

MARCOPOLO

Percorsi di diritto pubblico interno e comparato
lungo i confini disciplinari

7

Collana diretta da
Salvatore Prisco

MARCOPOLO perché il diritto in genere – e quello comparato, in particolare – è un viaggio di esplorazione, come ha scritto brillantemente Maurizio Lupoi, attraverso terre solo in parte (e spesso solo all'apparenza) note. Se chi lo intraprende ne ritorna uguale a com'era quando lo aveva iniziato, meglio sarebbe stato allora rimanere a casa.

E perché, come accadde a quell'antico e venerato personaggio della Serenissima – e prima di lui a Ulisse – l'inquietudine e la curiosità sono le molle che spingono chi vive e studia a superare i propri limiti di partenza, le sue paratie culturali e disciplinari, accettando di rimettersi ogni volta in gioco per spostare in avanti la bandierina della conoscenza.

Uno spirito da coltivare e un'indicazione metodologica da consegnare ai giovani – siano essi ricercatori o studenti – o in genere ai lettori che s'interrogano, perché il deposito scientifico ereditato dai nostri Maestri possa essere quotidianamente reinvestito e vivificato, producendo così un'ulteriore fiammella di luce in grado di illuminare un poco di più il mondo complesso che ci circonda.

Come nell'evangelica parabola dei talenti, rischiare lungo sentieri poco battuti è comunque meglio che amministrare pigramente quanto ricevuto: è tutto assieme – ed inscindibilmente – carattere costitutivo dell'abito mentale del ricercatore, segno di intelligenza, dovere morale.

(S. P.)

La collana accoglie contributi monografici individuali e atti di convegni, sottoposti a previo referaggio "a doppio cieco", con esito positivo e conforme, da parte di due membri del Comitato dei Garanti, ovvero di esperti esterni ad esso – anche non italiani – individuati dal direttore della stessa sulla base della competenza specifica, documentata dalle loro pregresse pubblicazioni sull'oggetto del lavoro sottoposto a valutazione.

Si prescinde dal referaggio nel caso di raccolte di scritti pubblicati in precedenza in altre sedi e nell'occasione già valutati positivamente.

Magna Carta e Rule of Law
nell'ordinamento inglese

a cura di
Alessandro Torre

Editoriale Scientifica

Comitato dei Garanti

Francesca ANGELINI
Alfonso CELOTTO
Lorenzo CHIEFFI
†Pasquale CIRIELLO
Giovanni COCCO
Antonio D'ALOIA
Maria D'ARIENZO
Michele DELLA MORTE
Mario DOGLIANI
Tommaso Edoardo FROSINI
Fiorenzo LIGUORI
Raffaele MANFRELLOTTI
Ilenia MASSA PINTO
Valeria MARZOCCO
Roberto MICCÙ
Alessandro MORELLI
Fabrizio POLITI
Paolo RIDOLA
Francesco RIMOLI
Massimo SICLARI
Alessandro TORRE

Proprietà letteraria riservata

Copyright 2017
Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
www.editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-222-8

INDICE

<i>Nota esplicativa</i>	7
FULVIA ABBONDANTE La <i>Magna Carta</i> e la legge di Lavosier. Attualità e continuità nella <i>common law</i>	11
DOLORES FREDA Le radici culturali della <i>Magna Carta</i> tra interpretazioni tradizionali e nuovi orizzonti	33
BARBARA GUASTAFERRO <i>Magna Carta, Common law Constitutionalism</i> e mutamenti della funzione giurisdizionale	57
MARIA TERESA ROVITTO <i>Magna Carta</i> . La vita dell'antico documento nella realtà giuridica presente: un approccio culturale	75
ALESSANDRO TORRE Dalla Corona alle Corti. <i>Magna Carta e common law</i>	93
<i>Elenco degli Autori</i>	211

FULVIA ABBONDANTE*

La *Magna Carta* e la legge di Lavoisier.
Attualità e continuità nella *common law*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un mito. – 2. La *Magna Carta* nell'esperienza storica inglese e in quella statunitense. – 3. Le sue tracce nella giurisprudenza recente della Suprema Corte statunitense. – 4. ... e in quella inglese: Il caso Brexit dinanzi alle Corti e l'implicito richiamo alla *Magna Carta*.

1. *Le ragioni di un mito*

È quasi impossibile affrontare un discorso sulla *Magna Carta*, ad ottocento e più anni dalla sua nascita, senza considerare l'intreccio inestricabile fra la sua dimensione di specifico documento, da valutare rispetto alla situazione storica che lo produsse e quindi nel modo più "oggettivo" possibile (ammesso e non concesso che degli eventi storici possano darsi rivisitazioni non di parte e ormai da tutti accettate, il che peraltro sarebbe forse reso in questo caso meno arduo dalla nostra distanza plurisecolare dai fatti e dal contesto che portarono alla sua redazione) e il suo valore simbolico e "mitico", che l'ha caricata di una narrazione dai molteplici sovra e meta-sensi, sicché essa è venuta nel tempo a travalicare le intenzioni dei suoi effettivi autori, assumendo la funzione di archetipo fondativo di una cultura (e – di più – di un "clima") costituzionale.

Il mito nasce sempre da un dato storico puntuale, ma questo contiene elementi tali per cui (combinandosi con un contesto favorevole) ne nascono valori simbolici che ne fanno un modello capace di assumere un significato universale e dunque di resistere, adattandosi, al trascorrere del tempo e (di più) di ispirare trasformazioni culturali.

Per individuare le ragioni che hanno dunque portato questo antico documento del 1215 a divenire un punto di riferimento per

l'intera cultura giuridica occidentale non si può invocare la sua presunta originalità e unicità, come – in modo pressoché unanime – ha fatto a lungo la storiografia britannica.

Esso è stato infatti, come dimostrano recenti studi, significativamente influenzato dello *jus commune* e quindi indirettamente dal patrimonio giuridico romano e canonico, che era penetrato anche nel regno plantageneto, solo all'apparenza estraneo e inospitale rispetto a consimile trapianto¹.

* Come si vede dal richiamo delle decisioni delle Corti inglesi sulla Brexit, il lavoro (rispetto alla relazione orale del seminario) è stato, nelle more della pubblicazione a stampa, aggiornato a contributi bibliografici e ad avvenimenti successivi.

