MAGNA CARTA, COMMON LAW CONSTITUTIONALISM E MUTAMENTI DELLA FUNZIONE GIURISDIZIONALE *

di Barbara Guastafarro**

Sommario: 1. Il diritto precede la legge: la Magna Carta tra contingenza storica e portata universale. - 2. Osservanza senza rigidità costituzionale: chi è il custode della Carta? - 3. *Common Law Constitutionalism* e mutamenti della funzione giurisdizionale nell'ordinamento del Regno Unito

2

1. Il diritto precede la legge: la Magna Carta tra contingenza storica e portata universale.

La Magna Carta, per quanto figlia di un determinato contesto storico¹, è portatrice di un significato universale, che trascende le vicende medievali del Regno Unito che condussero Giovanni Senzaterra ad un accordo con i baroni del Regno ed informa il costituzionalismo moderno nella sua stessa essenza, quella di limite al potere. L'articolo 39 della Carta, nello stabilire che “nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo...se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno” non è solo un'esaltazione della libertà personale², peraltro prodromica alla

* Il presente testo non è stato sottoposto a referaggio per la *Rivista* in quanto rappresenta l'intervento al convegno *Magna Carta e Rule of Law nell'ordinamento inglese. Ad ottocento anni dalla redazione del documento fondativo delle libertà britanniche (1215 – 2015)*, organizzato dal Prof. Salvatore Prisco presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II” (25 marzo 2015) ed è destinato agli atti del convegno in corso di pubblicazione in un volume a cura di A. Torre per la collana “*Marcopolo. Percorsi di diritto pubblico interno e comparato all'intersezione fra le discipline*” (Editoriale Scientifica, 2016).

** Ricercatrice di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Napoli “Federico II”.

1 Sul contesto storico-giuridico che ha dato vita alla Carta si rinvia a A. TORRE (a cura e trad. di), *Magna Carta (1215)*, Liberilibri, Macerata, 2008.

2 Si prescinde in questa sede dal dibattito dottrinale che tende a sminuire il valore costituzional-garantista della Carta, considerato il fatto che il documento fosse destinato ai baroni del regno e, più in generale, che il numero di “uomini liberi” cui furono concesse le libertà quando la Carta venne alla luce era piuttosto esiguo. Sia o meno considerata semplicemente un “reactionary baronial document” (questa la tesi di E. JENK, *The Myth of Magna Carta*, in *The Independent Review*, 1904), la Magna Carta subisce un processo “che viene definito come una eterogenesi dei fini: i fini nel 1215 erano

stesura di molte Carte costituzionali nate in epoca ben più recente.³ Esso configura un *diritto* che precede (e per questo limita) il *potere* nella sua possibile arbitrarietà. La Magna Carta, dunque, è la madre del principio secondo cui una qualunque forma di autorità deve soggiacere al diritto⁴, ripreso nello stesso ordinamento del Regno Unito, quando, nel seicento, il concetto di *rule of law* prenderà forma ricalcando fortemente motivi medievali per contrastare l'arbitrio del governo e promuovere l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

L'esistenza di un diritto (sia esso storico, consuetudinario o naturale) che precede il diritto positivo, e che è dunque capace di vincolare lo stesso sovrano anziché esserne emanazione, è in realtà tipica della tradizione giuridica medievale. Essa è ad esempio motivo ricorrente negli scritti di Henry de Bracton, il giudice della Corte del Re autore del celebre *De Legibus et Consuetudines Angliae* nella prima metà del XIII secolo, secondo il quale “non vi è Re là dove comanda la volontà e non la legge” ed “il Re non ha altro potere sulla terra se non quello che gli conferisce il diritto”.⁵ Come notato da Norberto Bobbio, “uno dei principi fondamentali e costanti della dottrina medievale dello Stato è quello della superiorità della legge anche nei riguardi della volontà del principe, la cui formulazione più celebre è data da Bracton...*Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege quia lex facit regem*”.⁶ L'asserzione che fosse la legge (*rectius* il diritto) “a fare il Re”, e

essenzialmente proteggere la feudalità dagli arbitri della Corona, ma poiché' le garanzie dalla Magna Carta si estendono anche ai borghesi e si introduce il concetto di uomo libero e l'uomo libero non è solamente il barone, il cavaliere, l'ecclesiastico ma anche colui che ha una proprietà e quindi chi vive nelle città e produce ricchezza, in quel momento i fini del documento del 1215 si trasformano da documento feudale in documento delle libertà di tutti gli uomini liberi del regno” (Così A. TORRE, *La Magna Carta del 1215 e la nascita delle costituzioni*, in Fondazione “Guido e Roberto Cortese – Amici della Fondazione Einaudi – Scuola di Liberalismo, Libro XI – edizione 2012, p. 115, disponibile on line: http://www.fondazione-einaudi.it/pdf/associazione-amici/Testi-scaricabili/Torre_testo.pdf).

³ La disposizione sulla libertà personale non è l'unica a presentare notevoli similitudini con quanto previsto da molti ordinamenti costituzionali contemporanei. L'articolo 20 della Carta, a titolo di esempio, affermava il principio della proporzionalità della pena, stabilendo: “Nessun uomo libero sia punito per un piccolo reato, se non con una pena adeguata al reato; e per un grave reato la pena dovrà essere proporzionata alla sua gravità senza privarlo dei mezzi di sussistenza...”

