

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE  
Mario Caravale

nuova serie

10  

---

2019



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

**Direttore:** Mario Caravale

**Direzione e redazione:** Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

**Comitato direttivo:** Paolo Ridola - Enrico del Prato - Luisa Avitabile - Nicola Boccella Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Laura Moscati Cesare Pinelli

**Comitato scientifico:** Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) Jane C. Ginsburg (New York) - Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) Jerome H. Reichman (Durham) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

**Redazione:** Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

**Amministrazione:** JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia  
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) - email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

**Abbonamento:** € 35,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:** **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

**Direttore responsabile:** Mario Caravale

**ISSN 0390-6760**

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.**

Stampato in Italia Printed in Italy

# INDICE

## PROLUSIONI

- 3 CLAUDIO CONSOLO  
*La prolusione, nel 1954, di Antonio Segni, fra omaggio a Chiovenda e suggestioni di Carnelutti, su "L'unità del processo" come collante della comunità statale*
- 13 ANTONIO SEGNI  
*L'unità del processo*

## ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI IN ONORE DI PAOLO RIDOLA

- 37 CESARE PINELLI  
*Presentazione*
- 39 PETER HÄBERLE  
*Indirizzo di saluto*

## RIFLESSIONI INTORNO AL METODO: COMPARAZIONE E STORIA COSTITUZIONALE

- 45 OLIVIERO DILIBERTO  
*Esperienza giuridica e comparazione costituzionale. Giornata di studio in onore di Paolo Ridola*
- 49 DIAN SCHEFOLD  
*Sul contributo di Paolo Ridola al dialogo fra Italia e Germania*
- 61 GUIDO ALPA  
*Il messaggio di Paolo Ridola agli studiosi del diritto civile*
- 67 MARCO D'ALBERTI  
*Comparazione giuridica tra storia ed esperienza*

- 77 ALESSANDRA DI MARTINO  
*Culture costituzionali, storia e comparazione*
- 107 ANGELO SCHILLACI  
*«Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo». Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola*
- 129 ALESSANDRO SOMMA  
*Imparare dalla storia: riflessioni sul metodo del diritto comparato e sul ruolo dei suoi cultori*
- 147 AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO  
*Dogmática jurídica y epistemología científica: métodos de investigación en el derecho constitucional*
- 199 ANDREA LONGO  
*Osservando la marea*
- 213 MASSIMO BRUTTI  
*Politica, scienza del diritto, comparazione: un testo di Vittorio Emanuele Orlando*
- 231 MARCO BENVENUTI  
*Qual è la funzione del diritto pubblico? Vittorio Emanuele Orlando e la ricerca di un mos italicus iura docendi della nostra cultura giuspubblicistica nazionale*
- 257 GIOVANNA MONTELLA  
*Legge, potere e Stato nel processo di costruzione teorica di Paul Laband*
- 267 GIANLUCA BASCHERINI  
*A proposito di storia e cultura costituzionale in Italia. Piero Gobetti critico dello Statuto*
- 283 FRANCESCO CERRONE  
*L'esperienza costituzionale fra storia e comparazione (con qualche annotazione sul rapporto fra esperienza giuridica ed economica nel pensiero di Croce, Calogero e Capograssi)*
- 301 FEDERICO NANIA  
*Habeas corpus e tecnica della "retrodatazione" nella prospettiva costituzionale inglese*

#### LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

- 329 GAETANO AZZARITI  
*Scienza giuridica e Stato. In dialogo con Paolo Ridola*

- 339 LUISA AVITABILE  
*Una riflessione su libertà e diritti fondamentali*
- 351 ROBERTO NANIA  
*Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo*
- 369 FABRIZIO POLITI  
*“Principio libertà”, dignità umana e multidimensionalità delle libertà costituzionali nelle democrazie pluralistiche. La riflessione di Paolo Ridola in tema di diritti fondamentali*
- 389 SALVATORE PRISCO  
*Linee di un ritratto intellettuale*
- 405 GIORGIO REPETTO  
*Il diritto costituzionale europeo tra pluralismo e storia: su alcune recenti vicende in tema di diritti fondamentali*
- 423 ANDERA BURATTI  
*Diritti fondamentali e tradizione storica: il contributo della Corte Suprema degli Stati Uniti*
- 443 CLAUDIO CONSOLO  
*Origini e limiti del compito specificatore(-congenialmente attivo) del “formante” giurisprudenziale nel processo*
- 455 ENRICO DEL PRATO  
*Dignità e solidarietà: spigolature di un civilista*
- 467 LAURA MOSCATI  
*Paolo Ridola e la storia del diritto. Con un’appendice sulla libertà di stampa nell’Inghilterra del Seicento*
- 485 ELISA OLIVITO  
*Invito a Corte, con cautela. Il processo costituzionale si apre alla società civile?*
- 499 MIGUEL AZPITARTE  
*Los derechos fundamentales en tiempos de crisis*
- 511 MARIA IRENE PAPA  
*La Dichiarazione universale dei diritti umani a settant’anni dalla sua adozione: alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia*
- 531 GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI  
*La Commissione di Garanzia*

- 545 GIULIANA SCOGNAMIGLIO  
*Sulla tutela dei diritti umani nell'impresa e sul dovere di vigilanza dell'impresa capogruppo. Considerazioni a margine di un confronto fra la legislazione francese e quella italiana*

RAPPRESENTANZA, ASSETTI ISTITUZIONALI E PARTITI

- 583 MASSIMO LUCIANI  
*Paolo Ridola e la forma di governo*
- 587 MASSIMO SICLARI  
*Il divieto di mandato imperativo nella riflessione di Paolo Ridola*
- 599 GIUSEPPE COLAVITTI  
*Il diritto pubblico dell'economia tra storia, dommatica e nuove tendenze centraliste. Brevi note in onore di Paolo Ridola*
- 615 GIUSEPPE FILIPPETTA  
*Democrazia parlamentare e dignità dell'uomo*
- 621 CESARE PAGOTTO  
*Intermediazione e disintermediazione nella funzione rappresentativa parlamentare: comunicazione e pluralismo nell'ambito degli strumenti di sindacato ispettivo*
- 649 VINCENZO CERULLI IRELLI  
*Amministrazione, giurisdizione, legislazione (brevi spunti sui rapporti tra funzioni di governo)*
- 679 TOMMASO EDOARDO FROSINI  
*La rappresentanza politica nella forma di governo*
- 691 RENATO IBRIDO  
*Equilibrio fra poteri ed equilibrio di potenza negli itinerari evolutivi della forma di governo parlamentare*
- 709 FULCO LANCHESTER  
*Mortati e la legislazione elettorale: una lezione sempre attuale*
- 727 ELEONORA RINALDI  
*Brevi note su libero mandato e forma-partito*
- 741 ELENA TASSI SCANDONE  
*Ordinamenti gentilizi e costituzione monarchica in Roma antica. Alcune considerazioni preliminari*

## L'EUROPA E IL FUTURO DEL COSTITUZIONALISMO

- 757 FRANCESCO RIMOLI  
*L'ideale europeista e il peso della storia (in margine a un saggio di Paolo Ridola)*
- 771 FRANCESCO SAITTO  
*Statualità e costituzione nel processo di integrazione sovranazionale. A proposito dei «due tempi» del costituzionalismo nel Novecento*
- 795 FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN  
*Crisi sanitaria, globalizzazione e diritto costituzionale*
- 813 ENRIQUE GUILLÉN LÓPEZ  
*Unidad y pluralismo. Algunas cuestiones problemáticas en el constitucionalismo contemporáneo*
- 831 JUAN FRANCISCO SÁNCHEZ BARRILAO  
*El futuro del Estado constitucional*
- 843 ANDREAS HARATSCH  
*Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer - Ein europäisches Drama*
- 867 BENIAMINO CARAVITA DI TORITTO  
*Il dibattito sul futuro dell'Europa: quali politiche e quale governance per l'Unione dopo le elezioni europee del 2019 e dopo Brexit*
- 897 ANGELO ANTONIO CERVATI  
*Lo studio comparativo del diritto costituzionale e la sua funzione educatrice*

## RECENSIONI

- 915 MASSIMO CACCIARI - NATALINO IRTI, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano, 2019 (*Fulvio Costantino*)
- 921 GIANNI FERRARA, *Riflessioni sul diritto*, La scuola di Pitagora editrice, Napoli, 2019 (*Michele Prospero*)

## SEZIONE BIBLIOGRAFICA

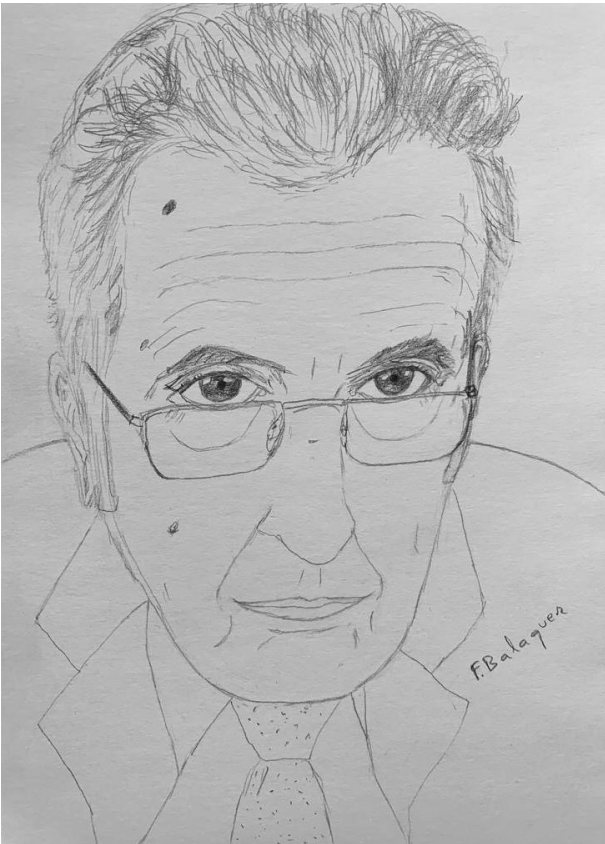
- 933 ANTONIO ANGELOSANTO  
*L'acquisizione del fondo librario appartenuto a Gaetano Sciascia, libero docente in diritto romano tra l'Italia e il Brasile*





ATTI DELLA GIORNATA DI STUDI  
IN ONORE DI PAOLO RIDOLA







## Habeas corpus e tecnica della “retrodatazione” nella prospettiva costituzionale inglese

---

Federico Nania

«Ma la Magna Carta, abbastanza insignificante sotto alcuni aspetti, produsse però frutti immensi. Essa *concludeva*, essa precisava e dava una forma all’opposizione. È tutto in rivoluzione. La Magna Carta divenne lo stendardo sotto il quale marciarono, da allora in poi, una folla di uomini, ai quali le sue disposizioni era sconosciute o indifferenti».

