

MAURIZIO FIORAVANTI

LA MAGNA CARTA
NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO (*)

1. La Magna Carta e il *Rule of Law*. — 2. La Magna Carta e il governo del territorio: il *Government by Agreement* e il governo limitato. — 3. *The New British Constitution*: la Magna Carta oggi.

1. *La Magna Carta e il Rule of Law*.

Il primo problema che deve affrontare lo storico che pone ad

(*) Il testo che segue nasce da una serie di occasioni di discussione suscitate dalla ricorrenza degli ottocento anni della Magna Carta. La prima a Roma presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Università di Roma Tre, con una tavola rotonda sul tema « Una cultura delle libertà: Magna Carta Libertatum 1215-2015 » (Roma, 21 maggio 2015). La seconda in occasione del decimo colloquio costituzionale italo-inglese presso l'Istituto italiano di cultura di Londra sul tema « The constitutional Heritage of Magna Carta » (Londra, 8 giugno 2015). La terza come relazione al Convegno sulla Magna Carta tenuto presso l'Università di Brescia (Brescia, 2 ottobre 2015). La quarta introducendo le « Jornadas Magna Carta » presso l'Università di Siviglia (Siviglia, 12 novembre 2015). La base del testo è stata pensata e realizzata per l'occasione londinese, ma ciascuna delle occasioni nominate ha arricchito quella base con la discussione e l'incontro di studiosi di diversi paesi e di diverse tradizioni disciplinari. Tra l'altro una delle proposte che scaturiscono dal testo — forse quella che più ha fatto discutere — è quella che attiene alla riconducibilità della Magna Carta alla categoria generale dei « contratti di dominazione » o di « signoria », che interessarono diversi territori d'Europa a partire dal secolo tredicesimo, nel tempo a cavallo tra tardo medioevo e prima età moderna. Il riferimento cade soprattutto sul « Privilegio General de Aragón » del 1283 (Estudio y Edición de Esteban Sarasa Sánchez, Cortes de Aragón, 1984) e su « La Bolla d'Oro » ungherese del 1222 (disponibile anche in italiano nelle Edizioni Valdonega, Verona, 1999). In questo quadro generale europeo non si deve però trascurare le « Joyeuse Entrée » del Brabante (1356), il cui testo si trova in appendice a A. CLERICI, *Costituzionalismo, contrattualismo e diritto di resistenza nella rivolta dei Paesi Bassi (1559-1581)*, Milano, FrancoAngeli, 2004.

oggetto di una propria indagine la Magna Carta è certamente quello di operare una distinzione: tra il testo del 1215, con il significato che ad esso può e deve essere attribuito nel contesto di una società ancora in larga misura medievale e feudale, e dall'altra parte il grande mito che attorno a quel testo è stato nel tempo costruito. Il mito è stato costruito collocando la Magna Carta sul punto d'inizio di una certa vicenda destinata a svilupparsi fino nel cuore dell'età moderna e contemporanea, contrassegnata per ciò che riguarda il costituzionalismo da principi, regole e procedure ben noti per lo meno in ambito anglo-americano: *Rule of law*, *Due Process of law*, *Habeas Corpus*, *Trial by Jury*. Principi e procedure pensati per una società integralmente moderna, costruita sul presupposto del principio di uguaglianza tra i singoli individui, sulla base di un superamento ormai definitivo della antica società dei ceti e delle corporazioni. E tuttavia proprio questa società, per quanto pensata con categorie nuove, e su base rigorosamente individuale, non manca in più occasioni di ricercare nella società d'impronta medievale, con la sua fitta rete di privilegi e di particolarità, un fondamento di lungo periodo, che risale per l'appunto al tempo della Magna Carta.

La Carta viene quindi ad essere rappresentata come il primo anello di una lunga catena che si dipana nei secoli seguenti e in particolare nel diciassettesimo. Con la crisi costituzionale di metà secolo e la ripresa di equilibrio ricodificata nel *Bill of Rights* del 1689, si assiste più che mai al ruolo strategico degli « *ancient rights and liberties* ». In questa linea, sono queste « antiche » libertà a dominare la scena, a partire proprio dalla Magna Carta, nel senso che la solidità della moderna libertà civile dei singoli individui appartenenti alla civiltà borghese, e in particolare la loro richiesta di autonomia legalmente protetta, viene fondata su base storica, con riferimento alla permanente forza della tradizione inaugurata proprio con la Magna Carta, in nome di « libertà » che in origine non erano altro che sfere protette dalla crescente forza normativa del sovrano, nella dimensione del privilegio, accordato a quei baroni, a quella Chiesa, a quella città.

C'è quindi, in questa ricostruzione, un nesso di continuità tra l'affermazione e la difesa del privilegio nella antica società feudale e l'affermazione e la garanzia della moderna libertà civile, intesa come sfera riservata all'individuo, protetta da ogni arbitraria violazione. La

Magna Carta allora porrebbe le basi, proprio attraverso la difesa dei privilegi, delle città, delle corporazioni, dei baroni, per il diffondersi di una cultura del limite, del primato delle regole di garanzia, più tardi deputate a proteggere i beni essenziali dell'individuo, *liberty e property*. I principi, le regole e le garanzie affermate dalla Magna Carta avrebbero quindi certamente una natura originaria immediatamente connessa alla dimensione del privilegio ma nello stesso tempo sarebbero funzionali ad inaugurare la catena che nel tempo condurrà attraverso successivi passaggi alle moderne garanzie dei diritti individuali. In questa ricostruzione dunque il mito della Magna Carta si forma non per caso, ma perché quel testo del 1215 rappresenta effettivamente nelle cose, sul piano oggettivo, l'avvio di un discorso sui diritti, e sulle loro garanzie, che già nelle sue origini, legate al mondo medievale dei privilegi, pretenderebbe di contenere in sé lo sviluppo successivo, l'affermazione del moderno diritto dell'individuo.