⁴ J.C. HOLT, *Magna Carta*, Cambridge University Press, New York, 1965.

⁵ G. PASQUINO, *Costituzionalismo*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), “Dizionario di Politica”, Utet, 1983, p. 278.

⁶ N. BOBBIO, *Legalità*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *op. cit.*, p. 581.

non viceversa, denota che prima del diciassettesimo secolo, o, più specificamente, prima della nascita del “dogma” della sovranità parlamentare, la tradizione giuridica inglese ha assegnato un ruolo non necessariamente prioritario alla funzione legislativa del Re e del Parlamento, “holding that law was not created but ascertained or declared”.⁷ Il diritto, in quanto precedeva il Re anziché rappresentarne la volontà, era meramente dichiarato, ma non creato. Vi era dunque un diritto “indisponibile” all’intervento arbitrario di Re e Parlamento. Il legislatore poteva intervenire in modo complementare ad esso, ma non poteva violarlo.⁸ Gli studiosi che hanno provato a definire i caratteri di tale diritto, vi hanno incluso la legge di natura, le antichissime consuetudini dell’Inghilterra e le leggi in senso stretto, cioè gli Statuti approvati “con il consenso di tutto il Regno”.⁹ Ma è la consuetudine, “nella misura in cui ha resistito per un lungo decorso di tempo, ottenendo il consenso di diverse generazioni, (che) dimostra di essere giusta...il valore delle leggi consuetudinarie riposa sul fatto che, come scrisse Glanvill, un legista del XII secolo, sono i *mores a populo conservati*, i costumi conservati dal popolo; o, come ripeté più tardi Bracton, che esse sono *approbatae consensu utentium*, sono approvate dal consenso di chi le usa”.¹⁰

La Magna Carta è difatti piena di riferimenti alle consuetudini ed alle leggi del regno. Si pensi ad esempio all’articolo 13, con il quale il sovrano concedeva alla città di Londra di avere “tutte le sue antiche libertà e le sue libere consuetudini, sia per terre sia per acque”, o all’articolo 45, secondo il quale il sovrano si impegnava a nominare giudici, scriffi e ufficiali solo tra “coloro che conoscono la legge del regno e vogliono ben osservarla”, o all’articolo 48, che istituiva un comitato di inchiesta composto da cavalieri giurati per eliminare tutte le cattive consuetudini relative alle foreste e alle riserve. Lo stesso articolo 60, una delle clausole finali, nel riferirsi a tutte le disposizioni elencate nella Carta, stabiliva: “Tutte le consuetudini e le libertà suddette che abbiamo concesse nel nostro regno, e per quanto ci compete, siano osservate da tutti gli uomini del nostro regno, siano

⁷ M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 127, citando Bracton’s *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*.

⁸ M. CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 127.

⁹ G. PASQUINO, *op. cit.*, p. 278.

¹⁰ G. PASQUINO, *op. cit.*, p. 279.

ecclesiastici o laici; le osservino, per quanto ad essi compete, nei confronti di coloro ad essi soggetti”. E’ dunque condivisibile l’affermazione secondo cui “i nobili inglesi, costringendo, il fatidico 15 giugno 1215, alla concessione (della Magna Carta), *Giovanni*, il più giovane figlio di Eleonora e di Enrico II Plantageneto....intendessero semplicemente imporre al sovrano il rispetto delle antiche consuetudini e dei loro diritti feudali”.¹¹

2. Osservanza *senza rigidità costituzionale*: chi è il custode della Carta?

5

La Magna Carta concedeva le antiche libertà del Regno, rendendo dunque manifesto un diritto antecedente al potere del sovrano. Ma chi era il “custode” della Carta? Chi poteva garantire che il sovrano agisse sempre e soltanto nel limite del rispetto delle suddette libertà? Nell’articolo 61 della Carta, il sovrano dichiarava che avendo fatto “tutte queste concessioni per Dio, per un miglior ordinamento del nostro regno e per sanare la discordia sorta tra noi ed i nostri baroni”, e desiderando che le stesse concessioni “siano integralmente e fermamente (in perpetuo) godute”, era pronto a concedere determinate “garanzie”.¹² A garanzia della “pace” e delle “libertà” concesse e conferite dalla Carta,

¹¹ P. COSTANZO, *Anniversario. 15 giugno 1215. Concessione della Magna Carta*, in *Consulta online*, Fascicolo II, 2015, p. 1.

¹² Così continua il testo dell’articolo 61: “I baroni eleggano venticinque baroni del regno che desiderano, allo scopo di osservare mantenere e far osservare con tutte le loro forze, la pace e le libertà che ad essi abbiamo concesso e che confermiamo con questa nostra carta. Se noi, il nostro primo giudice, i nostri ufficiali o qualunque altro dei nostri funzionari offenderemo in qualsiasi modo un uomo o trasgrediremo alcuno dei presenti articoli della pace e della sicurezza, e il reato viene portato a conoscenza di quattro dei venticinque baroni suddetti, costoro si presenteranno di fronte a noi o se saremo fuori dal regno, al nostro primo giudice, per denunciare il misfatto e senza indugi procederemo alla riparazione.