(A. De Tocqueville, *Sulla storia d’Inghilterra*, in *Scritti Politici*, a cura di Nicola Matteucci, Torino, 1969, vol. I, 160).

SOMMARIO: 1. La questione della natura della Magna Carta e della sua valenza giuridica. – 2. Habeas corpus e due process of law: la lotta sul significato dell’art. 39 della Grande Carta. – 3. Il ruolo delle corti di common law nel processo di maturazione del principio del due process e la codificazione parlamentare della Petition of Right. – 4. L’Habeas Corpus Act: dai “principi” alla predisposizione pragmatica di rimedi processuali. – 5. L’argomento della storicità dei diritti degli englishmen tra CEDU e common law.

### 1. *La questione della natura della Magna Carta e della sua valenza giuridica*

Quando si legge il brano di una recente sentenza della UK Supreme Court, nel quale la Magna Carta è indicata quale documento ancora oggi rappresentativo dei «*most long-standing and fundamental rights*»<sup>1</sup> della storia costituzionale dell’Isola, si ha la conferma di

<sup>1</sup> *Belhaj and another v Straw and others; Rabmatullah v Ministry of Defence and another*, 2017 UKSC 3, 98.

Tra la immensa bibliografia sulla Magna Carta cfr. J. BAKER, *The Reinvention of Magna Carta*, Cambridge, 2017; W. STUBBS, *Select Charters and others Illustrations of English Constitutional History from the earliest Times to the Reign of Edward the First*, Oxford, 1870 (1948); R. THOMSON, *An historical essay on the Magna Charta of King John*, London, 1829; F. THOMPSON, *Magna Carta: Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, London, 1948; J.C. HOLT, *Magna Charta*, Cambridge, 1992 (2<sup>a</sup> ed.); J.C. HOLT, *The Making of Magna Carta*, Charlottesville, 1965; H. BUTTERFIELD, *Magna Carta in the historiography of the sixteenth and seventeenth centuries*, Reading, 1969. Nella dottrina italiana più recente cfr. M. CARVALE, *Magna Carta Libertatum*, Bologna,

quanto sia persistente la rappresentazione secondo la quale nella Grande Carta anche gli attuali diritti fondamentali degli inglesi trovino la loro origine ed il loro radicamento. Si tratta di una “retrodatazione”, conforme alla lettura “continuista” della storia dei diritti che è tipico dell’approccio anglosassone e che trova vasta eco anche nella sua ricezione italiana<sup>2</sup>, pur non essendo ovviamente ipotizzabile che la scrittura di un testo risalente all’epoca medievale abbia potuto segnare l’affermazione dei diritti fondamentali dell’*englishman* e la loro reclamabilità di fronte alle prerogative dell’assolutismo regio in grado di disporre della proprietà e della libertà dei sudditi. Peraltro, la stessa impronta negoziale della Magna Carta, concepita quale “contratto” tra il Re ed i baroni inglesi rimarca la distanza tra di essa e le moderne carte dei diritti, dal momento che, come ha osservato al riguardo Paolo Ridola, quelli proclamati dalla Carta erano «diritti privi di valore universale» trattandosi piuttosto «della concessione di garanzie non soltanto legate all’appartenenza a cerchie privilegiate, ma soprattutto aventi un contenuto ed un vigore storicamente e politicamente contingenti»<sup>3</sup>.

2020; A. TORRE (a cura di), *Magna Carta e Rule of Law nell’ordinamento inglese*, Napoli, 2017; T.E. FROSINI, *La Magna Carta e i suoi eredi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2015, Bologna, 1153-1158.

<sup>2</sup> Cfr. per tutti F. BATTAGLIA, *Le Carte dei Diritti*, a cura di A. Calogero, C. Carbone, terza edizione, Reggio Calabria, 1998, XVIII, il quale osserva che nella esperienza inglese «ogni testo, anziché rivendicare il suo valore creativo e costitutivo, si inserisce in una trama di più antiche consuetudini, dichiara di trarre da esse l’autorità, ma alla sua volta altre ne alimenta: nulla di assolutamente nuovo interviene che non si appoggi al passato, ma nello stesso tempo non c’è atto che nella prassi vivente del diritto costituzionale, non contribuisca alla sua ulteriore formazione. Perciò l’Inghilterra, se si ha riguardo ai suoi grandi testi, (...) non ha alcuno statuto che, assicurando unicamente sulla sua base allo Stato una definitiva organizzazione costituzionale e dispensandola solo a suo mezzo, riconosca ai cittadini eminenti libertà, enunci formalmente e costitutivamente i loro diritti epperò li assicuri contro le esorbitanze del potere pubblico; possiede invece una tradizione giuridica, che le carte riscontrano nel passato e traducono in iscritto, contribuiscono nella loro serie a chiarire e a svolgere: è su questa tradizione, di cui le carte sono l’esteriore formulazione, che hanno senso le libertà e i diritti, che si radica la viva costituzione del popolo inglese». Sulla “interpretazione continuista” cfr. già M. FIORAVANTI, *La Magna Carta nella storia del costituzionalismo*, in *Quaderni Fiorentini*, XVI (2016), 67 e ss.

<sup>3</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in ID., *Il Principio Libertà nello Stato Costituzionale*, Torino, 2018, 31, anche in relazione al «fondamento pattizio dell’obbligazione politica» quale presupposto delle carte medievali il quale trova espressione nel «contratto fra il sovrano ed i ceti sottoposti al suo potere di imperio». Sempre nella dottrina italiana è stato altresì definito «eccessivo indivi-

Ed in effetti valgono a testimoniare la fragilità politica della Carta e le incertezze relativamente alla sua effettiva valenza giuridica, le svariate *Confirmations* che si sono succedute a partire dal 1216<sup>4</sup> e che erano volte ad esternare la promessa del Sovrano regnante di auto vincolarsi alla Carta, ancorché con le modifiche, più o meno rilevanti, di volta in volta apportate al testo primigenio, che lo stesso sovrano imprimeva al suo atto di validazione, ma sotto la forma per così dire di interpretazione autentica della versione originaria. Molto incisivamente Walter Bagheot ha osservato che nella Magna Carta «l'idea di nuove disposizioni era secondaria perché si trattava di un

duare in queste garanzie un'anticipazione dei diritti soggettivi di libertà che avrebbero poi costituito la base delle costituzioni moderne», e ciò perché «tali garanzie (...) riguardavano piuttosto gli *iura et libertates*, e si riferivano essenzialmente agli uomini liberi, ovvero a coloro che, ecclesiastici, nobili o facenti parte di corporazioni e ordini, avevano in sostanza uno *status* affatto particolare» (cfr. F. RIMOLI, *L'idea di costituzione, Una storia critica*, Roma, 2011, 56).

Sulla natura della Carta del 1215 e sulle contingenze storiche della sua adozione, osserva Tocqueville che «la Magna Carta non fu certo fatta per un motivo di ordine nazionale, ma nell'interesse particolare della nobiltà e per raddrizzare alcuni abusi intollerabili che la ferivano. Le cose stipulate in favore del popolo si riducevano a tanto poco che non è il caso di parlarne» (cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *Sulla storia d'Inghilterra*, in *Scritti Politici*, a cura di Nicola Matteucci, Torino, 1969, vol. I, 160). Nella classica dottrina anglosassone Maitland sottolinea il carattere «*intensely practical*» della Carta affermando che essa «*it is no declaration in mere general terms of the rights of Englishmen, still less of the rights of men*» (cfr. F.W. MAITLAND, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1919, 15). Secondo la visione di McIlwain non bisognerebbe guardare alla Magna Carta «*as a document of popular liberty*» bensì «*as one of feudal reaction*» nel quale era dunque assente la pretesa «*to guarantee anything to all Englishmen*» (cfr. C.H. MCILWAIN, *Due Process of Law in Magna Carta*, in *Columbia Law Review*, vol. 14, no. 1, 1914, 51). Nella ricezione statunitense osservava Hamilton negli scritti in difesa della Costituzione federale che l'esempio inglese dimostrasse come le petizioni e le dichiarazioni dei diritti fossero «nate come contratti tra i re ed i loro sudditi, come rinuncia a prerogative in favore di privilegi, come riserva di diritti non rassegnati nelle mani dei principi. Tale la Magna Charta ottenuta dai baroni, con la spada in mano, da Re Giovanni. Tali le posteriori conferme di quella Carta da parte dei principi successivi». Per cui «stando al loro significato originario, tali Dichiarazioni non possono inserirsi nelle Costituzioni che poggiano espressamente sul potere del popolo e vengono attuate dai diretti rappresentanti e servitori di questo»; mentre nel caso americano «a stretto rigore di termini, il popolo non demanda niente, e mantenendo ogni potere nelle proprie mani, non è necessaria da parte sua nessuna riserva» (cfr. A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista, Commento alla Costituzione degli Stati Uniti*, trad. it., Pisa, 1955, 590).

<sup>4</sup> Sulle *Confirmations* cfr. ora M. CARVALE, *Magna Carta Libertatum*, cit., Parte Prima, par. VII; C.H. MCILWAIN, *Magna Carta and Common Law*, in H.E. MALDEN (ed.), *Magna Carta Commemoration Essays*, Royal Historical Society, London, 1917.

misto di vecchio e nuovo; era una specie di contratto che chiariva i dubbi originati dal mutamento delle consuetudini, e fu emendato più e più volte, come avviene per i confini, rendendo certi e liberando da sempre nuovi ostacoli diritti e pretese che rischiavano altrimenti di cadere in desuetudine»<sup>5</sup>.