In altre parole, ciò che si dice nella Carta, ad esempio nel suo celebre capitolo trentanovesimo, è sanzione immediata di un privilegio di stampo medievale ma anche inscindibilmente e nello stesso tempo prima affermazione di quei principi di legalità e di autonomia dal potere pubblico che saranno alla base dei *Bill of Rights* in età moderna e contemporanea. Il riferimento è qui in primo luogo alla versione anglo-americana del costituzionalismo moderno, dal *Bill* della *Glorious Revolution* del 1689 fino ai testi costituzionali della rivoluzione americana, alla stessa Dichiarazione d'Indipendenza, per approdare poi, attraverso le Costituzioni dei singoli Stati, alla Costituzione Federale americana con l'accluso *Bill* del 1791. Insomma, se di « mito » si può e si deve parlare con riferimento alla Carta del 1215, bisogna subito precisare che si tratta di un mito tutt'altro che campato in aria. Nella linea interpretativa che stiamo esponendo, fortemente orientata in senso continuistico, il mito, se proprio di « mito » si deve parlare, si è formato infatti non per caso, non artificiosamente, ma per la necessità di esprimere una effettiva ed oggettiva realtà sottostante strutturata nel senso della continuità, tra antichi privilegi medievali e moderni diritti individuali.

Com'è noto, da un simile approccio alla storia del costituzionalismo è derivata anche la ben nota interpretazione, sostenuta in particolare da Charles Howard McIlwain, della rivoluzione ameri-

cana come « rivoluzione costituzionale » (1). Non si starà qui a ripetere ancora una volta l'analisi delle concordanze letterali tra singoli capitoli della Magna Carta e altrettanti articoli delle Carte costituzionali, statali e federali, della rivoluzione americana. È a tutti nota la successione storica, tante volte ripercorsa, tra capitolo trentanovesimo della Carta del 1215, Atto di *Habeas Corpus* del 1679 e molteplici testi della rivoluzione americana che in più punti riaffermano il « diritto di conoscere la natura e la causa dell'accusa ». È questo uno dei molteplici fili conduttori che in questa linea è possibile individuare all'interno di una visione complessiva che considera gli Stati Uniti nella autorevole opinione di Walter Ullmann addirittura « eredi di diritto del Medioevo europeo » (2).

Ciò nel senso di un'esperienza come quella della rivoluzione americana pienamente moderna, condotta mediante l'esercizio di un autentico potere costituente ed in nome dei diritti naturali individuali, ma che alla sua base si produsse storicamente per l'avversione nei confronti della moderna onnipotenza parlamentare, alla fine del diciottesimo secolo dominante ormai anche in Inghilterra. Ad essa si volle contrapporre una legalità di ordine superiore, una *Higher Law* espressiva di principi indisponibili da parte della legge in senso politico-parlamentare, che erano considerati tali proprio perché profondamente radicati in una storia di lungo periodo, che affondava le sue radici per l'appunto nel medioevo europeo. Non per caso gli Stati Uniti sono il luogo di origine del *Judicial Review*, del controllo di costituzionalità attraverso l'esercizio della giurisdizione. Lo sono proprio per la loro appartenenza a quell'universo culturale *British* che fonda le libertà nella storia, anche contro la moderna onnipotenza parlamentare.

A ben guardare questa ricostruzione, che potremmo definire « continuista », si fonda su un presupposto piuttosto preciso: l'assenza del concetto stesso di « antico regime », inteso — sul modello della rivoluzione francese — come complesso d'istituzioni, sociali e

(1) C. H. McILWAIN, *La rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale* (1923), Bologna, 1965; di cui si veda anche, più direttamente sul nostro argomento, ID., *Due Process of Law in Magna Carta*, in « Columbia Law Review », 14 (gennaio 1914), 1, p. 27 e ss.

(2) W. ULLMANN, *Individuo e società nel medioevo* (1966), Bari, 1983.

politiche, e di regole, nel loro insieme opposte alle istituzioni ed alle regole della nuova società borghese, a base individuale, che la stessa rivoluzione intendeva far trionfare. In una parola, l'ipotesi della continuità è possibile sulla base di un vuoto, di un'assenza, in quanto cioè in questa storia del costituzionalismo manca una qualche forma di opposizione, più o meno radicale, tra « antico » e « moderno », tra la società medievale dei privilegi e la società moderna dei diritti individuali.

L'assenza di questa opposizione rinvia poi a sua volta a qualcos'altro ancora. Ciò che l'interpretazione continuista ancora più nel profondo rifiuta è la possibilità, lungo il corso della storia, di elaborare un vero e proprio momento costituente, d'individuare cioè un potere che in questo senso possa dirsi autenticamente « costituente », capace cioè di progettare *ex novo* un intero nuovo sistema politico e sociale, contro quello « antico », in concreto in nome dei diritti individuali, contro i privilegi dei ceti e delle corporazioni. L'interpretazione continuista teme anzi decisamente l'ipotesi del potere costituente perché vi ravvisa una pericolosa concentrazione di potere, l'insorgere di un momento, o di una fase, della storia in cui la società nelle sue strutture di fondo — sia essa la società feudale dei privilegi o la società moderna dei diritti individuali — è comunque esposta ad una forza che cala dall'alto, portatrice di un disegno generale dotato di pretese di carattere uniformante e prescrittivo, che come tali tendono fatalmente ad usare violenza nei confronti delle mille particolarità di cui la società si compone.

