

# L'approccio comparatistico nell'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*

CHIARA BARBERA

Nel contesto di globalizzazione in cui viviamo, la comparazione costituisce un'esigenza sempre più ineludibile, oltre che necessaria, per il costituzionalista moderno, il quale non può non cogliere le continue sollecitazioni provenienti dagli altri sistemi giuridici.

Tale intuizione, come si evince dalla lettura dell'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, era già *in nuce* nel pensiero di A.V. Dicey e, prima di lui (nell'Inghilterra del XVI secolo), nelle opere di Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae* e *The Governance of England*. Entrambi gli autori si avvalgono dello strumento della comparazione giuridica per esaltare la superiorità del diritto inglese rispetto al diritto di altri ordinamenti giuridici stranieri e, in particolare modo, al diritto francese.

Una conferma dell'apertura di Dicey verso il costituzionalismo continentale e del suo interesse per la comparazione giuridica è rinvenibile anche nella biografia del giurista oxfordiano. Nel 1891, traduce in inglese gli *Etudes de droit constitutionnel* di

Emile Boutmy e, nel 1899, pubblica, nella «Harvard Law Review», l'articolo *Will the Form of Government be Permanent?*, dal quale emergono il buon uso della metodologia comparativa e la sua attitudine ad operare secondo ampie categorie dottrinali, senza per questo sacrificare la descrizione realistica dell'evoluzione delle forme di governo.

Il lettore che affronta l'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* non può non rimanere colpito dalla ricchezza di riferimenti al diritto straniero.

Nella sua corposa opera, pietra miliare del costituzionalismo britannico, Dicey non si limita a porre in risalto le differenze tra i sistemi giuridici oggetto di analisi, ma cerca di scoprire le cause delle loro diversità attraverso lo studio delle strutture sociali, della politica e dei costumi di ciascun ordinamento giuridico, essendo consapevole che, per una valida comparazione, non è sufficiente il mero confronto tra le norme.

Il *leitmotiv* della comparazione diceyana è il continuo elogio della magnificenza dell'ordinamento giuridico inglese e dei suoi

principi fondamentali quali la sovranità parlamentare e la *rule of law*. Lo studio, in chiave comparata, della sovranità del Parlamento britannico si concretizza nel confronto tra l'ordinamento costituzionale del Regno Unito, l'ordinamento belga e francese da una parte, e fra Stato unitario e sistemi federali dall'altra.

Per illustrare gli aspetti peculiari della sovranità parlamentare Dicey compara le caratteristiche essenziali di un Parlamento sovrano, quello britannico, con le caratteristiche proprie di Corpi legislativi non sovrani. Dallo studio dell'Assemblea legislativa belga, del Legislativo francese e del Parlamento britannico, emerge che non tutti gli organi legislativi degli Stati indipendenti e sovrani presentano le medesime caratteristiche. Infatti, mentre in alcuni di essi il Parlamento è un organo capace di «fare e di disfare qualsiasi atto di legge», in altri ordinamenti giuridici l'organo legislativo ha poteri limitati. Per un giurista inglese, che vive e opera in un contesto in cui le caratteristiche principali delle istituzioni politiche si condensano nella sovranità del Parlamento e nella sua "onnipotenza", l'esistenza di Corpi legislativi non sovrani non può che essere considerata un'anomalia del sistema costituzionale. Ma quando è possibile definire "sovrano" un organo legislativo?

I dati emersi dalla comparazione inducono Dicey a classificare "sovrano" l'organo legislativo che non è subordinato a nessun altro organo e che ha il potere di modificare liberamente qualsiasi legge, senza alcuna distinzione giuridica tra leggi costituzionali e leggi ordinarie. È questo il *tertium comparationis* a cui il giurista britannico fa riferimento per stabilire se un Legislativo straniero è o meno un potere sovra-

