

RONALD CAR

La concezione dello Stato popolare (*Volksstaat*) nei giuristi tedeschi del tardo Ottocento

1. *Premessa*

Nella sua opera *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Maurizio Fioravanti ha definito «statualismo» la corrente di pensiero giuspubblicistico dalla quale si sviluppò la nuova idea di Stato affermatasi con la fondazione del *Bismarckreich*. L'autore ne ha offerto un ritratto di inoppugnabile precisione: «un concreto modello socio-politico», in base al quale «la società civile borghese non trova i propri momenti di mediazione, e di aggregazione del consenso, nei partiti politici, nelle associazioni di produttori, nelle formazioni politiche locali, ma esclusivamente nella capacità di controllo, e di direzione, dello Stato esistente, nell'efficienza della burocrazia prussiana, e poi tedesca».¹ Lo statualismo, precisa Fioravanti, non nasce improvvisamente, ma «è il coerente risultato della precedente fase organicistica, vista nel suo aspetto conservatore, di opposizione ad una totale emancipazione della società civile dallo Stato. La continuità è fornita, per tutto il secolo, dalla paura della rivoluzione sociale, della ribellione della società civile allo Stato nella forma della rivoluzione francese, del prevalere dei conflitti economici sulle tradizionali mediazioni etico-politiche».²

Accogliendo appieno il giudizio sulla tendenza statualista della Germania dell'epoca, questo saggio intende approfondirne un derivato specifico: il concetto ambivalente di *Volksstaat*, nell'accezione che ne diedero gli

1. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979, p. 256.

2. *Ibidem*.

esponenti della scienza giuridica, distinguendola da quella proposta dagli autori del nascente discorso socialdemocratico. Nel 1869 (Programma di Eisenach del Partito socialdemocratico) e nel 1875 (Programma di Gotha), Liebknecht e Bebel ricorsero infatti al termine «Stato popolare» al fine di imprimere un connotato “democratico popolare” alla propria prospettiva costituzionale (da intendere come rifiuto sia dell’autoritarismo monarchico, sia del parlamentarismo liberale), premettendogli l’aggettivo «libero» (*freie Volksstaat*).³ Declinato invece come «Stato popolare tedesco» (*deutsche Volksstaat*), esso tendeva ad oscurare – se non addirittura cancellare del tutto – il valore ideale del costituzionalismo quale fondamento legittimante dell’ordinamento politico, al cui posto subentrava il richiamo collettivizzante e interclassista della comunità nazionale.

Quale elemento caratterizzante del discorso statualista, «Stato popolare» designa una connessione “organica” tra lo Stato e la società, nel senso di un’«organizzazione statale della società», in opposizione ad una emancipazione della società civile dallo Stato. Ne nasce un concetto di Stato sconosciuto alla dottrina monarchico-costituzionale dell’Ottocento, in cui il primato della costituzione (inteso come momento di riconciliazione tra la società borghese e il trono) è sostituito dal primato della volontà unitaria della personalità giuridica dello Stato, che si autoattribuisce la capacità di rappresentare con immediatezza l’unità del popolo tramite l’organo portatore (*Träger*) della sovranità. Il portato politico del concetto di «Stato popolare» adottato con la fondazione del Secondo Reich e il perdurare del suo ascendente sulla *Allgemeine Staatslehre* si riveleranno capaci di traghettare l’influenza oltre il crinale monarchia/repubblica – inteso nei termini ideali strutturatisi con la Rivoluzione francese – anche nella definizione

3. In senso democratico-repubblicano il termine era stato adottato sia dall’ADAV (Associazione generale tedesca dei lavoratori) guidata da Ferdinand Lassalle, sia dal Partito social-democratico (SDAP). Dalle dichiarazioni di Lassalle si desume che l’obiettivo ultimo dell’azione politica dell’ADAV era la fondazione di uno Stato popolare tedesco (*deutsche Volksstaat*), ossia di uno Stato nazionale rigidamente centralizzato e dominato dalla classe operaia attraverso la democrazia diretta. Quanto alla SDAP, il termine appare nel primo punto del Programma di Eisenach del 1869 e va inteso come “Stato democratico” («Il partito socialdemocratico dei lavoratori aspira alla fondazione di un libero *Volksstaat*»; ripreso nel Programma di Gotha del 1875 e criticato da Marx (il quale considera contraddittoria la locuzione di “Stato libero”); il termine non appare più nel Programma di Erfurt, redatto nel 1891 da Karl Kautsky ed Eduard Bernstein, i quali lo sostituiscono con l’espressione «autogoverno del popolo». Per i testi programmatici della SDAP da Eisenach a Erfurt si veda *Deutsche Parteiprogramme seit 1861*, a cura di W. Treue, Musterschmidt, Göttingen 1954, pp. 69 sgg.

dello Stato tedesco nei decenni successivi alla caduta degli Hohenzollern.⁴ Avendo sostituito il costituzionalismo con il primato dell'unità del popolo immediatamente riflessa (ossia, senza bisogno di mediazioni di tipo contrattualistico) nella volontà unitaria della personalità giuridica dello Stato, per la dottrina costituzionale tedesca si sarebbe aperto allora il problema di individuare tale unità: come scrive Maurizio Ricciardi, in quanto momento fondante della possibilità stessa della forma politica, «il problema della presenza dell'unità del popolo e della sua rappresentazione come totalità è in definitiva il problema attorno al quale si affanna la dottrina giuridica dello Stato di Weimar [...] dopo la perdita traumatica dell'omogeneità sostanziale e simbolica che al popolo veniva in precedenza attribuita».⁵

2. *Stato costituzionale e Stato popolare*

La nuova idea di Stato, nata dal suo abbinamento con la comunità nazionale, doveva sopperire all'antitesi tra lo Stato e la società civile: il fronte nazionale-liberale dell'epoca della fondazione del Reich ne appare convinto al punto di accantonare le proprie riserve nei confronti di Bismarck. Laddove, secondo la lettura hegeliana di Rudolf von Gneist, l'assalto delle forze sociali allo Stato monarchico (l'«organizzazione sociale dello Stato» tentata con la rivoluzione del 1848) non aveva generato che conflitto tra contrapposti interessi particolari, la politica “nazionale” del ministro presidente prussiano prometteva l'istituzione di uno Stato tedesco in grado di connettere organicamente Stato e società, ma nel senso di un'«organizzazione statale della società».⁶

4. Con il predominio del Partito socialdemocratico a seguito degli eventi intercorsi nell'inverno 1918-1919, il termine riappare quale componente qualificante dei nomi ufficiali degli Stati membri della Repubblica di Weimar: Volksstaat Hessen, Freie Volksstaat Württemberg, Freie Volksstaat Bayern (solo durante il governo di Kurt Eisner), per essere cancellato con l'avvento del nazismo.

5. M. Ricciardi, *Linee storiche sul concetto di popolo*, in «Annali dell'istituto storico italo-germanico in Trento», 16 (1990), pp. 303-369.

