

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**50**  
(2021)

**Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze**

TOMO I

FRANCESCO D'URSO

## STATO, PERSONE COLLETTIVE E DIRITTO SOCIALE: L'ORDINE PLURALE DI OTTO VON GIERKE

1. Premessa. Temi pluralisti del pensiero gierkiano. — 2. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Un progetto giuridico per il futuro del popolo tedesco. — 2.1. I bersagli polemici. — 2.2. I conflitti del presente. — 2.3. Storia e futuro: soggettività germanica e persone collettive. — 2.4. Storia e futuro: la città medievale modello giuridico. — 3. Popolo, Stato, diritto. — 4. Il *'Sozialrecht'*.

### 1. *Premessa. Temi pluralisti del pensiero gierkiano.*

Considerato non a torto il punto d'avvio delle ricostruzioni giuridiche pluralistiche tra Otto e Novecento <sup>(1)</sup>, a cento anni dalla morte Otto von Gierke rimane un fondamentale riferimento teorico. Nel suo pensiero il tema (che poi è stato definito) 'pluralismo giuridico' non si esaurisce nella celebrazione di un passato popolato da protagonisti collettivi spontanei. La proposta giuridica gierkiana, tutta incentrata sulla socialità, ha svolto nel contesto tedesco dominato da istanze statualistiche e individualistiche una funzione critica e progettuale: sollecitato dai cambiamenti imposti dall'unificazione del *Reich* prima, e dalle dinamiche economico-politiche poi, Gierke ha percorso spazi storici e teorici inesplorati dalla riflessione giuri-

---

(1) P. COSTA, *"Oltre lo Stato". Teorie "pluralistiche" del primo Novecento*, in *Agire associativo e sfera pubblica*, a cura di M. Bortolini, («Sociologia e politiche sociali», V (2002), 1), pp. 11-35; S. MEDER, *Doppelte Körper im Recht. Traditionen des Pluralismus zwischen staatlicher Einheit und transnationaler Vielheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 9-11 e *passim* (il volume intende peraltro rivalutare il ruolo che il pluralismo delle fonti giuridiche ha avuto sin dall'origine della Scuola storica nel pensiero di Savigny); F. DE VANNA, *Dalla pluralità delle fonti al rapporto tra ordinamenti. Itinerari "imprevisti" del pluralismo giuridico*, Modena, Mucchi, 2019, pp. 31-36. Gierke è inspiegabilmente assente nelle premesse storiche di R. SEINECKE, *Das Recht des Rechtspluralismus*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 55 e ss.

dica a lui contemporanea, individuando al loro interno le coordinate per il progresso della nazione tedesca.

In alternativa alle analisi imperanti, che incentravano il diritto privato sulla volontà del soggetto individuale e il diritto pubblico sul potere sovrano dello Stato, Gierke ha scelto come ambito di osservazione la *Genossenschaft* germanica, sviluppando un'idea dal suo maestro Beseler. *Genossenschaft* era, ancor prima che un tipo di associazione, una modalità consociativa profondamente radicata nei popoli germanici, un vero e proprio atteggiamento organizzativo basato su forme di solidarietà e cooperazione, che ha incrociato nel corso dei secoli tutte le manifestazioni sociali (politiche, economiche, religiose), manifestandosi o puro o in combinazione con il suo opposto, il principio di *Herrschaft*, in cui invece era condensato il momento dell'autorità. Questo innovativo binomio è divenuto strumento di analisi per l'inquadramento storico-concettuale tanto dello Stato quanto di tutte le altre organizzazioni collettive, dai comuni alle comunità religiose fino alle libere associazioni create per i più vari scopi. A differenza dei modelli ordinanti proposti dalla cultura giuridica romanistica e dal pensiero politico della modernità, le *Genossenschaften* si prestavano a formare una catena ininterrotta sul piano temporale e spaziale, verticalmente e orizzontalmente, con l'effetto di ridefinire le relazioni fra Stato e società.

Questi esiti non hanno mancato di suscitare reazioni critiche. Se ne è ipotizzato il carattere nostalgico del medioevo<sup>(2)</sup>; altre obiezioni hanno riguardato la *Genossenschaftstheorie* specificamente per come raffigura l'ordine politico, in particolare nel primo dei vari *revivals* di interesse verso Gierke, durante gli anni Trenta<sup>(3)</sup>. Si può

---

(2) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimono. Problematica e modelli dell'epoca*, trad. it. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1970, p. 189.

(3) Senza alcuna pretesa di offrire una bibliografia completa sull'uomo, l'opera e la fortuna, si fa riferimento ad alcuni lavori di inquadramento generale: E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1963<sup>4</sup>, pp. 669-712; H. THIEME, *Was bedeutet uns Otto von Gierke?*, in *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow*, a cura di M. Harder e G. Thielmann, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 407-424; M. PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2001; A. JANSSEN, *Die bleibende Bedeutung des Genossenschaftsrechts Otto von Gierkes für die Rechtswissenschaft*, in

notare come le valutazioni sfavorevoli provenissero non solo da parte di chi, come Carl Schmitt, riteneva che l'equiparazione sostanziale dello Stato agli altri gruppi, dovuta alla comune natura *genossenschaftlich*, minasse potenzialmente l'unità dello Stato e la sua sovranità, come poi fu effettivamente teorizzato dai pluralisti inglesi (4); ma anche da chi, ad esempio Georges Gurvitch — autore del fronte pluralista ampiamente debitore verso Gierke —, osservava proprio che l'equiparazione non fosse condotta fino in fondo, fino alla conseguenza di immaginare che il « diritto sociale » prodotto dai gruppi potesse prescindere dalla presenza dello Stato e all'occorrenza prevalere su quello dello Stato (5).

Queste due tesi, che toccano la questione centrale dei rapporti fra lo Stato e la pluralità di presenze collettive al suo interno, giudicano il pensiero di Gierke secondo una coerenza esterna, in parte estranea al contesto storico e alle finalità che perseguiva. Non è dunque superfluo prendere o riprendere in considerazione la *Genossenschaftstheorie* attraverso la lente specifica della visione pluralista del diritto, per chiedersi prima di tutto quali impulsi abbiano concentrato il *focus* del giurista sul ruolo dei gruppi sociali. Ciò perché, comunque si siano ramificate in seguito le teorie del pluralismo giuridico, non si può trascurare che il pluralismo giuridico è divenuto pensabile grazie a Gierke, ma al contempo il modello pluralistico di Gierke va storicizzato.

La longevità scientifica e la vastità di interessi rendono neces-

---

« Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung », CXXII (2005), pp. 352-366. La figura di Gierke ha un posto centrale anche nei due ampi volumi di T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, e F.L. SCHÄFER, *Juristische Germanistik. Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht*, Frankfurt am M., Klostermann, 2008. I numerosi saggi su Gierke di G. DILCHER sono ora raccolti nel volume *Die Germanisten und die historische Rechtsschule. Bürgerliche Wissenschaft zwischen Romantik, Realismus und Rationalisierung*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2017.

(4) C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, München, Duncker & Humblot, 1932, p. 13; pp. 28-29; ID., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004<sup>8</sup>, pp. 31-32.

(5) G. GURVITCH, *L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinaire depuis le 17<sup>e</sup> siècle jusqu'à la fin 19<sup>e</sup> siècle* (1932), Aalen, Scientia Verlag, 1972, p. 566.

sario considerare il pensiero di Gierke come un *work in progress* nato in risposta a circostanze determinate. Gierke andava elaborando le sue teorie senza forzature formalistiche, animato da un vivace impegno civile, se non addirittura dalla fede nel valore della socialità. Lui stesso, pubblicando dopo più di 40 anni dall'esordio il IV volume della sua opera più famosa, il *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, ebbe a ribadire che il suo lavoro solitario non era mai giunto a completezza, mentre nel frattempo la prima parte risultava già superata dalla vita <sup>(6)</sup>.

La 'prima vita' delle teorie classificabili come pluraliste è dunque intrisa d'una specifica storicità. Prima di sbarcare oltremarina e oltreoceano <sup>(7)</sup>, d'essere apprezzata in Francia e Italia <sup>(8)</sup>, la *Genossenschaftstheorie* vive la sua parabola: mai completamente perfezionata, in parte marginalizzata proprio nel paese d'origine, audace fino al punto di aleggiare dentro l'Assemblea costituente

---

<sup>(6)</sup> O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmann, 1868; II, *Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs*, Berlin, Weidmann, 1873; III, *Die Staats- und Korporationslehre des Altertums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, Weidmann, 1881; IV, *Staats- und Korporationslehre der Neuzeit*, Berlin, Weidmann, 1913 (le considerazioni riportate si leggono nel *Vorwort*).

<sup>(7)</sup> L'interesse del mondo angloamericano per Gierke, inaugurato dalla traduzione di Maitland della storia del pensiero politico contenuta nel volume III del *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, rappresenta un capitolo a sé stante della eredità culturale di Gierke, nonché della storia del pluralismo giuridico. La ricchissima letteratura giuridica di lingua inglese riconosce concorde l'influenza di Gierke, tramite Maitland, sulla scuola dei pluralisti inglesi Laski, Figgis, Cole, Barker. In America la teoria gierkiana della persona giuridica, applicata a inizio Novecento in alcuni casi giurisprudenziali, entra comunemente nelle riflessioni teoriche sulla soggettività delle *corporations*. Gierke fu anche ad Harvard a ricevere una laurea *ad honorem*. Solo per citare le indagini più recenti e di interesse storico, si possono ricordare M. DREYER, *German Roots of the Theory of Pluralism*, in « Constitutional Political Economy », IV (1993), 1, pp. 7-39; R. HARRIS, *The Transplantation of the Legal Discourse on Corporate Personality Theories: From German Codification to British Political Pluralism and American Big Business*, in « Washington and Lee Law Review », LXIII (2006), 4, <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol63/iss4/7>, pp. 1421-1478.

