

# Costituzione e scrittura

ANTONIO MASTROPAOLO

Non avrei altro modello da proporre, al custode delle leggi e all'educatore, migliore di questo, come, credo; nulla di meglio che invitare i maestri ad insegnare ai discepoli questi discorsi e quelli che si avvicinano a questi e che a questi sono simili; e se quelli incontreranno scorrendo le opere dei poeti o scritti in prosa o detti così semplicemente e non scritti, se incontreranno discorsi che siano fratelli di questi, in nessun modo li lascino sfuggire, li scrivano.

[Platone, *Leggi* (VII, 811e)]

Quindi, a quanto pare, è opportuno che le costituzioni di questo tipo, se vogliono imitare bene nelle misura del possibile quella vera costituzione di quell'unico che esercita il potere con tecnica, una volta stabilite le leggi, non facciano mai nulla contro quanto è stato scritto e contro le consuetudini patrie...

[Platone, *Politico* (301a)]

## Premessa

Il costituzionalismo riconosce alla scrittura delle costituzioni un alto significato simbolico. La scrittura delle regole fondamentali

possederebbe cioè una sacralità che concorre ad accrescerne il valore normativo rispetto a quello delle altre regole giuridiche, siano esse scritte o non scritte<sup>1</sup>. Prova ne sarebbe il fatto che all'affievolirsi dell'effettività di una costituzione segue di solito un tentativo di aggiornarne la scrittura<sup>2</sup>.

Nelle pagine che seguiranno si cercherà di ragionare sul rapporto che intercorre tra costituzione, intesa come *higher law*, e scrittura, in quanto elemento fondamentale della storia costituzionale occidentale<sup>3</sup>. È soprattutto in epoca moderna che, con il crescere e l'espandersi della conflittualità sociale, si è imposta l'idea della stesura di una legge fondamentale, frutto di un patto, o di un accordo, o, meglio ancora, di un armistizio<sup>4</sup>, con cui si conclude a una stagione di conflittualità drammatica, mettendo per iscritto regole comuni volte e rinnovare la propria natura di "comunità di destini" volontariamente affermata. In precedenza, le regole fondamentali tendevano ad avere carattere di regole convenzionali e consuetudinarie che davano forma a una

costituzione intesa quale regola irriflessa, la cui effettività non era problematizzata o oggetto di contestazione. Anche qui però, osserveremo, la scrittura delle regole talvolta emergeva e si imponeva sia come gesto simbolico-sacrale, sia come strumento di razionalizzazione del diritto<sup>5</sup>.

Nelle pagine che seguono intendiamo ricostruire anzitutto le ragioni del ricorso alla scrittura delle regole giuridiche, distinguendo la scrittura quale registrazione in nome della certezza dalla scrittura sacrale, che ha la pretesa ulteriore di fissare in modo permanente qualcosa. Sarà quindi esaminata, a titolo esemplificativo, la lunga vicenda dell'ordinamento costituzionale inglese, da sempre definita dalla letteratura scientifica come un caso di costituzione non scritta. Nel sottolineare le differenze rispetto ad altre esperienze, tale letteratura adotta per lo più una visione evolutiva e senza soluzioni di continuità, mettendo in risalto il carattere consuetudinario e non scritto della costituzione britannica, da cui deriverebbe la sua flessibilità<sup>6</sup>. È proprio vero, tuttavia, che la scrittura abbia un ruolo eccentrico nella tradizione costituzionale del Regno Unito? In realtà, all'osservatore che consideri in maniera più ravvicinata il ruolo dei testi scritti non può sfuggire come anche questa tradizione sia segnata dal ricorso alla scrittura "sacrale", con il compito di dettare regole di rango costituzionale chiamate di volta in volta a risolvere conflitti contingenti e a evitare conflitti futuri. Grazie appunto alla scrittura, tali regole hanno la pretesa di avere una forza differente rispetto a quelle non scritte e comunque superiore a ogni altro atto normativo<sup>7</sup>.

### 1. *La dimensione magico-sacrale della scrittura del diritto*

Che l'introduzione delle scrittura rappresenti un passaggio fondamentale nella storia dell'umanità è affermazione scontata. Su di essa, e su cosa essa abbia significato per la vita associata, la letteratura è ricchissima. Come sottolinea l'antropologo Walter Ong nella sua celebre opera dedicata al rapporto tra oralità e scrittura, l'arrivo di quest'ultima non rappresentò esclusivamente una trasformazione nelle tecniche di comunicazione<sup>8</sup>. Essa ridisegnò le forme stesse del pensiero umano, in precedenza modellato secondo le esigenze della cultura orale<sup>9</sup>. La scrittura modificò l'attività cognitiva incidendo in modo indelebile sulla razionalità e sulla logica sì fra l'altro da rendere le culture che se ne dotarono dominanti su quelle orali<sup>10</sup>.

Unanimemente gli antropologi sottolineano come la comparsa della scrittura si accompagni all'ampliarsi della dimensione collettiva. Rispetto ad altre tecniche di comunicazione e conservazione della conoscenza, la scrittura si impose dapprima per una necessità pratica di registrazione, connessa a forme di convivenza più complesse. Nella nuova e più estesa dimensione della collettività la scrittura servì inizialmente a memorizzare in maniera più stabile e affidabile che non l'oralità<sup>11</sup>. Solo in un secondo momento la scrittura si rivelerà utile a fini speculativi e quindi normativi, nel senso della produzione artificiale di trasformazioni della realtà.

Tra i primi a registrare, per quanto ne sappiamo, l'importanza del passaggio da una cultura orale a una cultura scritta, vi è Platone, il quale rivolse dure accuse alla scrittura tanto nel *Fedro* quanto nella *Setti-*

ma lettera e nel *Politico*<sup>12</sup>. Paradossalmente, tuttavia, lo stesso pensiero platonico fu risultato dell'influenza della scrittura sui processi mentali. Solo in un contesto culturale fondato sulla scrittura è possibile immaginare un pensiero in grado di speculare liberamente, superando i vincoli che costringono il corpo collettivo quando la cultura è dominata dall'oralità e maggiori energie vanno consumate per conservare il sapere passato. La scrittura ha inoltre carattere profondamente riflessivo, dovuto al tempo stesso che si richiede per scrivere su un qualche supporto. In questa prospettiva si può addirittura sostenere che tutto il pensiero platonico costituisca una critica, inconsapevole, della cultura orale mnemonica e paratattica espressa dai poeti; che il filosofo, forse proprio per questa ragione, esclude dalla *Repubblica*<sup>13</sup>.

La contrapposizione è netta. Come dimostrano i dialoghi platonici con le loro ricostruzioni analitiche, la scrittura sembra, e in parte sicuramente è, proiettata in avanti, verso la speculazione astratta. Liberando gli esseri umani dall'onere della memoria, favorirebbe sul piano filosofico gli scopritori di cose nuove<sup>14</sup>. L'oralità è al contrario, almeno idealmente, rivolta al passato, alla tradizione, alla ripetizione e alla conservazione di ciò che è stato<sup>15</sup>. Il prezzo che si paga per aver aperto le porte della mente speculativa è però alto e in parte ribalta quest'ultima conclusione: in una cultura orale la partecipazione della comunità alla trasmissione del sapere è di gran lunga più ampia e meno rigida. Il sapere orale ha necessariamente carattere pubblico perché dipende dalla voce e dall'interazione tra almeno due soggetti, uno che parla e uno che ascolta<sup>16</sup>. Inoltre, tale cultura nell'esprimersi si rivela adattiva e in grado di ar-

ricchirsi di continuo di nuovi contenuti in ragione delle esigenze del presente. La cultura scritta, che in parte emancipa gli esseri umani dall'onere della memoria, crea viceversa un vincolo di adeguamento per il futuro, è uno strumento per disciplinare il mondo. A ciò si aggiunge che la scrittura, che è prima padronanza della tecnica e poi amministrazione del significato, è divenuta una forma di controllo sociale di gran lunga più stringente<sup>17</sup>. Solo in epoca moderna la scrittura sarà utilizzata con l'intento di diffondere la conoscenza e dunque con finalità inclusive, ma ciò avverrà con l'introduzione della stampa e l'ampliamento della scolarizzazione, che consentiranno di immaginare una partecipazione popolare alla definizione politica della comunità tramite una scrittura accessibile a tutti.

Quel che è certo è che il distacco della cultura scritta dalla cultura orale richiese tempo. Le culture orali, senza scrittura, erano scarsamente preoccupate di memorizzare parola per parola. La mnemonica era imprecisa. Propostasi quale strumento di registrazione esatta e certa, una delle forme che assunse la scrittura colta nella sue prime espressioni fu quella della riscrittura<sup>18</sup>. L'*Iliade* e l'*Odissea* non sono state forse presentate come trascrizioni di narrazioni orali? Gli stessi dialoghi platonici non assunsero la forma di trascrizioni di dialoghi? In effetti tutta la letteratura antica fu per lo più nuova narrazione di miti tramandati, quando non imitazione dell'oralità<sup>19</sup>. La scrittura manteneva una tendenza strutturale propria della sua matrice: la rielaborazione di storie già note. Il mezzo mutò, ma il modello orale fece sentire ancora a lungo il suo peso<sup>20</sup>.

In questa veste originaria la scrittura svolgeva una funzione di registrazione

e conservazione della cultura, dei testi, dei discorsi, dei simboli del passato. Ma al contempo introduceva un elemento di riflessività e artificialità. Nel momento in cui "codificava" le narrazioni orali, le rendeva inalterabili e, per quel che è possibile, eterne<sup>21</sup>. Nel far ciò dava vita a un linguaggio "decontestualizzato", per dirla con Ong, che si emancipava da colui che lo poneva in essere. Un testo scritto circolava senza che si potesse immediatamente discuterlo col suo autore e diveniva perciò relativamente autonomo.

Proprio per questo suo carattere metafisico, il testo scritto si legò presto alla dimensione del sacro sino ad assumere la medesima aura di incontestabilità. Ciò che esso diceva era "vero"<sup>22</sup>, così come nella cultura orale avveniva per i vaticini e le profezie degli oracoli: in quel caso era la voce ad apparire come il tramite di un discorso il cui contenuto era stato elaborato in uno spazio sovraumano, che rifuggiva ogni forma di controllo; in questo era la fissità della scrittura ad attestarne la veridicità.

Il passaggio non fu verosimilmente indolore. È possibile almeno inizialmente una resistenza alla scrittura degli ambienti religiosi, depositari del potere di intermediazione con il divino, e conseguentemente di vaticinio. Così è testimoniato per esempio dai Galli che, quando iniziarono ad utilizzare la scrittura greca a fini contabili, incontrarono l'opposizione, dei druidi, poco disposti ad accettare la concorrenza della pretesa di verità espressa dalla scrittura<sup>23</sup>.

Fu però la somiglianza, in tale pretesa, di oralità sacra e scrittura e che spinse probabilmente gli antichi a circondare la nascita di quest'ultima di un'aura di sacralità. In ambiente italico la si fece risalire a divinità come Saturnus, Hercules o

Evander<sup>24</sup>. Col tempo la scrittura divenne parte dell'armamentario della classe sacerdotale, tanto che le fu riconosciuta, in ambito religioso, una funzione di tipo rituale. Essa serviva a fissare e controllare un testo profetico-religioso confuso, non immediatamente comprensibile, ma in grado di produrre effetti profondi sulla realtà una volta reso evidente<sup>25</sup>. La leggenda vuole che, nel segreto dell'antro cumano, la Sibylla tracciasse i suoi vaticini su foglie di palma quando erano rivolti ai singoli, mentre iscriveva le divinazioni concernenti il destino del popolo romano su rotoli che saranno poi custoditi nel tempio capitolino<sup>26</sup>. Fissando e bloccando le parole su supporti materiali, il valore performativo del linguaggio era rafforzato<sup>27</sup>, nell'intento di tenere il fato sotto controllo e dominare il futuro.

Nelle narrazioni della Roma arcaica, ad esempio, il legame che si istituì tra la scrittura e il sacro fu percepito come un evento traumatico, che segnò l'uscita di Roma dalla dimensione mitica e il suo ingresso nella storia e nel vivere civile. Strumenti per governare le incertezze del futuro, i *Libri sibyllini* custodivano le "istruzioni" per risolvere le crisi che il popolo romano avrebbe dovuto affrontare nei secoli a venire, essendo essi testi sacri, la cui decifrazione era rimessa a lettori e interpreti qualificati. La loro custodia e la loro trasmissione assunsero perciò un rilievo politico fondamentale, mentre la scrittura si dimostrava un *medium* altamente selettivo, essendo la sua fruizione riservata a pochi eletti. Ciò non toglie che si sia col tempo proposta come strumento trasparente e inclusivo per la stabilità e la certezza che poteva offrire innanzi all'arbitrio, come accadde con l'esposizione pubblica delle Leggi delle

XII tavole, primo esempio romano di legge scritta messa a disposizione di chiunque.

