numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-P9R

Giurisdizione costituzionale

L'ordinamento britannico incubatrice del Judicial Review of Legislation?

Paolo Passaglia
Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

L'ordinamento britannico incubatrice del Judicial Review of Legislation?**

di Paolo Passaglia*

Abstract (Ita): Nell'articolo si sostiene la tesi secondo cui il controllo di costituzionalità delle leggi ha trovato, nell'ordinamento britannico, le proprie origini. Due argomenti vengono avanzati. Il primo si collega alla statuizione di Sir Coke nel Bonham's Case (1610), in cui si afferma che le corti possono controllare le leggi contrarie al common law: questa decisione è stata richiamata nel Settecento, soprattutto nelle colonie americane e poi negli Stati Uniti ed è probabile che sia stata presa in considerazione anche nel redigere la sentenza Marbury v. Madison (1803). Il secondo argomento attiene al diritto coloniale inglese, che, stabilendo la superiorità del diritto politico londinese su quello delle autorità coloniali, consentiva ai giudici di controllare questi ultimi. Ciò ha portato, in molti casi, a riconoscere ai giudici il potere di controllo degli atti legislativi anche una volta raggiunta l'indipendenza (emblematica, a tal proposito, è l'esperienza canadese).

Abstract (Eng): In the paper the author argues that the judicial review of legislation has its origins in the British legal system. Two arguments in support are advanced. The first relates to Sir Coke's opinion in the Bonham's Case (1610), which stated that courts could review legislation inconsistent with the common law: this opinion was recalled in the 18th Century, especially in the American colonies and later in the United States, and was probably also taken into account in the drafting of the Marbury v. Madison ruling (1803). The second argument relates to English colonial law, which, by establishing the superiority of London's political law over that of authorities in the colonies, endowed the courts with the power to control the legislation of the colonies. In many cases, this led to recognized to courts the power to control legislation even once independence had been achieved (the Canadian experience is emblematic in this respect).

Parole chiave: Controllo di costituzionalità delle leggi; Origini; Inghilterra

Keywords: Judicial Review of Legislation; Origins; England

1. L'oggetto dell'indagine

Una delle caratteristiche che identificano maggiormente l'ordinamento britannico risiede senza dubbio in quella *Parliamentary Sovereignty* che è parte integrante del c.d. *Westminster Model*.

Stante questa premessa – incontestata – appare da subito assai problematico parlare, per il Regno Unito, di *Judicial Review of Legislation*. Problematico, certo, ma neppure troppo originale, visto che l'indagine sui limiti entro i quali le corti sono in grado di controllare le leggi si è nutrita, negli ultimi decenni, innanzi tutto degli equilibrismi imposti dall'adesione al processo di integrazione europea, con la conseguente importazione del principio del primato di cui alla sentenza *Costa c/ Enel*[1]. La *Brexit*, se ha inaridito il filone di studi sui

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

[1] Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, *Costa c/ Enel*, causa 6/64. Sull'applicazione del principio del primato del diritto comunitario nel Regno Unito, v. C. Harlow, *The national legal order and the Court of Justice: some reflections on the case of the United Kingdom*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, pp. 929 ss.; S. Perfetti, *Diritto interno e diritto europeo nell'esperienza del Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2010, pp. 3 ss.; più in generale, sui tormentati rapporti tra Regno Unito e processo di integrazione europea, v., da ultima, F. Rosa, *Il costituzionalismo britannico e l'Europa. Dalla fine della Seconda guerra mondiale alla Brexit*, Roma, Carocci, 2024.

a al controllo della legge, che anzi è stata rinvigorita soprattutto dallo *Human Rights Act 1998* (c. 42), con la sua introduzione dell'obbligo di interpretazione conforme e della possibilità di rendere una *declaration of incompatibility*[2], per giungere, infine, al *Constitutional Reform Act 2005* (c. 4), la cui *section* 1, nell'escludere che la legge incida sull'«*existing constitutional principle of the rule of law*», lascerebbe supporre per quest'ultimo un eventuale rango sovralegislativo[3].

Queste considerazioni si presterebbero, forse, a proporre una qualche apertura nei confronti di una convivenza teorizzabile tra *Parliamentary Sovereignty* e *Judicial Review of Legislation*; la prospettiva che si adotterà in questa sede per discuterne sarà, tuttavia, sensibilmente diversa rispetto a quanto possa emergere dai dati appena passati in rassegna. Si andrà, infatti, alle (ipotetiche) radici dell'idea stessa di un controllo delle leggi adottate dal Parlamento e, in generale, dalle assemblee rappresentative. L'obiettivo perseguito è quello di dimostrare che proprio in seno all'ordinamento britannico sono state elaborate le concettualizzazioni che hanno permesso alla garanzia giurisdizionale ordinaria della costituzione[4] di affermarsi, anche se lontano dal luogo di sua incubazione.

La tesi che si propone – lo si deve sin d'ora riconoscere – si apparenta, in effetti, al paradosso, se solo si pensa che l'ordinamento che si sostiene qui essere l'antesignano del controllo di validità delle leggi è, attualmente, uno dei pochissimi nei quali, dato un quadro ordinamentale di stato di diritto consolidato, i postulati del costituzionalismo non si sono perfezionati fino ad affermare la sottoposizione del massimo organo rappresentativo all'impero della fonte suprema[5].

Ora, in concreto, per asseverare la tesi proposta, si partirà dalla constatazione che la prospettata centralità dell'ordinamento britannico nella storia della giustizia costituzionale si fonda, per l'essenziale, su due pilastri, tra loro indipendenti, anche se, in taluni frangenti, non privi di una qualche interazione: il primo consiste in un orientamento giurisprudenziale aperto al sindacato degli *Acts of Parliament*, mentre il secondo è il corollario di principi

[2] In merito all'impatto esercitato dallo *Human Rights Act* sulla posizione del Parlamento e sull'equilibrio tra la sovranità parlamentare e la garanzia dei diritti, v., in part., A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Camden, Bloomsbury, 2008.

[3] Sull'importanza del *Constitutional Reform Act* per l'ordinamento britannico, v. A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, Giappichelli, 2016; con particolare riferimento alle sue ricadute sulla sovranità parlamentare, v. A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, pp. 745 ss.

[4] Con questa espressione si evoca la distinzione che si è altrove operata tra i sistemi in cui alle corti viene affidato il controllo di costituzionalità delle leggi come semplice corollario della funzione giurisdizionale (e segnatamente della funzione di risoluzione delle antinomie normative) e i sistemi (c.d. a garanzia giurisdizionale speciale) in cui si sono all'uopo introdotti un organo e procedure *ad hoc*: cfr. P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. speciale 2019, pp. 583 ss.

