numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-28B

Foreword

Common Law Constitutionalism

Roberto Toniatti
Professore Emerito di Diritto Costituzionale Comparato
Università di Trento

COMMON LAW CONSTITUTIONALISM

di ROBERTO TONIATTI*

SOMMARIO: 1. La pluralità dei costituzionalismi nel prisma della comparazione; 2. Il *common law constitutionalism*: il modello; 3. La circolazione del modello: sviluppi, variazioni, indicatori; 4. Rilievi finali.

1. La pluralità dei costituzionalismi nel prisma della comparazione

Nello scenario globale del mondo contemporaneo, compito del giurista comparatista continua ad essere lo svolgimento di indagini sul fenomeno giuridico, finalizzate ad individuare i tratti connotativi tipici delle sue distinte epifanie, a registrarne somiglianze, differenze ed equivalenti funzionali, a selezionare i parametri (storici, ideologici e religiosi, di area territoriale, ed altri) in base ai quali procedere all'elaborazione di categorie tendenzialmente omogenee radicate in corrispondenti modelli storici e teorici, a determinare i modi, i tempi e le condizioni per la rispettiva circolazione.

In realtà, non si tratta solo della prosecuzione del compito originario, quanto piuttosto della capacità di cogliere l'occasione per un'ulteriore e più sofisticata valorizzazione del metodo comparato in ragione della moltiplicazione degli ordinamenti giuridici e dell'incremento della loro eterogeneità: si pensi solo alla crescente diffusione dei sistemi giuridici misti, alla sempre maggiore complessità dell'interazione fra diritto interno e diritto internazionale ed alla marcata espansione materiale di quest'ultimo, alla cruciale innovazione risultante dall'espansione del fenomeno giuridico sovrannazionale in Europa, in America latina e in Africa occidentale (anch'essi suscettibili di comparazione). Su tutti questi singoli profili – che di certo non esauriscono gli spunti tematici offerti dallo scenario globale qui evocato – incombe altresì l'influenza esercitata sulla dottrina comparatista dall'evoluzione della sempre più significativa ed assertiva presenza in campo giuridico del *Global South*.

Nel contesto del fenomeno giuridico, conviene segnalare uno specifico rilievo espresso, in particolare, dallo sviluppo di assetti innovativi di 'pluralismo costituzionale' – concetto che, in base a radicati canoni dogmatici tradizionali connessi alla sovranità – non potrebbe non essere qualificato come un ossimoro –, con il corollario del relativo impatto sul pregresso consolidamento di nozioni quali 'forme di governo' e di istituti quali la garanzia giurisdizionale *multilevel* dei diritti fondamentali.

Anche la Costituzione, quale fonte costitutiva primaria di un ordinamento giuridico e della sua identità, non è rimasta indenne dalle dinamiche della globalizzazione. Queste ultime, tuttavia, hanno prodotto non già la configurazione di un 'costituzionalismo globale' – ossia la condivisione planetaria del 'costituzionalismo' quale precisa filosofia giuridica e politica caratterizzata da propri contenuti indefettibili – bensì solo la manifestazione di un

* Professore emerito di Diritto costituzionale comparato nell'Università di Trento.

'fenomeno costituzionale globale', riconducibile alla prassi di adottare la denominazione della fonte fondamentale di un ordinamento giuridico, per lo più di natura statale[1].
Da qui la nota realtà di 'costituzioni senza costituzionalismo', ma anche la premessa per la praticabilità della ricostruzione di una pluralità di costituzionalismi: il radicamento del fenomeno costituzionale globale – quale mera prassi limitata ad una scelta nominale e ad una serie di contenuti descrittivi (ad esempio, dell'organizzazione istituzionale dell'ordinamento nazionale) ma non comprensiva di una ispirazione ideologica ed assiologica condivisa – non consente di adottare senza ulteriori opportune qualificazioni la stessa denominazione di 'costituzionalismo' per ogni fonte normativa fondamentale che non si richiami alla medesima ispirazione ideologica del costituzionalismo originario, di matrice euro-atlantica, elaborato teoricamente ed attuato storicamente in occasione delle Rivoluzioni inglese del 17° secolo e statunitense e francese del 18° secolo.
Si tratta di un costituzionalismo liberale, poi in parte evoluto in costituzionalismo sociale, indissolubilmente legato a nozioni quali 'stato di diritto' ('*rule of law*'), 'democrazia' e 'diritti umani' che rappresentano il nucleo essenziale della *Western legal tradition*[2], ulteriormente declinati attraverso concetti come '*limited government*', principio di separazione e *checks and balances* dei poteri, indipendenza e neutralità della magistratura, tutela delle minoranze ed altri che non possono considerarsi come un patrimonio effettivamente condiviso di ogni costituzionalismo.
numero 1/2024
La reale configurazione del fenomeno costituzionale globale conduce pertanto a distinguere fra 'pluralismo costituzionale' (attualmente tipico soprattutto del costituzionalismo europeo e comunque circoscritto al costituzionalismo europeo di matrice liberale) e 'pluralità dei costituzionalismi', quest'ultima nozione essendo riferibile al quadro planetario e alla differenziazione fra una tipologia articolata di fonti costituzionali di varia ispirazione ideologica (si consideri il costituzionalismo socialista – ancora vigente in Cina, ancorché con vaghe 'caratteristiche cinesi' –, o il costituzionalismo islamico, o ancora il costituzionalismo plurinazionale o altri).
Occorre riconoscere come in questo campo la globalizzazione non abbia prodotto un'omologazione mondiale priva di distinte radici culturali e come – per quanto l'estensione planetaria dei propri parametri ideologici possa apparire appetibile alla sensibilità occidentale – non sia sufficiente qualificare una Dichiarazione dei diritti dell'uomo come 'universale' perché essa lo sia (o lo diventi, o lo possa diventare) davvero.
In altre parole, l'attuale e perdurante esistenza di tanti 'costituzionalismi' non può non investire la dottrina del compito di studiarne e sistematizzarne le singole manifestazioni, di

[1] In proposito si rinvia a R. TONIATTI, *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges, 2019 Casad Comparative Law Lecture*, in *Kansas Law Review*, 2019, p. 693 ss.
[2] Tale nucleo costituisce il fondamento assiologico, triplice ed unitario, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, oltre che dei loro stati membri (almeno prima delle dinamiche illiberali di *democratic backsliding*), in un rapporto (sia *bottom-up* che *top-down*) di omogeneità reciprocamente condizionato nell'ambito del *Western constitutionalism*. Si veda in proposito A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

individuare i parametri che ne definiscono i caratteri e di osservare il contesto della circolazione dei rispettivi modelli.

Questa prospettiva di ricerca potrà pertanto assumere quale proprio oggetto di analisi comparata le diverse concezioni della Costituzione quali risultano formalizzate nella pluralità dei rispettivi testi normativi che portano – ovviamente, nelle diverse lingue – la stessa denominazione. Si tratta di un contributo preliminare che il diritto positivo può dare in vista di una ricerca più matura e completa.

Fra i parametri idonei ad impostare una classificazione dei distinti costituzionalismi può adottarsi anche la rispettiva famiglia giuridica. Può ritenersi, infatti, che la concezione della Costituzione sia fortemente collegata e possa anzi ritenersi essere una proiezione della concezione del diritto posto alla base dell'ordinamento, in tanto in quanto – almeno – della Costituzione si abbia una concezione giuridica e le si conferisca un valore prescrittivo e non meramente descrittivo. Si riconosce, di conseguenza, l'esistenza di una connessione ontologica fra la famiglia giuridica dell'ordinamento e la configurazione della sua Costituzione, con un'evidente inversione del rapporto di primogenitura: la norma fondamentale, pertanto, da premessa idealmente condizionante si rivela essere, in realtà, una conseguenza materialmente condizionata, una derivazione, un prodotto rilevabile e qualificabile *a posteriori*[3].

Un'ipotesi di particolare interesse in questa prospettiva di indagine si rivela essere lo studio del *common law constitutionalism*, ossia il fenomeno costituzionale quale risulta dal rapporto fra la famiglia giuridica di sistema e la configurazione della Costituzione dei distinti ordinamenti retti dal *common law*. L'ipotesi di fondo della presente riflessione, dunque, è che la Costituzione degli ordinamenti nei quali il *common law* regge l'ordinamento giuridico – sia pure in un sistema ibrido o misto – corrisponda a paradigmi formali e materiali propri e distinti rispetto a quelli riconducibili ad analoghe Carte espressive di altre famiglie giuridiche[4].

L'interesse per l'ipotesi di ricerca qui sopra indicata può essere suggerito da più di un motivo.

In primo luogo, lo studio del *common law constitutionalism* consente di arricchire la comprensione della famiglia giuridica di riferimento anche attraverso gli strumenti offerti dal suo diritto costituzionale quale corpo normativo materialmente specializzato – ossia, quale forma della *constitutional matter* – ancorché privo di ulteriori qualificazioni di natura formale. Nello stesso tempo, il *focus* conduce lo studioso di formazione di *civi law* ad acquisire una maggiore familiarità con il ragionamento nel settore del *constitutional law* in termini e

[3] In tale prospettiva si rinvia ad una prima riflessione in R. TONIATTI, *Common law constitutionalism: priorità e continuità della famiglia giuridica nel testo delle costituzioni derivate*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, Utet, 2024, vol. II, p. 1705 ss.

