

Introduction: The Commonwealth of Australia / *Introduzione. Il Commonwealth australiano*

AUGUSTO ZIMMERMANN

This special issue of *Journal of Constitutional History* is focused on themes and traditions in Australia's constitutional law and history. Written by leading Australian legal academics, the articles contained in this issue were especially prepared for a European public who may not be entirely familiar with the country's rich constitutional history.

Australia was colonised by Britain, and its path towards independence was gradual. It is not possible to identify a single event that marked the final break with the British Empire. Between 1855 and 1890, responsible government was achieved, and the Governors of the several colonies were bound to invite the leader of the largest party or coalition in Parliament to form the government. The majority party leader and the other members in his Cabinet remained in office as long as they commanded the support of Parliament.

In 1865, the British Parliament passed the *Colonial Laws Validity Act*, giving the

government of every colony in Australia the power to amend the common law received from England or to amend or repeal English statutes that were in force in the colony under the doctrine of reception. The British Parliament could still legislate for the colonies if it indicated that the law was also to apply to them.

Held between 1891 and 1899, representatives of every colony in Australia attended constitutional conventions which agreed on the elaboration of a federal Constitution. Upon the request of these colonies, the 'Constitution of the Commonwealth of Australia Act' was passed by the British Parliament on 5 July 1900, with Queen Victoria assenting to the Bill four days later. In September 1900, the Queen proclaimed that the Commonwealth of Australia would come into existence on 1 January 1901.

In 1931, the British Parliament passed the *Statute of Westminster*, stating that the *Colonial Laws Validity Act* would no

longer apply to the legislative powers of the Commonwealth Parliament. Likewise, the British Parliament would cease to make laws relating to the Commonwealth, unless explicitly requested to do so by the federal Parliament. In 1942, the *Statute of Westminster Adoption Act (Cth)* adopted the Statute of Westminster into Australian law with retrospective effect to 1939.

Because the *Statute of Westminster 1931 (UK)* did not apply to the Parliaments of the Australian states, the British Parliament passed the *Australia Act 1986* to remove its powers to make laws for Australia. The *Colonial Laws Validity Act 1865 (UK)*, which had given no power to colonial (state) parliaments to pass legislation having an extra-territorial effect, was repealed and the states finally received legislative power to introduce extra-territorial laws. The right of appeal from state courts to the Privy Council was also abolished. The right of appeal from the High Court of Australia to the Privy Council had already been abolished by the *Privy Council (Appeals from the High Court) Act 1975 (Cth)*.

Australia's Constitutional Framework

Australia has a federal system and a written (and rigid) constitution. Following the American model, the Commonwealth Constitution provides for a sharing of legislative powers between the federal Parliament and the Parliaments of the states. Each state has its own legislative power to elaborate their constitutions, parliaments, governments and laws, provided the explicit limitations in the Commonwealth Constitution are respected.

Inspired by the draft of the American Constitution, the first three chapters of the Commonwealth Constitution are headed 'The Parliament', 'The Executive Government', and 'The Judicature'. However, the relationship between the legislative and the executive arms reflects the British (Westminster) system of government and its conventions of responsible government, whereby a strict separation of powers between the legislative and the executive is not maintained¹. Responsible government is a system in which the Executive Government (the Prime Minister and other Ministers) is accountable to the House of Representatives, which is in turn accountable, under the principle of representative government, to the electorate. In *Nationwide News Pty v Wills* (1992) 108 ALR 681, the High Court defined representative government, together with the federal system and the concept of separation of powers, as 'one of the three main general doctrines of government which underlie the Commonwealth Constitution and are implemented by its provisions'².

Whereas no rigid separation of powers exists between the legislative and executive branches of government, the strict insulation of the judicial power from these two powers comprises a fundamental element of the Commonwealth Constitution³. Inspired once again by the American model, Section 76 of the Constitution allows the Commonwealth Parliament to grant original jurisdiction to the High Court in any matter 'arising under this Constitution, or involving its interpretation'.

Initially, the Constitution could be amended either by Section 128 or by an Act of the Imperial (British) Parliament.

The power of this Parliament to amend the Constitution unilaterally was terminated by the *Statute of Westminster 1931 (UK)*, which became operational in Australia only in 1942. Until 1986, the Constitution could theoretically be amended by an Act of the British Parliament upon request of the Commonwealth Parliament. This has never happened, and such a provision was repealed with the passage of the *Australia Act 1986 (Cth) and (UK)*.

As it stands, the Constitution can only be amended in accordance with the mode of alteration provided by Section 128. To amend it in line with Section 128, the Commonwealth Parliament has to submit the proposed change to a popular referendum in which the people must decide on whether to approve or reject the proposed change. For the referendum to pass successfully, the proposed change needs to receive the support a majority in the electorate as a whole as well as a majority of electors in a majority of states.

Since 1901, 44 proposals have been put to the Australian electorate. Only 8, or 18 per cent, of them have been successful. In the last constitutional referendum, in 1999, proposals for the establishment of a republic as well as adoption of a new preamble to the Constitution were soundly rejected. Curiously, 26 of these questions put to the people through referenda involved an attempt to enlarge the powers of the central government at the expense of that of the states. Only two of such proposals were carried, namely the social services proposal and the proposal to delete a discriminatory reference to Aborigines in 1967. This reveals the manifest will of the Australian people to resist the expansion of Commonwealth powers.