¹ Si veda in termini, ad esempio, D. FREDA, *Le radici culturali della Magna Carta tra interpretazione tradizionali e nuovi orizzonti*, in questo volume. L'A., prendendo spunto da recenti studi statunitensi, evidenzia appunto gli elementi di somiglianza fra il testo della Magna Carta e le norme di diritto romano / canonico in vigore all'epoca della sua stesura. Sul punto più ampiamente R. H. HELMOLZ, *Magna Carta and the jus commune*, trad.it a cura e con introduzione della medesima, col titolo *La Magna Carta del 1215. Alle origini del costituzionalismo inglese ed europeo*, Roma, 2012, ove però si chiarisce anche come questa recezione non sia stata certo acritica e pedissequa. Altri Autori, del resto, vedono ad esempio nella clausola 39 della Magna Carta e in particolare rispetto al *due process of law* persino un richiamo espresso alle *Leges Porciae*, invocate da Paolo di Tarso quando venne portato dinanzi al Tribunale di Cesarea: R. STEARNS, *Remarks on the 800th anniversary of Magna Carta*, in *SEEU Review*, Vol. 11, Issue 1, 16. Di parere contrario si mostra peraltro C. J. HOLT, *Magna Carta*, Cambridge, 2015, spec. - sul punto -15 ss. Questo testo è invero un classico, ripubblicato in occasione dell'anniversario "rotondo" che ha ispirato anche questo scritto e il seminario in cui esso si è inserito, dopo la morte dell'Autore l'anno precedente, con revisione e una nuova introduzione firmata da G. GARNETT e J. HUDSON. L'Autore contesta proprio la ricostruzione di Helmolz, ritenendo che l'unica clausola del testo effettivamente influenzata dal diritto canonico sia quella relativa alla condizione della Chiesa cattolica. Sui rapporti fra diritto romano e *common law* in senso più ampio si veda da ultimo C. MARTINELLI, *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, in *Rivista AIC - Osservatorio Costituzionale*, 1/2016, 2. L'A. ritiene in sintesi che – se anche non possa parlarsi di antitesi netta fra il diritto inglese e quello romano – la *common law* presenti comunque tratti e caratteri di originalità derivati anche dalle peculiari modalità dei rapporti che si instaurano fra sovrano e comunità, molto distanti da quelli sviluppatasi in area continentale. Su questo aspetto si veda *amplius* oltre nel testo.

Tantomeno la sua trasfigurazione in fonte di un mito politico-giuridico va ricercata nella novità dello strumento, atteso che essa va inserita in una tradizione che vede, nel medesimo tempo dalla sua stesura e sottoscrizione pattuite, la presenza di altre consimili Carte, che erano specchi di un modo normale di regolazione dei rapporti tra gli attori politici rilevanti del tempo (cioè feudatari maggiori, ecclesiastici e monarca, ma con sullo sfondo cavalieri, feudatari minori e ceti mercantile embrione di una borghesia che si sarebbe poi formata), di una guisa assai frequente in epoca medievale².

Le stesse vicende storiche che hanno caratterizzato la sua genesi non ne giustificano in alcun modo la longevità che poi ha registrato ed anzi avrebbero portato i contemporanei a non scommettere poi molto sulla vitalità del neonato.

Il testo originario del 1215 visse infatti per appena tre mesi, essendo stato subito sconfessato da parte di Giovanni Senza Terra, che in proposito prese al balzo una condanna di Papa Innocenzo III, ma fece tuttavia egualmente in tempo a lasciare tracce indelebili, a spargere attorno alcuni semi che avrebbero prodotto frutti in futuro, in altri termini e fuor di metafora ad enucleare principi che, con alterne vicende, verranno ripresi nelle successive *confirmatio-nes*: si pensi a quello di proporzionalità della pena contenuto della clausola 20, al disegno di una stabilizzazione delle Corti di Giustizia (di cui alle clausole 16 e 17, o alla clausola 24, che – letta in combinato disposto con quelle dalla quarantesima alla quarantacinquesima – gettano le basi di un sistema di giudici professionalizzati e indipendenti³; si guardi infine almeno ancora alla trentanovesi-

² P. PRODI, *Il patto politico come fondamento del costituzionalismo europeo*, in *Scienza & Politica*, 32/2005, 11. In senso analogo, E. TAVILLA, *Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII)*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 25 (2013), 171 e si veda altresì M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del Costituzionalismo*, in *Quaderni Fiorentini*, XLV, 2016, 72 ss.

³ Un'analisi puntuale al riguardo è quella di A. TORRE, *La Magna Carta: un fondamentale contributo alla costruzione della common law e dello Stato inglese*, in *Common law: protagonisti e idee nella storia di un sistema giuridico. Studi in memo-*

ma, in base alla quale nessun uomo libero può essere sottoposto a misure sanzionatorie senza un giudizio dei suoi pari, il che rappresenta il nocciolo duro e risalente del *due process of law* e in senso ampio della *rule of law*. La stessa clausola 61, istitutiva di un organo di garanzia lontano progenitore del Parlamento britannico, ove collegata alla dodicesima, che stabilisce la necessità del consenso degli onerati perché essi subiscano validamente un'imposizione tributaria, lascia intravedere la genesi del principio *no taxation without representation*⁴.

Le *confirmations degli anni* 1216, 1217 e 1225 si tradussero in una quasi integrale riscrittura del documento originario, ora eliminando alcune delle disposizioni già in esso inserite, ora stravolgendone completamente il significato, ora integrandole⁵.

Esse sono tuttavia rilevanti e palpabili segni del ruolo – che con sensibilità moderna potremmo definire “costituente” – assunto, sin dal primo momento, dal documento di Runnymede, che si palesò dunque in grado di fornire le coordinate basilari per la costruzione di un nuovo rapporto fra potere regio e società feudale, che da esso

ria di Francesco de Franchis, a cura dello stesso, Santarcangelo di Romagna, 2015, 61 ss., che classifica le clausole delle quali si discute in tre blocchi differenti: quelle relative alla regolazione economico-sociale; quelle inerenti all'amministrazione della giustizia; quelle politiche di immediata applicabilità.

⁴ In termini, M. CARVALE, *La concessione della Magna Carta*, in *Historia et ius*, 8/2015, paper 4, che individua il fondamentale nesso fra la limitazione delle prerogative regie e il controllo sui tributi imposti dalla Corona da parte dell'assemblea. Specifica, inoltre, P. CAMMAROSANO, *Fiscalità e eredità feudale nei primi Parlamenti (Inghilterra e Friuli, inizi secolo XIII – inizi secolo XIV)*, *Memini*, 19/ 20, 2016, 203 – 212, che la previsione di ipotesi specifiche ed eccezionali per l'imposizione dell'*auxilium*, previo assenso del consenso dei baroni, aveva lo scopo di arginare l'intento del Sovrano di introdurre una tassazione generalizzata e perciò priva di qualsiasi vincolo. Un'analisi attualizzante del testo è offerta da ultimo da T. E. FROSINI, *La Magna Carta e i suoi eredi*, in *DPCE*, 4/ 2015, 1154 ss. e (col titolo *Magna Carta and its Heirs*), in *Comparative Law Review*, V, 2015, 1 ss.

