

Il volume non ha la pretesa di offrire un quadro della riflessione sulla costituzione e sullo stato nella letteratura tedesca del XIX e del XX secolo né di tracciare un profilo della storia costituzionale tedesca. E per realizzare un proposito così ambizioso mancano sicuramente, nel disegno di questo piccolo libro, alcuni tasselli, che forse potranno in futuro completarne lo sviluppo. Ho inteso ordinare intorno ad alcuni snodi teorici fondamentali le grandi campagne della elaborazione della Staatslehre e della Verfassungslehre tedesca nella lunga transizione dal liberalismo giuridico alle sfide della complessità sociale. Un percorso travagliato, e spesso scandito da frangenti drammatici della storia tedesca, che hanno fatto balzare in primo piano il volto luciferino della politica e del potere nel “secolo breve”. Ed un itinerario lungo il quale la transizione dal giuspositivismo statualistico alle “costituzioni del pluralismo”, dallo stato nazione allo stato costituzionale “cooperativo” è stata accompagnata da uno sforzo poderoso di riflessione sui temi fondamentali del diritto pubblico. Questa riflessione si sviluppa su uno scenario molto interno ai problemi storici strutturali e culturali della società tedesca, ed esso si compone anche di contraddizioni. Fra di esse – solo per ricordare quelle che hanno più spazio nei capitoli del libro – quella dei travagliati processi di democratizzazione della storia tedesca, della Spannung tra unità e particolarismo, della tensione tra organicismo e conflittualità sociale. Ma sebbene si sia trattato di percorsi molto condizionati da caratteri di lunga durata della storia tedesca, ai quali non furono estranei la lenta ma inarrestabile dissoluzione delle strutture imperiali, il trauma dei conflitti religiosi della guerra dei trent’anni, l’ordine stratificato degli assetti attuali della società, il faticoso consolidamento del principio federativo, e di percorsi ai quali il pensiero politico e giuridico guardò sempre orientato dalle scansioni di una irripetibile stagione della filosofia tedesca, va preso atto che, nel corso di questo complesso e “paradigmatico” itinerario, la riflessione sui fondamenti dello stato e della costituzione è sfociata in elaborazioni non solo di grande suggestione ma di singolare profondità, le quali hanno esercitato un fascino indiscusso nella formazione del patrimonio costituzionale europeo.

Questo libro reca le tracce di una risalente consuetudine del suo autore con il mondo culturale tedesco, iniziata con l’incontro con la letteratura e la filosofia prima che con la scienza giuridica e con le scienze sociali. Esso è il risultato, del tutto provvisorio, di un lungo itinerario di studio e ricerca e di tanti colloqui, con amici maestri e colleghi con i quali mi sono confrontato nel corso degli anni, e con i classici, quei giganti stando sulle cui spalle riusciamo a comprendere meglio, e soprattutto con un orizzonte più largo, il fascinioso universo dell’ordine

politico della società. E tuttavia questo non è un libro nato solo nel chiuso delle biblioteche o nell'isolamento di una stanza da lavoro, sebbene esso sia l'esito di un itinerario intellettuale tormentato del suo autore, che si è spesso sentito, nel corso di esso, quel solitario viandante in un mare di nebbia rappresentato nella notissima tela di Friedrich riprodotta in copertina. I temi trattati sono stati a lungo discussi nel corso delle lezioni e dei seminari con i miei studenti, verso i quali sono debitore, come sempre, di tante suggestioni, e che mi sono peraltro sforzato di avvicinare ad un mondo culturale di straordinario fascino. Non sono casuali, nel libro, le ricorrenti citazioni di Thomas Mann, la cui opera mi è sempre apparsa davvero come un grandissimo affresco della storia spirituale tedesca tra la fine del XVIII secolo e la fine della seconda guerra mondiale e che ho sempre considerato il mentore ideale della mia deutsche Reise.

Questo spiega perché questo libro sia dedicato a Peter Häberle, che mi ha insegnato a "leggere" la storia costituzionale tedesca nel respiro ampio della storia della cultura europea, nonché ai maestri e agli amici che mi sono stati guide e compagni di viaggio nell'itinerario intellettuale di cui esso è una testimonianza in qualche misura autobiografica. E naturalmente, come tutti gli altri, a Marina e a Lorenzo.

Dei quattro capitoli che compongono il volume, il primo riproduce uno scritto, già pubblicato con il medesimo titolo, negli *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, III, Padova 2015, 2647 ss.; il secondo costituisce una versione arricchita e leggermente ampliata di uno scritto, pubblicato con il medesimo titolo, negli *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, IV, Milano 2015, 2703 ss.; il terzo è inedito; nel quarto, è confluito il secondo capitolo del mio *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 31 ss.

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 sorgere 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.