Non ebbe sorte migliore la *Confirmation* del 1297 ad opera di Edoardo I, nonostante la perentorietà dei suoi congegni: veniva invero stabilito, quali che ne fossero all'epoca le motivazioni opportunistiche e le ragioni della successiva revoca da parte dello stesso sovrano, che tutti gli *officials*, compresi i giudici, dovessero, nell'ambito della loro opera di «amministrazione» della «*law of the land*» assicurare l'effettività delle disposizioni della «*Great Charter of Liberties*» in quanto parte della common law «*for the relief of our people*»; e proseguiva sancendo che qualsiasi sentenza contraria ai principi in essa trasfusi o qualsiasi atto contrario proveniente dai *ministers* del Re dovesse considerarsi «*undone and holden for naught*», ossia affetto da nullità assoluta.

Comunque, resta vero che a suo modo la Magna Carta, come nota ancora Paolo Ridola, segna il punto di avvio di «un primo nucleo di diritti (*Habeas Corpus*, libertà da arresti arbitrari, ecc.) che i testi dell'età del costituzionalismo avrebbero ripreso, ma anche arricchito e soprattutto trasformato in diritti riconosciuti alla generalità degli individui»<sup>6</sup>. Difatti, se si ritorna a ricordare, anche per grandi linee, questo processo di sviluppo si ha la conferma che proprio attorno alla Magna Carta, ed in particolare attorno alla questione del suo significato e della sua stessa validità giuridica, per molti secoli successivi alla sua comparsa si è andato dipanando un aspro conflitto politico che ha trovato una definitiva soluzione soltanto con la contemporanea prevalenza del parlamentarismo rappresentativo sul piano dell'assetto istituzionale e del contributo delle corti di common law sul piano dell'organizzazione giudiziaria.

## 2. *Habeas corpus e due process of law: la lotta sul significato dell'art. 39 della Grande Carta*

Più in particolare, le considerazioni esposte trovano riscontro guardando al binomio *habeas corpus – due process of law* che, sempre

<sup>5</sup> Cfr. W. BAGHEOT, *La Costituzione inglese*, trad. it., Bologna, 1995, 255.

<sup>6</sup> Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 31.



a seguire la retrodatazione di cui sopra, avrebbe trovato la sua configurazione nell’articolo 39 della Carta del 1215, confluito a seguito della versione definitiva nell’articolo 29, il quale recitava testualmente: «*No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him*», sancendo altresì che nessuno potesse essere imprigionato o comunque punito «*excepting by the legal judgment of his peers, or by the laws of the land*».

In realtà, questa stessa clausola e la regola della indispensabilità di un processo (di pari) per la privazione della libertà personale, ha dovuto convivere lungamente con quel *writ of habeas corpus* che si configurava come «*prerogative writ*», ossia strumento mediante il quale il sovrano poteva ordinare che le decisioni sull’arresto fossero demandate alle *prerogative courts*. Ma queste corti erano del tutto condizionate dalla volontà dello stesso Sovrano<sup>7</sup> e parimenti restie, diversamente da quanto poteva accadere davanti alle corti ordinarie, a fare applicazione delle regole e dei principi di common law. Per di più, il Sovrano si arrogava anche il potere di adottare egli stesso ordini di arresto *per speciale mandatum Domini Regis*, ossia veri e propri «*arbitrary commands of imprisonment*»<sup>8</sup> che trovavano il loro esclusivo fondamento nella prerogativa del Sovrano ed ai quali le sue corti altro non facevano che darvi passiva esecuzione<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. sul punto P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Habeas Corpus*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, 1970, 941 il quale osserva che «esso (il *writ of habeas corpus*) si presentava piuttosto come un istituto diretto a garantire la prerogativa regia dell’amministrazione della giustizia». Nella dottrina inglese cfr. soprattutto G. GARNETT, *Sir Edward Coke’s resurrection of Magna Carta*, in L. GOLDMAN (ed.), *Magna Carta: history, context and influence*, London, 2018, 55-61: «originally, habeas corpus had been an expression of royal prerogative – an instruction in the name of the monarch to produce any prisoner, whoever currently held him in custody, in practice more often a royal councillor or one of the coun-ciliar courts, themselves acting on the basis of the royal prerogative»; dunque esso «was not based on a modern concept of individual rights» bensì costituiva «a royal prerogative and the King’s grace and mercy, grounded in a judge’s command to a jailer in order to inspect whether a person was properly detained». Sulla evoluzione storica dell’*habeas corpus* cfr. D. HALLIDAY, *Habeas Corpus: from England to Empire*, Cambridge, 2010; A.S. GLASS, *Historical Aspects of Habeas Corpus*, 9, *St. John’s Law Review* 55, 1934.

<sup>8</sup> Osserva Glass che, «*In spite of writs and Charter almost every sovereign of England attempted to assert the royal power as not being confined by the law*» e che «*none succeeded in defying the King’s arbitrary command of imprisonment*» (cfr. A.S. GLASS, *Historical Aspects of Habeas Corpus*, cit., 60).

<sup>9</sup> Difatti tali corti, come è stato documentato da Trevelyan, davano seguito ai co-

Si comprende dunque perché il tentativo di convertire in via definitiva l'*habeas corpus* da strumento coercitivo di stampo assolutistico a mezzo di tutela della libertà fisica abbia costituito, come si diceva, forse il principale terreno di scontro tra opposte visioni della common law ed uno snodo decisivo delle convulse vicende politiche dell'Isola.

Le tappe principali di questo percorso sono conosciute, ma vale la pena di riportarle alla mente.

A far data dal XIV secolo si registra l'adozione da parte del Parlamento di apposite leggi che, nel ribadire il valore giuridico della Carta, tentano di svincolarla dal contesto feudale e dall'impronta celtica estendendo la sfera dei soggetti tutelati dai suoi istituti di garanzia<sup>10</sup>. Così, sulla scorta della disposizione dell'art. 29 della Carta, viene emanato nel 1354 il *Liberty of Subject Act* nel quale si stabiliva che nessuno potesse essere «*taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to Death, without being brought in Answer by due Process of the Law*»: in tal modo diveniva esplicito il nesso tra libertà personale e diritto ad un equo processo nonché la portata universale di tale garanzia assicurata a tutti gli uomini «*of what Estate or Condition*».

Poco più di un decennio dopo, interviene la legge del 1368, l'*Observance of due Process of Law Act*, che ribadisce l'obbligo di rispetto della garanzia del *due process*, ritenendola radicata nella «*old law of the Land*» e sancendo pertanto la invalidità di qualsivoglia atto che fosse contrario ai suoi precetti («*if any Thing from henceforth be done to the contrary, it shall be void in the Law, and holden for Error*») <sup>11</sup>.

mandi di imprigionamento emanati dal Monarca «ognuna chiusa nel proprio sistema legale» e «con poco riguardo alla procedura e ai principi del “diritto comune” inglese»; mentre tali regole trovavano applicazione soltanto davanti a quella giustizia “ordinaria” delle corti di *common law*, ma le quali occupavano un posto ancora del tutto marginale nel sistema dell'epoca (cfr. G.M. TREVELYAN, *Storia della società inglese*, Torino, 1948, 231).

<sup>10</sup> Tanto più che, come nota Erskine May, «la storia parlamentare del XIV secolo prepara a far presentare i grandi moti del secolo XVII»; in particolare «si acquistarono allora libertà che non poterono poi mai essere pienamente abbattute; si definirono le prerogative della Corona ed i privilegi del Parlamento» ed i diritti della società che progrediva «erano rivendicati dalla crescente baldanza della Camera dei Comuni» (cfr. E. MAY, *La Democrazia in Europa*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, diretta da Attilio Brunialti, vol. I, Parte Prima, Torino, 1884, 537).

<sup>11</sup> *Observance of due Process of Law* (1368) 1368 chapter 3 42 Edw 3.

Mette conto osservare subito come l'utilizzazione di un Act of Parliament, vale a dire un atto legislativo “ordinario”, allo scopo di modificare una fonte *sui generis* quale la Magna Carta non muove da una volontà di declassamento della Carta oppure dall'assenza di una chiara consapevolezza in ordine alla distinzione sostanziale tra atti legislativi ordinari e fonti “costituzionali”; tale metodo si spiega piuttosto col fatto che il dettato dell'*Observance of due Process of Law Act* veniva concepito come ricezione e svolgimento di un principio già contenuto nella Carta del 1215, nonostante la portata innovativa del documento sopracitato e la sua funzione di sottrazione della stessa Carta alla disponibilità del Sovrano.

3. *Il ruolo delle corti di common law nel processo di maturazione del principio del due process e la codificazione parlamentare della Petition of Right*

A partire dal XVI secolo entrano in campo anche le corti di common law che iniziano ad utilizzare lo strumento del *writ ad subjiciendum* allo scopo di vagliare la legittimità degli arresti disposti dalle *prerogative courts* onde verificarne il rispetto delle garanzie individuali<sup>12</sup>.