<sup>(8)</sup> Con riferimento al debito di Santi Romano verso Gierke: M. FUCHS, *La « Genossenschaftstheorie » di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », IX (1979), 1, pp. 65-80.

riunita a Weimar <sup>(9)</sup> mentre l'oramai anziano giurista ribadiva per l'ultima volta che la complessità dell'ordine politico doveva rimandare a un'unità storica e organica del popolo tedesco non sostituibile da alcun decisionismo costituente <sup>(10)</sup>.

Tutto ciò non toglie che il policentrismo politico e giuridico possa essere considerato nell'insieme — e retrospettivamente — la cifra costante intorno a cui ruota la visione gierkiana dello Stato e della società, anche se non in forma sistematica.

Si possono individuare a questo proposito diversi percorsi, legati a opere e momenti differenti, intrecciati fra loro dal rimando a problemi comuni. In particolare, la *Genossenschaftstheorie* può essere valutata con specifico riguardo alla sua dimensione storica, poi per il suo significato rispetto allo Stato, infine per lo spazio giuridico, il *Sozialrecht*, a cui ha dato origine.

## 2. Das deutsche Genossenschaftsrecht. *Un progetto giuridico per il futuro del popolo tedesco.*

### 2.1. *I bersagli polemici.*

Nella prima opera di Gierke, il *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, sono poste le premesse delle teorie che egli sviluppò nel corso dell'intera vita.

L'unificazione tedesca era ancora di là da venire, pur essendo già intrapreso il cammino. Gli anni immediatamente precedenti vivevano un fervore che traspare in diverse opere giuridiche innovative <sup>(11)</sup>, fra le quali nel 1868 spicca proprio l'esperimento del giovanissimo Gierke, pronto col suo primo volume a sostenere l'abilitazione.

Il progetto originario prevedeva di analizzare il *Genossenschaftsrecht* da due angolature complementari: in un primo volume se ne sarebbe ricostruita la storia; nel secondo se ne sarebbero

<sup>(9)</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 233.

<sup>(10)</sup> O. VON GIERKE, *Der germanische Staatsgedanke*, Berlin, Weidmann, 1919.

<sup>(11)</sup> M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania*, II, *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione. 1800-1914*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 467.

studiati i principi <sup>(12)</sup>. La seconda parte però dovette essere suddivisa ulteriormente perché, dopo aver impiegato un intero volume (il secondo, 1873) per ricostruire l'autentico modello germanico, a suo giudizio identificabile con la *Körperschaft* dotata di personalità giuridica degli ultimi secoli del medioevo, Gierke voleva metterlo a confronto con le dottrine introdotte dalla recezione del diritto romano-canonico, ancora dominanti ai suoi giorni, per poter poi terminare con l'analisi di quel che il diritto corporativo germanico avrebbe dovuto essere nel presente, o sarebbe meglio dire nel futuro. La sezione dedicata al diritto straniero divenne un volume autonomo, il terzo del 1881, di per sé una storia monumentale del pensiero giuridico e politico fino alla fine del medioevo. A quel punto Gierke accantonò gradualmente l'*opus magnum*, che rimase incompiuto e sostanzialmente limitato alla storia giuridica. Il quarto volume del 1913, sulle dottrine dell'età moderna, è frammentario e incompleto rispetto al piano originale. Tuttavia, si può ritenere che il suo primo ventennio di attività scientifica abbia seguito un percorso coerente, che comprende — come si vedrà — uno studio su Althusio (1880) e vari interventi nei dibattiti sul diritto pubblico del II Reich; anche l'ampia monografia del 1887, ufficialmente non compresa nel progetto iniziale, affrontava la *Genossenschaftstheorie* nella giurisprudenza più recente <sup>(13)</sup>. Fu il processo formativo del codice civile a dirottare in gran parte altrove le energie dello studioso <sup>(14)</sup>.

L'interesse del volume d'esordio sta nei diversi livelli di lettura possibili. La dimensione storica è a prima vista preponderante: il

---

<sup>(12)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 6: per il primo volume era previsto un metodo definito 'storico', che mostrasse l'evoluzione fino al presente, dando quindi provvisoriamente per presupposto l'oggetto da conoscere; nel secondo volume un metodo 'giuridico', utilizzando il materiale storico analizzato in precedenza per delineare il concetto di *Genossenschaft* germanica.

<sup>(13)</sup> O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, Weidmann, 1887: il senso di continuità del proprio lavoro fa dire all'autore nel *Vorwort* (pp. VI-VII) che questa opera, se da un lato interrompe il suo grande progetto storico, dall'altro lo alleggerisce di parte delle questioni del presente e ne dimostra l'utilità nella pratica.

<sup>(14)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, IV, cit., nel *Vorwort* ricostruisce l'iter formativo dell'opera e le sue lacune.

libro percorre in ordine cronologico due millenni, a cominciare dagli originari ordinamenti germanici narrati da Tacito, si sofferma sull'età feudale e in seguito sul medioevo maturo, ma svela le intenzioni profonde del suo autore solo nell'ultima parte. Questa infatti è dedicata alla descrizione congiunta di due distinte epoche, compenetrata fra loro ma secondo Gierke antitetiche<sup>(15)</sup>: l'oppressivo Stato di polizia dei secoli precedenti e il presente dalla configurazione ancora incerta, intrappolato nelle pastoie del passato, per quanto si potesse già intravedere il tracciato che avrebbe condotto il popolo tedesco verso la piena libertà, grazie al fenomeno in ascesa della *freie Assoziation*.

Gierke riteneva (o il suo era piuttosto un auspicio) che il *Genossenschaftswesen*, riemerso sotto nuove spoglie, avrebbe garantito l'inclusione e la partecipazione alla vita della nazione di tutti gli strati della società tedesca, esaltandone la ricca varietà. L'approdo cronologico del volume era in realtà un punto d'avvio: un presente ancora schiacciato dall'eredità dello Stato di polizia, insoddisfacente, incompiuto, in un quadro nazionale privo di unità; in cui però si faceva largo una tendenza alternativa, a uno stadio ancora così iniziale da essere, per forza di cose, giuridicamente immatura.

I bersagli polemici del giovane Gierke erano sia le forze reazionarie responsabili del fallimento del '48-49, sia le ideologie liberali che promuovevano un individualismo astratto, cui faceva da unico contrappeso l'onnipotenza dello Stato. Nella sua analisi, i secoli dell'età moderna erano stati caratterizzati nell'area germanica dall'eccessivo rafforzamento del principio di *Herrschaft*, che si era tradotto nella presenza opprimente dello Stato concepito come altro dal popolo, pronto ad assumersi in esclusiva il compito di rappresentare l'interesse pubblico, di creare dall'alto ordine e diritto in ogni contesto territoriale e personale. La funzione principale di questo Stato autoritario era una politica di monopolio del bene pubblico: una 'polizia' da esercitare mediante la sottoposizione di tutta la società e di ogni individuo a stretta tutela<sup>(16)</sup>.

La postura autoritaria dello Stato aveva avuto contemporaneamente l'effetto di liberare gli individui da ogni altra soggezione, una

---

(15) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 10-11, p. 638 e ss.

(16) Ivi, p. 642 e ss.



volta devitalizzati i poteri intermedi. Si erano affievolite le differenze di *status*, grazie anche all'emancipazione del ceto contadino, e ci si era incamminati verso l'uguaglianza dei sudditi, tutti soggetti allo stesso potere e alla stessa legge. Eppure, la libertà e l'uguaglianza raggiunte, di certo incomplete, escludevano a priori ogni partecipazione attiva ai diritti politici: la combinazione di assolutismo statale e individualismo era per Gierke la tomba della vera libertà, perché polverizzava il popolo ed esasperava la centralizzazione, cancellando la spontanea varietà dei gruppi sociali. La 'polizia' era intrinsecamente nemica di tutte le forze che avrebbero potuto assumersi in autonomia la cura di ambiti della *salus publica*: le antiche comunità di matrice medievale, perciò, avevano dovuto trasformarsi in istituzioni statali oppure recedere completamente nel territorio del diritto privato, dove erano soggette a limitazioni e controlli stringenti (17).

Le dinamiche connaturate allo stato moderno erano amplificate poi da altri fattori. Tanto il diritto romano quanto le filosofie giusnaturalistiche di Hobbes e Rousseau avevano assecondato docilmente l'assolutismo statale e le visioni individualistiche (18) a scapito di tutte le forme organizzative intermedie. La rivoluzione francese, se da un lato aveva attuato libertà e uguaglianza, dall'altro aveva trasformato lo Stato in una macchina estranea al popolo.

Nel 1868 l'area tedesca era ancora saldamente ancorata a questi assetti, rispetto ai quali la lettura gierkiana conteneva un convinto giudizio di disvalore. Nonostante i progressi garantiti dall'uniformità amministrativa, nonostante l'abbandono di privilegi cetuali e vincoli feudali, ai suoi occhi era prevalente la continuità col passato illiberale, di cui avevano fatto le spese le organizzazioni tipiche del medioevo germanico, ridotte a larve o completamente defraudate del loro significato comunitario più profondo (19).

Considerando queste premesse si può comprendere il senso del programma di lavoro del giovane studioso, compendiato nella solenne frase iniziale del I volume: « Was der Mensch ist, verdankt er der Vereinigung von Mensch und Mensch » (20). All'individuo

---

(17) Ivi, pp. 645-646.

