

L'ispirazione giuridica in Dicey

VALENTINA CARDINALE

L'ispirazione giuridica in Dicey, momento più elevato del pensiero dell'Autore, rappresenta il punto di convergenza tra gli aspetti della tradizione di *common law* e i forti elementi innovatori che l'opera *Introduction to the study of the Law of the Constitution* pone in piena evidenza. Da un lato infatti non si può negare che Dicey sia prima di tutto un *common lawyer*, un operatore pratico del diritto che, in modo non dissimile dai suoi predecessori, ha utilizzato un approccio al discorso giuridico dal taglio assolutamente pragmatico, come meglio emergerà nel corso della trattazione. Tuttavia, allo stesso tempo, egli è stato forse il primo, tra i suoi contemporanei, ad adottare un metodo sistematico per lo studio del diritto costituzionale, legato alla necessità di superamento di un'ottica tesa a studiare il diritto in termini statici.

Era infatti ancora radicata, in molti dei giuristi dell'epoca in cui Dicey scrive, l'idea che la *common law* non era stata creata, ma gradualmente emersa. Da Blackstone in poi, il mito di una "antica costituzione", risalenti

te a prima dell'invasione normanna, custodita e tramandata dalla "ragione artificiale" dei *common lawyers* aveva ingenerato, in molti studiosi anglosassoni, la convinzione che fosse necessario studiare il diritto costituzionale con un approccio storico. Tutte le opere scritte dai giuristi inglesi nel corso dell'Ottocento risentivano di questa impostazione, che sembrava essere l'unica adatta ad una costituzione "non scritta".

Come pure Dicey ebbe modo di osservare nelle prime pagine della propria opera, per questi autori (tra i quali vengono citati Burke e Hallam), la costituzione appariva come «la più perfetta delle formazioni umane»: essa «non era stata fatta, ma si era sviluppata» poiché «nessuna data precisa poteva essere individuata come il giorno della sua nascita; nessun determinato aggregato di persone poteva rivendicare di essere il suo creatore, né alcuno poteva indicare il documento che ne stabiliva le regole».

Questa aura di sacralità che sembrava ancora avvolgere la costituzione inglese, impediva, tuttavia, a chi volesse studiare in

termini scientifici il diritto, di individuare la materia del proprio insegnamento e il modo corretto di trattarla.

La polemica dell'Autore nei confronti di una tradizione che ancora ostacolava lo sviluppo dei dipartimenti di diritto nelle università inglesi e impediva l'autonomizzazione del diritto costituzionale come insegnamento propriamente giuridico, emerge fin dalle prime pagine della *Introduction*. Dal punto di vista culturale la sua strenua difesa nei confronti di una lettura strettamente giuridica dell'ordinamento costituzionale inglese, anche sul piano accademico, non era isolata. Proprio nel periodo in cui Dicey scrive, cominciarono a svilupparsi, in Inghilterra, sia l'insegnamento accademico del diritto, sia una nuova tendenza teorica orientata verso la sua sistematizzazione. Nel corso di quegli anni i giuristi delle università, insieme a quelli del mondo forense, riformularono il diritto inglese conferendogli un carattere più preciso, cercando di svecchiare un sistema rimasto refrattario ai processi di razionalizzazione e di codificazione che si erano ormai affermati nell'Europa continentale. Eppure solo con Dicey è stato possibile colmare una lacuna presente nel sistema costituzionale inglese, attraverso uno studio della costituzione britannica che chiarisse alcuni dei nodi del sistema normativo e, allo stesso tempo, potesse fungere da guida agli studiosi perché non ricadessero negli errori che i giuristi dell'epoca avevano ingenerato.

