
Costituzionalismo e libertà

Riflessioni sugli ottocento anni della *Magna Carta* (1215-2015)*

di Paolo Alvazzi del Frate

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Edward Coke e la costruzione del “mito” della *Magna Carta*. – 3. Liberty and property. – 4. Storicismo e liberalismo. – 5. Il Due Process of Law. – 6. L’Habeas Corpus Act.

I. PREMESSA

Le celebrazioni per gli ottocento anni della *Magna Carta Libertatum* inducono a riflettere su uno dei capisaldi della tradizione giuridica occidentale, riferimento costante delle dottrine politiche e costituzionali d’ispirazione liberale¹. Si tratta di “una cultura delle libertà” perché la *Magna Carta* costituì l’avvio di una concezione della libertà, quella delle “libertà negative”, una tradizione fondata sul nesso inscindibile tra *liberty and property*, pragmatica e tipica dell’esperienza giuridica inglese.

Ci proponiamo, con queste brevi note, di suggerire alcuni spunti di riflessione su temi di vastissima portata, oggetto da secoli di studi giuridici e filosofici².

* Dedicato a Nicola Picardi, il cui interesse per la dimensione storica del diritto è sempre stato vivissimo. Il testo, in versione ridotta, è apparso in “*Historia et ius*”, n. 8, 2015, paper 3.

¹ Sulle iniziative di celebrazione degli ottocento anni della *Magna Carta* si veda il sito web [http://magnacarta800th.com].

² La bibliografia al riguardo è assai vasta. È sufficiente ricordare i classici della storia del costituzionalismo inglese, W. Bagehot, *The English Constitution*, London 1867 (trad. it. *La costituzione inglese*, Bologna 1995); W. Stubbs, *Select Charters and others Illustrations of English Constitutional History from the earliest Times to the Reign of Edward the First*, Oxford 1870 (IX ed., Oxford 1948-rist. Littleton, Colo. 1985); A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1885 (trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna 2003); F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge 1908; C.H. Mc Ilwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, New York 1947 (tr. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna 1990); specificamente sulla *Magna Carta* soprattutto Ch. Bémont, *Chartes des libertés anglaises: 1100-1305*, Paris 1892; W.S. McKechnie, *Magna Car-*

2. EDWARD COKE E LA COSTRUZIONE DEL “MITO” DELLA *MAGNA CARTA*

La *Magna Carta* è un testo medievale, inserito nella realtà feudale dell'*auxilium et consilium*, e come tale va considerato, evitando forzature e letture ideologiche fuorvianti, perché anti-storiche. È perciò necessario partire da una corretta collocazione storica di un documento cui spesso sono stati attribuiti significati estranei agli ordinamenti dai quali ha avuto origine, per poi riflettere sull'influenza che esso ha esercitato nella cultura giuridica moderna e contemporanea.

Il testo del 1215, più volte confermato ed emendato nei secoli successivi in base alla prassi della *confirmatio cartarum*, rientra a pieno titolo tra gli atti legislativi costituzionali (*constitutional documents* e *statutes*) ancor oggi in vigore nel Regno Unito³, insieme con – tra gli altri – lo *Statutum de tallagio non concedendo* (1297), la *Petition of Right* (1628), l'*Habeas Corpus Act* (1679), il *Bill of Rights* (1689), l'*Act of Settlement* (1701), il *Reform Act* (1832), il *Judicature Act*