[5] In Europa, il collegamento tra la piena affermazione del costituzionalismo e l'assenza di un controllo di costituzionalità delle leggi è riscontrabile, oltre che, appunto, nel Regno Unito, probabilmente solo nei Paesi Bassi e, in parte, in Svizzera: la Costituzione dei Paesi Bassi, risalente al 1815, esplicitamente dispone, nella versione ancor oggi vigente, che la costituzionalità delle leggi del Parlamento e dei trattati non è oggetto di sindacato da parte dei giudici (art. 120); nella Confederazione elvetica, invece, il controllo di costituzionalità è ammesso per le leggi cantonali, ma non per le leggi federali, stante quanto espresso, ancora oggi, nell'art. 190 della Costituzione, secondo cui «[l]e leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto».

invalsi nel diritto coloniale. Di entrambi si cercherà di dar conto, partitamente, in una forma che, sia pur sintetica, possa comunque risultare sufficientemente chiara.

2. Il *Dr. Bonham's Case*

Poche decisioni giurisdizionali hanno attirato, nel corso della storia, un interesse paragonabile a quello di cui è stata fatta oggetto la pronuncia resa nel c.d. *Dr. Bonham's Case*. Sarebbe peraltro difficile ritenere eccessiva l'attenzione che ha catalizzato, e ciò non soltanto per la sua indiscutibile importanza, ma anche per le difficoltà a individuare con precisione la sua portata.

1. Qualche cenno sulla controversia

Nell'aprile 1606, Thomas Bonham, dottore in filosofia e fisica laureato all'Università di Cambridge, fu chiamato a comparire davanti al *Royal College of Physicians* di Londra per rispondere dell'accusa di aver esercitato la professione medica a Londra senza aver prima ottenuto, dallo stesso *Royal College*, il richiesto attestato che autorizzasse un tale esercizio. Il mancato possesso di questo certificato diede luogo alla condanna di Bonham a una ammenda di cento scellini, unitamente al divieto, a pena di reclusione, di esercitare la professione medica a Londra sino al momento in cui non fosse stato debitamente autorizzato dal *Royal College*.

La condanna non fermò Bonham, il quale continuò ad esercitare la professione, tanto da essere di nuovo chiamato a comparire di fronte al *Royal College* per rispondere delle sue azioni. Il nuovo giudizio, che si svolse in sua assenza, condusse a una seconda ammenda, stavolta di dieci sterline. Di fronte all'inefficacia anche di questa condanna, un terzo giudizio ebbe luogo. Presentatosi, stavolta, al cospetto del *Royal College*, Bonham si rifiutò, non solo di pagare l'ammenda, ma anche di astenersi dal continuare a esercitare la professione medica. A sostegno della sua posizione, Bonham faceva valere che, essendo laureato all'Università di Cambridge, il *Royal College of Physicians* di Londra non aveva giurisdizione su di lui. L'argomentazione non ebbe tuttavia grandi effetti, visto che Bonham venne addirittura imprigionato.

Il vero e proprio caso giudiziario, di fronte alla *Court of Common Pleas*, si innestò su quest'ultima conseguenza, essendo stata la corte adita contestando l'illegittimità della detenzione patita. In loro difesa, i componenti del *Royal College of Physicians* invocavano le lettere patenti datate 10 Henry VIII (1518-1519), che, da un lato, conferivano loro il potere, in quanto collegio, di imporre sanzioni pecuniarie a coloro che esercitassero la professione medica a Londra senza esserne stati debitamente autorizzati e che, dall'altro, riconoscevano loro, su tutti i medici di Londra, poteri di regolamentazione e di governo che arrivavano anche all'incarcerazione, se necessario.

Fin qui, il caso difficilmente avrebbe potuto resistere all'usura del tempo, trattandosi di una delle non certo infrequenti contestazioni della avvenuta privazione della libertà personale. Ad accrescere esponenzialmente la valenza generale del caso è stata la circostanza che le lettere patenti fossero state confermate da due leggi, adottate, l'una, sotto il regno

dello stesso Enrico VIII[6] e, l'altra, sotto il regno della figlia Maria[7]: questa sorta di novazione della fonte ha finito per trasformare la contestazione dei poteri del *Royal College* nella contestazione diretta di un *Act of Parliament*.

E questa trasformazione certo non poteva non avere effetti sulla portata generale assunta dalla decisione del caso, specie perché la *Court of Common Pleas*, presieduta da *Sir* Edward Coke, nel dicembre 1610 si pronunciò a favore di Bonham, constatando l'illegittimità della detenzione da questi subita.

La decisione ci è nota attraverso due fonti, la principale delle quali è il *report* che ne ha proposto lo stesso *Chief Justice* Coke[8]. In questo *report* si evidenziano cinque argomenti contrari alla difesa del *Royal College of Physicians*.

In primo luogo, si doveva tenere chiaramente distinto il divieto di esercitare la professione medica a Londra senza autorizzazione dal potere di regolamentazione e di governo di cui il *Royal College* era stato dotato: ne discendeva che il potere di imprigionare chi esercitasse la medicina non poteva essere direttamente collegato all'esercizio abusivo della professione, essendo un corollario del potere di governo.

In secondo luogo, il potere di privare della libertà personale era da configurare in riferimento alle ipotesi in cui un medico avesse causato, per negligenza e/o imperizia, un grave danno al paziente, ma non certo in quei casi in cui un medico non avesse cagionato alcun danno al proprio paziente, avendo agito secondo i dettami della propria professione, per quanto in mancanza dell'autorizzazione del *Royal College*.

La distinzione tra il divieto di esercitare la professione medica senza autorizzazione e i poteri di regolamentazione e di governo del *Royal College* era rafforzata da un terzo argomento, basato sul fatto che la violazione del divieto fosse contestabile solo dopo un mese di esercizio della professione, mentre in ordine all'esercizio dei poteri del *Royal College* non si davano termini.

Il quarto argomento si incentrava sul fatto che le sanzioni pecuniarie irrogate dal *Royal College* venissero versate per metà nelle casse regie e per l'altra metà nelle casse dello stesso *College*, con la conseguenza che la posizione di terzietà dei membri di quest'ultimo si vedeva inevitabilmente compromessa.

Infine, si poneva un problema di doppia sanzione per una medesima condotta, giacché l'esercizio abusivo della professione aveva dato luogo a due ammende e una carcerazione, il che contribuiva a rendere necessaria una lettura disgiunta tra il divieto di esercizio abusivo, sanzionabile con cento scellini, e le sanzioni per altri fatti, tanto gravi da poter condurre – secondo quanto si è visto in relazione al secondo argomento – anche alla privazione della libertà personale.

