

Il caso “Miller” davanti alla *UK Supreme Court*: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della *Brexit*

di **Simone Gianello** – Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l’Università degli Studi di Milano Bicocca

ABSTRACT: The essay aims to analyze the main points of the UKSC judgment in the case “Miller.” The author, in particular, highlights the aspects in which the Supreme Court shows an evolutionary attitude towards the dualistic principle underlying the links between national and international law and those where, in contrast, uses a conservative approach of the British constitutionalism values as when addressed the issue of *Devolution*.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La decisione della *High Court of Justice* tra tutela dei diritti fondamentali ed irrevocabilità del procedimento di *withdrawal* dall’Unione Europea – 3. La UKSC e l’art. 50 TUE: l’occasione mancata per un rinvio pregiudiziale alla CGUE? – 4. Oltre i diritti attraverso la separazione dei poteri: la decisione della *UK Supreme Court* – 5. Un’interpretazione evolutiva del rapporto tra ordinamento interno e comunitario al di là del principio dualista – 6. La *Brexit* e la *Devolution*: un’interpretazione classica ed atemporale delle convenzioni costituzionali – 7. Conclusioni: *the Winner is...*

1. Premessa

Fiat Brexit! Il 24 gennaio scorso la *UK Supreme Court*, confermando la sentenza della *High Court of Justice* con cui i tre giudici di prima istanza hanno stabilito che l’invocazione dell’art. 50 TUE spetta al Governo previa autorizzazione legislativa del Parlamento, ha posto una tessera importante nel complesso puzzle della *Brexit* chiarendo definitivamente la ripartizione dei rispettivi ruoli nella fase iniziale del recesso¹. Una sentenza fortemente attesa data l’importanza della questione ed in parte prevista data la linearità e l’ampiezza dell’impianto argomentativo adottato dal

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ F. ROSA, *Westminster First*, in *DPCE Online*, 27 gennaio 2017, reperibile all’indirizzo <http://www.dpce.it/westminster-first/>.

collegio di prime cure che nell'ortodossia dei cardini classici del costituzionalismo britannico aveva trovato un saldo approdo².

Tuttavia sarebbe un errore affermare che i giudici di ultima istanza si siano limitati ad una mera attestazione di conformità dell'iter decisionale seguito dalla *High Court*³. Vi è molto di più nella decisione della Corte Suprema che merita attenzione. La *ratio* della sentenza impugnata dal *Secretary of State for Exiting the European Union* consisteva nell'idea che il Governo di Sua Maestà non potesse, in virtù delle *Crown Prerogatives* generalmente riconosciutegli in ambito internazionale, incidere seppur indirettamente sul piano dei diritti individuali di matrice europea introdotti nell'ordinamento britannico in virtù del rinvio operato dall'*European Community Act* 1972. L'esecutivo, dunque, non può ampliare o restringere autonomamente la portata dei diritti statutari o iscritti nella Common Law. La Corte Suprema si spinge più in là, non limitandosi al mero piano dei diritti ma scavando più a fondo nel tessuto costituzionale fino alla struttura delle fonti del diritto, riconoscendo quella comunitaria come autonoma ed operante in via diretta nell'ordinamento interno grazie agli effetti della *section 2 ECA* 1972. Una statuizione la cui rilevanza è indiscussa giacché interviene su uno dei nervi scoperti del sistema giuridico britannico: la qualificazione della normativa comunitaria nell'ambito del principio dualistico che regola i rapporti di diritto internazionale separandoli dalla sfera interna in un quadro funzionale plasmato sul dogma diceyano della sovranità parlamentare⁴. Diversamente dall'Alta Corte i giudici di ultima istanza, dunque, "mett[ono] al centro del proprio argomentare i rapporti tra poteri nel contesto dei principi e degli equilibri costituzionali, e coinvolg[ono] il tema della perdita dei diritti solo in posizione consequenziale"⁵.

