numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-4c7

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a A. Kavanagh, The Collaborative Constitution, Cambridge, Cambridge University Press, 2024

Giammaria Milani
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università di Siena

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Recensione a A. Kavanagh, The Collaborative Constitution, Cambridge, Cambridge University Press, 2024**

di Giammaria Milani*

Abstract (Ita): La recensione del libro The Collaborative Constitution di Aileen Kavanagh mette in luce l'approccio originale a un tema tradizionale del costituzionalismo contemporaneo, qual è il rapporto tra garanzia dei diritti e separazione dei poteri, affrontato nella nuova prospettiva del costituzionalismo collaborativo.

Abstract (Eng): The review of the book The Collaborative Constitution by Aileen Kavanagh highlights the original approach to a traditional topic of contemporary constitutionalism, that is the relationship between guarantee of rights and separation of powers, addressed by the new perspective of collaborative constitutionalism.

Parole chiave: Separazione dei poteri; diritti fondamentali; costituzionalismo collaborativo

Keywords: Separation of powers; fundamental rights; collaborative constitutionalism

The Collaborative Constitution di Aileen Kavanagh rappresenta un importante contributo allo studio dei principi più fondamentali del costituzionalismo. «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»; con questa previsione cristallina, nel 1789, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino fissava le coordinate ideologiche del costituzionalismo liberale, riprese poi con diverse declinazioni ma con immutata valenza anche nell'epoca del costituzionalismo democratico.

Il libro che si commenta indaga proprio su questo fondamentale e tradizionale pilastro del costituzionalismo, analizzando il rapporto che esiste e/o dovrebbe esistere tra separazione dei poteri e garanzia dei diritti. L'analisi proposta dall'Autrice si concentra in tal senso sulla risposta alla domanda posta in apertura: «*Which branch of government should we trust to protect rights in a democracy?*».

La risposta parte dalla decostruzione e ricostruzione del quadro teorico di riferimento.

La *pars destruens* dell'analisi è dedicata alla critica delle due categorie che hanno costituito in tempi ora più risalenti ora più recenti l'orizzonte concettuale di riferimento per lo studio del rapporto tra separazione dei poteri e garanzia dei diritti.

In primo luogo, la prospettiva manichea, che vede confrontarsi due approcci speculari: il primo, sostenuto dai «*champions of courts*», secondo i quali i giudici sono «*Herculean heroes in a 'forum of principle'*» che si oppongono ai «*rights-infringing legislature*»; il secondo, adottato dai «*defenders of democracy*», in ragione del quale la protezione dei diritti è demandata ai legislatori in quanto «*supremely dignified, diverse and deliberative forum*», etichettando invece i giudici come «*the enemies of the people*». Una prospettiva che, in entrambi i casi, si rivela inconcludente secondo l'Autrice, in quanto poco realistica e quindi scarsamente efficace nel descrivere una realtà in cui la garanzia dei diritti è una comune responsabilità di tutti gli organi costituzionali.

In secondo luogo, la prospettiva dialogica, che solo apparentemente rappresenta un superamento dell'approccio precedente. La categoria del dialogo, che ha incontrato una notevole fortuna nel dibattito scientifico costituzional-comparatistico degli ultimi venti anni, rappresenterebbe infatti una metafora nel migliore dei casi fuorviante e nel peggiore addirittura pericolosa. Da un lato, essa comporta una «*oversimplification of the complex institutional roles of courts and legislatures*», con ciò confondendo il contributo necessario ma distinto che corti e legislatori dovrebbero dare e infatti danno alla garanzia dei diritti. Dall'altro lato, non riuscendo a stabilire a chi spetti l'ultima parola nel dialogo, essa diventa una metafora «*malleable enough to*

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università di Siena

encompass a picture of both an emboldened legislature and a chastened court, or a chastened legislature and an emboldened court» e «*a vague placeholder for any conceivable type of interaction between the branches of government across time and space*».

Superando anche questo fallace approccio, l'Autrice definisce la *pars construens* della sua analisi, proponendo un nuovo orizzonte concettuale nell'immagine del *collaborative constitutionalism*. Quest'approccio supera quello manicheo nella misura in cui riconosce a tutti gli organi costituzionali un ruolo nella garanzia dei diritti, ma anche quello dialogico, affermando la necessità di prendere consapevolezza della distinzione di ruoli e funzioni che caratterizzano governi, parlamenti e corti nell'assolvere questa cruciale responsabilità. Nel presentare questa categoria, l'Autrice non si limita al cosa, ma si sofferma anche sul come, che evidentemente rappresenta un aspetto fondamentale da considerare, affermando che la relazione tra gli organi deve funzionare e di fatto funziona «*in a spirit of comity and collaboration … constructive engagement and mutual respect*».

Poste, nella parte I, queste solide premesse, il libro si articola nelle successive tre parti in un percorso che esplora il contributo fornito da Governo, Parlamento e magistratura alla garanzia dei diritti. L'analisi segue alcune linee metodologiche chiaramente delineate dall'Autrice che vale la pena qui evidenziare in quanto rappresentano un importante valore aggiunto dell'opera.