[4] Le prospettive dischiuse da tale ipotesi sollecitano anche una rinnovata riflessione sulla tassonomia delle famiglie (o tradizioni) giuridiche, rispetto alla quale sembra essersi affievolita una più che apprezzabile vivacità propositiva della dottrina. Rilevante ed auspicabile sarebbe anche un contributo in materia da parte dei comparatisti del diritto pubblico, sulla scia dell'autorevole contributo di A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, II ed., 1998.

con categorie differenziate rispetto ad analogo ragionamento svolto nel contesto del costituzionalismo europeo continentale.

Ricordiamo alcune autorevoli osservazioni in argomento, riferite alla percezione di Edmund Burke che, benché strettamente legate ad aspetti coevi della Rivoluzione francese, mantengono la loro pertinenza ed attualità anche con riguardo a profili sistematici strutturali: in base alla premessa – manifestata al suo interlocutore francese – per la quale «*your new constitution is the very reverse of ours in its principle*» – si enuncia palesemente l'orientamento di quella cultura di diritto costituzionale a privilegiare l'evoluzione nella continuità e si precisa come la *Glorious Revolution* del 17° secolo «*was made to preserve our ancient, indisputable laws and liberties, and that ancient constitution of government which is our only security for law and liberty*»[5]. Laddove, possiamo annotare, la Rivoluzione francese (e, poi, quella bolscevica) aveva inteso fare una *tabula rasa* dell'ordinamento giuridico del passato.

Il riferimento di Burke alla priorità delle dinamiche evolutive della storia costituzionale inglese e britannica viene ulteriormente sottolineato[6], senza peraltro disattendere l'esigenza del sistema di garantire anche il proprio cambiamento (ma) per via 'naturale'[7].

I pregi dell'esperienza britannica di 'governo limitato' (ripristinato dalla *Glorious Revolution*) – rispetto al quale le tentazioni del potere assoluto monarchico vengono valutate alla stregua di una parentesi storicamente circoscritta – sono motivo di (impietosa) comparazione[8].

numero 1/2024

Ulteriori ragioni sostengono l'interesse per l'ipotesi di ricerca qui delineata.

Dal punto di vista metodologico, infatti, la riflessione sul *common law constitutionalism* rappresenta un ulteriore rilevante esercizio di analisi comparata non solo nei confronti di altre categorie di costituzionalismo, ma anche all'interno del suo stesso ambito, tenuto conto delle diversità delle sue manifestazioni, a partire dalla presenza (o meno) di un testo scritto, dalla previsione (o meno) di una procedura aggravata per la revisione di *entrenched provisions*,

---

[5] Si veda E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France […] in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris*, London, 2nd ed., 1790, in F.M. TURNER (ed.), *Rethinking the Western Tradition*, New Haven and London, Yale University Press, 2003. Le citazioni sono, rispettivamente, da p. 159 e p. 27.

[6] Si veda: «*You will observe, that from Magna Charta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an entailed inheritance derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity; as an estate specially belonging to the people of this kingdom, without any reference whatever to any other more general or prior right*»; ed altresì: «*Thus, by preserving the method of nature in the conduct of the state, in what we improve, we are never wholly new; in what we retain, we are never wholly obsolete*», *ibid.*, p. 29.

[7] In tal senso: «*A state without the means of some change is without the means of its conservation. Without such means it might even risk the loss of that part of the constitution which it wished the most religiously to preserve*», *ibid.*, p.19. Per contrasto, l'esperienza giacobina francese viene dipinta – in un'ottica del tutto conservatrice (che sembra idonea a proiettare un'eco nella perdurante riluttanza britannica alla razionalizzazione costituzionale dell'eguaglianza e dei diritti sociali – come «*that monstrous fiction, which, by inspiring false ideas and vain expectations into men destined to travel in the obscure walk of laborious life, serves only to aggravate and embitter that real inequality, which it never can remove*», *ibid.*, p. 32.

[8] Si veda l'affermazione secondo la quale: «*The power, however, of the House of Commons, when least diminished, is as a drop of water in the ocean, compared to that residing in a settled majority of your National Assembly. That assembly, since the destruction of the orders, has no fundamental law, no strict convention, no respected usage to restrain it. Instead of finding themselves obliged to conform to a fixed constitution, they have a power to make a constitution which shall conform to their designs. Nothing in heaven or upon earth can serve as a control on them*», *ibid.*, p. 38.

dalla formalizzazione (o meno) di una disciplina per il controllo giurisdizionale di costituzionalità.

Si tratta di caratteri distintivi molto rilevanti in una prospettiva sistematica, poiché, da un lato, essi segnano la distanza degli sviluppi interni al *common law constitutionalism* rispetto all'originario modello britannico e tuttavia, dall'altro, essi rivelano non solo la propria compatibilità con la famiglia giuridica di *common law* ma, anzi, indicano la loro suscettibilità di adeguamento ad alcune istanze sistemiche di quella tradizione giuridica. Chiari indicatori in tal senso sono, ad esempio, l'assenza di un assetto di *judicial review* concentrato in un solo organo *ad hoc* (con l'eccezione dell'ordinamento sudafricano), i limiti dell'efficacia sospensiva *inter partes* (e non abrogativa, *erga omnes*) delle pronunce di incostituzionalità, la configurazione della funzione e dell'organo della pubblica accusa in campo penale, ed altri.

Si consideri, del resto, come ad un rapporto di iscrizione al *common law constitutionalism* siano riconducibili ordinamenti così vari ed appartenenti a contesti geopolitici così differenziati come gli Stati Uniti d'America, ordinamenti di (ex)-*Dominions* quali Australia, Canada, Ghana, India, Irlanda, Kenya, Nigeria, Nuova Zelanda, Sri Lanka, Sud Africa, Tanzania, Zambia e molti altri ordinamenti dell'Africa, dei Caraibi e dell'Oceania[9].

Da ultimo, giova considerare come una ricerca così impostata offre l'opportunità di porre in evidenza sia il pluralismo strutturalmente insito all'interno della *Western legal tradition*, sia anche come e quanto quest'ultima sia tributaria del *common law constitutionalism*.

numero 1/2024

Da quest'ultimo punto di vista, in particolare, sia sufficiente richiamare l'influenza esercitata sul costituzionalismo continentale originario – sin dall'opera di Montesquieu – da concetti fondamentali quali 'monarchia costituzionale' (che aveva ispirato già la Costituzione francese del 1791) ovvero, ancora oggi, quale 'forma di governo parlamentare (e, più di recente, di 'forma governo del Primo ministro' a sua volta tradotta anche come 'forma di governo del Cancelliere') o anche quale la originaria configurazione tripolare dell'organo legislativo (*King in Parliament*) che ha ispirato la natura giuridica dell'atto regio di sanzione delle leggi parlamentari (ben diversa dalla promulgazione presidenziale quale atto dovuto)[10].

Nella medesima prospettiva, possono elaborarsi alcune valutazioni in ordine al debito che la cultura costituzionale maturata a fondamento dell'ordinamento dell'Unione europea ha contratto con la cultura giuridica di *common law* nel riconoscere e, a lungo, ad accettare il ruolo cruciale ed esclusivo della giurisdizione comunitaria nella garanzia dei diritti fondamentali – nel silenzio del diritto positivo – quali principi generali del diritto

[9] Per un'interessante rappresentazione visiva della diffusione del *common law* nel mondo, anche in un rapporto di contestuale coesistenza con altre tradizioni giuridiche, si rinvia al sito del progetto di ricerca Jurisglobe. Si tratta, in particolare, di sistemi di *common law* e di sistemi misti così articolati: (i) *common law* e *civil law*; (ii) *common law*, *civil law* e diritto consuetudinario; (iii) *common law* e diritto islamico; (iv) *common law* e diritto consuetudinario; (v) *common law*, diritto islamico e diritto consuetudinario; (vi) *common law*, *civil law*, diritto islamico e diritto consuetudinario; (vii) *common law* , diritto ebraico e diritto islamico.

[10] È palese la riproduzione materiale della formula britannica nello Statuto Albertino che, dopo aver statuito che «Il Re solo sanziona le leggi e le promulga» (art. 7), si riferisce ai "tre organi legislativi" nell'art. 56 («Se un progetto di Legge è stato rigettato da uno dei tre poteri legislativi, non potrà più essere riprodotto nella stessa sessione»).

dell'Unione risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri a titolo di equivalente funzionale del principio di rule of law[11].
In altre parole, il *common law constitutionalism* e la cultura da esso elaborata si sono rivelati in grado di costruire un'esperienza storica di influenza e condizionamento non solo all'interno del circuito degli ordinamenti ad esso ispirati ma anche al suo esterno.