6. La contrapposizione tra «staatlicher Ordnung der Gesellschaft» e «gesellschaftlicher Ordnung des Staates» – quest'ultima ravvisata come dottrina riconducibile al costituzionalismo francese e alle teorie di John Stuart Mill –, è espressa da Gneist in termini rigidamente antitetici in *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, Springer, Berlin 1869, pp. 2-3. Sull'interpretazione delle radici hegeliane della teoria dello Stato di Gneist cfr. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zum Höhe des staatsrechtlichen Positivismus* (1957), Duncker & Humblot, Berlin 1981, pp. 159-164.

Più che al nazional-liberale Gneist, però, il trionfo di Bismarck aprì le porte all'egemonia di un pensiero giuspubblicistico dichiaratamente antiliberalista, come quello di Carl Friedrich von Gerber. Quale rettore dell'Università di Tübingen, Gerber ebbe di diritto un seggio alla Seconda Camera del Regno di Württemberg e conseguentemente fu innalzato a dignità nobiliare. Nel 1865 fu chiamato dall'Università di Lipsia e due anni più tardi partecipò alle sedute del Reichstag costituente come uno dei 23 rappresentanti del regno sassone, dalla maggior parte dei quali si distingueva per l'atteggiamento filoprussiano e in particolare filobismarckiano. Le lettere inviate in quei giorni alla consorte rivelano le concezioni politiche e sociali dell'allora quarantatreenne giurista: disprezzo per il liberalismo, il parlamentarismo e i deputati di origine ebraica («accaniti e furenti democratici»), «rossi», «maestri di scuola ebrei» che «canticchiano le loro misere stupidaggini ad un'aula completamente vuota») e reverenza per gli esponenti dei ceti tradizionalmente dominanti (nobiltà e gli alti ufficiali). Sopra tutti svetta la «grande figura eroica di Bismarck»: «un leone in balzo», «demoniaco», «terribile»; un discorso del futuro Cancelliere gli ispira la sensazione che si stiano «decidendo le sorti del mondo».⁷

Quale fosse il ruolo che agli occhi del fondatore del nuovo diritto pubblico spettava alla rappresentanza popolare all'interno della struttura statale, lo illustra il passo della lettera in cui dichiarò incomprensibile e «altamente preoccupante» che altri «sassoni potessero votare contro i loro ministri».⁸ Per Gerber, il compito di un deputato era la promozione degli interessi del proprio Stato e questi «sono ora garantiti solo dal governo prussiano e non in Parlamento». L'egemonia prussiana all'interno del nuovo Stato unitario era giudicata legittima poiché avrebbe permesso «la realizzazione dell'antica idea nazionale dell'unità tedesca, connessa con la forza rivalizzante e unificante della Prussia». Lo Stato nazionale unitario, difatti, non interessava a Gerber come un fine in sé: il nuovo Reich doveva edificare le proprie basi sulla struttura «governamentale» e militare prussiana per poter ergersi a Stato-potenza. Quale battesimo di fuoco consono per questo nuovo soggetto collettivo mosso da volontà di potenza, egli auspicava un conflitto militare con la Francia, non solo per le necessità

7. Sulla corrispondenza di Gerber dal Reichstag costituente cfr. C.-E. Bärsch, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre und seine theoretischen Implikationen*, Duncker & Humblot, Berlin 1974, pp. 64-66 e W. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, Mohr, Tübingen 1993, p. 154.

8. *Ibidem*.

contingenti di politica estera (che in certa misura costituivano piuttosto una razionalizzazione dell'impeto di autorappresentare la forza nazionale), ma in primo luogo per il valore simbolico del trionfo sul popolo storicamente rivale: «tutto sommato, il momento attuale sarebbe molto favorevole per la Prussia. Il conflitto è comunque inevitabile. La questione è chi sarà il primo in Europa, la Francia o la Germania».⁹

Publicati ai primordi della disfatta dell'opposizione liberale prussiana (1865), i *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* di Gerber muovevano pertanto non a caso dal rifiuto di assumere il diritto naturale quale base per i rapporti tra l'individuo e lo Stato e stigmatizzavano il liberalismo come mera «ideologia».¹⁰ Per sottolineare, di contro, il carattere scientifico e non ideologico delle proprie posizioni, Gerber ricorse alla metodologia giuridico-formale sviluppata nell'ambito del diritto privato. I fondamenti teorici della dottrina che non si prestavano ad un'egualmente «scientifica» analisi logico-giuridica furono relegati dall'autore nell'introduzione, nelle note e negli «allegati» dell'opera.¹¹ Nonostante si caratterizzasse per l'impostazione positivista, la dottrina di diritto pubblico di Gerber è perciò fortemente determinata dalla premessa pregiuridica sulla «natura» dello Stato; per quanto egli sottolineasse che tale natura non è «in alcun modo adatta ad essere riconosciuta come una caratteristica giuridica dello Stato», la sua dottrina del giuspositivismo si strutturava proprio sulla «sostituzione di argomentazioni filosofiche con rappresentazioni vitalistico-naturalistiche»¹² dello Stato.

9. *Ibidem*.

10. Occorre precisare che il carattere ideologico, quindi non scientifico, del liberalismo è condannato da Gerber già nell'opera del 1852, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen 1852, pp. 101-107.

11. In questo senso anche Peter von Oertzen, la cui interpretazione del pensiero di Gerber è fondata su un esplicitamente arbitrario rapporto con le fonti, giacché «le formulazioni più acute e originali di Gerber sono da cercare nelle note»; cfr. P. von Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissenschaftssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1974, p. 193. Dell'avviso contrario è Volker Hartmann, per il quale la «teoria stessa deve servire per la sua valutazione e non il modo prescelto per la sua esposizione»; cfr. V. Hartmann, *Repräsentation in der politischen Theorie und Staatslehre in Deutschland. Untersuchung zur Bedeutung und theoretischen Bestimmung der Repräsentation in der liberalen Staatslehre des Vormärz, der Theorie des Rechtspositivismus und der Weimarer Staatslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1979, p. 135.

12. Cfr. U. Scheuner, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag*, a cura di K. Hesse, S. Reicke, U. Scheuner, Mohr, Tübingen 1962, p. 233.

Per Gerber, il diritto pubblico non ha lo scopo di mettere in dubbio il contenuto della volontà regia perché non è il diritto a fondare il dominio della monarchia, ma viceversa, è «il significato politico-sociale» di questa ad essere colto dall'analisi giuridica. Il diritto non fa che dare «la sua sanzione formale ad una situazione di fatto»,¹³ ossia esso sancisce in via accessoria la natura pregiuridica di un dominio regio radicato nel «suolo» (*Boden* – inteso come sostrato naturalistico della comunità popolare), con il solo fine di definire, organizzare meglio e così facendo rafforzare la “base” politica preesistente. Il giurista ha quindi il compito di tradurre questo “referto” naturale in un codice giuridico costruendo le categorie di “dominio”, “sottomissione” e “legge”. La costituzione stessa, allora, non può porsi come un «recinto per il potere dello Stato», «un apparato costringitivo che frena il potere dall'esterno»: ¹⁴ la costituzione, come il diritto, è un prodotto del potere statale, il quale, «nel suddividersi, modificarsi e completarsi, agisce su sé stesso». ¹⁵

Come è stato a ragione osservato, con un siffatto concetto di Stato e di costituzione, Gerber intendeva «svincolare il diritto dalle implicazioni politiche e sociali per farne una costruzione sistemica di concetti astratti e delle loro connessioni formali», al fine di conferire allo Stato «la forma determinata da un punto di vista monarchico-conservatore». ¹⁶ Concretamente, si trattava di affermare che il nocciolo del concetto di Stato risiede nel momento del dominio e che il rapporto di appartenenza dell'individuo a questi consiste in un complesso di doveri; una volta riconosciuta la validità scientifica di tali premesse, sarebbe stato «segno di debolezza e di ridicolo sentimentalismo schermirsi di fronte al termine “suddito”». ¹⁷

13. C.F. von Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Tauchnitz, Leipzig 1865, p. 45.

14. *Ibidem*, p. 31.