⁵ F. W. MAITLAND, *The Constitutionalhistory of England*, Cambridge, 1908, 10[^] rist, 15, su cui si veda pure A. TORRE, *La Magna Carta: un fondamentale contributo alla costruzione della common law e dello Stato inglese*, cit, 47 e D. FREDA, *La Magna Carta e lo jus commune: il difficile “dialogo” tra common law e diritto continentale*, in *Scienza & Politica*, vol. XXVIII, no. 55, 2016, 115.

venne (lentamente e certo non senza tensioni o pause) sviluppandosi⁶.

La definitiva consacrazione del valore della Carta giunge solo però nel 1237, con la dichiarazione della sua perpetuità⁷ e la piena incorporazione nel diritto del Regno.

Nel 1297, infine, attraverso l'inserimento nel Registro degli *Statutes*, la stabilizzazione giuridica e normativa si definisce ancora meglio, benché il processo di assimilazione dei principî contenuti nella *Magna Carta* non si compia del tutto neppure con le *confirmations*, ma solo più tardi, con i *Six Statues* di Edoardo III, aggiornamento in chiave più moderna delle rielaborazioni susseguitesi dopo la prima stesura.

Come è stato dunque giustamente osservato, la storia della *Magna Carta* è dunque la vicenda non solo e non tanto di un documento giuridico, ma di un'idea politica che individua l'inscindibile nesso funzionale tra esercizio delle libertà (che hanno radici antiche e dunque esistono sin dai primordi della formazione dell'ordinamento inglese, di cui rappresentano un pilastro fondante) e limitazione del potere⁸: questa è la concezione di fondo sottesa al venerabile documento, che si palesa in maniera sempre più precisa nel corso dei vari rimaneggiamenti che esso subì nel corso dei suoi primi secoli di vita.

Due caratteristiche in particolare ne permisero la durevolezza. La prima, di ordine formale, è la vaghezza e ambiguità delle sue

⁶ A. TORRE, *La Magna Carta: un fondamentale contributo alla costruzione della common law e dello Stato inglese*, cit., 49, dove l'A. nota come l'originaria versione del documento del 1215 sia stata immediatamente oggetto di manomissioni e, che su tali aggiornamenti si siano innestate ulteriori rielaborazioni. Esse non hanno mai intaccato il nucleo garantista della *Magna Carta* che anzi, nel tempo, veniva sempre con maggiore precisione specificato e puntualizzato.

⁷ A. TORRE, *La Magna Carta: un fondamentale contributo alla costruzione della common law e dello Stato inglese*, cit., 60. Si sofferma in particolare su quest'aspetto B. GUASTAFERRO, *Magna Carta, Common law constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, in questo volume e altresì G. SERGES, *La Magna Carta Libertatum patrimonio del costituzionalismo*, in *Historia et ius*, 8/2015, paper 7,2.

⁸ C. J. HOLT, *Magna Carta*, cit., 18.

clausole, caratteristiche del resto tipiche di ogni documento scritto in quanto frutto di uno spirito compromissorio idoneo a fondare continui riadattamenti e aggiornamenti⁹.

Basterà solo riflettere esemplificativamente, a questo riguardo, sull'interpretazione via via fornita all'espressione *free man* – contenuta nella già ricordata clausola 39 – che in uno dei *Six Statutes* diviene *man, of whatever estate or condition he may be*: in tale espressione appare evidente la forzatura del testo originario, che è tuttavia idonea a permettere l'allargamento della platea dei destinatari degli antichi privilegi ad altre categorie di soggetti, in aderenza all'importanza che i corpi sociali rivestirono sin dagli albori del medioevo¹⁰.

La seconda caratteristica di ordine sostanziale e di natura garantistica che contribuisce a proiettare il documento oltre il tempo delle sue origini è la circostanza che, fin dalla formulazione del 1215, si prevedeva che apposite assemblee ne assicurassero l'osservanza e questo meccanismo di salvaguardia, sebbene attraverso alterne vicende, permise di individuare una sede istituzionale che facesse da efficace e concreto contrappeso alle pretese del sovrano¹¹.

⁹ C. J. HOLT, *op. cit.*, 7, individua quale esempio di indeterminatezza il contenuto delle clausole 20/22: «Hence, for example, the provision that amercedments should be proportionate to the nature of offence and that baron should be amerced by their peers. Who was establish the exact proportion and who were barons peers? The meaning of the Charter leads not so much precise definitions as to contemporary range of opinion derived either from a conflict to interpretation or form a general imprecision and vagueness of usage». Si veda il richiamo di A. TORRE, *op.cit.*, 59.

¹⁰ Ancora A. TORRE, *op. cit.*, 61, J. BAKER, *The Reinvention of Magna Carta 1216–1616*, Cambridge, 55.

¹¹ B. GUASTAFERRO, *Magna Carta, Common law constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, cit.; C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli Inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, 2014, 17, rintraccia tra gli elementi caratterizzanti il *Magnum Concilium*, la peculiarità delle funzioni da esso svolte. Accanto, infatti all'approvazione dei provvedimenti regi l'assemblea era deputata alla custodia delle consuetudini e alla relativa giurisdizione. Al di là di questi pur fondamentali aspetti come osserva M. FIORAVANTI, *op cit.*, 79, nella stesura originaria della clausola 61 fosse individuato un meccanismo di coazione

Ciononostante, nemmeno tutti gli elencati fattori appaiono ancora sufficienti a giustificare la vitalità ulteriore della *Magna Carta*, che non a caso conobbe lunghi anni di vero e proprio oblio, per venire riscoperta nel Seicento, in coincidenza con il manifestarsi di pretese assolutistiche della Corona.

Un ulteriore e decisivo motivo spiega allora l'attualità di questo antico atto convenuto tra Corona e baroni, il suo ulteriore utile impiego dopo l'origine storica e quella che si è definita come la sua mitizzazione: l'essere tale testo divenuto parte integrante della *common law*, dunque diritto applicabile davanti alle Corti Regie, insomma incorporato in quella *law of land* che nella prima formulazione del 1215 era il fondamento del limite al potere del monarca.