In secondo luogo va poi considerata l'importanza dei *reference* sollevati dall'*Attorney General for Northern Ireland (Agnew case)* e dalla *Court of Appeal of Northern Ireland (McCord case)* che hanno spinto la Corte a confrontarsi con un'ulteriore *issue* di rilievo costituzionale i cui effetti, seppur nella fattispecie riferiti alla *Brexit*, sono forieri di spingersi ben oltre il versante comunitario: il ruolo delle assemblee devolute nell'ambito dei rapporti sovranazionali ed, in modo specifico, i limiti operativi della *Sewel Convention*. Un'eterogenesi dei fini, dunque, destinata ad avere rilevanti ripercussioni sul processo di *Devolution*, così come in relazione all'eventuale implementazione del progetto conservatore di abrogare lo *Human Rights Act* 1998 per sostituirlo con un *British Bill of Rights*⁶ conforme alla versione originaria della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti

² G.F. FERRARI, *R (Miller) – v – Secretary of State for Exiting the European Union: eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, in *DPCE Online*, 6 novembre 2016, reperibile all'indirizzo <http://www.dpce.it/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-eterogenesi-dei-fini-e-populismo-in-una-nuova-pagina-della-storia-britannica/>. Sul punto in questione si rimanda, tra gli altri, ai contributi di M. BARCZENTEWICZ, *Consequences of the High Court's Reasoning in the Article 50 Judgement: EU Law-making Unlawful*, in *U.K. Const. L. Blog*, 18 November 2016, reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org> e S. DOUGLAS-SCOTT, *Miller: Why the Government Should Still Lose in the Supreme Court (Even with New Arguments)*, in *U.K. Const. L. Blog*, 15 October 2016, reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org>.

³ Cfr. P. ELEFTHERIADIS, *The Systematic Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog*, 30 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org>.

⁴ A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, Il Mulino, Bologna, 2003.

⁵ C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, in *DPCE Online*, 27 gennaio 2017, reperibile all'indirizzo <http://www.dpce.it/i-poteri-costituzionali-di-fronte-alla-brexit-la-uksc-fissa-i-confini/>.

⁶ Per i dettagli del progetto di riforma si rimanda al documento del Partito Conservatore *Protecting Human Rights in the UK. The Conservatives' Proposal for Changing Britain's Human Rights Law* reperibile all'indirizzo https://www.conservatives.com/~media/files/downloadable%20Files/human_rights.pdf.

dell'Uomo e più confacente alle peculiarità dell'ordinamento giuridico britannico. La risposta della Corte avrebbe pesato profondamente sulla bilancia della contrattazione tra Londra e le tre *Nations* in un momento in cui la distanza che segna i rispettivi progetti di rilievo costituzionale (su tutti la revisione del sistema di protezione dei diritti umani) sembra essere più evidente che mai. La soluzione individuata dal collegio, come si vedrà, per quanto segua un metodo classico in linea con la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, rischia di scontare una sorta di dissociazione con i più recenti avvenimenti dai quali sono scaturite diverse concessioni ai territori devoluti e che sarebbe riduttivo confinare sul fronte delle relazioni politiche.

2. La decisione della High Court of Justice tra tutela dei diritti fondamentali ed irrevocabilità del procedimento di withdrawal dall'Unione Europea

Prima di analizzare la decisione della UKSC è opportuno coglierne l'origine nel senso di comprendere il percorso argomentativo della *High Court* in quanto ripreso a sua volta dal giudice di ultima istanza. La sua struttura poggia principalmente su quattro pilastri: *a)* la supposta irrevocabilità dell'art. 50 TUE che regola il procedimento di recesso di uno Stato membro dall'Unione Europea; *b)* il rapporto tra *prerogatives* e *statutes*; *c)* la natura esclusiva dell'ordinamento Comunitario i cui effetti trascendono il piano internazionale e producono diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli individui; *d)* il rango di *statute* costituzionale riconosciuto all'ECA 1972⁷.

Riguardo alla prima questione i giudici si limitano a riconoscere che l'art. 50 TUE, una volta essere stato invocato, non può essere più ritirato pregiudicando così ogni possibilità di ripensamento dello Stato membro recedente: *"once a notice is given, it will inevitably result in the complete withdrawal of the United Kingdom from membership of the European Union and from the relevant Treaties at the end of the two year period"*⁸. La decisione del collegio ha trovato supporto nelle allegazioni delle parti in causa giacché nessuna di esse ha mai messo in discussione l'assunto in parola. Da un lato, infatti, avrebbe minato la tesi principale sostenuta dai ricorrenti e, dall'altro, indebolito il Governo nei rapporti con il Parlamento⁹. Si pensi al caso in cui il primo raggiunga un accordo in sede comunitaria all'esito di un lungo negoziato, ma il Parlamento lo ritenga inadeguato alle esigenze del popolo britannico. Ove venisse ammessa la revocabilità unilaterale della notifica di cui all'art. 50 TUE, i Comuni avrebbero un discreto peso da far valere sul piano politico e potrebbero spingere l'esecutivo a ritirarsi dai negoziati e riattivare il suddetto articolo in un secondo momento. Ove, al contrario, il termine dei due anni salvo proroga (concessa all'unanimità) fosse una *deadline* non derogabile, si ridurrebbero drasticamente le alternative parlamentari: accettare