Absence of Bill of Rights

Curiously, the Commonwealth Constitution is devoid of a bill of rights because its framers believed that 'a Federal Constitution, which brings about a division of power in actual practice, is a more secure protection for basic political freedoms than a bill of rights'⁴. Since this federal Constitution is a document of limited powers, the federal government has only the powers granted by this document, and no more. Arguably, a bill of rights could be used as a pretext for the expansion of federal power. Sir Anthony Mason, when he was Chief Justice of the High Court of Australia, commented: 'The prevailing sentiment of the framers that there was no need to incorporate a comprehensive Bill of Rights in order to protect the rights and freedoms of citizens... was one of the unexpressed assumptions on which the Constitution was drafted'⁵.

It is true, however, that various sections of the Commonwealth Constitution recognise particular and specific forms of rights and freedoms, for example: jury trial (Section 80); religious freedom (Section 116); freedom from discrimination (Section 117); right to property – acquisition of property must be on just terms (Section 51); and freedom of trade (Section 92). But generally speaking, under the Australian model of constitutionalism, one proceeds on the assumption of full rights and freedoms, and then turns to the law only to see whether there are exceptions to the rule. This being the case, it has been said that 'Australia is a common-law country in which the State is conceived as deriving from the law and not the law from the State'⁶.

Australia's Federal System

Australia is a federation of six states and two self-governing territories, the Australian Capital Territory and Northern Territory. These states and territories have their own constitutions, parliaments, governments, and laws. Each state maintains essentially the same relationship with the federal government. For example, Section 7 provides equal representation for every state in the Senate. Likewise, Section 51 (ii) restricts the power of the central government over taxation 'so as not to discriminate between states or parts of States'. Finally, Sections 51 (iii) and 88 impose uniformity to bounties and custom duties throughout the nation, and Section 99 informs that 'the Commonwealth shall not, by any law or regulation of trade, commerce, or revenue give preference to one State or any part thereof over another State or any part thereof'.

The areas of federal legislative power are listed in Sections 51 and 52 of the Commonwealth Constitution. In addition to express concurrent (Section 51) and exclusive (Section 52) powers, the Commonwealth Parliament has express and implied incidental powers to deal with areas related to its grants of power within Section 51. Accordingly, the topics granted to federal legislative include areas such as marriage, quarantine and defence. And yet, other major areas such as health, education and industrial relations were not included in the list of federal powers.

The states were left with all the remaining legislative powers. Indeed, one of the main features of the Commonwealth Constitution is the express limitation on

the federal government. Whereas this government is limited to such powers as given by the Constitution, the remaining residue is left undefined to the states⁷. The rationale for this was given by the leading federalist Sir Samuel Griffith at the first constitutional convention in 1891: 'The separate states are to continue as autonomous bodies, surrendering only so much of their powers as is necessary to the establishment of a general government; to do for them collectively what they cannot do individually for themselves, and which they cannot do as a collective body for themselves'⁸.

As can be seen, the framers' intention was to confer on the people of each Australian state the right to decide for themselves most of their legal issues through their own local legislatures according to their own local wishes. Thus A.V. Dicey, in a late edition of *Introduction to the Study of the British Constitution*, stated: 'The Commonwealth is in the strictest sense a federal government. It owes its birth to the desire for national unity... combined with the determination on the part of the several colonies to retain as states of the Commonwealth as large a measure of independence as may be found compatible with the recognition of Australian nationality'⁹.

The High Court of Australia

The High Court of Australia originally comprised Chief Justice Samuel Griffith and Justices Edmund Barton and Richard O'Connor. Griffith was the leader of the convention of 1891 and Barton in 1897-

1898; O'Connor was one of Barton's closest associates. These judges sought to protect the federal nature of the Commonwealth Constitution by applying two basic doctrines: 'implied immunity of instrumentalities' and 'state reserved powers.'

Whereas 'implied immunity of instrumentalities' ensured that both the central and state governments remained immune from each other's laws and regulations, 'state reserved powers' provided that the residual legislative powers of the states should not be undermined by an expansive reading of federal powers. Such doctrine appears to be manifested in Section 107 of the Constitution, which states that every power that is not explicitly given to the Commonwealth shall 'continue' with (or be reserved for) the Australian states.

Unfortunately, these doctrines of 'state reserved powers' and 'implied immunity of instrumentalities' began to be undermined when Justices Isaacs and Higgins were appointed to the High Court in 1906. Isaacs and Higgins had participated at the 1891 and 1897-1898 conventions, but they were often in the minority in most of the debates and had no formal role in shaping the final draft of the Constitution. Under Isaacs's leadership, those doctrines were overturned by the High Court. For Isaacs, Section 107 was not about protecting state powers but about continuing its exclusive powers and protecting them by express reservation in the Constitution. Of course this is a misreading of Section 107, which basically confirms that the state parliaments should have continued to exercise full legislative powers except for those exclusively given to the federal Parliament at Federation.