---

[6] 14 & 15 Henry 8, c. 5 (1523).

[7] 1 Mary, 2d Sess., c. 9 (1553).

[8] 8 Co. Rep. 107a, C.P. 1610 (*The Eighth Part of the Reports of Sir Edward Coke, Kt., Chief Justice of the Common Pleas* è consultabile *online* alla pagina *http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/ReportsOfSirEdwardCoke1738Pt8.pdf*). L'altra fonte è il *report* di Richard Brownlow, *Prothonotary* della *Court of Common Pleas*: 2 Brownl. 255 (la *Second Part* dei *Reports of diverse choice cases in law taken by those late and most judicious prothonotaries of the Common Pleas, Richard Brownlow & John Goldesborough*, pubblicata nel 1652, è consultabile *online* alla pagina *https://ota.bodleian.ox.ac.uk/repository/xmlui/bitstream/handle/20.500.12024/A29898/A29898.html?sequence=5&isAllowed=y*).

2. Un *obiter* (probabilmente) rivoluzionario, ma dalla problematica definizione

I cinque argomenti passati in rassegna, considerati nel loro complesso, sostenevano confortevolmente le pretese di Bonham; uno tra questi, tuttavia, era destinato ad acquisire una valenza molto più ampia. È infatti nello sviluppare il quarto argomento che *Sir* Coke ha reso le affermazioni alle quali il *Dr. Bonham's Case* dovrà la sua fortuna: «I censori [*id est*, i membri del *Royal College*] non possono essere (*a*) Giudici, Ministri e Parti; Giudici nel pronunciare Condanna o Decisione; Ministri nel convocare in giudizio; e Parti nell'avere la metà della sanzione; poiché (*b*) qualcuno non può essere *Judex in propria causa*, è anzi iniquo che qualcuno sia Giudice della sua causa; e uno non può essere Giudice e Procuratore per una qualsiasi delle Parti […]. E risulta nei nostri Libri, che, in molti Casi, [le corti che amministrano] il *Common Law* (*c*) controller[anno] Atti del Parlamento, e talvolta giudicher[anno] tale atto del tutto nullo: perché quando un Atto del Parlamento è contro la Comune Giustizia o Ragione, o ripugnante o impossibile da essere messo in esecuzione, [le corti che amministrano] il *Common Law* lo controller[anno], e giudicher[anno] questo Atto come nullo»[9].

Affermazioni come quelle appena riportate difficilmente potevano essere ignorate, tanto marcata era la loro carica di innovatività nei rapporti tra corti di *Common Law* e Parlamento. Da una lettura piana del brano, in effetti, si coglieva la rivendicazione esplicita per le corti del potere di sindacare le leggi (gli *Acts of Parliament*) e di addivenire, in casi (gravi) di invalidità, alla declaratoria della loro nullità.

Non mancavano, peraltro, elementi capaci di mitigare, almeno in parte, la portata autenticamente rivoluzionaria del principio che si poneva[10].

Innanzi tutto, se *Sir* Coke non aveva lesinato sull'utilizzo di «*strong words*»[11], lo aveva pur sempre fatto in un *obiter*, il quale – presumibilmente – aveva esercitato un rilievo tutto sommato contenuto sulla decisione, tanto più che quella di Coke si configurava come una semplice *opinion*, e non un vero e proprio *judgment*. Non a caso, alla fine dell'Ottocento si è potuto sostenere, in dottrina, che non si davano, nella storia della giurisprudenza inglese, casi in cui i giudici si fossero opposti all'applicazione di una legge[12].

A minare la forza intrinseca dell'*obiter* giungevano, poi, due fattori di non poco momento.

Il primo consisteva nella problematica interrelazione con la giurisprudenza precedente, che pure *Sir* Coke aveva avuto cura di citare a sostegno delle sue affermazioni.

---

[9] «*The censors cannot be* (a) *Judges, Ministers, and Parties; Judges to give Sentence or Judgment; Ministers to make Summons; and Parties to have the Moiety of the Forfeiture, quia* (b) *aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rei esse judicem; and one cannot be Judge and Attorney for any of the Parties* […]. *And it appears in our Books, that in many Cases, the Common Law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: For when an Act of Parliament is against Common Right and Reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controul it, and adjudge such Act to be void*»: 8 Co. Rep. 107a, 118a C.P. 1610.

[10] Un'analisi anche filologica delle affermazioni rese da *Sir* Coke è condotta da C.M. Gray, *Bonham's Case Reviewed*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Feb. 15, 1972, Vol. 116, No. 1, pp. 35 ss.

[11] Così R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, 2009, p. 327.

[12] Rileva, in effetti, F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, London, Macmillan, 1896, p. 252, che «[*n*]*o case is known, in fact, in which an English court of justice has openly taken on itself to overrule or disregard the plain meaning of an Act of Parliament*».

ite analisi, compiute anche in tempi relativamente recenti, hanno mostrato come i riferimenti operati siano stati talvolta imprecisi e talaltra ellittici, con il risultato di far dire a statuizioni anteriori ben più di quanto fosse incontestabilmente deducibile[13].

Ancor più insidiosa, però, era la constatazione secondo cui lo stesso Coke aveva sostenuto, in altre sedi, posizioni che sembravano incompatibili con ciò che si deduceva dal *Bonham's Case*. In particolare, si potevano invocare vari passaggi dell'altra grande opera di Coke, dopo i *Reports*, e cioè gli *Institutes of the Laws of England* (pubblicati tra il 1628 e il 1644), dai quali emergeva una adesione difficilmente contestabile all'idea della supremazia del Parlamento. In proposito, il brano più eloquente era quello in cui si sottolineava che «il potere e la competenza del Parlamento per produrre diritto attraverso leggi [sono] così trascendent[i] e assolut[i] che non [possono] essere confinat[i], né per cause né per persone, entro alcun limite»[14]; ma di tenore analogo era il brano secondo cui «il supremo e più vincolante diritto sono le leggi che sono poste dal Parlamento»[15].

Sulla scorta di tali affermazioni, non poteva escludersi che le recise affermazioni del *Bonham's Case* dovessero essere ridimensionate, al limite, anche nel senso di postulare un successivo abbandono da parte del suo autore della posizione allora espressa.