2. Il *common law constitutionalism*: il modello

Il *common law constitutionalism* esprime il riflesso che la cultura giuridica di *common law* ha prodotto sul piano storico e concettuale dell'organizzazione istituzionale del potere e della definizione della conseguente condizione giuridica degli individui nell'ordinamento che ne risulta. L'esperienza inglese e britannica ha dimostrato, altresì, di possedere un potenziale di flessibilità e di capacità di adattamento idoneo ad essere trasferito in altri contesti ad essa collegati e, pur in presenza di condizioni assai varie e del tutto diverse, a modellarne ed influenzarne gli assetti giuridici e costituzionali[12].
Conviene sottolineare come la costante interazione fra storia e cultura abbia manifestato la combinazione che si è rivelata in grado di guidare la progressiva e graduale evoluzione dell'ordinamento nel corso dei secoli, con una significativa fase di cesura radicale nel corso della seconda metà del 17° secolo – dalla decapitazione del Re Carlo I (1649) e dalla

numero 1/2024

[11] Sia permessa la lunga citazione: «L'originalità dell'ordinamento, *la sua derivazione da un processo in corso anziché da una puntuale manifestazione di volontà normativa di un potere costituente* e l'effettività di cui quell'ordinamento gode sono tutti elementi di sistema che, a nostro giudizio, ben si prestano ad una trattazione della materia secondo il metodo del diritto costituzionale comparato ed in base alle categorie che esso riesce ad identificare. Fra queste, in particolare, la giustiziabilità intrinseca dei diritti fondamentali – che può anche prescindere dal diritto positivo, pur in un quadro di *checks and balances* (che ne esce anzi rafforzato in quanto suscettibile anch'esso di garanzia intrinseca sotto il profilo della ragionevolezza) e che la giurisdizione di costituzionalità è in grado di svolgere in virtù della sua stessa esistenza funzionale –, ci è parsa essere un elemento connotativo del diritto comunitario il quale, anche in ragione della condivisione della medesima dinamica presente in ordinamenti costituzionali statuali, ci sembra dimostrare il possesso di profili di riconoscibilità quale autentico diritto costituzionale dell'UE. La dinamica esaminata si presta ad essere ricostruita sistematicamente attraverso la mutuazione, dalla tradizione giuridica di *common law,* del principio di *rule of law*, di cui occorre riconoscere l'esistenza di *un equivalente funzionale* – per il quale non è ancora stata individuata la formula lessicale propria – nei caratteri tipici dello Stato costituzionale di diritto e dell'ordinamento comunitario; *tale equivalente funzionale si potrebbe identificare nella propensione a conferire alla giurisdizione di costituzionalità un ruolo incisivo nella definizione progressiva del diritto costituzionale dell'ordinamento quale dato normativo reale*»: R. TONIATTI, *Il principio di* rule of law *e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2002 (i corsivi sono aggiunti).
[12] È del tutto condivisibile il giudizio conclusivo sul costituzionalismo britannico, secondo il quale «*Its flexibility may come close to facilitating a collapse of existing conventions and understandings, but that very flexibility has also prevented it from being overly tied by a constitutional straitjacket. It has endured not because of the constitution as a dedicated entity – a formal document – but because of a culture of constitutionalism, a recognition of the legitimacy of the system and its operating principles, that has built up over centuries. People comply not because it is the law, but because it constitutes right behaviour. There is an acceptance, albeit a contingent acceptance, of authority, in return for the executive – initially the monarch, now the monarch's ministers – accepting restraints that are as much moral as formal. Insofar as it is possible to advance a theory of the British constitution, it is one of inherent adaptability. There is also a practical issue. However, desirable some may see a codified constitution, is no means to achieve it under the extant constitution. Politicians seek to make the system work because they have to. It may not be the ideal, but it is the real*». Così P. NORTON, *Constitutional Developments in the United Kingdom. The Adaptability of the Westminster System*, *Foreward*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 1, 2024, p. 7 ss.

proclamazione del *Commonwealth of England* sotto Oliver Cromwell quale suo *Lord Protector* (1653-1658) – sino alla *Glorious Revolution* (1688-89) che ripristinò definitivamente il primato del Parlamento sulla Corona.

Una sintetica ricostruzione della cultura costituzionale di *common law* può trarre giovamento da una breve precisazione preliminare sul significato giuridico delle espressioni verbali.

Nel linguaggio corrente, intatti, il termine 'costituzione' è un sostantivo che indica, generalmente, il fatto oggettivo e il modo di essere della struttura essenziale di un organismo. Nel linguaggio giuridico e politico, invece, il termine 'costituzione' acquista un ulteriore significato tecnico-specialistico e viene riferito alla struttura essenziale della comunità politica organizzata e dunque al suo assetto istituzionale e alle norme che ne prescrivono i rapporti con i cittadini. In tal senso, il termine è applicabile ad ogni *polity*, – a partire, ad esempio, dalla tribù di una popolazione indigena per arrivare ad un'unione sovrannazionale – e prescinde da requisiti di forma, essendo del tutto conoscibile e comprensibile da parte dei suoi componenti. Più in particolare, con riferimento alla figura organizzativa dello stato moderno, il termine indica, oltre alla struttura istituzionale essenziale, anche l'atto normativo che la 'costituisce', ossia che ne determina e ne prescrive i contenuti e il relativo valore, il significato, i destinatari, la revisione, ed altro. In altre parole, in senso generale, la costituzione di uno stato può qualificarsi come fatto normativo che si autolegittima e prescinde dall'atto costituente, mentre, in senso specifico, l'atto costituente si identifica con la Costituzione. Il termine 'costituzione' diviene tipico e acquisisce il privilegio di essere scritto (preferibilmente, con un'iniziale maiuscola). Ma, in proposito, la cultura costituzionale britannica mantiene una propria peculiarità.

Storicamente, infatti, mentre l'evoluzione del pensiero di filosofia politica del 18° secolo e le rivoluzioni liberali degli Stati Uniti e della Francia hanno determinato il 'costituzionalismo' come l'ideologia per entonomasia di organizzazione politica dello stato e qualificato la 'Costituzione' come il suo atto fondativo tipico, imprescindibile ed in forma scritta, la rivoluzione inglese del 17° secolo – fatta salva la breve parentesi dell'*Instrument of Government*, rimasto in vigore dal 1653 al 1656[13] – si è indirizzata verso obiettivi di forma del tutto distinti. Sicché, allora come oggi, nel Regno Unito il significato del termine '*constitution*', anche nel contesto giuridico, può essere assai prossimo al suo valore corrente e, di conseguenza, di '*constitution*' si parla in conformità con un'accezione che, nel contesto comparato, risulta essere, in parte, più elementare e, per altra parte, più sofisticata, segnatamente sia come 'struttura essenziale', sia come il complesso eterogeneo delle fonti che individuano, delimitano e disciplinano la '*constitutional matter*'[14], senza tuttavia accedere

[13] L'atto, di portata costituzionale, aveva istituito il *Protectorate* e in questo breve periodo fu inteso legittimare il regime di Oliver Cromwell, con il titolo (vitalizio ma non ereditario) di *Lord* Protettore del *Commonwealth*, in presenza di un Parlamento monocamerale.

[14] Ricordiamo che l'espressione "leggi in materia costituzionale" appartiene al lessico delle Disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942 che, in regime di costituzione flessibile, richiedevano di essere interpretate in chiave sistematica (art. 2: «La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti del Governo aventi forza di legge sono disciplinate da *leggi di carattere costituzionale*»; art. 3: «Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da *leggi di carattere costituzionale*».

al significato tipico sopra indicato, di matrice statunitense e francese e successivamente circolato in Europa continentale e poi nel mondo. La Costituzione esiste, evidentemente, ma non esiste un unico documento storico che ne sia il simbolo esclusivo dotato di un'aura quasi sacrale.

Sicché, come ben noto, la C*onstitution* del Regno Unito non solo non risulta da un unico testo scritto, adottato in forma solenne e identificabile con un atto storico puntuale, ma è il risultato di una pluralità di fonti collegate alle contingenze storiche e fra loro non necessariamente omogenee, quali norme di *common law*, che ancora definiscono, in particolare la figura del monarca e i suoi *prerogative powers*, norme di *customary law*, che disciplinano, fra l'altro, il funzionamento del Parlamento, norme di *statutory law*, di produzione politica – queste ultime, in virtù del principio di *parliamentary supremacy*, dotate di un'efficacia suprema idonea ad eliminare e riformare le prime, al punto che il principio in parola parrebbe potersi qualificare come garantito da una clausola del tutto informale di *entrenchment* –, con il completamento delle *conventions of the constitution*, norme di natura politica, non giustiziabili, produttive di sanzioni politiche nell'ipotesi di violazione, espressione consolidata dell'autonomia normativa delle istituzioni e della reciproca interazione.

In altre parole, nell'esperienza costituzionale del Regno Unito la nozione di '*constitutional matter*' è di particolare rilievo e di certo esistono un contenzioso ed una giurisprudenza in materia costituzionale.

La Corte Suprema, nel caso Miller 2, così sintetizza la ricostruzione della Costituzione del Regno Unito: «*Although the United Kingdom does not have a single document entitled "The Constitution", it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practice. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development. Nevertheless, it includes numerous principles of law, which are enforceable by the courts in the same way as other legal principles. In giving them effect, the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context*»[15].

In base a tali precisazioni può risultare più agevole proseguire in questa riflessione e procedere ad una qualificazione dell'ordinamento giuridico britannico e della sua *Constitution* quale può ricavarsi in modo non esaustivo con un breve richiamo ad alcuni caratteri di sistema.