Non occorre qui dilungarsi sull'importanza che assunse il controllo dell'autorità sacerdotale su tali testi scritti. I *Libri sibyllini*, custoditi dai sacerdoti, erano consultabili in occasione delle crisi solo previa autorizzazione del senato e la trasgressione di tale regola era punita severamente. Ma non solo i testi religiosi erano importanti. Anche l'atto dello scrivere in ambito religioso assunse importanza particolare. Non foss'altro perché i sacerdoti iniziarono a servirsi per codificare la tradizione e per lasciare memoria dei loro rituali, nonché, in una dimensione artificialista, per fissare le regole del culto<sup>28</sup>. Così faranno i *Pontifices* con i loro complessi rituali religiosi e così gli *Arvales*, i *Salii* e gli *Augures*<sup>29</sup>. È per questa via che si assistette a un progressivo distacco della scrittura dalla cultura oracolare che l'aveva prodotta, senza che se ne attenuasse la forza normativa<sup>30</sup>.

Non era però solo la scrittura profetica a esser dotata della *mentis vis* di vincere la realtà. Anche la scrittura del diritto condivideva questa forza<sup>31</sup>, istituendo un rapporto tra diritto, oralità e magia<sup>32</sup>. Sfera religiosa e sfera giuridica erano nel mondo antico un tutt'uno difficile da districare. Si ricorse alla scrittura dapprima allo scopo di conservare memoria degli obblighi reciproci che gli uomini contraevano tra di loro. L'atto giuridico, il *negotium*, delle società a cultura orale imponeva gesti simbolici sotto lo sguardo della divinità e in presenza di testimoni. Fu proprio tale ritualità a essere memorizzata dalla scrittura, richiedendo che l'atto portasse l'impronta del gesto simbolico che aveva vincolato tra di loro i contraenti. Così era avvenuto presso le popolazioni mesopotamiche, che definivano

"bocca" la testimonianza riportata nella tavoletta e ritenevano che essa dovesse essere "ascoltata"<sup>33</sup>.

L'introduzione della scrittura in questi spazi di ritualità orale non fu facile, i Romani furono restii ad accoglierla nel campo delle obbligazioni. La *stipulatio*, la forma contrattuale per eccellenza, mantenne a lungo il suo carattere orale di scambio di formule sacre e l'introduzione di forme scritte di registrazione dei contratti avvenne piuttosto tardi nel corso del basso impero. Al contrario, presso i Greci l'introduzione di registri "notarili" avvenne presto, favorendo la nascita di una nuova categoria di scrivani dipendenti dai pubblici poteri, che ne favorirono il predominio<sup>34</sup>.

L'introduzione della scrittura nel campo del diritto è dunque segnata da stretti legami con la sfera religiosa<sup>35</sup>. Circondata di un'aura di sacralità, la legge è *ratio summi Iovis simul cum mente Pivina*, eterna e trascendente *ut illa divina mens*<sup>36</sup>. Proprio per questa sua ascendenza divina<sup>37</sup>, la legge fu affidata alla gestione divinatoria dei *Pontifices*, che possedevano le competenze per decifrarla<sup>38</sup>.

Il carattere già sacro del diritto orale, basato su formulari e detti privi di sistematicità, condusse dunque col tempo, come nella sfera religiosa, a attribuire un elevatissimo significato simbolico alla scrittura delle regole<sup>39</sup>. Almeno nelle sue forme iniziali, la scrittura di regole era intesa come trascrizione di regole discendenti dalla divinità, direttamente o per via consuetudinaria<sup>40</sup>. La scrittura del diritto, in quanto trascrizione di regole consuetudinarie, manteneva così un ampio residuo di oralità<sup>41</sup>. Permanevano in essa – o le si riconoscevano, sarebbe meglio dire – caratteri propri della cultura sacra orale, ovvero

la stessa forza performativa delle formule magico-religiose<sup>42</sup>.

Le già ricordate Leggi delle XII tavole che, nel V secolo a.C., furono la prima redazione scritta di leggi romane, replicando il modello delle Leggi di Solone<sup>43</sup>, almeno secondo una tradizione riportata da Livio e da Cicerone<sup>44</sup>, esemplificano gli stretti legami tra scrittura, sacralità e diritto<sup>45</sup>. Tali leggi altro non erano che la trascrizione di antichi *mores*<sup>46</sup>, voluta dalla plebe, all'inizio dell'età repubblicana, per contrastare gli abusi nell'amministrazione della giustizia commessi dai patrizi<sup>47</sup>. Come ogni altro testo sacro, esse erano destinate a non subire variazioni di sorta e ad essere esposte in pubblico<sup>48</sup>. Lo stesso Cicerone ricordava che le Leggi delle XII tavole venivano imparate dai bambini *uti carmen necessarium*<sup>49</sup>. Del resto la loro stessa formulazione aveva i caratteri di una prosa ritmica<sup>50</sup>.

L'intenzione politica con cui furono redatte quelle leggi era ancora di garantire la certezza del diritto<sup>51</sup>. La loro scrittura le avrebbe rese "indiscutibili" e perciò vere<sup>52</sup>. Questa ambizione politica è innegabile e ispirerà ogni successivo tentativo di stabilire regole attraverso la scrittura. Con il trascorrere del tempo, tuttavia, il significato delle Leggi delle XII tavole divenne più incerto e di più difficile intendimento e di nuovo nella piena disposizione dei suoi interpreti autorizzati: i sacerdoti<sup>53</sup>. Restò fermo per contro il carattere di sacralità che si era addensato intorno alla loro "scrittura". Anche quando era solo ricognitivo di regole trasmesse dalla tradizione, il momento della scrittura aveva la pretesa, oltre che di fissare il passato, di controllare e orientare il futuro. Anche se la scrittura, per il suo stesso carattere artificiale e riflessivo, modificava il contenuto delle regole, ovvero

introduceva nuovi elementi regolativi che superavano il passato, pur non prescindendone.

Non è forse possibile connettere a questa origine antica anche alcune caratteristiche del diritto nella sua veste moderna e finanche contemporanea? Basta, per rispondere affermativamente, ricordare il ruolo che la scrittura, con la sua artificialità, ha assunto nel passaggio dalla concezione medievale della legge come costume immemorabile, radicato nella tradizione – espressione di una legge naturale superiore, che può essere scoperta, ma non creata – alla concezione moderna della legge quale atto politico posto coscientemente e registrato in forma scritta<sup>54</sup>.

## 2. La scrittura delle costituzioni in epoca moderna

Il carico di significati magico-sacrali proprio della scrittura del diritto nel mondo antico non è affatto destinato a decadere in epoca moderna, specie riguardo ai momenti costituenti, quando sono elaborate le regole fondamentali di un ordinamento<sup>55</sup>. A partire dal XVIII secolo le costituzioni sono essenzialmente costituzioni scritte<sup>56</sup>. In quanto tali sono prodotto degli eventi che le hanno precedute<sup>57</sup>, ma c'è motivo di ritenere che si giovino della forza simbolica ancestrale propria della scrittura magico-sacrale<sup>58</sup>, che contribuisce a conferire loro sia la capacità performativa in grado di superare la "crisi", sia una forza normativa tale da prevenire e regolare eventuali crisi future<sup>59</sup>.

Differentemente però dal mondo antico, la scrittura, almeno a partire dal XVII

secolo, non è più uno strumento che cristallizza, almeno temporaneamente, le regole della convivenza e ne attribuisce la custodia a interpreti legittimi in grado di imporsi come i custodi della comunità e di fatto i suoi controllori. La scrittura del diritto assume piuttosto una funzione egualitaria, poiché diviene prima di tutto strumento di trasparenza costituzionale che rende il diritto conoscibile dalla collettività, chiamata a leggere, comprendere e riconoscersi nel testo scritto<sup>60</sup>. È la domanda di certezza in nome dell'eguaglianza che sembra prevalere su ogni altro aspetto<sup>61</sup>.

Così fu per la costituzione americana, così per le costituzioni francesi<sup>62</sup>. E questa fu anche l'ambizione di quei documenti che furono in Inghilterra gli antesignani più prossimi delle costituzioni rivoluzionarie: l'*Agreement of the People* (1647-1649) e l'*Instrument of Government* (1653). Il primo era un progetto di costituzione per un nuovo ordine che doveva scaturire dalla rivoluzione. Il secondo ebbe una portata più limitata e si impose come riforma del precedente assetto costituzionale. Entrambi furono elaborati – e scritti – proprio in quel paese che oggi è considerato l'emblema dei sistemi a "costituzione non scritta". Vale la pena quindi considerare in quali circostanze storiche questi documenti furono predisposti in cerca di ricorrenze con le pratiche più antiche.

L'*Agreement of the People* fu discusso nell'ambito dei dibattiti che ebbero luogo a Putney nell'autunno del 1647 verso la fine della rivoluzione, sotto l'influenza delle idee più radicali espresse dal movimento dei *Levellers*. Cosa finora inedita, esso si presentava come un progetto – scritto, appunto – di costituzione fondato sulla volontà popolare. Contro ogni minaccia di potere

arbitrario esso avanzava l'idea di un patto da sottoscrivere in quel momento storico dal popolo inglese. Esso per la prima volta disegnò l'immagine di una comunità di popolo, fondata sulla libertà individuale e sul diritto dei cittadini di partecipare al governo, di cui il Parlamento avrebbe dovuto essere portavoce e giammai tiranno<sup>63</sup>.

Pur rivelatosi, com'è noto, fallimentare, il progetto dei *Levellers* appartiene a pieno titolo alla vicenda del costituzionalismo moderno, alla luce della sua ambizione di decretare attraverso la scrittura il superamento della costituzione precedente, considerata ormai inadeguata, e verso la quale era venuta meno ogni deferenza. Il progetto di riforme costituzionali contenuto nell'*Agreement* indicava nell'esercito di Cromwell, il *New Model Army*, al contempo testimoniando la stringente analogia tra sfera religiosa e sfera politica: i principi organizzativi delle sette cui i *Levellers* appartenevano, in particolare l'idea di *covenant*, ovvero di patto religioso, ne erano la trama di quel testo<sup>64</sup>, che voleva dar luogo a una nuova costituzione fondata sul pieno riconoscimento dei diritti e delle libertà degli inglesi.

Accompagnava il testo dell'*Agreement* un appello rivolto al *freeborn people of England* che ne chiariva la portata costituzionale. Tale appello rivendicava la necessità di redigere per iscritto un patto allo scopo di fissare i diritti naturali del popolo poiché: «No Act of parliament is or can be unalterable, and so cannot be sufficient security to save you or us harmless from what another parliament may determine if it should be corrupted»<sup>65</sup>. L'ambizione dei *Levellers* era di sottoscrivere una costituzione destinata a durare, espressione di un artificialismo innovativo, ma impregnato dai princi-

pi del diritto naturale. La forma scritta era la strada per raggiungere l'obiettivo<sup>66</sup>.

Redatto nel dicembre 1653, il successivo *Instrument of Government* è ancor oggi ricordato come la prima vera costituzione scritta della storia moderna. Esso coronava una serie di riforme avviate dopo l'esecuzione di Carlo I, che intendevano rimuovere per via parlamentare le istituzioni della tradizione e che si inserivano in un processo di rinnovamento "legale", e formalmente non rivoluzionario, dell'ordinamento costituzionale. Il 6 febbraio, immediatamente dopo la monarchia, fu abolita l'*House of Lords*. Ancora pochi giorni e fu approvato un *Act* con il quale si cambiava il nome di *King's Bench* in *Upper Bench* e poi un atto con cui si sostituiva la parola "re" nei documenti pubblici con la formula, ricca di significato, di *Keepers of the Liberties of England*. Il 13 febbraio le funzioni del re furono attribuite a un Consiglio di stato composto da quaranta membri, di cui trentuno parlamentari, e il 10 marzo il Consiglio elesse il suo primo presidente. Il 19 marzo fu approvato un *Act* con cui si dichiarava che l'Inghilterra era *a Commonwealth or Free-State*. Il 15 dicembre del 1653, superando le resistenze del Parlamento, Cromwell giurò come *Lord protector* e fu pubblicato l'*Instrument of Government*. Il suo autore era quello stesso John Lambert, generale del *New Model Army*, che nel 1647 aveva redatto le *Heads of Proposals*, che delineavano una riforma costituzionale moderata e alternativa al progetto radicale dell'*Agreement*.

Guardando indietro si può perciò legittimamente sostenere che l'idea di "scrivere" una costituzione e "codificare" un insieme di norme giuridiche regolative della convivenza collettiva nascesse in quei frangenti e che le prove generali di una co-

dificazione costituzionale si fecero proprio nella patria della costituzione non scritta. Oltre che frutto della visione del legame tra gli uomini maturata negli ambienti riformati<sup>67</sup>, e degli intenti di razionalizzazione dell'apparato decisionale del *Rump Parliament*<sup>68</sup>, questa idea corrispondeva a una concezione antica della scrittura delle leggi.