Al rifiuto del potere costituente si affianca poi il rifiuto, parallelo e del tutto conseguente, dell'altra grande invenzione della rivoluzione francese, ovvero della *volontà generale*. Come nel caso del potere costituente anche la « volontà generale » è infatti considerata espressione di un'inammissibile e pericolosa concentrazione di potere, in questo caso direttamente nelle mani del legislatore. « La legge è l'espressione della volontà generale » recitava l'articolo sesto della Dichiarazione dei diritti dell'89, ponendo i presupposti per una pericolosa sovradeterminazione del valore della legge, non più solo frutto di un potere costituito — quello legislativo, ovviamente — ma anche, e forse soprattutto, espressione di un valore — quello della « generalità » — chiamato a dominare dall'alto le particolarità sociali.

Contro questo poderoso impianto ideologico, caratterizzato dal binomio potere costituente — volontà generale, l'interpretazione che abbiamo definito « continuista » tenta di far valere il peso della storia, proprio in funzione di garanzia dei diritti. In particolar modo nella linea anglo-americana, che si fa dipartire proprio dalla Magna Carta del 1215, si ritiene che i diritti siano messi al sicuro proprio perché fondati nella storia, e perciò mai messi a disposizione di un potere politico concentrato, sia esso costituente, o anche semplicemente legislativo, ma anch'esso esercitato con pretese costituenti, in nome della poderosa volontà generale. Da qui, l'individuazione nella Magna Carta del primo anello di una catena che intende rappresentare la costituzione in primo luogo in funzione di garanzia dei diritti, con particolare riferimento alla tradizione anglo-americana: dalla Magna Carta, attraverso il *Bill of Rights* del 1689, fino al costituzionalismo della rivoluzione americana, interpretata come rivoluzione « costituzionale », animata cioè dall'ideale della garanzia dei diritti, del *Rule of Law*.

2. *La Magna Carta e il governo del territorio: il Government by Agreement e il governo limitato.*

Tuttavia, sarebbe errato ritenere che la Magna Carta sia solo una *collection of rights*, ovvero un insieme ordinato di diritti, intesi come sfere di autonomia da proteggere nei confronti di una volontà che arbitrariamente intenda violarle. Sono due in realtà — e non uno solo — i principi costituzionali di base affermati nella Magna Carta: il *Rule of law* certamente, con il suo corredo di procedure di garanzia: *Habeas Corpus*, *Trial by jury*, *Due process of law*; ma anche il *Government by Agreement*, ovvero quella speciale forma politica che caratterizzava il governo dei territori in Europa — e dunque anche in Inghilterra — nei secoli del medioevo maturo, alle soglie della prima età moderna. Sotto questo secondo profilo nella Magna Carta troviamo dunque non solo una *collection* di diritti, ma anche uno *statement of law*, ovvero il disegno del governo, del modo d'essere della cosa pubblica, del *political body*.

Il governo mediante « accordo » o « contratto » ha in effetti una dimensione europea: è quella forma di governo che è possibile reperire nella Magna Carta del 1215, nella *Bolla d'oro* ungherese del

1222, ma anche nei *Privilegi generali aragonesi* del 1283, o nella *Joyeuse Entrée* di Brabante del 1356. In un articolo del 1951 lo storico svizzero Werner Näf ha individuato in questi testi l'indicazione dei lineamenti di *un determinato modo di governo del territorio*, che con le sue caratteristiche si pone alle origini della complessa vicenda storica dello Stato moderno in Europa ⁽³⁾. Una sorta di « prima fase » di quella vicenda, precedente l'assolutismo, ancora lontana dalla idea del centro da cui tutto s'irradia, cui tutto deve conformarsi. Una fase entro cui il governo del territorio si costruisce a partire da una strutturazione delle istituzioni in senso dualistico, con il Signore territoriale da una parte e le forze presenti sul territorio — siano esse baronali o feudali, o anche corporative o cittadine — dall'altra parte. Le due parti sono tra loro legate proprio dal « contratto », che Näf chiama *Herrschaftsvertrag*, ovvero contratto di dominazione, o di signoria, in tal senso rappresentabile come la norma fondamentale del territorio, che assegna al Signore stesso, e poi a ciascuna delle forze in quel territorio operanti, un ruolo determinato, fatto in senso negativo di spazi protetti e riservati, ma anche, in senso positivo, di compiti da svolgere, di doveri da adempiere. L'insieme di queste regole, di questi spazi, di questi diritti e doveri, è recepito nel « contratto », è oggetto dell'*Agreement* e rappresenta in questo senso la « costituzione » di un dato territorio, ovvero la *Law of the Land*, o altrove la *Landesverfassung* ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ W. NÄF, *Le prime forme dello "Stato moderno" nel basso Medioevo*, in *Lo Stato moderno*, I, *Dal Medioevo all'età moderna*, a cura di E. Rotelli e P. Schiera, Bologna, 1971, p. 51 e ss.

⁽⁴⁾ Tutto questo deve essere collocato in un contesto più ampio, entro cui si configura il processo di modernizzazione politica e istituzionale che ha investito l'Europa a partire dalla metà del tredicesimo secolo come un processo travagliato e complesso, che non vive di una opposizione secca tra il « moderno », impersonato dal Sovrano, o dal Signore territoriale, e il « medievale », rappresentato dalle forze particolari, feudali o corporative, che si contrappongono, in nome di antichi privilegi, agli sforzi di concentrazione e razionalizzazione dei poteri pubblici sul territorio, ma piuttosto di un rapporto altalenante tra « generale » e « particolare » che spesso si solidifica in punti di equilibrio tra le forze che rappresentano l'uno e l'altro, con un ricorso ampio allo strumento del contratto e con l'obiettivo di una costruzione del governo del territorio per una via che sostanzialmente è quella pattizia. In questa prospettiva, sia consentito di rinviare al nostro contributo di sintesi: M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di Id., Bari-Roma, 2001, pp. 3-36.