⁷ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin), 3 November 2016.

⁸ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 11. A tal proposito vi è chi non ha esitato a definire l'art. 50 TUE come una *"guillotine clause"*. B. De WITTE, *The United Kingdom: Towards exit from the EU or towards a different kind of membership?*, in *Quad. Cost.*, n. 3/2016, 581. Per un approfondimento sulla natura e sulle implicazioni costituzionali dell'art. 50 TUE si rimanda al contributo di P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: A Constitutionalist Reading*, in *UCL European Institute, Working Paper*, 10 January 2017, reperibile all'indirizzo <https://www.ucl.ac.uk/european-institute/brexit-article-50.pdf>.

⁹ Su quest'ultimo punto si veda M. ELLIOTT, *Deal or no deal: Government 'concedes' parliamentary vote on terms of Brexit*, in *Public Law for Everyone*, 7 February 2017, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2017/02/07/deal-or-no-deal-government-concedes-parliamentary-vote-on-terms-of-brexit/>.

l'accordo alle condizioni negoziate dal Governo oppure rigettarlo e lasciare che il Regno Unito fuoriesca dall'unione senza nessun *agreement* con Bruxelles. Considerando una simile opzione tanto sul piano politico che su quello socio-economico e della tutela dei diritti fondamentali è improbabile che alla fine si opti per questa soluzione¹⁰.

Riguardo al rapporto tra *prerogatives* e *statutes* la Corte propone un vero e proprio trattato di diritto costituzionale, ripercorrendo tanto l'origine storica delle prerogative regie quanto la loro evoluzione applicativa nel contesto della progressiva espansione dello strumento statutario¹¹. Esse, per riprendere l'efficace espressione usata dal collegio, rappresentano "*the residue of legal authority left in the hands of the Crown*"¹². La loro estensione è confinata nell'esercizio dell'attività legislativa primaria del Parlamento e, dunque, il potere governativo dispiega i suoi effetti esclusivamente ove agisca nei limiti fissati dalla Common Law o da altre norme legislative. Pertanto, ogniquale volta si viene a creare un conflitto tra un atto legislativo ed uno esecutivo, la soluzione va ricercata nel mantra "*statute beats prerogative*"¹³. Ciò tuttavia non toglie che sia rinvenibile una regola generalmente riconosciuta ed applicabile in circostanze usuali secondo cui "*the conduct of international relations and the making and unmaking of treaties on behalf of the United Kingdom are regarded as matter of the Crown in the exercise of its prerogative powers*"¹⁴. La giustificazione di questo potere si sostanzia, secondo i giudici, nell'approccio dualistico tipicamente britannico al diritto internazionale che presuppone una perfetta separazione tra il livello interno e quello esterno tale per cui una norma sovranazionale produce i suoi effetti nell'ordinamento del Regno Unito solo in conseguenza di un atto di quest'ultimo che ne "autorizza" l'estensione applicativa¹⁵. Se il principio in parola aveva convissuto per lungo tempo con il funzionamento classico dei trattati internazionali che tendono a separare la sfera interna da quella esterna, le difficoltà sono sorte nel rapporto con l'ordinamento comunitario il cui spettro di attività non si limita al contesto sovranazionale ma si riverbera direttamente nella sfera giuridica dei singoli¹⁶. Consapevole di tali difficoltà, la *High Court* cerca di mantenere il più possibile un profilo

¹⁰ S. PEERS, *Brexit: can the ECJ get involved?*, in *EU Law Analysis*, 3 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/11/brexit-can-ecj-get-involved.html>.

¹¹ G.F. FERRARI, *R (Miller) – v – Secretary of State for Exiting the European Union: eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, cit.