ta. A commentary on the Great Charter of King John, II ed., Glasgow 1914; H.E. Malden (cur.), *Magna Carta Commemoration Essays*, London 1917; F. Thompson, *Magna Carta: Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, London 1948; R. Berger, *Law of the Land reconsidered*, in “Northwestern University Law Review”, LXXIV (1979-1980), p. 1-30; J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A study of English historical thought in the seventeenth century*, Cambridge 1957; J.C. Holt, *Magna Carta and medieval government*, London 1985; Id., *Magna Carta*, II ed., Cambridge-New York 1992; E. Sandoz (cur.), *The Roots of Liberty: Magna Carta, Ancient Constitution, and the Anglo-American Tradition of Rule of Law*, Columbia-London 1993; R.H. Helmholz, *Magna Carta and the ius commune*, in “The University of Chiacago Law Review”, LXVI (1999), pp. 297-371 (tr. it. *La Magna Carta del 1215. Alle origini del costituzionalismo inglese ed europeo*, a cura di Dolores Freda, Roma 2012); J.S. Loengard (cur.), *Magna Carta and the England of King John*, Woodbridge 2010; e i saggi raccolti da K. Worcester, *The Meaning and Legacy of the Magna Carta*, in “Political Science and Politics”, 2010, pp. 451-456 e ss. Della bibliografia italiana cfr. soprattutto M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994, pp. 395-416; A Torre, *Interpretare la Costituzione britannica: itinerari culturali a confronto*, Torino 1997; Id., *La Costituzione Britannica. The British Constitution*, a cura di A. Torre e L. Volpe, Torino 2005; M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005, pp. 181-233; *Magna Carta [1215]*, traduzione e introduzione di Alessandro Torre, Macerata 2007; P. Costanzo, *Anniversario. 15 giugno 1215. Concessione della Magna Carta*, in “Consulta online”, II (2015) [<http://www.giurcost.org/cronache/memorial.pdf>]; B. Guastafarro, *Magna Carta, Common law constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, in “Diritti comparati”, 2015 [www.diritticomparati.it]; e i saggi raccolti in *Una cultura delle libertà: Magna Carta Libertatum (1215-2015)*, in “Historia et ius”, 2015/8 [www.historiaetius.eu]. Più in generale sulla sua influenza nel costituzionalismo moderno, M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, III ed., Torino 2014; e, da ultimo, U. Bruschi - D. Rossi, *What is the English Constitution? The Answer of John James Park in the Crucial Year 1832*, in “Sources of Law and Legal Protection”, Trieste 2012, pp. 25-54 [<http://www.openstarts.units.it>]; U. Bruschi, *Rivoluzioni silenziose. L'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, Santarcangelo di Romagna 2014.

³ Nell'archivio della legislazione del Regno Unito, la *Magna Carta* compare nella versione emanata da Edoardo I nel 1297, cfr. [www.legislation.gov.uk].

(1873), e altri documenti del XX secolo⁴. L'insieme di tali testi, principi e istituti affermatasi nella prassi, rappresenta quella costituzione storica e consuetudinaria, caratteristica dell'ordinamento inglese. Una costituzione formatasi nei secoli per sedimentazione, sulla base di un'evoluzione lenta e di una costante reinterpretazione di pochi, ma saldi, principi giuridici derivati dalla concreta esperienza storica.

Col tempo, intorno alla *Magna Carta* si costruì un vero e proprio "mito"⁵, soprattutto a partire dalla lettura attualizzante effettuata da Edward Coke (1552-1634), il quale aveva utilizzato la "good, old, decrepit law of Magna Carta"⁶, per affermare le prerogative del Parlamento e presentarla "as the great muniment of English liberties"⁷. Nel periodo del più grave "scontro tra Parlamento e i primi Stuart fu proprio la Magna Carta ad essere adottata dai parlamentaristi come emblema delle libertà del popolo inglese"⁸. La *Magna Carta* divenne così l'elemento fondante dell'*Ancient Constitution* teorizzata da Edward Coke, John Selden e dagli altri esponenti dell'opposizione parlamentare alla politica assolutistica del sovrano.

È sufficiente una breve citazione tratta dalla *First Part of the Institutes of the Laws of England* del 1628, per comprendere l'importanza attribuita da Coke alla *Magna Carta*:

this parliamentary charter hath divers appellations in law. Here it is called *Magna Charta*, not for the length or largeness of it (for it is but short in respect of the charters

⁴ Quali *The Parliament Acts* (1911-1949), *The Representation of the People Acts* (1918), *The European Communities Act* (1972), *The Scottish, Welsh and Northern Ireland devolution Acts* (1998), *The Human Rights Act* (1998), *The Fixed-term Parliaments Act* (2011).

⁵ M. Radin, *The Myth of Magna Charta*, in "Harvard Law Review", LX (1947), pp. 1060-1091.

⁶ Sono parole di Sir Benjamin Rudyard (1572-1658) pronunciate il 28 aprile 1628: "I shall be very glad to see that good, old, decrepit law of Magna Carta, which hath been so long kept in and lain bed-rid as it were... walk abroad again, with new vigour and lustre", T.C. Hansard, *Parliamentary History*, II, 1625-1642, London 1807, col. 335.