E se noi o, in nostra assenza, il nostro primo giudice non faremo tale riparazione entro quaranta giorni dal giorno in cui il misfatto sia stato dichiarato a noi od a lui, i quattro baroni metteranno al corrente della questione il rimanente dei venticinque che potranno fare sequestri ai nostri danni ed attaccarci in qualsiasi altro modo e secondo il loro arbitrio, insieme alla popolazione del regno, impadronendosi dei nostri castelli, delle nostre terre, dei nostri beni o di qualsiasi altra cosa, eccettuate la nostra persona, quella della regina e dei nostri figli; e quando avranno ottenuto la riparazione, ci obbediranno come prima.

E chiunque nel regno lo voglia può di sua spontanea volontà giurare di obbedire agli ordini dei predetti venticinque baroni per il conseguimento dei suddetti scopi, e di unirsi a loro contro di noi, e noi diamo pubblicamente e liberamente autorizzazione di dare questo giuramento a chiunque lo voglia e non proibiremo a nessuno di pronunciarlo.

l'articolo prevedeva che i baroni del regno eleggessero tra loro venticinque baroni, in grado di raccogliere denunce relative alle possibili trasgressioni della carta, riferirle al sovrano e pretendere una riparazione, che, se non concessa entro quaranta giorni dalla denuncia, autorizzava gli stessi baroni ad impossessarsi, con l'aiuto della popolazione, dei beni del sovrano. Solo una volta ottenuta la riparazione, il sovrano era titolato a chiedere la consueta obbedienza ai propri sudditi. E' dunque interessante notare come la Magna Carta prevedesse una sorta di comitato di garanti, composto dagli stessi beneficiari della carta, e preposto a vigilare sul suo rispetto. Tale comitato dei baroni, rievocato in altre disposizioni della Carta, era anche chiamato a pronunciarsi in caso di controversie sorte nel caso qualcuno fosse stato spossessato, senza un legale processo dei suoi pari, di terre, castelli o libertà (articolo 5213), e anche nel caso in cui fossero state versate al sovrano somme ingiustamente, ed in contrasto con la legge del paese (articolo 5514).

Tutti coloro del paese che per se stessi e di loro spontanea volontà non vogliono prestare giuramento ai venticinque baroni per danneggiarci o molestarci insieme a loro, li costringeremo a giurare per nostro ordine, come sopra è stato detto.

E se qualcuno dei venticinque baroni morisse od abbandonasse il paese o fosse impedito in qualunque altro modo dall'adempire le proprie funzioni, gli altri dovranno eleggere dai predetti venticinque un altro al suo posto, a loro discrezione, e questi dovrà a sua volta prestare giuramento allo stesso modo degli altri.

In tutti gli adempimenti di questi venticinque baroni, se dovesse accadere che i venticinque siano presenti e tra di loro siano in disaccordo su qualcosa o uno di loro che è stato convocato non vuole o non può venire, ciò che la maggioranza dei presenti avrà deciso o ordinato, sarà come se avessero acconsentito tutti i venticinque; e i suddetti venticinque giurino di osservare fedelmente tutte le cose suddette e di fare tutto ciò che è loro possibile per farle osservare.

E noi non chiederemo nulla, per noi o per altri, perché alcuna parte di queste concessioni o libertà sia revocata o ridotta; e se qualcosa sarà richiesta, sarà considerata nulla e invalida e noi non potremo usarla per noi o tramite altri.”

13 Qui il testo dell'articolo: “Se qualcuno è stato da noi spossessato o privato senza un legali processo dei suoi pari, di terre, castelli, delle libertà o dei diritti, immediatamente glieli restituiranno; e se sorgono casi controversi, essi saranno decisi dal giudizio dei venticinque baroni cui si fa riferimento sotto relativamente alla sicurezza della pace”

14 Qui il testo dell'articolo: “Tutte le somme che ci sono state versate ingiustamente ed in contrasto con la legge del paese, e tutte le ammende da noi esatte indebitamente, saranno interamente restituite; ovvero saranno sottoposte al giudizio dei venticinque baroni cui si fa riferimento più sotto, nella clausola della sicurezza per la pace, o della maggioranza degli stessi, unitamente al predetto Stefano, arcivescovo di Canterbury, se sarà presente e di quanti altri egli vorrà condurre con sè. E se non potrà essere presente, la riunione proseguirà senza di lui; se però uno dei venticinque baroni sarà implicato anche lui in una causa simile, il suo giudizio sarà escluso ed un altro sarà scelto come sostituto dai rimanenti venticinque eletti, dopo aver giurato.

