

Rechtsgeschichte Legal History

www.lhft.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg29>
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 29 (2021)
<http://dx.doi.org/10.12946/rg29/371-373>

Rg **29** 2021 371–373

Massimo Meccarelli *

Legalità sostenibile

[Sustainable Legality]

* Università di Macerata, Dipartimento di Giurisprudenza, massimo.meccarelli@unimc.it



Nella storiografia il silenzio è sempre pericoloso ma lo è di più nella storia del Diritto, perché raccontare la storia dello sviluppo del pensiero giuridico di una nazione senza riflettere sul ruolo delle donne ha una conseguenza: un diritto androcentrico. Come pagare questo debito? Nonostante

l'autrice abbia trovato la forma di saldarlo raccontando una »storia di loro«, non risolve il problema perché come ha già detto Scott questa narrazione »può essere letta sotto forma separatista«. ²



Massimo Meccarelli

Legalità sostenibile*

L'esperienza della legalità negli ultimi due secoli di storia rappresenta, per alcuni aspetti, ancora un problema storiografico aperto. Sono stati molto studiati i presupposti storici e teorici che hanno giustificato l'idea di organizzare la produzione del diritto intorno al primato della legge e, insieme, l'idea di definire l'ordine costituzionale sulla base di un principio di separazione dei poteri. Similmente hanno conosciuto rinnovati sviluppi le indagini volte a studiare i processi di costruzione dei sistemi normativi nati da questo passaggio storico. Tutto ciò ha contribuito a fornire un quadro chiaro della performatività del dispositivo »legge«, cioè delle modalità con cui essa, a partire dal XIX secolo, è divenuta il perno dei sistemi giuridici in atto. Ciò nonostante restano ancora aspetti da chiarire, soprattutto se si considera il versante opposto, che riguarda i limiti del principio di legalità o, per meglio dire, i vincoli alla realizzazione del programma di riduzione del diritto nella legge. Le ricerche che hanno assunto tale approccio analitico, hanno mostrato come questi vincoli abbiano, essi stessi, contribuito a determinare la prospettiva di senso del progetto di conversione in sistemi monistici, degli ordinamenti basati su un impianto multinormativo e sul diritto giurisprudenziale.

La storia della legalità in età contemporanea, è, dunque, anche una storia dei problemi di sostenibilità, che il programma della riduzione del diritto

nella legge ha posto. Essa può essere svolta portando l'attenzione su quegli ambiti necessariamente dinamici dell'ordinamento, dove la rigidità del monismo giuridico è stata messa sotto scacco.

È su tale crinale storiografico che potremmo collocare l'indagine di Malte Becker su *Notverordnung* e decreto legge. L'oggetto – la decretazione d'urgenza – infatti, rappresenta un momento di criticità del procedere della produzione normativa di fronte ai problemi dell'urgenza, della necessità e dell'eccezione. Esso costituisce un momento di distorsione del principio di legalità; al contempo, è un elemento costante, quasi che l'esperienza del primato della legge non sia immaginabile senza quell'altrimenti, che in parte riprende alcuni suoi aspetti caratterizzanti (soprattutto l'elemento potestativo, per cui la produzione del diritto è conseguenza di una volontà politica che pone la norma) ma in realtà ne nega altri altrettanto rilevanti (ad esempio la condizione che tale decisione politica produttiva di normatività, si esprima in regime di separazione di poteri).

Il problema di base del libro è costituito dalla comparazione di due esperienze: quella della Germania e dell'Italia del secondo Novecento. Seppure abbiano in comune alcuni profili di ordine costituzionale e sistematico (entrambe escono da una dittatura; entrambe si rifondano su un momento costituente, entrambe organizzano il progetto per

2 JOAN W. SCOTT, *Género e historia*, México 2008, 42.

* MALTE JOHANNES BECKER, *Notverordnung und Decreto-Legge. Der Ausnahmezustand in den Verfassungstraditionen Deutschlands und Italiens*, Tübingen: Mohr Siebeck 2020, XIV, 255 p., ISBN 978-3-16-159362-8

la democrazia sul principio di legalità e sulla superiorità della Costituzione), esse divergono nel modo in cui hanno risolto il problema del potere di decretazione del Governo. La Costituzione della Repubblica italiana lo prevede e lo regola all'art. 77; la *Grundgesetz* tedesca si orienta per una più accentuata parlamentarizzazione del dispositivo della decretazione di urgenza.