15. *Ibidem*, p. 13.

16. Scheuner, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen*, pp. 226 sgg.; che tali concetti, prosegue l'autore, «siano stati recepiti dalla costituzione democratica superando due sconvolgimenti rivoluzionari, per cui persistono tuttora simili rappresentazioni riguardo al dominio, al rapporto tra i poteri, al potere costringitivo della legge, agli organi immediati o organi costituzionali, è comprensibile solo se si richiama a mente in quale misura questo mondo politico tardo-costituzionale abbia plasmato la borghesia tedesca». L'opinione di Scheuner appare suffragata dalle conclusioni cui giunge Claus-Ekkehard Bärsch, secondo cui «al concetto di Stato di Gerber e Jellinek si sono riferiti nei propri scritti i seguenti autori: Anschütz, Baumgarten, Forsthoff, Giese, Hatschek, Koellreutter, Laun, Leibholz, Nawiasky, Sauer, Richard Schmidt, Carl Schmitt, Richard Thoma e Heinrich Triepel»; Bärsch, *Der Staatsbegriff in der neueren deutschen Staatslehre*, p. 44.

17. Cfr. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, p. 20.

La teoria dello Stato di Gerber non rappresentava un'elaborazione della costituzione della Confederazione del Nord, né di quella, successiva, del Reich, che, anzi, temporalmente precedette di due anni. Ma con la promulgazione della costituzione ideata da Bismarck, la teoria di Gerber non solo veniva innalzata a dottrina quasi ufficiale del nuovo Impero, ma risultava anche capace di uscire dal mondo delle dottrine per incarnarsi nella nuova realtà costituzionale, della quale al contempo offriva la legittimazione. Per il monarchico Gerber si trattava di contribuire alla stabilità del nuovo ordinamento, il quale, a differenza dell'epoca precedente in cui il rapporto tra l'ordine costituito e il pensiero costituzionale era segnato da continue tensioni, poteva ora contare sul sostegno della dottrina giuspubblicistica.¹⁸

Il punto cruciale che permetteva tale risultato politico consisteva nella pretesa identità – di cui è permeata l'opera di Gerber – tra la volontà monarchica e quella popolare. Per poter sostenere tale identità, il giurista si decise a ricorrere all'interpretazione organicistica al fine di inserire il concetto di Stato nel campo semantico dei termini *Gemeinschaft* (comunità) e *Gemeinwesen* (essere unitario). Il concetto di “organismo” compare infatti in Gerber quale «mezzo per rilevare la natura più profonda dello Stato moderno», benché l'autore si affretti a precisare che si tratta di una «parola mistica», non di una proposizione scientificamente elaborata;¹⁹ «la descrizione dello Stato come di un organismo non è altro», assicura egli, «che una raffigurazione della fattispecie naturale che presuppone ad un'interpretazione giuridica», non diversamente dalla famiglia che preesiste alla sua costituzione giuridica.²⁰ Non di meno, la natura organicistica conferisce allo Stato un ruolo gravido di conseguenze: quello del «portatore di un interesse unitario».

18. È utile ribadire la riflessione di Maurizio Fioravanti a tale proposito: «È certamente vero che il “giuridico” di Gerber era funzionale al disegno bismarckiano, diretto a favorire la sua attuazione, ma è altrettanto certo che non esistono due tempi, quello della decisione politica e quello della sua copertura ideologica tramite lo strumento del diritto, ma la totalità di un processo storico, nell'ambito del quale la scienza giuridica gioca un ruolo di primissimo piano»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, p. 261.

19. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, pp. 218-219.

20. *Ibidem*, p. 221; in questa presupposizione di Gerber del dato naturale alla normazione giuridica Walter Pauly ravvisa l'influenza del suo maestro Puchta. Il legame popolare è, affermava Puchta nel primo volume del *Cursus der Institutionen* del 1841, un legame «naturale e pertanto un legame tra uomini, non tra persone, in altre parole: non è un rapporto giuridico»; tuttavia, esso si configura anche «come un aspetto giuridico, diventa un legame tra persone», quindi uno Stato, giacché esso è la «base naturale» di una comunità popolare. Cfr. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, pp. 108-109.

Difatti, il concetto di “organismo” utilizzato da Gerber sembra solo a prima vista accostare la sua teoria a quella degli autori che avevano guidato il dibattito politico-costituzionale del *Vormärz*. Per costoro la visione organicistica del corpo sociale rifletteva l’immagine di una società statica, composta dalla monarchia, dal ceto dei funzionari, dai restanti ceti, dalle comunità rurali e dalle città. L’apparato statale, ordinato anch’esso prevalentemente secondo le suddivisioni cetuali e **corporali [sic?]**, costituiva poco più di una parte di un organismo sociale autoamministrato. Combattuto tra concezioni romantiche e istanze tecnocratiche, ancora nel 1859 Gerber rifiutava di equiparare la persona giuridica ad un organismo, preferendo ricorrere ad un’immagine probabilmente più confacente al suo pensiero, ma dall’attrattiva decisamente minore, quale quella di un «meccanismo, una macchina giuridica». ²¹ Nel 1865, con i *Grundzüge* l’autore si decise infine per il concetto di organismo, conferendo però a quest’ultimo un’interpretazione inedita, definibile come una sintesi “tecno-romantica”: da «organismo diffuso», lo Stato muta in «associazione fondata sulla volontà» del popolo, che pone la società sotto un «dominio illimitato». ²² Acquisendo una posizione di piena autonomia nei confronti dei legami sociali, lo Stato “organico” è chiamato a pianificare e organizzare permanentemente la vita della comunità popolare; questa, a sua volta, riconosce allo Stato non solo l’idoneità giuridica, ma anche una competenza ritenuta universalmente valida nel far fronte agli «interessi generali». ²³

Lo Stato è infatti per Gerber «la forma giuridica per la vita complessiva di un popolo», esso è il mezzo per la realizzazione dell’interesse generale del

21. L’espressione è tratta dalla lettera di Gerber al collega ed amico Jhering, dell’11 febbraio 1859, ripresa in Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, p. 138.

22. Il senso di tale formula non differisce nella sostanza da quanto Maurizio Fioravanti esprime come il superamento dell’organicismo nello statualismo: Gerber è, sostiene Fioravanti, «legato al vecchio organicismo, e, nello stesso tempo, ben al di là dei suoi tradizionali confini. Proponendo l’idea della personalità giuridica dello Stato, egli afferma la separazione di Stato e società civile, fondandola, però, sull’assorbimento della seconda nel primo: egli supera, dunque, la tradizione organicistica, nello stesso tempo confermandola. [...] L’identificazione di Stato e popolo non è più data in *rerum natura*, come nel vecchio organicismo, ma conseguita tramite il ruolo attivo dello Stato medesimo, che assorbe tutte le energie della vita sociale. [...] In *rerum natura* lo Stato è una collettività etico-politica fondata su certi valori storicamente consolidati, giuridicamente esso è un soggetto dotato di personalità e di volontà di dominio»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 256-258.