Nonostante la Carta fu immediatamente rinnegata dal sovrano, e questa clausola sparì dalle successive formulazioni della stessa¹⁵, essa è importante perché fa capire quanto fosse rilevante il problema della garanzia dell'*osservanza* della carta. Durante i movimenti di riforma della metà del tredicesimo secolo, i baroni cercarono di ripristinare proprio tale clausola nella sua versione originaria (1215) e provarono a far accettare ad Enrico III di “osservare fedelmente la carta delle libertà di Inghilterra”. Anche nel successivo regno di Eduardo I (1272-1307), la Carta tornò in auge a causa di un forte malcontento dovuto all'imposizione di ingenti tributi, che portò alla sua riconferma nel 1297 e ad una dichiarazione da parte del sovrano che attestava di sentirsi ad essa vincolato. Ancora nel quattordicesimo secolo, per contrastare il potere arbitrario del re, presero piede due movimenti paralleli, uno volto alla reviviscenza di un comitato di baroni che potesse supervisionare l'operato del re (sia sotto il regno di Eduardo II, dal 1307 al 1327, che di Riccardo II, dal 1377 al 1399), un altro invece più incentrato sul ruolo del Parlamento come possibile interprete e garante della Carta. La figura di un'assemblea rappresentativa permanente venne considerata una valida alternativa ad una commissione periodica di baroni, per fare in modo che il re fosse sottoposto al diritto. I parlamenti del quattordicesimo secolo chiesero le “confirmations” della Carta ed elaborarono statuti che rafforzavano le promesse ivi contenute. La lettura pubblica e la riaffermazione della Carta era difatti una delle prime attività parlamentari. La Magna Carta era dunque vista come sacrosanta, e gli statuti in eventuale contrasto con essa erano considerati invalidi. Uno statuto emanato nel corso del regno di Edoardo III nel 1368 dichiarava “If any Statute made to the contrary that shall be holden for none”¹⁶, conferendo “alla Carta una “rigidità sostanziale” che non sarebbe andata smarrita”¹⁷. La prassi delle periodiche conferme della Carta si è protratta sino agli inizi del regno di Enrico VI, dal momento che le monarchie Tudor saranno caratterizzate da una forte riaffermazione della sovranità regia.

15 D. OLIVER, *Surprises in Magna Carta*, in U.K. Constitutional Law Blog (23 Mar 2015) (disponibile on-line: <http://ukconstitutionallaw.org/>)

16 R.V. TURNER, *The Meaning of Magna Carta since 1215*, in *History Today*, Volume 53, Issue 9, September 2003.

17 P. COSTANZO, *op. cit.*, p. II.

Aldilà delle altalenanti vicissitudini della Carta, ciò che preme qui sottolineare è che sia nella prima formulazione del 1215 (grazie all'articolo 61 istitutivo del comitato dei baroni) che nelle successive conferme della stessa, tramite dichiarazioni pubbliche tanto del sovrano quanto del parlamento, si è sempre posto il problema dell'*osservanza* della carta. La preoccupazione che essa durasse “in perpetuo” era palesata non solo dall'articolo 61 ma anche dall'articolo 63, ossia l'articolo conclusivo della Carta, che così recitava: “Per queste ragioni desideriamo e fermamente ordiniamo che la Chiesa d'Inghilterra sia libera e che i nostri sudditi abbiano e conservino tutte le predette libertà, diritti e concessioni, bene e pacificamente, liberamente e quietamente, pienamente e integralmente per se stessi e per i loro eredi, da noi e dai nostri eredi, in ogni cosa e luogo, *in perpetuo*, come è stato detto sopra”.

Tale preoccupazione per meccanismi che potessero garantire l'osservanza della carta e la sua natura “perpetua” è simile a quella implicita “tensione verso l'eternità”¹⁸ che caratterizza le carte costituzionali dotate di rigidità costituzionale. Resta tuttavia assolutamente sullo sfondo l'idea che possa esservi un giudice, terzo ed imparziale, ad agire come garante e custode della Carta. Come è stato acutamente osservato, “Il principio della supremazia della legge, l'affermazione che ogni potere politico deve essere legalmente limitato, è il maggior contributo del Medioevo alla storia del costituzionalismo. Tuttavia, nel Medioevo, resta ancora un mero principio, e spesso poco efficace, nella misura in cui manca un istituto legittimato a controllare, in base al diritto, l'esercizio del potere politico e a garantire ai cittadini il rispetto della legge da parte degli organi di governo. La scoperta e la concreta realizzazione di questi mezzi è propria, invece, del costituzionalismo moderno: in particolare degli Inglesi in quel secolo di transizione che fu il XVII, quando le Corti giudiziarie proclamavano la superiorità delle leggi fondamentali su quelle del Parlamento”.¹⁹

E' dunque solo con il diciassettesimo secolo che l'idea medievale dei diritti che precedano il potere viene affiancata all'idea che possa essere il giudice a farsi garante del rispetto dei

¹⁸ L'espressione è attribuibile a M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC* no. 1/2013.