La tesi del libro è proposta fin dalle prime pagine e poi ripresa in diverse parti e consiste nel rilevare una differente idea del diritto costituzionale nella giuspubblicistica che ha partecipato al momento costituente: in Germania sarebbe stata più forte la concezione giuspositivistica della Costituzione (rafforzata dal fatto che a partecipare al *Parlamentarische Rat* furono per lo più giuristi pratici); in Italia invece tra i giuristi costituenti (i quali provenivano prevalentemente dall'Università) era maggiormente rappresentato l'istituzionalismo.

Per illustrare questa lettura del problema l'Autore non si accontenta di ricostruire i dibattiti nella fase costituente in Germania e in Italia. Egli, opportunamente, prende le mosse dalle origini ottocentesche di questi due Stati, fornendo una ricostruzione diacronica della regolazione del potere di decretazione. Per la Germania in riferimento alla fase preunitaria e al *Deutsches Reich* ci si sofferma sull'impostazione metodologica e giuspositivistica promossa da Gerber e Laband e sulle soluzioni adottate in particolare nella *Preußische Verfassung* e nella *Reichsverfassung*; si osservano poi la Repubblica di Weimar, quando nell'ambito della *Staatsrechtslehre* si svolge la nota *Methodenstreit* e la fase del Nazionalsocialismo, quando la dottrina del *Führerwille* proposta da Carl Schmitt, trova un campo di applicazione. Alla luce di queste premesse viene svolto poi lo studio del dibattito costituente del secondo dopoguerra fino alla *Notstandverfassung* del 1968, che conferma l'opzione per la piena parlamentarizzazione del *Notstandsrecht*.

Riguardo all'Italia, con una scansione temporale simile, si illustra la problematica a partire dal Regno d'Italia – dove la regolazione del potere di decretazione viene affidata soprattutto alle prassi costituzionali e ad alcune prese di posizione giurisprudenziali della Cassazione, che riconoscono all'Esecutivo la prerogativa di emanare norme con forza di legge –, per poi considerare il crepuscolo dello Stato di diritto nei primi decenni del XX secolo, quando si affermano le teorie di Santi

Romano che individuano nella necessità la fonte e il limite di legittimazione di quel potere; si passa poi al ventennio fascista, dove il problema riceve una sistemazione legislativa, nel quadro delle riforme per lo Stato totalitario. Lo studio del dibattito costituente italiano rappresenta la tappa finale dell'itinerario.

Grazie a tale ampia ricostruzione l'autore può argomentare la tesi della diversa impostazione, quanto a concezioni e metodo, della giuspubblicistica italiana rispetto a quella tedesca, individuando il profilo decisivo nella differente base assiologica presupposta dalle dottrine istituzionalistiche. In particolare la lettura data da Schmitt al problema avrebbe favorito lo stabilirsi di un nesso forte tra istituzionalismo e dottrine naziste. Ciò spiega la scelta di campo per il giuspositivismo nella progettazione della democrazia in Germania.

Nell'insieme l'analisi appare persuasivamente svolta e la trattazione ben costruita. Alcune questioni restano, però, solo in parte indagate o appaiono risolte in modo impreciso. Ad esempio, se risulta chiaro che la dottrina schmittiana sul potere di decretazione abbia compromesso le possibilità di impiego di un approccio istituzionalistico nella fase costituente post-bellica, meno spiegata appare la dinamica di superamento delle concezioni weimeriane e democratiche dell'istituzionalismo e la loro mancata riemersione nel dibattito costituente per la *Grundgesetz*. In relazione all'Italia l'analisi appare talvolta imprecisa, come ad esempio quando, con una riduzione evidentemente semplificatoria del quadro (la cui complessità però risulterebbe preziosa per capire il dibattito nel secondo dopoguerra) si confonde la scienza giuridica durante il fascismo con la scienza giuridica fascista.