In questa prospettiva, la valutazione della Magna Carta riesce finalmente ad emanciparsi dalla alternativa secca cui sembrava essere condannata: o mero documento dei rapporti di potere e dei privilegi esistenti all'interno di un contesto di stampo puramente medievale, o più che precoce affermazione del *Rule of Law*, dei diritti e delle garanzie che caratterizzeranno il tempo moderno. Né l'uno né l'altro: la Magna Carta è ben più di una semplice raccolta di diritti e di privilegi per loro natura appartenenti al tempo medievale, ma nello stesso tempo non può neppure essere qualificata come l'avvio di un discorso sui diritti e sulle loro garanzie di tipo sostanzialmente già moderno. A separarla dalla modernità provvede la fitta rete sociale e istituzionale che s'intravede essere sottostante alla Carta. Quella rete prevede tutt'altro che individui titolari di diritti. Ed anche i « diritti » che si leggono nella Carta sono per lo più attribuibili a corpose realtà collettive, dalla Chiesa alle città, dai corpi territoriali a base feudale alle corporazioni dei mercanti. La distanza che separa la società dei corpi e dei privilegi del 1215 dalla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali è dunque incolmabile.

Nello stesso tempo però non si deve per questo stesso motivo considerare la Magna Carta come una semplice *collection of rights* di stampo puramente medievale. Dal modo in cui quei diritti sono trattati nella Carta è possibile estrarre e mettere in evidenza un profilo più generale, a *statement of principles* concernenti l'organizzazione della cosa pubblica, l'esercizio dei poteri sul territorio. La Magna Carta non è quindi solo *collection of rights*, ma anche *statement of law*, che come tale ha a che fare con l'organizzazione dei poteri sul territorio. Essa non è quindi solo un prontuario cui ricorrere per ottenere una più forte tutela dei propri diritti, o privilegi. Essa contiene anche la delineazione di un sistema di governo, e più precisamente gli elementi essenziali per la costruzione ed affermazione di *un governo del territorio*. Non si tratta ovviamente del « governo » che avremo successivamente, a partire dall'epoca degli Stati assoluti, quando diverrà ben più forte la presenza istituzionale di quel medesimo governo come dominio del centro sulla periferia, in nome della concezione nuova e moderna del principio di sovranità. Ma nello stesso tempo i soggetti che popolano il panorama sociale ed istituzionale del 1215 non sono più, a loro

volta, inseriti in un quadro puramente medievale, del tutto particolaristico, e tendono a divenire parti, o componenti, di un sistema di governo del territorio dotato di una nuova ampiezza e complessità. La nostra tesi è proprio questa: che la Magna Carta sia da leggere come uno dei molteplici « contratti di dominazione », o di « signoria », che caratterizzarono l'esperienza europea a partire dal dodicesimo secolo, fornendo le basi per un governo dei territori di qualità nuova. Ma quali possono essere considerati i *principles* caratterizzanti il governo del territorio?

Il primo — già richiamato — è quello del *Government by Agreement*, derivato dalla più risalente pratica del *consilium et auxilium*, ovvero dal dovere che incombeva sui magnati e sui *meliores terrae*, di prestare aiuto e sostegno al proprio Signore territoriale. Con i contratti di dominazione l'antica pratica medievale trova un nuovo significato, che è quello dell'*Agreement*, dell'accordo tra il Signore territoriale e le forze particolari agenti sul territorio medesimo, finalizzato alla cura, e alla promozione, del « bene comune », cui tutti sono chiamati a partecipare, secondo regole per lo più di origine consuetudinaria, ma che ora vengono in modo crescente messe per scritto, come nel caso della stessa Magna Carta. I parlamenti — *Cortes*, *Parliaments*, *Landtage*, Stati generali — vengono di conseguenza, come soggetti deputati a contrattare le regole, a fissarle, a promuovere le loro variazioni attraverso il consenso, il coinvolgimento di tutte le forze presenti sul territorio. Dunque, è vero che il contratto ha due parti distinte e per certi versi portatrici d'interessi contrapposti — come il re e i baroni nel caso della Magna Carta —, ma è anche vero che il contratto esiste perché le due parti hanno reperito in esso un oggetto comune, che poi in concreto è il « bene comune » del territorio, cui esse congiuntamente prestano le loro cure.

Non si deve a questo proposito citare parti distinte della Magna Carta. È tutto il testo che può e deve essere letto in questa direzione, non solo quindi come consolidamento e cristallizzazione dei poteri e dei diritti, del sovrano e delle forze particolari, ma anche, e per molti versi soprattutto, come piano di cooperazione per il governo del territorio, tra sovrano e forze particolari. E si deve essere anzi capaci di cogliere la duplicità insita nella operazione condotta in modo sottostante alla Carta: limitare la discrezionalità

del sovrano nell'esigere in via straordinaria i tributi, o nel chiamare alle armi, da una parte ribadisce il « diritto », nel senso di un dominio riservato e protetto, nel quale neppure il sovrano può penetrare, se non sulla base di certe e determinate condizioni, ma dall'altra apre la via — ad esempio quella del *magnum consilium* — all'instaurarsi di procedure di governo entro cui si costruisce nel tempo una cultura ed una pratica nuove, che hanno al proprio centro l'aspirazione ad una regolazione ragionata del governo del territorio, fondata sulla ipotesi, e sulla realtà effettiva, della collaborazione tra Signore e forze particolari. Tale duplicità caratterizza per altro tutti i contratti di dominazione, costituendo di essi anzi il carattere più peculiare, nel senso che la fissazione di regole e procedure poste a difesa delle realtà particolari ha sempre la doppia faccia, della protezione di una comunità con la sua struttura tradizionale per un verso, ma anche per altro verso della partecipazione di quella medesima comunità ai processi decisionali che vengono posti in essere dal Signore territoriale nella cura d'interessi più vasti, alla lunga destinati a prevalere, ma non con un sacrificio immediato e unilaterale delle realtà locali.