Può ricordarsi in proposito la vicenda *Skrogges v Coleshil* del 1560 che, a detta dei più, rappresenta il primo esempio di un arresto disposto dal Privy Council (dunque una *prerogative court*) ed in seguito revocato attraverso un *writ of habeas corpus* emesso da una *common law court* (nella specie la Court of Common Pleas). Sulla

<sup>12</sup> In questa prospettiva, è stato osservato come in quel secolo si fossero concretamente affermate «*various forms of the writ (...) used by common lawyers to challenge the power of the royal prerogative courts*» (cfr. N.D. MCFEELEY, *The Historical Development of Habeas Corpus*, 30 SW. L.J. 585, 600 (1976), 587); il medesimo Autore, con particolare attenzione al legame dell'*habeas corpus* con i fattori politici e religiosi del tempo afferma che «*that last step in the use of habeas corpus, to protect the liberty of the subject, is intertwined with the religious and political conflicts of the time. Both the Puritans and the parliamentary opponents of the Crown invoked the Magna Carta to prove that arrest without due process of law was illegal. The House of Commons interpreted due process to mean the due process of common law and attempted to use it to prevent arrest by order of the Crown*». Su questi passaggi cfr. anche R. WALKER, *The constitutional and legal development of Habeas Corpus as the writ of liberty*, in *Oklahoma State Pub.*, 13, vol. 57, no. 9, March 1960, 24.

base della raccolta tenuta dallo Chief Justice della Court of Common Pleas dell'epoca Sir James Dyer, possono altresì ricordarsi il caso *ex parte Edward Mytton* del 1565 nel quale si discute, pur senza arrivare ad una decisione a causa della morte dello stesso Mytton prima della conclusione del processo, della validità di un arresto disposto discrezionalmente dai *commissioners* (ossia i giudici della corte ecclesiastica nota quale Court of High Commission<sup>13</sup>) e senza le dovute garanzie apprestate dalla common law ed il successivo *ex parte Thomas Lee*, nel quale stavolta la Corte del Common Pleas riesce a far prevalere un *writ of privilege* (una specie del *writ of habeas corpus* utilizzabile a favore di *officials* e *attorneys*) nei confronti dell'arresto disposto dalla High Commission per la violazione della garanzia individuale contro la *self-incrimination* (una pratica spesso utilizzata dalla suddetta Corte), con la conseguente scarcerazione del soggetto tratto in arresto. Ed ancora, tra i casi coevi, può menzionarsi il *John Hynde's case* del 1576 nel quale si perviene ad una decisione di illegittimità di un arresto disposto su ordine di un *privy councillor* (dunque un esponente del potere esecutivo, nel caso di specie il *Principal Secretary of State*) nonché i casi *Searches* ed *Howels* nei quali allo stesso modo le corti di common law ordinano per mezzo del *writ of habeas corpus* la comparizione degli arrestati dinanzi ad esse onde poter sottoporre al proprio vaglio di legalità gli arresti disposti dagli *executive tribunals*<sup>14</sup>.

Successivamente, siamo ormai al '600, viene messa in discussione la prerogativa regia di disporre del potere di arresto *per speciale mandatum Domini Regis* appoggiandosi al binomio *habeas corpus - due process* che viene ascritto alla Magna Carta e che da ora in poi accompagnerà lo sviluppo della storia costituzionale inglese in materia di libertà personale<sup>15</sup>. A questo punto, la Magna Carta as-

<sup>13</sup> Ossia la più elevata Corte ecclesiastica istituita dalla Regina Elisabetta I nel 1559 tramite l'Act of Supremacy al fine di «restoring to the Crown the ancient jurisdiction of the Church».

<sup>14</sup> Per un riscontro su queste tappe giurisprudenziali cfr. N.D. McFEELEY, *The Historical Development of Habeas Corpus*, 30 Sw L.J., 1976, 587; R. GRIFFITH-JONES, M. HILL (eds.), *Magna Carta, Religion and the Rule of Law*, Cambridge, 98 ss.

<sup>15</sup> Lo stesso Coke aveva ben chiaro il collegamento tra *habeas corpus* e *due process*; egli affermava nelle *Institutes* che “if a man be taken, or committed to prison contra legem terrae, against the law of the land, what remedy hath the party grieved? He may have an *habeas corpus* (E. COKE, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England*, 50).

surge a simbolo di libertà contro l'assolutismo monarchico («*great muniment of English liberties*») e viene a configurarsi, secondo la definizione dello Chief Justice Coke, a «*fountain of all the fundamental laws of the realm*»<sup>16</sup> cui possono attingere i *common lawyers* con le loro abilità interpretative.

Il ruolo così assunto dalla Grande Carta trova conferma in alcuni importanti snodi giurisprudenziali. Il primo è il *Ball's case* del 1608 nel quale Coke, in qualità di Chief Justice, statuisce l'illegittimità di un arresto disposto dalla Court of High Commission in forza dell'argomento che un siffatto potere di privazione della libertà personale non trovasse alcun riconoscimento nella Magna Carta né in altri *statutes* parlamentari<sup>17</sup>. Nello stesso anno lo Chief Justice nel caso

Successivamente il principio del *due process* troverà formalizzazione nella Costituzione statunitense e segnatamente nel V emendamento. È infatti da sottolineare che la garanzia del giusto processo fu immediatamente avvertita come la trasposizione di un antico e consolidato principio oramai acquisito al patrimonio costituzionale della common law (cfr. A.L. TYLER, *A “Second Magna Carta”: The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege*, Notre Dame Law Review, Volume 9, Issue 5, 10-2016, 1951 e ss. ed ID., *Habeas Corpus and the American Revolution*, in 103 *Calif. L. Rev.* 635, 2015). Sul tema della trasposizione, non senza importanti differenziazioni, delle garanzie del *due process* apprestate dalla common law inglese nell'esperienza costituzionale statunitense vedi ora A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 1/2020, 1- 54.

<sup>16</sup> Cfr. E. COKE, *Institutes*, 81; 2 Hansard, *Parliamentary History* 327. Sottolinea a tale proposito Mario Caravale che durante il secolo XVII che si assiste alla costruzione della Carta «come garante non più soltanto di alcuni importanti diritti consuetudinari di soggetti appartenenti ai vari ordinamenti nei quali si articolava nel secolo XIII la tradizione consuetudinaria del popolo inglese, ma più in generale di tutti i diritti fondamentali degli uomini liberi di quel popolo» (cfr. M. CARAVALE, *Magna Carta Libertatum*, cit., 78). Sulla ripresa della Magna Carta da parte di Coke e sul ruolo dei giudici quali “custodi” della Carta cfr. B. GUASTAFERRO, *Magna Carta, Common law constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, in *Diritti Comparati*, 9 novembre 2015, par. 2, ora in A. TORRE (a cura di), *Magna Carta e Rule of Law nell'ordinamento inglese*, cit., 57 e ss.

<sup>17</sup> Si ricorda infatti che anche le corti ecclesiastiche rientravano nella categoria delle *prerogative courts*. Per tale ragione a partire dal 1600 i *common lawyers* cominciarono a metterne in discussione l'autorità in quanto non istituite attraverso la legge ed estranee alla gerarchia delle corti di common law; un appunto, quest'ultimo, al quale gli *ecclesiastics* ribadivano sostenendo che la loro legittimazione derivasse direttamente dalla *royal prerogative* e che di conseguenza le corti di common law non avrebbero comunque potuto influire sulle materie di loro giurisdizione (cfr. R. USHER, *The Rise and Fall of the High Commission*, Oxford, 1913, 32 ss.). Il caso più significativo a riguardo

*Edward* afferma che nessuna Corte ecclesiastica potesse punire un individuo per le proprie opinioni personali e per le proprie convinzioni religiose; in tal modo postulando l'esistenza di una *freedom of thought* incardinata nella common law e nello stesso art. 29 della Magna Carta (non essendovi nella Carta un articolo appositamente dedicato), e quindi adottando un'accezione dell'*habeas corpus* che ricomprende nella sfera di azione dell'istituto non solo la libertà del (e sul) proprio corpo, ma anche la titolarità esclusiva del proprio pensiero.

Come si sa, il passaggio giurisprudenziale più appariscente del tempo è il *Bonham's case* del 1610. Per quanto rileva ai fini del nostro esame, va tenuto presente che la decisione trae origine dall'azione per *false imprisonment* (illegittimo imprigionamento) promossa dal Dr. Bonham contro il Royal College of Physicians in seguito al suo arresto per aver praticato la professione medica nella città di Londra senza l'autorizzazione del locale Collegio (pur avendo conseguito la laurea in medicina presso l'Università di Cambridge). Altresì da precisare è che la condanna scaturiva da una violazione del *grant* concesso da Enrico VIII, e successivamente confermato dal Parlamento, al Royal College che attribuiva a quest'ultimo una posizione monopolistica nell'anzidetto campo dell'esercizio della professione medica.

In tale occasione, la difesa da parte di Coke delle ragioni dell'arrestato è incentrata sulla garanzia del *due process of law*, dalla

è *Prohibitions del Roy* del 1607 che investiva proprio la questione dei limiti dell'autorità dei giudici ecclesiastici. In particolare, è da ricordare che le corti di common law utilizzavano proprio i *writs of prohibition* al fine di sottrarre i casi alle corti ecclesiastiche e porli sotto la propria giurisdizione. Nella decisione in esame lo Chief Justice Coke opponeva la speciale capacità interpretativa dei *common lawyers* in quanto detentori non già di una ragione spontanea e naturale bensì di quella *artificial reason* («*the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it*») che può essere conquistata soltanto attraverso lo studio del diritto e nella concretezza dell'esperienza giuridica, declinando così la pretesa del Sovrano, avallata dall'Archibishop of Canterbury, di assumere egli stesso la decisione spettante alla Corte del King's Bench: «*it appears in our Books, that the King may sit in the Star-Chamber, but this was to consult with the Justices, upon certain questions proposed to them, and not in judicio; so in the King's Bench he may sit, but the Court gives the Judgment. And it is commonly said in our Books, that the King is alwayes present in Court in the Judgment of Law; and upon this he cannot be non-suit: but the Judgements are alwayes given per Curiam; and the Judges are sworn to execute Justice according to Law and custome of England*».

quale viene tratto il corollario che i Censori del Royal College non potessero essere «*al tempo stesso giudici, procuratori e parti*», ciò che invece era loro concesso in forza della posizione monopolistica detenuta.

Ebbene, per quanto Coke motivi l'esistenza del principio di garanzia con un richiamo alla common law piuttosto indeterminato, è agevole ravvisarvi, data la stretta connessione che nella fattispecie intercorreva tra il tema monopolistico e quello della tutela della libertà personale, un più specifico riferimento alla Grande Carta; il che trova riprova nel fatto che lo stesso Coke nelle sue *Institutes*, nonché in alcune coeve sentenze, aveva esplicitamente formulato la proposizione secondo la quale «*all monopolies are against this Great Charter, because they are against the liberty and freedom of the subjects and against the law of the land*»<sup>18</sup>. Sicché, come si diceva, si può fondatamente ipotizzare che quando Coke, nel passaggio più conosciuto della sentenza, affermava che «*the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*», egli propugnasse la compenetrazione tra common law e la Grande Carta anche con riguardo alle garanzie apprestate a difesa della libertà dagli arresti.