23. Cfr. P. von Oertzen, *Die Bedeutung C.F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung*, pp. 64-69 e 206-207.

popolo: nello Stato «il popolo si innalza alla coscienza giuridica unitaria e edifica la propria volontà» che poi si esprime nella volontà di potenza dello Stato.²⁴ Ma per “popolo”, Gerber non intende la cittadinanza effettivamente presente ed agente – la cui volontà sarebbe empiricamente verificabile –, bensì «il tutto spiritualmente unito nella comunità storica, di cui la generazione attualmente vivente esprime solo il momento presente».²⁵ Ponendo tale concetto di “popolo”, dal contenuto indistinguibile e insindacabile, a fondamento unitario dello Stato, Gerber deduce che la volontà dello Stato coincide con la volontà del popolo. Ma, quest’ultima è intesa però solo come volontà unitaria, come «base obiettiva», senza riguardi e, anzi, contrapposta alla concreta partecipazione del singolo ai processi decisionali, ravvisata come “soggettiva” e relegata al diritto privato. Se il sistema giusprivatistico poggia sulla «capacità della volontà individuale di scegliere e di decidere», nella sfera pubblica l’elemento della “volontà” – indispensabile affinché si possa sostenere la natura giuridica dei rapporti – è presente, «ma non come espressione della volontà della persona intesa come individuo, bensì come membro di una comunità circoscritta, ossia dell’unione popolare».²⁶

Ne consegue l’identificazione tra Stato e popolo, la quale a sua volta conduce la riflessione di Gerber verso il concetto di Stato popolare organico – *organischer Volksstaat*²⁷ – contrapposto allo Stato patrimoniale

24. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, pp. 1-3.

25. *Ibidem*, p. 226.

26. *Ibidem*, p. 29. «Si può allora comprendere», rilevava Fioravanti, «il continuo ricorrere delle nozioni di *Volk*, e di spirito popolare, nell’opera di Gerber: è proprio su di esse, nella loro accezione organicistica dominante in Germania nel corso dell’Ottocento, che egli, coerentemente, fonda il suo statualismo, poiché da quel *Volk* non nascono tensioni partecipative, esso non è un soggetto rivendicante alcunché nei confronti delle strutture statuali, ma costituisce, invece, ideale substrato “naturale” dello Stato medesimo»; e più avanti, a proposito del rapporto Stato-popolo prospettato da Gerber: «è nel momento in cui questo rapporto viene posto in termini di “naturale” identificazione, ed il *Volk* viene considerato esclusivamente nel suo aspetto di comunità depositaria di valori storico-culturali, e non nella sua dimensione di soggetto pluralisticamente articolato secondo differenziati, e contrastanti, interessi socio-economici, che si creano i presupposti di un’estrema debolezza della società civile di fronte allo Stato, il quale, nella sua dimensione di Stato-persona [...] si trova ad essere inevitabilmente il centro assoluto della collettività, il suo necessario interprete»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 263 e 267.

27. L’opera di Gerber è stata duramente criticata dagli esponenti del pensiero giuspubblicistico coevo fedeli alla dottrina organicistica tradizionale, in particolare da C.V. Fricker e H. Schulze, proprio in merito a questo punto. Se al posto dell’organismo sociale complessivo, obiettava Schulze, si innalza ad unico soggetto del diritto pubblico lo Stato (il

dell'epoca precedente.²⁸ Il potere dello Stato non necessita più della presenza concreta del monarca,²⁹ lo Stato

esiste piuttosto per sé, e nient' affatto come una presenza puramente concettuale, bensì come un essere fondato su una base naturale, ossia il popolo; non gli si può imporre artificiosamente di simulare una volontà estranea; al contrario, esso ha una volontà propria nello spirito morale del suo popolo orientato alla vita dello Stato. Questo potere dello Stato esiste in sé e per sé, esso è una realtà e perciò si presta alla determinazione scientifica.³⁰

Nel prosieguo della lunga nota, Gerber si premurava di fugare i dubbi che tale «impostazione poggiasse sui principi della sovranità popolare» o che «intendesse degradare il monarca al ruolo di “funzionario”». ³¹ Ma no-

quale, essendo “popolare” ha inglobato in sé il popolo), un siffatto Stato è sì una “persona giuridica”, ma risulta essere l'unica persona presente nel sistema e le sue azioni non possono di conseguenza essere intese come rapporti giuridici, giacché questi sono pensabili solo come rapporti interpersonali. Analogamente per Fricker, se il complessivo potere statale non è altro che un rapporto di dominio tra un soggetto (lo Stato) ed un oggetto su cui agisce la volontà di questi, «allora non vi è più alcun diritto nello Stato». Secondo loro, invece, in primo luogo andava dedotto dal concetto di organismo un sistema dei soggetti del diritto, per poi individuare in un secondo momento a tali soggetti i loro diritti all'interno dell'ordinamento giuridico. Nella costruzione di Gerber il procedimento risulta invertito: l'esistenza dei soggetti si pone in essere in base ai diritti che a loro vengono elargiti da parte dell'unico soggetto (ossia dallo Stato-persona giuridica) la cui esistenza è postulata teoricamente – si potrebbe dire per via di un insediamento autopoietico. Sul punto cfr. Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, pp. 164-165.

28. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, pp. 9-10.

29. Su tale aspetto Gerber rettifica quanto invece aveva sostenuto nell'opera *Über öffentliche Rechte* del 1852, in cui la volontà del monarca era fondata su una base di legittimazione indipendente ed esterna al popolo; cfr. p. 52.

30. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, p. 20.

31. *Ibidem*, pp. 20-21. Per Oertzen, esso conduce Gerber verso «la fonte della teoria sulla sovranità popolare» e, per le concezioni dell'epoca, andrebbe ritenuta, sempre secondo Oertzen, di tendenza democratica; cfr. Oertzen, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, pp. 70 e 181-183. L'audacia di tale valutazione di Oertzen (che gli ha valso numerose critiche fondate sull'indubbia obiezione che il ricorso al concetto di *Volk* derivante da Savigny non va confuso con “sentimenti romantici”) va interpretata alla luce della sua impostazione metodologica generale, ossia che «ogni fenomeno spirituale è un momento dell'insieme storico-sociale di un'epoca, posto in un specifico rapporto con esso e con altri momenti dell'insieme. Ma tale rapporto è di rado univoco; specialmente gli elementi formali del pensiero possono tendere verso direzioni del tutto opposte rispetto agli elementi sostanziali di questo»; cfr. Oertzen, *Die Bedeutung C.F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, p. 188.

nostante egli assicurasse che la sua interpretazione dei diritti del monarca sarebbe bastata per confermare la sua adesione ai principi monarchico-costituzionali, il punto rimane a maggior ragione contraddittorio.³²

In un breve articolo del 1865, Gerber aveva collocato con precisione il «punto di svolta storico-culturale» in cui lo Stato patrimonial-cetuale si era trasformato irrevocabilmente in «Stato popolare organico»: dal mutamento rivoluzionario della vita statale avviatosi alla fine del Settecento «l'intero popolo è maturato in una comunità articolata, in una personalità cosciente di sé, che unisce nel suo cuore il potere del suo governo e tutte le forze nazionali».³³ L'accento posto sulla maturazione politica del popolo e la conseguente capacità di azione popolare sul piano del diritto pubblico, situa Gerber in contrasto non solo con la dottrina dello Stato a lui anteriore, ma anche con la successiva riduzione dello spazio pubblico operata dalla scuola giuridico-formale di Laband. Gerber, però, evita di trarre le conseguenze ultime da tali premesse: la «volontà popolare», appena evocata, «non deve essere intesa come un riconoscimento del principio della sovranità popolare».