Infine, il *Government by Agreement* restituisce la Magna Carta al suo tempo storico nella sua esatta dimensione: non più puramente medievale in quanto contrassegnata da un piano di governo del territorio di qualità nuova, fondato sulla consapevolezza della necessità di operare in funzione dei bisogni collettivi, propri del territorio medesimo; ma non ancora pienamente moderna, per l'assenza del principio di sovranità inteso come principio originario, da cui far derivare le manifestazioni d'*imperium*, che sono poi le tre in cui si racchiude da sempre la qualità speciale dei poteri pubblici di coazione: il potere di giudicare, il potere di imporre i tributi, il potere di chiamare alle armi. In modo del tutto corrispondente la società sottostante alla Magna Carta è ben lungi dal poter essere assimilata alla moderna società degli individui astrattamente liberi ed uguali, è una società ancora dominata dalla logica medievale della pluralità dei corpi, territoriali e professionali, ma nello stesso tempo questa pluralità è ora governata con riferimento alla realtà collettiva e comune del territorio, mediante un piano di governo che chiama tutte le forze — quella del Signore territoriale, ma anche quelle

particolari dei ceti, delle città e delle corporazioni — ad un impegno di carattere solidale.

Il *secondo principio* che emerge dalla analisi dei contratti di dominazione, e dunque della stessa Magna Carta, è quello del *governo limitato*. Si ha cioè un governo che trova un limite preciso alla sua azione nella presenza, in posizione di supremazia, dei *principi fondamentali* che caratterizzano il diritto del territorio. Nello svolgersi della storia costituzionale europea i contratti in questione rappresentano infatti la prima occasione di definizione dei principi fondamentali su cui si basa la vita di una determinata comunità politica, e che questa medesima comunità ritiene inviolabili. L'itinerario da compiere è allora chiaro, a partire dai semplici *rights*, di volta in volta radicati nella concreta determinatezza del privilegio medievale, per approdare alla fine alla individuazione di un diritto del territorio — *the Law of the Land* — che a sua volta si caratterizza per la presenza di principi ritenuti fondamentali per la vita stessa della comunità politica. È questo un carattere comune a tutti i contratti di dominazione. Consiste nella tendenza a strutturare, entro il contratto, un nucleo che si configura come la parte più essenziale del contratto medesimo, contenente i principi che determinano l'identità sul piano storico-costituzionale di quel determinato territorio.

Questi principi sono ben visibili nel testo della Magna Carta, e possono dunque essere qui di seguito enunciati: 1. il principio della *intangibilità* delle « antiche libertà e libere consuetudini » intese come patrimonio di una città, di un borgo o di un porto (13), o delle « antiche e buone consuetudini » deputate a garantire la libertà dei commerci (41); 2. il principio della *intangibilità* della sfera personale, e del corpo stesso degli individui, con il conseguente valore primario della libertà personale, non comprimibile « se non in virtù di un legittimo giudizio di suoi pari o in applicazione della legge del paese » (39); 3. il principio del « consenso generale » (12 e 14), necessario per la legittimità della imposizione di una *tassa*, in particolare se imposta con la pretesa della straordinarietà; 4. il principio di *proporzionalità*, tra l'offesa recata con la commissione di un reato e la gravità della pena inflitta, nel senso che la seconda deve essere commisurata alla prima (20).

L'insieme di questi principi forma il « nucleo fondamentale » della costituzione del territorio: nel nostro caso, della Magna Carta. Vale cioè come indicazione di un complesso di principi, e di regole conformi, che si pongono al vertice dell'ordinamento del territorio, in una posizione di supremazia, nel senso della loro immodificabilità da parte dell'autorità politica, dei sovrani, dei parlamenti, dei governi. È da questo punto di vista che un testo come la Magna Carta s'inserisce a pieno diritto nella storia del costituzionalismo europeo: per essere uno dei primi tentativi d'individuazione della sfera dei *principi intangibili*, caratterizzanti in senso profondo l'identità di una certa comunità politica. Si deve anzi sottolineare sul piano storico questa genesi di stampo contrattuale della intangibilità. Quest'ultima non piove dal cielo, non si afferma nell'ambito di una dimensione che è altra e diversa, o magari addirittura superiore, rispetto alla realtà sociale e istituzionale. L'intangibilità nasce invece dalle cose, è semplicemente la qualità che alcuni principi devono possedere al fine di rappresentare il nocciolo duro del contratto, che rende l'accordo sottostante stabile, non occasionale. *Government by Agreement e governo limitato*, perché vincolato al rispetto dei principi fondamentali, nel senso della loro intangibilità da parte della ordinaria volontà politica, sono dunque i *due caratteri basilari* del sistema di governo del territorio che è presente nel testo della Magna Carta.

Infine, nella tessitura complessiva della Magna Carta questi due caratteri del governo, ovvero il suo esplicitarsi mediante *Agreement* e il suo arrestarsi di fronte al limite dei principi fondamentali, avrebbero dovuto essere garantiti, sorretti cioè da un meccanismo di garanzia che provvedeva a sanzionare i comportamenti, le azioni e le regole compiute ed emanate in difformità, ovvero in contrasto con i caratteri primari del governo disegnati dalla costituzione, nel nostro caso dalla Magna Carta. È questo il senso della clausola 61, una delle più note della Magna Carta. La clausola prevede l'istituzione di quello che oggi potrebbe essere definito « organo di garanzia », composto da venticinque baroni eletti tra i baroni del regno, cui viene attribuito il compito di rilevare la sussistenza di violazioni di una o più clausole della Magna Carta, e con essa l'insorgere di una minaccia concreta alla pace, alla sicurezza, ed alle libertà che la stessa Carta ha inteso stabilire. La rilevazione delle violazioni da

parte dei baroni avviene di fronte al sovrano, che è così chiamato a provvedere, ovvero a restaurare la legalità infranta; ma il procedimento previsto dalla clausola 61, nella ipotesi che il sovrano rimanga inerte, giunge fino a legalizzare l'azione materiale di resistenza, con la presa in possesso di « castelli, di terre, di possedimenti », in funzione di pressione, con lo scopo di costringere il sovrano a superare lo stato di inerzia, ed avviarsi a compiere nei fatti l'azione a lui richiesta di restaurazione delle regole violate.