¹² *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 24.

¹³ N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, in *U.K. Const. L. Blog*, 27 June 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org>.

¹⁴ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 30.

¹⁵ In tal senso, "*any obligations arising from international law treaties do not take effect at domestic level until Parliament chooses to incorporate all or part of the international law into the domestic sphere. To be clear, there is a formal separation between the international and national spheres; the Royal Prerogative allows the Government, on the Sovereign's behalf, to conduct foreign affairs and enter into international treaties but these treaties only have any direct domestic application because Parliament (through an Act) intends it to be so*". T. FAIRCLOUGH, *Article 50 and the Royal Prerogative*, in *U.K. Const. L. Blog*, 8 July 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org>.

¹⁶ Come è stato giustamente messo in luce da G. ROMEO, E. MOSTACCI, *A Br-Exit Strategy: Questioning dualism in the decision R(Miller) v. The Secretary of State for Exiting the European Union*, in *European papers – European Forum*, **Highlight**, 9 February 2017, reperibile all'indirizzo http://www.europeanpapers.eu/it/system/files/pdf_version/EP_EF_2017_I_008_Graziella_Romeo_Edmondo_Mostacci_1.pdf, 3, "*the dualistic logic, which distinguishes between the international plane and the domestic effects of a given international obligation, fails to catch the peculiar nature of the EU. The Union is the source of multiple international obligations, some of which are provided with direct effect in the national legal system thanks to the "switching on bottom" of the ECA 1972*". Per quanto concerne invece la peculiarità dei Trattati europei ed alla loro capacità di produrre effetti direttamente in capo ai singoli si rimanda Come stabilito dalla Corte di Giustizia in una storica sentenza

logico lineare, conforme ai canoni dualistici¹⁷, seppur non è difficile notare alcuni passaggi nei quali essa rischia di addentrarsi nell'ambito di un'interpretazione quasi monistica che segue alla difficoltà di giustificare l'ingresso diretto del diritto europeo nell'ordinamento nazionale¹⁸. Tuttavia, è indiscutibile la prevalenza del primo modello ermeneutico rispetto al secondo.

Detto ciò e conformemente a quanto sopra, affinché le norme comunitarie producano effetto nel Regno Unito vi è la necessità di una loro trasposizione ad opera di un meccanismo di legislazione interna che permetta loro di avere forza cogente¹⁹. Tale strumento è rappresentato dall'*European Community Act 1972*, “*in contemplation of the United Kingdom becoming part of the European Communities by accession to the Community Treaties so as to allow that to happen. If this legislation had not first been put in place, ratification of the Treaties by the Crown would immediately have resulted in the United Kingdom being in breach of its obligations under them, by reason of the absence of provision for direct effect of EU law in domestic law*”²⁰. La Corte, inoltre, riconosce all'ECA 1972 la qualifica di *statute* costituzionale in ragione del suo contenuto e degli effetti prodotti nell'ordinamento. Tale assunto non è scontato e rileverà fortemente ai fini della decisione finale giacché ne conseguirà che l'abrogazione di un simile atto non potrà avvenire che tramite un provvedimento espresso di legislazione primaria²¹.

La conclusione della Corte è un concentrato di principi che fondano le loro radici nella Common Law e nella giurisprudenza britannica, tanto lineare nella sua esposizione quanto radicata nell'architettura costituzionale²²: poiché l'art. 50 TUE è irrevocabile una volta azionato, al termine dei due anni previsti dallo stesso (salvo proroga) ed in assenza di un accordo di *withdrawal*, i trattati cesseranno di produrre effetti nell'ordinamento britannico in ogni caso, indipendentemente dall'abrogazione dell'ECA 1972. Poiché la particolarità dell'ordinamento comunitario consiste proprio nella sua capacità di superare i confini delle relazioni sovranazionali tra Stati e produrre

van Gend en Loos, “*the conclusion to be drawn from this is that the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the States have limited their sovereign rights, albeit with in limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals. Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage.*”. Case 26/62, *NV Algemene Transporten Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* [1963] ECR 1, 12.

¹⁷ T. LOCK, *The High Court's Judgement in Miller and Others – four brief remarks*, in *VerfBlog*, 3 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-high-courts-judgment-in-miller-and-others-four-brief-remarks/>.