In primo luogo, e non potrebbe essere altrimenti, l'analisi è svolta in maniera dinamica, mettendo concretamente in luce i momenti cruciali nell'ambito dei quali, nello svolgere ciascuno le proprie funzioni, gli organi costituzionali sono naturalmente coinvolti nella comune missione della garanzia dei diritti.

In secondo luogo, ma i due aspetti sono collegati, lo studio si sviluppa con un approccio cronologico, o, per meglio dire, costituzionalmente cronologico. Per questo motivo, dice l'Autrice, non è un caso che si parta dalla politica, ovvero da Governo e Parlamento, dal momento che è in queste sedi che in primo luogo si realizza o si dovrebbe realizzare la garanzia dei diritti, mentre i giudici intervengono sempre a cose fatte, opponendosi alle azioni o colmando le inazioni degli organi politici.

In terzo luogo, infine e come conseguenza di quanto adesso osservato, l'approccio seguito è di tipo contestuale, concentrandosi sull'ordinamento del Regno Unito e su come in questo ordinamento Governo, Parlamento e magistratura collaborano nella garanzia dei diritti, con alcune incursioni in sistemi costituzionali del Commonwealth utili a integrare il discorso e a verificare le tesi proposte.

Quest'ultima scelta appare necessitata dal tipo di analisi proposta, che essendo orientata a definire concrete istanze di garanzia dei diritti in maniera dinamica e cronologica non può che concentrarsi su un singolo ordinamento. L'analisi contestuale, peraltro, si fonda su un più ampio apparato teorico, di maggiore respiro comparato, cui è dedicata la menzionata parte I del libro. L'Autrice si impegna in ogni caso nel giustificare la sua scelta, soffermandosi in particolare sul perché questa sia ricaduta proprio sul Regno Unito.

Il primo argomento, quasi paradossale, come sottolineato dall'Autrice, è la mancanza nell'ordinamento britannico di una Costituzione codificata e, al contrario, la presenza di norme costituzionali non scritte dall'elevato peso specifico; queste ultime, si sottolinea, rappresentano lo strumento privilegiato per un buon funzionamento di una *collaborative constitution* e perciò meritano una speciale attenzione, che risulta particolarmente fruttuosa nel contesto del Regno Unito.

Il secondo argomento è nondimeno rappresentato dalla vigenza nel Regno Unito, dal 1998, dello *Human Rights Act*, il quale da un lato ha smussato alcuni aspetti più problematici dell'eccezionalismo costituzionale britannico e dall'altro sembra aver posto le basi per un funzionamento particolarmente efficace della *collaborative constitution*, fornendo un importante ventaglio di casi studio utili a verificare le tesi dell'Autrice.

Utilizzando le categorie elaborate da Ran Hirschl per definire i diversi possibili approcci agli studi costituzionali comparati, più che un «*single country study*» si sarebbe di fronte a un «*prototypical case study*». In tal senso, «*Unlike the cases chosen in most freestanding, insular, single-country studies of constitutional law, prototypical cases serve as exemplars of other cases with similar characteristics. The thinking is that theories that apply in prototypical cases are likely to apply in other analogous cases*» (R. Hirschl, *Comparative Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 256). Questo approccio sarebbe confermato dall'Autrice, nella misura in cui afferma di fondare la sua analisi «*on democratic constitutional orders, whose salient features include a general adherence to the principles of democracy, the separation of powers, the protection of rights, and the rule of law*».
Si assume, in tal senso, che il *collaborative constitutionalism esista o debba esistere* in tutti quegli ordinamenti che condividono siffatti principi fondamentali del costituzionalismo democratico. Ciò che introduce un importante banco di prova per verificare la solidità del metodo utilizzato dall'Autrice, la quale esprime nell'introduzione e in altre parti del volume il carattere ad un tempo prescrittivo e descrittivo del modello collaborativo. A tali condizioni, l'approccio può convincere nella misura in cui, come in un frangente risulta chiaramente esplicitato, il *collaborative constitutionalism* è «*descriptively defensible and normatively attractive*». Come a dire che il suo ambito di operatività è descrittivamente più ristretto di quanto sia prescrittivamente auspicabile. In altre parole ancora, la dimensione descrittiva dell'opera sembra cogliere al meglio le vicende costituzionali del Regno Unito (e forse di altri ordinamenti) avvicinando l'approccio seguito a quello del "*single country studies*", mentre la dimensione prescrittiva risulta potenzialmente molto più ampia e inserirebbe a pieno il volume nell'ambito dei «*prototypical case studies*».
In ogni caso, la scelta appare inevitabile e fortunata nella misura in cui permette di testare la valenza del modello collaborativo nella pratica costituzionale, che coinvolge i principali organi costituzionali, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, nella garanzia dei diritti fondamentali.
Nell'analizzare, innanzitutto, il contributo in tal senso fornito da Parlamento e Governo (parte II), l'Autrice mette in discussione la natura monolitica di tali organi, sia dal punto di vista funzionale che strutturale, evidenziando come la complessità istituzionale che li caratterizza faccia gioco alla loro naturale predisposizione collaborativa in materia di diritti fondamentali. In questa parte inizia ad emergere uno dei punti di forza del libro, che in alcuni passaggi sembra proporsi come un'analisi di *fact checking* o addirittura di *debunking* costituzionale, sfatando quei falsi miti che nel passato hanno permesso la diffusione della prospettiva manichea prima e dialogica dopo.
Il Governo, in tale ottica, non è il male e non è invisibile. Certamente, osserva l'Autrice, «*The protection of rights is only one political consideration amongst many, and not always the most important one at that*», e tuttavia l'analisi della pratica costituzionale mostra un impegno costante del Governo nella garanzia dei diritti: in tal senso, lo *Human Rights Act*, nel richiedere al ministro proponente un disegno di legge di produrre una dichiarazione di compatibilità o non compatibilità di tale proposta con i diritti umani, non snatura le funzioni del Governo, ma ne esplicita il ruolo di prima istanza (almeno cronologicamente) nella garanzia dei diritti. Ciò è tanto più vero, come argomenta l'Autrice, se si considera il Governo per quello che nella realtà è, vale a dire un «*plural Executive*», che include ministri, funzionari, agenzie e consulenti, variamente connessi internamente ed esternamente da rapporti di accountability formale e sostanziale.
Il Parlamento, allo stesso modo, «*Rather than being a univocal actor with a singular focus, the legislature is a multi-faceted institution made up of multiple component parts, each with distinct institutional interests, aims and incentive*». In questa prospettiva, il ruolo stesso del Parlamento andrebbe rivisitato e nella pratica esso, più che il produttore o il creatore della legge, sarebbe l'organo deputato a controllare le proposte di legge presentate dal Governo, che monopolizzando l'iniziativa legislativa di fatto definisce in gran parte il contenuto della legge. Grazie alla struttura complessa e alla sua posizione di controllore, il Parlamento svolge al meglio la sua funzione di garante