¹⁹ G. PASQUINO, *op. cit.*, p. 279.

suddetti diritti. E' nel seicento, infatti, che la tradizione medievale sarà recuperata in particolare grazie all'opera di Sir Edward Coke, che riprende i motivi dell'*ancient constitution* ed enfatizza il ruolo svolto dalla Magna Carta, considerata “such a Fellow that it can have no Sovereign”²⁰, nella limitazione del potere del sovrano. La Carta assumerà così una nuova centralità nel conflitto seicentesco tra Re e Parlamento, e sia i common lawyers che i parlamentari guarderanno ad essa e alle antiche libertà concesse da tempo immemore agli uomini liberi come una difesa contro l'affermazione delle prerogative reali. Come si legge nel famoso *Bonham's Case* del 1610, “it appears in our books...that in many cases, the common law will...control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void; for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such Act to be void”.²¹ Il *quid pluris* di questo revival della tradizione medievale era però fondamentale. A chi spettava la funzione di controllare o passare a scrutinio la “repugnancy” or “unreasonableness” di tali atti, e dunque garantire la supremazia del common law a fronte di decisioni arbitrarie del sovrano o del parlamento? La risposta di Coke a questa domanda era nuova alla tradizione medievale: i giudici. E non è un caso che fu proprio la diffusione delle sue teorie nelle colonie americane a gettare le basi del concetto di rigidità costituzionale negli Stati Uniti, o quanto meno di “norma superiore” cui conformarsi²², prima che la nota sentenza *Marbury v. Madison* desse vita, nel 1803, al controllo di costituzionalità delle leggi.²³

E' dunque con Edward Coke (1552-1634), e con la sua tenace difesa delle *ancient common laws and customs of the realms* che si apprende a pieno il “significato giuridico-normativo

²⁰ La frase è attribuibile a Sir Edward Coke durante il suo Discorso in Parlamento, datato 17 maggio 1628.

²¹ *Thomas Bonham v. College of Physician (Dr. Bonham Case)*, deciso dalla Court of Common Pleas con Sir Edward Coke come Chief Justice nel 1610.

²² E.S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, Liberty Fund Inc., US, 2008. Come nota M. CAPPELLETTI (in *op. cit.*, pp. 127-128), proprio mentre nel Regno Unito la *Glorious revolution* del 1688 segnava l'inizio dell'indiscussa supremazia legislativa, le teorie di Coke lasciavano una duplice eredità nelle colonie (per certi versi prodromica al “judicial review of legislation”), relativa tanto subordinazione della Corona e del Parlamento ad un diritto superiore, quanto all'idea che fosse il giudice ad interpretare i provvedimenti legislativi ignorando quelli che ignoravano “principi superiori”.

²³ T. PLUCKNETT, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 Harvard Law Review 30 1926.

della costituzione storica”²⁴, proprio nel cuore del conflitto costituzionale tra re e parlamento. “Affidare ai giudici la tutela di quelle leggi, eventualmente per circoscrivere la forza normativa della stessa legge del parlamento, quando essa sia diretta a sovvertirle, ha certamente il significato dell’affermazione di una legge “superiore”, a non nel senso della moderna supremazia della costituzione e del conseguente controllo di costituzionalità. Ciò che si difende è piuttosto un insieme di leggi e di consuetudini, di patti e di accordi, che nel loro insieme rappresentano la *common law*, e che in questo senso precedono la legge del parlamento. Anche con Coke, si rimane quindi nell’ambito del costituzionalismo delle origini, dell’affermazione e della tutela della costituzione storicamente fondata”.²⁵

3. Common Law Constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale nell’ordinamento del Regno Unito.

L’exkursus storico sin qui svolto sollecita alcune riflessioni utili ad alimentare il dibattito attualmente in corso sul ruolo del potere giudiziario nel Regno Unito, scaturito in primo luogo dall’istituzione della Corte suprema che, lungi dal costituire una Corte costituzionale alla stregua del modello continentale, ha sicuramente assunto delle funzioni para-costituzionali.²⁶ Per quanto ancorato all’ordinamento del Regno Unito, il dibattito è senz’altro ascrivibile ad un filone dottrinale, particolarmente sviluppato negli Stati Uniti, molto critico nei confronti dei recenti tentativi di riforma volti ad accrescere le competenze del potere giudiziario a scapito del potere legislativo e suscettibili di dar vita—secondo

²⁴ Come nota Maurizio Fioravanti, “la “costituzione” è in realtà un patrimonio storico, intrinsecamente razionale proprio perché fondato nella storia, che si è formato nel corso dei secoli, attraverso un’opera di sapiente composizione delle forze e delle istituzioni, per questa via poste in un ideale rapporto di equilibrio”, in M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma/Bari, Laterza, 2009, p. 14.

²⁵ M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 14

²⁶ In realtà la ratio riformatrice è stata quella legata principalmente l’indipendenza del potere giudiziario, a rischio prima della riforma. Sull’istituzione della Corte Suprema si rinvia, tra gli altri, ad A. TORRE, *La Corte suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2006.

alcuni autori—ad una vera e propria *juristocracy*.²⁷ Le argomentazioni di questo animato “case against judicial review”²⁸ riguardano la natura fundamentalmente non democratica ma funzional-teocratica, o spesso elitaria, degli organi giurisdizionali, contestando l’ipotesi secondo cui il giudice sarebbe più idoneo del legislatore democraticamente eletto a farsi garante dei diritti fondamentali.²⁹ Altri autori mettono in discussione il fondamento della *constitutional review of legislation*, ossia la necessità di un organo giurisdizionale di garanzia atto a prevenire possibili “tirannie della maggioranza”, lamentando una eccessiva “tirannofobia”.³⁰