In primo luogo, in comparazione con il costituzionalismo europeo continentale, osserviamo la portata recessiva della riconducibilità delle fonti normative ad atti di volontà politica e la preferenza accordata alla storia, allo svolgimento di percorsi evolutivi progressivi, fondati su premesse di gradualità e riluttanti ad affidarsi a soluzioni di rottura. In parziale deroga,

[15] Si tratta della pronuncia in *R (Miller) v The Prime Minister* and *Cherry v Advocate General for Scotland* del 2019 (nota anche come Miller 2). La citazione è dal punto 39.

tuttavia, si pone il rilievo anche formale di una serie di atti di natura pattizia – a cominciare dalla *Magna Charta* del 1215 – che ha costellato la storia costituzionale dell'ordinamento.
In secondo luogo, si consideri come – anche in conseguenza di quanto testé osservato – uno sviluppo ispirato alla continuità storica degli assetti normativi sia stato affidato prioritariamente alla giurisprudenza ed alla sua propensione a 'dire' il diritto trovandolo nella *law of the land*, in conformità con il principio di *rule of law*. Il principio del precedente vincolante conferma la propensione dell'ordinamento alla continuità del proprio procedere, nel presupposto dell'affidabilità del formante giurisprudenziale.
Chiaramente, quando le circostanze lo richiedono e l'ordinamento giuridico quale esso è non corrisponde a quello che dovrebbe essere e che si vuole che sia, il sistema è in grado piuttosto agevolmente di fare affidamento su taluni correttivi, quali l'intervento della volontà politica – attraverso la *statutory legislation* – ovvero il *judicial ovverruling* e l'individuazione di una nuova norma.
In altre parole, l'ordinamento non è 'condannato' all'immobilismo normativo ma si conferma caratterizzato dall'opzione fra continuità e discontinuità normativa sia in sede politica e parlamentare, sia attraverso la risorsa giurisprudenziale. In entrambi i casi, l'opzione esprime in modo differenziato un alto potenziale di politicità, connesso ad un giudizio di convenienza, per lo più di natura contingente e privo di una vocazione sistematica ma non immune, a seconda delle circostanze, da una proiezione nel lungo periodo.
In tale contesto, occorre anche sottolineare una duplice circostanza, quasi si trattasse di due facce della stessa medaglia: da un lato, il rispetto diffuso e condiviso della tradizione e della storia – che si riflette dalla dimensione sociale su quella politica – rappresenta di fatto una forte garanzia di continuità istituzionale e si presta a fungere da equivalente funzionale di una *eternity clause* formale, conferendo, paradossalmente, alla Costituzione britannica un forte connotato sostanziale di rigidità.
Dall'altro lato, però, l'assenza di una garanzia formale che circoscriva l'emendabilità della Costituzione produce l'effetto di dilatare la discrezionalità riformatrice del legislatore politico: a conferma di ciò, ricordiamo l'avvio del processo di *devolution* e l'emergere di un concetto di 'territorial Constitution', ovvero il frequente intervento legislativo di riforma anche radicale nei confronti della *House of Lords* e l'indirizzo politico volto ad eliminare del tutto l'*upper House*, senza peraltro che il sistema sia mai riuscito a configurarne l'alternativa.
E ancora più significativo – come sopra indicato – è il metodo negoziale quale fonte di innovazioni costituzionali che, per citare un esempio recente, ha disciplinato l'indizione e lo svolgimento del referendum per la secessione della Scozia: il riferimento è sia al c.d. *Edinburgh Agreement* (*Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland)* nell'ottobre del 2012 e del relativo Memorandum intergovernativo intercorso fra il governo britannico e l'esecutivo scozzese, sia all'*Order in*

Council (previsto dal citato Accordo) che ha provvisoriamente riformato lo *Scotland Act* del 1998 per conferire la necessaria competenza al Parlamento scozzese[16].

Ulteriore conferma della disponibilità negoziale di un contenuto di evidente rilievo costituzionale deriva da una successiva pronuncia della *Supreme Court* in risposta alla richiesta preventiva, sottopostale dal governo scozzese, circa la configurabilità di una competenza legislativa residuale nell'ambito della *devolution* ad indire e disciplinare un nuovo referendum in assenza di un consenso del governo centrale[17].

In questa circostanza, la Corte non si è limitata a confermare che l'indizione di un nuovo referendum per la secessione non fa parte delle *devolved matters* ma ha precisato che essa rientra, di conseguenza, nell'ambito delle *reserved matters* del Parlamento di Westminster e non ha escluso che quest'ultimo possa esprimersi a riguardo. La secessione scozzese, pertanto, si rivela essere materia costituzionalmente disponibile, a condizione che si agisca nell'ambito della competenza parlamentare e attraverso l'adozione della fonte adeguata (così confermando, indirettamente, il corso degli eventi posto in essere nel 2014).

La giurisprudenza ora richiamata si pone in linea di palese continuità con quanto a suo tempo deliberato dalla Corte suprema canadese (*Reference re Secession of Quebec, del 1998)* con riguardo al quesito sull'ammissibilità del referendum per la secessione del Québec dall'unione federale e sulla pertinenza essenzialmente politica e non prioritariamente giuridico-costituzionale della questione.

numero 1/2024

È rilevante citare due brani della decisione in parola che testimoniano palesemente il fondamento del rilievo qui sopra esposto[18].

In primo luogo, il ragionamento con il quale la Corte afferma che «*Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote*

[16] Si tratta de "*The Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013*" […] *made by Her Majesty in Council in exercise of the powers conferred upon Her by section 30(2) and (4) and 113(4)(a) of the Scotland Act 1998(a)*. La Nota esplicativa precisa che «*This Order modifies Schedule 5 to the Scotland Act 1998 (c.46). Schedule 5 defines reserved matters (matters which are outside the legislative competence of the Scottish Parliament) for the purposes of that Act. The Order provides an exception to the reservation of the Constitution under paragraph 1 of Part 1 of Schedule 5 so that a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom is not a reserved matter if certain requirements are met*».

[17] Il riferimento è alla decisione unanime della Corte suprema in *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 before Lord Reed, President Lord Lloyd-Jones Lord Sales Lord Stephens Lady Rose* (23 novembre 2022), sulla quale rinviamo a R. TONIATTI, *La giustiziabilità condizionata della secessione della Scozia dal Regno Unito*, destinato agli *Scritti in onore di Guerino D'Ignazio* (di prossima pubblicazione).

[18] Si tratta dei Punti 151 e 153 della decisione.

would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations».

In secondo luogo, la ricostruzione che la Corte precisa circa il proprio ruolo nel contesto della controversia *de qua*: «*The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role*».

Si tratta di uno dei modi di essere – peraltro solo eventuali – del *common law constitutionalism*, ipoteticamente riproducibile in altri ordinamenti federali riconducibili a quella famiglia giuridica qualora sussistesse la disponibilità a negoziare. Storicamente, l'ipotesi di certo non è stata sottoposta a verifica negli Stati Uniti d'America nel 19° secolo, anche se un esame non tanto delle ragioni di merito quanto delle argomentazioni formali degli Stati secessionisti potrebbe condurre a conclusioni interessanti.

3. La circolazione del modello: sviluppi, variazioni, indicatori

La circolazione del modello britannico del *common law constitutionalism* – resa particolarmente significativa, *in primis*, dalla vastità del dominio coloniale – si fonda sull'unità della lingua inglese, del linguaggio tecnico-specialistico e, in particolare, della specifica cultura del diritto di quella famiglia giuridica che ha condizionato l'evoluzione e agevolato l'adeguamento del modello.

Quella cultura giuridica si è rivelata propensa, fra l'altro, a riconoscere, nel contesto della dimensione generalmente e genericamente 'costituzionale' (nel senso sopra indicato), la coesistenza di un ambito riservato alla politica e di un altro ambito, parallelo ed interattivo con il primo ma da esso distinto, propriamente giuridico e, in quanto tale, sottoposto alla giurisdizione.

Il diritto costituzionale di *common law* non pretende di assorbire in sé l'integralità della sfera politica e la politica, relativamente libera di seguire i propri percorsi evolutivi, riconosce, nondimeno, la funzionalità del rispetto per il principio di *rule of law*. La configurazione giurisprudenziale della *political question doctrine* da parte della Corte suprema degli Stati Uniti ne testimonia la portata, ancorché quale limite alla propensione sistemica ad affidare la soluzione di nodo istituzionali complessi alla giurisdizione. Inoltre, a ben vedere, tale

rapporto – fra *policy-making* e diritto – prescinde anche dall'adozione della forma scritta della fonte costituzionale. Si tratta di un (dis)equilibrio (rispetto al costituzionalismo europeo continentale di matrice giacobina) che ha consentito alla *polity* di gestire con profitto non solo la propria esistenza ma anche la propria cultura giuridica di riferimento e la sua idoneità alla circolazione nel mondo a sostegno di un vasto impero coloniale.

Occorre osservare, tuttavia, che la prevalenza accordata all'esperienza storica e alla sua gradualità al fine della definizione e all'adeguamento del proprio assetto costituzionale non ha impedito la dinamica funzionale dell'auto-proiezione che l'ordinamento ha operato nei confronti delle diverse unità del proprio sistema coloniale alle quali ha indirizzato i rispettivi atti costitutivi.