Escludendo l'ipotesi di un banale (quanto inverosimile) ripensamento così radicale, la ricerca di una conciliazione tra enunciazioni di principio tanto distanti ha portato a esiti anche molto variegati, che possono però essere raggruppati in due categorie, corrispondenti a quelle ricostruzioni che hanno interpretato le affermazioni di *Sir* Coke come l'enunciazione di un (mero) criterio di interpretazione delle leggi e, all'opposto, quelle che hanno enfatizzato l'enucleazione di un livello normativo potenzialmente superiore alla legislazione, e dunque idoneo a fondare – quanto meno in prospettiva – un vero e proprio *Judicial Review of Legislation*[16].

[13] Cfr. F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. 40, No. 1, 1926, pp. 36 ss.; G.P. Smith II, *Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence*, in *Washington Law Review*, Vol. 41, pp. 306 ss.

[14] «*Of the power and jurisdiction of the Parliament for making of laws in proceeding by Bill, it is so transcendent and absolute, as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds*»: 4 Co. Inst. 36 (*The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*, del 1644, è consultabile alla pagina *https://preserver.beic.it/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4755991*).

[15] «*The highest and most binding Laws are the Statutes which are established by Parliament*»: 2 Co. Inst. Proeme (*The Second Part of the Institutes*, del 1642, sono consultabili alla pagina *https://preserver.beic.it/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4626241*).

[16] Questa bipartizione delle interpretazioni può ormai dirsi, a sua volta, classica (cfr. R.A. MacKay, *Coke: Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?*, in *Michigan Law Review* Vol. 22, 1924, No. 3, pp. 215 ss.); per una riproposizione recente, v. Han-Ru Zhou, *The Continuing Significance of Dr Bonham's Case*, in P. Daly (ed.), *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, Toronto University Press, 2019, 279 ss. (p. 7 del dattiloscritto).

Quale che sia l'approccio seguito per restituire una coerenza complessiva al pensiero di Coke[17], resta il fatto che le ambiguità registrate non possono essere risolte né nel senso di obliterare le affermazioni che esaltano il Parlamento né in quello di porre in non cale i rilievi espressi – in termini così incisivi – nel *Bonham's Case*. Il risultato non può che essere quello di attutire la carica rivoluzionaria che alla pronuncia del 1610 si sarebbe tentati di attribuire, e che – non è forse inutile evidenziarlo – anche il re Giacomo I e il suo cancelliere *Lord* Ellesmere avevano riconosciuto, tanto che *Sir* Coke, invitato, nell'ottobre 1616, a dare spiegazioni circa alcune prese di posizione tra le quali quella qui in questione, a fronte della sua conferma di quanto affermato, verrà nel mese successivo allontanato dalla carica allora ricoperta di *Chief Justice* del *King's Bench*. La critica indiretta, espressa da *Lord* Ellesmere nel discorso di presentazione del suo successore, darà la misura di quanto la posizione di *Sir* Coke si fosse posta in contrasto con la Corona: Ellesmere, infatti, rese omaggio a un suo avo che, nell'esercitare la funzione giurisdizionale, «non fece questione del potere dei Giudici di questa Corte di correggere tutti i misfatti, tanto stragiudiziali che giudiziali, del potere di giudicare nulli Leggi e Atti del Parlamento, se ritenuti contrari alla comune giustizia e ragione; ma lasciò al Re e al Parlamento di giudicare cosa fosse comune giustizia e ragione»[18].

3. **Un seguito «bifronte»**

Gli studi cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente[19] sono senz'altro di grande interesse, ma la loro valenza si concentra, per l'essenziale, sulla figura di *Sir* Coke. Il punto è che il *Bonham's Case* si è inevitabilmente autonomizzato da colui che lo ha consegnato alla posterità, con il che la ricostruzione del pensiero del grande giurista inglese può non avere un rilievo assolutamente determinante quando si focalizzi l'attenzione sulla sua *opinion* del 1610 per cogliere, non già il suo significato autentico, ma semmai l'impatto che ha esercitato nella successiva storia del *common law*. L'aver indugiato, come si è fatto fin qui, sul caso e sul suo decisore è stato utile a dare gli elementi di fondo del contesto in cui le affermazioni sul *judicial review* sono state scritte; l'oggetto di queste pagine, tuttavia, deve proiettarsi

[17] Tra le opzioni che sono state più convintamente avanzate possono menzionarsene almeno due. La prima muove dalla ricostruzione dei rapporti tra *common law* e Parlamento alla luce della non ancora elaborata separazione dei poteri: difettando una distinzione tra legislazione e giurisdizione, le affermazioni riferite al Parlamento quale organo supremo sarebbero da riferirsi alla sua collocazione nell'ambito del sistema delle impugnazioni, il che renderebbe le affermazioni degli *Institutes* non incompatibili con quelle dei *Reports*, proprio perché sarebbe il Parlamento ad amministrare il *common law* al massimo grado: per questa lettura, v., *ex plurimis*, G.P. Smith II, *Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present: Judicial Review in Transition?*, in *University of Puget Sound Law Review*, Vol. 2, 1979, pp. 255 ss. La seconda impostazione mira, invece, a rafforzare gli elementi di continuità con il passato, sottolineando come il brano del *Bonham's Case* sia da interpretarsi alla stregua di una implicita, ma inequivoca conferma della superiorità del diritto naturale rispetto al diritto positivo e, al contempo, della tendenziale identità dei principi del *common law* con il diritto naturale (in tal senso, v., ad es., R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, cit., pp. 325 ss.).

[18] «*He questioned not power for the Judges of this Court to correct all misdemeanors as well extrajudicial as judicial, not to have power to judge Statutes and Acts of Parliament to be void, if they conceived them to be against common right and reason; but he left the King and the Parliament to judge what was common right and reason*»: *The Lord Chancellor's Speech to Sir Henry Mountague, When He Was Sworn Chief Justice of the Kings-Bench* (1616), 72 ER 932. La vicenda è diffusamente descritta da R.A. MacKay, *Coke: Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?*, cit., pp. 218 s.

[19] E, più in particolare, *supra*, nota 17.

soprattutto verso il seguito che esse hanno avuto, nella parte in cui sono state seguite, nella parte in cui sono state respinte, ma anche nella parte in cui sono state, in ipotesi, travisate.
Per condurre una tale indagine, conviene sin d'ora distinguere nettamente il seguito che il *Bonham's Case* ha avuto nell'ordinamento britannico e quello che si è concretizzato sull'altra sponda dell'Oceano Atlantico.