Non essendo questa la sede per entrare nel merito di questo interessante dibattito, è evidente che anche nel Regno Unito le crescenti funzioni para-costituzionali del potere giudiziario sono state criticate proprio laddove vanno a ridurre i margini di manovra del Parlamento sovrano. I recenti mutamenti della funzione giurisdizionale andrebbero dunque a scalfire il dogma della sovranità parlamentare che si è affermato nel corso del diciottesimo secolo grazie all’opera di Blackstone³¹, secondo il quale l’osservanza alla legge—fosse anche essa stata *unreasonable*—doveva essere incondizionata, e nel corso del diciannovesimo grazie all’opera di Dicey, che oltre ad attribuire al Parlamento la supremazia legislativa, il potere “to make or unmake wathever”, esplicitamente negava l’esistenza, nel diritto inglese, di un organo in grado “to override or set aside the law of Parliament”.³² La classica teoria della sovranità parlamentare presentava dunque un

27 R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007.

28 Pur non essendo questa la sede per dar conto di una vasta letteratura sul tema, gli argomenti principali si trovano in J. WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006, 1346-1406.

29 *Ibidem*.

30 Si è parlato infatti di “tyrannophobia”, intesa come una eccessiva paura di derive dittatoriali che ha sempre più imbrigliato gli esecutivi senza utilità sociale. Si veda ad esempio E. A. POSNER & A. VERMEULE, *Tyrannophobia*, in T. GINSBURG (ed.), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, 2012, pp. 345-46.

31 W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Law of England Vol. I* (Oxford: Clarendon Press, 1765).

32 A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th Edition, 1885, London Macmillan, 1959. Nelle parole dell’Autore, “Parliament means, in the mouth of a lawyer (though the word has often a different sense in conversation) The King, the House of Lords, and the House of Commons: these three bodies acting together may be aptly described as the “King in Parliament”, and constitute Parliament. The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or

aspetto *positivo*, ossia *attributivo* di potere legislativo illimitato (in merito a forme, tempi e contenuti) in capo al Parlamento, ed un aspetto *negativo*, legato alla mancata possibilità di sindacare la validità di un atto del Parlamento. In tale costruzione teorica, non c'era alcuno spazio per il potere giudiziario, tanto che illustri studiosi hanno affermato, anche di recente, che la separazione dei poteri “English-style”, non contemplerebbe alcun ruolo per le corti, ma si fonderebbe su un perenne confronto bipolare tra gli unici due poteri ai quali la costituzione ha riconosciuto un grado di sovranità, e cioè la Corona ed il Parlamento.³³ Tale costruzione teorica ha avuto anche dei notevoli riflessi pratici, se si considera che tra il 1842 ed il 1973 (data dell'adesione del Regno Unito alla Comunità economica europea) non è mai stato presentato dinanzi alla House of Lords un caso che mettesse in discussione la natura illimitata della sovranità legislativa del Parlamento³⁴, enfatizzando così l' “irrelevanza” delle Corti nella costituzione inglese. Tale deferenza nei confronti del potere legislativo, la cui attività è stata considerata quasi “ingiustiziabile”, è stata a lungo avallata dalle stesse Corti, che hanno abdicato alla loro possibile ruolo contro-maggioritario, stabilendo, ad esempio che “it is not for the court to say that a parliamentary enactment, the highest law in this country, is illegal”.³⁵ Mentre la stessa teoria di Dicey era pronta a riconoscere un limite *politico* al potere senza restrizioni del Parlamento, ritenendo impossibile, o quanto meno inverosimile, che il Parlamento potesse approvare atti aberranti o immorali, in punto di *diritto*, ed anche in tempi molto più recenti, sono state le stesse corti a negare la possibilità di invalidare un atto del Parlamento: “it is often said that it would be unconstitutional for...Parliament to do certain things, meaning that the moral, political or other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it

unmake any law whatever: and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament”.

33 A. TOMKINS, *Public Law*, Oxford: Clarendon Press, 2003, citato in R. MASTERMAN AND J.E.K. MURKENS, *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law*, October 2013, pp. 800-820. p. 802.

34 R. MASTERMAN AND J.E.K. MURKENS, *op. cit.*, p. 802.

35 English High Court, *Cheney v. Conn*, 1968, 1 All ER 779, 782.

is beyond the power of Parliament to do these things. If Parliament chose to do any of them, the courts could not hold the Act of Parliament invalid”.³⁶