Le parole più usate per indicare una costituzione scritta erano: *covenant*, *agreement*, *instrument*, *model*, *paramount law*<sup>69</sup>. Con essa si voleva superare l'idea di una costituzione consegnata dalla tradizione, non più ritenuta in grado di regolare una società in profonda trasformazione. È un'idea, quest'ultima, persistente anche quando il progetto assunse le forme più smussate, ma pur sempre artificialiste, sia delle *Heads of Proposals*, sia dell'*Instrument*<sup>70</sup>.

Di fronte alla crisi politica, costituzionale, sociale che aveva investito il paese, e provocato una drammatica guerra civile, culminata nell'esecuzione del sovrano, le nuove condizioni del vivere comune andavano messe per iscritto, istituendo una norma in grado di dare un futuro pacifico alla vita dello Stato. Saranno poi la costituzione francese e quella americana del secolo successivo, sotto l'influenza del pensiero illuminista, a imprimere definitivamente al costituzionalismo moderno la sua veste inclusiva, tramite un patto fondativo, ovvero un impegno, volto a garantire i diritti e le libertà individuali insieme alla separazione – e limitazione reciproca – dei poteri<sup>71</sup>. Solo in quest'ultima prospettiva le costituzioni scritte moderne rappresentano una rottura di continuità e assolvono ad una "funzione polemica di negazione del passato"<sup>72</sup>.

L'idea di una scrittura che razionalizza le regole più alte della vita collettiva trove-

rà un'esemplare formulazione esplicita nel 1803 in America nella sentenza *Marbury vs. Madison* redatta dal *Chief Justice* John Marshall. Il testo è noto ai costituzionalisti, perché è con esso che si vuole sia stato introdotto negli Stati Uniti il giudizio di costituzionalità sulle leggi<sup>73</sup>. In questa sede conviene citarlo per come argomenta la superiorità della *written constitution*.

La premessa filosofica da cui muovono le parole di Marshall è che esista un diritto originario del popolo a fissare "for their future government, such principles as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness". L'esercizio di un tale diritto costituisce un grande "sforzo" dal carattere necessariamente straordinario che "nor can it nor ought it to be frequently repeated". E poiché si tratta di principi fondamentali e tendenzialmente permanenti, decisivo per Marshall è il ruolo della scrittura:

The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing.

La supremazia della costituzione è fondata sul metodo della codificazione costituzionale e quindi proprio sul fatto che la costituzione è scritta. L'alternativa, secondo Marshall, sta tra il considerare la costituzione come norma superiore e immodificabile con mezzi ordinari o considerarla come una legge ordinaria e quindi modificabile. Se si dovesse accogliere questa seconda impostazione, allora la scrittura sarebbe superflua: "written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable". Ma la costituzione vuole essere una norma superiore:

certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void.

In quanto tale, la costituzione deve essere un documento scritto:

this theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered by this court as one of the fundamental principles of our society.

Le parole e l'argomentazione di Marshall hanno toni tutt'altro che radicali e anzi sembrano voler ribadire concetti su cui non poteva esservi disaccordo<sup>74</sup>. In ogni caso, è proprio sulla scrittura che si fonda la supremazia della costituzione, la quale – conviene forse ricordarlo – essendo espressione di un diritto originario a darsi regole fondamentali e permanenti, non solo per Marshall va scritta, ma non va neppure cambiata con troppa disinvoltura<sup>75</sup>.

### 3. Il ruolo della scrittura nella costituzione inglese

Nella ricostruzione corrente dell'esperienza costituzionale inglese si sottolinea di regola l'assenza di una testo fondamentale scritto<sup>76</sup>, oltre al sostanziale rifiuto del diritto romano come modello giuridico<sup>77</sup>. Non si vuol sostenere così che una costituzione manchi, ma che essa ha connotati differenti rispetto alle successive esperienze americane e continentali e che un diverso ruolo nella definizione dell'ordinamento è riconosciuto a consuetudini, convenzioni e finzioni giuridiche<sup>78</sup>.

Si afferma quindi che la costituzione inglese avrebbe carattere essenzialmente consuetudinario ed evolutivo<sup>79</sup> e che la sua portata normativa sarebbe effetto in primo luogo del suo radicamento nel tempo<sup>80</sup>. Rispetto alle costituzioni rivoluzionarie parrebbero delinearsi due modelli di costituzione contrapposti: uno storico e uno astratto, una costituzione spontanea e organica e una costituzione riflessa e artificialmente costruita. Sarebbe caratteristica propria della costituzione inglese un processo evolutivo e adattivo per il quale «la novità di ogni idea e di ogni istituto... consiste, in tempi diversi e successivi, nel grado diverso e relativo di perfezione»<sup>81</sup>. Le costituzioni rivoluzionarie viceversa sottolineano la rottura con il passato, la soluzione di continuità, l'assoluta assenza di legami con la storia precedente<sup>82</sup>.

Ma ciò non è rispondente al vero, perché pure la costituzione inglese riconosce un ruolo a documenti scritti di valore indiscutibilmente costituzionale<sup>83</sup>. Come altrove, in nome della certezza, nei momenti in cui si sono accesi conflitti sociali e si sono aperte fratture politiche profonde, che non sono mancati sebbene la storiografia, specie quella evolutiva di impronta *whig*, li abbia spesso sottovalutati<sup>84</sup>, si è fatto ricorso alla scrittura.

Il rapporto tra testi scritti, consuetudini, convenzioni e interpretazioni nel caso inglese è di più difficile intendimento. La mancanza di un testo costituzionale unitario, gerarchicamente sovraordinato, impone di definire in termini funzionali — anziché in termini formali — ciò che è parte dell'ordinamento costituzionale<sup>85</sup>. Così un atto scritto, una consuetudine o una convenzione sono considerati in ragione di ciò che prevedono, piuttosto che in conside-

razione dei caratteri formali che li distinguono dalle leggi ordinarie. Ciò non toglie che una costituzione in Inghilterra esista. Come rilevava Albert V. Dicey, alla fine del XIX secolo, sono parte della costituzione inglese «all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state»<sup>86</sup>. A ben pensarci, tuttavia, un simile modo di intendere la costituzione è non troppo distante da quelle riflessioni che, nei sistemi a costituzione codificata, hanno dato rilievo alla vita concreta del sistema costituzionale e alle norme non scritte<sup>87</sup>.

Le costituzioni in forma di codice assolvono normalmente a tre funzioni: creare le istituzioni dello Stato, disciplinarne il funzionamento e regolare i rapporti tra esse e i cittadini<sup>88</sup>. Ma ciò non ne esaurisce il compito, perché esse fissano, esplicitamente o implicitamente, anche obiettivi ulteriori, esprimendo una qualche idea di "buon governo", condizionata sia dal contesto sociale e politico entro cui è stato esercitato il potere costituente, sia dalle pratiche successive alla sua entrata in vigore. Le costituzioni sono perciò anche un prodotto della politica, specie se la intendiamo, in senso platonico, come arte della tessitura<sup>89</sup>. Una definizione che tenga conto di questa duplice dimensione strutturale e funzionale lascia ovviamente spazio a ampie zone d'ombra. Nel caso inglese ciò fa sì che si sostenga ancor oggi, non a torto, che la costituzione britannica è indeterminata, perché non tutte le sue regole sono chiare e direttamente desumibili da un testo scritto unitario; che è indistinta, perché le leggi di rilievo costituzionale non hanno elementi formali che le distinguano dalle altre leggi: che è infine flessibile, perché non esiste nulla che non possa essere mutato dal Parlamento con un

suo atto ordinario<sup>90</sup>. Sono nodi, questi, che secondo alcuni potrebbero essere sciolti da una codificazione costituzionale<sup>91</sup>.

Val in ogni caso la pena rileggere alla luce di queste considerazioni, seppure per sommi capi, le tappe salienti dell'evoluzione costituzionale inglese, ponendo in risalto, attraverso la selezione di alcuni testi di rilievo costituzionale<sup>92</sup>, il ruolo che la scrittura vi ha assunto. Anche la storia inglese non manca di soluzioni di continuità e anche in essa si è sentito perciò il bisogno di ricorrere alla forza della scrittura come strumento per risolvere le crisi politiche e per regolare in modo "certo" i successivi sviluppi costituzionali.

Il concetto da cui si dipana l'esperienza costituzionale inglese è comune anche ad altri paesi europei nel corso del Medioevo: l'equilibrio fondato sulla distinzione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* instauratosi dopo la conquista normanna. Nello spazio del *gubernaculum*, com'è noto, il re governava il reame da solo. Unico vincolo alla sua volontà era la legge divina, la cui violazione non era però sanzionabile. Il sovrano era soggetto solo alla *vis directiva* del diritto naturale<sup>93</sup>: in tal senso doveva "governare bene", anche se non esistevano strumenti per far sì che ciò avvenisse<sup>94</sup>. Nell'ambito della *iurisdictio*, viceversa, il potere del re incontrava un limite invalicabile nel diritto positivo, da cui era vincolato sulla base del patto feudale. Le sue Corti di giustizia, compreso il Parlamento, erano chiamate a proteggere i diritti feudali sulla base della legge e non della sua volontà.

L'atto scritto attraverso cui furono fissati in modo chiaro i limiti della prerogativa regale, della sfera del *gubernaculum* rispetto alla *iurisdictio*, è solitamente ravvisato nella *Magna Charta* del 1215 e nelle

successive *Confirmatio Chartarum*<sup>95</sup>. Pure quest'atto, considerato da tutti fondamentale tanto nella storia costituzionale occidentale quanto nella specifica esperienza costituzionale inglese, fu appunto il prodotto di uno scontro politico. In una situazione di forte conflittualità tra re, impegnato ad ampliare la sfera del *gubernaculum*, e baroni, preoccupati di tutelare i propri diritti feudali, si decise di mettere per iscritto le regole consuetudinarie che avevano disciplinato sino a quel momento i reciproci rapporti e che ora sembravano in pericolo. Si tratta, secondo la tradizione consolidata della scrittura delle regole giuridiche, di un testo ricognitivo, che fu però, inevitabilmente, occasione per introdurre elementi di novità nell'ordinamento. Una delle novità più interessanti è costituita dall'art. 61, il quale prevedeva una sorta di tribunale chiamato a giudicare delle violazioni della *Charta*.

La "Commissione di resistenza", composta da 24 baroni insieme al *Lord Mayor* di Londra, aveva il compito di fare la guerra al sovrano nel caso in cui avesse violato il patto<sup>96</sup>. Le lotte intorno a questo documento culminarono nel 1297 nella *Confirmatio Cartarum* di Edoardo I, che sancì l'impegno definitivo del monarca a rispettare gli impegni presi con la versione del 1225, oltre che a leggerne il testo due volte l'anno innanzi al popolo. Contestualmente fu approvato lo Statuto *de tallagio non concedendo* con cui si stabiliva che ogni contribuzione dovesse essere adottata con l'assenso del Parlamento.

Fu di nuovo un atto scritto come l'*Act of Supremacy* del 1534, approvato sotto il regno del Enrico VIII, a segnare il distacco dalla dimensione universalistica dell'ordinamento medievale fondata sul rapporto tra

Chiesa e Impero. Ma furono gli eventi che seguirono a porre le premesse dello sviluppo costituzionale moderno. Nuovamente in un contesto di forte conflittualità costituzionale tra il re, intenzionato ad espandere la propria autonomia decisionale, e il Parlamento, preoccupato di tutelare le proprie prerogative, il richiamo alla forza della scrittura assunse particolare valore salvifico<sup>97</sup>. Così, attraverso l'opera di interpretazione di eminenti giuristi – basti ricordare la figura di Edward Coke – la *Magna Charta* si trasformò da strumento di garanzia dei diritti feudali in fondamento dei diritti e delle libertà inglesi contro ogni forma di arbitrio. Fu quindi presentata e accettata la *Petition of Right* del 1628<sup>98</sup>, che rivendicava “a fundamental propriety in his goods and a fundamental liberty of his person”. In essa si lamentavano anche le violazioni dei diritti avvenute in passato, ma soprattutto si stabiliva che tali violazioni non potevano costituire un precedente legale. Con lo stesso spirito saranno approvati, dopo la rivoluzione, l'*Habeas Corpus Act* del 1679, che ribadiva la garanzia medievale del suddito contro gli arresti arbitrari, e il *Bill of Rights* del 1688, che, ponendo un limite al potere del re, dichiarava i diritti e le libertà dei sudditi<sup>99</sup>.