1. **Una rapida obsolescenza**

La carica di novità che era propria della recisa affermazione relativa alla possibilità di controllo e di dichiarazione di nullità di una legge da parte dei giudici si è ben presto attenuata, nell'ordinamento britannico, alla luce di una giurisprudenza che, se da un lato ha fatto intuire, in alcune circostanze, qualche eco dell'argomentazione di *Sir* Coke, dall'altro ha mostrato un'estrema reticenza nei confronti della citazione diretta o anche del semplice richiamo.
Ora, negli anni immediatamente successivi al *Dr. Bonham's Case*, sembrava che la *doctrine* da esso emergente potesse alla fine arrivare a consolidarsi. In tal senso, militava la circostanza che in due decisioni rese dalla *Court of Common Pleas*, sotto la guida di *Sir* Henry Hobart (il successore di *Sir* Coke), il principio della subordinazione delle leggi a un diritto superiore fosse stato chiaramente ripreso. Così, nel caso *Day* v *Savadge*, del 1614, si legge che «persino un Atto del Parlamento fatto contro l'Equità Naturale, come quella di rendere un Uomo Giudice della propria Causa, è di per sé nullo, perché i Diritti della natura sono immutabili e sono leggi delle leggi»[20]. L'anno successivo, nel caso *Sheffield* v *Ratcliffe*, lo stesso Hobart rivendicava «la libertà e l'autorità che i Giudici hanno sulle Disposizioni giuridiche, specialmente sulle Leggi, secondo la ragione e la migliore convenienza, per modellarle all'uso più vero e migliore»[21]. Né l'una né l'altra decisione, tuttavia, menzionava espressamente il *dictum* di *Sir* Coke, ciò che poteva imputarsi alle difficoltà nei rapporti di questi con la Corona che stavano emergendo in maniera sempre più nitida[22]. Se questa lettura è corretta, si può con essa spiegare la rarefazione di ogni riferimento, anche implicito, che è seguita alla caduta in disgrazia di *Sir* Coke del 1616.
Al di là di qualche richiamo tardivo[23], appare chiaro che il *Bonham's Case* fosse destinato a perdere qualunque rilevanza, man mano che l'evoluzione del sistema britannico si indirizzava verso l'affermazione della *Parliamentary Sovereignty*[24]. Dalla *Glorious Revolution* all'*Act of*

[20] «[*E*]*ven an Act of Parliament made against Natural Equity, as to make a Man Judge in his own Cause, is void in itself, for* Jura naturae sunt immutabilia *and they are* leges legum»: cfr. *Day* v *Savadge*, in The *Reports of that Learned Sir Henry Hobart*, p. 120; i *reports*, pubblicati nel 1641, sono consultabili *online* alla pagina *https://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/ReportsOfThatLearnedSirHenryHobart1641.pdf*.
[21] «[*L*]*iberty and authority that Judges have over Laws, especially over Statute Laws, according to reason and best convenience, to mould them to the truest and best use*»: cfr. *Bigods Case*, in *The Reports of that Learned Sir Henry Hobart*, cit., p. 486.
[22] In tal senso, v. F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 50, secondo cui «*it is highly probable that Hobart's natural caution warned him against too open a tribute to one* [*Sir Coke*] *whose fortunes had already begun to decline*».
[23] Su cui, v., in part., Han-Ru Zhou, *The Continuing Significance of Dr Bonham's Case*, cit., pp. 9 ss. del dattiloscritto.
[24] F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 56, parla, in effetti, di un «*sad state of wreckage*» in cui l'enunciazione del *Bonham's Case* si è trovata «*after the successive hurricanes of the Great Rebellion and the Glorious Revolution*».

Settlement, dalle teorizzazioni di Blackstone[25] fino alla definitiva sistemazione di Dicey[26], passando per inequivocabili pronunce come, ad esempio, quella nel caso *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co.* del 1871[27], l'inattualità di quanto proponeva la lettura delle parole di *Sir* Coke diventava così patente da confinare il *Bonham's Case* tra i fossili giuridici: tale non poteva non apparire la rivendicazione di un potere di controllo degli *Acts of Parliament* in un sistema in cui i giudici stessi si definivano i «servitori della Regina e del Parlamento»[28].

L'eredità di *Sir* Coke era dunque stata sostanzialmente privata di rilevanza, salvo che per contribuire a descrivere il periodo, tanto tormentato quanto ricco di prospettive, corrispondente al primo frangente del secolo che sarebbe stato segnato dalle due rivoluzioni inglesi.

2. **Un'influenza duratura**

Nemo propheta in patria sua. Da quanto si è venuti dicendo, non sembra improprio applicare a *Sir* Coke questa massima. La fortuna che il *Bonham's Case* non ha avuto nell'ordinamento britannico è stata, però, compensata in misura non trascurabile da quanto avvenuto nelle colonie americane e, poi, negli Stati Uniti.

Vari studi hanno posto in evidenza come una eco delle affermazioni di *Sir* Coke fosse ritracciabile in qualche decisione resa dalle corti delle Tredici Colonie, specie nel New England, già a partire dal 1657[29]. Il punto di svolta si è avuto, però, in sede politica, quando la contestazione dello *Stamp Act* del 1765 – animata in particolare da quel James Otis cui si attribuisce, generalmente, la paternità della formula «*No Taxation Without Representation*» – portò il *Lieutenant-Governor* del Massachusetts, Thomas Hutchinson, ad affermare, nel settembre 1765, che «i nostri amici della libertà traggono beneficio da una massima che trov-

[25] Curiosamente, William Blackstone si rifà proprio a *Sir* Coke, e in particolare alle sue affermazioni delle *Institutes of the Laws of England* che stridono con quanto espresso nel *Bonham's Case* (v. *supra*, par. 2.2.), per giungere ad affermare che il Parlamento «*can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament*»: cfr. *Commentaries on the Laws of England*, *Book the First*, 1765, p. 156 (consultabile *online* alla pagina *https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk1ch2.asp*).

[26] «*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*»: A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, p. 36.

[27] *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co*., (1871) L.R. 6 C.P. 576: «*If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it: but, so long as it exists as law, the courts are bound to obey it. The proceedings here are judicial, not autocratic, which they would be if we could make laws instead of administering them*» (Willes J).

[28] *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co*., cit.: «*We sit here as servants of the Queen and the legislature*». Sull'importanza della decisione sul caso *Lee* v *Bude*, come definitiva consacrazione del mutamento di equilibri istituzionali in senso incompatibile con le affermazioni di cui al *Bonham's Case*, v. G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2000, p. 418.