32. Le contraddizioni generate dal tentativo di Gerber di legare assieme il popolo e la monarchia valsero a questi l'accusa di Carl Schmitt che ciò fosse indicativo di un «metodo votato all'elusione dei principi politici» che «esprimeva appieno la struttura politica interna dell'Impero bismarckiano e la sua costituzione, i quali si possono interpretare solo come un sistema di decisioni eluse». Muovendo da questa posizione di «compromesso dilatorio tra la monarchia e la democrazia», secondo Schmitt (che non si riferisce espressamente a Gerber, bensì alla scuola giuspositivistica nel suo complesso), la dottrina giuspubblicistica ha eliminato pezzo per pezzo il valore tradizionale della monarchia, ad esempio inventando la persona giuridica «per spossare il monarca». Sulle critiche di Schmitt, tratte dagli scritti su Hugo Preuß del 1930 e *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches* del 1934, si veda Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus*, pp. 35-36. L'ambiguità delle posizioni basilari di Gerber è inoltre accresciuta dal fatto che nella prefazione alla terza edizione dei *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* del 1880 egli nomina esplicitamente quale successore della sua opera di analisi del diritto pubblico tedesco Paul Laband, le cui posizioni riguardo alla teoria dello Stato risultano però fermamente ancorate all'identificazione tra Stato e governo e non, come nel caso di Gerber, tra Stato e popolo. Sembrano queste le ragioni della problematica collocazione di Gerber nella storiografia costituzionale: per Ernst-Wolfgang Böckenförde, egli sarebbe un autore «di passaggio»; Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, pp. 206-208. Tale parere, benché non ulteriormente sviluppato, illustra in modo opportuno la compresenza di influenze derivanti da contesti differenti nel pensiero di Gerber: da quello, niente affatto positivisticò, di Friedrich Julius Stahl, a quello di Savigny e Puchta.

33. Cfr. C.F. von Gerber, *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete*, in «Zeitschrift für Deutsches Staatsrecht und Deutsche Verfassungsgeschichte», 1 (1865), p. 5, cit. in Oertzen, *Die Bedeutung C. F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, p. 194.

Per giustificare la distinzione tra “volontà popolare” e “sovranità popolare”, escogitata per allontanare il sospetto di un tradimento dei principi del conservatorismo monarchico, Gerber si richiama a Friedrich Julius Stahl, in particolare alla sua opera *Rechts- und Staatslehre*³⁴. Era stato il padre del “principio monarchico”, difatti, a identificare la sovranità con il potere dello Stato, e questo – a sua volta – con l’autorità del potere governativo. Era stato sempre Stahl, inoltre, a imporre nella dottrina dello Stato dell’epoca il dogma secondo cui il potere dello Stato deve “incarnarsi” in un portatore (*Träger*) personale, di norma identificato nell’autorità governativa. In modo simile, per Gerber, il popolo è sì dotato di volontà, ma solo in virtù del fatto di essere ricondotto all’unità nello Stato; di conseguenza la volontà popolare si esprime come volontà dello Stato. Questa, a sua volta, è espressa dal monarca che incarna la personalità astratta del potere statale; sicché, nonostante lo Stato patrimoniale fosse sostituito da quello popolare, chi di fatto domina in ultima analisi è il monarca.

Inoltre, accostando il momento volontaristico che fonda e al contempo legittima lo Stato nazionale alle sovrapposizioni operate da Stahl tra Stato e potere governativo, Gerber giunge a riconoscere la “vita” dello Stato popolare esclusivamente nel momento del “volere” governativo, vale a dire nell’atto del governare. La funzione di legiferare si riduce a solo una delle modalità di espressione di tale agire: precisamente, il legislatore – che non può porsi come un’espressione autonoma della volontà statale, poiché non è in sé una persona giuridica – non fa che “rendere noto” il contenuto della volontà dello Stato sotto forma di norme astratte.³⁵ Unendo tale idea della “vita statale” alla concezione dello Stato popolare fondata sul mitizzato

34. Cfr. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, cit., p. 21 n. Come è stato rilevato da Ulrich Scheuner, lo stesso Stahl «non era in grado, dalla sua impostazione teistica, di fondare in sé lo Stato evitando del tutto il rapporto con il popolo, pur non vincolandolo all’effettiva volontà popolare»; il che per Stahl comportò, secondo l’autore, un inevitabile discostamento dal principio monarchico. Cfr. Scheuner, *Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre*, p. 232.

35. Come notava Fioravanti, «se la legittimità delle Camere quale organo dello Stato è fondata sul fatto che lo Stato medesimo è espressione “naturale” del popolo, allora il compito della *Volksvertretung* sarà quello di “aiutare” questo processo organico di identificazione tra Stato e popolo, di non rappresentare elemento di “contraddizione”, nel senso della *Beschränkung der Staatsgewalt*, ma di operare in *Mitwirkung* con essa», giacché con l’attività parlamentare «non si rappresenta qualcosa di esistente al di fuori dello Stato, di fronte al quale, esso, nella persona del monarca, debba rispondere, ma semplicemente l’aspetto *volksgeistlich* dello Stato medesimo, il quale, invece, nel momento essenziale, “giuridico”,

“volere del popolo”, ne risulta un potere dello Stato in via di principio illimitato e inconciliabile con la rappresentazione classica della monarchia costituzionale immaginata come rapporto dualistico tra il monarca e la rappresentanza popolare.

Venuto meno il ruolo autonomo di un parlamento capace di imporre dei limiti alla volontà del monarca, Gerber trasferisce la funzione di controllo sul contenuto materiale del comando governativo dalla sfera giuspubblicistica a quella della «coscienza nazionale» del re. Infatti, il diritto pubblico concentra l'attenzione sui rapporti formali tra le volontà del monarca, dei funzionari e dei sudditi; quanto al contenuto della volontà regia, il diritto non se ne occupa, giacché questa «può essere intesa come volontà generale», in quanto egli «non agisce come individuo», bensì «come monarca, vuol dire con la consapevolezza che il popolo ottiene in lui la personalità, quindi come il membro supremo dell'organismo».³⁶ La validità degli atti governativi è così presupposta *a priori* sulla base di quest'immaginaria volontà generale espressa dal re per conto del popolo.