no. La comparazione dell'Assemblea legislativa francese e belga con il *tertium comparationis* mostra che il principio della sovranità parlamentare non è una componente integrante del costituzionalismo dei due ordinamenti. In essi, il Parlamento non ha in sé i caratteri distintivi del Legislativo sovrano sia perché può modificare solo le leggi ordinarie (essendo le leggi costituzionali imm modificabili), sia perché leggi da esso approvate sono sottoposte al controllo degli organi giurisdizionali. Un successivo elemento, che emerge dall'analisi dei sistemi giuridici considerati, è quello della rigidità della costituzione belga e della costituzione francese in relazione alla flessibilità delle istituzioni inglesi. Prendendo in considerazione l'ordinamento belga e quello francese, Dicey giunge a definire rigide le costituzioni «in base alle quali determinate leggi, generalmente note come leggi costituzionali o fondamentali, non possono essere modificate allo stesso modo delle leggi ordinarie». Al contrario, egli definisce flessibili le costituzioni «entro le quali qualsiasi legge possa essere legittimamente modificata nello stesso modo e con la medesima procedura da un singolo, e sempre lo stesso, organo legislativo».

In generale, nei sistemi costituzionali in cui il Parlamento è un organo sovrano le costituzioni sono flessibili; viceversa negli ordinamenti giuridici in cui gli organi legislativi non presentano il carattere della sovranità le costituzioni sono rigide.

L'approccio comparativo di tipo diacronico, utilizzato dal giurista inglese, mette in luce i vantaggi e gli svantaggi di entrambi i modelli. Nonostante le costituzioni rigide abbiano il pregio di garantire l'immutabilità delle istituzioni fondamentali dello Stato, l'analisi storica, in realtà, ha

mostrato che, in alcuni casi, la rigidità ha causato il manifestarsi di eventi traumatici (come accaduto in Francia con il colpo di Stato del 1851). La flessibilità delle istituzioni britanniche e la sussistenza di un unico organo sovrano, il Parlamento, hanno invece preservato l'ordinamento costituzionale da violente ribellioni.

La riflessione diceyana si concentra, inoltre, sulla necessità degli ordinamenti a costituzione rigida, di prevedere rimedi nei confronti delle leggi incostituzionali approvate dall'Assemblea.

Generalmente gli strumenti di garanzia previsti possono essere di due tipi: la forza dell'opinione pubblica e il controllo giurisdizionale. La costituzione, pertanto, per impedire al Legislativo di emanare norme incostituzionali, può fare affidamento sulla forza dell'opinione pubblica e sul bilanciamento tra i poteri pubblici (come avviene in Francia), oppure può attribuire la funzione di controllo ad un organo *ad hoc*, preferibilmente un organo giurisdizionale, avente il potere di annullare un atto legislativo incostituzionale: è questo il caso del Belgio – ove, osserva Dicey, sebbene un atto del Parlamento in contrasto con la costituzione debba essere dichiarato nullo dalla Corte, nessun tribunale si è mai pronunciato sulla costituzionalità di un atto del Parlamento (il che suggerisce l'idea che anche in Belgio le limitazioni alla sovranità parlamentare trovino sostegno nel sentire morale o politico) – e degli Stati Uniti d'America. L'osservazione dei diversi ordinamenti stranieri induce Dicey a ritenere che lo strumento di tutela più efficace nei confronti della legislazione incostituzionale sia quello che rende i giudici guardiani della costituzione.

Dopo essersi occupato dei sistemi giuridici a costituzione rigida e dei sistemi giu-

ridici a costituzione flessibile, Dicey si propone di illustrare, attraverso una comparazione con i principali sistemi federali (Stati Uniti, Svizzera, Canada e Germania), la natura della sovranità parlamentare inglese.