Non è allora un caso se nel capitolo introduttivo della *Introduction* Dicey abbia voluto affrontare il problema della reale natura del diritto costituzionale, sviluppando critiche profonde nei confronti di quanti avessero adottato degli strumenti di

analisi del sistema normativo anglosassone che, privilegiando una lettura storico-politica delle questioni di natura costituzionale, ignorassero la reale funzione dei giuristi. Immediatamente infatti l'Autore mette in chiaro come il fine di uno studioso della costituzione inglese non sia quello di criticare o venerare, bensì di comprendere il sistema normativo; allo stesso tempo, un accademico che si accinga ad insegnare il diritto costituzionale, dovrebbe rendersi consapevole del fatto di «essere chiamato a rivestire il ruolo non del critico né dell'apologeta, né tanto meno del laudatore della costituzione, ma semplicemente dell'interprete». Queste poche parole illustrano chiaramente la visione tipica del *common lawyer* che rovescia il ruolo della giurisprudenza e della dottrina rispetto ai parametri della cultura continentale. È evidente infatti come la *common law* sia, fin dall'inizio, diritto positivo volto a risolvere controversie concrete, laddove invece il diritto romano studiato nelle università del continente europeo è nato come un diritto ideale. Dunque il dovere di uno studioso del diritto costituzionale inglese «non è attaccare o difendere la costituzione, bensì, semplicemente, illustrarne le norme».

Egli avrà

[...] un bel cercare dall'inizio alla fine tra le raccolte delle leggi, ma non vi troverà alcun corpo normativo che mostri di contenere gli articoli della Costituzione; egli non avrà a disposizione alcun testo che lo aiuti a distinguere le norme che sono costituzionali o fondamentali da quelle ordinarie.

Eppure le difficoltà riscontrabili nell'intraprendere un'analisi di tipo giuscostituzionalistico non possono implicare un abbandono della ricerca dell'ambito entro

cui un giurista si deve muovere. Anzi, esse sono la prova evidente che qualcosa sia sfuggito ai giuristi e agli studiosi che abbiano indagato sui temi del diritto costituzionale inglese e che sia necessario partire da una diversa ottica, al fine di individuare il reale oggetto di indagine per uno studioso del diritto anglosassone.

Fino ad allora, il diritto costituzionale era stato studiato da "uomini di legge" come Blackstone, Hallam, Freeman, Bagehot e Hearn, che nei settori del diritto, della storia e della filosofia avevano apportato il proprio autorevole contributo. Tuttavia, ognuno di essi era andato, in qualche misura, fuori strada, trasformando il diritto costituzionale in una sorta di «dedalo nel quale il vagabondo è indotto in confusione dall'irrealtà, dall'antiquariato e dal convenzionalismo».

Blackstone aveva causato un danno al diritto utilizzando un linguaggio lontano dalla realtà, offuscando e occultando la reale configurazione dei poteri del re così come del governo. Secondo Dicey egli ed altri Autori, infatti, facevano un uso talmente ricorrente di «espressioni non direttamente aderenti ai fatti, da non essere più in grado di conoscere con certezza» quale fosse «l'esatta connessione tra la realtà del governo costituzionale e il lessico più o meno artificiale dietro il quale essa è nascosta», inducendo, in tal modo, il giurista a confondere la realtà normativa con le improprietà del linguaggio usato. Non meno ingannevole era da considerarsi la lettura storica della costituzione britannica che, per quanto irrinunciabile, aveva tuttavia allontanato il giurista dalla concreta conoscenza «dei principi giuridici che effettivamente sussistono in Inghilterra nel tempo presente». Non si trae, infatti, grande vantaggio dallo studio

delle più antiche istituzioni inglesi se poi si ignora il diritto vigente. Allo studioso che voglia adottare un approccio giuscostituzionalista, solo in seconda battuta «può interessare in che modo il diritto abbia assunto la sua forma attuale».

Per Dicey dunque «il formalismo e l'antiquariato giuridico [...] si sono coalizzati per indurre in confusione gli studiosi che si sono posti alla ricerca del diritto costituzionale». Ma non meno problemi aveva suscitato l'approccio politico di Bagehot e Hearn i quali, pur avendo avuto il merito di fare chiarezza nei complicati congegni della forma di governo inglese, si erano comunque soffermati sul carattere convenzionale delle intese di natura giuridica, che mai sarebbero finite di fronte ad una Corte di giustizia, in quanto inerenti a questioni politiche riservate al Parlamento, al di fuori del campo di indagine di un «semplice legista». La critica alle tesi tradizionalmente sostenute diviene pertanto la base sulla quale costruire una tesi il cui fine si rinviene nella necessità di restituire al diritto quella sua dimensione concreta che sembra essersi perduta nelle speculazioni degli studiosi, tanto da far dubitare della effettiva natura giuridica del diritto costituzionale inglese. Un passo in particolare merita di essere riportato, perché sintetizza il disagio di quanti aspirassero ad un approccio prettamente giuridico al diritto anglosassone:

Perché a questo punto si affaccia alla nostra mente un dubbio che deve avere perseguitato più di una volta i cultori della Costituzione? È possibile che il cosiddetto "diritto costituzionale" sia in realtà un incrocio tra storia e consuetudine che non meriti affatto il nome di diritto, e che di certo non appartiene all'ambito di indagine di un docente che sia impegnato ad apprendere e a insegnare null'altro che non sia l'autentico indu-

bitabile diritto d'Inghilterra? Può darsi che un'oscura espressione di Tocqueville, "la Costituzione inglese non esiste realmente", riassume la verità sull'intera questione?

È proprio da qui che Dicey riparte, ovvero dalla volontà di indagare sul significato preciso dell'espressione "diritto costituzionale", per considerare «fino a che punto esso sia una materia idonea ad essere trattata secondo il metodo giuridico». Dunque, il punto di partenza di un nuovo approccio di analisi del diritto diviene, nella prospettiva dell'Autore, l'indagine sulla natura ed estensione del diritto costituzionale inglese.

Tale prospettiva rappresenta concettualmente un momento centrale del pensiero di Dicey, intenzionato a individuare quanto vi sia di realmente giuridico nella propria tradizione costituzionale, distinguendolo da quanto, pur rientrando nella comune accezione di "diritto costituzionale", non può, in realtà, formare oggetto di indagine da parte dei giuristi. Infatti, accanto al cosiddetto «diritto della Costituzione» - elemento del "diritto costituzionale" che forma un corpo giuridico vero e proprio - ci sono le «convenzioni della Costituzione», ovvero quelle massime o prassi che, sebbene regolino l'operato corrente della Corona, dei ministri e di chiunque operi in termini costituzionali, non sono diritto nel senso stretto del termine. La distinzione viene considerata di vitale importanza e illustra l'intera tematica del diritto costituzionale. Se un giurista ne terrà conto, ben difficilmente mancherà di individuare con chiarezza i caratteri e la portata della materia di cui si troverà a trattare. Solo infatti il primo elemento del diritto costituzionale inglese, vale a dire il "diritto della Costituzione", potrà essere fatto oggetto di analisi. In altri termini, sol-

tanto le regole sanzionabili dalle Corti (che siano scritte o non scritte, introdotte per legge formale o derivanti dall'insieme delle consuetudini, dalla tradizione, o dalle massime giurisdizionali) formano il diritto costituzionale vero e proprio. Al contrario, le convenzioni, le intese, le usanze o pratiche che, per quanto possano disciplinare la condotta dei membri del potere sovrano, non possono essere fatte oggetto di giudizio di fronte ad un giudice, rimarranno al di fuori del suo campo. Pertanto, il giurista può trovare

interesse esclusivamente nella reale natura del diritto costituzionale. La sua funzione specifica è porre in rilievo quali siano le norme giuridiche che è dato rintracciare nelle diverse parti dell'ordinamento costituzionale. Di tali norme o apparati legislativi egli scoprirà senza difficoltà più di quanto basti. Le norme che delineano la posizione giuridica della Corona, le attribuzioni dei ministri della Corona, la composizione della Camera dei Pari e della Camera dei Comuni; le leggi che governano la Chiesa Ufficiale; le leggi che determinano lo statuto delle chiese non costituzionalmente stabilite; le leggi che governano le forze armate: queste e cento altre fonti normative fanno parte del diritto costituzionale e sono un'autentica componente del diritto nazionale.