Il principio costituzionale che si consolidò in questo modo è quello della *rule of law*, del “dominio della legge”<sup>100</sup>, la supremazia di quest'ultima tanto sul re, quanto sul Parlamento, seppure con un significato in parte diverso da quanto avverrà sul continente con la nozione di stato di diritto<sup>101</sup>. Nella ricostruzione di Coke la legge non era il prodotto della volontà di una maggioranza parlamentare, ma le *Houses* si limitavano a dichiararne il contenuto e a ricordarla attraverso atti scritti. Sarebbe stata,

quest'ultima, peraltro la funzione originaria dell'Assemblea degli Ottimati, precedente l'invasione normanna e antenata del Parlamento<sup>102</sup>, la quale svolgeva questo compito in quanto Alta e Autentica Corte di giustizia, la cui funzione era redigere testi in armonia con la *common law*<sup>103</sup>.

Lo spazio di intervento era apparentemente circoscritto. Al più le *Houses* colmavano lacune, in forma suppletiva con lo strumento degli statuti, così come il re interveniva con l'*equity*. I diritti non erano perciò riconosciuti dalla legge in via generale e astratta, ma erano protetti dai giudici in base alla *common law* e in base agli atti del Parlamento che la ricordavano<sup>104</sup>. Naturalmente l'intervento del Parlamento attraverso lo strumento della legge era destinato a creare una competizione con i giudici nella garanzia delle libertà. Fu proprio il *Bill of Rights* del 1688<sup>105</sup>, un documento scritto, che secondo i suoi redattori era solo ricognitivo di diritti originari<sup>106</sup>, che, al termine della Gloriosa rivoluzione, impose una serie di limiti al potere del sovrano, assegnando al Parlamento il controllo delle finanze ed escludendo il re dall'amministrazione della giustizia. Tale atto riconosceva tra le altre cose la libertà di parola e di discussione in Parlamento, il diritto di petizione, oltre a prescrivere elezioni regolari. Il testo riproponeva in forma di legge il documento con cui a Maria e Guglielmo d'Orange erano stati invitati a divenire sovrani inglesi al posto di Giacomo II.

L'importanza delle *Houses* in ogni caso cresceva. Un altro principio legato al primo prendeva forma: la *Supremacy of Parliament*. È già negli scritti di Coke che troviamo espressa l'idea di una distinzione tra lo *ius dare* e lo *ius dicere*, tra l'approvare una legge nuova e il dichiarare una legge vecchia<sup>107</sup>.

Sono di nuovo atti scritti che hanno accompagnato questa evoluzione a partire dalla rivoluzione. Dapprima furono approvati i diversi *Triennial Acts* (1641, 1664, 1694), sulla frequenza e durata dei Parlamenti, e successivamente l'*Act of Settlement* (1701), con cui il Parlamento regolò per la prima volta la successione del re, escludendo i "papisti" dal trono, mentre confermò l'istituto dell'*impeachment* nei confronti dei ministri, così chiamati a rispondere individualmente del loro operato. Fu poi il *Septennial Act* (1716) che prolungò la durata dei Parlamenti da tre a sette anni, sottraendola alla discrezionalità del re. Su queste basi, tra '600 e '700 si affermò il "dogma" dell'onnipotenza delle *Houses*, per il quale il Parlamento può far tutto tranne che trasformare l'uomo in donna, secondo la celebre espressione attribuita a Jean Louis De Lolme<sup>108</sup>.

A partire da queste riforme, emblematicamente "messe per iscritto", e anche attraverso ulteriori trasformazioni costituzionali che non furono accompagnate dall'approvazione di testi scritti, si configurò una monarchia costituzionale dualista. Prese in special modo forma il principio costituzionale della "separazione dei poteri". Sotto l'influenza della cultura rinascimentale, l'idea del *King in Parliament* assorbì l'antico tema dello Stato misto, come strumento di equilibrio e di stabilità, che prese poi, per la prima volta, nei *Due trattati sul governo* di Locke, la forma garantista del principio di separazione dei poteri, successivamente formalizzato e diffuso in Europa da Montesquieu con il capitolo "Della Costituzione dell'Inghilterra" dell'*Esprit des lois*.

Negli anni che seguirono la Gloriosa Rivoluzione il potere di direzione politica si

ripartì tra monarchia e Parlamento, legittimati a governare da fonti diverse: la prima dalla tradizione nazionale e il secondo dal popolo. Al re spettava il potere esecutivo e la prerogativa, mentre al Parlamento toccava il compito di fare le leggi. Si instaurava un sistema di pesi e contrappesi, il re partecipava al potere legislativo e il Parlamento votava le imposte. Per il potere giudiziario vale un discorso a parte poiché la sua separazione fu riconosciuta con un atto – scritto – di rilievo costituzionale quale l'*Act of Settlement*, che nel 1701 sancì l'immovibilità e l'indipendenza dei giudici delle corti di giustizia, *quam diu se bene gesserit*.

La tappa successiva nella trasformazione della forma di governo fu raggiunta quando l'esecutivo da collegio dei consiglieri di Carlo II – *Cabal* – si trasformò in organo distinto – *Cabinet* –, presieduto da un Primo ministro nominato dal re e politicamente responsabile per i suoi atti davanti alla Camera dei comuni, che gli concedeva la fiducia e poteva revocargliela. Ciò avvenne attraverso l'evoluzione del principio di origine medievale secondo cui il re non può sbagliare, che proprio al tempo della rivoluzione aveva assunto nuovo significato: non più che il re non può violare la legge, ma che tale violazione non può essere considerata atto del re ed è piuttosto responsabilità dei membri del Consiglio Privato, come mostrano i grandi processi per alto tradimento a partire dal terzo decennio del '600<sup>109</sup>.

La responsabilità dei consiglieri del re si era già delineata a partire dall'*Act of Settlement*, che stabiliva che l'esercizio delle prerogative regie dovesse avvenire all'interno del Consiglio privato e che tutte le decisioni dovessero essere firmate dai suoi membri. Altre convenzioni nel contempo si svilupparono: il principio di insindaca-

bilità degli *interna corporis acta*, che sanciva l'insindacabilità degli atti compiuti dal Parlamento, e la fine del veto reale, inteso come rifiuto di apporre il sigillo alle leggi del Parlamento<sup>110</sup>. A partire dal *Succession to the Crown Act* del 1707<sup>111</sup>, nell'ambito del *Privy Council*, si formò invece un collegio più ristretto, composto dai consiglieri titolari delle competenze più rilevanti, embrione del *Cabinet*, col compito di adottare le più importanti decisioni di governo. L'assenza del re dalle sedute – a partire dall'ascesa al trono di Giorgio I Hannover – divenne anch'essa convenzione costituzionale. In questo modo il Primo Ministro acquisì una posizione di raccordo tra re e Comuni, anche se solo successivamente la carica fu affidata all'esponente di maggior spicco o dei *Tories*, o dei *Whigs*.

Gli atti dell'esecutivo erano ancora di competenza regia: il re doveva acconsentirvi, anche se, in caso di mancato consenso, i ministri potevano minacciare le dimissioni e il Parlamento poteva appoggiare la loro posizione. In questa fase ancora non era tuttavia configurabile una responsabilità collegiale e politica dell'organo, ma solo una responsabilità giuridica dei singoli. Perché un esecutivo, distinto dalla Corona e legato da un rapporto di fiducia con il Parlamento, prendesse forma occorreva che fosse compiuto un ulteriore passo verso la collegialità e il carattere politico della responsabilità<sup>112</sup>.

Il processo, durato circa un secolo, con cui l'esecutivo si distaccò dal re e il potere decisionale si spostò entro il rapporto fiduciario sviluppatosi tra *Cabinet* e Parlamento, dando luogo a un modello monista, caratterizzato da istituzioni direttamente o indirettamente legittimate dal corpo elettorale, senza dubbio si fondò molto più su

convenzioni che su atti formali<sup>113</sup>. Ma a funzione della scrittura si era tutt'altro che esaurita. Non casualmente rivivrà tra fine '700 e inizio '800, negli anni della Rivoluzione francese e delle guerre napoleoniche, quando il ricorso alla legislazione scritta crebbe esponenzialmente. Sostenuta sul piano filosofico da pensatori come Jeremy Bentham e John Austin<sup>114</sup>, tale legislazione servì a introdurre grandi riforme legislative in sintonia con l'evoluzione socio-economica del paese<sup>115</sup>, le quali entrarono in concorrenza con il principio coevo del *Judge made Law*, affermatosi nell'ambito della *common law* contro gli orientamenti precedenti, che ritenevano che il giudice, anziché produrre legge, dovesse limitarsi a correggere le cattive interpretazioni<sup>116</sup>.

Ciò malgrado, le trasformazioni della forma di governo, influenzate delle modalità e dai tempi dell'allargamento del suffragio, avvennero consolidando convenzioni costituzionali non scritte. Nonostante i profondi conflitti sociali che segnarono il XIX secolo, lo sviluppo di quello che verrà poi chiamato il 'modello Westminster' ebbe un andamento progressivo. C'è da presumere che il processo sia stato adeguatamente governato dalle classi dirigenti, che non sentirono il bisogno nemmeno di sanzionare per iscritto la ridefinizione dei rapporti tra Parlamento e esecutivo: quella revisione che fece del secondo, stando a una celebre definizione, "the leading committee of Parliament".

In compenso, fu proprio la scrittura a accompagnare a livello costituzionale l'introduzione di principi che si stavano diffondendo negli altri paesi europei attraverso le costituzioni codificate e le consuetudini e convenzioni che si sviluppavano a partire da esse<sup>117</sup>. In particolare,

furono proprio le riforme "scritte", denominate *Representation of the People Act*, susseguitesi dal 1832 al 1928, che sancirono l'evoluzione democratica del sistema: Tali *Acts*, che estesero progressivamente il diritto di voto, favorirono la politicizzazione delle contese elettorali, fondata non più su contrapposizioni tra notabili, ma tra partiti e programmi politici. In pari tempo, i partiti vennero strutturandosi su scala nazionale, dandosi non solo dei programmi, ma anche una disciplina interna<sup>118</sup>.

Col nuovo secolo invece, fino all'inizio del XXI secolo, per introdurre alcune importanti innovazioni di ordine costituzionale nel XX secolo e nella prima parte la scrittura verrà utilizzata largamente, accompagnando sia la nascita, sia oggi forse la crisi, del cosiddetto Stato costituzionale. Nella storia costituzionale del Regno Unito le due guerre mondiali, e l'ingresso nella Comunità e quindi nell'Unione europea sono stati momenti altamente drammatici nei quali il ricorso alla scrittura è apparso di nuovo necessario, revocando in dubbio il carattere non scritto della costituzione inglese.

Con il *Parliament Act* del 1911 (cui seguì poi quello del 1949) la Camera dei Lords fu privata del potere di veto sulle leggi di spesa, in omaggio al principio '*no taxation without representation*', riconoscendole esclusivamente un veto sospensivo sui *Public Bills*. Con lo stesso *Act* fu ridotta la durata massima della legislatura parlamentare da sette a cinque anni. Nel 1920 fu approvato il *Government of Ireland Act*, che sancì l'indipendenza dell'Eire, consentendo del pari la creazione di istituzioni di autogoverno locale in Irlanda del nord. Nel 1931 fu approvato lo *Statute of Westminster*, che mitigò il principio della sovranità parlamentare,

ponendo vincoli al potere di legiferare per i *dominions* e poi per i paesi del *Commonwealth*. Nel 1937 il *Ministers of Crown Act* riconobbe la carica di *leader* dell'opposizione, attribuendo al suo titolare uno stipendio e legittimando di fatto la funzione costituzionale dei partiti. Nel 1947 il *Crown Proceedings Act* rimosse l'immunità della Corona, consentendo di chiamarla in giudizio a titolo di responsabilità civile, mentre il *Life Peerages Act* del 1958 ha abolito il principio secondo cui solo pari ereditari, al di fuori di quelli di diritto e dei vescovi, possono sedere alla Camera dei Lords. L'*European Communities Act* del 1972 ha vincolato l'azione del Parlamento imponendo la diretta applicabilità delle norme comunitarie e di fatto ha attribuito una preminenza alla legislazione comunitaria. Nel 1975 il *Referendum Act* ha stabilito la possibilità di indire referendum a livello nazionale su questioni di particolare importanza. A livello europeo l'approvazione dell'Atto unico europeo nel 1986 ha inciso anch'esso sulla costituzione tramite l'ampliamento in sede europea del ricorso al voto a maggioranza qualificata. Ulteriori trasformazioni sono avvenute con la *devolution* a favore della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord dove sono state istituite autonome assemblee legislative<sup>119</sup>, mentre lo *Human Rights Act* del 1998 ha incorporato nel diritto interno i diritti dell'Europa comunitaria.