Non si deve ora giudicare quanto uno strumento del genere potesse concorrere in modo efficace a garantire realmente un rimedio contro le violazioni della Magna Carta. Si deve piuttosto rilevare la presenza nel testo del 1215 di una vera e propria *clausola di garanzia*. Ciò che in sé è indice della presenza di una consapevolezza: che le clausole della Magna Carta, compresi i principi fondamentali in essa contenuti, erano fin d'allora ritenute autentiche norme giuridiche, dotate di prescrittività, ovvero della pretesa di valere in modo cogente, tanto poi da ricercare procedure sanzionatorie come quella prevista dalla clausola 61 nella ipotesi di una loro violazione. Insomma, la Magna Carta rifletteva certamente la società medievale e feudale entro cui era immersa, ma per altro verso conteneva un piano di governo di qualità nuova, procedure per la costruzione dell'accordo necessario a rendere operativo quel governo, limiti alla sua azione, nella veste di principi fondamentali caratterizzanti l'identità della comunità politica, e perfino meccanismi di garanzia, diretti a sanzionare eventuali violazioni. Procedure, limiti e garanzie trovavano spesso il loro fondamento nell'universo medievale. E tuttavia si realizzavano nel quadro complesso e nuovo del *governo del territorio*, secondo logiche che altrettanto frequentemente trascendevano la dimensione tradizionale e medievale della terra.

3. *The New British Constitution*: la Magna Carta oggi.

Riprendiamo ora in mano il filo conduttore del governo del territorio. I due principi che lo caratterizzano ci sono ora noti: il metodo dello *Agreement*, del consenso delle forze e dei soggetti che operano sul territorio medesimo, necessario per la legittimità di determinati atti d'*imperium* del sovrano, come l'imposizione dei tributi o la chiamata alle armi; e la limitatezza del governo, che opera

nel quadro e nei confini dati dai principi fondamentali, propri della comunità politica, e nel nostro caso espressi nella Magna Carta. I due principi, a loro volta, convergono nel suggerire la presenza di un ordine oggettivo indisponibile da parte della autorità politica. Quest'ultima non ha una volontà sovrana, potenzialmente illimitata, da esprimere. Si tratta anzi di una volontà sottoposta a condizioni e limiti, nel quadro di un sistema complessivo che prevede un piano superiore a quello occupato dal governo e dalla autorità politica: il piano su cui si trovano i principi fondamentali caratterizzati dalla *clausola della inviolabilità*. Nella redazione della Magna Carta è trasparente l'intento di fissare questi principi, in modo che essi valgano come limiti, non solo verso il sovrano, ma anche verso il parlamento stesso, non solo verso il *King*, ma anche verso il *King in Parliament*.

Quest'ultimo principio, del *King in Parliament*, è il vero principio basilare del diritto pubblico inglese. Esso esprime la necessità di tre volontà — *King*, *Lords* e *Commons* — per l'approvazione di una norma che possa dirsi legge d'Inghilterra. Le tre volontà si bilanciano. Dovendosi incontrare, sono indotte dal sistema ad orientarsi in senso moderato. Da una parte, i parlamentari, e in particolare i *Commons*, che vogliono approvare una determinata legge, sono indotti ad atteggiamenti moderati, a causa della necessità del *Royal Assent*, del voto favorevole del monarca; ma quest'ultimo, a sua volta, eserciterà il suo potere di *Assent* in senso parimenti moderato, per il timore che gli altri rami del parlamento neghino l'approvazione alla legge di bilancio, lasciando così l'esecutivo, guidato dallo stesso monarca, privo di risorse.

Così espresso il principio del *King in Parliament* appare destinato a fondare poteri moderati, tra loro bilanciati. Tuttavia, esso possiede una seconda natura, che conviene illustrare, e che ci conduce verso approdi del tutto diversi. Sul punto, una approfondita ricerca ha mostrato come il principio di sovranità del Parlamento non sia affatto nel diritto inglese un'acquisizione da ritenere recente ⁽⁵⁾. Si sostiene, in questa prospettiva, che quel principio

⁽⁵⁾ J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, di cui si veda anche Id., *Parliamentary Sovereignty. Contemporary Debates*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

abbia invece una storia secolare ben più risalente indietro nel tempo, fino ad individuarne le originarie radici medievali. E dunque, la valenza del principio del *King in Parliament* finirebbe per essere duplice: da una parte istitutiva di poteri moderati, ma dall'altra costitutiva di un potere così altamente rappresentativo dei molteplici luoghi e delle molteplici istituzioni di cui si compone il regno da essere collocato in una posizione sovrana, che nessun altro potere può sovrastare.