dei diritti fondamentali nel procedimento legislativo, a ciò dando un contributo fondamentale in particolare tramite l'azione della *Joint Committee on Human Rights*, sede privilegiata per vagliare la compatibilità tra le priorità politiche trasposte nei disegni di legge e i diritti fondamentali.

D'altro canto, la magistratura, alla quale è dedicato il prosieguo dell'analisi (parte III), non è quell'organo isolato dal circuito democratico e rappresentativo che da solo si fa carico della difesa dei diritti fondamentali, ma è piuttosto un attore importante in un'impresa collaborativa in cui, arrivando per seconda, corregge se e quando necessario l'azione politica rendendola compatibile con la tutela dei diritti.

Il ruolo dei giudici, in tal senso, è sussidiario e incrementale, naturalmente improntato al *self-restraint*, come già evidente da alcune tecniche interpretative e decisorie tradizionalmente utilizzate anche al di fuori del Regno Unito (proporzionalità, moniti, avvertimenti, interpretazioni adeguatrici) e come reso esplicito anche in questo caso dallo *Human Rights Act*. L'impegno collaborativo si sostanzia infatti adesso nella possibilità riconosciuta alle Corti di vertice di pronunciare una dichiarazione di incompatibilità tra una legge e i diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti umani, *extrema ratio* da cui non deriva l'invalidità o la disapplicazione di una norma, ma un invito al circuito della decisione politica a intervenire per garantire i diritti fondamentali.

Giungendo a chiudere il cerchio (parte IV), l'Autrice analizza quindi come Parlamento e Governo reagiscono, nella pratica, a siffatte dichiarazioni di incompatibilità emesse dalle Corti, nel momento ovvero di più stretto contatto tra gli organi costituzionali coinvolti nella garanzia dei diritti. È in questo frangente che sembra prendere maggiormente corpo la dimensione collaborativa alla base della teoria proposta dall'Autrice.

L'analisi dei pochi casi in cui sono state emesse dichiarazioni di incompatibilità, oltre a mostrare una certa prudenza delle Corti a ricorrere a tale strumento, pone infatti in evidenza la tendenza della politica ad adeguarsi alle posizioni espresse dai giudici, non già in virtù di un preteso dialogo tra pari, ma in forza di una vera e propria convenzione costituzionale in costruzione basata sulla collaborazione, intesa in realtà come tradizionale fondamento del costituzionalismo democratico.

In tal senso va letta la conclusione del volume, che è ancora una volta una chiamata all'impegno di tutti (attori costituzionali, ma anche studiose e studiosi) a preservare il capitale costituzionale rappresentato dalle norme di «*comity, collaboration and constitutional fair play*», unico modo per garantire la sostenibilità nel tempo del costituzionalismo democratico. In un'epoca, come segnalato all'inizio del volume, in cui la *collaborative constitution* vive sotto la minaccia del populismo autoritario e del decadimento democratico, l'Autrice ci consegna una rinnovata consapevolezza di quello che è non soltanto un bene da proteggere, ma anche uno strumento indispensabile per affrontare i sempre più diffusi e preoccupanti fenomeni di regressione costituzionale.