Sembra di potersi cogliere, dalle riflessioni sulla natura della costituzione inglese, sul ruolo del giurista nel sistema di *common law*, sulla fallacia dell'approccio di autorevoli studiosi e sulla centralità della legge, il nucleo dell'ispirazione giuridica di un Dicey pioniere, per niente intimorito dalla complessità del sistema giuridico anglosassone ma anzi desideroso di valorizzarne, con un certo grado di sistematizzazione, la dimensione pragmatica che rende unico quell'ordinamento, coniugata

perfettamente con un approccio teorico in grado di conferire organicità al discorso giuridico portato avanti. Tale impostazione del pensiero diceyano non si perde nel corso dell'opera ma anzi, si sviluppa secondo un disegno coerente il cui filo conduttore è la giuridicità del diritto costituzionale che l'Autore intende potenziare facendone la chiave di lettura della propria ispirazione giuridica: il che emerge chiaramente, per esempio, quando Dicey si cimenta nell'analisi della natura della sovranità parlamentare. Ivi si coglie la particolare attenzione che egli riserva ai caratteri squisitamente giuridici dell'istituzione.

Laddove sostiene che «nel lessico del giurista per Parlamento si intende il re, la Camera dei Pari e la Camera dei Comuni», Dicey conferma fin da subito l'approccio già prospettato nel capitolo introduttivo, come si evince anche dal prosieguo del concetto: «il principio di sovranità parlamentare può essere enunciato come segue: a qualunque Atto del parlamento, o parte di esso, che formi nuovo diritto, o abroghi o modifichi il diritto vigente, sarà obbligatoriamente data applicazione da parte delle corti». Il *constitutional lawyer* britannico sembra mettere a nudo, con queste riflessioni, l'essenza del dogma della sovranità del Parlamento che, secondo il diritto vigente, è il sovrano potere legislativo dello Stato. L'imprescindibile legittimazione giuridica dell'organo rappresenta la chiave di volta del diritto costituzionale britannico che Dicey difende strenuamente schierandosi a favore di una conservazione dell'ordine esistente, in risposta alla crisi del parlamentarismo classico. Dunque il termine "sovranità", secondo un'accezione giuridica, significa semplicemente che il potere legislativo è privo di limitazioni

derivanti dalla legge, in perfetta coerenza con le peculiarità storiche del diritto costituzionale inglese.

Si desume, da queste poche parole, come l'intento didattico e, allo stesso tempo, l'approccio classificatorio del pensiero dell'Autore siano perfettamente coniugati tra loro, con un taglio che si conferma molto concreto.

Altro esempio emblematico dell'impostazione di Dicey è offerto dalle riflessioni sulla *rule of law*. Il dominio o supremazia della legge è considerata un carattere distintivo delle istituzioni inglesi e rappresenta la garanzia di tutela dei diritti individuali. L'importanza che essa riveste nel sistema anglosassone ne implica un'indagine che dissipi le incertezze e le ambiguità legate a un uso del termine non sempre corretto. Ancora una volta dunque il *constitutional lawyer* anglosassone analizza, con impostazione giuridica, un elemento fondamentale del sistema costituzionale inglese, individuandone tre significati principali.

Rule of law significa, in primo luogo, assoluta supremazia del diritto in contrapposizione al potere arbitrario. In altri termini nessuno è punibile o può essere legittimamente colpito nella persona o nei beni se non in virtù di una precisa figura di reato che si faccia valere secondo le ordinarie modalità di legge dinnanzi alle Corti ordinarie del paese. In secondo luogo significa eguaglianza di fronte alla legge, amministrata dalle Corti di giustizia. Infine, "il dominio della legge" può essere usato come formula per sottolineare come il diritto costituzionale in Inghilterra sia non la fonte, bensì la conseguenza dei diritti individuali così come essi sono definiti e garantiti dalle Corti di giustizia: «attraverso l'operato delle corti e del parlamento, i prin-

cipi del diritto tra privati si sono estesi a tal misura da definire la posizione della corona e dei suoi agenti; in tal guisa la costituzione è il prodotto del diritto ordinario del paese».