La principale differenza tra sistemi federali e modello di Stato unitario risiede, secondo Dicey, nella diversa articolazione del potere. L'ordinamento costituzionale britannico, infatti, si caratterizza per il fatto di essere un ordinamento in cui la sovranità spetta solo al Parlamento, mentre nell'assetto istituzionale federale vi è una distribuzione dei poteri tra Federazione e Stati membri. In tale ambito emergono le non comuni attitudini alla comparazione del giurista oxfordiano il quale non limita la propria analisi agli istituti fondamentali che caratterizzano gli ordinamenti considerati ma, ricerca le ragioni storiche, politiche e sociologiche, i "crittotipi", che hanno spinto un dato ordinamento giuridico a dotarsi di un assetto politico-istituzionale di tipo federale, piuttosto che unitario. È difficile per un giurista inglese dell'epoca vittoriana concepire l'esistenza di Stati in cui la costituzione è considerata la legge suprema del Paese e la sovranità non appartiene soltanto al Parlamento: per meglio comprendere i punti di attrito tra lo Stato federale e i principi del costituzionalismo britannico occorre, secondo Dicey, in primo luogo, analizzare le condizioni essenziali per la formazione di uno Stato federale e, in secondo luogo, i caratteri distintivi del federalismo.

La nascita dello Stato federale è da rinvenire nella volontà degli Stati – collegati tra loro, ad esempio, per prossimità territoriale o accomunati da vicende storiche simili – di conciliare la loro indipendenza con l'unità della nazione attraverso una

suddivisione dei poteri garantita da una costituzione scritta, vincolante sia per la Federazione sia per gli Stati membri. Su tale base, il modello di Stato federale presenta tre caratteristiche: una costituzione rigida che si pone al vertice delle fonti di diritto; una distribuzione dei poteri di governo, su base territoriale, tra organi aventi autorità limitate e coordinate; e, in ultimo, l'istituzione di apposite Corti quali supremi interpreti della costituzione. Nondimeno, gli elementi comuni a tutti i sistemi federali, emersi dalla loro comparazione, suggeriscono a Dicey la conclusione che un governo a struttura federale è un governo debole: infatti, alla distribuzione dei poteri su base territoriale consegue necessariamente che nessuno dei diversi centri di imputazione del potere è in condizione di far uso del medesimo grado di potere. Una federazione, pertanto, sarà sempre in svantaggio se paragonata a Stati unitari dotati di risorse equivalenti, per l'ovvia ragione che in tali Stati il potere è accentrato nella figura del sovrano. Non da ultimo, nel governo federale sussiste un atteggiamento di conservatorismo tipico degli ordinamenti a costituzione rigida.

Dopo essersi occupato del tema della sovranità parlamentare, l'Autore, nella seconda parte dell'*Introduction*, illustra il principio britannico della *rule of law*. L'applicazione di tale principio, in Inghilterra, ha fatto sì che i diritti e le libertà fondamentali fossero frutto di decisioni giurisprudenziali piuttosto che di mere dichiarazioni, come accade nelle costituzioni straniere. In tale ambito, il principale obiettivo di Dicey è quello della conoscenza, e in tale prospettiva egli ritiene la comparazione strumento necessario per una migliore comprensione delle disposizioni

contenute nelle costituzioni europee. Per meglio illustrare il principio di *rule of law*, il giurista inglese esamina le diverse modalità con cui, in Inghilterra, vengono riconosciuti i diritti e le libertà fondamentali, in un primo momento analizzando come un determinato diritto fondamentale, ad esempio la libertà di stampa, sia disciplinato nelle costituzioni straniere e, in seguito, valutando fino a che punto il medesimo diritto trovi riconoscimento nel proprio ordinamento costituzionale.

Al riguardo, la comparazione, in materia di libertà di stampa, con l'ordinamento giuridico francese e belga offre molteplici spunti di riflessione.

Sebbene l'analisi storica condotta da Dicey dimostri che la nascita della libertà di stampa sia da rinvenire nell'ordinamento giuridico inglese, in Inghilterra, non esiste una "legge sulla stampa". Potrebbe apparire assurdo che tale diritto fondamentale nasca in un ordinamento in cui la parola "stampa" non è neanche presente nelle disposizioni normative ma, in realtà, è al principio di *rule of law* che si deve il fatto che la stampa goda, in Inghilterra, di ampia libertà. La libertà di stampa, per i costituzionalisti britannici, altro non è che l'applicazione del principio generale in base al quale nessun uomo è punibile se non per aver infranto una legge. Ma per meglio puntualizzare il caso britannico Dicey osserva come in Belgio la costituzione accordi speciali diritti a chi pubblica, stampa o vende un quotidiano, mentre nell'ordinamento costituzionale francese un'apposita legislazione stabilisce che l'amministrazione deve non solo punire la calunnia, la diffamazione e la blasfemia, ma anche adottare misure volte a prevenire la divulgazione di dottrine "pericolose". Con