Sir Samuel Walker Griffith (1845-1920): Twice the premier of Queensland, that state's Chief Justice and author of its criminal code, he is best known for his pivotal role in drafting agreements that led to Federation and for being new nation's first Chief Justice. (Photo from Wikipedia)

The drafters intended to provide the states with 'original powers of local self-government, which they specifically insisted would continue under the Constitution, subject only to the carefully defined and limited powers specifically conferred upon the Commonwealth'¹⁰. Because their intention was to allow these powers to 'continue,' they opted for defining only the federal powers specifically. As such, it is correct to infer that the continuation of state powers in Section 107 is *logically* before the conferring of powers on the federal Parliament in Section 51. As Nicholas Aroney points out, 'such a scheme suggests that there is good reason to bear in mind what is *not* conferred on the Commonwealth by s.51 when determining the scope of what is conferred. There is a good reason, therefore, to be hesitant before interpreting federal heads of power as fully and completely as their literal words can allow'¹¹.

Inconsistency

This leads to the matter of inconsistency of laws. When a state law is inconsistent with a federal law, as is the case with most of the concurrent grants of power within Section 51, Section 109 resolves the conflict by stating that 'the latter (i.e., federal law) shall prevail, and the former (i.e., state law) shall, to the extent of the inconsistency, be invalid'. This being the case, it may appear that Section 109 confirms the supremacy of the Commonwealth over the states. And yet, two things must be said about this. First, only federal powers are explicitly limited by the Constitution, not state powers. Second, it is only a *valid* federal law that prevails over a state law. Hence, no inconsistency arises if the federal law goes outside the explicit limits of the Constitution, since the matter here no longer becomes one of inconsistency but rather of the invalidity of the federal law on grounds of unconstitutionality.

But a controversial 'test' has been applied by the courts to resolve matters of inconsistency. Such a test has been instrumental in expanding federal powers at the expense of the states. Inconsistency is said to arise when the Commonwealth, either expressly or impliedly, evinces the intention to 'cover the field.' First mentioned in *Clyde Enginnering Co Ltd v Cowburn* (1926), and then endorsed by the High Court in subsequent cases, the adoption of such a test, as Sir Harry Gibbs indicated, 'no doubt indicates that the Courts have favoured a centralist point of view rather than a federal one'¹².

The Court's centralist approach can also be observed, for instance, in the interpretation of Section 51(xxix), which

provides the Commonwealth Parliament with the power to make laws with respect to external affairs. The federal Executive has entered into thousands of treaties on a wide range of matters. These treaties are often related to topics not otherwise covered by the enumerated powers of the Commonwealth. However, the High Court has decided that the use of external affairs by the Commonwealth is not restricted to its power to make laws with respect to the external aspects of the subjects mentioned in Section 51¹³.

Together with the regular operation of Section 109 (inconsistency), the external affairs power offers the potential to 'annihilate State legislative power in virtually every respect'¹⁴. Such a possibility was once recognised by Justice Daryl Dawson, who saw a broad interpretation of external affairs as having 'the capacity to obliterate the division of power which is a necessary feature of any federal system and our federal system in particular'¹⁵.

Undoubtedly, one of the least satisfactory aspects of the federal system is its vertical fiscal imbalance. While the drafters of the Constitution wished to secure the states with a privileged financial position and independence, the courts have allowed for a dramatic expansion of Commonwealth taxation powers. In 1901, only the states levied income tax. In 1942, however, the federal government sought to acquire exclusive control over the income tax system, which was then confirmed by the High Court in *the First Uniform Tax Case* (1942)¹⁶, and subsequently in the *Second Uniform Tax Case* (1957)¹⁷, where the court confirmed the Commonwealth's income tax system and its power to impose whatever conditions it saw fit in granting money to

the states. As a result, the states have become heavily dependent on the Commonwealth for their revenue, so that any semblance of federal balance has largely disappeared.

Final Comments

This issue of *Journal of Constitutional History* has been conceived with the objective of discussing the overall structure, institutional arrangements, doctrines and organising principles of the Australian constitutional system and its most important rules, principles and concepts. Accordingly, the articles that are present in this issue introduce principles of Australian constitutionalism, such as representative and responsible government, judicial review, and separation of powers. They also involve relevant discussions of constitutional interpretation; state constitutionalism; Australia's federal system, including distribution of legislative and fiscal powers between Commonwealth and the states; inconsistency of law; Commonwealth legislative powers; limitations on governmental power; and whether or not Australia should adopt a national bill of rights. We hope you will find these articles both interesting and enjoyable.

Questo numero speciale del *Giornale di Storia Costituzionale* ruota intorno a temi e tradizioni del diritto e della storia costituzionale australiana. Scritti da eminenti

professori di diritto australiani, gli articoli contenuti in questo numero sono stati preparati in special modo per un pubblico europeo che potrebbe non essere interamente familiare con la ricca storia costituzionale del paese.

L'Australia fu colonizzata dalla Gran Bretagna e il percorso verso l'indipendenza fu graduale. Non è possibile identificare un singolo evento che segni la rottura finale con l'Impero britannico. Tra il 1855 e il 1890 fu ottenuto un governo responsabile, e i Governatori delle numerose colonie erano tenuti a invitare il leader del più grande partito o coalizione nel Parlamento a formare il governo. Il leader del partito di maggioranza e gli altri membri del suo gabinetto rimanevano in carica fino a quando essi avevano l'appoggio del Parlamento.