(18) Ivi, p. 647 e ss.

(19) Ivi, p. 651.

(20) Ivi, p. 1.

isolato delle filosofie razionalistiche, dotato di diritti innati, Gierke preferiva un essere umano inimmaginabile fuori dal tessuto delle relazioni sociali. L'umanità manifesta nella storia la tendenza naturale a marciare verso la propria unità, che però potrà dirsi definitiva solo quando saranno realizzate in maniera compiuta anche le condizioni per garantire la libertà dei gruppi inferiori e degli individui. *Einheit e Freiheit*: il confronto fra queste due forze rappresenta « eine der mächtigsten Bewegungen in der Geschichte » e determina il progresso della civiltà.

La tesi di Gierke era che l'eterna dialettica fra unità e libertà potesse trovare — finalisticamente — una conciliazione armoniosa nella (presunta) predisposizione dei popoli germanici a creare associazioni dotate di autonomia, ciascuna delle quali fosse in grado di includerne altre e rimanere ugualmente parte di quelle superiori senza perdere la propria identità <sup>(21)</sup>. Solo queste *Genossenschaften* potevano evitare il prevalere rovinoso degli estremi, lo sfrenato egoismo individuale e l'oppressiva unità centralizzatrice dello Stato.

Questa soluzione, che non si faticherebbe a definire pluralistica, era peraltro inseparabile dalla consapevolezza che fossero indispensabili, quali condizioni dell'ordine sociale, le relazioni di tipo potestativo, i meccanismi di dominio e soggezione (*Herrschaft*) con i quali lo Stato garantisce unità. Solo attraverso la forma statale, del resto, la Germania avrebbe potuto trovare finalmente, ultima fra le nazioni europee, la sua unità politica.

## 2.2. *I conflitti del presente.*

L'alternativa più credibile all'attuale stato di cose e la più sicura garanzia per il futuro del popolo tedesco era dunque il rigoglio associativo che aveva appena iniziato a manifestarsi, in particolare dopo il 1848 <sup>(22)</sup>. Il nuovo *Assoziationsbewegung* non contemplava organismi corporativi chiusi simili a quelli dei secoli immediatamente precedenti, costretti dall'incombenza dello Stato a divenire gelosi custodi dei propri privilegi. Gierke apprezzava nel nuovo fenomeno la creatività fluida e spontanea del popolo, che

---

<sup>(21)</sup> Ivi, p. 4.

<sup>(22)</sup> Ivi, p. 656.

permetteva agli individui di partecipare a numerosissime associazioni e a queste ultime di incrociarsi variamente fra loro su molteplici piani <sup>(23)</sup>. Con tempestività egli ha riannodato in un unico filo manifestazioni anche molto diverse, per rintracciarne la comune ispirazione, convinto che il popolo tedesco fosse finalmente destinato a scrollarsi di dosso i resti del recente passato se solo si fossero valorizzati questi segnali di novità.

Come trascurare, ad esempio, che nel diritto pubblico la strada del cambiamento era stata inaugurata da una riforma prussiana di breve durata, eppure esemplare? Nel 1808 la *Städteordnung* di Freiherr von Stein aveva riplasmato la configurazione giuridica dei comuni, sottraendoli al destino che li declassava a istituzioni amministrative statali locali <sup>(24)</sup>. Grazie alla riforma il comune aveva recuperato il carattere di organismo collettivo autonomo capace di amministrarsi da sé; ancorché il rapporto tra Stato e comuni fosse rimasto ispirato a moduli gerarchici, le istituzioni cittadine erano tornate a identificarsi con la loro popolazione, ad essere comunità viventi.

Gierke però era impressionato soprattutto dal diffondersi di associazioni personali volontarie, nelle quali si manifestava allo stato puro un senso di appartenenza comune e di collaborazione orizzontale. La rilevanza di questi sviluppi è dimostrata dalle oltre duecento pagine che ne trattano. Rispetto alle corporazioni atrofiche del vecchio Stato di polizia, le nuove forme traevano alimento dalla libertà di associazione riconosciuta, non senza cautele, dopo il 1848 <sup>(25)</sup>: il pluralismo associativo non era però semplice espressione della libertà individuale di associazione, né uno strumento predisposto dallo Stato per affrontare le questioni sociali, ma un prodotto spontaneo della società.

Gierke descrive una miriade di gruppi per ricavarne modelli generalizzabili. Una schiera di associazioni è catalogata secondo le

---

<sup>(23)</sup> Ivi, p. 652 e ss.

<sup>(24)</sup> Ivi, p. 715. L'ispirazione comunitaria di questa riforma venne ribadita da Gierke anche tempo dopo, in un discorso pubblico per celebrare il compleanno dell'Imperatore: O. VON GIERKE, *Die Steinsche Städteordnung*, Berlin, Universitäts-Buchdruckerei, 1909.

<sup>(25)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 888 e ss.

finalità, le caratteristiche degli associati, le modalità organizzative: società religiose, scientifiche, intellettuali; *clubs* per la tutela dell'arte o della cultura; associazioni giovanili, educative, filantropiche, di tutela dei deboli o di rappresentanza degli interessi professionali e settoriali (26). Anche le aperture comparatistiche ricorrenti in queste pagine servivano a ricordare ai lettori tedeschi il ruolo determinante svolto dai partiti politici e dall'associazionismo in Inghilterra e America, nazioni ritenute capaci di autentico slancio associativo (27).

L'interesse maggiore era però riservato alle associazioni con finalità economica. Si entrava nel vivo della delicata partita che la borghesia tedesca stava giocando per affermare la sua forza. La ripresa della libertà in questo campo era un fatto recente (28), che andava di pari passo con l'affermarsi dell'impresa capitalistica e della produzione industriale; lo sviluppo impetuoso pagava tuttavia lo scotto di profonde lacerazioni sociali dovute alle condizioni dei lavoratori e alla lotta fra classi.

Questa parte è il vero motore dell'opera di esordio: non è fuori luogo crederlo, se solo si pensa che nel suo complesso il progetto gierkiano doveva approdare a soluzioni giuridiche per i problemi del presente, anche se poi quanto effettivamente realizzato è rimasto limitato, per motivi del tutto contingenti, alla ricostruzione storica.

I toni di Gierke erano quelli di un liberale sensibile ai temi della solidarietà e della pace sociale. Stava avvenendo che i possessori di capitali concentrassero ogni potere nelle proprie mani: all'interno degli organismi economici dominati dal capitale il lavoro rimaneva semplice strumento e i lavoratori erano ridotti a una massa anonima priva di diritti, esattamente come i sudditi dello Stato assoluto (29). La mancanza di autonomia economica del lavoratore si ripercuoteva su tutti gli aspetti della sua vita, lasciandone sopravvivere la soggettività solo in astratto. Anche l'esistenza del popolo era messa in pericolo, perché sotto l'influenza delle grandi signorie economiche scomparivano gli organismi minori incapaci di competere e si acuivano le differenze fra possidenti e non possidenti, senza

---

(26) Ivi, p. 893 e ss.

(27) Ivi, pp. 894-895; anche p. 3.

(28) Ivi, pp. 950-951.

(29) Ivi, p. 1037.

che la nazione fosse in grado di esercitare una qualche forma di mediazione <sup>(30)</sup>.

Una possibile soluzione era stata ravvisata dalle ideologie socialiste e comuniste nell'intervento statale. Gierke però condivideva solamente l'analisi del problema, non le proposte. Il dirigismo statale volto ad attuare un sistema economico giusto si sarebbe risolto o in una forma di dispotismo dell'uguaglianza o in una regolamentazione ferrea, rispetto a cui perfino i metodi dello Stato di polizia sarebbero stati poca cosa. Stavano a dimostrarlo gli avvenimenti francesi del '48; ma anche ricette più moderate, come quelle di Ferdinand Lassalle, avrebbero finito per dare ingresso nella vita economica a un'eccessiva burocratizzazione <sup>(31)</sup>. Se di intervento statale si doveva parlare, poteva essere concepito esclusivamente come collaborazione, nello spirito di un soccorso dell'insieme alle sue parti: dunque, il sostegno statale diretto avrebbe potuto essere solamente sussidiario, in tutti quei casi in cui non fosse possibile raggiungere altrimenti obiettivi comuni o salvaguardare una parte dei cittadini <sup>(32)</sup>, in linea con una concezione dello Stato come comunità etica e non come strumento delle lotte di classe.

L'unica strada praticabile in risposta alla crescente conflittualità era il bilanciamento spontaneo delle diverse forze, mediante organismi che attuassero nella sfera economica un indirizzo etico antitetico all'egoismo del profitto. Come l'esigenza di mettere a frutto il capitale era favorita soprattutto dalle società per azioni, nelle quali l'elemento patrimoniale prevaleva su quello personale, così la libertà degli individui privi di capitale — e di conseguenza l'equilibrio sociale — poteva simmetricamente essere garantita, secondo Gierke, tramite associazioni nelle quali fossero predominanti le risorse economiche personali, in particolare il lavoro, al fine di promuovere la *Selbsthilfe* fra i membri <sup>(33)</sup>.

Con ciò il giurista si allineava a una schiera di riformatori sociali di estrazione borghese, tutti con un bagaglio di esperienze e iniziative simili: i vari Victor Aimé Huber, Eduard Pfeiffer, Her-

---

<sup>(30)</sup> Ivi, p. 1038.

<sup>(31)</sup> Ivi, pp. 1039-1040.

<sup>(32)</sup> Ivi, pp. 1040-1041.