Simmetricamente, i diritti degli individui risultano spogliati di una chiara formulazione giuridica, poiché anch'essi sussistono solo in base alle necessità dell'unione organica dalla quale derivano (non a caso, Gerber fu tra quanti si opposero all'inserimento dei diritti fondamentali nel testo della costituzione dell'Unione). Il singolo suddito partecipa – per esprimere l'idea con un linguaggio vitalistico – quale minuscola particella del nuovo organismo alla “vita” della comunità, ma in cambio abdica a qualsiasi ipotesi di rivendicare la propria volontà autonoma nei confronti dello Stato: «disponendo del proprio diritto di dominio, lo Stato esige che il cittadino si sottometta ai suoi legittimi enunciati di ogni forma e che dimostri obbedienza».³⁷

3. Organismo e comunità

Dal momento del collasso del Secondo Impero (al quale non a caso seguì la caduta in disgrazia della sua semiufficiale dottrina giuspositivistica dello Stato), la teoria “comunitaria” del diritto pubblico di Otto von Gier-

di espressione di volontà, si identifica col monarca»; Maurizio Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 270-271.

36. Gerber, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, pp. 45-46.

37. *Ibidem*, p. 45.

ke fu intesa come alternativa a quella fino allora dominante di Gerber e Laband, contrapposta nettamente ad essa sia nel metodo, sia negli scopi prefissati. Per gli autori che dovettero reinventare il concetto di Stato per una Germania di fronte alla quale – a soli cinquant'anni dalla fondazione compiuta da Bismarck – si riproponeva daccapo il problema di determinare le fondamenta dell'esistenza statale, il lascito di Gierke assurgeva ad un'ancora di salvezza. Letto con uno sguardo *a posteriori* esso appariva come l'unico contributo che un passato rivelatosi fallimentare era capace di offrire per costruire una nuova teoria dello Stato e un nuovo costituzionalismo, adatti ad un paese improvvisamente privato del vertice monarchico e pertanto ancor più bisognoso di accentuare la radice "popolare". Ne risultò una rivalutazione fortemente positiva di Gierke (in particolare nell'opera di Rudolf Smend, che nomina Gierke espressamente quale unico autore del regime defunto degno di essere recuperato; ma il giudizio pare comune tra tutti i pensatori dell'epoca di Weimar che si oppongono al giuspositivismo): benché non potesse non essere monarchico, il pensiero di Gierke sembrava piuttosto anticipare la nuova epoca popolare in cui la muta sottomissione del suddito sarebbe stata compiutamente sostituita con la partecipazione volontaria del cittadino. Se il positivismo di Gerber stava per conservatorismo monarchico che, non osando affermare apertamente i principi base della propria legittimazione, abusava della maschera scientifica del formalismo logico-giuridico, la teoria comunitaria dello Stato di Gierke ne diventava il contraltare adeguato su cui erigere il nuovo costituzionalismo.

Ricomponendo i concetti fondamentali fin qui elencati, appare però doveroso chiedersi se la contrapposizione tra Gerber ed il padre dell'orientamento "comunitario" riguardi veramente le concezioni di fondo della teoria dello Stato. Detto altrimenti, i valori ai quali era votata la costruzione giuspubblicistica di Gerber erano veramente così lontani da quelli che determinavano per Gierke il concetto di Stato e il conseguente orientamento costituzionale? La critica di Gierke al positivismo, rivolta in particolare contro Laband, è ben nota³⁸ e verte sull'argomento della «sopravvalutazione del potenziale della logica formale» e della necessità di fondare la dottrina dello Stato su basi filosofiche. All'autore si deve riconoscere, inoltre, di aver avvertito per tempo che il formalismo giuridico conduce ver-

38. Gli attacchi alla scuola di Laband sono rintracciabili in tutte le pubblicazioni di Gierke, ma in particolare sono sviluppati in *Die Grundbegriffe des Staatsrechts* del 1874 e in *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* del 1883.

so l'accettazione del potere di fatto e verso la sottomissione del pensiero giuspubblicistico al dettato dell'opportunità, o nel linguaggio dell'epoca, della *Realpolitik*.

Ma al di là della condanna del metodo (di cui comunque anche il metodo di Gierke conserva alcuni aspetti non secondari, come la "personalità giuridica" a cui si accennerà successivamente), veramente cruciale appare la scala dei valori posti a monte delle rispettive teorizzazioni del concetto di Stato, in primo luogo quello del rapporto tra il cittadino ed il "popolo".³⁹ Difatti, ben prima che Laband ereditasse la guida della scuola positivista epurandola dalle aperture di Gerber verso istanze "popolari",⁴⁰ ossia solo tre anni dopo la pubblicazione dei *Grundzüge*, l'esordiente Gierke già enunciava nel primo volume della *Das deutsche Genossenschaftsrecht* il proposito di rilevare la doppia valenza dell'uomo nell'ambito giuridico, sia come «individuo in sé», sia come «membro di un'unità di genere». In nome di questa doppia qualità riscontrabile nella, a suo dire, «reale esistenza degli organismi», egli rifiutava la netta separazione operata da Gerber tra la volontà individuale (soggettiva) relegata nella sfera del diritto privato e quella collettiva (oggettiva), unica rilevante per il diritto pubblico. Ricomponendo i due momenti, Gierke si proponeva di «superare l'antichissima opposizione tra unità e libertà», «opposizione tra la pluralità che produce e determina le unità e l'unità che produce e determina le pluralità».⁴¹

39. «In questo senso», conclude Fioravanti, «Gierke può dirsi continuatore dell'opera di Gerber, al di là delle diverse collocazioni politiche, delle diverse tradizioni culturali, delle diverse soluzioni dogmatiche. Se guardiamo a fondo nell'opera dei due giuristi, scopriamo che essi hanno in comune la riflessione sui fondamenti dello Stato, sulla questione della sovranità, del rapporto tra la volontà del potere politico e l'ordine sociale esistente. Nei confronti di un Laband, che risolve tutta la problematica nell'esaltazione della volontà statale, che concepisce la stessa costituzione come manifestazione unilaterale di quella volontà, Gerber e Gierke hanno in comune la ricerca della collocazione della *Herrschaft* statale nel contesto dell'esperienza dell'intera collettività; a questo proposito, si può affermare che la tensione esistente nei *Grundzüge* gerberiani tra lo Stato-persona, e lo Stato quale "centro delle forze morali del popolo", è la stessa che ritroviamo tra lo Stato-*Herrschaft*, e lo Stato-*Verband*, di Gierke»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 367-368.

40. «È solo a livello di stretta *Dogmengeschichte*» che Gerber e Laband «stanno in un rapporto di stretta continuità, ma niente di più. Se passiamo, invece, al punto di vista del ruolo che entrambi hanno giocato nel contesto del processo storico, si può affermare che il progetto di Gerber del '65 si scontra proprio con lo *Staatsrecht* di Laband»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, p. 347.