È comunque nell'ultimo decennio, quando il Regno Unito ha stretto considerevolmente i suoi legami con l'Europa, e quando sono emerse tensioni centrifughe ne hanno messo in discussione l'unità, che si è assistito a un'ulteriore crescita del ricorso alla scrittura per "fissare" regole costituzionali contese o per introdurre riforme ordinamentali. Nel 2005 è stato

approvato il *Constitutional Reform Act*, che ha introdotto una Corte suprema<sup>120</sup>. Nel 2010 è invece entrato in vigore il *Constitutional Reform and Governance Act*, il quale, “mettendo per iscritto” precedenti convenzioni, ha introdotto una serie di importanti norme su diverse materie tra cui il pubblico impiego (parte I), la ratifica dei trattati (parte II), lo status economico e fiscale dei parlamentari. Quest’ultimo *Act* ha inoltre disposto l’abbassamento da trenta a vent’anni del periodo massimo di tempo durante il quale si può opporre il segreto di Stato (parte VI) e, infine, nella parte VII, ha introdotto disposizioni eterogenee tra cui la modifica della parte III dell’*Act of Settlement*, ma anche nuove regole in materia di conteggio di voti.

Un ultimo documento merita di essere ricordato per le importanti conseguenze che potrebbe avere sulla forma di governo: il *Fixed Term Parliament Act*, promulgato il 15 settembre del 2011. Tale atto ha scardinato le precedenti convenzioni costituzionali fissando il termine di durata di ogni legislatura, il modo in cui calcolare la data per procedere a nuove elezioni (art. 1 e 3), la disciplina della sfiducia, oltre che i casi di elezioni anticipate (art. 2), e infine la procedura dello scioglimento della Camera dei comuni (art. 3). In precedenza, la durata della Camera dei comuni era stata regolata dal *Septennial Act* (1715), che fissava la durata del Parlamento in sette anni, dal *Parliamentary Act* (1911), che la riduceva a cinque. Mentre non avevano invece una disciplina legislativa i casi di scioglimento anticipato e il rapporto di fiducia<sup>121</sup>. Questa riforma è intervenuta su entrambi i fronti, irrigidendo le scadenze di consultazione dell’elettorato e limitando le ipotesi di scioglimento<sup>122</sup>.

### Conclusioni

In queste pagine si è cercato di ricostruire l’antico rapporto tra scrittura, diritto e costituzione. Una costante di tale rapporto, come abbiamo detto, sta nel fatto che la scrittura del diritto, almeno nella sua dimensione originaria, serviva a fissare le regole della convivenza in situazioni di conflitto. Queste ultime sono per lo più il prodotto di ridefinizioni dello spazio collettivo che ne mettono in discussione le pratiche. Nelle situazioni di stabilità tendono, al contrario, a prevalere regole irriflesse di tipo consuetudinario. Nei momenti in cui le tensioni sociali e politiche si fanno più acute la scrittura ha una funzione pacificatrice, che in una qualche misura discende dalla sua originaria dimensione magico-sacrale. La scrittura stabilizza e sancisce una discontinuità in grado di far sì che la vita politica possa riprendere a scorrere nel quadro certo disegnato dalle nuove regole. In questa dimensione sono riconoscibili l’elettiva affinità tra scrittura e costituzionalismo, inteso come corrente di pensiero focalizzata sull’idea del governo della legge e quindi sul convincimento che un buon governo possa esistere solo quando esiste un corpo di regole stabili e durature applicate a tutti<sup>123</sup>.

Segnate dal progressivo espandersi dell’azione dello Stato e dal superamento della logica dello status, le vicende della modernità hanno rimodulato e arricchito l’idea di governo della legge, indicando in vario modo come darle effetto. A partire dal XVII secolo la parola “costituzione” è riemersa dalle oscurità della storia e ha iniziato nuovamente a essere utilizzata per descrivere la struttura profonda del corpo politico riappropriandosi via via di un

carattere normativo analogo a quello che ricorreva nell'uso che ne aveva fatto la filosofia antica<sup>124</sup>. Questo carattere si è consolidato con l'acquisizione del significato di legge fondamentale e permanente, riferita di volta in volta a un costume immemorabile o a principi di ragione, giustizia ed equità, discendenti dalla legge naturale.

Furono le rivoluzioni borghesi a attribuire al costituzionalismo la sua veste di corrente di pensiero riflessiva, avente a oggetto prevalente le costituzioni "scritte". La stipula di accordi costituzionali e la scrittura di costituzioni, che esprimono la volontà dei gruppi costituenti di abbattere un ordine precedente e darsi regole comuni, fondamentali e permanenti è stato il presupposto della nascita dei governi costituzionali<sup>125</sup>. Non è un caso che il valore assunto dai documenti costituzionali nel corso degli ultimi due secoli sia notevolmente cresciuto a discapito della tradizione costituzionale consuetudinaria<sup>126</sup>.

Nella lunga storia dei legami tra scrittura e diritto ciò che sembra essere variato è l'intensità del momento. Lo scopo minimo che storicamente la scrittura ha perseguito è la certezza, che costituisce la "specificità etica del diritto"<sup>127</sup>. Attraverso la scrittura si è inteso fissare stabilmente le regole contese, che in precedenza erano di tipo consuetudinario, rendendole immediatamente riconoscibili. D'altro canto, alla scrittura del diritto, in quanto registrazione a fini di conservazione, si sono dischiuse con il tempo possibilità regolative e innovative proiettate verso il futuro. Latente è anche da sempre l'aspirazione a rendere tutti uguali innanzi al diritto scritto<sup>128</sup>.

Ma la scrittura ha avuto anche un fine più alto<sup>129</sup>: segnare una discontinuità col

passato conferendo massimo valore rituale e simbolico al gesto costituente nella sua dimensione performativa e creativa di un ordine non solo nuovo o rinnovato<sup>130</sup>, ma che si vuole destinato a durare<sup>131</sup>. Tale funzione è particolarmente evidente allorché si volle regolare *ex novo* l'intera vita collettiva mediante la stesura di una carta costituzionale, superando le precedenti concezioni consuetudinarie della costituzione<sup>132</sup>. È proprio tale scrittura che ha portato, e porta dentro di sé, con maggior forza, quella dimensione magico-sacrale che ha accompagnato la nascita del diritto scritto<sup>133</sup>. La memoria non può non andare alla sacralità che circonda la costituzione americana, ancor oggi intesa come il primo motore, non immobile, della società americana.

Si può pertanto concludere che le costituzioni moderne sono un prodotto di culture fondate sulla scrittura, dove le consuetudini hanno un ruolo, ma sempre legato alla presenza di testi scritti. Se la tradizione costituisce un principio di legittimazione, la scrittura costituzionale mantiene pertanto il suo antico significato salvifico<sup>134</sup>. Non è registrazione del passato, ma sancisce e consacra scadenze storiche nevralgiche, ove si distingue tra un prima e un dopo. La parte scritta della costituzione svolge una alta funzione normativa – benché più magico-sacrale – che trascende il contenuto specifico delle regole che la compongono e che in grado di orientare i processi politici.

Il caso inglese, pur con la sua specificità, ne è conferma e la distanza con le esperienze continentali, considerata da questo punto di vista si rivela più ridotta. Pur se la definizione dell'ordine costituzionale discende da una pluralità di elementi, in larga parte non scritti, esistono regole di rilievo

costituzionale scritte che sono state in grado di influenzare la politica costituzionale e la conseguente produzione di consuetudini e convenzioni costituzionali<sup>135</sup>. Le specificità non vanno certo sottovalutate, tanto che l'opportunità di scrivere una vera e propria costituzione è talora evocata nel Regno Unito, ma la sua mancanza non è stata finora ritenuta decisiva<sup>136</sup>.

Non vi è una carta costituzionale codificata, ma vi sono regole scritte che cercano e hanno cercato di rispondere agli scopi propri della scrittura del diritto e delle costituzioni. Anzi, tali regole, proprio per la loro scrittura, come argomentato in un contesto diverso dalla sentenza del giudice Marshall, hanno soddisfatto, almeno in parte, l'esigenza di un nucleo normativo forte e imm modificabile nel tempo e perciò dispongono di un surplus di forza normativa rispetto alla produzione "ordinaria" delle leggi<sup>137</sup>. Questo del resto è ciò che rende una costituzione rigida. Non la procedura di revisione<sup>138</sup>.

Non è fuori luogo ricordare, a ulteriore conferma di questa conclusione, che nel tentativo di impedire l'espansione dei

poteri regali oltre i limiti fissati dalla costituzione il Parlamento inglese, nel 1642 con le *Nineteen Propositions* introdusse un controllo – sulla base "costituzionale" della *Petition of Rights* e di altri testi normativi parlamentari – sui giudici e sui membri del Consiglio privato, riconoscendo a queste regole scritte una forza normativa superiore<sup>139</sup>.

D'altra parte, alla luce della sua persistente e ininterrotta evocazione, pure in Inghilterra esiste un atto scritto intorno al quale si coagula una forza normativa superiore. È la *Magna Charta*, la cui valorizzazione simbolica e le cui continue reinterpretazioni, iniziate con l'opera di Edward Coke, che, alla vigilia della Rivoluzione, volle adattarla alle necessità dello Stato moderno in gestazione, tuttora perdurano non solo in Inghilterra, ma finanche negli Stati Uniti, la patria simbolica della prima codificazione costituzionale moderna<sup>140</sup>.

<sup>1</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in «Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica», n. 2, 1997, p. 103; si veda anche Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 8 ss.

<sup>2</sup> Anche nel dibattito politico recente si attribuisce alla scrittura delle regole costituzionali forza salvifica. In Italia da tempo la si invoca come passaggio necessario per risanare il paese. Coerentemente, si prova a ac-

compagnarlo con la ritualità necessaria a conferirgli un sovrappiù di autorità. Dopo l'istituzione di tre commissioni "bicamerali", l'ultimo esempio è stata la convocazione nel 2013 di una commissione di saggi per predisporre la revisione costituzionale. Più dubbia è la retorica intorno alle proposte ultimissime di modifica, che ha fra l'altro istituito un singolare nesso tra riforme costituzionali e esigenza di risparmiare: cfr. P. Violante, *Editoriale*, in «InTrasformazione. Rivista di

storia delle idee», 1, III, 2014.

<sup>3</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 145-148.

<sup>4</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 332-334.

<sup>5</sup> Sembra sottolineare al contrario la scarsa importanza della scrittura nella qualificazione di un "sistema costituzionale" Q. Camerlengo in *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 54.