La produzione di una disciplina costituzionale per contesti territoriali altri da sé, soggettivamente, ma destinati ad essere, oggettivamente, una copia di sé per quanto possibile analoga, ha comportato una relativa razionalizzazione delle proprie norme costituzionali. La costituzione/Costituzione delle colonie si è rivelata corrispondere ad una fonte scritta che ha formalizzato il processo di mutuazione e di trasferimento del modello di organizzazione politica fondato sulla famiglia giuridica di *common law*. Tale fonte scritta ha pertanto affidato il proprio obiettivo costitutivo ad un atto normativo di volontà politica volto ad acquisire i propri esiti in tempi immediati.

Questo percorso è stato seguito, nel corso dei secoli, con un fondo di continuità ma anche con profili differenziati, in conformità con l'evoluzione dei tempi e le peculiarità dei diversi contesti culturali e territoriali.

Si può operare una divisione secondo criteri storici, di natura più descrittiva che sistematica, distinguendo una prima e una seconda fase coloniale, sino alla formulazione dello *Statute of Westminster* del 1931 che ha segnato un punto di svolta. Giova osservare sin d'ora che il fenomeno dell'auto-proiezione del modello britannico e della sua cultura giuridica di *common law* si è sostanzialmente confermato anche in quelle circostanze – segnatamente, la rivoluzione nord-americana e la rottura irlandese – nelle quali la separazione dei nuovi ordinamenti ha assunto forme di frattura anche violente.

Il primo riferimento storico del quadro sopra descritto è rappresentato dagli atti formali con i quali la Corona ha configurato il titolo di insediamento di ciascuna colonia nei territori d'oltre Atlantico, ponendo in tal modo in essere un assetto costituzionale basato fondamentalmente su fonti scritte.

In proposito, è dato osservare come ciascuna colonia sia stata destinataria di un proprio atto costitutivo, benché concepito secondo una tipologia differenziata che solitamente viene ricondotta a tre gruppi, segnatamente le *Royal* (o *Crown*) *Colonies*, le *Charter* (o *Corporate*) *Colonies* e le *Proprietary Colonies*.

La situazione qui ricostruita ha posto le premesse perché, in conformità con la portata rivoluzionaria dell'ideologia dell'indipendenza dalla Corona britannica e della vittoria militare, si compisse una trasformazione delle Carte coloniali in Costituzioni scritte, che adattavano al mutato contesto politico l'assetto ereditato dal regime pregresso: le nuove

fonti dispongono una cesura radicale dalla Monarchia britannica ma, per altri profili, ne recepiscono molti istituti caratterizzanti, in forma tacita o esplicita.

A titolo indicativo, in questa sede si richiamano *the Constitution of* Virginia (1776) e *the Constitution of* Massachusetts (1780), entrambe articolate in una *Declaration of Rights* e, rispettivamente, in una "*Constitution, or Form of Government*" e in una Parte II intitolata "*The Frame of Government*". Entrambi i documenti enunciano diritti già propri dell'ordinamento monarchico in base al *common law* (dall'*habeas corpus* al diritto alla giuria) e possono ritenersi, pertanto, più dichiarativi che costitutivi.

Nel testo della Virginia, la soppressione del governo monarchico britannico è espressamente formalizzata («*the government of this country, as formerly exercised under the crown of Great Britain, is* totally *dissolved*»; e «*A Governour, […] shall, with the advice of a Council of State, exercise the executive powers of government according to the laws of this commonwealth; and shall not, under any pretence, exercise any power or prerogative by virtue of any law, statute, or custom, of England*»); nondimeno, in entrambi i nuovi ordinamenti, la forma di governo (un esecutivo monocratico, un'assemblea legislativa bicamerale, la separazione dei poteri, il procedimento di *impeachment*, la nomina politica dei giudici e dell'*Attorney General*, la titolarità della funzione «*during good behaviour*», etc.) è ampiamente mutuata dall'ex madrepatria.

In Massachusetts, la rottura con l'ordinamento britannico viene dichiarata solo in forma implicita quale conseguenza espressamente proclamata dell'esercizio dell'autodeterminazione; e, nondimeno, osserviamo che si richiamano «*the laws of the land*» quale riferimento sia per la generale azione di governo sia per la disciplina applicabile ai procedimenti di *impeachment*. Ancora in Massachusetts, si prescrive esplicitamente la continuità dell'ordinamento giuridico, condizionata dalla conformità con la nuova Costituzione («*Art. VI All the laws which have heretofore been adopted, used, and approved in the province, colony, or State of Massachusetts Bay, and usually practiced on in the courts of law, shall still remain and be in full force, until altered or repealed by the legislature, such parts only excepted as are repugnant to the rights and liberties contained in this constitution*»).

Rilievi non dissimili andranno applicati anche alla Costituzione federale del 1789[19], per quanto concerne sia la forma scritta, sollecitata anche dalla sua origine pattizia, sia l'adozione di una forma di governo dualista – fondata sul modello riconducibile all'assetto istituzionale vigente nel Regno Unito prima dell'impatto delle *conventions of the Constitution* –, sia la qualificazione della superiorità gerarchica della Costituzione federale come *the supreme law of the land* (Art. VI), sia la pressione per la formulazione di un *Bill of Rights* (entrato in vigore già nel 1791), la cui esplicita previsione di diritti fondati sul *common law* e già esercitabili si avvale della clausola di chiusura di cui al IX e al X Emendamento[20].

L'esperienza storica delle colonie, degli Stati neo-indipendenti e dell'ordinamento federale degli Stati Uniti, qui succintamente ricostruita, pone in evidenza come un passaggio di

[19] Per ulteriori osservazioni in proposito rinviamo a R. TONIATTI, *Common law constitutionalism*, cit.

[20] Si veda il rispettivo testo: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people»; e «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people».

radicale discontinuità rispetto al pregresso regime monarchico espresso con il consolidamento costituzionale della *republican form of government* non abbia ostacolato la continuità della cultura giuridica di *common law*[21]. In base a tali premesse, si può sicuramente ascrivere il diritto costituzionale degli Stati membri e degli Stati Uniti al *common law constitutionalism*, quale uno dei contenuti significativi della vigente cultura giuridica.

Un ragionamento non dissimile può essere impostato con riguardo ad altre esperienze di governo territoriale del passato coloniale nell'ambito dell'Impero britannico, nonostante la diversità del rispettivo contesto politico, dei percorsi storici seguiti per dar corso alla complessiva transizione post-coloniale nonché del consolidamento degli assetti istituzionali vigenti.

Nello scenario orientale, si rileva un marcato ruolo affidato alla *English* (poi *British*) *East India Company* (1600-1874), con un'estensione territoriale assai vasta – dal subcontinente indiano al Sud Est asiatico –, con funzioni di amministrazione e di governo, dotata di una propria ingente forza militare, interlocutrice, all'ombra del governo di Londra, di varie monarchie tradizionali quali regni vassalli (i '*princely states*'), poi superata grazie all'organizzazione del c.d. *British Raj*, ossia il governo britannico diretto ('*Crown rule*'), istituito con il *Government of India Act* del 1858 e venuto meno solo con l'indipendenza dell'India e del Pakistan (1947).

In questo lungo periodo, il primato del diritto di *common law*, interpretato ed applicato da tribunali in coerenza con la tradizione inglese, conobbe anche forme di ibridazione con il diritto locale di natura consuetudinaria e religiosa.

L'organizzazione del governo delle colonie in Africa fu frammentata secondo vari modelli, normalmente ricondotti alla formula di *economic companies*, ovvero di *indirect rule*, *direct rule* e, infine, di *settler rule*.

Nel primo caso, si trattava di concessioni territoriali per lo sfruttamento delle risorse, con ogni responsabilità normativa, amministrativa e tributaria, come nel caso della *British East Africa Company*, insediata (nel periodo 1888/1893) in Kenya (ed altri territori dell'area), ovvero della *British South Africa Company (1887/1923)*, che si estendeva all'area comprensiva degli attuali ordinamenti del Malawi, dello Zambia e dello Zimbawe.

Il sistema di *direct rule* si basava su di un'amministrazione britannica centralizzata sul territorio, con un ruolo molto limitato riconosciuto alle autorità indigene tradizionali e al diritto tribale, a differenza della distinta figura dell'*indirect rule*, nella quale l'amministrazione coloniale faceva invece affidamento sulle istituzioni delle popolazioni colonizzate, benché la collaborazione implicasse l'adozione di parametri normativi, amministrativi e giudiziari derivati dall'ordinamento britannico.