41. O. von Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. 1, Weidmann, Berlin 1868, p. 842.

Tuttavia, la soluzione proposta da Gierke, ovvero la “comunità”, benché non fosse del tutto sovrapponibile all’“organismo” di Gerber, non ne evitava i difetti. Come per quest’ultimo, anche per Gierke l’elaborazione giuridica dei due ambiti, privato e pubblico, e quindi dell’individuale e del collettivo, è unita dal «concetto comune della personalità». E analogamente al pensiero giuspositivista, la caratteristica generale della personalità è la capacità di «essere un soggetto di diritto»; così, nuovamente, lo *status* del cittadino “individuo” e la sua libertà risultano in ultima analisi derivanti dallo *status* del membro, soggetto alla volontà sovraordinata «dell’unità, dell’indivisibile persona comunitaria». L’idea della “comunità”,⁴² quale luogo della «vita reale e organica» in cui le parti si uniscono nel tutto, sarebbe apparsa nella dottrina giuspubblicistica di Gierke nelle vesti dello Stato nazionale; per Gierke la redenzione della comunità organica si è già avverata nel momento del giubilo nazionalistico per la dichiarazione di guerra all’Impero francese. Stando alla corrispondenza del monarca prussiano Guglielmo I, egli stesso si decise ad approvare la rischiosa politica bellicistica del suo cancelliere sotto l’impressione del momento descritto da Gierke nei seguenti termini:

42. Su un binario parallelo, quello della sociologia, dieci anni dopo la proclamazione dell’Impero Ferdinand Tönnies portò al centro dell’interesse il concetto (presentato come logico-formale) di “comunità” (*Gemeinschaft*), contrapposto a quello di “società” (*Gesellschaft*). La struttura concettuale binaria sviluppata da Tönnies si rivela fortemente assiologica: la “comunità” è il luogo della «vita reale e organica»; è «esclusiva» in quanto luogo della lingua materna, e quindi della comprensione, della concordia e della volontà comunitaria sancita da un diritto naturale; cfr. F. Tönnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Reislad, Leipzig 1887; trad. it. *Comunità e società*, Edizioni di Comunità, Milano 1979, p. 45. La “società”, invece, non è che «un aggregato e prodotto meccanico» in cui «ci appare il quadro generale della “società borghese” o “società dello scambio”. [...] La società, nel senso che possiamo chiamare morale, è interamente condizionata anche dalle connessioni con lo Stato»; *ibidem*, pp. 95-97. Lo Stato nazionale è «difensore della proprietà che essi [i lavoratori] non possiedono, esattore del servizio militare per una patria che è per essi focolare e altare sotto forma di una camera riscaldata ai piani superiori, o dolce suolo natio sotto forma del lastrico della strada»; *ibidem*, pp. 294-295. Le due grandi questioni – quella nazionale e quella sociale – rivelano per Tönnies la propria intima connessione: la soluzione non può darsi se non in un contemporaneo superamento sia della forma di produzione capitalistica, sia della forma di Stato nazionale; L’antitesi comunità/società sarà superata dialetticamente, secondo Tönnies, con l’avvento dell’era del socialismo, dell’abolizione della pluralità degli Stati e della fondazione della «repubblica mondiale di estensione pari al mercato mondiale, che sia diretta da coloro che pensano, sanno, scrivono, e possa fare a meno di mezzi coercitivi che non siano di natura psicologica»; *ibidem*, p. 281.

ci sono momenti in cui lo spirito della comunità si manifesta con forza primordiale, in una forma quasi tangibile, e domina e soggioga il nostro animo a tal punto che siamo appena in grado di percepire ancora come tale il nostro individuale essere. Un'ora solenne di questo tipo io la vissi qui a Berlino il 15 luglio dell'anno 1870.⁴³

Il momento dell'adesione dell'individuo al corpo politico della comunità ne riceve indubbiamente una valorizzazione maggiore; malgrado ciò, il singolo suddito si ritrova ugualmente assoggettato ad una tendenza collettivizzante. Così come la dottrina sulla personalità giuridica dello Stato di Gerber rappresentava la società come un "essere unitario", anche l'immagine della "comunità" adottata da Gierke ha per scopo di agire sul popolo come una forza capace di ricondurlo all'unanimità "naturale". Infatti, la raffigurazione dello Stato come di un'unione tra persone viene da Gierke "rinvigorita" accostando ad essa esaltanti immagini di stampo naturalistico o biologistico, nelle quali la contestualizzazione storica cede il passo a proclamazioni di leggi atemporali, "eterne", che regolerebbero, secondo lui, le comunità umane. È la "natura" di queste che imporrebbe «il significato etico che attiene all'idea di una concreta unità comunitaria» e che implica necessariamente il «supremo valore del Tutto»:

Se in realtà il popolo è solo la somma dei singoli cittadini di volta in volta esistenti, e lo Stato non è che una istituzione che ha come scopo il bene degli individui, allora il singolo potrà anche venir costretto ad impegnare per essi le sue energie e la sua esistenza. Ma un obbligo morale a ciò non gli potrà esser imposto. E allora impallidisce la luce di un'alta idea morale, che in tutti i tempi ha reso sublime il morire per la patria. [...] Dal punto di vista religioso, il comandamento dell'amore del prossimo si completa nell'altro comandamento di amare Dio sopra ogni cosa. [...] Per la comunità terrena ciò vuol dire: ama il Tutto più di te stesso! E ciò ha un senso solo se il Tutto è un qualcosa di più alto e di maggior valore rispetto alla somma degli individui, se l'essere comunitario significa qualcosa di più che un mezzo per il soddisfacimento degli scopi individuali, e se non per un vuoto nome vive e muore colui che agisce e combatte per l'onore e per il bene, per la libertà e per il diritto del suo popolo e del suo Stato.⁴⁴

43. O. von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, prolusione in occasione della assunzione del rettorato della Königliche Friedrich-Wilhelms-Universität di Berlino, il 15 ottobre 1902; trad. it. *La natura delle unioni umane*, testo in appendice in G. Zagrebelsky, *Società-stato-costituzione. Lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986-1987 e 1987-1988*, Giappichelli, Torino 1988, p. 173.

44. Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, p. 181.

Pertanto, il «libero atto di volontà che dà vita ad una unione-persona giuridica non è un contratto, bensì un atto creatore collettivo. Ciò vale per la fondazione della Lega tedesca del Nord e del Reich tedesco». ⁴⁵ L'impostazione iniziale del diritto pubblico comunitario, che voleva prioritaria l'adesione volontaria dell'individuo alla comunità-Stato nazionale, si rivela un guscio vuoto: né l'individuo è considerato effettivamente come tale (poiché Gierke, come già Gerber, non si riferisce a «cittadini di volta in volta esistenti» in quanto questi sarebbero dei «soggetti tra loro estranei»), né è considerata realmente la loro volontà (poiché la «vera volontà», precisa l'autore, non è quella «in sé conclusa»). L'ambizione dell'autore di superare l'opposizione tra libertà e unità attribuisce all'individuo la possibilità di scegliere liberamente e nello stesso tempo lo precipita nel determinismo biologistico o naturalistico; esige il suo annullamento nella comunità naturale proclamando questo un atto di libero convincimento. ⁴⁶

45. *Ibidem*, p. 179.