- <sup>6</sup> Anche in Italia questa ricostruzione è prevalente: cfr. A. Torre, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- <sup>7</sup> A. Pace, *Presentazione* a J. Bryce, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, Milano, Giuffrè, 1998.
- <sup>8</sup> Concorda un celebre sociologo, per il quale la scrittura "amplia in modo smisurato il potenziale comunicativo della società oltre l'interazione tra i presenti, sottraendolo al controllo da parte di concreti sistemi di interazione. Senza la scrittura non è possibile realizzare la costruzione di complesse concatenazioni di potere nelle burocrazie politico-amministrative, né tanto meno è possibile il controllo democratico del potere politico": cfr. N. Luhmann, *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore, 1979, p. 4.
- <sup>9</sup> W.J. Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 23 ss.
- <sup>10</sup> J. Goody, *Il potere della tradizione scritta*, Torino, Bollati Boringhieri, 2002, p. 9.
- <sup>11</sup> Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 34.
- <sup>12</sup> Platone riteneva che la scrittura rendesse superfluo l'utilizzo della memoria e di fatto surrogasse il rapporto diretto tra gli uomini. La scrittura per lui sarebbe muta e rifiuterebbe il dialogo e il confronto: cfr. M. Vegetti, *Quindici lezioni su Platone*, Torino, Einaudi, 2003, pp. 53-65.
- <sup>13</sup> Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 121.
- <sup>14</sup> R. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, Genova, Graphos, 1996, p. 34.
- <sup>15</sup> A. Cevoloni, *Erynnerung. Evoluzione e semantica del diritto arcaico*, in Id. (a cura di), *Potere e modernità. Stato, diritto, costituzione*, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 170.
- <sup>16</sup> Goody, *Il potere della tradizione scritta*, cit., p. 33.
- <sup>17</sup> «C'è una verità nera della scrittura: la scrittura, per millenni, ha separato coloro che erano iniziati ad essa, cioè pochissimi, da quelli che non lo erano (la gran massa degli uomini), è stata il contras-
- segno della proprietà (tramite la firma) e della distinzione (ci sono scritture primarie, volgari, e scritture colte); ancor oggi, ogni fenomeno di padronanza, di secessione e, se così si può dire, di clandestinità, passa attraverso il possesso della scrittura»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., pp. 13-14, ma anche pp. 44-45 e pp. 47-48.
- <sup>18</sup> Questo avviene anche in contesti diversi da quello europeo: cfr. G. Schoeler, *Writing and Publishing on the Use and Function of Writing in the First Centuries of Islam Author(s)*, in «Arabica», XLIV, n. 3, 1997, pp. 423-435.
- <sup>19</sup> Se il mondo romano compì il passaggio decisivo nel distacco dalla cultura dell'oralità, la dimensione pubblica della città greca rimase sempre legata all'oralità. Basti ricordare l'importanza dell'assemblea come luogo di dibattito e del teatro come momento di riflessione sui valori fondanti della polis: cfr. M. Faraguna, *Tra oralità e scrittura: diritto e forme della comunicazione dai poemi omerici a Teofrasto*, in «Etica & Politica / Ethics & Politics», IX, n. 1, 2007, pp. 75-111.
- <sup>20</sup> M. Bettini, *Le riscritture del mito*, in G. Cavallo, P. Fedeli, A. Giardina, *Lo spazio letterario di Roma antica*, Vol I: *La produzione del testo*, Roma, Salerno Editrice, 1989, p. 22.
- <sup>21</sup> «A questo gesto di in-scrittione (qui occorre prendere il termine nel suo senso pienamente etimologico: tracciare all'interno stesso della materia minerale o vegetale) va ricollegato il divenire monumentale delle scritture antiche: il significato dell'iscrizione è, da un lato, che il tracciato non può essere ripreso, la lettera è irreversibile ... e, dall'altro, che la scrittura vale in eterno, solitaria, in sé, al di fuori di ogni lettura»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., p. 59.
- <sup>22</sup> Ong, *Oralità e scrittura* cit., p. 119. «Della magia — dice Barthes — noi non conserviamo che il peggio: la sua pretesa alla verità»: cfr. Barthes, *Variazioni sulla scrittura*, cit., p. 19.
- <sup>23</sup> H.J. Martin, *Storia e potere della scrittura*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 79.
- <sup>24</sup> In diverse culture si fa risalire l'origine della scrittura a figure del mito: Thot, Cadmo, Palamede, Simonide di Ceo, l'angelo Raziel, Kan-ji. Come ricorda Barthes in *Variazioni sulla scrittura*, cit., pp. 22 e 31.
- <sup>25</sup> G. Piccalunga, *I testi magico-sacrali*, in Cavallo, Fedeli, Giardina, *Lo spazio letterario di Roma antica*, cit., pp. 37-38.
- <sup>26</sup> Ivi, p. 39.
- <sup>27</sup> Non si può non ricordare sul tema J.L. Austin, *Come fare cose con le parole*, Milano, Marietti, 1987.
- <sup>28</sup> P. Catalano, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, Giapichelli, 1960.
- <sup>29</sup> Piccalunga, *I testi magico-sacrali*, cit., pp. 57-62.
- <sup>30</sup> Sul ruolo politico delle figure sacerdotali nel mondo romano si veda G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, Giapichelli, 1965, pp. 46-48.
- <sup>31</sup> Si pensi ai formulari delle *legis actiones*: ivi, pp. 140 ss.
- <sup>32</sup> C. Faralli, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, Clueb, 1992; J. Frazer, *Il ramo d'oro. Studio sulla magia e la religione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2012.
- <sup>33</sup> Conviene ricordare che Sumeri e Babilonesi per primi scrissero regole giuridiche riguardanti l'ordine sociale. Il diritto mesopotamico presupponeva un patto di dipendenza e pace tra monarchia e divinità e la sua finalità era la giustizia. Secondo le parole di Hammurabi, intorno al 1760 a.C.: «l'uomo oppresso che è implicato in un processo venga davanti alla mia statua, di me, re di rettitudine, e legga attentamente l'iscrizione della mia stele, ascolti le mie preziose parole. La mia stele lo illumini sulla sua contesa, scorga il suo diritto e il suo cuore

si slarghi e dica: 'Hammurabi è come un padre, che ha dato vita al suo popolo e si è sottomesso ai consigli di Marduk, suo signore'. Il codice di Hammurabi conteneva le regole dettate dal dio Sole Samas al sovrano, che rivendicava la sua funzione di giustiziere. Il testo regolava diverse materie e era espressione dell'unità politica tra popoli diversi: Sumeri, Babilonesi e Amorrei. Non si sostituiva però ai costumi, ma era ricognitivo di essi con lo scopo di uniformarli e di rendere il diritto certo e uguale per tutti: cfr. G. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario. Le antiche civiltà del Vicino Oriente e le origini del pensiero greco*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, pp. 231-238. Si veda anche Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., pp. 82-83. Il legame tra divinità, sovrano e legge era profondo, tanto che: «il rex più simile al sacerdote che al re in senso moderno, [era] colui che aveva autorità per tracciare i limiti della città e per determinare le regole del diritto»: cfr. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. II: *Potere, diritto, religione*, Torino, Einaudi, 1976, p. 291. Sul tema si veda ancora A. Momigliano, *Il Rex Sacorum e l'origine della repubblica*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 357-364.

<sup>34</sup> Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., p. 81.

<sup>35</sup> Sul rapporto tra diritto e scrittura nel mondo romano si veda G. Purpura, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino, Giappichelli, 1999.

<sup>36</sup> Cicerone, leg. II 9-11.

<sup>37</sup> Ciò che per i Greci è *nomos*, nel mondo orientale antico è la "parola" del sovrano ispirato dalla divinità. *Nomos* riprende l'accadico *nabum* che sta per "parlare", "decretare". In Palestina questa voce accadica si integra nell'ebraico *naba*, che vuol dire "parlare come profeta": cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., pp. 239-240 e 257-258 sull'idea diffusa nell'an-

tichità della legge come comando del sovrano che discende dalla divinità. «*Nomos* alle origini non è dunque la legge che ha per fondamento la volontà degli uomini, ma è emanazione della divinità e degli eredi degli dei sulla terra, i re»: ivi, p. 262. È, questa, un'interpretazione diversa da quella offerta da Carl Schmitt, il quale sostiene che *nomos* indica la «prima misurazione, da cui derivano tutti gli altri criteri di misura; la prima occupazione di terra, con relativa divisione e ripartizione dello spazio; la suddivisione e distribuzione originaria»: cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Milano, Adelphi, 1991, p. 54.

<sup>38</sup> A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, Einaudi, 2005, pp. 50-73. Ma anche F. Cordero, *Diritto*, voce per l'*Enciclopedia Einaudi*, IV: *Costituzione-divinazione*, Torino, 1978, pp. 896-897. Anche nella tradizione ebraica norme religiose e norme giuridiche coincidevano. Basti ricordare Mosè e i comandamenti.

<sup>39</sup> Cevolini, *Erynnerung. Evoluzione e semantica del diritto arcaico* cit., p. 172. Le leggi, che sono necessariamente "scritte" secondo l'etimologia di Semeraro, sono inizialmente trascrizioni dei *nomoi*, le parole divine che possono passare attraverso i re che esprimono un'ideale di giustizia. Cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 25, nota 26.

<sup>40</sup> Nel mondo greco i Thesmotheti avevano il compito di redigere per iscritto le consuetudini allo scopo di dirimere le controversie giudiziarie: cfr. Aristotele, *Ath. Pol.* III 4.

<sup>41</sup> Muovendo da una concezione restrittiva di regola giuridica non è mancato chi abbia peraltro sostenuto che la legge nasca, nel mondo greco, con la codificazione scritta nel VII sec. a. C. Omero ed Esiodo esprimerebbero solo regole di comportamento sociale, cui sarebbe errato attribuire i caratteri della giuridicità: cfr.

Faraguna, *Tra oralità e scrittura* cit., p. 78.

- <sup>42</sup> K. Olivecrona, *Linguaggio giuridico e realtà*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 239-283. Sul rapporto tra formule magiche orali e *iur* si veda F. Gallo, *Studi sulla distinzione tra "res Mancipi" e "res nec Mancipi"*, Torino, Giappichelli, 1958.
- <sup>43</sup> Per il mondo greco possiamo osservare che a partire dal VII, col crescere delle città, crebbe la domanda di regole certe. La memoria non può non andare a figure come quella di Licurgo per Sparta e di Dracone per Atene, la cui opera fu ricognitiva di costumi ancestrali, che ancora erano considerati le regole giuridiche preminenti. Il contesto era prevalentemente quello di una cultura orale, tanto che Plutarco riporta nelle sue *Vite parallele* la notizia che Licurgo arrivò a vietare le leggi scritte. Il ribaltamento tra costume e legge scritta è legato alla figura di Solone, che, attraverso la riforma timocratica, volle realizzare l'eunomia, di cui troviamo menzione nel celebre discorso pronunciato nel 594 a. C. ad Atene: cfr. Martin, *Storia e potere della scrittura*, cit., p. 83.
- <sup>44</sup> Sui legami con le antiche istituzioni dettate dai monarchi mesopotamici, cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 251.
- <sup>45</sup> Schiavone, *Ius* cit., pp. 77 ss.
- <sup>46</sup> È suggestiva la ricostruzione di Semeraro che ripercorre l'etimologia della parola "legge", peraltro comune ai nomi dei grandi legislatori greci *Lic-urgo* e *Za-leuco*, e legata all'espressione accadica *lū, le'u, lehu*, e semitica occidentale *luh*, ma anche ebraica *lu ah* che significa: "Tavola scritta": cfr. Semeraro, *L'Infinito: un equivoco millenario* cit., p. 242.
- <sup>47</sup> F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Napoli, Jovene, 1972, pp. 297 ss.
- <sup>48</sup> Anche le leggi di Solone furono scritte su rotoli e depositate sot-

to il portico del re dove chiunque poteva consultarle: cfr. Aristotele, *Ath. Pol. VII* 1.

<sup>49</sup> Cicerone, leg. II 59.

<sup>50</sup> Schiavone, *Ius* cit., p. 84.

<sup>51</sup> Ciò avviene ad Atene alla fine del V sec. a. C., quando al termine di una fase di organizzazione dell'assetto giuridico della città si stabilì che la legge non scritta, *agraphos nomos*, non fosse più valida: cfr. Faraguna, *Tra oralità e scrittura* cit., p. 76. Questa riorganizzazione è riecheggiata nel contrasto tra la legge di Creonte e la legge di Antigone: cfr. G. Zagrebelsky, *Prolusione. Antigone tra diritto e politica*, in «Quaderno n. 13 dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari», Torino, Giappichelli, 2003, pp. 3-30.

<sup>52</sup> Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*, cit., p. 95.

<sup>53</sup> Come testimonia lo stesso Cicerone: «Mulieres genas ne radunto neve lessum funeris ergo habento'. Hoc veteres interpretes Sex. Aelius L. Acilius non satis se intellegere dixerunt, sed suspicari vestimentis aliquod genus funebris, L. Aelius lessum quasi lugubrem eiulationem, ut vox ipsa significat» (Cicerone, leg. II 59).

<sup>54</sup> Sul rapporto tra scrittura e volontà legislativa sono da segnalare le considerazioni di Hobbes sulla legge scritta: «Legge civile e legge naturale non sono generi differenti di legge, ma arti differenti di una legge, della quale, una parte, scritta, è detta civile, l'altra non scritta naturale»... «tutte le leggi, scritte e non scritte, acquistano autorità e forza dal volere dello stato»... La legge è un comando... che... consiste in una dichiarazione o manifestazione della volontà di colui, che comanda, con la voce, con lo scritto o con altra sufficiente espressione»... «Nel tempo antico prima che la scrittura fosse di uso comune, le leggi erano molte volte espresse in versi, che il rude popolo prendendo piacere a can-

tare od a recitare, più facilmente poteva ritenere a memoria»: cfr. T. Hobbes, *Leviatano*, Bari, Laterza, 1974, vol. 1, pp. 234-258. Anche Sir Matthew Hale, pochi decenni dopo, si soffermerà sul tema distinguendo tra una *Lex scripta* formalmente redatta e approvata dal Parlamento e una *Lex non scripta* vincolante in forza di un uso immemorabile. Egli però riconosceva che un costume: «It is not simply an unwritten Custom, not barely Orally deriv'd down from one Age to another; but it is a Custom that is derived down in Writing, and transmitted from Age to Age, especially since the Beginning of Edw». Ci troviamo di fronte a una ricostruzione del ruolo della scrittura ancora segnato dall'oralità: la scrittura è anzitutto registrazione e trascrizione: cfr. Sir M. Hale, *The History of the Common Law of England* (1713), reperibile all'indirizzo <[http://www.constitution.org/cmt/hale/history\\_common\\_law.htm](http://www.constitution.org/cmt/hale/history_common_law.htm)>.

<sup>55</sup> C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>56</sup> Le costituzioni scritte, in sostanza, registrano una discontinuità. Per alcune esempio recenti cfr. G. De Vergottini, *Le transizioni costituzionali: sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1998.