⁷ E.S. Corwin, *The "Higher Law" background of American constitutional law*, in "Harvard Law Review", XLII, 2 (1928-29), pp. 377-378. Cfr. M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo*, cit., p. 199.

⁸ M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo*, cit., p. 199. Su Coke e la riscoperta della Magna Carta si vedano J. W. Gough, *Fundamental law in English Constitutional History*, Oxford 1955; Ch. W. Brooks, *The Place of Magna Carta and the Ancient Constitution in Sixteenth Century English Legal Thought*, in E. Sandoz (cur.), *The Roots of Liberty*, cit., pp. 34-56; P. Christianson, *Ancient Constitutions in the Age of Sir Edward Coke and John Selden*, ivi, pp. 57-97; L. d'Avack, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano 2000, pp. 208 ss. e passim; D. Powell, *Coke in Context: Early Modern Legal. Observation and Sir Edward Coke's Reports*, in "Legal History", XXI (2000) n. 3, pp. 33-53; D. J. Hulsebosch, *The Ancient Constitution and the Expanding Empire: Sir Edward Coke's British Jurisprudence*, in "Law and History Review", XXI (2003), n. 3, pp. 439-482; J. S. Crye, *Ancient constitutionalism: Sir Edward Coke's contribution to the anglo-american legal tradition*, in "The Journal of Jurisprudence", 2009, pp. 235-264; G. Garnett, *The ould fields': Law and History in the Prefaces to Sir Edward Coke's Reports*, in "The Journal of Legal History", 2013, pp. 245-284.

granted of private things to private persons now a dayes being *elephantinae chartae*), but it is called the great charter in respect of the great weightinesse and weightie greatnesse of the matter contained in it in few words, being the fountaine of all the fundamentall lawes of the realme; and therefore it may truly be said of it, that it is *magnum in parvo*⁹.

“This statute of *Magna Charta* hath been confirmed above thirty times and commanded to be put in execution” – proseguiva Coke – “judgements given against any points of the charters of *Magna Charta*, or *Charta de Foresta*, are adjudged void”¹⁰ e, concludeva, “*Magna Charta* is the foundation of the acts of Parliament”¹¹.

La *Magna Carta*, simbolo della difesa del Parlamento contro l’assolutismo monarchico, fu quindi mitizzata e circondata da una vera e propria venerazione. Come affermò William Pitt nel 1770, essa rappresentava la *Bibbia del costituzionalismo inglese*: “*Magna Carta*, the Petition of Right, and the Bill of Rights, form that code which I call *the Bible of the English Constitution*”¹².

La costruzione del “mito” ne ha favorito una lettura, spesso teleologica e avulsa dal contesto storico, esagerandone una portata liberale ed individualistica che il testo non poteva avere. Al riguardo le parole di C.H. McIlwain a proposito del par. 39 appaiono efficaci: “we must give up the view that the original intent of *Magna Carta* was to guarantee trial by jury to anyone or to guarantee anything to all Englishmen. We must accept a *feudal interpretation of the document as the one possible in 1215*”¹³.

Con la cautela necessaria, non si può tuttavia non rilevare nella *Magna Carta* un’attenzione precoce e significativa alle garanzie delle *libertà*, allora identificate con i *privilegi*. Libertà che avrebbero assunto nel tempo il carattere di “libertà negative”, fondate sugli istituti garantistici dell’individuo nei confronti dei pubblici poteri.

3. LIBERTY AND PROPERTY

⁹ E. Coke, *The first part of the Institutes of the Laws of England*, XIX ed., London 1832, I, *Of Knights Service*, 81a.

¹⁰ Ivi.

¹¹ *Ibid.*, 81b.

¹² 22 gennaio 1770, House of Lords, in W. Pitt, *The speeches of the right honourable the earl of Chatham in the houses of Lords and Commons*, London 1848, p. 98 (il corsivo è mio). Cfr. J. Holt, *Magna Carta and the origins of Statute law*, in Id., *Magna Carta and medieval government*, cit., p. 289.

¹³ C.H. McIlwain, *Due Process of Law in Magna Carta*, in “*Columbia Law Review*”, XIV (1914), p. 51.