Lo stesso caso *Darnel* del 1627, nonostante il suo esito, può comprovare come l'esigenza del rispetto della Carta fosse divenuta sempre più intensa, soprattutto in relazione agli arresti *per speciale mandatum* che, in un momento di forti tensioni politiche<sup>19</sup>, si erano

<sup>18</sup> E. COKE, *The Second Part of the Institutes*, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962, 60. Su alcuni momenti fondamentali della giurisprudenza antimonopolistica inglese sia permesso rinviare a F. NANIA, *Le origini della “freedom of trade” in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 4/2018, Bologna, 939 e ss.

<sup>19</sup> Sulle quali certamente pesavano i continui tentativi del Sovrano di estendere i propri poteri a discapito del Parlamento ed al di là dei limiti della common law (cfr. C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di Vittorio De Caprariis, trad. it., Venezia, 1956, 122, il quale osserva che «nella contesa tra *jurisdictio* e *gubernaculum*, che prese avvio negli ultimi anni del regno di Elisabetta e continuò a svilupparsi sempre più apertamente sotto i suoi successori, ciascuna delle parti in causa rivendicava i suoi diritti in quanto “ereditati”»). Oltre alla già menzionata decisione dello Chief Justice Coke in *Prohibitions del Roy*, sono almeno da menzionare il *Case of Proclamations* ed il *Case of Commendams* nei quali nuovamente Coke tentava di stabilire il principio

riproposti quali principali strumenti nelle mani del monarca per osteggiare gli avversari politici presenti nella House of Commons.

La vicenda, che è stata oggetto di approfondita trattazione da parte degli storici<sup>20</sup>, muove dall'ordine adottato da Re Carlo I, in seguito al rifiuto del Parlamento di continuare a finanziare la partecipazione inglese alla Guerra dei Trent'anni, col quale ordine veniva ingiunto ai nobili di sostenere le relative spese (il c.d. *forced loan* del 1626). Alcuni cavalieri (da qui il nome del caso conosciuto anche come *Case of the Five Knights*), tra cui il Darnel, si opposero a tale imposizione da parte del Sovrano e furono imprigionati nella Fleet Prison di Londra *per speciale mandatum* eseguito dal Privy Council del Re. Essi decisero pertanto di rivolgersi al King's Bench depositando dinanzi alla predetta corte di common law una petizione di *habeas corpus* per richiedere la loro scarcerazione e rivendicare il loro diritto a comparire dinanzi ad una Corte.

In particolare, fu John Selden, noto giurista ed avvocato del collegio che difendeva il Darnel e gli altri cavalieri, a sostenere che l'imprigionamento *per speciale mandatum* fosse contrario alla Magna Carta poiché violava quella «*legem terrae*» alla quale anche il Sovrano avrebbe dovuto essere sottoposto<sup>21</sup>. Nonostante questi argomenti difensivi, la Corte decise tuttavia in favore della Corona ante-

per cui il Re “*bath no prerogative, but that which the law of the land allows him*”. È inoltre interessante notare che in questa fase, ancora una volta, si intersecano le dinamiche relative all'*habeas corpus* e quelle della lotta antimonopolistica. Difatti, nello stesso periodo storico cresceva all'interno del Parlamento anche l'opposizione alle politiche di concessione di monopoli regi (notevolmente aumentati durante il regno di Giacomo I), il che portò infine nel 1626 all'approvazione parlamentare dello Statute of Monopolies che recepiva in gran parte la precedente giurisprudenza delle corti di common law in ordine alla *freedom of trade*.

<sup>20</sup> Cfr. M. KISHLANSKY, *Tyranny Denied: Charles I, Attorney General Heath, and the Five Knights' Case*, 42 Hist. J. 53, 1999, 63-64; G. COPPI, *Il writ di habeas corpus. Le origini del baluardo delle libertà civili*, in *Le Carte e la Storia*, 1/2009, 137 e ss.; S. WILMS, *The Five Knights' Case and Debates in the Parliament of 1628: Division and Suspicion Under King Charles I*, in *Constructing the Past*, vol. 7, 2006, 92 e ss.

<sup>21</sup> Queste le parole di Selden pronunciate dinanzi alla Corte del King's Bench: «*the Statute of Magna Carta (...) that statute if it were fully executed as it ought to be, every man would enjoy his liberty better than he doth (...). I think, under your Lordship's favour, there it must be intended by due course of law, to be either by presentment or by indictment (...). My Lords, if the meaning of these words “per legem terrae”, were but, as we use to say, according to the laws...and “per speciale mandatum” etc. be within the meaning of these words, “according to the laws” then this act has done nothing*».



ponendo la prerogativa regia alla Carta ed alle garanzie in favore della libertà personale<sup>22</sup>. Una decisione che, nell’opinione di Erskine May, «provò troppo chiaramente che i giudici, come i vescovi, erano disposti a sostenere la prerogativa nelle sue usurpazioni sopra le più incontrovertibili leggi del paese»<sup>23</sup>.

Non è possibile qui determinare se tale decisione fosse riconducibile alla volontà dei giudici del King’s Bench di assecondare la prerogativa regia allo scopo di rafforzare la posizione della Corte rispetto alla giurisdizione del Cancelliere del Re che andava assumendo importanza crescente e delle altre *prerogative courts*<sup>24</sup>, ovvero fosse piuttosto da ricollegare al fatto che la Corona esercitava ancora un forte potere sull’apparato giudiziario, considerato che solo nel 1701 attraverso l’Act of Settlement vennero stabilite apposite garanzie di indipendenza per i giudici in grado di neutralizzare i poteri del Sovrano di rimozione dalla carica o del trasferimento in caso avessero assunto decisioni contrarie alla sua volontà (come accaduto con la rimozione e addirittura con l’imprigionamento dello stesso Coke nel 1622 a seguito della sua opposizione a Giacomo I).

Come si diceva, col caso *Darnel*, indipendentemente dal suo esito finale, la questione del rispetto della garanzia dell’*habeas corpus* e della Magna Carta era stata ormai aperta in tutta la sua portata “eversiva”, sicché essa non tarda a trasferirsi nella sede della House

<sup>22</sup> Alla difesa di Selden si opponeva in particolare l’Attorney General Sir Robert Heath il quale difendeva la legittimità dell’arresto *per speciale mandatum* perché derivante dal Monarca al quale andava riconosciuta la qualità di «*head of the fountain of justice*» nonché «*very essence of justice under God upon earth*». Si riportano inoltre le parole del Lord Chief Justice del King’s Bench Sir Nycholas Hyde nella decisione finale in cui si legge: «*if a man be committed by the commandment of the king, he is not be delivered by a Habeas Corpus in this court, for we know not the cause of the commitment (...) the special command of the King or the authority of the Privy Council as a body, was such sufficient warrant for commitment as to require no further cause to be expressed*»; il che sta a significare appunto che il comando di imprigionamento *Domini Regis* costituiva per sé una ragione sufficiente affinché Darnell e gli altri fossero privati della libertà personale, oltre al fatto che nessuna Corte potesse spingersi a sindacare o tantomeno annullare un atto proveniente dalla volontà del Monarca.

<sup>23</sup> E. MAY, *La Democrazia in Europa*, cit., 555.

<sup>24</sup> Su tale aspetto cfr. anche U. MATTEI, *Il Modello di Common Law*, Torino, 2010, 16, laddove si sottolinea che «la competizione per la giurisdizione fu, nel corso del XVI secolo, la causa delle più profonde trasformazioni del sistema di common law e probabilmente, di riflesso, dello stesso sistema politico inglese».

of Commons dove, all'esito della discussione parlamentare sul punto, viene adottata nel 1628 la Petition of Right, ma anche stavolta immaginando di assegnare al documento il semplice compito di riaffermare un diritto risalente sino alla *Great Charter*.

Questa prospettiva emerge nitidamente dalle parole di Coke durante il dibattito prodromico alla stesura dell'atto, quando sosteneva che dovesse essere il Parlamento stesso a farsi carico di intervenire contro gli arresti «*per mandatum domini regis*» (ed altri simili figure quali l'arresto «*for matter of state*» o «*a convenient time*») onde evitare di «*leave Magna Carta and the other statutes and make them fruitless, and do what our ancestors would never do*»; ed era sempre Coke a sottolineare che porre fine agli abusi del Sovrano perpetrati contro la garanzia della libertà personale predisposta dalla Carta fosse «*an act of right*» perché volto a ristabilire un principio fondamentale di common law radicato nella «*law of the realm*»<sup>25</sup>.

Date queste premesse, non può allora stupire che un punto centrale della Petition sia costituito dall'espresso richiamo al rispetto delle libertà sancite dalla Magna Carta ed alla richiesta al Sovrano di cessare la pratica dell'imprigionamento *per speciale mandatum*<sup>26</sup>. Ma neppure la Petition riuscì nel suo intendimento. Difatti, «il re tradì bentosto la sua doppiezza e la sua malafede»<sup>27</sup> tornando a scontrarsi duramente con il Parlamento, sino a dissolverlo nel 1629 ed a far imprigionare alcuni dei più attivi avversari delle politiche regie che se-

<sup>25</sup> Cfr. R.C. JOHNSON, M.F. KEELER, M.J. COLE, W.B. BIDWELL, *Commons Debates 1628*, New Haven, 1977, vol. II, 282 e ss.; J.S. FLEMION, *The Struggle for the Petition of Right in the House of Lords: The Study of an Opposition Party Victory*, in *The Journal of Modern History*, vol. 45, no. 2, 1973, 193-210.

<sup>26</sup> Così recitava sul punto la Petition: «*Your subjects have of late been imprisoned without any cause shewed. And when for their deliverance they were brought before your justices by your Majesties writs of habeas corpus no cause was certified, but that they were detained by your Majesties special command signified by the lords of your Privy Council, and yet were returned back to several prisons without being charged with anything to which they might make answer according to the law (...). They pray that no freeman in any such manner as is before mentioned be imprisoned or detained*» (par. 5, 8). Con queste parole la Petition avrebbe definitivamente scolpito «*in constitutional theory that no man ought to be deprived of his liberty, and held up the writ of habeas corpus as the legal instrument by which this great purpose was to be effected*» (cfr. R.S. WALKER, *The constitutional and legal development of Habeas Corpus*, in *Okla. State University Publication*, vol. 57, n. 9, 73).