Nel 1865, il Parlamento britannico approvò il *Colonial Laws Validity Act* (Legge di Validità dei Diritti Coloniali), dando al governo di ogni colonia in Australia il potere di modificare il *common law* ricevuto dall'Inghilterra o di modificare o cassare leggi inglesi che erano in vigore nella colonia sulla base della dottrina della ricezione. Il Parlamento britannico poteva ancora legiferare per le colonie se avesse indicato che il diritto andava applicato anche ad esse.

Fra il 1891 e il 1899, i rappresentanti di ogni colonia in Australia parteciparono a assemblee costituzionali che concordarono l'elaborazione di una Costituzione federale. Su richiesta di queste colonie, la 'Constitution of the Commonwealth of Australia Act' (Legge di Costituzione del Commonwealth Australiano) fu approvata dal Parlamento britannico il 5 luglio 1900, ottenendo l'approvazione della regina Vittoria quattro giorni dopo. Nel settembre del 1900, la

regina proclamò che il Commonwealth australiano sarebbe entrato in vigore il primo gennaio 1901.

Nel 1931, il Parlamento britannico approvò lo *Statute of Westminster* (Legge di Westminster), che affermava che il *Colonial Laws Validity Act* non si sarebbe più applicato ai poteri legislativi del Parlamento del Commonwealth. Parimenti, il Parlamento britannico avrebbe cessato di produrre norme relative al Commonwealth, a meno che non fosse stato espressamente richiesto di fare ciò dal Parlamento federale. Nel 1942, lo *Statute of Westminster Adoption Act (Cth)* (Legge di Adozione della Legge di Westminster (Commonwealth)) recepì lo *Statute of Westminster* nel diritto australiano con effetto retroattivo al 1939.

Poiché lo *Statute of Westminster* del 1931 del Regno Unito non si applicava ai Parlamenti degli Stati australiani, il Parlamento britannico approvò la *Australia Act* (Legge di Australia) nel 1986 per abolire i suoi poteri di legiferare per l'Australia. Il *Colonial Laws Validity Act* del 1865 del Regno Unito, che non aveva dato potere ai Parlamenti coloniali (degli Stati) di approvare leggi aventi un effetto extraterritoriale, fu cassato e gli Stati finalmente ottennero potere legislativo per introdurre leggi extraterritoriali. Anche il diritto di appello dei tribunali degli Stati al Privy Council (Consiglio della Corona) fu abolito. Il diritto di appello della High Court of Australia (Alta Corte d'Australia) al Privy Council (Consiglio della Corona) era stato già abolito dal *Privy Council (Appeal from the High Court) Act 1975 (Cth)* (Legge del Consiglio della Corona (Appello da parte della Alta Corte) del 1975 (Commonwealth)).

Struttura costituzionale australiana

L'Australia ha un sistema federale e una costituzione scritta (e rigida). Seguendo il modello americano, la Costituzione del Commonwealth prevede una suddivisione dei poteri legislativi tra il Parlamento federale e i Parlamenti degli Stati. Ogni Stato ha il potere legislativo per elaborare la propria costituzione, parlamento, governo e diritto, a condizione che i limiti espliciti previsti nella Costituzione del Commonwealth siano rispettati.

Ispirati dalla bozza della costituzione americana, i primi tre capitoli della Costituzione del Commonwealth sono intitolati 'The Parliament' (il Parlamento), 'The Executive Government' (il Governo esecutivo), e 'The Judicature' (la Magistratura). Comunque, la relazione tra legislativo e esecutivo riflette il sistema di governo britannico (Westminster) e le sue convenzioni di governo responsabile, dove una rigida separazione di poteri tra legislativo e esecutivo non è mantenuta¹⁸. Il governo responsabile è un sistema nel quale il Governo esecutivo (il Primo Ministro e altri ministri) risponde alla House of Representative (Camera dei Deputati), che risponde a sua volta, sulla base del principio di governo rappresentativo, all'elettorato. In *Nationwide News Pty v Wills* (1992) 108 ALR 681, la High Court (Alta Corte) ha definito il governo rappresentativo insieme al sistema federale e al concetto di separazione di poteri, come 'one of the three main general doctrines of government which underlie the Commonwealth Constitution and are implemented by its provisions'¹⁹. (una delle tre principali dottrine generali di governo che sottostanno alla Costituzione del Commonwealth e sono realizzate attraverso le sue norme).

Dato che non esiste una rigida separazione di poteri tra i rami legislativo e esecutivo del governo, lo stretto isolamento del potere giudiziario da questi due poteri comprende un elemento fondamentale della Costituzione del Commonwealth²⁰. Ispirato nuovamente al modello americano, l'articolo (section) 76 della costituzione consente al Parlamento del Commonwealth di concedere giurisdizione originale alla High Court su ogni questione 'arising under this Constitution, or involving its interpretation' (che sorgesse sotto questa Costituzione o comportante la sua interpretazione).

Inizialmente la Costituzione poteva essere modificata o sulla base dell'articolo 128 o mediante una legge del Parlamento imperiale (britannico). Il potere di questo Parlamento di riformare la Costituzione unilateralmente terminò con lo *Statute of Westminster 1931 (UK)*, che entrò in vigore in Australia solamente nel 1942. Fino al 1986, la Costituzione poteva teoricamente essere emendata da una legge del Parlamento britannico su richiesta del Parlamento del Commonwealth. Ciò non è mai successo e tale norma fu abrogata con l'approvazione dell'*Australia Act 1986 (Cth) and (UK)*.