Come ha osservato persuasivamente uno studioso, «la concessione dei diritti (nel sistema inglese, *n.d.r.*) non prescinde mai dalle condizioni date, ma parte da queste per dispiegare tutte le maggiori potenzialità che ciascun periodo storico offre. Ciò che rende i diritti effettivi e concreti è innanzitutto la loro ricorribilità presso una corte di giustizia e non l'enfasi con cui vengono vergati su una carta»¹².

2. *La Magna Carta nell'esperienza storica inglese e in quella statunitense*

Non è dunque un caso che la “riscoperta” della Magna Carta, dopo il periodo di opacità di cui si diceva in precedenza, trovi nell'epoca di Giacomo I il suo massimo esponente in un affermato giurista, prima avvocato e poi giudice, quale fu Edward Coke¹³.

nel caso di inerzia del monarca. Questa clausola, sebbene successivamente eliminata, testimonia dunque, a parere dell'A., l'intenzione e la consapevolezza della natura prescrittiva e cogente che alla *Magna Carta* si intendeva dai contraenti conferire, connotando, secondo la felice espressione di P. COSTANZO, *Anniversario, 15 giugno 1215, concessione della Magna Carta*, in *Consultaonline*, fasc. II, 2015, 2, di rigidità il documento del 1215.

¹² Così C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica*, cit., 6.

¹³ Una recente ricostruzione del contesto storico e del pensiero di E. Coke è

Il pensiero e l'opera di questo Autore sono uno spartiacque essenziale per la definitiva consacrazione dell'antico documento come *fundamental law*, espressione che egli intese tuttavia in due sensi diversi.

In un primo significato, la celebrazione della *Magna Carta* e dei diritti in essa contenuti, attraverso una percepibile manipolazione "attualizzante" del testo originario¹⁴, era funzionale a fornire ai giudici e al Parlamento maggiore forza di resistenza e in definitiva legittimazione contro l'uso abnorme delle prerogative regie¹⁵:

«*This statute of Magna Charta hath been confirmed above thirty times and commanded to be put in execution "judgements given against any points of the charters of Magna Charta, or Charta de Foresta, are adjudged void"* e concludeva *Magna Charta is the foundation of the acts of Parliament*»¹⁶.

Un secondo senso della locuzione può ricavarsi dalla lettura del celebre e citatissimo *Bonham's case*, per effetto del quale la *law of land* diviene *Higher Law*, fornendo così al documento di Runnymede il valore ultroneo di testo per così dire "sacro" a cui tutti, compreso il Parlamento e le sue leggi, sono sottoposti¹⁷.

contenuta in A. FERRINI, *Edward Coke e "La Legge come perfetta ragione"*, in A. TORRE (a cura di), cit, 139 ss.

¹⁴ Un esempio lampante della reinterpretazione del testo da parte di Coke è chiaramente visibile nell'ampliamento esegetico che egli compie dell'espressione *per legem terrae*: «the law of the land, that is, by the common law, statute law, or custom of England.... (that is, to speak it once and for all) by the due course, and process of law», Cfr. E. COKE, *The first part of the Institutes of the Laws of England*, XIX ed., London, 1832, I, Of Knights Service, 46.

¹⁵ P. ALVAZZI DEL FRATE, *Una cultura delle libertà: ottocento anni dalla Magna Carta*, in *Historia et ius*, 8/2015, paper 3; in senso analogo P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 9.

¹⁶ E. COKE, *The first part of the Institutes of the Laws of England*, cit., Of Knights Service, 81b.

¹⁷ Si tratta del celeberrimo *Thomas Bonham v. College of Physician (Dr. Bonham Case)*, deciso dalla *Court of Common Pleas*, appunto con Sir Edward Coke come *Chief Justice*, nel 1610. «In many cases the common Law doth controll Acts of Parliament and shall sometimes adjudge them to be void: for when an Act is against Common right and reason or repugnant, or impossible to be performed the common law controllit and adjudge sauch act to be void».

Questi due usi linguistici e in definitiva culturali che portano Coke a speculare sulla *ancient law* come legge fondamentale di cui la *Greater Charter* è parte¹⁸, spiegano a ben vedere le soluzioni diametralmente opposte elaborate nell'ordinamento costituzionale inglese e statunitense per la costruzione di un moderno assetto dei rapporti fra comunità e potere.

Con l'acuirsi del conflitto con gli Stuart la *Petition of Right*¹⁹ (di cui appunto Coke, in uno a Selden, fu il padre) sarà il primo passo tanto della prima, quanto della seconda Gloriosa Rivoluzione, periodo che si concluderà – come noto – strappando al sovrano

¹⁸ Appare riduttiva la tesi sostenuta da F. CAMMISA, *Tecniche costituzionali alla prova dei fatti: governo misto e separazione dei poteri nel modello inglese e francese*, Torino, 2016, 46 che riconduce l'aporia del pensiero di Coke ai diversi ruoli storicamente da lui svolti. L'idea di una legge fondamentale di cui i giudici sono gli unici custodi fu sostenuta, secondo questa impostazione, sino a quando egli ricoprì la funzione di *Chief justice* della *Court King's Bench*. Successivamente, quando cioè perderà tale incarico e sarà un parlamentare, la sua strenua difesa della *common law* sarà orientata a sostenere le ragioni del governo limitato, nella forma del *King in Parliament*. Molto più convincente la tesi assunta R. H. HELMOLZ, *Bonham's case, Judicial Review and the law of nature*, in *Journal of Legal Analysis*, Winter 2009, Vol. 1, Number 1, 326 ss., che riconduce, dal suo canto, il pensiero di Coke ad un'unica matrice concettuale, che è quella della *natural law*, alla quale evidentemente soggiacevano anche le leggi del Palamento. Per tale ragione secondo questo Autore l'illustre giurista non ha inteso conferire ai giudici il compito di invalidare le leggi ma piuttosto di effettuare un'interpretazione "conforme" dell'atto parlamentare alla legge naturale, divenendo, così, solo apparente la contraddizione rilevata. Propende analogamente per la coerenza dell'idea di Coke L. D'AVACK, *L'utilizzo della Magna Carta nel primo conflitto costituzionale inglese del '600*, in *Historia et Jus*, 8/2015, paper 6, 2, che, richiamando il pensiero anche di altri giuristi dell'epoca, si dichiara convinto che nessun altro significato possa essere attribuito ad esso, se non quello di una difesa della forma di governo bilanciata del *King in Parliament*, mentre l'idea della *common law* come legge fondamentale sarebbe da attribuire a una non corretta lettura delle sue concezioni da parte della dottrina nordamericana.