Nel suo complesso, a parte i rilievi di questo tipo, il libro appare riuscire nel proprio intento, offrendo un utile studio comparativo del problema della decretazione d'urgenza e della riduzione dello spazio dell'eccezione nel formato del diritto positivo. Inoltre da esso si possono cogliere spunti per ulteriori percorsi di ricerca.

Uno è appena accennato nel volume e riguarda il rapporto tra gli orientamenti dottrinali che determinano i regimi della legalità e la tradizione. L'Autore, nel registrare la presenza di riferimenti allo *ius commune* nella giuspubblicistica italiana, ricava una schematica giustapposizione tra Italia e Germania (*Tradition in Italien, Technik in Deutschland*), che forse meriterebbe approfondimenti. Nella scienza giuridica italiana il riferimento alla

tradizione è ricorrente, ma soprattutto risponde a strategie discorsive di volta in volta diverse; inoltre lo stesso approccio formalistico tedesco è a sua volta retto proprio dall'invenzione di una tradizione, quella romanistica. Sarebbe, dunque, interessante valutare il rilievo dei diversi usi del passato e del suo portato giuridico, nella soluzione del problema della sostenibilità della legge.

Ci sono poi altri percorsi che fuoriescono dall'oggetto nel libro ma che proprio quest'indagine stimola a considerare. Si pensi al ruolo giocato dalla creazione della giurisdizione costituzionale e delle Corti costituzionali (tratto, per altro, comune

a Italia e Germania). Si pensi inoltre alla possibilità di un allargamento dell'analisi comparativa ad altre realtà, (ad esempio la Spagna), la cui storia costituzionale, come quella italiana e tedesca, conosce una fase di involuzione dittatoriale nel Novecento e nelle quali lo stesso processo di convergenza nel formato monistico della legalità durante il XIX secolo, ha avuto uno svolgimento complesso.

Nuovi temi possono emergere a partire dalla lettura di questo volume. Anche in ciò esso offre un contributo allo sviluppo del dibattito storiografico. ■

Ruth Dukes

A Forward-Looking History of the German Works Constitution*

Rendered into English, the term »works constitution« may require some explanation. It is not a term of art in English or American law, nor is it immediately obvious – except, perhaps, to someone with pre-existing knowledge of German labour law – to what it might refer. Clues can be found in the work of the pioneering sociologists and scholars of *Industrial Democracy* (published 1897), Beatrice and Sidney Webb, who described freedom of association and factory legislation at the end of the 19th century as a »constitution« for the industrial realm. To wage labourers, they wrote, »the uncontrolled power wielded by the owners of the means of production, able to withhold from the manual worker all chance of subsistence unless he accepted their terms, meant a far more genuine loss of liberty, and a far keener sense of personal subjection, than the [...] far-off, impalpable rule of the king.«¹ The legal recognition of collective bargaining and the gradual elaboration of a labour code signified the concession of a »Magna Carta« to the entire wage-earning class, and the extension of

the values of liberty and equality from the political into the industrial sphere. A close reader of Otto Kahn-Freund's classic chapter on the *Legal Framework* of industrial relations may recall the passage wherein he writes of »the legal constitution [...] if one may use that term« of the »factory or mine, office or workshop«. In England, where the law was silent at the time on worker representation and worker »voice« at the level of the single workplace, the legal constitution was »still that of an absolute monarchy to the rule of which its members have submitted by contract«.²

The works constitution is, then, the complex of legal rules and institutions which together serve to ensure that workplace decision making (or, at least, some specific types of decision making) proceeds *democratically*: with the participation of the workforce, rather than unilaterally by management. In Germany, the principal institution of the works constitution is the *works council*, representative of all workers at a particular place of work without any requirement for them to »sign up«, and regard-

* WOLFGANG DÄUBLER, MICHAEL KITTNER, *Geschichte der Betriebsverfassung*, Frankfurt am Main: Bund-Verlag 2020, 621 p., ISBN 978-3-7663-6934-5

1 BEATRICE WEBB, SIDNEY WEBB, *Industrial Democracy*, London 1897, 841.

2 HUGH A. CLEGG, ALLAN FLANDERS (eds.), *The System of Industrial*

Relations in Great Britain, Oxford 1954.