¹⁸ Cfr. G. ROMEO, E. MOSTACCI, *A Br-Exit Strategy: Questioning dualism in the decision R(Miller) v. The Secretary of State for Exiting the European Union*, in *European papers – European Forum*, Highlight, cit. 5-6.

¹⁹ Secondo i giudici, infatti, “*it is common ground that only Parliament could create the necessary changes in national law to allow EU law to have the effect at the level of domestic law which the Treaties required*”. *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 42.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Sulla natura costituzionale dell'ECA 1972 si rimanda a J. ADENITIRE, *The Executive Cannot Abrogate Fundamental Rights without Specific Parliamentary Mandate – The Implications of the Eu Charter of Fundamental Rights for Triggering Art. 50*, in *U.K. Const. L. Blog*, 21 July 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/21/john-adenitire-the-executive-cannot-abrogate-fundamental-rights-without-specific-parliamentary-mandate-the-implications-of-the-eu-charter-of-fundamental-rights-for-triggering-art-50/>.

²² In senso conforme si rimanda a: J. MURKENS, *The High Court's Brexit Decision: A Lesson in Constitutional Law for the UK Government*, in *VerfBlog*, 3 November 2016 reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-high-courts-brexit-decision-a-lesson-in-constitutional-law-for-the-uk-government/> e C. MARTINELLI, *La Brexit tra Crown's prerogatives e diritti fondamentali: nota alla sentenza della High Court of Justice sul caso “Miller”*, in *Diritti Comparati*, 5 dicembre 2016, reperibile all'indirizzo <http://www.diritticomparati.it/2016/12/la-brexit-tra-crowns-prerogative-e-diritti-fondamentali-nota-alla-sentenza-della-high-court-of-justi.html>.

diritti ed obblighi in capo ai singoli, con il venire meno degli effetti del diritto UE nel Regno Unito, tali diritti non troverebbero *ex se* più nessuna applicazione²³. Se dunque fosse riconosciuta all'esecutivo la facoltà di invocare autonomamente l'art. 50 TUE, gli si concederebbe il potere di abrogare, seppur indirettamente, tutti quei diritti di matrice comunitaria che in virtù del rinvio preposto dall'ECA 1972 si riverberano nell'ordinamento interno. In altre parole, si permetterebbe l'abrogazione di diritti sostanziali di rango statutario mediante il ricorso alle *prerogatives* governative, in contrasto con il principio per cui "*prerogative power cannot be exercised to take away rights of citizen recognised by statute, or be exercised to undermine the aim of a statute*"²⁴. Poiché l'*European Community Act* ha valore di rango costituzionale, il suo eventuale *repeal* non può che avvenire in modo espresso attraverso un provvedimento legislativo all'uopo predisposto²⁵, non essendo inoltre ammissibile che le *Crown prerogatives* siano impiegate "*in a manner which would turn a statute into what is a substance a dead letter or cut across the object and purpose of an existing statute*"²⁶.

Tuttavia, nonostante il rigoroso metodo adottato dal collegio e la condivisibilità della decisione tanto sul piano dell'ermeneutica storico-costituzionale che su quello della coerenza logica²⁷, se si vuole trovare un punto debole nelle motivazioni della *High Court* questo va individuato nella ferma convinzione che l'art. 50 TUE sia irrevocabile. Ove si ammettesse il contrario verrebbe meno la condizione di definitività rispetto alla rimozione di tutti quei diritti di provenienza europea trasposti nell'ordinamento interno attraverso l'ECA 1972. Sino al termine dei due anni previsti dall'art. 50

²³ Nelle parole utilizzate dai tre giudici della Corte di prima istanza, "*it is common ground that if the United Kingdom withdraws from the Treaties pursuant to a notice given under Article 50 of the TEU, there will no longer be any enforceable EU rights in relation to which this provision will have any application. Section 2(1) would be stripped of any practical effect*". *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 51.