Da ultimo, è da richiamare il modello detto della '*settler rule*', conseguente all'ampia consistenza della presenza di immigrati provenienti dalla madrepatria nel territorio coloniale, nel cui ambito intendevano organizzare stabilmente la propria esistenza. Da qui la configurazione di un ordinamento giuridico 'proprio', con l'adozione di forme di

[21] Il fondamento di quanto espresso nel testo prescinde dalla dibattuta questione circa l'esistenza di un *common law* federale, su cui rinviamo a U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 122 ss.

pluralismo giuridico, con norme differenziate per la popolazione africana (anche in ragione della rispettiva etnia) e con l'applicazione del *jus commune* di origine giustinianea proprio della comunità di origine olandese, accanto al *common law* dei coloni di origine inglese.
Nel prosieguo della fase coloniale, è dato notare come il modello normativo – sostanzialmente uniforme – adottato nel 19° e 20° secolo riprenda il tenore dell'auto-proiezione costituzionale da parte dell'ordinamento britannico, come a suo tempo già posto in essere, benché in forma diversificata, con la concessione delle Carte coloniali nel 17° secolo. Ancora una volta, è lo stesso legislatore di Westminster ad elaborare un testo scritto unitario per la disciplina dei profili fondamentali della materia costituzionale vigente in un territorio dell'Impero, al quale testo viene esplicitamente attribuita la denominazione di 'Costituzione'.
È interessante osservare, in proposito, che il *nomen juris* di '*constitution*', se, per un verso, viene impiegato per qualificare la fonte normativa fondamentale, in forma scritta, del governo di un territorio, per altro verso non risulta collegato ad un atto di auto-determinazione sovrana del territorio nel quale è destinato ad essere applicato ma è strutturato quale manifestazione della sovranità imperiale dell'ordinamento britannico.
Il primo riferimento storico di questo ciclo è offerto dal *New Zealand Constitution Act* del 1852 – *An Act to grant a Representative Constitution to the Colony of New Zealand* – con il quale, da un lato, si formalizza il superamento dello *status* di *Crown Colony* con l'acquisizione di margini di autonomia di governo mentre, dall'altro, si conferma la perdurante sovranità britannica formalizzata dalla imputabilità dell''atto 'costituzionale' al Parlamento imperiale. Il commento si applica anche al primo emendamento del *Constitution Act*, adottato già nel 1857 dal legislatore di Westminster, per attribuire all'Assemblea Generale il potere di emendare autonomamente la propria fonte costituzionale, fatta eccezione per la propria stessa istituzione e per la portata delle proprie competenze legislative.
La configurazione istituzionale e funzionale dell'assetto di governo ribadisce palesemente la riproduzione del modello britannico: ci limitiamo ad un riferimento all'individuazione dell'organo legislativo[22], al vincolo di conformità con l'ordinamento del Regno Unito, all'istituto (in parte riadattato) del *royal assent*.
Il secondo riferimento è al *British North America Act* del 1867 adottato dal Parlamento britannico per istituire l'ordinamento federale del Canada e prescriverne il quadro costituzionale («*a Constitution similar in Principles to that of the United Kingdom*»).
Anche in questo contesto sono particolarmente visibili gli indicatori circa la visibilità del modello originario: la titolarità monocratica del potere esecutivo, posto in capo alla Corona e, in suo nome, al Governatore («*on behalf and in the Name of the Queen*»), da esercitarsi sentito il *Privy Council for Canada* («*to be styled the Queen's Privy Council for Canada*»); la composizione dell'organo legislativo[23]; la nomina dei giudici da parte dell'autorità politica; la continuità

[22] Si veda l'art. 32: «*There shall be within the colony of New Zealand a General Assembly, to consist of the Governor, a Legislative Council, and House of Representatives*», ossia «*the King/Queen in Parliament*»).
[23] **Come prescritto dall'art. 17 («***There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons*»).

dell'ordinamento giuridico, del sistema giudiziario e della titolarità di uffici pubblici «*as if the Union had not been made*».

Un'ulteriore fonte normativa che rileva in questo contesto è rappresentata dal *Constitution Act* dell'Australia del 1900 – segnatamente, *An Act to constitute the Commonwealth of Australia* – anch'esso atto legislativo in materia costituzionale e in forma scritta, adottato dal legislatore britannico per istituire l'ordinamento federale australiano[24]. Di tale fonte, oltre alla riferibilità dell'atto al Parlamento di Londra, giova richiamare la formalizzazione della cultura giuridica di fondo e del modello istituzionale trapiantato.

L'ordinamento giuridico australiano viene precisato essere inclusivo della Costituzione e della legislazione adottata dal Parlamento («*This Act, and all laws made by the Parliament of the Commonwealth under the Constitution, shall be binding on the courts, judges, and people of every State and of every part of the Commonwealth, notwithstanding anything in the laws of any State […]*»" (art. 5).

Quanto alla funzione legislativa, la Costituzione afferma che «*the legislative power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Parliament, which shall consist of the Queen, a Senate, and a House of Representatives*» (art. 1)[25]. Si prevede la figura del «*Governor-General appointed by the Queen [who] shall be Her Majesty's representative in the Commonwealth, and shall have and may exercise in the Commonwealth during the Queen's pleasure, but subject to this Constitution, such powers and functions of the Queen as Her Majesty maybe pleased to assign to him*» (art. 2).

L'esercizio del *royal assent* alla legislazione canadese, quale requisito di validità della legge parlamentare, è disciplinato in modo da coordinare sia l'intervento diretto e finale della Corona sia la partecipazione, anche in via interlocutoria, del Governatore Generale. Il *royal assent* è prescritto anche per la revisione della Costituzione, attribuita al Parlamento federale con procedura aggravata.

Il potere esecutivo «*is vested in the Queen and is exerciseable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth*» (art. 61). Si prevede l'assistenza di un *Federal Executive Council*, con ruolo consultivo.

Il modello britannico si afferma anche con riguardo alla nomina della magistratura federale. Il *Constitution Act* del 1900 (art. 76) stabilisce altresì che la legge parlamentare possa attribuire alla *High Court* un'ulteriore «*original jurisdiction*» in relazione a «*in any matter (i) arising under this Constitution, or involving its interpretation : (ii) Arising under any laws made by the Parliament […]*».

Secondo quanto anticipato, questo ciclo di interventi normativi 'costituzionali' del Parlamento britannico rivolti ai propri territori si estende anche all'ordinamento irlandese, segnatamente attraverso l'*Irish Free State* (*Saorstát Eireann*) *Constitution Act* del 1922, adottato sia dal *Dáil Éireann* in funzione 'quasi-costituente', sia dal Parlamento di Westminster per

[24] Osserviamo che, a differenza della formula impiegata con riguardo al Canada, in questo caso il riferimento è alla volontà dei popoli degli Stati membri.

[25] In base all'art. 49. «*The powers, privileges, and immunities of the Senate and of the House of Representatives, and of the members and the committees of each House, shall be such as are declared by the Parliament, and until declared shall be those of the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and of its members and committees, at the establishment of the Commonwealth*».

dare esecuzione agli *Articles of Agreement* dell'*Anglo-Irish Treaty* dell'anno precedente quale atto di cessazione dei perenni conflitti, culminati nei primi due decenni del secolo 19° nella *Irish War of Independence* e nella *Irish Civil War*. La soluzione dell'*Irish Free State*, tuttavia, non durò che molto brevemente, proprio in ragione della riproposizione dell'applicazione all'Irlanda della sovranità costituzionale britannica nell'ambito del *Commonwealth*.

In via preliminare, osserviamo che l'*Irish Free State* (Saorstát Eireann) *Constitution Act* si distingue dalle fonti analoghe già richiamate per la presenza di una significativa elencazione di diritti fondamentali.

L'organo legislativo è denominato *Oireachtas* e «*it shall consist of the King and two Houses, the Chamber of Deputies (otherwise called and herein generally referred to as "Dáil Eireann") and the Senate (otherwise called and herein generally referred to as "Seanad Eireann"). The sole and exclusive power of making laws for the peace, order and good government of the Irish Free State (Saorstát Eireann) is vested in the Oireachtas*». Di particolare rilievo nella polemica politica costituzionale si è dimostrato l'obbligo di giuramento di fedeltà alla Corona espressamente previsto per ogni membro dell'*Oireachtas*[26].

Il perfezionamento di ogni atto legislativo richiede il *royal assent*, dettagliatamente disciplinato anche con espresso riferimento alla prassi prescritta per il *Dominion* del Canada[27].

La prassi canadese e quella australiana sono richiamate anche in relazione all'esercizio del potere esecutivo attribuito alla Corona e posto in essere da un suo Rappresentante[28], assistito da un organo collegiale denominato *Executive Council*[29].

Ricordiamo anche il procedimento di nomina dei magistrati da parte dell'organo esecutivo («*The judges of the Supreme Court and of the High Court and of all other Courts established in pursuance of this Constitution shall be appointed by the Representative of the Crown on the advice of the Executive*

[26] Si veda il testo dell'art. 17: «*The oath to be taken by members of the Oireachtas shall be in the following form: I . . . do solemnly swear true faith and allegiance to the Constitution of the Irish Free State (Saorstát Eireann) as by law established, and that I will be faithful to H.M. King George V., his heirs and successors by law in virtue of the common citizenship of Ireland with Great Britain and her adherency to and membership of the group of nations forming the British Commonwealth of Nations. Such oath shall be taken and subscribed by every member of the Oireachtas before taking his seat therein before the representative of the Crown or some other person authorised by him*».

[27] Si veda il testo dell'art. 41 («*So soon as any Bill shall have been passed or deemed to have been passed by both Houses, the Executive Council shall present the same to the Representative of the Crown for the signification by him, in the King's name, of the King0s assent, and such Representative may withhold the King's assent or reserve the Bill for the signification of the King's pleasure: Provided that the Representative of the Crown shall in the withholding of such assent to or the reservation of any Bill, act in accordance with the law, practice, and constitutional usage governing the like withholding of assent or reservation in the Dominion of Canada*»).

[28] In tal senso cfr. l'art. 60: «*The Representative of the Crown, who shall be styled the Governor-General of the Irish Free State (Saorstát Eireann) shall be appointed in like manner as the Governor-General of Canada and in accordance with the practice observed in the making of such appointments*».