<sup>(33)</sup> Ivi, p. 1035.

mann Schulze-Delitzsch condividevano le preoccupazioni per la *soziale Frage* e l'interesse per l'associazionismo inglese e francese, invocavano — paternalisticamente — la *Selbsthilfe* delle classi svantaggiate sorretta da una forte ispirazione morale, investivano energie nella creazione di *Genossenschaften* dei più diversi tipi per alleviare materialmente le condizioni degli ultimi <sup>(34)</sup>.

Gierke guardava con interesse soprattutto alle *Genossenschaften* organizzate in Prussia da Schulze-Delitzsch <sup>(35)</sup> a partire dagli anni '50, sull'esempio delle *trade unions* inglesi e del movimento cooperativo francese <sup>(36)</sup>. Comuni fra i due erano i sentimenti liberali ispirati alla stagione del '48 (che Schulze-Delitzsch aveva vissuto da protagonista), comune era l'interesse per le scienze *lato sensu* sociali, tanto da figurare in seguito entrambi fra i soci del *Verein für Sozialpolitik*, insieme a figure quali Schmoller e Brentano <sup>(37)</sup>.

Riferendosi agli esperimenti di Schulze e alle recenti statistiche sulla galassia associativa, Gierke raggruppò scientificamente quattro principali categorie di *Genossenschaften* personali per scopi economici: associazioni di assicurazione (contro gli infortuni o i danni alle

---

<sup>(34)</sup> Ivi, p. 1038. Si veda H.-J. SCHOEPS, *Huber, Victor Aimé*, in « Neue Deutsche Biographie », 9 (1972), pp. 688-89 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118554107.html>). Fu autore di diverse opere, fra le quali: V.A. HUBER, *Reisebriefe aus Belgien, Frankreich und England*, Hamburg, 1855; ID., *Die genossenschaftliche Selbsthilfe der arbeitenden Klassen*, Elberfeld, 1865. Su Pfeiffer A. HERMANN, *Pfeiffer, Eduard*, in « Neue Deutsche Biographie », 20 (2001), pp. 316-317 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd119102714.html>); fra le sue opere E. PFEIFFER, *Über Genossenschaftswesen*, Leipzig, 1863. Per Schulze-Delitzsch si veda la nota seguente.

<sup>(35)</sup> Per un primo contatto con questo autore R. ALDENHOFF-HÜBINGER, *Schulze-Delitzsch, Hermann*, in « Neue Deutsche Biographie », 23 (2007), pp. 731-732 (URL: <https://www.deutsche-biographie.de/pnd118762575.html>). Sulle leggi di cui fu l'ispiratore A. LAUFS, *Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren*, in « Juristische Schulung », VIII (1968), pp. 311-315. Gierke citava, fra l'altro, H. SCHULZE-DELITZSCH, *Assoziationsbuch für deutsche Handwerker und Arbeiter*, Leipzig, Keil, 1853; ID., *Die arbeitenden Klassen und das Assoziationswesen in Deutschland als Programm zu einem deutschen Congress*, Leipzig, Meyer, 1863<sup>2</sup>.

<sup>(36)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 1042-1045. Gierke aveva notizie di un movimento cooperativo in Italia attraverso l'*Almanach de la coopération pour 1868*, Paris, Davaud, 1868, pp. 101-120 (p. 1045).

<sup>(37)</sup> PETERS, *Die Genossenschaftstheorie Otto v. Gierkes (1841-1921)*, cit., pp. 44-45.

cose), di credito reale e personale (cashe di risparmio, ad esempio), distributive (per le materie prime o il consumo), produttive (per riconoscere piena cittadinanza economica al lavoro).

L'analisi politica e sociale rivelava al giurista — giurista insofferente verso la concezione formalistica del diritto — le potenzialità della competizione fra una pluralità di organizzazioni impegnate nella realizzazione dei propri obiettivi, in contrasto o in concorso fra loro, in uno spazio neutro non ingombro dallo Stato. Non era peraltro in discussione la presenza dello Stato: le associazioni del presente, osservava Gierke, trovavano prima di loro lo Stato già forte e sviluppato; non avevano alcuna pretesa di indebolirlo, pur esercitando una contropinta rispetto a ogni indebita pretesa di livellamento<sup>(38)</sup>. D'altronde, la condizione perché i soggetti collettivi promuovessero funzioni di cooperazione e solidarietà era l'astensione dello Stato dalle rispettive aree sociali e giuridiche.

A questo materiale magmatico corrispondeva tuttavia un grave vuoto teorico, « eine Lücke der Theorie »<sup>(39)</sup>. Il diritto comune tedesco e la scienza giuridica rimanevano fedeli alla rigida dicotomia romana fra *societas* e *universitas*, entro cui queste nuove figure erano riluttanti a farsi incasellare. La personalità giuridica, strumento indispensabile per la vitalità degli attori economici collettivi, era incompatibile con la natura puramente contrattuale della *societas*; se conseguita sotto forma corporativa, a seguito del riconoscimento statale, pagava invece il prezzo della perdita di autonomia. Neanche il nuovo codice di commercio prevedeva tipologie societarie adattabili a queste formazioni. Finalmente, la legislazione ispirata da Schulze-Delitzsch aveva introdotto, fra il 1867 e il 1868, le *Genossenschaften* registrate, cooperative la cui struttura amalgamava l'elemento patrimoniale e quello personale in modo organico<sup>(40)</sup>.

Se non voleva accumulare ritardo rispetto alla coscienza del tempo, anche la scienza giuridica avrebbe dovuto innalzare un nuovo edificio su fondamenta non romane.

---

(38) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 655.

(39) Ivi, p. 1102.

(40) Ivi, pp. 1102-1111.

### 2.3 *Storia e futuro: soggettività germanica e persone collettive.*

Il superamento dei conflitti in atto richiedeva che la nazione tedesca approdasse a un differente modello di socialità. Il fenomeno associativo, diversamente dalle mitologie statualiste e individualiste, era legato al destino della nazione perché attingeva al serbatoio profondo della sua storia; o, perlomeno, ciò era quanto andava dimostrato per poter elaborare, com'era nelle intenzioni di Gierke, una teoria dei gruppi e delle persone giuridiche — una *Genossenschaftstheorie* — basata su principi diversi da quelli romanistici.

L'ispirazione ideale e metodologica proveniva dal *Volksrecht und Juristenrecht* di Beseler<sup>(41)</sup>, germanista di sentimenti liberali critico verso il diritto di fattura straniera, accusato d'aver soffocato l'originario spirito popolare germanico: solo l'indagine storica sarebbe stata in grado di riportare alla luce gli istituti giuridici nazionali ancora sepolti sotto i sedimenti della cultura giuridica imposta da principi autoritari e dai loro funzionari. Gierke si dedicò al compito consapevole che la *Genossenschaft* del suo maestro era una figura tecnicamente ancora da sbizzare<sup>(42)</sup>; inoltre, per quanto potesse esser ritenuta patrimonio del popolo tedesco, le sue attuali manifestazioni erano a uno stadio decisamente iniziale. « Die moderne Assoziationsbewegung... » egli osservava « eine eigentliche Geschichte aber überhaupt noch nicht hat »<sup>(43)</sup>: la *freie Assoziation* era un fenomeno troppo recente per avere una storia.

Occorreva pertanto compiere due passi essenziali, ossia: dimostrare che queste associazioni erano un prodotto caratteristico ed esclusivo del popolo tedesco, dunque si erano già manifestate nel passato in forme analoghe; di conseguenza, ricostruire su queste basi storiche la loro fisionomia giuridica in maniera scientifica e certa. In pratica, all'indagine diacronica delle manifestazioni sociali politiche economiche religiose, si sarebbe poi affiancata — come si è visto nel progetto dell'opera — l'indagine sui concetti e le teorie giuridiche (sempre però secondo una progressione storica). Alla fine si sarebbe

(41) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 153-194.

(42) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 2.

(43) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 652; anche p. 657.



potuto disporre di un attendibile modello nazionale per le istituzioni del presente, alternativo a quello ‘straniero’ ed estraneo.

« La nuova teoria » così Maitland ha acutamente descritto dopo alcuni decenni il lavoro cui si accingeva Gierke « doveva essere filosoficamente vera, scientificamente valida, moralmente giusta, giuridicamente implicita in codici e sentenze, praticamente conveniente, storicamente predestinata, genuinamente tedesca e forse esclusivamente germanistica » (44). L’immersione nel passato era un lavacro necessario per proporre al presente conflittuale la ricetta delle *Genossenschaften* come l’unica in grado di salvaguardare l’identità germanica profonda e di fungere da agente della rigenerazione sociale e politica. Già dal suo esordio come storico lo sguardo di Gierke era perciò rivolto al futuro.

In questo programma ricerca storica e riflessione filosofica si integravano fino a includere una componente che non sembra azzardato definire utopica, al di là del sogno contingente di un nuovo *Reich* tedesco: il passato doveva svelare un ordine giuridico ‘altro’, che proiettasse nel futuro la sua immagine peculiare dei soggetti individuali e collettivi e del diritto.

Il risultato cui la storia doveva dare riscontro ambiva a rinnovare nel presente la nozione più sacra della giuridicità, quella di soggetto di diritto, proponendone una versione meno egoistica, meno assoluta, più ‘sociale’. Si ripercorreva a ritroso la modernità per recuperare l’*Humor* originale del popolo tedesco (45), il suo sentimento più profondo. La fantasia creatrice del diritto germanico, prima d’essere filtrata dalle dottrine provenienti dall’Italia, aveva infatti sviluppato il *Genossenschaftsrecht* su principi del tutto differenti.