[29] Il riferimento va, in particolare, alla decisione del caso *Giddings v. Browne*, del 1657, che rappresenta il primo caso in cui il potere giudiziario delle colonie ha annullato un atto del potere politico locale (nella specie trattavasi, però, di un'ordinanza amministrativa) appellandosi a principi che possono riecheggiare il *Bonham's Case*, specie in un *obiter dictum* che evoca un «*fundamental law*»: cfr. R.B. Morris, *Judicial Supremacy and the Inferior Courts in the American Colonies*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 55, 1940, No. 3, p. 429.

ano in *Lord* Coke, secondo cui un Atto del Parlamento contro la Magna Carta o i diritti speciali degli uomini inglesi è *ipso facto* nullo»[30].

L'importanza storica della rivolta contro lo *Stamp Act 1765*, il suo clamore e l'ispirazione che avrebbe esercitato negli anni a venire hanno contribuito a rafforzare in modo considerevole il prestigio di quella *doctrine* di *Sir* Coke utilizzata, sia pur al netto di qualche approssimazione, per la causa delle libertà contro un potere londinese (finanziariamente) troppo oppressivo. Non a caso, negli anni immediatamente successivi si sono moltiplicati i casi di citazione, esplicita o implicita, in seno a decisioni di giustizia. È attraverso questo canale che, presumibilmente, si è venuto a creare un legame con la decisione *Marbury v. Madison*, la quale *non* menziona né *Sir* Coke né il *Bonham's Case*, tuttavia, secondo un'opinione molto diffusa (sebbene non unanime), da esso trae ispirazione in maniera chiara[31], segnatamente nel passaggio – decisivo – in cui il *Chief Justice* Marshall afferma che, data la situazione secondo cui «la Costituzione controlla qualunque atto legislativo con essa incompatibile»[32], «un atto del legislatore incompatibile con la Costituzione è nullo»[33]. Le scelte lessicali («*repugnant to*» e, soprattutto, «*void*») sono particolarmente eloquenti, perché propongono un parallelismo piuttosto marcato tra la Costituzione di Marshall e il *Common Law* di Coke[34], contribuendo così ad alimentare l'idea di una continuità tra due decisioni, separate storicamente da quasi duecento anni e geograficamente da un oceano.

In definitiva, se pare improprio ricondurre al *Bonham's Case* la matrice con cui è stato forgiato il *Judicial Review of Legislation à l'américaine*, non sembra contestabile il fatto che le affermazioni di *Sir* Coke deducibili (non rileva, qui, se a torto o a ragione) dal *Bonham's Case* fossero conosciute e utilizzate da tempo quando John Marshall ha redatto la sua decisione più famosa. Sarebbe dunque impossibile sostenere che il *Chief Justice*, nel momento della scrittura, abbia ignorato il contenuto della statuizione anteriore o almeno ciò che di essa i suoi contemporanei, da una quarantina d'anni, riportavano con una frequenza non trascurabile. Anche ammettendo che il *Judicial Review of Legislation* non è stato inventato nel

[30] «[*O*]*ur friends to liberty take the advantage of a maxim they find in Lord Coke that an Act of Parliament against Magna Carta or the peculiar rights of Englishmen is* ipso facto *void*»: la vicenda è ricostruita in F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 63, da cui è tratta anche la citazione.

[31] Anche in seno alla dottrina italiana può cogliersi una diversità di approcci piuttosto marcata: così, ad es., se B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803:* Marbury v. Madison *e le origini della giustizia costituzionale degli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008, spec. pp. 125 ss., tende a privilegiare l'idea che la decisione di Marshall sia il frutto di un percorso essenzialmente tutto interno alle colonie e poi agli Stati Uniti, per E. Andreoli, *Il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti d'America. L'accentramento del controllo tra* frame of government *e* procedural remedies, Bologna, Filodiritto, 2021, p. 37, «[o]ccorre […] partire dal presupposto che le basi del pensiero poi evolutosi nella *judicial review* affondano le proprie radici nell'esperienza della Madrepatria inglese».

[32] «[*T*]*he Constitution controls any legislative act repugnant to it*»: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, p. 177.

[33] «[*A*]*n act of the Legislature repugnant to the Constitution is void*»: *ibid*.

[34] Cfr. N. Feldman, *The Voidness of Repugnant Statutes: Another Look at the Meaning of* Marbury, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 148, 2004, pp. 27 ss.

1610, si può comunque sostenere che le prime basi – presumibilmente – sono state poste allora[35].

3. **Il diritto coloniale e il controllo della legislazione autoctona**

L'influsso, diretto o indiretto, esercitato dagli insegnamenti di *Sir* Coke sulla giurisprudenza dei nascenti Stati Uniti non può far dimenticare un altro fattore di non poco momento capace di favorire lo sviluppo di un *Judicial Review of Legislation*. Il riferimento va all'esistenza di una chiara gerarchia tra il diritto della madrepatria e il diritto prodotto in seno alle colonie, una gerarchia che ha permesso ai giudici, *in loco* e (in sede di gravame) a Londra, di sindacare l'operato delle autorità politiche autoctone, anche censurandone gli atti quando questi fossero incompatibili con il diritto inglese.

1. **L'incidenza del tipo di processo di indipendenza**

La storia di queste dinamiche è piuttosto ricca e, specie negli Stati Uniti, risalente[36]. In quell'ordinamento, tuttavia, oggi ha assunto, per lo più, il ruolo di un prodromo alla rivendicazione del potere di controllo operata con la sentenza sul caso *Marbury v. Madison*. In effetti, la rottura venuta a prodursi con la Dichiarazione di indipendenza e, poi, con le costituzioni del 1777 e del 1787 ha fatto perdere attualità allo studio dei rapporti tra diritto autoctono e diritto della Madrepatria. Se, peraltro, si appunta l'attenzione verso ordinamenti nei quali all'indipendenza si è addivenuti nell'ambito di un processo privo di significativi momenti di rottura, allora l'impatto degli equilibri instauratisi in epoca coloniale emerge in tutta la sua importanza.

Non è del resto un caso che molti degli ordinamenti che hanno, oggi, una garanzia ordinaria siano stati colonie britanniche: è infatti nel periodo in cui lo sono stati che le forme della giustizia costituzionale si sono consolidate, transitando poi, pressoché intatte nella struttura, negli ordinamenti resisi indipendenti[37].

2. **L'esempio canadese**

Un esempio particolarmente eloquente di quanto si è venuti dicendo può essere individuato nel sistema canadese, non solo perché esso è caratterizzato da un controllo di costituzionalità delle leggi piuttosto sviluppato (tendenzialmente più che in altre esperienze del *Commonwealth*), ma anche perché il richiamo della storia coloniale consente di porre in ril-

[35] Per studi che pongono in particolare evidenza l'importanza del *Bonham's Case* sulla nascita e lo sviluppo della giustizia costituzionale statunitense, v. D.O. McGovney, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 93, 1944, pp. 47 ss.; D.E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2008, pp. 73 ss.