È noto che ad emergere, dalla tradizione inaugurata dalla *Magna Carta*, fu certamente il binomio *liberty and property*, ossia il nesso inscindibile tra difesa della proprietà e garanzia della libertà. Su tale principio si basarono i due aspetti fondamentali destinati a caratterizzare storicamente la cultura giuridica inglese: il legame necessario tra imposizione tributaria e diritto di rappresentanza politica per i contribuenti – cui faceva riferimento il cap. 12 della *Magna Carta*¹⁴ – e l'individuazione di norme garantistiche giurisdizionali, cui si riferivano la formula del *legale iudicium*, presente nel cap. 39¹⁵ e le disposizioni, cui al cap. 40¹⁶. I testi emanati nei secoli successivi non fecero altro che confermare tali principi, enfatizzando proprio i due aspetti della rappresentanza politica¹⁷ e del garantismo giudiziario¹⁸ che abbiamo indicato. Nel ribadire la vigenza di principi e di istituti che traevano origine dalla tradizione medievale e, in particolare, dalla *Magna Carta Libertatum*, i testi legislativi dell'età moderna contribuirono a loro volta a formare e a rinnovare nella continuità il complesso del diritto costituzionale inglese. Ed è proprio tale capacità di rinnovamento graduale, nel sostanziale rispetto della tradizione, a rendere unica l'esperienza costituzionale inglese.

4. STORICISMO E LIBERALISMO

L'assenza di un "momento costituente", ossia di una fase di progettazione teorica di un insieme di regole sulle quali fondare l'ordinamento costituzionale, è una peculiarità della storia giuridica inglese. "In Gran Bretagna – ha osservato

¹⁴ "Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam, et ad hec non fiat nisi rationabile auxilium; simili modo fiat de auxiliis de civitate Londonie". Cfr. A.B. White, *Was there a 'Common Council' before Parliament?*, in "The American Historical Review", XXV (1919), pp. 1-17; G. Langmuir, *Per commune consilium regni in Magna Carta*, in "Studia Gratiana", XV (1972), pp. 465-485.

¹⁵ "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per *legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*". Sul punto, tra gli altri, C.H. McIlwain, *Due Process of Law in Magna Carta*, cit., pp. 27-51; P. Vinogradoff, *Magna Carta. Clause 39. Nullus liber homo etc.*, e F.M. Powike, *Per Iudicium Parium suorum*, in *Magna Carta. Commemoration Essays*, London 1917 (rist. Clark, New Jersey 2005), pp. 78-121. Sul legame con la nozione di "giudice naturale" si veda N. Picardi, *Il giudice naturale, principio fondamentale a livello europeo*, in *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, a cura di A. D'Atena, Milano 2012, pp. 669-727. Per ulteriori riferimenti bibliografici cfr. P. Alvazzi del Frate, *Garantismo e giusto processo*, in *Giustizia e garanzie giurisdizionali*, Torino 2011, pp. 135-165.

¹⁶ "Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam".

¹⁷ Principio successivamente sintetizzato dalla cultura americana nella formula della *no taxation without representation*.

¹⁸ Ossia la previsione del *due process of law*.

Alessandro Torre – non si è mai verificato ‘il’ magico momento storico in cui la costituzione è stata scientemente elaborata da un singolo legislatore o da un nucleo di padri fondatori consapevoli di esercitare *hic et nunc* un ruolo di costituenti”¹⁹.

Tutto ciò evidenzia chiaramente il “carattere storicistico” della cultura giuridica inglese. Come afferma Maurizio Fioravanti, tale storicismo privilegia le “libertà civili, cosiddette *negative*” sottraendole “il più possibile alle invadenze arbitrarie dei poteri costituiti”²⁰. In questo modo si pone “in primo piano la forza cogente dei *diritti quesiti*, ovvero di quei diritti che il tempo e l’uso – appunto la ‘storia’ – ha confermato in modo tale da renderli indisponibili da parte delle volontà contingenti dei detentori del potere politico”²¹.