<sup>27</sup> E. MAY, *op. cit.*, 555.

devano nella Camera dei Comuni (tra i quali lo stesso John Selden) nella Torre di Londra, e ciò ancora *per speciale mandatum*.

Quando i menzionati parlamentari ricorsero al King's Bench per domandare la scarcerazione attraverso un *writ of habeas corpus*, la discussione dinanzi alla Corte ruotava ancora una volta attorno al valore giuridico da riconoscere al documento sottoscritto appena l'anno precedente. Le posizioni in contrasto erano, da un lato, quella dell'Attorney General Heath il quale sosteneva che «*a Petition in parliament is not a law*» e così negando la possibilità che la Petition potesse essere chiamata a contrastare il comando del Sovrano; dal lato opposto, quella di Edward Littleton (difensore di alcuni dei parlamentari imprigionati) il quale propugnava la tesi della pienezza di valore vincolante del documento in questione nonché la possibilità del suo *enforcement* dinanzi alle corti in caso di violazione del diritto, sancito dalla Magna Carta e nuovamente accettato dal Re con la sottoscrizione della Petition, che riconosce che ognuno «*shall have his trial*»<sup>28</sup>.

I più accreditati resoconti della vicenda narrano che la Corte era in realtà propensa ad adottare una pronuncia favorevole ai parlamentari arrestati, ma diede preventivamente notizia al Re di tale orientamento. A causa della netta contrarietà del sovrano nei confronti di un possibile verdetto sfavorevole che ne mettesse in discussione le prerogative, la vertenza si concluse senza una sentenza di merito da parte del King's Bench. Solo successivamente il Sovrano offrì ai prigionieri la liberazione ma non, come chiedeva Selden «*in point of Right*» ossia ammettendo la violazione di un diritto garantito dalla common law, bensì facendo uso del potere di grazia in modo da riaffermare la supremazia delle prerogative regie<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> *Stroud's Case*, 261.

<sup>29</sup> Cfr. il resoconto storico di B. WHITELOCKE, *Memorials Of The English Affairs From The Beginning Of The Reign Of Charles The First To The Happy Restoration Of King Charles The Second*, Oxford, 1853-1682, 14: «*The Judges were somewhat perplexed about the Habeas Corpus for the Parliament-men, and wrote an humble and stout Letter to the king, "That by their oaths they were to bail the Prisoners; but thought fit, before they did it, or published their Opinions therein, to inform his majesty thereof, and humbly to advise him (as had been done by his noble progenitors in like case) to send a direction to his Justices of his bench, to bail the prisoners" (...) the king was not pleased with their determination; and commanded them not to deliver any opinion in this case without consulting with the rest of the judges; who delayed the business*». Sulla vicenda cfr. anche

4. *L'Habeas Corpus Act: dai "principi" alla predisposizione pragmatica di rimedi processuali*

L'annosa ed irrisolta contesa col Sovrano avente ad oggetto la Magna Carta, che è stata sin qui concisamente descritta, si avvia a soluzione col c.d. Lungo Parlamento ed al costo di una guerra civile la cui asprezza è emblematizzata dalla decapitazione di Carlo I. Difatti, tra gli atti di maggiore rilievo adottati dal Lungo Parlamento si annovera l'abolizione della Camera Stellata nel 1641 mediante lo Star Chamber Act: il che vuol dire la soppressione da parte dell'Assemblea di Westminster di quella Corte che, come in precedenza si è sottolineato, era stata strumento del potere arbitrario del Sovrano<sup>30</sup> e degli ordini di imprigionamento disposti *per speciale mandatum Domini Regis* (e sotto il medesimo segno si colloca anche il Triennial Act con l'abolizione della Court of High Commission).

Ma soprattutto nel 1679 vede la luce l'Habeas Corpus Act: il compimento del percorso di riconoscimento del rango di intangibilità del diritto alla libertà personale ed al giusto processo che le corti di common law avevano cercato di affermare, ma senza riuscire a piegare del tutto la persistenza delle prerogative sovrane e la loro pretesa di radicamento in una common law ancora più antica di ogni Carta di diritti. Una realizzazione che, confrontata alla Magna Carta, è portatrice di una grande novità, ossia la testuale predisposizione di una molteplicità di meccanismi di carattere procedurale in grado di scongiurare l'uso arbitrario dei poteri di privazione della libertà fisica del cittadino: primo fra tutti l'obbligo da parte dei «*jailers*» di presentare la persona entro il tempo stabilito di tre giorni dinanzi al giudice da cui proviene l'emissione del *writ*.

È vero dunque che l'avvento della nuova Carta, a prescindere ora dalle vicende che ne hanno in qualche occasione determinato la

J. REEVE, *The Arguments in King's Bench in 1629 Concerning the Imprisonment of John Selden and Other Members of the House of Commons*, in *Journal of British Studies*, vol. 25, no. 3, 1986, 264-287.

<sup>30</sup> Emblematica in tal senso la descrizione di Maitland il quale dipinge la Star Chamber, soprattutto nel periodo storico tra XVI e XVII secolo, quale «*a court of politicians enforcing a policy, not a court of judges administering the law*» (cfr. F.W. MAITLAND, *Constitutional History of England*, cit., 263). Similmente Erskine May si riferisce alla Camera Stellata sotto la dinastia degli Stuart quale «l'agente tirannico di un governo arbitrario» (cfr. E. MAY, *op. cit.*, 557).

sospensione<sup>31</sup>, gioca in un duplice senso: segna il conferimento alle corti di common law del ruolo di garanzia della libertà individuale ed allo stesso tempo sancisce l'insorgenza del principio della supremazia del Parlamento<sup>32</sup>.

Vi è ancora da dire che tale rafforzamento della effettività della esigenza legale insita in quel *writ* che era già in uso da parte delle corti di common law, ha indotto Blackstone nei suoi *Commentaries* ad affermare che «*Magna Carta only in general terms declared that no man shall be imprisoned contrary to law: the Habeas Corpus Act points him out effectual means to release himself*»<sup>33</sup>, così da qualificarlo espressamente quale «*another Magna Carta*» nell'esperienza costituzionale dell'Isola<sup>34</sup>. Parte da qui l'orgoglio per il "pragmatismo" dell'approccio inglese ai diritti<sup>35</sup> che si rinviene anche nella teorica di

<sup>31</sup> In particolare, la prima sospensione avvenne nel 1689 ossia proprio durante la Gloriosa Rivoluzione parlamentare; tale sospensione non riguardava tuttavia l'intera legge bensì soltanto la sezione n. 7 concernente gli arresti per *treason*, e ciò al fine di reprimere i tentativi di ristabilire sul trono Giacomo II Stuart da parte dei suoi sostenitori (sul tema specifico cfr. C. CRAWFORD, *The Suspension of the Habeas Corpus Act and the Revolution of 1689*, in *The English Historical Review*, vol. 30, no. 120, 1915, 613-630).

<sup>32</sup> In questo senso è stato notato che «*by the terms of the Habeas Corpus Act, Parliament claimed for itself control over the relevant legal framework for the detention of prisoners. The constraints imposed by that Act, while ultimately central to the story of individual liberty in the American constitutional tradition, must be viewed at its origins as part of the rise of parliamentary supremacy, including Parliament's assertion of much greater control over matters of war and foreign affairs during this period*» (cfr. A.L. TYLER, *A "Second Magna Carta": The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege*, cit., 1980).

<sup>33</sup> W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Book 4, 439.

<sup>34</sup> W. BLACKSTONE, *op. ult. cit.*, Book 1, 137.

<sup>35</sup> A tale proposito è sufficiente menzionare la durissima critica di Bentham alla Dichiarazione francese del 1789, nella quale emerge con nettezza l'indisponibilità ad accettare una Carta di diritti destinata a svolgere più che altro una funzione meramente simbolica o astrattamente filosofica, interessata quindi a rimarcare la distanza ideale dal precedente regime assolutistico ma non a dar vita ad un documento *legal* creativo di diritti immediatamente azionabili, mentre l'esperienza inglese «ha sempre manifestato una ripugnanza estrema contro le proposizioni astratte, contro i cosiddetti principi generali. Questa diffidenza è ben comprensibile. È il timore di vedere introdurre nelle questioni degli argomenti che non vi si addicono, è il timore di impegnarsi più di quanto non si voglia e di trovarsi in seguito coinvolti in contraddizioni inevitabili» (cfr. J. BENTHAM, *Esame critico della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino*, trad. it. a cura di Pietro Crespi, in *Sofismi Politici*, Milano, 1947, 270; cfr. inoltre J. BENTHAM, *The Anarchical Fallacies*, in J. BOWRING (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. 2, Edinburgh, 1843, 68 e ss. laddove il filosofo e giurista britannico afferma, sempre in polemica con il

Dicey il quale rimarca nella sua *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* l'assenza nella «*English constitution*» delle «*declarations or definitions of rights so dear to foreign constitutionalists*»; in questa prospettiva, il requisito della concretezza, come precipitato del principio della *rule of law*, si ritiene sia connaturata ad un sistema nel quale i diritti nascono a partire dalla dimensione applicativa, sicché la stessa legge parlamentare «*bear a close resemblance to judicial decisions*» e persino la *Law of the Constitution* non sarebbe altro che «*a generalization of the rights which the Courts secure to individuals*»<sup>36</sup>.

Sono queste le premesse di ordine generale che spingono il giurista vittoriano ad argomentare, con specifico riferimento al tema della garanzia della libertà personale, che «*the whole history of the writ of habeas corpus illustrates the predominant attention paid under the English constitution to "remedies", that is, to modes of procedure by which to secure respect for a legal right, and by which to turn a merely nominal into an effective or real right*»<sup>37</sup>. Sicché anche per Dicey il pregio dell'Habeas Corpus Act è quello di non proclamare diritti astratti («*it declare no principle and define no rights*»), bensì di preoccuparsi di predisporre «*practical purposes*» e soprattutto in ragione di ciò potendo assumere il valore di «*hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty*»<sup>38</sup>.