Il secondo volume del *Das deutsche Genossenschaftsrecht* si apre con una critica diretta alla dottrina dominante in Germania. Nel sistema romano, di cui s’era fatto autorevolissimo interprete Savigny, la personalità giuridica coincideva con la capacità di diritto

---

(44) W.F. MAITLAND, *Introduzione a O. Gierke*, *Political theories of the Middle Age*, in *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Gierke, Maitland etc.*, a cura di P. Schiera, Napoli, Bibliopolis, 1986, p. 81.

(45) O. VON GIERKE, *Der Humor im deutschen Recht*, Berlin, Weidmann, 1873.

privato <sup>(46)</sup>. Mentre nel diritto pubblico esisteva un unico protagonista, lo Stato, soggetto del diritto privato era ogni singolo uomo, signore della sfera riservata alla sua volontà, e solo l'uomo singolo. Non tutti gli individui rientravano necessariamente fra le 'persone' dotate di soggettività — ad esempio gli schiavi — ma i soggetti dovevano comunque essere uomini; qualcos'altro poteva beneficiare della personalità unicamente per effetto d'un artificio. Ora, in una comunità i romani vedevano un'alternativa netta: o un legame esterno, estrinseco, seppur stretto, che lasciasse ciascun individuo perfettamente indipendente nella sua sfera (*societas*); o un distinto centro di imputazione considerato alla stregua d'un individuo (*universitas*). In questo secondo caso si negavano i legami comunitari interni e si individuava il soggetto nella persona fittizia, assolutamente terza, creata non dai singoli, che nulla di sé cedevano ad essa, ma dallo Stato: se la persona artificiale avesse inglobato o limitato la personalità dei singoli, questi avrebbero terminato d'esser tali e il diritto privato avrebbe perso la sua funzione di ritagliare alla volontà individuale una sfera pienamente indipendente <sup>(47)</sup>.

La personalità romana, in sintesi, era contrassegnata da tre caratteri connaturati: assolutezza, in quanto la volontà era libera di determinarsi da sé e solo in un secondo momento incontrava il limite esterno costituito dalla presenza di altre volontà; indivisibilità, che impediva all'individuo di partecipare con una sua parte a una personalità più ampia; intrasferibilità, essendo impossibile trasferire anche solo parzialmente la propria volontà, ad esempio con la rappresentanza diretta <sup>(48)</sup>.

Questo tipo di soggetto volitivo, signore solitario del suo destino individuale, così simile ai protagonisti astrattamente uguali di un certo empireo liberale, era quanto di più lontano dalle concezioni germaniche. Nella mentalità germanica delle origini dominava un'idea unitaria del diritto in cui rientravano tanto i rapporti tra i singoli, quanto fra l'individuo e la comunità: la distinzione fra diritto pubblico e privato non ebbe ragion d'essere per almeno un millennio, durante il quale il diritto scaturiva direttamente dalla

---

<sup>(46)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., pp. 25-26.

<sup>(47)</sup> Ivi, pp. 26-29.

<sup>(48)</sup> Ivi, pp. 29-30.

coscienza popolare e quindi regolava tutti i rapporti in modo organico. Anche quando il diritto pubblico e il privato si sono separati, l'idea di soggetto giuridico ha continuato a mantenere vivi i nessi originali fra individuale e comunitario, libertà e limite, egoismo e altruismo. L'essenza della personalità germanica è sempre rimasta la libera volontà etica: non la volontà recisa dal contesto dell'individuo, perfetta e sovrana, ma una volontà guidata dall'ordine etico della comunità<sup>(49)</sup>. Pace, fiducia, protezione erano i valori di una società attenta alla collaborazione reciproca. Pertanto, a differenza di quella romana, la soggettività giuridica germanica non era assoluta, poiché era legata alla comunità da obblighi oltre che da pretese soggettive; aveva inoltre la dote particolare di essere divisibile, permettendo a ciascun individuo concreto di integrarsi con una parte di sé nella comunità, e a ogni comunità inferiore in quelle più ampie; infine era trasferibile, purché rimanesse intatto un nucleo essenziale di libertà<sup>(50)</sup>.

In coerenza con questo tipo di personalità, a tal punto versatile da condividere parti proprie con diverse collettività senza autodistruggersi, negli ordinamenti germanici esistevano più persone che uomini, cioè anche persone collettive (*Verbandspersonen*) formate da tutte le porzioni di soggettività poste in comune dai singoli, che si imponevano come realtà effettive e non come artifici giuridici. Le associazioni non assumevano una posizione di assoluta terzietà rispetto ai loro membri: erano allo stesso tempo comunità inclusive e unità individuali dotate di esistenza autonoma e obiettivi propri<sup>(51)</sup>. Parallelamente, nella sfera individuale i rapporti giuridici del singolo in quanto tale convivevano con quelli spettanti quale membro di una o più comunità.

I tasselli di personalità messi in comune sia dai singoli che dai gruppi facevano della società un mosaico il cui senso era generato dalle reciproche relazioni e poteva essere colto solo guardando l'insieme.

Riproporre questo modello sociale allo stesso tempo vecchio e nuovo, relativizzando la soggettività individuale, significava rompere

---

<sup>(49)</sup> Ivi, pp. 32-34.

<sup>(50)</sup> Ivi, pp. 36-37.

<sup>(51)</sup> Ivi, pp. 39-40.

coraggiosamente con l'exasperato individualismo della modernità, senza rinunciare peraltro a una forma diversa, probabilmente più efficace, di valorizzazione dell'individuo concreto. Questo può forse spiegare perché la teoria giuridica e politica di Gierke, sebbene minoritaria nel panorama intellettuale tedesco, abbia avuto il privilegio di non perdere d'attualità: per quanto nell'insieme fosse un *unicum* irripetibile e irrealizzato, i suoi snodi interni hanno rivelato sintonia con i meccanismi del sociale meno coinvolti dalle scelte prevalenti nella seconda metà del XIX secolo, ma non per questo trascurabili — fra i quali quelli che oggi facciamo rientrare nel concetto di pluralismo.

#### 2.4. *Storia e futuro: la città medievale modello giuridico.*

In questa interpretazione originale, anche se non necessariamente oggettiva, dei dati storici, rielaborati alla luce di questioni attualissime, gli organismi sociali recuperavano il ruolo di protagonisti primari dell'ordine politico accanto allo Stato e agli individui.

Non sono in dubbio la sensibilità di Gierke per le questioni metodologiche o l'originalità degli ambiti che ha aperto alla ricerca sul passato<sup>(52)</sup>. È certo tuttavia che egli si trovava di fronte a un ostacolo ricostruttivo: dal XVI secolo il fluire della storia tedesca aveva subito una drastica soluzione di continuità dovuta ai noti fenomeni dell'assolutismo, dell'individualismo e della recezione del diritto romano. Di conseguenza, data questa cesura, l'esistenza di una lontana 'età dell'oro' delle associazioni germaniche aveva quanto meno carattere congetturale; senza contare che le fonti dalle quali poteva essere desunta erano del tutto sprovviste della capacità di inoltrarsi in una riflessione sistematica consapevole<sup>(53)</sup>.

Inoltre, per dimostrare la continuità con il puro spirito asso-

---

(52) O.G. OEXLE, *Otto von Gierkes 'Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft'. Ein Versuch wissenschaftsgeschichtlicher Rekapitulation*, in *Deutsche Geschichtswissenschaft um 1900*, a cura di N. Hammerstein, Stuttgart, Steiner, 1988, pp. 193-217; G. DILCHER, *Zur Geschichte und Aufgabe des Begriff Genossenschaft*, in *Id.*, *Die Germanisten*, cit., pp. 339-349.

(53) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., p. 1 e ss.: la concezione corporativa germanica rimaneva al livello della difficilmente documentabile *Rechtbewusstsein* del popolo tedesco. Il germanesimo giunse ad astrarre un concetto di

ciativo germanico delle epoche precedenti, l'unica strada era far intervenire delle astrazioni nelle dinamiche storiche. La tendenza della società a formare gruppi e quella contraria di raggiungere l'unità mediante strutture gerarchiche di potere diventavano due fattori dalle caratteristiche predefinite, *Genossenschaft* e *Herrschaft*, sempre uguali nella loro essenza, ma capaci di imprimere un'evoluzione ciclica alla società grazie alla loro dialettica. In questo modo era anche possibile contemprarne la conciliazione definitiva, a costo di ritenere che l'esito della traiettoria storica fosse predeterminato <sup>(54)</sup>.

Si spiega allora che l'epoca (i secoli dal XVI in poi) la cui fine era prossima, dominata dal principio di *Herrschaft*, fosse stata preceduta — per necessità dialettica — da una diversa fase, nella quale invece aveva prevalso la *Genossenschaft*. Il modello storico che Gierke cercava era dunque rintracciabile proprio in quel preciso frangente, nei secoli del basso medioevo anteriori alla comparsa dello Stato moderno, e specificamente nella fioritura, a partire dal XII secolo, delle città tedesche. La *Genossenschaft*, fenomeno consociativo ampio in cui erano tradizionalmente incluse numerose forme di contitolarità dei diritti e condivisione (come comunità familiari e agricole), al livello dell'organizzazione cittadina avrebbe assunto una forma coerente di personalità giuridica: la città medievale diveniva *Körperschaft*, espressione con cui Gierke indicava il tipo germanico di persona giuridica <sup>(55)</sup>.

L'essenza della personalità giuridica cittadina era sintetizzabile nell'idea di *Gemeinwesen*, entità reale eppure astratta <sup>(56)</sup>: un'unità dotata di soggettività autonoma (*Gesamtperson*), ma allo stesso

---

personalità corporativa senza mai sviluppare una riflessione complessa (ID., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, cit., p. 4).