la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e con la costituzione del 1791, invece, viene proclamato il diritto di ogni cittadino di stampare e divulgare le proprie opinioni: principio che, secondo Dicey, è disatteso nella prassi da ogni governo francese. La legislazione francese in materia di produzione letteraria dimostra infatti che l'ordinamento costituzionale è permeato dall'idea che spetti allo Stato dirigere o tenere sotto controllo l'espressione delle opinioni attraverso lo strumento della censura ufficiale e l'assoggettamento dei reati a mezzo stampa al giudizio di tribunali speciali.

In realtà, dalla storia della libertà di stampa, come disciplinata in Francia ed in Inghilterra, emerge che anche nell'Inghilterra del XVI e XVII secolo erano previsti una serie di meccanismi volti a controllare la stampa: gli stessi che poi si sarebbero realizzati in Francia. Ma nonostante tale analogia, la libertà di stampa si è evoluta nei due ordinamenti giuridici assumendo connotati differenti in virtù del diverso spirito che ha condizionato i costumi e le leggi dei due paesi. Mentre in Francia domina l'idea che l'autorità di governo gode di diritti e doveri, superiori rispetto al diritto ordinario, nei confronti degli individui, e che il potere del governo centrale è l'unico rimedio ai mali che opprimono la popolazione, in Inghilterra il tentativo della Corona di creare una forte amministrazione centrale si è rivelato incompatibile con gli usi e le tradizioni del paese. Dicey rileva che questa diversità fra gli ordinamenti giuridici considerati fa sì che in Francia la censura non è stata mai abolita mentre in Inghilterra il sistema delle autorizzazioni decadde definitivamente nel 1695, quando la Camera dei Comuni si rifiutò di rinnovare il *Licensing Act*.

Ma è soprattutto nella parte dedicata al confronto tra la *rule of law* ed il *droit administratif* francese che è possibile apprezzare la tecnica di comparazione utilizzata da Dicey, anche rispetto alle edizioni precedenti a quella del 1915.

Sono due gli aspetti che il costituzionalista britannico ritiene meritevoli di considerazione, uno relativo alla natura e all'evoluzione storica del *droit administratif*, l'altro relativo alla comparazione tra *rule of law* e diritto amministrativo francese.

Quanto al primo aspetto, Dicey considera indispensabile, per un osservatore inglese, lo studio dell'evoluzione storica del *droit administratif*, trattandosi di una categoria giuridica estranea al costituzionalismo britannico. Qualsiasi tentativo di comparazione tra diritto amministrativo francese e *rule of law* inglese sarebbe, pertanto, destinato all'insuccesso qualora si prescindesse dall'analisi delle varie fasi storico-giuridiche. Infatti, se si compara il diritto inglese con il sistema giuridico francese del 1908 emerge chiaramente che vi è poca differenza tra i due ordinamenti per quanto riguarda la posizione dello Stato o i privilegi di cui esso beneficia nei rapporti con i privati cittadini. È nelle fasi evolutive del diritto amministrativo francese che vanno individuati gli elementi di contrasto con i principi del costituzionalismo britannico. Durante il periodo che va dalla dominazione napoleonica alla Restaurazione, il *droit administratif* risulta caratterizzato dalla sussistenza di una serie di privilegi o prerogative in favore dei membri del governo e di ogni funzionario pubblico a discapito dei privati cittadini: in coerenza con tale condizione di base, le eventuali questioni di diritto amministrativo che sorgono tra questi e lo Stato non possono essere oggetto di

giudizio da parte delle Corti ordinarie essendo state istituite, a tal uopo, Corti specializzate collegate al governo o all'apparato amministrativo.