Non si deve pensare però che l'elogio della nuova Carta nei termini anzidetti abbia portato a far dimenticare la Magna Carta o comunque a mettere in dubbio la possibilità di disegnare ancora un

giusnaturalismo francese: «*from real laws come real rights; but from imaginary laws, from laws of nature, fancied and invented by poets, rhetoricians, and dealers in moral and intellectual poisons, come imaginary rights*»). Simili critiche sono quelle mosse alla Dichiarazione francese da Edmund Burke, il quale non nega l'esistenza di alcuni diritti naturali ma afferma che «il governo non sussiste in virtù di diritti naturali, che possono e devono esistere in modo indipendente da esso». Tali diritti esistono dunque a livello puramente teorico ma «questa loro perfezione teorica è il correlato di una imperfezione pratica» che si manifesta nell'impossibilità di ritenere che essi possano essere trasferiti sul piano pratico senza una «grande varietà di rifrazioni e di riflessioni che diventa assurdo parlare di essi come se continuassero nella loro direzioni di origine» (cfr. E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese*, Bologna, 1930, 140 e ss.).

<sup>36</sup> A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1982, 152.

<sup>37</sup> A.V. DICEY, *op. ult. cit.*, 161.

<sup>38</sup> A.V. DICEY, *op. ult. cit.*, 195.

rapporto di continuità tra le due Carte, nonostante la innegabile diversità dei contesti politico sociali di riferimento. D’altro canto, anche l’Habeas Corpus Act, fin dalla sua stessa intitolazione, si configura come espressione di diritti contemplati dalla Carta più antica e la cui attestazione di principio già avrebbe contenuto implicitamente le più concrete garanzie della libertà individuale, progressivamente elaborate dalle Corti e dal Parlamento<sup>39</sup>.

Conclusivamente, non si può non fare menzione dell’articolo XIII del Bill of Rights, ossia il documento in cui trova la sua massima espressione la Gloriosa Rivoluzione parlamentare del 1688-89, laddove si preoccupa di disporre che «*no charter, or grant, or pardon (...) shall be any ways impeached or invalidated by this act, but that the same shall be and remain of the same force and effect in law, and no other than as if this act had never been made*»<sup>40</sup>.

Il che certifica come finanche il prodotto di un evento politico così dirompente venga collocato su di una linea di perfetta continuità rispetto al passato ed alla tradizione: «la rivoluzione era stata il prodotto di molti secoli, le sue leggi fondamentali e le sue fondamentali libertà erano bene conosciute ed amate dal popolo (...). Tale rivoluzione non fu il trionfo di un partito sopra gli altri, bensì la rinnovazione dello Stato secondo lo spirito delle sue tradizioni e delle sue istituzioni popolari»<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Non è avvertita difatti la necessità di proclamare l’esistenza del diritto ma la legge è definita quale «*an Act for the better securing the Liberty of the Subject and for Prevention of Imprisonments beyond the Seas*».

<sup>40</sup> «Nessuna carta, concessione o dispensa (...) sarà annullata o invalidata col presente atto, ma avranno e conserveranno la forza e il valore di diritto che avevano prima e non altro, come se il presente atto non fosse stato fatto».

<sup>41</sup> E. MAY, *op. cit.*, 595-596.

Critica è invece sul punto la posizione di F. Engels nel suo scritto del 1844 sulla Costituzione inglese (pubblicato nella rivista *Vorwärts!*) nel quale si evidenzia «come sia assurdo voler sostenere che per entrambi», ossia per l’inglese del 1688 e del 1884, «valga un identico fondamento costituzionale» dal momento che «il carattere politico della nazione è oggi del tutto diverso da quello di allora». Ciò che Engels mette in evidenza è piuttosto la discontinuità, se non proprio la rottura, dei più rilevanti documenti del XVII secolo con l’ordine politico-costituzionale precedente: «l’Habeas Corpus Act, il Bill of Rights furono provvedimenti dei whigs, resi possibili dalla debolezza e dalla sconfitta dei tories di quel tempo e destinati a combattere questi tories, ovvero la monarchia assoluta ed il cattolicesimo aperto o mascherato».

Sembra più orientata nel senso della stretta connessione tra Bill of Rights e precedenti codificazioni e consuetudini la posizione di Matteucci quando osserva che tale Bill

5. *L'argomento della storicità dei diritti degli englishmen tra CEDU e common law*

Questa indagine sulla genesi della cultura della “retrodatazione” nella esperienza costituzionale inglese, con particolare attenzione alla vicenda esemplificativa delle garanzie a tutela della libertà personale, si dimostra utile per comprendere taluni odierni orientamenti che sembrano accomunare la dottrina politico-giuridica e la giurisprudenza inglese con riferimento alla adesione del Regno Unito alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo nonché alla cosiddetta tutela multilivello dei diritti fondamentali.

Si pensi che benché la Convenzione non potesse essere ovviamente vista quale prodotto della tradizione nazionale, si è non di meno prontamente diffusa l’idea della quasi perfetta coincidenza tra i diritti maturati nel contesto della common law ed i diritti enunciati nella Convenzione stessa<sup>42</sup>. Il che è confermato dal fatto che, in seguito alla ratifica della CEDU nel 1953, non venne avvertita neppure la necessità di una qualsivoglia implementazione legislativa, almeno fino al 1998 con l’adozione dello Human Rights Act (HRA) e la possibilità di far valere i diritti convenzionali dinanzi alle corti domestiche, così da rafforzare l’idea che la Convenzione stessa non avesse una portata innovativa, ma fosse piuttosto la riproposizione di principi già ben impiantati nella common law inglese.

Quanto mai significativo in proposito appare l’argomento speso da Lord Scarman per sostenere la posizione favorevole all’incorporazione della CEDU nell’ordinamento inglese: vale a dire che il cata-

«contiene chiare limitazioni al potere regale, ed è un vero e proprio contratto fra il re e il popolo, rappresentato dal Parlamento» mentre «nel contenuto è assai poco innovatore rispetto alla vecchia prassi costituzionale inglese» (cfr. N. MATTEUCCI, *Contrattualismo*, in *Dizionario di Politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Utet, Torino, 1976, 245); sulla questione appena richiamata, si veda A. TORRE, *Interpretare la Costituzione Britannica*, Torino, 1997, 286.

<sup>42</sup> Sono a tale proposito da ricordare le parole di Lord Hoffmann il quale sottolinea che i valori enucleati nella Convenzione «*have deep roots in our national history and culture*» (cfr. LORD HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, Judicial Studie Board Annual Lecture, 19 March 2009, 10). Sul punto cfr. anche J. NORMAN, P. OBORNE, *Churchill's Legacy: The Conservative Case for the Human Rights Act*, London, 2009, laddove si evidenzia che «*the Convention was framed by British jurists, working within a common law legal tradition*» ed ancora che la Convenzione «*marks a vital codification of the common law, not its repudiation*».



logo europeo potesse considerarsi addirittura come un recupero della più autentica e consolidata tradizione costituzionale inglese, specie per il suo collegamento con quei documenti, quali la Magna Carta e l'Habeas Corpus Act, aventi la natura di «*entrenched provisions protecting the fundamental rights of the individuals*»<sup>43</sup>.

È da notare che lo stesso Lord Scarman ha fatto parte del Collegio della Court of Appeal che ha ritenuto di accogliere un ricorso proposto – sulla base dei *writs* di *habeas corpus*, *certiorari* e *mandamus* – da alcuni migranti nel Regno Unito; nella decisione si trova ancora il richiamo congiunto alla Magna Carta ed al principio per il quale a nessun uomo possa essere negato «*either justice or right*»; ed a ciò segue l'affermazione per cui tale principio è da considerare «*now reinforced by the European Convention for the Protection of Human Rights 1950*». Ancora nelle parole di Lord Scarman Magna Carta e CEDU dovrebbero considerarsi tra di esse integrate sotto il profilo della funzione di tutela dei diritti fondamentali, tanto che «*problems of ambiguity or omission (...) should be resolved so as to give effect to, or at the very least so as not to derogate from, the rights recognised by Magna Carta and the European convention*»<sup>44</sup>.

Il postulato del collegamento tra la CEDU ed i più antichi documenti della storia costituzionale inglese emerge anche durante i dibattiti parlamentari sui diversi progetti intesi a realizzare l'anzidetta incorporazione, a partire dal primo *Bill* avanzato nel 1987 dove veniva osservato che il linguaggio della Convenzione «*goes deep into our history and as far back as Magna Carta*»<sup>45</sup>. Nella seconda e definitiva lettura nella House of Commons del disegno di legge destinato a divenire lo Human Rights Act, il Secretary of State for the Home Department Jack Straw così si esprimeva: «*This is the first major Bill on human rights for more than 300 years. It will strengthen representative and democratic government. It does so by enabling citizens to challenge more easily actions of the state if they fail to match the standards set by the European convention. The Bill will thus create a new and better relationship between the Government and the people*»<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> LORD SCARMAN, *English Law - The New Dimension*, London, 1974, 10 e ss.

<sup>44</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*; *R v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Begum*, 1975, QB.

<sup>45</sup> Hansard - Uk Parliament, 6 February 1987, col. 1, 224.

<sup>46</sup> Official Report, House of Commons, 16 February 1998, vol. 307, col. 769.

Vero è che lo stesso HRA sembra voler allentare il suo legame con il passato in materia di tutela dei diritti fondamentali quando prescrive alla sezione 3 che l'intera legislazione *whenever enacted* debba venire applicata, sino al massimo grado possibile, secondo il modulo dell'interpretazione conforme alla Convenzione. Nonostante ciò, è tutt'altro che raro imbattersi in decisioni dove traspare la valorizzazione del sistema di common law di tutela dei diritti, come dimostra lo stesso filone giurisprudenziale della UK Supreme Court laddove nell'economia delle decisioni è sempre presente l'argomento tratto dal «*common law grounding of rights protection*».