¹⁹ Per un'approfondita analisi del contesto storico e politico in cui maturò la *Petition of right* si vedano l'introduzione alla sua più recente traduzione italiana di S. BONFIGLIO, Macerata, 2009 e anche C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo. Idee, istituzioni e trasformazioni dal medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, 2^a ed, Torino, 2016, 55 ss.

il *Writ of Habeas Corpus* e il successivo e fondamentale *Bill of Rights*²⁰. Rileva opportunamente uno studioso che «sono appunto questi conflitti costituzionali ad attribuire alla *Magna Carta*, che aveva indicato rimedi ben definiti e pratici a mali temporanei, un valore generale astratto, fuori del suo tempo, e a renderla un documento di grande influenza sulla storia della costituzione inglese»²¹

Il *Bill of Rights* – originariamente, in realtà, un semplice elenco di limitazioni e condizionamenti al potere del Re e del Governo e non un vero e proprio catalogo di diritti²² – aprirà peraltro la porta a nuove trasformazioni nel diritto costituzionale inglese²³, che sfoceranno successivamente non solo nella definitiva consacrazione della *Supremacy of Parliament*, ma anche in quella tensione ed apo-

²⁰ Sulla dimensione storica in cui maturò il *Bill of Rights* nella letteratura inglese tra i molti autori si v. A. MCINNESS, *The Revolution and the People*, in G. Holmes (Ed.), *Britain after the Glorious Revolution 1689-1714*, London, 1969, 80-95; in quella francese cfr. D. BARANGER, *Parlementarisme des origines. Essai sur les conditions de formation d'un exécutif responsable en Angleterre (des années 1740 au début de l'âge victorien)*, Paris, 1999, 46 e 195-197. In quella italiana, tra le più recenti U. BRUSCHI, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 105 ss.

²¹ Così L. D'AVACK, *op. cit.*, 1.

²² E. WICKS, che evidenzia nell'introduzione alla più recente traduzione italiana del testo, Macerata, 2010, i punti essenziali del *Bill of Rights*: il divieto per il re di sospendere l'esecuzione delle leggi o dispensare qualcuno dal proprio rispetto; di imporre tributi senza il consenso del Parlamento e - sul fronte di una maggiore stabilizzazione di quest'organo – ad esempio la libertà di voto in assemblea, norme sulla verifica dei poteri e sull'insindacabilità delle opinioni ivi espresse e la disciplina della frequenza delle convocazioni

²³ C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo, Idee, istituzioni e trasformazioni dal medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, cit., 74 individua nel *Bill of Rights* gli albori della Stato liberale che si realizza attraverso la stabilizzazione delle garanzie delle libertà fondamentali cui consegue una forte limitazione dei poteri del sovrano. Ampliando tale prospettiva per, E. WICKS, *op. cit.*, XXVII, l'anno 1689 segna l'inizio del governo limitato, inteso come modello costituzionale in cui «il potere legislativo risulta conferito a un corpo politico che consiste nella combinazione dei poteri che erano rispettivamente propri della Corona e del Parlamento».

ria fra *rule of law* e sovranità parlamentare, che fu teorizzata in maniera sistematica sia da Blackstone, sia da Dicey.

Perfettamente inquadrabile nel modello di *unwritten constitution* radicato nella tradizione d'oltremarina, la *Magna Carta* è così sopravvissuta, beninteso solo in minima parte come atto in sé, restandone tuttavia indelebilmente operante l'impronta tipica del suo elemento politico, vale a dire quell'idea di un sistema di governo connotato da una costante dialettica fra potere e libertà – in un *continuum* dinamico, ma mai di frattura netta con il passato – che è connaturale all'esperienza inglese.

Quanto invece alla sua eredità statunitense, l'atto sottoscritto a Runnymede verrà utilizzato come strumento di rottura proprio rispetto all'assolutismo del Parlamento britannico, perché ne verrà recuperata essenzialmente la caratteristica di documento scritto che, incorporando i diritti e ponendosi al di sopra di tutti i poteri pubblici, conferisce una sia pur relativa certezza (tale perché in realtà non indenne dal successivo conflitto tra letture documentali originaliste o adeguatrici) all'assetto costituzionale²⁴.

La radice storica di questo diverso approccio va ricercata nel peculiare modello di relazioni che le comunità emigrate nel Nuovo Mondo ebbero con la madrepatria.

Le *Colonial Charters* (molte delle quali ripresero proprio le clausole contenute nella *Magna Carta*) vennero considerate precisamente la prova formalizzata che assicurava agli *Englishmen* le antiche libertà contro le pretese della monarchia d'oltreoceano²⁵.

²⁴ Come osserva infatti H.D. HAZELTINE, *The influence of Magna Carta on American Constitutional development*, in *Columbia Law Review*, XVII, 1, 1917, 6, il momento iniziale di questo processo nella concessione della prima *Charter* alla Virginia, «The granting of the first Virginia charter by James I in 1606 marks the real beginning of English settlement in America and the opening of a new era in the history of colonization in general. In this famous document-the final form of which was in part the work of Coke himself-the King not only claimed the right to colonize a large portion of the territory of the New World, but he asserted the principle that English colonists in this territory were to enjoy the same constitutional rights possessed by Englishmen in the home».

²⁵ Si legga ancora H.D. HAZELTINE, *op. cit.*, 8: «Time and time again, in their struggles with colonial and imperial authorities, the colonists relied upon their

La controversia tra l’Inghilterra e le sue colonie, con la guerra che ne scaturì, trovarono alimento proprio nella diversità di interessi e opinioni, rispetto alle tesi prevalenti nella madrepatria, circa la titolarità anche per i coloni dei diritti che derivavano per loro dalla tradizione costituzionale inglese e che nella Carte erano appunto previsti.

Accanto a questi elementi di carattere giuridico, altri e diversi fattori influirono peraltro sulla differenziazione del modello di organizzazione statale statunitense dall’originaria matrice inglese.

Innanzitutto fu senza dubbio determinante la diversa struttura sociale delle colonie nordamericane, i cui abitanti appartenevano prevalentemente a minoranze (radicali e puritane) emarginate e perseguitate nella terra d’origine²⁶.

In secondo luogo, il patrimonio culturale degli emigrati nel Nuovo Mondo si nutrì della tradizione filosofica della “legge naturale”, grazie alla pubblicazione dei testi di Bracton e dello stesso Coke e all’influenza del pensiero di Locke²⁷.