La tradizionale subordinazione delle Corti al Parlamento sovrano è stata pian piano e molto di recente scalfita grazie a diversi fattori, uno di natura endogeno e due di natura esogena all’ordinamento costituzionale del Regno Unito. Il primo riguarda la possibilità per la Corte suprema di risolvere le controversie in materia di *devolution*, derivanti dalla delega di alcuni poteri dal Parlamento di Westminster alle assemblee legislative di Scozia, Galles e Irlanda del Nord. Nonostante il contenzioso non sia ingente, questa competenza in materia di “devolution issues” consente comunque alla Corte di sottoporre le deliberazioni di organi legislativi (considerati tuttavia subordinati al Parlamento inglese) ad un sindacato giurisdizionale. Gli altri due fattori, di natura esogena in quanto scaturiti dall’incontro con ordinamenti esterni quali ad esempio quello dell’Unione europea, hanno anch’essi contribuito a rafforzare il ruolo delle corti nel panorama costituzionale inglese, o quantomeno a ridimensionare il completo asservimento al potere legislativo. In base allo European Communities Act del 1972, che regola i rapporti tra il diritto interno e il diritto dell’Unione europea, la competenza legislativa del Parlamento è limitata sia perché esso non può legiferare in modo contrario al diritto dell’Unione europea sia perché le corti possono all’occorrenza disapplicare il diritto nazionale laddove incompatibile con norme di diritto dell’Unione europea dotate di effetto diretto.³⁷ In base allo Human Rights Act del 1998, che incorpora nel Regno Unito i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU, le corti sono tenute ad interpretare la legislazione ordinaria in modo conforme alla Convenzione laddove possibile. In via alternativa, esse non possono annullare la disposizione legislativa ma sono tenute a rilasciare una “dichiarazione di incompatibilità” della norma interna con i dettami della Convenzione. Nonostante nessuno dei due strumenti rappresenti a pieno titolo un sindacato giurisdizionale sull’attività legislativa

³⁶ Judicial Committee of the Privy Council, *Madzimbamuto v. Lardner-Burke* (1969), 1 AC 526.

³⁷ A. TORRE, *L’attuazione del diritto comunitario nel Regno Unito e la questione della sovranità parlamentare*, in G. FLORIDIA - R. ORRU’ (a cura), *Meccanismi e tecniche di normazione fra livello comunitario e livello nazionale e subnazionale*, Torino, 2007. Più di recente, E. IMPARATO, *Il rapporto tra fonti interne ed europee nel British context: luci e ombre della sovereignty of parliament*, in www.federalismi.it (15 luglio 2015).

come quello condotto dalle Corti costituzionali continentali, essi consentono comunque alle corti di recuperare margini di manovra. Da un lato, l'interpretazione conforme a Convenzione consente alla Corte di discostarsi dall'interpretazione letterale tipica del giudice "bocca della legge". Dall'altro la declaratoria di "incompatibilità", pur non essendo equiparata ad una declaratoria di incostituzionalità che espunge la norma dall'ordinamento giuridico, consente alla Corte di agire come un "agent of constitutional change"³⁸ in quanto essa indirizza il Parlamento a legiferare in modo conforme alla Convenzione per rispondere alla declaratoria di incompatibilità. In tal modo il potere legislativo subisce una qualche interferenza del potere giudiziario.³⁹

Tale incremento delle funzioni para-costituzionali della Corte suprema e tale rafforzamento del ruolo delle corti in generale nel panorama costituzionale del Regno Unito è stato anche accompagnato, in dottrina, da un filone di studi, identificato come *common law radicalism* o *common law constitutionalism*⁴⁰, secondo il quale le corti avrebbero l'obbligo "to apply the constitutional law of the United Kingdom, in accordance with the political morality on which that law is based".⁴¹ L'obbedienza alla legge è dunque condizionata al rispetto, da parte di quest'ultima, del substrato normativo della common law, fatto di principi di giustizia, equità e tutela dei diritti fondamentali. In altri termini, un atto del Parlamento in contrasto con tali irriducibili ed essenziali valori avrebbe una natura "incostituzionale" e potrebbe pertanto dispensare le corti dal tradizionale dovere di applicare il diritto.⁴² Le aspirazioni "costituzionali" di alcuni giudici, fondate

38 R. MASTERMAN AND J.E.K. MURKENS, *op. cit.*, p. 810.

39 Per una recente disamina sul ruolo delle corti nella human rights adjudication, anche in prospettiva comparata rispetto ad altri ordinamenti di common law, si rinvia a R. LECKEY, *Bill of Rights in the Common Law*, Cambridge University Press, 2015.

40 Tra i principali esponenti, tra gli altri, T.R. S. ALLAN, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law* (Oxford: OUP, 2013). Sulle diverse posizioni che animano il dibattito si rinvia a J. GOLDSWORTHY, *Parliamentary Sovereignty: Contemporary Debates* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010).

41 T.R. S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism* (Oxford: Clarendon Press, 1993), p. 281, citato in R. MASTERMAN AND J.E.K. MURKENS, *op. cit.*, p. 812. L'autore ha recentemente ripreso le proprie posizioni in T.R. S. ALLAN, *Questions of Legality and Legitimacy: Form and Substance in British Constitutionalism* (2011) 9(1) *International Journal of Constitutional Law* 155-162.