Così come promulgata, la Costituzione può essere modificata solamente secondo il modo di alterazione previsto dall'articolo 128. Per modificarla in linea con l'articolo 128, il Parlamento del Commonwealth deve sottoporre la proposta di modifica a un referendum popolare nel quale il popolo deve decidere se approvare o respingere la modifica proposta. Affinché il referendum sia approvato con successo, la modifica proposta deve ottenere il supporto di una maggioranza dell'elettorato nella sua interezza, così come di una maggioranza di elettori nella maggioranza degli Stati.

Dal 1901 44 proposte di modifica sono state sottoposte all'elettorato australiano. Solo 8, o il 18 per cento, di esse hanno ottenuto approvazione. Nell'ultimo referendum costituzionale, nel 1999, proposte per stabilire una repubblica e per adottare un nuovo preambolo alla Costituzione furono respinte pesantemente. Curiosamente 26 di queste questioni poste al popolo attraverso referendum comportavano un tentativo di allargare i poteri del governo centrale a scapito di quello degli Stati. Solo due di tali proposte furono realizzate, precisamente la proposta di servizi sociali e la proposta per cancellare un riferimento discriminatorio agli Aborigeni nel 1967. Ciò rivela il volere manifesto del popolo australiano di resistere all'espansione dei poteri del Commonwealth.

Assenza di un Bill of Rights (Carta dei Diritti)

Curiosamente, la Costituzione del Commonwealth è priva di una carta dei diritti perché i suoi compilatori credettero che 'a Federal Constitution, which brings about a division of power in actual practice, is a more secure protection for basic political freedoms than a bill of rights'²¹. (una Costituzione federale, che stabilisce una divisione dei poteri nella pratica effettiva, è una più sicura protezione per le libertà politiche basilari di una carta di diritti). Poiché questa Costituzione federale è un documento di poteri limitati, il governo federale ha solamente i poteri concessi da questo documento e nessun altro. Presumibilmente una carta di diritti potrebbe essere usata come un pretesto per l'espansione del potere federale. Sir Anthony Mason,

quando era giudice supremo della High Court of Australia (Alta Corte d'Australia), commentò: "The prevailing sentiment of the framers that there was no need to incorporate a comprehensive Bill of Rights in order to protect the rights and freedoms of citizens... was one of the unexpressed assumptions on which the Constitution was drafted"²². (Il sentimento prevalente degli estensori che non ci fosse bisogno di incorporare un'estesa carta dei diritti per proteggere i diritti e le libertà dei cittadini... fu uno dei presupposti inespressi sui quali la Costituzione fu redatta).

È comunque vero che vari articoli della Costituzione del Commonwealth riconoscono particolari e specifiche forme di diritti e libertà, per esempio: processo con giuria (articolo 80); libertà religiosa (articolo 116); libertà da discriminazione (articolo 117); diritto alla proprietà – l'acquisizione di proprietà deve avvenire in termini equi (articolo 51); e libertà di commercio (articolo 92). In termini generali, secondo il modello australiano di costituzionalismo, si procede all'assunzione di pieni diritti e libertà, e poi tocca al diritto verificare se ci sono eccezioni alla regola. Essendo questo il caso, è stato detto che "Australia is a common-law country in which the State is conceived as deriving from the law and not the law from the State"²³. (L'Australia è un paese di *common law* in cui la Stato è concepito come derivante dal diritto e non il diritto dallo Stato).

Il sistema federale australiano

L'Australia è una federazione di sei Stati e di due territori dotati di autogoverno, l'Aus-

tralian Capital Territory (Territorio della Capitale australiana) e il Northern Territory (Territorio Settentrionale). Questi Stati e Territori hanno le loro proprie costituzioni, parlamenti, governi e diritti. Ogni Stato mantiene essenzialmente la stessa relazione con il governo federale. Per esempio l'articolo 7 attribuisce ad ogni Stato uguale rappresentanza in Senato. Similmente, l'articolo 51 (ii) limita il potere del governo centrale per quanto concerne la tassazione 'so as not to discriminate between States or parts of States' (in modo da non discriminare tra Stati e parti di Stati. Infine gli articoli 51 (iii) e 88 impongono uniformità a premi e imposte doganali in tutta la nazione, e l'articolo 99 informa che 'the Commonwealth shall not, by any law or regulation of trade, commerce, or revenue give preference to one State or any part thereof over another State or any part thereof' (il Commonwealth non deve, mediante legge o regolamento di scambio, commercio, o imposte, dare preferenza ad uno Stato o ad una parte di esso rispetto ad un altro Stato o ad una parte di esso).

Le aree del potere legislativo federale sono elencate negli articoli 51 e 52 della Costituzione del Commonwealth. In aggiunta ai poteri espressi concorrenti (articolo 51) e esclusivi (articolo 52), il Parlamento del Commonwealth ha poteri accessori espressi o impliciti per gestire le aree correlate ai poteri concessigli dall'articolo 51. Conformemente, i settori concessi al potere legislativo federale includono aree quali il matrimonio, la quarantena e la difesa. Eppure altre aree rilevanti come salute, istruzione e relazioni industriali non sono state incluse nella lista dei poteri federali.

