica (*geschichtliche Gesetzmäßigkeit*)⁴³. L'attenzione che, come illustrerò fra poco, Gierke rivolgerà alla struttura organica del tessuto della società e la lettura societaria e pluralistica della tradizione dell'organicismo tedesco, che egli avrebbe proposto nella sua opera maggiore, sono inseparabili dall'approccio storicistico, o forse più esattamente storico-sociale, allo studio del diritto, opposto al positivismo labandiano come vera e propria alternativa metodologica. Il «presupposto primo» del metodo giuridico consiste nel «continuo apprezzamento» del rapporto di causalità sussistente fra il diritto e le manifestazioni della vita sociale. Ciò non vuol dire – precisa Gierke – confondere il diritto con la politica, ma avere necessaria consapevolezza della relazione «genetica» fra società e diritto e della conseguente «larghezza di orizzonti» della scienza del diritto dello stato, la quale non può fare a meno di prendere in considerazione le condizioni, anche di natura politica, sotto la cui influenza le norme e gli apparati concettuali dello *Staatsrecht* sono venuti ad esistenza e rispetto alle quali essi sviluppano la loro efficacia: fattori religiosi, etici, economici, sociali, trascurando i quali l'intero edificio del diritto «non è pensabile nel suo contenuto intrinseco». E se a Laband va imputato di non avere inserito la correlazione fra *Staatsrecht* e *Staatsleben* in un procedimento scientifico, e precisamente di non aver considerato il diritto nella sua «correlazione genetica con l'insieme delle manifestazioni della vita della società», ciò dipende per l'appunto da un difetto di comprensione della storicità del diritto. Il quale, in quanto prodotto della storia, solo alla luce di questa può essere investigato, sicché, in definitiva, il «metodo giuridico» non può che essere al contempo «metodo storico», se esso vuole corrispondere alle aspettative di una scienza che non smarrisca il raccordo con i fenomeni reali della società⁴⁴. A porre rimedio al pericolo che la sopravvalutazione dell'elemento logico proceda di pari passo con la «liquidazione» del rapporto fra il diritto vigente ed i suoi processi evolutivi non basta invero porre attenzione alla *Entstehungsgeschichte*, alle vicende storiche che hanno determinato in modo diretto la genesi di un determinato ordinamento. La storia deve invero penetrare in profondità nel «lavoro dogmatico quotidiano» e nella «coscienza» del giurista. Ed allora il compito di costruire il «nuovo edificio (*Neubau*)» del diritto

⁴² Cfr. O. Gierke, op. ult. cit., 8-9.

⁴³ Cfr. O. Gierke, op. ult. cit., 14-16.

⁴⁴ Cfr. O. Gierke, op. ult. cit., 17-18.