[36] Cfr. A. Schlesinger, *Colonial Appeals to the Privy Council*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 28, 1913, pp. 276 ss.; J.H. Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950. Per ricostruzioni sintetiche, v. B. Barbisan, *Nascita di un mito*, cit., pp. 151 ss.; E. Andreoli, *Il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 39 ss.

[37] La stretta correlazione tra il sistema inglese ed i sistemi delle *ex*-colonie è stata eloquentemente esplicitata da S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (ma v. già S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 707 ss.).

ievo quanto l'influsso della tradizione inglese abbia pesato, nonostante i condizionamenti anche culturali provenienti dal «grande vicino del sud»[38].

Volendo sintetizzare con una frase un po' a effetto, si può dire che gli atti normativi canadesi sono oggetto *da sempre* di un vaglio giurisdizionale inteso ad accertarne la validità. La locuzione avverbiale non è da riferirsi al solo periodo successivo all'indipendenza, ma rimanda ad un'epoca ancora anteriore, risalente, almeno, al *Colonial Laws Validity Act 1865*, la cui *section* 2 prevedeva – e ancora prevede[39], anche se non più per il Canada – che «[q]ualsiasi norma coloniale che è o sarà in qualche modo in contrasto con le disposizioni di qualsiasi Legge del Parlamento che si estenda alla colonia a cui tale norma si riferisce, o in contrasto con qualsiasi ordinanza o regolamento emanato sotto l'autorità di tale Legge del Parlamento, o che abbia nella colonia la forza e l'effetto di tale Legge, dovrà essere letta in ossequio a tale Legge, ordinanza o regolamento, e sarà e rimarrà assolutamente nulla e inoperante nella misura di tale contrasto, ma non altrimenti»[40]. A ben vedere, peraltro, si impone addirittura una retrodatazione ulteriore, se è vero che il *Colonial Laws Validity Act* è stato concepito – secondo quanto esplicitato nel suo stesso *Long Title* – come «[u]na Legge per rimuovere Dubbi concernenti la Validità delle Norme Coloniali»[41], dopo che controverse decisioni della *South Australian Supreme Court* avevano affermato la subordinazione delle *colonial laws* a non meglio precisati principi fondamentali deducibili dal *Common Law*[42]. L'*occasio* e la *ratio* dell'intervento legislativo sono rese evidenti dalla *section* 3 dell'*Act*, ai termini del quale «[n]essuna norma coloniale sarà o sarà considerata nulla o inoperante per contrasto con il diritto inglese, a meno che non sia in contrasto con le disposizioni di un Atto del Parlamento, di un'ordinanza o di un regolamento come sopra indicato»[43].

L'esistenza di fonti superiori alla legge «canadese» era dunque acquisita ben prima del *Colonial Laws Validity Act*, che ha anzi circoscritto il novero delle fonti sovra-legislative, imponendo la soggezione delle disposizioni «autoctone» al solo diritto politico proveniente dalla Madrepatria.

---

[38] Sul punto specifico, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla* Patriation *canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 48 ss.

[39] Per una visione critica di questa persistente vigenza, v. H.O. Yusuf – T. Chowdhury, *The persistence of colonial constitutionalism in British Overseas Territories*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 8, 2019, No. 1, pp. 157 ss.

[40] «*Any colonial law which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order or regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force and effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative*»: *Colonial Laws Validity Act 1865* (28 & 29 Vict., c. 63), *section* 2.

[41] «*An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*».

[42] Sul tema, v. le ricostruzioni di A.C. Castles, *The Reception and Status of English Law in Australia*, in *Adelaide Law Review*, Vol. 2, 1963, No. 1, 1 ss., e di E. Campbell, *Colonial Legislation and the Laws of England*, in *University of Tasmania Law Review*, Vol. 2, 1965, No. 2, 148 ss.; v. altresì J.M. Finnis, *Common Law Constraints: Whose Common Good Counts?*, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2008*, consultabile *online* alla pagina *http://ssrn.com/abstract=1100628*, nonché D. Bateman, *Judicial Review in Kingdom and Dominions. The Historical Foundations of Judicial Review in the U.K., Canada, and New Zealand*, *Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Hilton Bonaventure, Montreal, Quebec, Canada, May 27, 2008*, consultabile *online* alla pagina *http://www.allacademic.com/meta/p236079_index.html*.

[43] «*No colonial law shall be or be deemed to have been void or inoperative on the ground of repugnancy to the law of England, unless the same shall be repugnant to the provisions of some such Act of Parliament, order, or regulation as aforesaid*»: *Colonial Laws Validity Act 1865*, *section* 3.

Su questo assetto si è inserito l'allora *British North America Act, 1867* (ribattezzato, nel 1982, *Constitution Act, 1867*), una legge inglese che ha rappresentato per lungo tempo l'ossatura del diritto costituzionale canadese e che, ancor oggi, è una delle sue due componenti essenziali, insieme con il *Constitution Act, 1982*. L'articolato, con il quale il Parlamento londinese ha, fra l'altro, tratteggiato l'organizzazione dei poteri nel neo-istituito *Dominion*, lungi dall'imporre una rivisitazione della portata dell'*Act* generale di due anni prima, rientrava, piuttosto, appieno nell'ambito di applicazione della sua *section* 2, trattandosi formalmente di una fonte politica inglese che, come tale, prevaleva su quelle adottate a Ottawa (e nelle province). Dopo il 1867, dunque, la soggezione degli organi del *Dominion* al diritto politico inglese implicava *eo ipso* anche la soggezione delle norme locali a un atto normativo recante l'organizzazione costituzionale della Confederazione.