Agli Stati sono stati lasciati i rimanenti poteri legislativi. Infatti una delle princi-

pali caratteristiche della Costituzione del Commonwealth è di esprimere i limiti al potere del governo federale. Mentre questo governo è limitato a quei poteri che gli sono dati dalla Costituzione. Il residuo rimanente è lasciato indefinito per gli Stati²⁴. La ragione per ciò venne data dal leader del movimento federalista Sir Samuel Griffith alla prima assemblea costituzionale nel 1891: 'The separate states are to continue as autonomous bodies, surrendering only so much of their powers as is necessary to the establishment of a general government; to do for them collectively what they cannot do individually for themselves, and which they cannot do as a collective body for themselves'²⁵. (Gli Stati separati devono continuare come corpi autonomi, rinunciando solo a quel tanto di potere che è necessario per la costituzione di un governo generale; affinché faccia per loro collettivamente quello che essi non possono fare individualmente per se stessi, e che essi non possono fare come corpo collettivo per se stessi).

Come si può vedere, l'intenzione degli estensori fu di conferire al popolo di ciascuno Stato australiano il diritto di decidere per se stessi la maggior parte delle questioni giuridiche attraverso la loro propria legislazione locale secondo i loro propri desideri locali. Così A.V. Dicey, in una delle ultime edizioni dell'*Introduction to the Study of the British Constitution*, affermò: 'The Commonwealth is in the strictest sense a federal government. It owes its birth to the desire for national unity... combined with the determination on the part of the several colonies to retain as states of the Commonwealth as large a measure of independence as may be found compatible with the recognition of Australian nationality'²⁶. (Il Com-

monwealth è, nel suo significato più stretto, un governo federale. Deve la sua nascita al desiderio di unità nazionale... combinato con la determinazione da parte delle numerose colonie di mantenere come Stati del Commonwealth la più ampia misura di indipendenza che può essere trovata compatibile con il riconoscimento della nazionalità australiana).

L'High Court of Australia (Alta Corte d'Australia)

L'High Court of Australia (Alta Corte d'Australia) originalmente comprendeva il Giudice Supremo Samuel Griffith e i Giudici Edmund Barton e Richard O'Connor. Griffith era il leader della assemblea del 1891 e Barton nel 1897-98; O'Connor era uno dei più vicini collaboratori di Barton. Questi giudici cercarono di proteggere la natura federale della Costituzione del Commonwealth applicando due dottrine basilari: 'implied immunity of instrumentalities' (immunità implicita degli enti) e 'state reserved powers' (poteri riservati dello Stato).

Mentre l'"implied immunity of instrumentalities" (immunità implicita degli enti) garantiva che i governi sia centrali che degli Stati rimanevano immuni dai diritti e regolamenti gli uni degli altri, gli 'state reserved powers' (poteri riservati dello Stato) facevano sì che i poteri residuali degli Stati non dovessero essere minati da una lettura espansiva dei poteri federali. Tale dottrina è resa manifesta nell'articolo 107 della Costituzione che afferma che ogni potere che non è dato esplicitamente al Commonwealth deve permanere negli (o essere riservato agli) Stati australiani.

Sfortunatamente queste dottrine di 'state reserved powers' (poteri riservati dello Stato) e 'implied immunity of instrumentalities' (immunità implicita degli enti) cominciò ad essere intaccata quando i Giudici Isaacs e Higgins furono nominati alla High Court (Alta Corte) nel 1906. Isaacs e Higgins avevano partecipato alle assemblee del 1891 e 1897-98, ma essi erano spesso in minoranza nella maggior parte dei dibattiti e non ebbero nessun ruolo formale nella costruzione del progetto finale della Costituzione. Sotto la guida di Isaacs, queste dottrine furono ribaltate dalla High Court (Alta Corte). Per Isaacs l'articolo 107 non concerneva la protezione dei poteri degli Stati, ma la continuazione dei suoi poteri esclusivi e la loro protezione attraverso la riserva espressa nella Costituzione. Certamente questa è una lettura errata dell'articolo 107, che fondamentalmente conferma che i parlamenti degli Stati avrebbero dovuto continuare ad esercitare pieni poteri legislativi ad eccezione di quelli esclusivamente attribuiti al parlamento federale al momento della Federazione.

Gli estensori intesero fornire gli Stati di 'original powers of local self-government, which they specifically insisted would continue under the Constitution, subject only to the carefully defined and limited powers specifically conferred upon the Commonwealth'²⁷. (poteri originali di autogoverno locale, che essi specificamente insistettero sarebbero continuati sotto la Costituzione, soggetti solamente ai poteri attentamente definiti e limitati specificamente conferiti al Commonwealth). In quanto la loro intenzione era di consentire a questi poteri di 'continuare', essi optarono di definire solamente i poteri federali in modo specifico. Pertanto è corretto desumere che la

continuazione dei poteri degli Stati prevista all'articolo 107 logicamente precede il conferimento dei poteri al Parlamento federale contenuto nell'articolo 51. Come Nicholas Aroney indica 'such a scheme suggests that there is good reason to bear in mind what is not conferred on the Commonwealth by s.51 when determining the scope of what is conferred. There is a good reason, therefore, to be hesitant before interpreting federal heads of power as fully and completely as their literal words can allow'²⁸ (tale schema suggerisce che c'è una buona ragione per considerare che cosa *non* è conferito al Commonwealth dall'articolo 51 quando si determina lo scopo di che cosa è conferito. C'è dunque una buona ragione per esitare prima di interpretare l'insieme dei poteri federali così pieni e completi come le parole letteralmente possono consentire).