È qui inutile ricordare quanto ampia sia stata l’influenza della *Magna Carta* sulla cultura giuridica occidentale. Riferimento costante per la giuspubblicistica inglese, essa ha assunto il ruolo – inevitabilmente idealizzato e strumentale – di documento fondante della *rule of law* e della tradizione liberale, non solo britannica²². La rilettura che di quella realtà fecero i Coke, Locke, Montesquieu, Kant, Blackstone, Madison, Stuart Mill, Constant, Tocqueville intese sottolineare la continuità di principi e istituti in nome di una concezione della libertà, quella della *liberty and property*²³. Si trattava di *una* idea della libertà, certamente non l’*unica*, poiché la riflessione politico-giuridica del XIX e XX secolo ne valorizzò successivamente anche altre, più sensibili alla dimensione partecipativa e sociale di essa²⁴. All’individualismo formalistico del liberalismo si contrapposero innumerevoli concezioni della libertà, ispirate alle più diverse e contrastanti ideologie, accomunate dalla valorizzazione della comunità a discapito dell’individuo. Si pensi, ad esempio, al radicalismo democratico, al socialismo marxista, al solidarismo cattolico, o ancora all’irrazionalismo nichilista²⁵. Indubbiamente

¹⁹ A. Torre, *Regno Unito*, Bologna 2005, p. 25.

²⁰ M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, cit., p. 20.

²¹ *Ibid.*

²² Sul punto si vedano i recenti studi raccolti da P. Costa e D. Zolo, *Lo stato di diritto: storia, teoria e critica*, Milano 2002; e L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris 2002.

²³ Al riguardo i riferimenti d’obbligo, limitandoci alla storiografia italiana, sono alle opere di G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo (1925)*, Milano 1962; N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano 1986; N. Matteucci, *Liberalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio e N. Matteucci, II ed., Torino 1983, pp. 592-610; Id., *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino 1976; Id., *Liberalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, VIII, Roma 1989, pp. 559-572; G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari 1990; Id., *Liberalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, pp. 260-278.

²⁴ Sul punto sono sempre fondamentali le considerazioni di Isaiah Berlin, *Two Concepts of Liberty (1958)*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford 1969 (tr. it. *Quattro saggi sulla libertà*, Milano 1989), e in Id., *Liberty*, a cura di H. Hardy, Oxford 2002.

²⁵ Al riguardo si veda la riflessione di Marcel Waline, *L’individualisme et le droit*, Paris 1949 (rist. Paris 2007).

una simile evoluzione non poté non affievolire le “libertà negative” a vantaggio di quelle “positive”, politiche e partecipative: *not freedom from, but freedom to*²⁶.

Nonostante le imperfezioni, la *Magna Carta Libertatum* è sopravvissuta fino ai giorni nostri. Anzi “è fiorita”, come afferma Richard H. Helmolz:

è sopravvissuta alla morte di re Giovanni, all’annullamento da parte di papa Innocenzo III e alle revisioni finalizzate ad arginare i poteri riconosciuti ai baroni. Ha trovato una collocazione di primo piano nella legislazione inglese, ha costituito la pietra di paragone delle libertà della nazione inglese durante i conflitti costituzionali dei secoli successivi ed è divenuta, nel tempo, il simbolo della supremazia del diritto sulla tirannia dello Stato. Le mancanze formali originarie e la desuetudine di molti dei suoi capitoli sono dunque apparsi meno importanti dello spirito che ne pervadeva gli articoli²⁷.

Ogni epoca ha così fornito una *sua lettura* della *Magna Carta*, sottolineandone ora un aspetto, ora un altro, in sintonia con i valori in quel momento prevalenti. Tutto ciò ha nuociuto alla comprensione effettiva del testo e della sua reale portata nel 1215, ma ha diffuso e reso universale una serie di princìpi che, seppur allo stato primordiale, vi erano certamente presenti.

²⁶ A emergere nel XX secolo fu dunque un’altra concezione della libertà. Secondo la celebre citazione di Isaiah Berlin: “il senso ‘positivo’ della parola ‘libertà’ deriva dal desiderio da parte dell’individuo di essere padrone di se stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano da me stesso e non da forze esterne di qualsiasi tipo. Voglio essere un soggetto, non un oggetto; voglio essere mosso da ragioni, da propositi consapevoli che siano proprio i miei e non da cause che mi riguardano, per così dire, solo dall’esterno. Voglio essere qualcuno, non nessuno; voglio essere un agente, uno che decide, non uno per cui si decide; che è autodiretto e non uno su cui agiscono la natura esterna e gli altri uomini, come se fosse una cosa, un animale o uno schiavo incapace di impersonare un ruolo umano e cioè di concepire degli obiettivi e una propria linea di condotta e di portarli a termine”, I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà*, cit., p. 197.

²⁷ R.H. Helmolz, *La Magna Carta del 1215*, cit., p. 31.