<sup>(54)</sup> G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein »Juristensozialismus« Otto v. Gierkes?*, in ID., *Die Germanisten*, cit., p. 307 e ss.; O. VON GIERKE, *Community in historical perspective*, a cura di A. Black, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, pp. xxiii-xxiv (*Editor's introduction*); P. BLICKLE, *Otto Gierke als Referenz? Rechtswissenschaft und Geschichtswissenschaft auf der Suche nach dem Alten Europa*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », XVII (1995), p. 245 e ss.

<sup>(55)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, II, cit., p. 1.

<sup>(56)</sup> Ivi, p. 820 e ss. Definizione pensata per differenziarla da *respublica*, in cui *res* è un oggetto privo di vita e *publica* non indica chiaramente la comunità.

tempo impensabile senza la molteplicità al suo interno, in cui il bene dell'insieme e quello dei singoli fossero entrambi presenti e valorizzati senza sbilanciamenti. Come il singolo doveva sacrificarsi per la città contro i nemici esterni, così in quanto cittadino aveva diritto a protezione e vendetta<sup>(57)</sup>. Le città del medioevo tedesco erano perciò differenti sia dalle istituzioni ecclesiastiche sia dall'*universitas* romana: la loro personalità non era una finzione, ottenuta per concessione dall'autorità superiore, rimaneva invece immanente all'insieme. Il pensiero germanico dimostrava così di aver raggiunto la maturità in piena autonomia, anche senza possedere i raffinati strumenti concettuali romani, dando compiuta attuazione giuridica alle sue inclinazioni più tipiche.

Si sarebbe realizzato così per la prima volta, in ambito ristretto, l'obiettivo che Gierke indicava come l'approdo cui era destinato il popolo tedesco nel prossimo futuro, quella conciliazione di *Einheit* e *Freiheit* solennemente auspicata nell'introduzione del primo volume: la città medievale incarnava l'esempio per ricongiungere lo Stato al popolo.

Uno dei punti di debolezza di questo impianto era ipotizzare processi culturali e socioeconomici validi solo nei confini dell'area germanica, o addirittura solo tedesca. Gierke stesso sembrò rendersene conto nel corso degli anni, senza però mutare linea<sup>(58)</sup>. A ciò si somma l'unilateralità con cui di conseguenza interpretava sia il diritto tedesco che la tradizione 'romanistico-canonistica'<sup>(59)</sup>. Non ne esce però scalfito il significato dell'iniziativa intellettuale gierkiana, che non nasceva semplicemente con finalità storiche: la storia era invece il viatico, insieme alla riflessione filosofica, per promuovere il progresso della società e dello Stato tedesco. Il traguardo era restituire al popolo la libertà di partecipare alla determinazione dell'ordine politico e giuridico, come nella città medievale, dopo i

(57) Ivi, pp. 826-827.

(58) GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, III, cit., pp. VI-VII del *Vorwort*. Anche il pensiero di Althusius rappresentò per Gierke un imprevisto allargamento di visuale rispetto alle sue precedenti affermazioni sul giusnaturalismo.

(59) GIERKE, *Community*, cit., pp. xxviii-xxix (*Editor's introduction*); P. LANDAU, *Otto von Gierke und das kanonische Recht*, in *Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen*, a cura di J. Rückert, D. Willoweit, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 77-94.

secoli in cui si era ridotto a una somma di sudditi dominati da un'istituzione superiore ed esterna.

### 3. *Popolo, Stato, diritto.*

In alternativa all'egoismo capitalistico, allo statalismo, alle derive socialiste, la nazione tedesca unificata nel II *Reich* avrebbe dovuto incamminarsi verso la riscoperta delle forze autonomamente prodotte dalla società.

Lo Stato era rimasto un elemento parzialmente esterno all'oggetto della prima opera di Gierke (ma sarebbe meglio dire del suo progetto iniziale) sia perché conteneva strutturalmente poteri imperativi di *Herrschaft*, sia perché lo Stato di polizia aveva operato come antitesi delle comunità inferiori. La prospettiva di ricostruire nella sua completezza il *Genossenschaftsrecht* avrebbe tuttavia permesso il recupero della dimensione comunitaria nella vita statale; anche il diritto sarebbe risultato inevitabilmente trasformato.

Questi profili contenevano un'essenza ai nostri occhi pluralistica, in quanto presupponevano che la realtà giuridica fosse prodotta in maniera pluricentrica dalle diverse forze in essa presenti: di tali forze erano riconosciute la spontaneità e la legittimazione originaria di fronte allo Stato. Volendo ragionare ancora in questi termini occorre però anche constatare che per Gierke il dato pluralistico non costituiva in sé un obiettivo, semmai — a seconda di come lo si intenda — la premessa per ripensare l'ordine politico e giuridico. Non era in previsione una società aperta a ogni possibile sviluppo innescato dalle dinamiche fra nuclei di produzione giuridica concorrenti; il riconoscimento della varietà sociale e giuridica consentiva piuttosto di approdare a un ordine unitario non più inteso (solo) come assetto potestativo, ma come coesione organica.

Tra gli anni Settanta e Ottanta del XIX secolo, mentre continuava le ricerche sul suo filone principale, Gierke si dedicò più specificamente a studi di storia delle dottrine politiche<sup>(60)</sup> che

---

<sup>(60)</sup> O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche* (Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 1880), trad. it. a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1943; ID., *Naturrecht und deutsches Recht* (1883), rist. Aalen, Scientia, 1973. Anche ID., *Das deutsche Genossen-*

rafforzarono le sue convinzioni, facendogli ipotizzare una continuità dello spirito tedesco anche all'interno della tradizione giusnaturalistica, grazie soprattutto all'Althusio e a giuristi come Nettelblatt, Böhmer, Wolff o pensatori politici come Möser e Humboldt<sup>(61)</sup>. La sua riflessione sconfinava così in ambiti tematici più estesi, fra i quali il federalismo e lo Stato di diritto, entrambi analizzati nell'opera su Althusio del 1880.

Su questi stessi temi egli lanciava contemporaneamente una sfida aperta all'*establishment* giuridico, oramai in prevalenza assestato su posizioni formalistiche e positivistiche. Il suo interesse si propagava dalle consociazioni allo Stato e ai loro reciproci rapporti; lo Stato diveniva anche nei titoli il protagonista dei suoi interventi: *Die Grundbegriffe des Staatsrecht* (1874) e *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883)<sup>(62)</sup>. I pericoli contro i quali Gierke aveva messo in guardia fin dagli esordi si stavano concretizzando uno dopo l'altro sotto ai suoi occhi. La scienza del diritto pubblico si andava adeguando a un costruttivismo logico astratto plasmato sul calco del diritto privato individualistico; lo Stato veniva considerato un apparato di potere separato dall'organismo vivo del popolo; ai diritti fondamentali degli individui era assegnata una natura esclusivamente statale<sup>(63)</sup>.

In particolare, la giuspubblicistica era giunta con Laband ad attribuire allo Stato la personalità giuridica fittizia di diritto privato: a questa sorta di fantasma venivano ascritti poteri pubblici in luogo del semplice diritto di proprietà, facendone l'arbitro dei destini di

---

*schaftsrecht*, III, cit., contiene una lunga indagine sulle dottrine politiche del medioevo, da cui trasse origine e fu sviluppato come studio a sé il volume su Althusio.

<sup>(61)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 195 e ss.

<sup>(62)</sup> O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien* (1874), rist. Aalen, Scientia, 1973; Id., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft* (1883), rist. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1961.

<sup>(63)</sup> Su questi problemi possono vedersi M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 319 e ss., 356 e ss.; S. MEZZADRA, *Il corpo dello Stato. Aspetti giuspubblicistici della Genossenschaftslehre di Otto von Gierke*, in « *Filosofia Politica* », VII (1993), pp. 445-476; nonché P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma, Laterza, 2001, pp. 159-168.



persone in carne e ossa <sup>(64)</sup>. Il popolo si riduceva così a sostrato — insieme al territorio — su cui lo Stato esercitava la sua potestà di dominio; si scavava un solco incolmabile fra la dimensione della statualità, intesa esclusivamente come apparato di comando munito di forza coercitiva, e gli individui, considerati atomi tutti uguali soggetti a una stessa volontà superiore <sup>(65)</sup>. In quanto espressione di tale volontà la legge era la fonte preminente a prescindere dal contenuto, che rimaneva un elemento confinato al momento preparatorio, per quanto nelle aspettative dovesse essere improntato a principi liberali <sup>(66)</sup>.

Gierke ammoniva che in Germania la scienza giuridica, prima di virare verso questo positivismo formalistico, aveva intravisto altre fondamenta sulle quali la società tedesca avrebbe dovuto innalzare il suo edificio statale, per merito soprattutto della corrente storicistica (e a questo proposito riconosceva l'innegabile ruolo positivo di Savigny), ma anche della parte di giusnaturalismo più influenzata dal germanesimo <sup>(67)</sup>. Recuperando infatti il collegamento primitivo con l'unità storico-spirituale del popolo, l'origine dello Stato poteva essere ricondotta a un movimento dal basso: non a un unico contratto fra individui che regolasse l'intera società istituendo il potere sovrano, ma a una federazione di organismi minori spontaneamente prodotti dal popolo con innumerevoli contratti, sull'esempio di quanto aveva teorizzato nel '600 l'Althusio <sup>(68)</sup>. Lo stesso modello politico era del resto riscontrabile nell'ALR, del quale mitigava l'impostazione autoritaria e statalista <sup>(69)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 30.