Dunque, l'eredità medievale è in sé duplice: eredità di poteri moderati e bilanciati da una parte, ma anche eredità imperniata sulla presenza di un Parlamento forte e autorevole dall'altra parte. Da questo secondo filone deriva il principio costituzionale della *sovranità del Parlamento*. Il principio è luogo comune incontestato nello svolgersi complessivo della costituzione britannica, ma ha la sua più pregnante definizione teorica nel primo quarto del diciannovesimo secolo nella *Introduction to the Study of the law of the Constitution* di Dicey ⁽⁶⁾. Nelle pagine di Dicey troviamo una dottrina della sovranità del legislatore non molto lontana da quella che aveva dominato il quadro teorico della rivoluzione francese. I punti decisivi in proposito sono due: in primo luogo la presupposizione, da parte del parlamento, della esistenza di un campo di normazione indefinito, totalmente libero, coincidente al limite con la società intera, che dunque può essere oggetto di normazione da parte del legislatore in tutte le sue articolazioni; e secondariamente, come diretta conseguenza del punto precedente, una concezione della legislazione come *potestà originaria*, che ha in sé le ragioni del suo esistere ed operare, un gradino sopra gli altri poteri che a differenza del legislativo parlamentare sono tutti *derivati*, esistenti cioè in quanto previsti dalla Costituzione, che rappresenta per ciascuno di essi la necessaria *norma di attribuzione*.

Dicey mostra di aver chiaro anche un altro punto decisivo, che è dato dalla differenza con l'esperienza statunitense. L'Inghilterra, per quanto a sua volta caratterizzata in senso specifico rispetto alle altre esperienze europee, rimane infatti pur sempre entro i confini comuni dell'Europa, che sono quelli della *sovranità in senso moni-*

⁽⁶⁾ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915⁸.

stico, che si esplica cioè attraverso un potere dominante, che nella norma è proprio il legislativo; di contro agli Stati Uniti, caratterizzati da una *sovranità in senso federalistico*, che si esplica cioè attraverso la sovranità della costituzione stessa, che riduce tutti i poteri, compreso il legislativo, alla dimensione di poteri derivati. Lo stesso Dicey collega infine con grande chiarezza e lucidità il tipo statunitense all'emersione del *Judicial Review*, ad un ruolo ampio dei giudici, che si fonda infatti, in ultima analisi, proprio sulla possibilità di trattare l'atto legislativo come un qualsiasi altro atto normativo, che opera in modo legittimo se ed in quanto opera nei confini e sugli oggetti che la costituzione ha ad esso assegnato.

Ora, tutto il percorso descritto, dalla radice medievale del *King in Parliament* fino alle dottrine del diciannovesimo secolo, si svolge entro confini che sono riconducibili al concetto, e alla concreta esperienza, della *British Constitution*. Ebbene, sembra che oggi si assista a processi di trasformazione così imponenti da mettere in discussione questa grande tradizione, per lo meno nella linea che era risultata vincente e che aveva condotto ad affermare il principio di sovranità del parlamento. In altre parole, ciò che sembra scivolare verso una condizione irreversibile di crisi è il *King in Parliament* come fondamento storico della sovranità del Parlamento, ovvero della supremazia del Parlamento su ogni altro potere, come unico potere non derivato, che a differenza di ogni altro potere esiste in sé, prima della stessa Costituzione, essendo anzi esso medesimo nella sua concreta esistenza rappresentativa della complessità istituzionale e sociale del Paese la condizione primaria che in origine rende possibile lo stabilirsi della Costituzione. Lo scivolare verso una condizione irreversibile di crisi di questa idea di sovranità del Parlamento sta in effetti trasformando la *British Constitution*, costringendo tutti a rileggere il significato della sua traiettoria sul piano storico. Si creano così le condizioni per un ennesimo ritorno alle radici prime, ma sull'altro lato del *King in Parliament*, quello dei poteri limitati, e bilanciati, sottoposti alla sovranità della Costituzione; e più ancora quello che nel caso della Magna Carta si esprime attraverso l'enunciazione di alcuni *principi fondamentali*, assunti come *inviolabili*. La Costituzione come norma di limitazione dei poteri, e più ancora come norma entro cui sono definiti i principi fondamentali della comunità politica, dotati della clausola della

inviolabilità. È questo il lato della tradizione costituzionale britannica che viene oggi riscoperto, in opposizione al principio di sovranità del parlamento e in sintonia con i problemi che oggi si pongono con l'adozione dello *Human Rights Act*, del 1998.

Due parole ancora, per mettere in rilievo come l'Atto del 1998 interferisca con la vicenda storica della *British Constitution* nei suoi esiti odierni. Com'è noto, lo *Human Rights Act* ha messo in discussione uno dei caratteri più rilevanti della costituzione britannica, consistente nella sua riluttanza a proclamare in via prioritaria i diritti in forma di principi fondamentali, sui quali basare la costruzione del corpo politico. Contro la scelta di compiere la prima mossa proclamando i diritti, come in effetti si era fatto con la rivoluzione francese, la tradizione britannica faceva valere da sempre la sua inclinazione in senso storicistico, in una linea di progresso graduale, che rifuggiva dalla prospettiva razionalistica del potere costituente. Con l'adozione dello *Human Rights Act* questa tradizione viene messa in discussione, fino ad ipotizzare che essa sia in sostanza di fatto già tramontata, a favore di una vera e propria *New British Constitution* (7). Nella più recente esperienza della costituzione britannica viene infatti alla luce, al di sopra della legge ordinaria, uno strato di diritti fondamentali che precede la legge d'Inghilterra intesa come manifestazione di volontà del *King in Parliament*, e che è affidato, per la sua realizzazione e concretizzazione nel diritto positivo, al ruolo decisivo dei giudici.