Una volta avvenuta la separazione dalla madrepatria, queste suggestioni si comporranno nella nascita di un moderno ordinamento nel quale “nuovo” e “vecchio” finiranno con l’integrarsi in un tessuto omogeneo, creando un differente e peculiare rapporto

charters as the documentary evidence - the written title - of rights secured to them, as to all Englishmen, by Magna Carta, the Bill of Rights, and the general principles of the Common Law. The declaration of the royal charters thus acted as a powerful factor in the spread throughout the colonies of English constitutional principles-including the rights and liberties secured by Magna Carta and its confirmations». Sull’importanza assunta, oltre che dalla *Magna Carta* anche dal *Bill of Rights* nel costituzionalismo statunitense si vedano, tra gli altri, J. KENYON, *1688 Remembered: The Glorious Revolution and the American Constitution*, in D. HOAK, M. FEINGOLD (eds.), *The World of William and Mary: Anglo-Dutch Perspectives on the Revolution of 1688-89*, Stanford (California), 1996, 118-132.

²⁶ P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 13 (ma anche in *Diritto costituzionale comparato*, P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. FERRARI (a cura di), Roma – Bari, 2009, col titolo *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*).

²⁷ E. S. CORWIN, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law*, in *Harvard Law Review*, 2, 1928, 171-185.

fra comunità e potere politico²⁸: la Costituzione scritta (elemento di novità assoluta rispetto all’Inghilterra e simbolo solenne del patto fondativo della collettività nascente) sarà garante, in quanto *higher law*, di un complesso sistema di meccanismi volti regolare i rapporti fra potere centrale e poteri degli Stati, a limitare il potere esecutivo e l’onnipotenza delle maggioranze e ad assicurare perciò i diritti di tutti, in una logica chiara di introduzione di *checks and balances*²⁹.

Anche rispetto a tale ultimo profilo della tutela dei *rights*, inserita peraltro in Costituzione a tappe successive, vi sono a ben guardare un elemento moderno e uno antico che si incontrano: se “nuovi” diritti sono senza dubbio la libertà religiosa e quella di stampa – che originariamente si emancipa proprio da questa, come possibilità giuridica di critica pubblica delle sacre scritture, per poi allargarsi alla critica politica e alla satira – ovvero libertà di riunione, essi convivono peraltro con quelli ereditati da una tradizione mai rinnegata, che affonda appunto radici nella *Magna Carta*, o comunque in atti che ad essa si ispirarono.

Si individuano in questo modo (come si anticipava), la recezione nel VI Emendamento del *trial by jury*, quella del *due process of law* nel V e XIV, la proporzionalità della pena, contemplata dall’Emendamento VIII e il divieto – in ogni caso – di pene crudeli e inusitate³⁰.

Il coronamento di questo percorso fu come noto la *judicial revi-*

²⁸ C. MARTINELLI, *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, cit., 14.

²⁹ N. MATTEUCCI, *La rivoluzione Americana, una rivoluzione costituzionale*, Bologna, 1987, specificamente 7 s.

³⁰ M. PATRONO, *Studiando i diritti, Il costituzionalismo sul palcoscenico del mondo dalla Magna Charta ai confini del nostro tempo*, Torino, 2009, 42 individua icasticamente la differenza fra diritti “americani” e libertà “inglesi” nel fatto che i primi si configurano come coesenziali alla natura umana e per tale ragione sono ritenuti inviolabili e universali, viceversa le seconde sono più che altro costruite quali strumenti per proteggere interessi legati al mondo feudale, mercantile, artigiano. Come si vede, si tratta di approcci, insomma, differenti: filosofico l’uno, pragmatico l’altro. Senza peraltro dimenticare che le libertà inglesi trovano la loro fonte nella dimensione storica della loro origine in quanto radicati nella tradizione del popolo inglese.

ew of legislation, invero non prevista espressamente nel testo della Costituzione, ma frutto dell'elaborazione della Corte Suprema Federale, a partire dalla notissima sentenza *Marbury v. Madison* (1803), che attribuirà ad essa il compito di ergersi a garante della rigidità e superiorità della Carta fondamentale, per l'appunto facendone una *higher law* non solo abbandonata allo spontaneo rispetto degli attori politici (come invece sarà nella Francia della III Repubblica), bensì munita di apposita protezione giudiziaria di ultima istanza.

3. *Le sue tracce nella giurisprudenza recente della Suprema Corte statunitense*

La breve ricognizione, fin qui compiuta solo per grandi linee, sull'importanza che la *Magna Carta* ha avuto nella fondazione ed evoluzione storica degli ordinamenti inglese e statunitense stimola peraltro alcune ulteriori esemplificazioni a proposito dei richiami più attuali dei giudici supremi statunitensi e delle Corti inglesi al vetusto documento di cui qui stiamo discutendo, soprattutto quando vengono in discussione i diritti fondamentali, nel senso che risalire alla *Greater Charter* come documento basilico di una tradizione costituzionale fornisce ancora oggi, non poche volte, proprio l'appiglio testuale per argomentare la presenza di una tutela del diritto già nella tradizione risalente di *common law*.

Quanto al panorama statunitense, un primo esempio di questa tendenza può dunque essere rinvenuto in decisioni relative al riconoscimento del *trial by jury* come garanzia generale affinché si realizzi un processo penale giusto³¹ e rapido³²,

³¹ Così nell'*opinion* di maggioranza redatta dal giudice White nel caso *Duncan v. Louisiana* 391 U.S. 145 (1968), in <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/145>, «The history of trial by jury in criminal cases has been frequently told. It is sufficient for present purposes to say that, by the time our Constitution was written, jury trial in criminal cases had been in existence in England for several centuries and carried impressive credentials traced by many to Magna Carta».

³² *Klopfert v. North Carolina* in <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme->

della rinvenibilità del cui nucleo fondativo nella Carta si è sopra detto.

In altre ipotesi, il richiamo ha avuto la funzione di supportare le argomentazioni della Corte dirette a conferire un significato più ampio di quello testuale alle disposizioni costituzionali, insistendo sull'importanza di cogliere e aggiornare la sostanza dell'idea e della funzione che guidarono appunto la redazione della *Magna Carta*, vale a dire sull'intuizione di fondo, già rammentata, per cui l'esercizio della libertà è assicurato solo laddove ed in quanto sia possibile limitare il potere pubblico.

Altri esempi emblematici di siffatto uso si rinvengono così in quegli orientamenti che la Corte ha sviluppato sulla garanzia della *due process clause*, espressione invero quanto mai ampia, che la giurisprudenza costituzionale ha inteso in senso procedurale e in senso sostanziale.