42 R. MASTERMAN AND J.E.K. MURKENS, *op. cit.*, p. 812, con riferimento al pensiero di TRS Allan, *Law, Liberty and Justice cit.*, p. 282, secondo cui "If an Act fails to commit to some irreducible,

sulla teoria del *common law constitutionalism*, si sono via via sviluppate o intorno al concetto di “diritti costituzionali” precedenti al diritto positivo, e pertanto opponibili allo stesso legislatore, o intorno alla distinzione tra “constitutional” e “unconstitutional statutes”, anch’essa nuova alla tradizione inglese, che non conosce la differenza tra leggi costituzionali e leggi incostituzionali. Difatti, rientrando questa tradizione tra le esperienze del costituzionalismo “evoluzionistiche”, che la dottrina distingue da quelle “storico-rivoluzionarie”, “si registra la supremazia del Parlamento in assenza di controllo di costituzionalità, per il carattere consuetudinario e flessibile della Costituzione”.⁴³

In conclusione, i recenti mutamenti del ruolo del giudice nell’ordinamento costituzionale del Regno Unito, trainati per lo più dall’incontro/scontro con gli ordinamenti sovranazionali e volti a vincolare l’operato del Parlamento attraverso un sindacato giurisdizionale più stringente, sembrerebbero quasi “eretici” rispetto all’ortodossia della teoria della sovranità parlamentare elaborata da Dicey, ed avallata da diversi anni di self-restraint da parte del potere giudiziario. Se guardati però alla luce della cornice storico istituzionale che ha dato vita alla Magna Carta essi sembrerebbero poter ancorare le proprie radici più profonde proprio nella tradizione medievale dello stesso ordinamento del Regno Unito. In primo luogo, l’idea, insita nella Magna Carta, che esiste un *diritto* che precede il *potere*, ed è pertanto ad esso “indisponibile”, può rappresentare un solido ancoraggio per i vincoli sempre crescenti cui deve soggiacere il potere legislativo, derivanti, principalmente ma non solo, dagli obblighi convenzionali in materia di tutela dei diritti fondamentali. In secondo luogo, l’idea che debba sussistere un bilanciamento tra i poteri e che anche la sovranità parlamentare possa trovare un argine in possibili contro-poteri, può trovare fondamento nell’ideale, anch’esso medievale, della costituzione mista, cui, in Inghilterra ma non solo, “si affidò il compito di moderare la monarchia, di renderla *potestas temperata*”, attribuendole “i sommi poteri di governo, ma come espressione di una comunità politica articolata e differenziata, che nessuno aveva il potere

minimum concept of the democratic principle, its invidious nature would render it *unconstitutional* and release the court from their (habitual) obligation to apply”.

43 S. PRISCO, *Costituzionalismi antichi e moderni tra strutture invarianti e specificità storiche*, in www.dirittifondamentali.it, p. 8.

di uniformare all'altro".⁴⁴ Infine, l'idea che i giudici possano sviluppare i propri strumenti (anche meno pervasivi del sindacato di legittimità costituzionale presente in alcuni ordinamenti continentali) per passare a scrutinio l'attività del Parlamento, affonda anche essa le proprie radici nella rivisitazione della Magna Carta elaborata da Sir Edward Coke, che, proprio nel cuore del conflitto costituzionale tra Corona e Parlamento, affidava in modo assolutamente inedito al giudice il compito di sindacare la conformità del diritto sovrano agli antichi principi di equità e giustizia.

Abstract: L'articolo muove da un'analisi della Magna Carta per analizzare recenti mutamenti della funzione giurisdizionale, ascrivibili al filone del cosiddetto *Common Law Constitutionalism*. L'espansione del potere dei giudici nell'ordinamento del Regno Unito, trainata principalmente dall'incontro/scontro con gli ordinamenti sovranazionali e volta a vincolare l'operato del Parlamento attraverso un sindacato giurisdizionale più stringente, sembrerebbe quasi "eretica" rispetto all'ortodossia della teoria della sovranità parlamentare elaborata da Dicey, ed avallata da diversi anni di self-restraint da parte del potere giudiziario. Se guardata però alla luce della cornice storico istituzionale che ha dato vita alla Magna Carta, madre del principio secondo cui una qualunque forma di autorità deve soggiacere al diritto, tale espansione sembrerebbe ancorare le proprie radici più profonde proprio nella tradizione medievale dello stesso ordinamento del Regno Unito. Difatti, la rivisitazione seicentesca di tale tradizione ad opera di Sir Edward Coke, proprio nel cuore del conflitto costituzionale tra Corona e Parlamento, affidava in modo assolutamente inedito al giudice il compito di sindacare la conformità del diritto sovrano agli antichi principi di equità e giustizia.

Abstract: The article starts with an analysis of the Magna Carta to reflect on recent trends in constitutional law related to the so-called *Common Law Constitutionalism*, enshrining an empowerment of the judicial power in many constitutional orders, including the UK. Here, such an empowerment—triggered by the interactions of the domestic legal order

44 M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 12.

with supranational ones—would seem to be in contrast with the Dicey’s legal tradition of parliamentary sovereignty, usually supporting judicial self-restraint vis-à-vis legislative power. By way of contrast, it is submitted that the empowerment of the judicial power seems consistent with the medieval tradition of the Magna Carta—endorsing the general principle according to which any kind of power shall be submitted to, and limited by, law. In particular, the revival of this medieval tradition during the seventeenth century, namely during the constitutional conflicts between the Crown and the Parliament, brought some authors—such as Sir Edward Coke—to endow the judge with the power to scrutiny the sovereign prerogatives in light of ancient law and general principles of equality and fairness.

Parole chiave: Magna Carta; sovranità parlamentare; potere dei giudici; common law constitutionalism; controllo di costituzionalità delle leggi.

Key words: Magna Carta; parliamentary sovereignty; judicial power; common law constitutionalism; constitutional review of legislation.