<sup>(65)</sup> Ivi, pp. 34-35 e *passim*.

<sup>(66)</sup> Ivi, pp. 78-79.

<sup>(67)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 7 e ss.

<sup>(68)</sup> Gierke è unanimemente riconosciuto come colui che ha 'riscoperto' Althusio, anche se risultano superate molte sue interpretazioni. Per un punto della situazione: T.O. HUEGLIN, *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo (Ontario), Wilfried Laurier University Press, 1999; nonché D. QUAGLIONI, *Quale modernità per la « Politica » di Althusius?*, in « Quaderni fiorentini », XXXIX (2010), pp. 631-648.

<sup>(69)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 29; più dettagliatamente ID., *Die Steinsche Städteordnung*, cit., p. 22; e soprattutto ID., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., pp. 20-21.

Dal popolo si proponeva pertanto di ripartire il germanista. Inteso come insieme spirituale e morale sviluppatosi organicamente nel corso della storia, il popolo esprime attraverso lo Stato la sua essenza unitaria <sup>(70)</sup>. In questa visione il popolo è tutt'uno con lo Stato e lo Stato è l'organizzazione effettiva del popolo, in pieno contrasto con la tradizione che faceva del popolo la somma di individui accomunati dalla soggezione a un Leviatano <sup>(71)</sup>.

« Spogliato del suo carattere mistico », aveva scritto Gierke nel 1868, « ricondotto all'evoluzione naturale invece che a un'origine soprannaturale, un tale Stato non è di un genere differente dalle più ristrette associazioni di diritto pubblico contenute in esso, dai comuni e dalle corporazioni, ma si pone di fronte ad esse solamente come il livello di sviluppo più completo rispetto all'incompleto » <sup>(72)</sup>; e nel 1874 ripeteva che tutte le persone collettive hanno il medesimo carattere reale, perché ciascun uomo vi appartiene concretamente con parte della sua soggettività giuridica <sup>(73)</sup>.

Accanto all'ordine degli individui ne esisteva cioè uno dei gruppi, nel quale non v'era differenza di natura fra lo Stato e le *Genossenschaften*, ugualmente dotati di unità e volontà reali. Certamente, lo Stato era sovrano per il fatto di non avere nessun organismo più generale sopra di sé: era l'unico regolatore di se stesso, al contrario delle altre comunità che trovavano in lui un regolatore esterno. Tuttavia, era impensabile che lo Stato avesse una personalità politica assoluta ed esclusiva da cui derivasse la personalità delle associazioni inferiori <sup>(74)</sup>: la vita sociale, economica, religiosa, culturale della nazione creava liberamente organizzazioni originarie

<sup>(70)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 830; idea ribadita per l'arco di una vita, ID., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., pp. 22-23.

<sup>(71)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., pp. 141-142. Gli elementi distintivi tra Gierke e Hobbes in relazione ai problemi del pluralismo sono stati approfonditamente studiati da D. RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>(72)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 832-833 (traduzione mia).

<sup>(73)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 92-94.

<sup>(74)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., p. 833: « Allein die Anschauung, welche hieraus für den Staat eine absolute, ausschließliche politische Persönlichkeit folgert, während sie allen kleineren Allgemeinheiten höchstens ein von

quanto lo Stato <sup>(75)</sup>, il quale a sua volta veicolava la civilizzazione complessiva, era *Kulturstaat*. L'idea, risalente a Fichte, che il potere pubblico assolvesse a compiti sociopolitici per promuovere il benessere del popolo era assolutamente centrale in tutti gli interventi del germanista. Lo Stato però sarebbe intervenuto solo sussidiariamente, quando l'autoamministrazione delle comunità inferiori non fosse sufficiente, lasciando altrimenti alla famiglia il compito dell'educazione, alle chiese la protezione della vita religiosa e della moralità, a tutte le altre libere *Genossenschaften* il perseguimento dei più vari obiettivi pubblici <sup>(76)</sup>.

La prima acquisizione pluralistica desumibile dalla natura propria della nazione tedesca era dunque un dato di tipo politico e sociale: la molteplicità dei protagonisti collettivi dell'ordine politico contrapposta al monismo statalistico.

A ciò si collegavano però anche risvolti pluralistici nella dimensione squisitamente giuridica.

Tanto lo Stato quanto il diritto erano espressioni del popolo in larga misura sovrapponibili, ma non coincidenti <sup>(77)</sup>; ovviamente, il liberalismo gierkiano implicava che queste realtà in origine distinte si compenetrassero nella forma dello Stato di diritto <sup>(78)</sup>, in modo da rendere regolato il potere ed efficace il diritto. Il diritto rimaneva tuttavia una creazione spirituale autonoma chiamata a dare attuazione all'idea di giustizia <sup>(79)</sup>. Averlo compreso era il più prezioso lascito del giusnaturalismo, minacciato ora dagli orientamenti giuspubblicistici che annullavano il contenuto del diritto nell'idea di interesse e la sua efficacia nell'idea di forza <sup>(80)</sup>. Il saggio del 1883 su *Naturrecht und deutsches Recht* presenta in forma di domanda i problemi giuridici sui quali il germanesimo avrebbe dovuto far

jener Staatspersönlichkeit abgeleitetes Stück politischer Persönlichkeit zugesteht, ist mit der modernen Staatsidee unvereinbar »; anche Id., *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 96-97.

<sup>(75)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., p. 100.

<sup>(76)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 56; Id., *Der germanische Staatsgedanke*, cit., p. 27.

<sup>(77)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 30-31; pp. 105-107.

<sup>(78)</sup> GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I, cit., pp. 831-832; Id., *Giovanni Althusius*, cit., p. 239.

<sup>(79)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 240.

<sup>(80)</sup> Ivi, p. 239.

sentire la sua voce: esiste oltre al diritto statale un diritto delle *Genossenschaften*? E la consuetudine è fonte altrettanto primaria quanto la legge? Esiste accanto al diritto formale anche un diritto materiale che funga da limite al legislatore? E ancora, il diritto è volontà o frutto di una ragione che controlla la volontà? La sua essenza deve essere rintracciata nel comando dotato di forza coercitiva, nell'utilità pratica, o nel contenuto razionale? Il diritto deve proteggere interessi, o piuttosto è scopo in sé in quanto deve incarnare l'equità, come l'arte l'idea del bello e la scienza l'idea del vero? <sup>(81)</sup>

Delle risposte Gierke era ben convinto. La legge per lui costituiva la forma esteriore del diritto e il diritto legislativo non poteva valere solo in quanto comando: « infatti il diritto, essendo il complesso delle norme esteriori rivolte a volontà libere, non può, nella sua sostanza, esser esso stesso volontà: dove è la volontà a regolare la volontà, per necessità logica ci si trova di fronte e soltanto al concetto della forza » <sup>(82)</sup>.

Dalla legge ci si aspetta invece che sia giusta <sup>(83)</sup>: e tanto più sarà giusta se è ragionevole. L'essenza del diritto non è dunque volontaristica ma razionale: « Se una norma esteriore obbligatoria deve valere non soltanto per questa o quella volontà ma per la volontà in sé, essa non può risiedere che in una facoltà spirituale autonoma rispetto alla volontà. Tale facoltà è la ragione. Perciò il diritto non consiste nella volontà collettiva, che qualcosa debba essere, bensì nella convinzione collettiva che qualcosa è. Il diritto è la convinzione di una comunità umana [...] di dover conformare la propria volontà a norme esteriori, cioè a limitazioni della libertà esteriormente vincolanti e per ciò, in forza del concetto stesso, coattive » <sup>(84)</sup>.

A dispetto dei postulati positivisti, Gierke non si stancava di ripetere che il diritto rimarrebbe tale anche qualora non avesse il riconoscimento statale e il supporto della forza <sup>(85)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> GIERKE, *Naturrecht*, cit., pp. 4-6.

<sup>(82)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., p. 240.

<sup>(83)</sup> GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 80.

<sup>(84)</sup> GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., pp. 240-241.

<sup>(85)</sup> GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 31-32; p. 105.

La fondamentale intuizione di sganciare storicamente e concettualmente il diritto dallo Stato — in maniera peraltro non traumatica — riconducendo entrambi al popolo rendeva possibile riconoscere una pluralità di fonti giuridiche.

Se lo Stato fungeva da organo principale della consapevolezza giuridica del popolo, anche le collettività inferiori che affollavano l'ordine politico potevano farsene interpreti in ambito più ristretto; oppure il popolo stesso poteva conformarsi direttamente alla coscienza giuridica comune senza mediazione statale. La consuetudine si affiancava pertanto alla legge con efficacia pienamente derogatoria<sup>(86)</sup>; il diritto prodotto autonomamente dalle molteplici cerchie comunitarie, quantunque subordinato alla legge dello Stato, non traeva da essa la propria legittimazione; infine, natura giuridica piena doveva essere riconosciuta anche al *Völkerrecht* prodotto dalla comunità internazionale dei popoli<sup>(87)</sup>.

La superficie del giuridico veniva ad essere per Gierke più ampia, più sfaccettata del solo diritto legale, al quale anzi la coscienza giuridica non avrebbe potuto far altro che ribellarsi se fosse stato ingiusto<sup>(88)</sup>: rimanevano spazi per l'attività creatrice del popolo, dei gruppi inferiori, di quelli paralleli o esterni<sup>(89)</sup>.