La storia del diritto amministrativo francese mostra che, negli anni che vanno dal 1800 al 1872, il funzionario di Stato gode di una serie di privilegi, tra i quali l'irresponsabilità per i danni arrecati nel compimento di "atti di Stato". Il *civil servant* è immune da qualsivoglia conseguenza penale per le violazioni della libertà personale dei cittadini commesse nell'esecuzione di un ordine del superiore gerarchico (*ex art. 114 codice penale*) e, senza l'autorizzazione del Consiglio di Stato, non può essere perseguito o posto sotto processo per gli atti compiuti in virtù dei propri doveri ufficiali (*art. 75 costituzione francese del 1800*). Un indice di un avvicinamento tra i due ordinamenti costituzionali è rinvenibile, invece, nell'epoca della Francia post-napoleonica di Luigi Filippo, il monarca costituzionale che si supponeva avrebbe svolto, in Francia, il ruolo espresso in Inghilterra da Guglielmo III. I suoi governi a base parlamentare, l'articolazione del Parlamento in Camera dei Pari e Camera dei Deputati sembrano modellati sulla costituzione inglese. Il regno di Luigi Filippo, infatti, si caratterizza per la supremazia del diritto ordinario e per la sottrazione al Consiglio di Stato di molte funzioni politiche, nonostante l'esistenza di un diritto amministrativo che conserva tutti i suoi caratteri essenziali.

Un giurista inglese, che compara il proprio ordinamento giuridico con quello della Francia dell'epoca, non può non notare che il Consiglio di Stato, pur svolgendo soltanto le funzioni di tribunale amministrativo, in realtà, continua a far parte dell'apparato

amministrativo (situazione che potrebbe influenzare le decisioni dei membri) e che la protezione giuridica dei pubblici funzionari è rimasta immutata. Durante la Terza Repubblica, invece, l'opinione pubblica preme in favore di drastiche riforme del diritto amministrativo. Il 19 settembre 1870, un governo provvisorio abrogava l'art. 75 della costituzione: abrogazione che è divenuta legge del Paese anche se mai nessuna Assemblea legislativa l'ha mai confermata. Osservando la realtà dei fatti, tuttavia, Dicey dimostra che ciò è servito a ben poco, il governo, infatti, attribuiva al Tribunale dei conflitti solamente il potere di determinare se un determinato caso fosse di competenza di una Corte di giustizia ordinaria o delle Corti amministrative (tale organo, in realtà, non è del tutto indipendente dal governo essendo presieduto, *ex officio*, dal ministro della Giustizia).

Alla luce di tali considerazioni si può sostenere con Dicey che nel Regno Unito dominato dalla *rule of law* sarebbe difficilmente ipotizzabile l'introduzione di un apparato di diritto amministrativo perché questo, prevedendo situazioni speciali e di privilegio in favore dei funzionari statali, contrasterebbe con il principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale inglese: il dominio della legge, appunto. Ciononostante Dicey ritiene che una comparazione tra il diritto amministrativo francese e la *rule of law* britannica, se condotta da un'altra prospettiva, suggerisca alcuni elementi di analogia che non sono di rilievo minore rispetto agli elementi di contrasto fin qui emersi.

In realtà anche in Inghilterra si è tentato di introdurre un *corpus* normativo di diritto amministrativo. Nel periodo che va dall'ascesa dei Tudor fino alla cacciata degli

Stuart, la Corona inglese ha introdotto concezioni di governo simili alle dottrine che sarebbero state recepite in Francia. È proprio in questo periodo che trova terreno fertile la disputa tra giuristi che, come Bacon e Wentworth, sostenevano che fosse necessario instaurare in Inghilterra una forte autorità amministrativa di tipo continentale, e giuristi come Eliot e Coke che invece erano in disaccordo. Nella teoria di Bacon, secondo la quale i giudici devono essere «leoni al di sotto del trono, bene attenti a non condizionare o contrastare alcun elemento della sovranità», è possibile rinvenire un'anticipazione del principio francese secondo il quale in nessuna circostanza i giudici devono recare disturbo all'operato dell'amministrazione. Né in tale orientamento teorico manca, secondo Dicey, un parallelismo con l'art. 75 della costituzione francese del 1800: *il writ de non procedendo rege inconsulto* di baconiana memoria – frutto dell'influenza del diritto straniero – altro non è che l'applicazione del principio in base al quale i giudici non possono trattare i casi riguardanti la Corona.