Si può citare, tra le altre, la sentenza *Osborn v Parole Board* del 2013, in cui viene messo in evidenza che «*the values underlying both the Convention and our own constitution require that Convention rights should be protected primarily by a detailed body of domestic law*»; col che la Convenzione sembra venir quasi relegata a svolgere un ruolo *fundamentally subsidiary* rispetto al sistema domestico in materia di diritti fondamentali come si è andato storicamente sviluppando. Si può inoltre ricordare il caso *Kennedy v The Charity Commission* del 2014 che riguardava la questione dell'interpretazione del Freedom of Information Act rispetto all'art. 10 della Convenzione, al fine di valutare la legittimità del rifiuto da parte di una *public authority* (la Charity Commission), in base alle *absolute exemptions* previste dalla legge<sup>47</sup>, a fronte di una richiesta di accesso ad alcuni documenti (*disclosure of information*) proveniente nella specie da un giornalista. Ebbene nella decisione in esame la Suprema Corte, peraltro facendo leva su una giurisprudenza europea non univoca in merito al riconoscimento di un diritto di accesso alle informazioni incardinato nell'art. 10 della Convenzione, nel respingere il ricorso ha inteso ravvisare, con un certa intonazione polemica, il fondamento del diritto di accesso alle informazioni non già nella CEDU bensì nella common law (sia pure ritenendola non impeditiva delle eccezioni previste dalla legge a favore di tale autorità pubblica): «*since the passing of the Human Rights Act 1998, there has too often been a tendency to*

<sup>47</sup> Queste le esenzioni previste dalla suddetta sezione: «*Information held by a public authority is exempt information if it is held only by virtue of being contained in: (a) any document placed in the custody of a person conducting an inquiry or arbitration, for the purposes of the inquiry or arbitration (b) any document created by a person conducting an inquiry or arbitration, for the purposes of the inquiry or arbitration*».

*see the law in areas touched on by the Convention solely in terms of the Convention rights. But the Convention rights represent a threshold protection; and, especially in view of the contribution which common lawyers made to the Convention's inception, they may be expected, at least generally even if not always, to reflect and to find their homologue in the common or domestic statute law»<sup>48</sup>.*

Ulteriore richiamo è da farsi alla decisione *Thoburn v Sunderland City Council* nella quale lo stesso Human Rights Act viene ricondotto al «*development of the common law regarding constitutional rights*». Di conseguenza, esso viene innestato nel solco del tragitto costellato dalle Carte dei diritti della storia costituzionale inglese che si distinguono dagli *ordinary statutes* parlamentari e sono assunti a *constitutional statutes* proprio in virtù dei diritti che in esse trovano riconoscimento e tutela: «*examples are the Magna Carta, the Bill of Rights 1689, the Act of Union, the Reform Acts which distributed and enlarged the franchise, the Human Rights Act 1998*» che consentono anche di apportare «*most of the benefits of a written constitution, in which fundamental rights are accorded special respect*» pur preservando «*the flexibility of our uncodified constitution*»<sup>49</sup>. Quest'ultima argomentazione trova maggiore sviluppo nel caso *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* del 2014, concernente la questione dei controlimiti all'ordinamento comunitario (stante il riconoscimento del valore di *constitutional statute* dell'European Communities Act oramai abrogato in conseguenza dell'uscita del Regno Unito dalla Unione Europea). Nella decisione, i giudici di Middlesex Guildhall non soltanto confermano la distinzione tra *ordinary statutes* e *constitutional statutes*, ma ipotizzano la sussistenza di principi costituzionali in grado di prevalere anche nei confronti di altri

<sup>48</sup> *Kennedy v The Charity Commission*, 2014, UKSC 20, 46. Nella stessa decisione osserva lord Toulson che «*it was not the purpose of the Human Rights Act that the common law should become an ossuary*» (133).

<sup>49</sup> *Thoburn v Sunderland City Council*, 2001 EWCH Admin 195, 2003 QB, 62-64. In merito alla categoria dei *constitutional statutes* si ricordano le parole del Lord Justice Laws in cui si afferma: “*in my opinion a constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and state in some general, overarching manner, or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights; (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not also an instance of (b). The special status of constitutional statutes follows the special status of constitutional rights*” (62).

*statutes* di grado costituzionale in forza del radicamento storico che possono vantare e della loro dimostrata capacità di sorreggere l'organizzazione di governo del paese.

Stante la funzione storicamente assolta dalla rivendicazione dei diritti fondamentali anche rispetto alla difesa del ruolo del Parlamento, è da sottolineare come la Supreme Court si riporti al canone della tradizione inglese, come formalizzato nel Bill of Rights del 1689, per affermare l'immunità dei processi decisionali del Parlamento; a giudizio della Corte l'art. 9 del Bill of Rights del 1689<sup>50</sup> incarna «*one of the pillars of constitutional settlement which established the rule of law in England in the 17th century*», per cui esso è da collocare in quell'insieme di documenti scritti, cui si assegna la nuova denominazione di «*constitutional instruments*», che in forza della loro consistenza storica non potrebbero recedere nemmeno nei confronti di altri *constitutional statutes*.

Volendo tentare una conclusione, si può dire che i riferimenti storici che compaiono anche attualmente in sede giurisprudenziale non sono semplici *obiter dicta* di carattere puramente retorico. In realtà, non si può disconoscere che gli anzidetti richiami producono concrete conseguenze: in particolare si evidenzia l'effetto di restituire alle corti domestiche, e specialmente attraverso forme di *constitutional review*, uno spazio di autonomia interpretativa in materia di diritti fondamentali, nonché una maggiore possibilità di confronto con le impostazioni extra-nazionali. E forse da questa stessa angolazione si può guardare alla discussione sul possibile *repeal* dello Human Rights Act e sulla sua sostituzione con un British Bill of Rights che sia diretta espressione della tradizione inglese di common law nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali.

### *Abstracts*

Il saggio intende soffermarsi, attraverso la lente dello sviluppo della garanzia dell'habeas corpus, sul metodo della “retrodatazione”

<sup>50</sup> L'art. 9 del Bill of Rights costituisce la formalizzazione del «*long established claim not to be answerable before any court for words spoken in Parliament*», ossia sancisce alcuni tra i più importanti *parliamentary privileges* e segnatamente la *freedom of debate* e la *freedom of speech* (Cfr. *Parliamentary Privilege First Report*, Chapter 2: *Freedom of Speech and Article 9 of the Bill of Rights*, par. 37, [www.parliament.uk](http://www.parliament.uk)).

dei diritti fondamentali che è tipico della dottrina giuridica inglese e che trova riscontri anche in sede giurisprudenziale.

A tal fine sono analizzate le diverse tappe che hanno segnato lo sviluppo del diritto alla garanzia personale nell'ordinamento costituzionale britannico.

In particolare, nonostante tale diritto trovasse almeno *in nuce* una prima formulazione nell'art. 39 della Magna Carta del 1215, per molti secoli tale disposizione non poté dispiegare i suoi effetti garantisti dal momento che ancora troppo forti risultavano essere i *prerogative powers* del Sovrano che si esplicavano anche negli arresti *per speciale mandatum Domini Regis* eseguiti dalle Corti regie. Le stesse *Confirmations*, come anche i successivi *statutes* parlamentari, dimostrano che sin dal principio la Carta rappresenta un terreno di scontro tra diverse concezioni della *common law*. A riprova di ciò, la questione della garanzia dell'habeas corpus diviene a partire dal XVI secolo il fulcro della contrapposizione tra *common law* e *prerogative courts* stante il controllo di legittimità esercitato dalle prime sui comandi di imprigionamento disposti senza le garanzie del *due process*.

Ma è nel XVII secolo che la Great Charter, in una sorta di identificazione con i principi di common law, è invocata come protezione nei confronti anche degli arresti disposti arbitrariamente dal Monarca, seppure sarà solo con l'irrompere del Parlamento sulla scena istituzionale che sarà possibile addivenire, attraverso l'Habeas Corpus Act del 1679, ad una tutela effettiva del diritto all'habeas corpus attraverso la predisposizione di idonei meccanismi processuali.

Sulla base dell'indagine storica svolta, si addivene ad alcune considerazioni che riguardano gli attuali orientamenti della cultura giuridica britannica che vogliono assimilare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento inglese facendo leva sulla “retrodatazione” dei diritti convenzionali. In tal modo, tali diritti vengono ricondotti alla tradizione inglese di common law con la conseguenza di riservare alle corti domestiche, anche attraverso forme di *constitutional review*, un notevole spazio interpretativo nel quadro della cosiddetta tutela multilivello dei diritti fondamentali. Da ultimo, nel saggio si mette in evidenza che il modulo argomentativo della “retrodatazione” viene anche utilizzato per individuare un complesso di fonti/documenti il cui rango sostanzialmente costituzionale è dovuto alla loro consistenza storica.

The aim of the essay is to examine the methodology of “back-dating” in the english constitutional system regarding the protection of rights, through the lens of the development of habeas corpus and due process of law.

The right of habeas corpus was firstly recognized by the famous art. 39 of Magna Carta 1215, even if for a long time it hasn't been capable to ensure an adequate safeguarding of the right due to arbitrary commands of imprisonment issued by the King *per speciale mandatum Domini Regis* using his prerogative powers. Also the several Confirmations, and the early parliamentary statutes, demonstrate that, since the beginning, the Charter has been subject of the struggle between different conceptions of the common law. Accordingly, in the XVI century, the common law courts begin to apply the guarantee of habeas corpus and due process scrutinizing the arrests provided by the prerogative courts and in the XVII century, the Great Charter, almost identified with common law principles, is invoked against the arbitrary commands of imprisonment ordered by the King. Eventually, the clash between King and Parliament leads in 1679 to the adoption of the Habeas Corpus Act instituting proper procedural measures to secure the individual right.

On the base of the historical remarks made, it is observed that the methodology of “backdating” can be found also in the english legal culture in relation to the assimilation of the European Convention on Human Rights in the national legal system. Convention rights are thus traced back to the english common law tradition leaving to national courts, through a kind of constitutional review, an important interpretative area in the framework of the multilevel protection of fundamental rights. It is finally noticed that the methodology of “backdating” is also used in order to establish a system of substantially constitutional sources as a result of their historical significance.



Finito di stampare  
nel luglio 2020  
PL Print - Napoli