46. Ne consegue l'esigenza di ripensare anche i termini della polemica tra Gierke e Laband sotto un'angolazione diversa rispetto a quella scelta da Maurizio Fioravanti: Laband avrebbe risposto nel 1885 alle critiche di Gierke, sostiene Fioravanti «con una nettezza e con una disinvoltura davvero sconcertanti. [...] Le collettività umane possono essere solo di due tipi», insisteva Laband: «quelle nelle quali i singoli membri conservano tutti la propria individualità senza che nasca un'unitaria personalità collettiva (*communio*), e quelle nelle quali, invece, essi vi rinunziano, proprio a favore di una dominante dimensione comune, che si concretizza nella personalità giuridica dell'ente (*universitas*): *tertium non datur*. In questo secondo caso, le personalità individuali dei singoli membri scompaiono totalmente». Giacché anche Gierke inserisce nella propria costruzione «comunitaria» il dogma della personalità giuridica dello Stato, Laband poteva a ragione sostenere che il modo di procedere di Gierke fosse «poco chiaro, perché fondandosi sull'idea di *Körperschaft*, pretende di delineare una figura giuridica dotata di personalità collettiva, ma, nella quale, nello stesso tempo, i diritti dei singoli conservano una loro autonomia. [...] Una volta ammesso che lo Stato è persona giuridica, non sono neppure pensabili dei diritti autonomi dei singoli membri»; Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, pp. 368-369. Non si può negare che la «chiarezza della dogmatica proposta da Gierke» fosse in questo senso «scarsa», come sosteneva Laband, e contrariamente a quanto sostiene Fioravanti, non si tratta di una questione marginale sollevata da chi (Laband) aveva preferito trincerarsi dietro la «chiarezza» del rigore logico per evitare di addentrarsi nel problema della legittimità di fondo del dominio statale. La volontà comune, invocata per trasferire la volontà dell'individuo sul piano del diritto pubblico, non trova nell'opera di Gierke altro terreno nei rapporti effettivi tra Stato e popolo, tra il diritto pubblico ed il contesto sociale, che non quello dei richiami, divenuti nel corso degli anni sempre più incessanti, alla «missione» della nazione tedesca. Avendo ripudiato la via contrattualistica, Gierke finisce per ricercare i sostegni ideali che sorreggessero lo spazio intermedio tra il cittadino e lo

Una volta rigettata la fondazione contrattualistica dello Stato, decade di conseguenza anche l'idea della rappresentanza, ovvero, il pilastro popolare sul quale si reggeva il dualismo della monarchia costituzionale. Al concetto giuridico di "rappresentante" si sostituisce quello di "organo":

Qui non si tratta della rappresentanza di una persona in sé conchiusa tramite un'altra persona in sé conchiusa. [...] quando l'organo opera nel modo dovuto all'interno della sua sfera di competenza, è in realtà l'unità vivente del Tutto che agisce. [...] Qui viene meno il concetto del contratto, per mezzo del quale soggetti fra loro estranei si accordano su un comune contenuto di volontà, che pongono come norma vincolante della loro condotta. [...] Ogni irrisolto conflitto tra organi minaccia di paralizzare, danneggiare o addirittura di dissolvere l'organismo sociale stesso; e se quest'ultimo supera una tale situazione critica attraverso la vittoria della forza sul diritto vigente, allora proprio in ciò viene dimostrata la sua concreta unità.⁴⁷

L'individuo non è che un membro della comunità e agisce per essa solo «sciogliendo» la propria individualità nell'organo politico che opera «come quando gli occhi vedono, la bocca parla o la mano afferra».⁴⁸ La «vittoria della forza sul diritto vigente» non è da Gierke semplicemente accettata come «politicamente opportuna» (come egli ebbe a rimproverare alla scuola di Laband); essa è ora innalzata a dimostrazione che lo Stato nazionale poggia su una «concreta unità di vita», e dunque, che la sua dottrina dello Stato ha un «fondamento filosofico». In questa rappresentazione dello Stato dominata dal culto dell'unità, il concetto di costituzione perde il ruolo di centro simbolico, giacché essa non può precedere al «Tutto vivente». La funzione della costituzione giuridica è per Gierke (si noti anche in questo caso la totale corrispondenza con il pensiero di Gerber) solo quella di «determinare la struttura del Tutto vivente in base alle sue parti, e la messa in opera della sua unità nella pluralità».⁴⁹

Stato, tra il privato e il pubblico, in quel «hurra! Nazionalismo» [è una citazione?] nel quale si annulla ogni tentativo di fornire altra spiegazione alla presunta unità del popolo e all'idea dello Stato popolare.

47. *Ibidem*, pp. 177-178.

48. *Ibidem*, p. 177.

49. *Ibidem*, p. 175. Riguardo al processo di "neutralizzazione" e "trivializzazione" del ruolo simbolico della costituzione, avviatosi con la fondazione dell'Impero nazionale, cfr. R. Blänkner, *Integration durch Verfassung? Die "Verfassung" in den institutionellen Symbolordnungen des 19. Jahrhunderts in Deutschland*, in *Integration durch Verfassung*, a cura di H. Vorländer, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden 2002, pp. 226-229.

A coronamento di questa struttura Gierke pone infine la figura del capo politico: «dovunque noi poniamo la vita, là troveremo un suo rappresentante – o “esponente”, o letteralmente “portatore” o anche “titolare” (*Träger*), che presenta dei caratteri propri».⁵⁰ Benché negasse il valore del singolo «in sé concluso», il padre del diritto comunitario accoglie l’idea del «dono individuale» del demiurgo, dell’“uomo della provvidenza”:

Possiamo certo notare che singoli eminenti individui intervengono in modo creativo e, attraverso la loro più personale azione, che proviene da loro soltanto, trasformano la società. Ma questo risultato si verifica solo quando la comunità coopera almeno in modo ricettivo, facendo proprio il dono individuale. [...] Se è possibile render omaggio ad un unilaterale culto dell’eroe, o votarsi ad una visione storica altrettanto unilateralmente collettivistica, non è tuttavia mai possibile trascurare che si è in presenza di una costante interazione tra i due fattori.⁵¹

L’individuo eminente, l’eroe, e la comunità si presentano dunque come le due facce della medaglia: così come il Tutto si sfalda se non è “portato” («i tedeschi sono a posto – se li si costringe assieme sono eccezionali –, ma altrimenti ognuno va per la sua», arguiva Bismarck), allo stesso modo il “portatore” è tale solo in quanto agisce per il solo vero soggetto della sovranità, il Tutto. Secondo Gierke, questo «momento essenziale della nostra cultura, che nessuna deduzione logica potrà di nuovo sottrarci» è presente da quando «l’idea che il vero soggetto della sovranità fosse lo Stato immortale [...] riempi l’animo di Federico il Grande, quando proprio lui, monarca assoluto, pronunciò la frase indimenticabile, e cioè che egli si considerava il primo servitore dello Stato».⁵² O come volle insegnare Bismarck al rappresentante dell’appena battuta nazione francese, l’interazione tra il genio e la comunità è un servizio (si potrebbe dire: una missione) che questi deve rendere alla nazione: «la consapevolezza che ha il genio delle sue responsabilità di fronte a Dio gli impongono di contrapporre il *devoir au droit du génie* poiché *La patrie veut être servie et pas dominée*».⁵³

50. Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, p. 169.

51. *Ibidem*, p. 171.

52. *Ibidem*, p. 162.

53. M. Busch, *Tagebuchblätter* (ed. or. Leipzig 1878), Volker Hennig, Holzminden 1990, p. 272.