Se la teoria innovatrice di Bacon avesse trovato seguito tra i costituzionalisti britannici, sarebbe stato possibile introdurre nel Regno Unito uno dei dogmi fondamentali del diritto amministrativo francese, secondo il quale le questioni di diritto amministrativo devono essere decise, in via esclusiva, da organi amministrativi.

E un ultimo elemento di analogia è rinvenibile nell'evoluzione storica del *Conseil d'Etat* francese e del Consiglio inglese. Il Consiglio di Stato francese nasce come organo esecutivo e solo successivamente viene giurisdizionalizzato, divenendo un tribunale di giustizia amministrativa, attraverso la separazione delle funzioni

esecutive da quelle giudiziarie, trasferite alle commissioni (*sections*). Analogamente, in Inghilterra, le funzioni giurisdizionali vengono trasferite a specifiche sezioni del Consiglio, facenti parte della Commissione giudiziaria del Consiglio privato della Corona.

L'attitudine alla comparazione trova infine conferma anche nell'appendice all'edizione 1915 della *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, nella quale Dicey affronta, in modo articolato, lo studio di istituti appartenenti ad ordinamenti giuridici stranieri. Tale analisi è implicitamente comparatistica dal momento che costringe lo studioso di volta in volta a confrontare la categoria giuridica straniera con la corrispondente nel proprio ordinamento. Così mentre nella nota prima (dal titolo *Rigidity on French Constitutions*), Dicey approfondisce il tema della rigidità delle costituzioni francesi, nella seconda (*Division on Powers in Federal States*) affronta lo studio della ripartizione dei poteri negli Stati federali, con riferimento alla circolazione del modello federativo nei *Dominions* britannici dell'Australia e del Canada. In seguito la nota terza (*Distinction between a Parliamentary Executive and a Non-Parliamentary Executive*) è dedicata ad un argomento meritevole di particolare attenzione. Distinguendo tra un esecutivo a base parlamentare ed uno a base non parlamentare, Dicey sviluppa una serie di riflessioni sui caratteri della forma di governo parlamentare e di quella presidenziale che lo inducono a considerare un nuovo principio per la classificazione degli ordinamenti costituzionali, l'elemento "forma di governo". In base a tale principio Belgio, Italia e Inghilterra rientrano nella forma di governo parlamentare; Germania,

Stati Uniti e la Seconda Repubblica francese in quella presidenziale.

La lettura dell'*Introduction* del 1915 offre anche al più distratto lettore molteplici spunti di riflessione. Nonostante che i numerosi riferimenti di natura comparatistica non siano trattati in modo organico, non può non apprezzarsi il metodo scientifico utilizzato dal giurista oxfordiano. Alcuni studiosi, probabilmente, non considerano Dicey un vero comparatista poiché ritengono la sua analisi il più delle volte poco obiettiva e finalizzata all'incrollabile difesa dei valori costituzionali dell'ordinamento inglese. In realtà, la comparazione è risultata essere per Dicey uno strumento imprescindibile da utilizzare anche solo per scoprire difetti e aporie delle diverse esperienze costituzionali o per delineare le differenze tra la costituzione britannica e il costituzionalismo continentale di Francia e Belgio. Ciò che, in conclusione, preme sottolineare è che Dicey non ha limitato il suo studio alla *law in the book*, ma lo ha esteso alla *law in action*, avendo intuito che è necessario che lo studioso di diritto comparato tenga altresì conto, ai fini di una valida comparazione, delle differenze fra le strutture politiche, economiche e sociali retrostanti ai diversi ordinamenti giuridici.