La *due process procedural*, estrinsecazione della *rule of law*, impone che ogni procedura legale o amministrativa debba risolversi in uno *standard* di garanzie minime, tali da assicurare un processo equo ed imparziale

Un'interessante applicazione recente di tale "verso" procedurale del principio è contenuta nella sentenza *Boumediene et al. v.*

court/386/213.html. L'*opinion* di maggioranza redatta dal Giudice Warren si esprime in questo senso: «We hold here that the right to a speedy trial is as fundamental as any of the rights secured by the Sixth Amendment. That right has its roots at the very foundation of our English law heritage. Its first articulation in modern jurisprudence appears to have been made in Magna Carta (1215), wherein it was written, "We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either justice or right"; but evidence of recognition of the right to speedy justice in even earlier times is found in the Assize of Clarendon (1166). By the late thirteenth century, justices, armed with commissions of goal delivery and/or over and terminer were visiting the [386 U.S. 213, 224] countryside three times a year. These justices, Sir Edward Coke wrote in Part II of his Institutes, "have not suffered the prisoner to be long detained, but at their next coming have given the prisoner full and speedy justice, ... without detaining him long in prison". To Coke, prolonged detention without trial would have been contrary to the law and custom of England; but he also believed that the delay in trial, by itself, would be an improper denial of justice ».

Bush, President of the United States, uno dei casi relativi ai cc. dd. *enemy combatants*³³.

Tracciando a ritroso la linea che lega il *due process* fino alla sua radice nella *Greater Charter* con il relativo *Writ*, la Corte Suprema chiarisce qui come il semplice diritto a non essere sottoposti a coercizione arbitraria in violazione della *due process* non sia immediatamente esercitabile, ma divenga effettivo solo grazie all' *habeas corpus*, che è lo strumento processuale attraverso il quale è possibile accertare la legittimità della detenzione³⁴.

Non a caso essa sottolinea che l'art 1 della Costituzione statunitense preveda espressamente al punto 9 la possibilità di sospendere in alcuni determinati ed eccezionali casi il *Writ of Habeas Corpus*, ma nell'ipotesi dei detenuti a Guantanamo tale situazione non sussisterebbe, in quanto – con il *Detainee Treatment Act* – il Congresso non ha provveduto ad applicare la *Suspension Clause*, ma solo ad impedirne l'applicazione a una determinata categoria di soggetti, quali i nemici combattenti³⁵.

La *substantive due process* è dal suo canto il mezzo non solo per limitare il potere coercitivo del Governo, bensì ed in aggiunta anche per sindacare la ragionevolezza della legge e ampliare la sfera della tutela dei diritti, fino a ricomprendervi quelli non espressamente previsti nel *Bill of Rights* (come ad esempio la *privacy* e il diritto alla vita familiare) individuando un significato implicito, de-

³³ *Boumediene et al. v. Bush, President of the United States et al.*, 553 U.S. 723 (2008), in <https://www.law.cornell.edu/supct/html/06-1195.ZS.html>.

³⁴ Una ricostruzione puntuale della legislazione emergenziale negli Stati Uniti e della pronunce precedenti al caso Boumadine sugli *enemy combatants* è contenuta tra gli altri T. FENUCCI, *Sicurezza Nazionale E diritti di libertà negli Usa*, Bari, 2014 e specificamente 47-111.

³⁵ Su questa decisione in particolare nella dottrina italiana fra i molti ancora T. FENUCCI, *op. cit.*, 112-114 C. BASSU *Terrorismo e costituzionalismo: percorsi comparati*, Torino, 2010, 221 ss.; F. FABBRINI, *The Constitution is designed to survive and remain in force, in extraordinary times: la sentenza Boumediene v. Bush*, in *Quad. cost.*, 2009, 105 ss. In quella statunitense si vedano R. PALLITTO, *The Legacy of the Magna Carta in Recent Supreme Court Decisions on Detainees' Rights*, in *Political Science & Politics*, Vol. 43, 3, 2010, 483-486; B.L. GARRETT, *Habeas Corpus and Due Process*, in *Cornell Law Review*, Vol. 98, 1, November 2012, 49-81.

rivante proprio dalla tradizione di *common law*, del termine *liberty*³⁶.

Secondo questa impostazione, la *law of land* da cui trae origine l'espressione *due process*, non sarebbe solo il risultato della volontà espressa dal potere legislativo, ma ricomprenderebbe anche le trasformazioni che il diritto costituzionale subisce assecondando i mutamenti in atto nella società³⁷.

In tal modo la funzione della *judicial review* si può estendere sino a limitare «legislative branch of government by prohibiting arbitrary and capricious laws that unduly interfere with life, liberty, or property»³⁸.

Quest'approccio che amplia il potere della *judicial review* è stato – beninteso e come noto – posto seriamente in dubbio da una opposta corrente di pensiero, che ha trovato eco nell'ala conservatrice della Corte Suprema e secondo la quale l'interpretazione del

³⁶ Si v. ad esempio la sentenza *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/262/390/> «While this Court has not attempted to define with exactness the liberty thus guaranteed, the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint, but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men». In dottrina sulla riconducibilità della *due process clause* sostantiva alla *Magna Carta* e al pensiero di Coke si vedano E. S. CORWIN, *The doctrine of due process of law before the Civil War*, in *Harvard Law Review*, 1911, 366 ss; F. M. GEDICKS, *An original defense of substantive due process: Magna Carta, Higher Law constitutionalism, and Fifth Emendament*, in *Emory Law Journal*, Vol. 59, 2009, 586 ss., con ampi riferimenti bibliografici.

³⁷ M. T. ROVITTO, *Magna Carta. La vita dell'antico documento nella realtà giuridica presente*, in questo volume.

³⁸ R. BERGER LEVINSON, *Reining in abuses of executive power through substantive due process*, in *Florida Law Review*, July 2008, 526. Esprime il medesimo concetto il giudice O' Connor, nella decisione *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 in <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/833> sul diritto della donna all'interruzione della gravidanza.

testo costituzionale va effettuata ricostruendo l'intento originario dei framers e ancorandosi strettamente ad esso.

La tesi originalista— espressa ad esempio in *Obergefell v Hodge*, a proposito del riconoscimento dei matrimoni omosessuali, nella *dissenting opinion* del giudice Thomas³⁹ —non condivide appunto la lettura teleologica della *due process clause*, che va secondo quel *Justice* interpretata in senso letterale, conseguendone quindi che il termine «libertà» non possa essere inteso se non come effetto del divieto di una ingiusta coercizione⁴⁰.

4. ... e in quella inglese: Il caso Brexit dinanzi alle Corti e l'implicito richiamo alla Magna Carta

Un riferimento allo spirito alla *Greater Charter* è contenuto da ultimo anche nelle recenti sentenze dei giudici inglesi sul caso *Brexit*.