<sup>57</sup> Riassume in maniera esemplare G. Ferrara: «Ogni Costituzione [...] è bilancio ed è progetto, è patto fondativo o novativo di una convivenza umana specifica, è *ethos* di un popolo che non si appaga della astratta e inerme validità del suo *ethos*. Perciò lo converte in *nomos*, che si dispiega in normativa suprema e concreta [...] ogni Costituzione è essenzialmente regolazione del conflitto sociale operata in via preventiva e generale, attraverso l'assunzione di un principio politico da cui solo può trarre la legittimazione ad instaurarsi»: cfr. G. Ferrara,

*La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 232.

<sup>58</sup> Dichiarazioni in tal senso, a proposito di una costituzione per l'Unione europea, le troviamo in M. Cartabia, *La scrittura di una Costituzione europea e i poteri dei giudici*, <<http://www.astridonline.it>>, 2004, p. 7.

<sup>59</sup> Più in generale la stessa scrittura delle leggi è carica di significati. Ricordiamo le parole di Jeremy Bentham: «The Statute Law is a body composed of members we are acquainted with. Those members are familiar to us: the idea of each one of them has a fixed and accurate termination in our minds. We see, we hear, we touch; in short we handle them. The idea of each one of the whole together is positive: its archetype, such or such a Statute is existing and before us». Cfr. J. Bentham, *A Comment on the Commentaries*, in J.H. Burns, H.L.A. Hart (edd.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 119-120.

<sup>60</sup> Sul rapporto tra scrittura della costituzione e alfabetizzazione si veda P.H. Hutton, *The Print Revolution of the Eighteenth Century and the Drafting of Written Constitutions*, in «Vermont History», 56, n. 154, 1988, p. 158: «The growing importance attached to written constitutions reveals the change in mentality that had been worked by the spread of print culture between the sixteenth and the eighteenth centuries. By the 18<sup>th</sup> century, the middle class, then on the verge of acquiring political power, had learned to read. Reading was of fundamental importance because it promoted a transformation in the way human learn. Reading involved a move from learning through hearing to learning through seeing, a change that had far-reaching implications for political culture. Reading promoted a desire for precise information, and hence encour-

aged belief in the perfectibility of knowledge. One who reads is encouraged to define, to classify, and to specify. In the eighteenth century, this new mentality was characterized as "clarify of mind". In other words, reading creates a mentality that wishes to set precise rules and boundaries. The desire to set down in writing universal principles, grounded in reason, was promoted by the underlying imperative for precision that the print revolution had engendered».

<sup>61</sup> Camerlengo, *I fatti normativi* cit., pp. 1 ss. e A. Ruggeri, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in «Diritto e società», n. 1, 2004, p. 239.

<sup>62</sup> Oggi nel mondo su circa 200 stati solo sei non hanno costituzione scritta. Di questi, tre sono paesi arabi (Oman, Libia e Arabia Saudita) che sostengono d'avere il Corano come costituzione. Gli altri tre sono paesi democratici che aderiscono al principio della sovranità del parlamento: Gran Bretagna, Nuova Zelanda e Israele.

<sup>63</sup> L. Greenfeld, *Nationalism. Five Roads to Modernity*, Harvard, Harvard University Press, 1992, p. 77.

<sup>64</sup> S.D. Glover, *The Putney Debates: Popular versus Elitist Republicanism*, in «Past and Present», n. 164, 1999, p. 49.

<sup>65</sup> «An Agreement of the People for a firm and present peace upon grounds of common right and freedom (28 October 1647)»: A. Sharp (ed.), *The English Levellers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 96.

<sup>66</sup> L'Agreement metteva in discussione l'idea medievale di ordine costituzionale rovesciando il modo di percepire il legame sociale e politico. Il suo fallimento coincide con la ricomparsa di una concezione ascendente del potere in chiave contrattualistica, ma esso consentì che fossero sollevati in modo esplicito gli interrogativi del costituzionalismo moderno. Più diffusamente, cfr.

A. Mastropaolo, *Il popolo che volle farsi re. Teoria e pratica della costituzione nella rivoluzione inglese*, Napoli, Jovene, 2009.

<sup>67</sup> Per le tracce delle concezioni arcaiche dei rapporti di potere tra divinità, monarca e popolo che si ritrovano nel pensiero del '600: cfr. A. Mastropaolo, *Il popolo nella teoria del diritto divino di Giacomo I*, in «Diritto pubblico», n. 1, 2007, pp. 179-218.

<sup>68</sup> P. Portinaro, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, p. 18.

<sup>69</sup> N. Matteucci, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, Il Mulino, 1962, p. 7.

<sup>70</sup> «In every Government there must be Somewhat Fundamental (Will speak now of Fundamentals), Somewhat like a Magna Charta, which should be standing, be unalterable». Così Oliver Cromwell nel discorso pronunciato innanzi al Parlamento il 12 settembre 1654. Il testo del discorso si può ritrovare nel sito <<http://www.olivercromwell.org>>.

<sup>71</sup> Ecco una definizione recente della Costituzione americana come costituzione scritta: «the Constitution is the document and set of amendments thereto that are broadly accepted as the written expression of the foundational commitments of the United States as a political community and that therefore structure debate about how those commitments ought to be understood, both inside and outside the courts»: cfr. R.H. Fallon Jr., *Legitimacy and the Constitution*, in «Harvard Law Review», 6, 118, 2005, p. 1812.

<sup>72</sup> C. Mortati, *Costituzione (Dottrine generali)*, in «Enciclopedia del diritto», Milano, Giuffrè, 1962, vol. XI, p. 143.

<sup>73</sup> B. Barbisan, *Nascita di un mito, Washington, 24 febbraio 1803: Marbury v. Madison e le origini della giustizia costituzionale negli Stati*

Uniti, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>74</sup> Ivi, pp. 136, 150.

<sup>75</sup> Critica l'idea di un nesso tra supremazia della costituzione e scrittura in G. Floridia, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*. I. Dal Medioevo inglese al 1791, Torino, Giappichelli, 1991, p. 98.

<sup>76</sup> La differenza, osserva Dicey, «between the constitution of Belgium and the English constitution may be described by the statement that in Belgium individual rights are deductions drawn from the principles of the [written] constitution, whilst in England the so-called principles of the constitution are inductions or generalizations based upon particular decisions pronounced by the courts as to the rights of given individuals»: cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8<sup>a</sup> ed., London, MacMillan & Co., 1908, pp. 192-193.

<sup>77</sup> Sul rapporto tra pensiero giuridico continentale e inglese, tra legge e consuetudine, che si rivela meno distante di quanto normalmente non si ritenga, si segnala: J.W. Tubbs, *The Common Law Mind: Medieval and Early Modern Conceptions*, Baltimore and London, John Hopkins University Press, 2000.

<sup>78</sup> Un altro esempio di sistema a costituzione non scritta è quello israeliano. Nel dopoguerra l'Assemblea costituente d'Israele, chiamata a redigere la costituzione, abbandonò il progetto decidendo di approvare una "legge di transizione" con cui costituirsi in Knesset. Ben Gourion giustificò la scelta sulla base della considerazione che la volontà di pochi non poteva vincolare quelli che sarebbero arrivati poi, mentre sul piano religioso altri sostennero che di una carta non c'era bisogno perché c'era la *Torah*. Nel 1950 la Knesset approvò la risoluzione Harari, che riconosceva alla Commissione Affari costituzionali, legali e giudiziari il com-

pito di predisporre un progetto di costituzione diviso in capitoli di modo che ognuno di essi costituisse una legge fondamentale. Nel corso del tempo la *Knesset* ha approvato undici leggi che si possono qualificare come costituzionali: *Basic Law: The Knesset* (1958); *Basic Law: Israel Lands* (1960); *Basic Law: The President of the State* (1964); *Basic Law: The Government* (1968); *Basic Law: The State Economy* (1975); *Basic Law: The Army* (1976); *Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel* (1980); *Basic Law: Judicature* (1984); *Basic Law: The State Comptroller* (1988); *Basic Law: Human Dignity and Liberty* (1992) e della *Basic Law: Freedom of Occupation* (1992). Anche la Nuova Zelanda, tradizionalmente considerato un paese senza costituzione scritta, possiede sia un *Constitution Act* (1986) sia un *Bill of Rights Act* (1990).

<sup>79</sup> V. Bogdanor sostiene che lo sviluppo costituzionale inglese «has been evolutionary, unpunctuated by revolutionary upheaval or foreign occupation»: cfr. V. Bogdanor, *Britain: The Political Constitution*, in V. Bogdanor (ed.), *Constitutions in Democratic Politics*, Gower, Aldershot, 1988, p. 54.

<sup>80</sup> Non è solo il ruolo delle convenzioni a determinare la definizione della costituzione come costituzione non scritta. Dicey distingue in proposito tra 'constitutional law' e 'conventions of the constitutions': cfr. in generale Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, cit.

<sup>81</sup> L. Luzzatti, *La embriologia e l'evoluzione delle costituzioni politiche. A proposito di alcuni studi recenti nella Costituzione inglese (1880)*, in «Scienza & Politica», XXV, n. 49, 2013, p. 117.

<sup>82</sup> Così anche Santi Romano, il quale sottolinea il carattere consuetudinario e tradizionale del diritto pubblico inglese, anche se poi afferma che quel paese «custodisce fra i suoi più preziosi te-

sori quegli antichi documenti, in cui talvolta è avvenuto che fossero consacrati principi basilari del suo diritto pubblico; ma siffatti testi, sia per alcuni loro speciali caratteri, sia perché concernono solo qualche punto dell'ordinamento politico di quello Stato, non possono certo, nemmeno da lontano, raffrontarsi con le vere e proprie carte costituzionali, nel senso moderno della parola». Normalmente «le fonti... del diritto pubblico, sono quali... normalmente debbono essere: varie e complicate, disperse in una quantità di testi e di documenti, formati in tempi diversi, senza un sistema prestabilito, ma tenuti insieme col saldo cemento del loro comune carattere, perenne e genuina emanazione dello spirito nazionale, da cui sono stati elaborati. Solo quando un popolo è costretto a rompere con la sua storia e non trova più nel passato la guida sicura per l'avvenire, quando occorre che improvvisi in un'ora di fermento ciò che, di solito, è e dev'essere opera di secoli, esso si trova nella necessità di affidarsi alle incertezze e all'arbitrio, se non al capriccio del razionalismo, di supplire con l'arte e, più spesso, con l'artificio ciò cui dovrebbe provvedere un lungo e involontario processo naturale. Siffatta necessità può manifestarsi nella formazione di un nuovo Stato o nella instaurazione di un nuovo Governo, dopo una crisi aperta o latente. Le carte costituzionali non hanno, di regola, altra origine»: cfr. S. Romano, *Le prime Carte costituzionali* (1907), in Id., *Prolusioni e discorsi accademici*, Modena, Soc. Tipografica Modenese, 1931, pp. 38-39.

<sup>83</sup> «Notwithstanding its allegedly unwritten nature, much (indeed, nearly all) of the constitution is written, somewhere»: cfr. A. Tomkins, *Public law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 7.

<sup>84</sup> Vi è anche chi sostiene che la distinzione tra *Written Law* e *Non*

*Written Law* sia una metafora: cfr. M.D. Walters, *Written Constitutions and Unwritten Constitutionalism*, in G. Huscroft (ed.), *Expounding the Constitution. Essays in Constitutional Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 245-276.

<sup>85</sup> M.S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, in «American Journal of Comparative Law», n. 54, 2006, pp. 592-593.

<sup>86</sup> Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. XXII-XXXI. Sul pensiero di Dicey cfr. A. Torre, *Albert Venn Dicey. Un costituzional lawyer al tramonto dell'età vittoriana*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 13, 2007, pp. 11-63.

<sup>87</sup> K.N. Llewellyn, *The Constitution as an institution*, in «Columbia Law Review», 1934, pp. 1-40. Da noi per tutti, con tutte le differenze del caso, C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1940. Più di recente Sergio Bartole ha affermato che «la Costituzione che oggi utilizziamo è fatta di disposizioni scritte, delle relative scelte ermeneutiche, dei regolamenti parlamentari e delle leggi ordinarie che hanno concretato le scelte delle assemblee legislative, delle elaborazioni concettuali che vi si sono sovrapposte, delle convenzioni e prassi poste in essere dagli organi governanti, della giurisprudenza spesso additiva e certamente innovativa della Corte costituzionale»: cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 445.

<sup>88</sup> Così anche Anthony King, il quale sottolinea però il carattere politicamente neutro di una simile definizione: «The word 'constitution' will be used from now on to refer to the set of the most important rules and common understandings in any given country that regulate the

relations among that country's governing institutions and also the relations between that country's governing institutions and the people of that country»: cfr. A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 3.