Incompatibilità

Ciò conduce alla questione delle incompatibilità dei diritti. Quando un diritto degli Stati è incompatibile con un diritto federale, come accade nel caso delle concessioni concorrenti di potere all'interno dell'articolo 51, l'articolo 109 risolve il conflitto affermando che 'the latter (i.e., federal law) shall prevail, and the former (i.e., state law) shall, to the extent of the inconsistency, be invalid' (quest'ultimo (cioè il diritto federale) deve prevalere, e il primo (cioè il diritto degli stati) deve, nella misura in cui è incompatibile, essere invalido). Questo essendo il caso, può apparire che l'articolo 109 conferma la supremazia del Commonwealth sugli Stati. Eppure, due cose devono dirsi a questo proposito. Primo, solamente

i poteri federali sono esplicitamente limitati dalla Costituzione, non i poteri statali. Secondo, è solamente un diritto federale *valido* che prevale sopra il diritto degli Stati. Per cui, nessuna incompatibilità sorge se il diritto federale supera i limiti espliciti della Costituzione, poiché qui non è più una questione di incompatibilità, ma piuttosto di invalidità del diritto federale sulla base della sua incostituzionalità.

Però un 'esame' controverso è stato applicato dalle corti per risolvere questioni di incompatibilità. Tale esame è stato strumentale per l'espansione dei poteri federali a discapito degli Stati. Incompatibilità si dice sorge quando il Commonwealth, espressamente o implicitamente, manifesta l'intenzione di 'coprire il campo'. Dapprima menzionata in *Clyde Enginering Co Ltd v Cowburn* (1926), e poi avallata dalla High Court (Alta Corte) in casi successivi, l'adozione di tale esame, come Sir Harry Gibbs indicò, 'no doubt indicates that the Courts have favoured a centralist point of view rather than a federal one'²⁹. (senza dubbio indica che le Corti hanno favorito un punto di vista centralista piuttosto che federale).

L'approccio centralista della Corte può anche essere osservato, per esempio, nell'interpretazione dell'articolo 51 (xxix), che attribuisce al Parlamento del Commonwealth il potere di legiferare rispetto agli affari esteri. L'Esecutivo federale è entrato a far parte di migliaia di trattati concernenti una vasta gamma di questioni. Questi trattati sono spesso collegati a temi non altrimenti coperti dai poteri elencati del Commonwealth. Comunque l'High Court (Alta Corte) ha deciso che l'uso degli affari esteri da parte del Commonwealth non è ristretto al suo potere di legiferare riguardo agli aspetti esteri delle materie menzionate nell'articolo 51³⁰.

Insieme al regolare funzionamento dell'articolo 109 (incompatibilità), il potere degli affari esteri offre il potenziale di 'annihilate State legislative power in virtually every respect'³¹ (annullare il potere legislativo statale virtualmente sotto ogni rispetto). Tale possibilità fu una volta riconosciuta dal Giudice Daryl Dawson, che vide una interpretazione estesa degli affari esteri come avente 'the capacity to obliterate the division of power which is a necessary feature of any federal system and our federal system in particular'³² (la capacità di obliterare la divisione di potere che è un carattere necessario di ogni sistema federale e del nostro sistema in particolare).

Indubbiamente, uno dei meno soddisfacenti aspetti del sistema federale è il suo squilibrio fiscale verticale. Mentre gli estensori della Costituzione desiderarono garantire gli Stati con una posizione e indipendenza finanziaria privilegiata, le corti hanno consentito una drammatica espansione dei poteri di tassazione del Commonwealth. Nel 1901, soltanto gli Stati imponevano imposte sul reddito. Nel 1942, comunque, il governo federale cercò di acquisire controllo esclusivo sul sistema di tassazione sul reddito, che fu poi confermato dall'High Court (Alta Corte) nel *First Uniform Tax Case* (1942)³³, e successivamente nel *Second Uniform Tax Case* (1957)³⁴, dove la corte confermò il sistema di tassazione del reddito del Commonwealth e il suo potere di imporre qualsivoglia condizione che considerava idonea a assegnare denaro agli Stati. Come risultato, gli Stati sono diventati pesantemente dipendenti dal Commonwealth per le loro entrate, in modo tale che ogni sembianza di equilibrio federale è largamente scomparsa.

Commenti finali

Questo numero del Giornale di Storia Costituzionale è stato concepito con l'obiettivo di discutere la struttura generale, gli accordi istituzionali, le dottrine e i principi che organizzano il sistema costituzionale australiano e le sue più importanti regole, principi e concetti. Di conseguenza, gli articoli che sono presenti in questo numero introducono principi del costituzionalismo australiano, come governo responsabile e rappresentativo, revisione giudiziale, e separazione dei poteri. Essi includono anche discussioni rilevanti sull'interpretazione costituzionale; il costituzionalismo degli

Stati; il sistema federale australiano, compresa la distribuzione di poteri legislativi e fiscali tra il Commonwealth e gli Stati; incompatibilità di diritto; poteri legislativi del Commonwealth; limitazioni ai poteri di governo; e se l'Australia debba adottare oppure no una carta dei diritti nazionale. Speriamo che possiate trovare questi articoli interessanti e piacevoli da leggere.