Come è noto, all'indomani dell'esito del referendum sull'uscita del Regno Unito dall'UE il Governo, in ragione delle *prerogative powers*⁴¹ riconosciute all' Esecutivo in materia internazionale, in-

³⁹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015), 576 U.S. (2015), in <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/14-556>.

⁴⁰ *Obergefell v Hodge*, cit., *dissenting opinion* del giudice Thomas: «I write separately to call attention to this Court's threat to the American democracy [...] a select, patrician, highly unrepresentative panel of nine is to violate a principle even more fundamental than taxation without representation: no social transformation without representation [...] Yet the majority invokes our Constitution in the name of a "liberty" that the Framers would not have recognized...[T]he Court recognized the relationship between the two Due Process Clauses and the Magna Carta [...] and implicitly rejected the dissent's argument that "liberty" encompassed "something more ... than mere freedom from physical restraint or the bounds of a prison».

⁴¹ Un'originale ricostruzione delle prerogative reali è contenuta in G. RIZZONI, *La regina, il primo ministro e la Royal prerogative: i misteri della forma di governo britannica nell'ultimo film di Stephen Frears*, in <http://archivio.rivistaaic.it>, 20.10.2006.

tendeva iniziare il procedimento previsto dall'art. 50 TUE e notificare la sua volontà di recedere dall'Unione Europea.

Sia la *High*⁴², sia la *Supreme Court*⁴³, con motivazioni abbastanza simili⁴⁴, hanno articolato il loro ragionamento partendo dal rilievo che, una volta attivata la procedura prevista dall'art. 50 TUE, allo scadere del termine di due anni dal momento in cui le istituzioni britanniche avessero notificato al Consiglio Europeo la volontà di recedere dall'Unione, i trattati non sarebbero stati più applicabili nel Regno Unito, e per effetto della cessazione della validità *European Community Act* sarebbero stati cancellati anche i diritti derivanti dalla normativa comunitaria.

Entrambe le Corti hanno attribuito all'atto di adesione alla Comunità Europea valore di *constitutional statute*, in ragione del riconoscimento in esso presente di quei diritti fondamentali che il cittadino del Regno Unito gode per l'appartenenza alle istituzioni europee.

Proprio la ricaduta sui diritti fondamentali, impone, secondo la Corte un approccio diverso al tema delle *prerogative powers*.

Questi ultimi trovano infatti limiti precisi che discendono appunto dai principi contenuti nella *common law* – e qui il richiamo a Coke e al *Bill of Rights* riconduce in maniera implicita, ma chiara, alla *Magna Carta* in cui affonda le radici il principio della limitazione del potere esecutivo, allorché vengano in gioco libertà fondamentali – sia nella *Sovereignty of Parliament*.

È in sostanza fuori dubbio che l'Esecutivo abbia il potere di

⁴² R (*Miller*)v. *Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768 (Admin). G. F. FERRARI, R (*Miller*) -V- *Secretary of State for Exiting the European Union: eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, in <http://www.dpce.it>, 06 novembre 2016; C. MARTINELLI, *La Brexit tra Crown's prerogative e diritti fondamentali: nota alla sentenza della High Court of Justice sul caso "Miller"*, in www.diritticomparati.it, 05 dicembre 2016.

⁴³ R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*). Per una valutazione su tale pronuncia, F. FABBRINI, *Brexit according to the UK Supreme Court: the Miller Judgment*, in <http://www.csfederalismo.it>, 27 gennaio 2017.

⁴⁴ F. ROSA, *Regno Unito. La Brexit di fronte alla Corte Suprema*, in <http://www.lacostituzione.info>, 27 gennaio 2017.

contrarre obblighi di natura internazionale, ma solo quando da essi nascano vincoli in un rapporto fra Stati, mentre non sarà possibile utilizzare tali prerogative quando dagli atti internazionali derivino dirette conseguenze sui diritti fondamentali dei singoli, come appunto nel caso della *Brexit*. Poiché l'adesione della Gran Bretagna alla UE si è realizzata con un atto parlamentare, solo un atto analogo, ma di senso inverso, potrà insomma autorizzare il *leave* dalla UE.

È necessario che sia allora il Parlamento ad autorizzare preventivamente il Governo ad attivare la procedura *ex art 50 TUE*, non avendo quest'ultimo organo il potere di incidere direttamente in maniera autonoma sui diritti fondamentali.

Appare in ultima analisi ed in conclusione evidente che anche nelle recentissime decisioni sulla *Brexit* lo spirito della *Magna Carta* emerge, anche quando non venga formalmente richiamata, in tutta la sua pienezza.

Il fatto è che essa vive ancora, sia come documento, sia come idea.

Un testo ed uno spirito che paradossalmente confermano – per un verso e come si è visto – tanto la bontà delle tesi originaliste, che restituiscono di essi il significato antico, quanto ed altresì il nucleo di verità presente nelle posizioni di studiosi e giudici che si ispirano all'opposta logica esegetica della *living constitution*, vedendo nell'*ancient law* un punto di partenza da declinare evolutivamente per confermare diritti vecchi e affermarne di nuovi, ma al tempo stesso un ancoraggio comunque non eludibile per una disciplina dei nuovi problemi che si palesano nei tempi attuali.

Vive soprattutto nell'idea della superiorità delle libertà individuali sull'azione dei governi, al di là del colore politico che essi assumono di volta in volta.

La *Greater Charter* dimostra cioè una volta di più che – anche per i giuristi – opera la legge di Lavoisier: nulla si crea, nulla si distrugge, tutto si trasforma e solo così può servire ancora al presente e al futuro.

Abstract

This article argues the text of the Magna Carta, now 800 years old, reflects many of the values that are at the center of the modern constitutionalism. The starting point is the capacity of the document to survive in the centuries thanks to the ambiguity of its clauses which allowed to be reinterpreted on the basis of historical and social changes. The issue also analyzes the different role that Magna Carta takes into British and American order. If in the British order, which continues to be based on unwritten constitution, two clauses survive until now, the idea – liberties can be exercised only when the power is limited – is the foundation of the modern relationship between Parliament and Government. In the American system, instead, some of the clauses of Magna Carta are incorporated in Federal Constitution and in some of States Constitutions. So that the document from 1215 are mentioned in several decisions of Supreme Court or to confirm the textual meaning of the Constitutional test or to support evolutive interpretation of it, showing the vivacity of Magna Carta nowadays. The *Greater Charter* demonstrates, for once, that – even for jurists – operates Lavoisier's law: nothing is created, nothing is destroyed, everything is transformed and it can only serve the present and the future.