Sembra, quest'ultima, un'interpretazione particolarmente interessante che consente di cogliere ulteriori sviluppi dell'ispirazione giuridica di Dicey. Fin dall'inizio l'Autore ha posto in evidenza la particolarità della costituzione inglese rispetto a quelle di altri Paesi e le difficoltà di individuarne i principi cardine, dato il carattere giurisprudenziale e frammentario delle fonti. Ciò non di meno, egli ha cercato di definire al meglio la reale natura del diritto costituzionale e ne ha fatto uno dei paradigmi del proprio pensiero. Quando allora si accinge a definire quella inglese come una costituzione che reca in sé «tutti gli elementi, buoni o cattivi, del diritto fatto dai giudici» egli sembra approfondire proprio le riflessioni iniziali sul diritto costituzionale, individuandone un carattere importante, quello della giustiziabilità. Difatti i principi di diritto da essa ricavabili, sono in realtà delle generalizzazioni che si estraggono sia dalle decisioni o dai *dicta* dei giudici, sia da leggi scritte che comunque mostrano molti elementi di analogia con le decisioni giurisprudenziali.

Di particolare rilevanza in tale contesto risulta l'affermazione secondo cui «la costituzione inglese è percorsa da quella inscindibile connessione tra gli strumenti per garantire un diritto e il diritto che dev'essere garantito, nella quale è la potenza della legislazione di tipo giurisdizionale». Questo carattere la distingue nettamente dalle costituzioni di altri Stati. In quella inglese infatti si ha un'assenza di quelle dichiarazioni o definizioni dei dirit-

ti che sono invece così care ai costituzionalisti di altri Paesi. Pur tuttavia, secondo Dicey «non è la proclamazione del diritto in una costituzione scritta a dare la certezza che il diritto in questione sussista in modo più che nominale. Bisogna guardare agli strumenti giuridici attraverso cui il diritto stesso è garantito».

Dando risalto alla giurisprudenza e al ruolo di primo piano svolto dai giudici, i quali «sono di fatto, anche se non nominalmente, investiti dei mezzi per ostacolare o tenere sotto controllo l'intero operato del governo, e nel contempo porre un veto a qualsiasi modo di procedere che non sia autorizzato dalla lettera della legge», Dicey rinviene dunque, nella supremazia del "diritto ordinario" del paese, l'autentica essenza delle istituzioni inglesi, come si legge in un passaggio paradigmatico dell'opera: «se la sovranità del parlamento dà la forma, la supremazia del diritto del paese dà la sostanza della nostra costituzione». In estrema sintesi Dicey, pur ossequioso della tradizione anglosassone e della sua unicità, riesce a trasformare una costituzione che, «da un certo punto di vista appare essere una mera raccolta di pratiche consuetudinarie», in «qualcosa che più autenticamente che in ogni altra organizzazione di governo del mondo, è fondato sulla legge del paese».

Giurista della tradizione di *common law* e innovatore allo stesso tempo, nella sua opera Dicey ha dunque offerto una chiave di lettura ancora attuale per pensare al diritto costituzionale e al modo in cui esso debba essere studiato, fornendo una serie di interessanti spunti di riflessione, ripresi e sviluppati successivamente da una larga schiera di studiosi. Egli ha avuto il merito di cogliere in profondità gli aspetti giuridici

Cardinale

del diritto costituzionale britannico senza stravolgere un ordine secolare che era armoniosamente "emerso" attraverso complessi processi storico-politici. Piuttosto che limitarsi a criticare gli errori degli studiosi che fino ad allora avevano analizzato la costituzione inglese, il *constitutional lawyer* oxfordiano ha messo ordine nel sistema anglosassone, esercitando in modo esemplare quel ruolo dello studioso del diritto che fin dall'inizio aveva delineato. Ha inoltre tentato di conferire al sapere giuridico la connotazione di scienza politicamente neutrale, essenziale per la legittimazione dei giuristi quali professionisti in grado di provvedere alla sistematizzazione del diritto; una scienza che grazie alle sue definizioni, alle sue mappe concettuali e alla sua logica è in grado di impostare i diversi problemi giuridici in modo che trovino una sola risposta corretta.