È non per caso lo stesso *Human Rights Act* a disporre che le leggi britanniche debbano essere lette, interpretate e applicate in senso conforme ai diritti garantiti dalla *Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*. Sono quindi i giudici, nell'ordinario esercizio della giurisdizione, a far vivere la nuova supremazia dei diritti fondamentali. Il loro ruolo si spinge, nella ipotesi che l'interpretazione in senso conforme non sia possibile a causa di una troppo radicale distanza tra le disposizioni nazionali e quelle convenzionali, fino alla emanazione di una *declaration of incompatibility* senza effetti immediati sulla validità delle norme nazionali e sul giudizio nel cui ambito è stata emessa, ma che apre tuttavia a livello del governo e del

(7) V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford and Portland, 2009.

parlamento un processo di adeguamento delle medesime norme alla Convenzione Europea. Il sistema qui sommariamente descritto è palesemente fondato sul netto rifiuto di un controllo di costituzionalità teso a sanzionare le norme che si ritengano incostituzionali con l'effetto dell'annullamento, da parte dei giudici. Una soluzione di questo genere sarebbe stata in troppo evidente contrasto con la tradizione britannica della sovranità del legislatore, ora messa in discussione, anche in modo radicale, dalla affermata priorità dei diritti fondamentali previsti nella Convenzione europea, ma certo non completamente abbandonata. La lesione di quella sovranità rimane però profonda, fino a far ipotizzare il sorgere nella nostra contemporaneità di una costituzione nuova, basata su presupposti che insieme concorrono a superare definitivamente la gloriosa costituzione britannica, fondata sulla sovranità del legislatore.

Anche noi riteniamo che sia in atto, nel nostro tempo, un passaggio di portata storica notevole, in direzione di una nuova costituzione. Nuova nel senso che anche in Inghilterra, come in tutta Europa, prende campo, contro la vecchia costituzione fondata sulla sovranità del legislatore, il *modello novecentesco della costituzione*, imperniato sul primato delle norme fondamentali di principio — il principio di uguaglianza prima di tutto, ma poi anche tutte le norme che disegnano i diritti fondamentali come principi fondamentali costitutivi della forma politica — da attuare per le due vie parallele della legislazione e della giurisdizione. È questo il punto decisivo, sul quale si realizza in modo evidente il contrasto con la vecchia costituzione. Consiste nella scoperta, anche in Inghilterra, della *supremazia delle norme costituzionali di principio*, in materia di diritti fondamentali individuate attraverso la Convenzione europea, e che si realizzeranno nell'ordinamento positivo prima di tutto attraverso il lavoro d'interpretazione delle norme nazionali da parte dei giudici. Alla fine, ciò che sta alla base della nuova costituzione è proprio questo ruolo forte e decisivo dei giudici, ovvero della giurisprudenza come modo di concretizzazione dei principi costituzionali, e dunque di affermazione dei diritti fondamentali in seno all'ordinamento positivo. E parallelamente, nella stessa direzione e all'interno dello stesso processo di trasformazione costituzionale, si assiste alla sempre più evidente riduzione del ruolo del legislatore, che rimane essenziale, ma senza più possedere il monopolio nella definizione e

concretizzazione dei precetti costituzionali. È qui, di fronte alla costituzione, ed a fianco della giurisdizione, che si sgretola il grande mito della sovranità del legislatore.

E la Magna Carta? Torniamo al nostro problema di fondo, per concludere. Oggi, a nostro avviso, la Magna Carta può sorprendentemente risultare un testo di notevole attualità. Infatti, trascorsa la stagione, tra Otto e primo Novecento, della sovranità del parlamento, si ripropone nei fatti il bisogno di un diverso modello di costituzione, e di governo del territorio. Con la nostra contemporaneità, che si colloca ormai oltre la stagione post-rivoluzionaria del dominio del legislatore, ritorna la convinzione che una forma politica esista non tanto perché ha un potere dominante che la impersona, quanto perché possiede dei principi fondamentali condivisi, che vengono collocati nella dimensione della *inviolabilità*, e che insieme formano il nucleo essenziale della costituzione. È quest'ultima ad essere sovrana, e non il legislatore. E non v'è dubbio che la Magna Carta, al suo tempo, sia stata proprio questo, ovvero il tentativo di costruire un sistema di governo territoriale capace di tenere insieme una pluralità di poteri, tutti dotati di prerogative riconosciute, ma anche tutti limitati, tutti inseriti in una logica di reciproco bilanciamento, e nello stesso tempo tutti compresi in un sistema che presupponeva, al suo vertice, l'esistenza di un insieme ordinato di *principi inviolabili*. In una parola, qualcosa di molto distante dal principio di sovranità che contrassegna il moderno da Hobbes a Rousseau, e insieme qualcosa che richiama alcuni caratteri del nostro tempo, che con lo strumento della costituzione tenta di ricostruire quel principio di unità politica che in modo sempre più palese non è più garantito dalla sua rappresentazione in senso potestativo, attraverso la figura del legislatore.

Possiamo ben capire che una conclusione di questo genere possa risultare a non pochi come sorprendente. Ma ciò che si può considerare « attuale » non è il testo della Carta, o tanto meno singole sue disposizioni, ma il « modello », che è quello di una Carta costituzionale a fondamento contrattuale, per molti versi meramente riproduttiva dei diritti e dei privilegi già esistenti, ma nello stesso tempo orientata a comprendere come nessun patto possa affermarsi disciplinando in concreto l'azione delle forze che lo hanno sottoscritto se non introducendovi, collocati al centro, i principi fonda-

mentali caratterizzanti quella determinata forma politica. È esattamente in questo punto, e per rispondere a questa esigenza, di stabilità del patto, che si afferma la dimensione della inviolabilità. Ben lontano quindi, e ben prima, della Rivoluzione, della messa in opera in senso rivoluzionario del potere costituente, in nome del diritto naturale e dei diritti naturali individuali. Insomma, i principi fondamentali, e con essi anche i diritti fondamentali inviolabili, dovranno certamente attendere la Rivoluzione per porsi al centro di un nuovo ordine delle cose, e dei discorsi. Ma nel senso che abbiamo indicato, pur in un contesto radicalmente diverso, c'erano anche prima, nascosti nelle pieghe dei contratti di dominazione, dei patti territoriali.