#### 4. *Il 'Sozialrecht'.*

Le 'risorse' pluralistiche insite nel pensiero gierkiano non confluivano in una dimensione confliggente con lo Stato o eccentrica rispetto ad esso: piuttosto, attingevano tutte alla stessa unità. Il popolo non generava solo *Vielheit*, ma anche *Einheit* attraverso lo Stato: il nodo della questione stava per Gierke nel connettere i due poli, affinché l'unità non consistesse più solo in un assetto potestativo e lo Stato si adeguasse all'ordine organico del popolo.

Una volta nato lo Stato tedesco sotto l'egida prussiana, la missione era divenuta difenderlo dalle insidie del formalismo ricorrendo al *Körperschaftsrecht* germanico, di cui Gierke aveva rico-

---

(86) GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 81.

(87) GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 31-32.

(88) GIERKE, *Naturrecht*, cit., p. 10.; ID., *Giovanni Althusius*, cit., pp. 241-242.

(89) GIERKE, *Die Grundbegriffe*, cit., pp. 32-33.

struito l'essenza, in alternativa alla personalità giuridica romanistica. Il sistema pandettistico del diritto privato aveva a che fare esclusivamente con i rapporti esterni di soggetti individuali semplici, naturali o artificiali che fossero; al contrario il *Körperschaftsrecht* svelava rapporti giuridici reciproci fra l'intero e le parti all'interno dei corpi collettivi<sup>(90)</sup>. Espressione della consapevolezza etica del popolo, il diritto germanico travalicava così il dato meramente volontaristico e formale per farsi *Ordnung* delle svariatissime articolazioni sociali, aderendo profondamente alla struttura delle comunità che regolava<sup>(91)</sup>.

L'idea di un ordine plurale era, ad esempio, la via maestra per superare gli ostacoli che Laband aveva incontrato nel delineare il carattere federativo del *Reich*. Questi infatti considerava il *Bundesstaat* e gli Stati membri come persone giuridiche distinte poste in rapporto gerarchico tra loro, né la dottrina civilistica della persona giuridica gli lasciava altra possibilità<sup>(92)</sup>. La soluzione di Gierke invece partiva dal riconoscere che all'interno di ogni ambito nazionale esiste normalmente un potere sovrano indivisibile al di sopra di tutti gli altri, dotato di compiti e prerogative proprie, a cui è attribuita la qualifica della statualità. Se però nello stesso *Gemeinwesen* nazionale convivono storicamente più realtà statali, all'esercizio della sfera di potere sovrano è chiamata una molteplicità di persone collettive. Il soggetto titolare del potere indiviso dovrà allora essere l'insieme statale complessivo (*Bundesstaat*) formato dagli Stati membri organicamente legati e interdipendenti<sup>(93)</sup>. Il *Bundesstaat* è capo della comunità di Stati, la rappresenta verso l'esterno e ha l'ultima parola in caso di conflitti; in questo modo è garantito che il volere del *Bundesstaat* sia unitario<sup>(94)</sup>. Assodato che rimane indivisa la sostanza del potere, all'esercizio dello stesso sono invece chiamati separatamente lo Stato nel suo insieme e la pluralità degli Stati membri. Il potere del *Bundesstaat* è il più elevato, ma

---

(90) Ivi, pp. 114-117; GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 8-10; ID., *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, Schade, 1902, p. 25.

(91) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 174-176.

(92) GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 71.

(93) Ivi, p. 72.

(94) Ivi, p. 73.

verso il basso non è intero; il potere dei singoli Stati membri è nel suo ambito potenzialmente intero, però verso l'alto non è l'unico. Dunque, sia lo Stato complessivo che gli Stati membri devono esercitare solo parzialmente le competenze contenute nel potere sovrano e indivisibile ad essi spettante in comunità<sup>(95)</sup>. Tanto basta però perché anche i singoli Stati abbiano riconoscimento internazionale e prerogative onorarie<sup>(96)</sup>.

Quel che valeva per l'Impero era valido anche ai livelli inferiori. Tra il diritto individuale e quello statale Gierke evidenziava uno spazio ignoto alla tradizione romanistica, pienamente giuridico e tanto esteso da regolare l'intera società, definito perciò *Sozialrecht*<sup>(97)</sup>: un diritto del popolo come comunità e delle comunità nel popolo, composto dalle regole di organizzazione interna dei gruppi e dalle situazioni soggettive di appartenenza a una o più collettività<sup>(98)</sup>.

I concetti del *Sozialrecht*, affatto specifici rispetto al diritto privato, raffiguravano l'unità delle parti nel tutto ispirandosi al paragone con gli organismi naturali. Tuttavia, la soggettività giuridica coincideva con un'unità vivente non percepibile dai sensi, quindi non dimostrabile direttamente, la cui esistenza reale poteva essere desunta dall'attività delle membra — le quali continuavano a godere parallelamente di autonoma esistenza. Gli effetti dell'azione collettiva erano tali, secondo Gierke, da non poter essere spiegati come semplice somma di forze individuali. Sono i popoli e le altre comunità che creano l'organizzazione del potere, la lingua, il diritto, le usanze, l'economia politica<sup>(99)</sup>. Ciò che insegna l'esperienza sensibile viene confermato anche dalla percezione interiore di appartenenza alla comunità: al proposito Gierke ricordava il trasporto quasi mistico da lui vissuto per l'entusiasmo della folla a *Unter den Linden* nei giorni di avvio della guerra contro la Francia<sup>(100)</sup>.

Nel *Sozialrecht* si manteneva un legame strutturale fra la

(95) *Ibidem*.

(96) *Ivi*, p. 74.

(97) GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 10.

(98) *Ivi*, p. 181 e ss.

(99) GIERKE, *Das Wesen*, cit., pp. 19-21.

(100) *Ivi*, p. 22.

persona collettiva e i singoli membri o organi che con una parte della propria personalità la formavano: la costituzione interna regolava le pretese e gli obblighi reciproci, per garantire che si integrassero, e stabiliva rapporti di sovra e subordinazione attribuendo a ciascuna parte un ruolo nel tutto, sempre in prospettiva organica <sup>(101)</sup>.

Ogni persona collettiva poteva poi a sua volta essere inserita in una superiore con un pezzo di sé <sup>(102)</sup>. Il diritto sociale ascendeva così, gradino dopo gradino, fino a comprendere lo Stato e il suo diritto <sup>(103)</sup>. I gruppi, nel pensiero del grande germanista, sottostavano alla sovranità di uno Stato che contribuivano a strutturare dal basso: nicchie protettive per l'individuo, producevano appartenenze concentriche culminanti nell'organismo complessivo.

In diverse occasioni Gierke, descrivendo l'inesauribile pluralità di organismi sociali che contribuiscono all'evoluzione della cultura umana, ne notava il carattere multiforme. « Si comprende da sé » commentava « che per essi valga non un diritto in linea di massima uguale, ma un diritto in linea di massima disuguale » <sup>(104)</sup>: comunità sovrane e non, laiche ed ecclesiastiche, territoriali e personali, pubbliche e private, per scopi economici e ideali, con una capacità giuridica diversa per ogni categoria <sup>(105)</sup>. Tuttavia, come è possibile individuare le leggi generali degli organismi naturali, così la scienza giuridica aveva il compito di ricostruire il complesso delle regole comuni, il *Sozialrecht*, confrontando le similarità strutturali di tutte le persone collettive. Esistevano analogie fra lo Stato e le corporazioni inferiori riguardo all'esercizio dei poteri, alla produzione di norme, all'amministrazione. Anche le associazioni private riproducevano al loro interno prerogative e obblighi riscontrabili nei rapporti fra le comunità di diritto pubblico e i loro membri <sup>(106)</sup>. Tutte le persone collettive godevano di poteri e diritti rispetto ai loro membri e organi, i quali vantavano a loro volta diritti, ad esempio, sui beni della persona collettiva, o di partecipazione alle delibera-

---

<sup>(101)</sup> Ivi, pp. 25-26.

<sup>(102)</sup> GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., pp. 152-155.

<sup>(103)</sup> GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 29.

<sup>(104)</sup> *Ibidem* (traduzione mia).

<sup>(105)</sup> GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie*, cit., p. 151.

<sup>(106)</sup> Ivi, pp. 151-152; anche GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 30.



zioni, o a una particolare posizione organica (come il diritto personale del monarca all'esercizio di *Herrschaft*)<sup>(107)</sup>.

L'insieme del popolo raggiungeva così la sua unità attraverso la coordinazione giuridica del molteplice replicata a tutti i livelli dal *Sozialrecht*. Il diritto nel pensiero di Gierke nasceva indipendentemente dello Stato ed era plurale, ma la pluralità non poteva che essere a sua volta giuridicamente ordinata secondo regole comuni costanti.

L'ordine gierkiano di conseguenza non si incentrava sul diritto pubblico costruito formalisticamente come espressione della volontà statale; il diritto pubblico statale diventava anzi pienamente diritto, in quanto uno — il più elevato — dei livelli del *Sozialrecht*, e lo Stato diveniva Stato di diritto, non solo apparato di potere indifferente ai contenuti. In una delle sue pagine più intense Gierke esortava a non rinunciare in futuro all'unità del diritto propria del mondo germanico, per sua natura incompatibile con un diritto pubblico assolutistico e un diritto privato individualistico. Il diritto pubblico avrebbe dovuto essere tutelabile giudizialmente, prevedere obblighi e diritti reciproci fra il tutto e le parti; soprattutto, avrebbe dovuto essere espressione di libertà, mantenendo un legame con la vita della comunità<sup>(108)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> GIERKE, *Das Wesen*, cit., p. 28.

<sup>(108)</sup> O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), Frankfurt am Main, Klostermann, 1948, p. 10.