[29] Così prevede l'art. 51: «*The Executive Authority of the Irish Free State (Saorstát Eireann) is hereby declared to be vested in the King, and shall be exercisable, in accordance with the law, practice and constitutional usage governing the exercise of the Executive Authority in the case of the Dominion of Canada, by the Representative of the Crown. There shall be a Council to aid and advise in the government of the Irish Free State (Saorstát Eireann) to be styled the Executive Council. The Executive Council shall be responsible to Dáil Eireann, and shall consist of not more than seven nor less than five Ministers appointed by the Representative of the Crown on the nomination of the President of the Executive Council*».

Council", art. 68) e la previsione esplicita di una competenza giurisdizionale di controllo di compatibilità delle norme con la Costituzione[30].

Da ultimo, ricordiamo la prescrizione circa la continuità dell'ordinamento giuridico pregresso condizionata dal rapporto di conformità con la nuova fonte costituzionale.

Una successiva significativa evoluzione degli assetti sin qui oggetto della presente ricognizione è intervenuta con l'adozione dello *Statute of Westminster* del 1931, che ha conferito una nuova forma all'organizzazione dei rapporti fra il Regno Unito e una parte significativa della sua rete coloniale, in linea di prosecuzione rispetto ad una prima razionalizzazione intervenuta con l'emanazione del *Colonial Laws Validity Act* (*An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*) del 1865, in base al quale si prevedeva l'autonomia legislativa dei *Dominions* a condizione che le rispettive fonti non fossero in contrasto con la *repugnancy clause* che garantiva il primato della legge britannica volta a disciplinare taluni rapporti anche negli ordinamenti delle colonie.

Ancora una volta, dunque, si tratta di una rilevante fonte in materia costituzionale, conforme ad un'evoluzione graduale degli assetti condizionata dalla variazione delle contingenze storiche.

Occorre osservare, inoltre, che – secondo una frequente prassi, già richiamata, nell'esperienza del *common law constitutionalism* – la fonte citata riproduce un precedente accordo intercorso fra i soggetti interessati che ne anticipa i tratti essenziali: il riferimento è sia agli esiti della sesta *Imperial Conference* del 1930, sia, soprattutto, alla *Balfour Declaration* del 1926 nella quale, fra l'altro, si rileva la passata eterogeneità dell'assetto coloniale[31] e, pur rappresentando un intervento di razionalizzazione del sistema, si esclude, motivando, la scelta in favore di una Costituzione scritta per il *Commonwealth*[32].

Lo *Statute of Westminster* del 1931 (*An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930*) da un lato ha riconosciuto che «*it is necessary for the ratifying, confirming and establishing of certain of the said declarations and resolutions of the said Conferences that a law be made and enacted in due form by authority of the Parliament of the United Kingdom*» e,

[30] Come previsto dall'art. 65: «*The judicial power of the High Court shall extend to the question of the validity of any law having regard to the provisions of the Constitution. In all cases in which such matters shall come into question, the High Court alone shall exercise original jurisdiction*».

[31] La Dichiarazione in parola è stata adottata dall'*Inter-Imperial Relations Committee* al fine di esaminare «*questions on the Agenda affecting Inter-Imperial Relations* […]». A proposito dell'allora presente contesto storico, si precisa, in particolare, che «*The rapid evolution of the Oversea Dominions during the last fifty years has involved many complicated adjustments of old political machinery to changing conditions. The tendency towards equality of status was both right and inevitable. Geographical and other conditions made this impossible of attainment by the way of federation. The only alternative was by the way of autonomy; and along this road it has been steadily sought. Every self-governing member of the Empire is now the master of its destiny. In fact, if not always in form, it is subject to no compulsion whatever*».

[32] È interessante citare una delle statuizioni introduttive del documento alla stregua della quale si afferma che «*The Committee are of opinion that nothing would be gained by attempting to lay down a Constitution for the British Empire. Its widely scattered parts have very different characteristics, very different histories, and are at very different stages of evolution; while, considered as a whole, it defies classification and bears no real resemblance to any other political organisation which now exists or has ever yet been tried. There is, however, one most important element in it which, from a strictly constitutional point of view, has now, as regards all vital matters, reached its full development—we refer to the group of selfgoverning communities composed of Great Britain and the Dominions. Their position and mutual relation may be readily defined. They are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations*».

dall'altro, ha conferito fondamento formale al principio di eguaglianza di *status* fra gli ordinamenti indipendenti e sovrani dei *Dominions*[33], uniti dalla condivisione dell'istituzione della Corona ma in ampia parte sottratti – salvo propria richiesta volontaria – alla supremazia legislativa del Parlamento del Regno Unito[34].

Come rilevato, la legge ha una evidente portata materialmente costituzionale per l'ordinamento del Regno Unito che si è estesa all'ordinamento di alcuni dei *Dominions*: essa, infatti, aveva disposto la propria efficacia immediata solo con riguardo ad alcuni di questi ultimi (*Canada, Irish Free State e Union of South Africa*) in conformità al consenso da loro stessi volontariamente espresso, nell'esercizio di una forma di esercizio di una propria potestà 'costituente' coerente con la configurazione del *common law constitutionalism*. In rapporto agli altri (*Australia*, *New Zealand*, *Newfoundland*), invece, lo *Statute of Westminster* aveva invece previsto la subordinazione della propria efficacia ad un rispettivo atto legislativo di natura costituente.

In Nuova Zelanda, il Parlamento approvò, nello stesso anno (1947), sia lo *Statute of Westminster Adoption Act* 1947 sia il *New Zealand Constitution Amendment Act*, con il quale venne previsto un'autonoma funzione di revisione costituzionale senza peraltro sopprimere la competenza legislativa del Parlamento britannico ad intervenire anche sul testo della Costituzione. Quest'ultima venne eliminata del tutto solo in seguito all'abrogazione dello *Statute of Westminster* e l'approvazione del *Constitution Act* del 1986 (che, nonostante il nome, rappresenta solo una delle fonti scritte della Costituzione).In Canada si è sviluppato un procedimento articolato in più fonti che è stato denominato di '*patriation*' della Costituzione: sulla base di una richiesta *ad hoc* del Parlamento canadese, il legislatore britannico ha adottato il *Canada Act* (*An Act to give effect to a request by the Senate and the House of Commons of Canada*) del 1982, secondo il quale (art. 2: «*Termination of power to legislate for Canada*») «*No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the Constitution Act, 1982 comes into force shall extend to Canada as part of its law*».

La fonte citata è integrate da un Allegato (*Schedule B*) che contiene, fra l'altro, il testo della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Part I*), *la Procedure for Amending Constitution of Canada* (*Part V*), la nuova denominazione del *British North America Act, 1867*) che diviene il *Constitution Act* del 1867 al quale viene apportata una serie di emendamenti, la qualificazione della *Primacy of Constitution of Canada* (Part VI), secondo la quale «*The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is*

[33] Segnatamente, il *Dominion* del Canada, il *Commonwealth* dell'Australia, il *Dominion* della Nuova Zelanda, l'*Union* del Sud Africa, l'*Irish Free State* e *Newfoundland*.

[34] Lo *Statute of Westminster* stabilisce (sez. 4) che «*No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof*»; e (sez. 2.1) che «*No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the Law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion*».

***inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*» (art. 52.1)[35].**

In Irlanda, l'esistenza dell'*Irish Free State* si è estinta con l'adozione della Costituzione del 1937, il cui testo emblematicamente presenta una prima parte intitolata a "*The Nation*" (art. 1: «*The Irish nation hereby affirms its inalienable, indefeasible, and sovereign right to choose its own form of Government, to determine its relations with other nations, and to develop its life, political, economic and cultural, in accordance with its own genius and traditions*») e una seconda a "The State" (art. 5: «*Ireland is a sovereign, independent democratic state*»). La cessazione di ogni legame con l'ordinamento giuridico e con il sistema delle fonti del Regno Unito non ha determinato alcuna discontinuità rispetto alla famiglia giuridica di *common law* e alla sua cultura costituzionale.

Rilievi del tutto analoghi − sui procedimenti seguiti e sui contenuti materiali introdotti − possono applicarsi ad un esame delle carte costituzionali dei numerosi ordinamenti sorti in conseguenza del superamento dell'assetto coloniale, attraverso l'adozione di atti legislativi del Parlamento britannico per la disciplina dell'acquisizione dell'indipendenza i quali hanno espresso una fase interlocutoria in vista del successivo esercizio di una funzione costituente nazionale e della successiva approvazione di una propria Costituzione. In esse sono presenti gli indicatori della cultura costituzionale di *common law* che abbiamo più volte posto in evidenza. In alcuni casi, il testo esplicita l'applicabilità del *common law*, accanto al riferimento al diritto riconducibile ad altre famiglie giuridiche quale, *in primis*, il diritto tribale tradizionale[36].