<sup>89</sup> Tomkins, *Public law*, cit., p. 3. Secondo S. Romano «gli articoli del nostro Statuto, per esempio – e ciò a maggior ragione si potrebbe dire per le carte più antiche – somigliano a delle semplici intestazioni di libri, le cui pagine sono state lasciate bianche e che vengono a poco a poco riempite con i materiali che forniscono i nostri usi e costumi politici, le nostre incipienti tradizioni, in una parola, l'evolversi della nostra vita pubblica». Cfr. Romano, *Le prime Carte costituzionali*, cit., p. 45. E ancora: per Zagrebelsky «il diritto costituzionale è un insieme di materiali da costruzione, ma la costruzione in concreto non è l'opera della costituzione in quanto tale, ma di una politica costituzionale che si applica alle possibili combinazioni di quei materiali»: cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, pp. 8-9.

<sup>90</sup> Sul rapporto tra scrittura e rigidità costituzionale si veda anche A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, in Id., *Potere costituyente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002, pp. 1-97.

<sup>91</sup> Tomkins, *Public law*, cit., pp. 16-18.

<sup>92</sup> Naturalmente è oggetto di dibattito quali siano le regole veramente importanti: «There is bound to be, on the one hand, a core constitution, the changing of which everyone would agree was a real constitutional change, and, on the other hand, elements of a country's political practices that might or might not be regarded as strictly constitutional and the changing of which might or might

not therefore be regarded as constitutional change»: cfr. King, *The British Constitution*, cit., p. 4.

<sup>93</sup> E. Kantorowicz, *I due corpi del re*, Torino, Einaudi, 1989, p. 127.

<sup>94</sup> C.H. McIlwain, *Il pensiero politico dai Greci al tardo Medioevo*, Venezia, Neri Pozza Editore, 1959, p. 244.

<sup>95</sup> Esistono altri documenti simili nel resto d'Europa e anche nella stessa Inghilterra (La Carta delle libertà del 1100). La *Magna Charta* si distingue per la sua resistenza nel tempo. Ancor oggi è inserita nelle raccolte ufficiali della legislazione. Tra i tanti documenti simili possiamo ricordare che: nel 1183 Federico Barbarossa con il Trattato di Costanza concesse alle città della Lega Lombarda una serie di libertà che ne garantivano l'indipendenza dall'impero; nel 1188 Alfonso IX di León in lotta con la Castiglia promulgò nelle *cortes* di León delle ordinanze che conferivano importanti privilegi feudali ai suoi vassalli; nel 1205 Pietro II di Aragona stilò, ma non promulgò, concessioni ai sudditi della Catalogna; nel 1220 in cambio del sostegno al suo tentativo di unire la Sicilia all'Impero Federico II concesse speciali privilegi ai principi ecclesiastici dell'Impero; nel 1222 Andrea II di Ungheria concesse la Bolla d'oro; nel 1301 Enrico VII acquietò l'opposizione in Germania ampliando le concessioni del padre Federico; nel 1282-3 la guerra dei Vespri spinse Carlo d'Angiò e Carlo di Salerno a emanare ordinanze di riforma nel tentativo di recuperare la Sicilia e convinse l'invasore Pietro III d'Aragona a concedere il Privilegio Generale ai suoi sudditi; nel 1303 un'ordinanza di riforma fu approvata da Filippo IV di Francia; nel 1315 Luigi X fu costretto a concedere diverse carte.

<sup>96</sup> C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, Cedam, 1973, p. 97.

<sup>97</sup> Nella ricostruzione di Coke i giudici, compreso il Parlamento in quanto Alta Corte di Giustizia,

erano i "leoni" che dovevano assicurare il rispetto della *common law* anche contro il Re. Secondo Francis Bacon i giudici erano sì leoni, ma ai piedi del trono, che non potevano in nessun modo opporsi alla prerogativa del sovrano: cfr. Mastropaolo, *Il Popolo che volle farsi re* cit., pp. 29-33.

<sup>98</sup> La petizione era lo strumento "scritto" attraverso cui si chiedeva al re un provvedimento legislativo: cfr. E.R. Foster, *Petitions and the Petition of Right*, in «The Journal of British Studies», XIV, n. 1, 1974, pp. 21-45.

<sup>99</sup> J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

<sup>100</sup> Cfr. E. Santoro, *Rule of Law e libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, con la collaborazione di E. Santoro, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 173-223.

<sup>101</sup> Cfr. Costa, Zolo (a cura di), *Lo stato di diritto* cit., pp. 120 ss.

<sup>102</sup> Mortati, *Le forme di governo*, cit., pp. 95-96.

<sup>103</sup> C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, New Haven, Yale University Press, 1910, cap V. Ma anche J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1955, pp. 13-14.

<sup>104</sup> Mastropaolo, *Il Popolo che volle farsi re* cit., pp. 23-32.

<sup>105</sup> La dicitura originaria era: *An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown*.

<sup>106</sup> Anche se di fatto non faceva che accogliere i principi esposti negli scritti di John Locke.

<sup>107</sup> L. D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 230-231.

<sup>108</sup> Questo principio appare rigidamente positivista. Dicey, nell'esperto, sembra considerare il potere legislativo come essen-

- zialmente illimitato in mancanza di una costituzione scritta: cfr. J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1999, pp. 1-21.
- <sup>109</sup> A. Hast, *State Treason Trials during the Puritan Revolution, 1640-1660*, in «The Historical Journal», XV, n. 1, 1972, pp. 37-53.
- <sup>110</sup> In realtà il concetto stesso di separazione tra esecutivo e legislativo fu oggetto di dibattito: cfr. E. Burke, *Pensieri sulla causa dell'attuale scontento*, tr. it. in Matteucci, *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, cit., pp. 172 ss.
- <sup>111</sup> All'interno di esso, in ossequio al principio della separazione dei poteri, era previsto che chi aveva ricevuto cariche o rendite dal sovrano non potesse sedere ai Comuni.
- <sup>112</sup> C. Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 82-83.
- <sup>113</sup> È da osservare come dal punto di vista della legge il Parlamento è ancora oggi composto dal re e dalle due Camere. Benché non eserciti il diritto di veto dal 1707, il re tuttora potrebbe opporsi a un progetto di legge.
- <sup>114</sup> Secondo Austin, oggetto della scienza giuridica è il solo diritto positivo, la sola unica e vera legge: «Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign body of individuals to a person or persons in a state of subjection to its autor»: cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, vol. 1, ed. by R. Cambell, Murray, 1885, p. 34.
- <sup>115</sup> I tentativi di codificazione del diritto penale furono numerosi: dai *Judicature Acts* in materia processuale alle *Poor Laws* in materia sociale. La produzione legislativa tra la fine del '700 e i primi vent'anni dell'800 crebbe costantemente: cfr. D. Freda, *Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, pp. 523-524.
- <sup>116</sup> Ivi, p. 526.
- <sup>117</sup> Nel corso del XIX secolo si registra una crescita del ricorso alla legislazione per disciplinare gli ambiti più coinvolti dalle trasformazioni economico-sociali: urbanistica, sanità, previdenza, assistenza, istruzione, sicurezza dell'edilizia. Lo ricorda Pinelli, *Forme di stato e forme di governo*, cit., p. 67.
- <sup>118</sup> Ivi, pp. 84-85.
- <sup>119</sup> *Scotland Act 1998, Government of Wales Act 1998*, ma anche *Northern Ireland Act 1998*.
- <sup>120</sup> A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, <<http://www.giurcost.org/studi/torre.html>>.
- <sup>121</sup> G. Caravale, *Una costituzione in trasformazione. Recenti sviluppi della forma di governo britannica*, in F. Lanchester (a cura di), *La Costituzione degli altri*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 187-232.
- <sup>122</sup> Molti altri sono gli atti di rilievo costituzionale che possono essere aggiunti a questa rassegna: basti ricordare solo negli ultimi anni: *Bank of England Act 1998*, *House of Lords Act 1999*, *Greater London Authority Act 1999*, *Freedom of Information Act 2000*, *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000*, *Terrorism Act 2000* e *Regulation of Investigatory Powers Act 2000*.
- <sup>123</sup> M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- <sup>124</sup> M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, pp. 111 ss.
- <sup>125</sup> C. Chisalberti, *Voce Costituzione (premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 137.
- <sup>126</sup> Thomas Paine poteva così affermare: «una Costituzione non esiste solo nominalmente, ma anche di fatto. Non ha un'esistenza ideale ma reale; e dovunque non possa essere esibita in una forma visibile, non esiste»: cfr. T. Paine, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Roma, Editori Riuniti, 1978, p. 148. Opposta è la posizione di de Maistre il quale condanna i tentativi di redazione per iscritto delle carte: cfr. J. de Maistre, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines* (1814), in Id. *Des constitutions politiques et des autres institutions humaines*, Paris, Société d'éditions «Les belles lettres», 1959, pp. 3 ss.
- <sup>127</sup> F.L. De Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968, pp. 157 ss.
- <sup>128</sup> Ancora oggi si può affermare che la legge scritta è "fonte necessaria, unica adatta a fondare una legislazione razionale, giusta e umanitaria": cfr. P.G. Grasso, *Il diritto pubblico alla luce del diritto naturale: (Diritto naturale e diritto costituzionale)*, in «Diritto e cultura», 2, 8, 1998, p. 103.
- <sup>129</sup> Sul valore dei simboli cfr. G. Zagrebelsky, *Simboli e potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino, Einaudi, 2013.
- <sup>130</sup> Ecco allora che si può affermare che "la scrittura delle norme fondamentali di una data comunità, attinenti all'organizzazione politica e alle garanzie individuali, diviene essenziale per la fondazione di qualsiasi nuovo ordine": cfr. A. Pace, *La "naturale" rigidità della costituzioni scritte*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 7, 38, 1993, pp. 4126-4127.
- <sup>131</sup> Sul carattere effimero di questa pretesa alla durata delle carte costituzionali si veda V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, pp. 35-36.
- <sup>132</sup> Grasso, *Il diritto pubblico alla luce del diritto naturale*, cit., p. 106.
- <sup>133</sup> «[...] l'unica effimera garanzia di stabilità sta nel redarre per iscritto il patto costituzionale fra i soggetti sovrani oppure nel ricondurre a tale patto ogni regola e nello sperare per questa via di porre ogni mutamento futuro sotto il segno del diritto e cioè di stabilire preventivamente se non altro i modi e le forme del mutamento»: cfr. G.U. Rescigno, *Le*

convenzioni costituzionali, Padova, Cedam, 1972, p. 134.

<sup>134</sup> S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto*, IV ed., *Discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1989, p. 291.

<sup>135</sup> Cfr. A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», XXX, n. 2, 2010, pp. 357-358.

<sup>136</sup> Cfr. V. Frosini, *Una Costituzione scritta per la Gran Bretagna*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 545-568. Ma cfr. anche: Institute for Public Policy Research, *A Written Constitution for the United Kingdom*, London, Mansell, 1993.

<sup>137</sup> Sulla superiorità del testo costituzionale si è anche interrogato Omar Chessa nel suo *Cos'è la Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», n. 1, 2008, pp. 41-64.

<sup>138</sup> A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, in Id. *Potere costituyente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2002.

<sup>139</sup> «That the Privy Councillors and Judges may take an oath, the form whereof to be agreed on and settled by Act of Parliament, for the maintaining of the Petition of Right and of certain statutes

made by the Parliament, which shall be mentioned by both the Houses of Parliament: and that an enquiry of all breaches and violations of those laws may be given in charge by the Justices of the King's Bench every Term, and by the Judges of Assize in their circuits, and Justice of the Peace at the session, to be presented and punished according to law». Cfr. *The Nineteen Propositions sent by the two Houses of Parliament to the King at York*, in S.R. Gardiner, *The Constitutional Documents of the Puritan Revolution, 1625-1660*, Oxford, Clarendon Press, 1905, p. 253.

<sup>140</sup> I richiami ad essa qui non mancano. Basti ricordare che la Suprema Corte americana cita la *Charta* per la prima volta in un parere del 1819, e i riferimenti crescono con gli emendamenti costituzionali successivi alla Guerra civile che estesero il principio dell'art. 39 agli schiavi. Ancora oggi essa è ampiamente citata nei dibattiti politici, pareri giuridici e sui giornali. Nel 1974 all'apertura delle udienze del congresso sull'*impeachment* nei confronti del Presidente Nixon il presidente della *House Judiciary Com-*

*mettee* faceva riferimento alla sua lezione che «the law must deal fairly with every man», e rilevava che «Seven centuries have now passed since the English barons proclaimed [this] principle by compelling King John at the point of a sword, to accept the great doctrine of Magna Carta». Nel 2002, il *New York Times* indicava in un commento su sentenze nei confronti di criminali condannati che «that punishment must fit the crime is a principle that has been recognized since Magna Carta». E ancora nella sentenza del 2006 della Corte suprema sul carcere di Guantanamo il richiamo alla *Magna Charta* ricorre con insistenza nelle parole dei giudici. Cfr. R.V. Turner, *Magna Carta. Through the ages*, Harlow, Pearson Education, 2003, p. 2; <<http://www.nytimes.com/2002/11/05/opinion/three-strikes-strikes-out.html>>.