¹ *Victorian Stevedoring & General Contracting Co Pty Ltd & Meakes v Dignan* (1931) 46 CLR 73.

² *Nationwide News Pty v Wills* (1992) 108 ALR 681, p. 721, per Deane and Toohey JJ.

³ *New South Wales v Commonwealth (Wheat Case)* (1915) 20 CLR 54. See also: *R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia (Boilermakers' case)* (1956) 94 CLR 259.

⁴ H. Gibbs, *A Constitutional Bill of Rights*, in K. Baker, *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Melbourne, Institute of Public Affairs, 1986, p. 325.

⁵ *Australian Capital Television Pty Ltd v The Commonwealth* (1992) 177 CLR 106, p. 136.

⁶ W.A. Wynes, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, Sydney, The Law Book Co, 1955, p. vii.

⁷ M. Cooray, *A Threat to Liberty*, in K. Baker (edited by), *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Sydney, Institute of Public Affairs, 1986, p. 35.

⁸ S.W. Griffith, *Convention Debates*,

Sydney, Official Report of the National Australasian Convention Debates, 1891, pp. 31-32.

⁹ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution* (1885), Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 387. This edition is a reprint of the eighth edition published by MacMillan in 1915.

¹⁰ N. Aroney, *Constitutional Choices in the 'Work Choices' Case, or What Exactly is Wrong with the Reserved Powers Doctrine*, in «Melbourne University Law Review», vol. 31, n. 1, 2008, p. 15.

¹¹ N. Aroney, *The Ghost in the Machine: Exorcising Engineers*, Sydney, Samuel Griffith Society, 2002, p. 69, <<http://www.samuelgriffith.org.au/papers/pdf/Vol14.pdf>>.

¹² H. Gibbs, *The Decline of Federalism?*, in «University of Queensland Law Journal», vol. 1, n. 1, 1994, p. 18.

¹³ *R v Burgess; Ex parte Henry* (1936) 55 CLR 608, p. 641.

¹⁴ Gibbs, *The Decline of Federalism?* cit., p. 5.

¹⁵ *Victoria v Commonwealth*

(*Industrial Relations Act*) (1996) 187 CLR 416, p. 9.

¹⁶ *South Australia v Commonwealth* (1942) 65 CLR 373.

¹⁷ *Victoria v Commonwealth* (1957) 99 CLR 575.

¹⁸ *Victorian Stevedoring & General Contracting Co Pty Ltd & Meakes v Dignan* (1931) 46 CLR 73.

¹⁹ *Nationwide News Pty v Wills* (1992) 108 ALR 681, p. 721, per Deane and Toohey JJ.

²⁰ *New South Wales v Commonwealth (Wheat Case)* (1915) 20 CLR 54. See also: *R v Kirby; Ex parte Boilermakers' Society of Australia (Boilermakers' case)* (1956) 94 CLR 259.

²¹ H. Gibbs, *A Constitutional Bill of Rights*, in K. Baker, *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Melbourne, Institute of Public Affairs, 1986, p. 325.

²² *Australian Capital Television Pty Ltd v The Commonwealth* (1992) 177 CLR 106, p. 136.

²³ W.A. Wynes, *Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia*, Sydney, The Law Book Co, 1955, p. vi.

- ²⁴ M. Cooray, *A Threat to Liberty*, in K. Baker (edited by), *An Australian Bill of Rights: Pro and Contra*, Sydney, Institute of Public Affairs, 1986, p. 35.
- ²⁵ S.W. Griffith, *Convention Debates*, Sydney, Official Report of the National Australasian Convention Debates, 1891, pp. 31-32.
- ²⁶ A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Constitution* (1885), Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 387. Questa edizione è una ristampa dell'ottava edizione pubblicata da MacMillan nel 1915.
- ²⁷ N. Aroney, *Constitutional Choices in the 'Work Choices' Case, or What Exactly is Wrong with the Reserved Powers Doctrine*, in «Melbourne University Law Review», vol. 31, n. 1, 2008, p. 15.
- ²⁸ N. Aroney, *The Ghost in the Machine: Exorcising Engineers*, Sydney, Samuel Griffith Society, 2002, p. 69, <<http://www.samuelgriffith.org.au/papers/pdf/Vol14.pdf>>.
- ²⁹ H. Gibbs, *The Decline of Federalism?*, in «University of Queensland Law Journal», vol. 1, n. 1, 1994, p. 18.
- ³⁰ *R v Burgess; Ex parte Henry* (1936) 55 CLR 608, p. 641.
- ³¹ Gibbs, *The Decline of Federalism?* cit., p. 5.
- ³² *Victoria v Commonwealth (Industrial Relations Act)* (1996) 187 CLR 416, p. 9.
- ³³ *South Australia v Commonwealth* (1942) 65 CLR 373.
- ³⁴ *Victoria v Commonwealth* (1957) 99 CLR 575.