Con l'importante eccezione delle esperienze dell'Irlanda e del Sud Africa, una cornice formale − non esclusiva ma assai significativa − di continuità del *common law constitutionalism* è rappresentata dall'istituzione del *British Commonwealth of Nations*, oggi ufficialmente *Commonwealth of Nations.*

Si tratta, in generale, di una organizzazione internazionale che riunisce ordinamenti che storicamente hanno fatto parte dell'Impero britannico: solo quindici dei cinquantasei Stati che lo compongono rivestono lo *status* di *Realm of the Commonwealth* − e, in quanto tali, condividono il Capo dello Stato individuato nel/la titolare della Corona britannica − ma tutti hanno confermato il riferimento al *common law* e alla sua cultura costituzionale. In questo contesto, è particolarmente significativo ricordare − quale ulteriore titolo di

[35] Da precisare che la medesima fonte è pubblicata anche in lingua francese ("*Loi constitutionnelle de 1982*") e che «*the English and French versions of this Act are equally authoritative*» (art. 57). L'art. 60 precisa, infine, che «*This Act may be cited as the Constitution Act, 1982, and the Constitution Acts 1867 to 1975 (No. 2) and this Act may be cited together as the Constitution Acts, 1867 to 1982*».

[36] A titolo di esempio citiamo la Costituzione del Ghana (1992) il cui *Chapter* 4 ("*The laws of Ghana*") stabilisce (art. 11) che *«(1) The laws of Ghana shall comprise − (a) this Constitution; (b) enactments made by or under the authority of the Parliament established by this Constitution; (c) any Orders, Rules and Regulations made by any person or authority under a power conferred by this Constitution; (d) the existing law; and (e) the common law. (2) The common law of Ghana shall comprise the rules of law generally known as the common law, the rules generally known as the doctrines of equity and the rules of customary law including those determined by the Superior Court of Judicature. (3) For the purposes of this article, "customary law" means the rules of law which by custom are applicable to particular communities in Ghana. (4) The existing law shall, except as otherwise provided in clause (1) of this article, comprise the written and unwritten laws of Ghana as they existed immediately before the coming into force of this Constitution […]».*

connessione formale con l'ordinamento di origine e di configurazione unitaria del *common law constitutionalism* – il perdurante riconoscimento del *Judicial Committee of the Privy Council* quale giurisdizione di appello per proprie questioni interne di alcuni degli ordinamenti in parola[37].

Giova anche ricordare che nel 2013 è stata adottata una *Charter of the Commonwealth*, che enuncia un serie di valori condivisi caratterizzanti l'organizzazione (definita quale «*a voluntary association of independent and equal sovereign states, each responsible for its own policies*»), fra i quali il principio di *rule of law* («*We believe in the rule of law as an essential protection for the people of the Commonwealth and as an assurance of limited and accountable government. In particular we support an independent, impartial, honest and competent judiciary and recognise that an independent, effective and competent legal system is integral to upholding the rule of law, engendering public confidence and dispensing justice*»); ed altresì che esiste una cittadinanza del *Commonwealth*, originariamente istituita con il *British Nationality Act* (1948) e più volte riformata ma ancora fonte di uno *status* cui sono connessi vari diritti (a partire dalla residenza ma anche diritti elettorali).

In altre parole – e non potrebbe essere altrimenti –, la famiglia giuridica si esprime come fenomeno culturale ad ampio spettro e si articola e si espande nel tessuto vivo e vitale della società degli ordinamenti di *common law*.

4. Rilievi finali

numero 1/2024

Il *common law constitutionalism* rappresenta una categoria del 'fenomeno costituzionale mondiale', nel quale confluisce una pluralità di costituzionalismi, non tutti omogenei e compatibili rispetto all'originario costituzionalismo liberale elaborato nel contesto euro-atlantico e dunque a quest'ultimo omologabile solo in ragione del *nomen juris* della fonte.

Uno dei criteri per la classificazione comparata dei costituzionalismi – operazione intellettuale quanto mai utile ed opportuna – può essere quello della sua genesi da una particolare famiglia giuridica e dalla sua idoneità a generare una propria concezione della C/costituzione quale suo atto/fatto normativo fondativo, coerente con quella specifica cultura giuridica che si esprime, pertanto, anche come cultura costituzionale.

La finalità della presente riflessione è stata quella di prospettare una ricostruzione dell'esperienza storica del *common law constitutionalism* nell'ambito del *world constitutional phenomenon*, partendo da una succinta ricognizione dei tratti caratterizzanti della Costituzione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord quale modello storico e teorico rispetto ad altri ordinamenti che si richiamano al *common law* ed alla rispettiva concezione costituzionale.

---

[37] Attualmente il *Judicial Committee of the Privy Council* esercita le proprie funzioni nei confronti (di varie giurisdizioni, oltre che della *Church of England e*) di un insieme eterogeneo di trentadue ordinamenti, fra i quali numerosi *British Overseas Territories* (quali, ad esempio Bermuda e Gibilterra), alcuni *Commonwealth Realms* (fra i quali Antigua, Bermuda, Grenada), una monarchia indipendente membro del *Commonwealth* (Brunei Darussalam), alcuni stati repubblicani membri del Commonwealth (ad esempio, Tuvalu, , Trinidad and Tobago). Gradualmente hanno rinunciato a tale riconoscimento ordinamenti quali Australia, Canada, Ghana, India, Irlanda, Nuova Zelanda, Pakistan, Sudafrica. Altri ordinamenti, quale ad esempio Israele, al termine dell'amministrazione fiduciaria britannica, non hanno mai riconosciuto la giurisdizione *de qua*.

L'impresa non è stata agevole, in quanto si è trattato di una ricognizione concernente un ampio numero di ordinamenti i quali, in un arco di tempo di alcuni secoli, sono stati modellati in funzione di contesti, protagonisti di una significativa evoluzione, sviluppatasi dalla condizione coloniale allo *status* di ordinamenti sovrani e indipendenti, ancorché, in parte, componenti il *Commonwealth of Nations*. La riflessione si è avvalsa, necessariamente, del supporto di numerose basi di diritto positivo.

Il *common law constitutionalism* ha come tratto caratterizzante dell'omogeneità la condivisione della famiglia giuridica e della cultura costituzionale da essa espressa, riconducibile a connotati comuni ma anche a non marginali differenze. La forza della cultura di *common law* si manifesta probabilmente in forza della sua capacità di assicurare, da un lato, la propria continuità di fondo ma anche, dall'altro lato, di confermarsi compatibile con variazioni non marginali.

Fra queste ultime, giova menzionare la suscettibilità di assumere la forma (prevalentemente) scritta così come quella (prevalentemente) non scritta, come nel Regno Unito e in Nuova Zelanda, benché il dato storico e la stratificazione di fonti scritte e non scritte costituiscono un patrimonio condiviso degli ordinamenti dei quali si tratta. Del resto, per evidenti motivi di manifestazione del potere, l'opzione per la forma scritta degli atti costitutivi degli ordinamenti coloniali è imputabile proprio al legislatore britannico.

Altri profili di differenziazione concernono la garanzia dell'aggravamento procedurale per la revisione della fonte scritta e la diffusa previsione − in forma scritta o meno, come nel caso statunitense che ne è stato l'origine − del *judicial review of legislation*. Non si dimentichi, tuttavia, che già il *Bonham's case* del 1610 («*in many cases, the common law will control Acts of Parliament*») aveva in qualche modo prospettato un intervento della giurisprudenza sull'interpretazione ed applicazione della legislazione parlamentare. Del resto, non vi è dubbio che, partendo dal ragionamento in *Marbury v. Madison* (1803) e dall'acquiescenza degli organi di indirizzo alla decisione della Corte suprema, si coglie con immediatezza che ci si trova in un contesto argomentativo di *common law*. Tanto è vero che la successiva opera kelseniana di razionalizzazione del controllo giurisdizionale di legittimità a garanzia della Costituzione rigida ha dovuto tradurre l'istituto nelle categorie del diritto di *civil law*, a partire dalla sottrazione della funzione alla giurisdizione ordinaria e la sua attribuzione ad una sfera organizzativa e funzionale *ad hoc*, almeno in parte soggetta alla designazione dei membri da parte degli organi di indirizzo, tipica dei sistemi di *common law*.

L'unitarietà della cultura giuridica e, in particolare (soprattutto in passato), la competenza giurisdizionale d'appello del *Privy Council*, inoltre, hanno configurato le condizioni di fondo che hanno giustificato e ancora giustificano il reciproco riferimento giurisprudenziale e dottrinario fra gli ordinamenti di *common law*, ossia l'applicazione del metodo comparato in sede giurisdizionale - non a caso tradotta nel diritto positivo per primi in due ordinamenti quali Sud Africa e Zimbabwe -, portata a livelli di prassi ordinaria dalle Corti supreme di Canada, India, Israele e Sud Africa e problematicamente contestata dalla miopia interpretativa dell'*originalism* statunitense.

Sulla base di queste premesse, si comprende anche la prassi di nomina di giudici stranieri all'interno di organi giurisdizionali di alcuni ordinamenti di *common law* – micro-stati dei Caraibi o dell'Oceania, ad esempio, ma anche di Hong Kong –, prassi mutuata anche con riguardo ad alcuni ordinamenti balcanici (*in primis*, la Corte costituzionale della Bosnia Erzegovina) in ragione di una corrispondente tendenziale omogeneità della cultura della garanzia dei diritti fondamentali.

Si conferma, in altre parole, il rilevante ruolo del *common law constitutionalism* e il suo notevole potenziale di circolazione interna ed esterna a quella famiglia giuridica, in ragione, pertanto, non solo del pregresso potere coloniale ma anche del possesso di una propria intrinseca funzionalità.

numero 1/2024