E tale ultima soggezione è rimasta inalterata anche quando è mutato radicalmente il contesto istituzionale, a seguito dello *Statute of Westminster 1931*. Con esso, per un verso, si è esclusa l'applicazione ai *Dominions* del *Colonial Laws Validity Act 1865* (*section* 2(1)): più in particolare, «[n]essuna norma e nessuna disposizione di una fonte emanata, dopo l'entrata in vigore della presente Legge, dal Parlamento di un *Dominion* sarà nulla o inoperante per il fatto di essere in contrasto con la legge inglese, o con le disposizioni di una legge esistente o futura del Parlamento del Regno Unito, o con un'ordinanza, una normativa o un regolamento emanati in base a tale Legge, e i poteri del Parlamento di un *Dominion* comprenderanno il potere di abrogare o emendare tale Legge, ordinanza, normativa o regolamento nella misura in cui lo stesso fa parte del diritto del *Dominion*» (*section* 2(2))[44]. Per altro verso, però, si è chiarito che l'efficacia del *British North America Act, 1867*, unitamente a quello delle altre leggi recanti il medesimo *nomen*, non veniva intaccata, perdurandone la configurabilità alla stregua di un parametro per il giudizio di *repugnancy* degli atti posti in essere dalle autorità canadesi: «Nessuna disposizione della presente Legge sarà ritenuta applicabile all'abrogazione, all'emendamento o alla modifica dei *British North America Acts* adottati dal 1867 al 1930 o di qualsiasi ordinanza, normativa o regolamento emanato in base a essi» (*section* 7(1))[45].

Il tornante istituzionale che apriva la strada all'indipendenza completa del Canada dal Regno Unito si produceva, in tal modo, all'insegna della continuità istituzionale, nel contesto della quale la rigidità costituzionale, da cui scaturiva il potere di controllo delle leggi (alla luce dell'affermazione della predetta garanzia giurisdizionale ordinaria), si conservava, anche se conosceva una significativa restrizione. In effetti, se, prima del 1931, era *tutto* il diritto politico inglese a collocarsi in un rango sovra-legislativo rispetto al diritto canadese, dopo il 1931 questa superiorità restava appannaggio dei soli *British North America Acts*.

---

[44] «*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*»: *Statute of Westminster 1931* (22 & 23 Geo. 5, c. 4), *section* 2(2).

[45] «*Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts 1867 to 1930 or any order, rule or regulation made thereunder*»: *Statute of Westminster 1931* (22 & 23 Geo. 5, c. 4), *section* 7(1).

A mantenersi intatto era, ad ogni modo, il fondamento della superiorità, che risiedeva nella provenienza delle leggi da Westminster. La modifica dell'estensione, però, era tutt'altro che irrilevante, poiché aveva l'effetto di privare le corti canadesi del potere di censurare le leggi per violazione dei diritti individuali, giacché nei *British North America Acts* non figuravano, se non in modo assai marginale, disposizioni contenutisticamente inquadrabili all'interno di un *bill of rights*.

La limitazione non era, evidentemente, di poco momento, anche se incideva più sul piano applicativo che su quello teorico, restando comunque ferma una subordinazione del legislatore a norme (di fatto) costituzionali. La teorica della *Parliamentary Sovereignty*, quanto meno nella sua forma più autentica, era dunque esclusa in radice, come lo era da sempre stata nella storia della Confederazione canadese.

Se, dunque, il *Judicial Review of Legislation* non era contestabile sul piano teorico, in termini concreti il suo impatto è stato piuttosto limitato fin quando alle corti non si è offerto un parametro costituzionale più analitico e più focalizzato sui diritti fondamentali. Ciò avverrà con il *Canada Act, 1982*, la legge inglese che procederà alla *patriation* della Costituzione canadese, la quale inciderà considerevolmente sul fondamento della rigidità costituzionale e sulle sue implicazioni[46]. Dal primo punto di vista, la superiorità della legge fondamentale non sarà più il portato della provenienza dell'*Act* da Londra, bensì l'applicazione del principio posto dalla *section* 51(1), del *Constitution Act, 1982* (una delle componenti del *Canada Act*), ai termini del quale la costituzione è «the Supreme Law of Canada»: a questa fonte le leggi devono dunque rispetto in virtù di tale *Supremacy Clause*, che peraltro si collega direttamente alla previsione di vari procedimenti aggravati per la revisione costituzionale. Dal secondo punto di vista, le implicazioni della *patriation* non saranno certo trascurabili, giacché la contestuale adozione di un ricco catalogo di diritti, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, permetterà alle corti di fare un uso concreto della costituzione anche contro il legislatore.

I mutamenti intercorsi nel 1982 hanno quindi avuto una rilevanza incontestabile, permettendo al sistema di giustizia costituzionale canadese di aprire una nuova fase, connotata da uno sviluppo che, allo stato del diritto anteriore, sarebbe stato semplicemente impensabile. Quello che peraltro va ribadito e rimarcato è che la *patriation*, con tutti i suoi corollari, ha impresso un nuovo slancio a qualcosa che già c'era, anche se in forma assai più modesta. Perché il controllo di costituzionalità delle leggi non è stata un'invenzione degli Anni Ottanta, ma il lascito del periodo in cui il Canada era ancora una colonia e poi un *Dominion* inglese.

4. **Un appunto conclusivo**

Definire, come si è fatto nel titolo di questo scritto, l'ordinamento britannico alla stregua dell'incubatrice del *Judicial Review of Legislation* (al netto di una componente di paradosso di cui si è dato atto in sede introduttiva) può non essere un esercizio da circoscrivere semplicemente alla storia del diritto. Se, infatti, si riconosce una validità a quanto si è venuti

[46] Sulla *patriation* canadese la bibliografia è davvero molto ampia, tanto da rendere vana una selezione che non sia puramente evocativa. Ci si limiterà, allora, a rinviare ai molti contributi offerti dalla dottrina italiana in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla* Patriation *canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, cit.

dicendo, si impone un ripensamento o, quanto meno, un processo di verifica della tenuta della stragrande maggioranza delle classificazioni correnti relativamente ai sistemi di giustizia costituzionale. Ciò non solo – e forse non tanto – per ridimensionare la valenza fondativa del «mito» marshalliano[47] e, con questo, per traslare verso altri lidi una parte del prestigio di cui il sistema americano di *judicial review* gode anche per la sua origine. In una prospettiva comparatistica, invero, sembra ancor più importante il trarre da quanto si è visto l'idea dell'inopportunità (se non proprio dell'erroneità) di tracciare confini netti – invece sovente proposti – tra le esperienze in cui il controllo di costituzionalità delle leggi è ammesso e le (poche) altre in cui non lo è: le dinamiche sulla cui base un sistema può passare dall'uno all'altro campo sono talmente varie e sfuggenti a qualunque inquadramento che forse conviene sostituire alla tradizionale alternativa una prospettiva che dia maggiore risalto alla pluralità delle forme possibili di giustizia costituzionale, e soprattutto alla loro adattabilità al mutare dei contesti. Da questo punto di vista, lo studio del caso inglese, e in particolare del *Bonham's Case* e della sua storia, sono, effettivamente, quanto di più emblematico possa darsi.

[47] Il richiamo a B. Barbisan, *Nascita di un mito*, cit., è del tutto scontato.