²⁴ T.T. ARVIND, R. KIRKHAM, L. STIRTON, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is still Necessary*, in *U.K. Const. L. Blog*, 1 July 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/t-t-arvind-richard-kirkham-and-lindsay-stirtonarticle-50-and-the-european-union-act-2011-why-parliamentary-consent-is-still-necessary/>. In tal senso vanno lette le motivazioni dell'Alta Corte secondo cui "*as a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the Royal Prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to altering the law or conferring rights upon individuals or depriving individuals of rights which they enjoy in domestic law without the intervention of Parliament*". *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 32. A supporto delle tesi poc'anzi evidenziate si rinvia ai contributi di J. KING, N. BARBER, *In Defence of Miller*, in *U.K. Const. L. Blog*, 9 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/22/jeff-king-and-nick-barber-in-defence-of-miller/>. J. ADENITIRE, *Exiting the EU Constitutionally*, in *U.K. Const. L. Blog*, 9 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/09/john-adenitire-exiting-the-eu-constitutionally/>.

²⁵ Come già affermato in passato dalla giurisprudenza nella vicenda *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), 18 February 2002, p.ti 60-63 "*the common law has in recent years allowed, or rather created, exceptions to the doctrine of implied repeal: a doctrine which was always the common law's own creature. There are now classes or types of legislative provision which cannot be repealed by mere implication. These instances are given, and can only be given, by our own courts, to which the scope and nature of Parliamentary sovereignty are ultimately confided. The courts may say – have said – that there are certain circumstances in which the legislature may only enact what it desires to enact if it does so by express, or at any rate specific, provision. The courts have in effect so held in the field of European law itself [...] ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not*".

²⁶ S. DOUGLAS-SCOTT, *Miller: Why the Government Should Still Lose in the Supreme Court (Even with New Arguments)*, cit.

²⁷ Al contrario, sulle critiche mosse alla decisione da parte della stampa e dell'opinione pubblica, si veda: A. MCNEIL, *Miller and the media: Supreme Court judgement generates more measured response*, in *The Constitution Unit*, 9 February 2017, reperibile all'indirizzo <https://constitution-unit.com/2017/02/09/miller-and-the-media-supreme-court-judgement-generates-more-measured-response/>.

TUE (ovvero prima che venga trovato un accordo tra le parti) non vi sarebbe alcuna modificazione dei rapporti giuridici tra Unione Europea e Regno Unito giacché questo rimarrebbe vincolato alle sue obbligazioni sino allo scadere del termine poc'anzi indicato. In altri termini, *“the ECA was undoubtedly enacted to give effect to the United Kingdom’s international obligations vis-à-vis the European Union at the domestic level. However, regardless of such an Act, as a matter of international law the United Kingdom would already be bound at the international level. The ECA merely transposes these international obligation into the United Kingdom’s law in accordance with the constitution’s dualist approach to the domestic effect of international law. The use of the Royal Prerogative in initiating Article 50 will not repeal or modify the ECA”*²⁸. Data l’ampia portata storicamente riconosciuta alle *Royal prerogatives* nell’ambito dei rapporti internazionali²⁹ e poiché dalla notifica di cui all’art. 50 TUE non deriva automaticamente nessuna alterazione definitiva allo stato attuale dei diritti sul territorio britannico, la conseguenza logica dovrebbe essere quella di lasciare che sia il Governo ad attivare il procedimento di *withdrawal* in virtù della discrezionalità riconosciutagli nell’ambito delle relazioni internazionali³⁰.

Secondo quanto stabilito in *De Keyser*³¹, l’estensione delle prerogative trova il suo limite nel perimetro delineato dell’atto legislativo che ne autorizza l’utilizzo. Ciò significa che se il Parlamento conferisse al Governo il potere di compiere un determinato atto, ancorché esso faccia potenzialmente parte di quelli esercitabili in forza delle sue *prerogatives*, tale atto *“can only be done under statutory powers even if it was earlier covered by the prerogative”* poiché *“the creation of the statutory powers places the prerogative in abeyance”*³². *Ex adverso*, ciò significa che in assenza di una previsione statutaria espressa che limiti il potere del Governo in relazione all’art. 50 TUE, tale facoltà dovrà considerarsi parte delle sue funzioni. A supporto di questa tesi va considerato il combinato disposto dell’*European Union (Amendment) Act 2008* – che ha recepito le modifiche conseguenti alla ratifica del Trattato di Lisbona – e dell’*European Union Act 2011*. Il primo dei due, precisamente alla *section 6* (così come successivamente modificata dall’EUA 2011), ha previsto una lista di atti che il Governo può porre in essere solamente a seguito di una preventiva autorizzazione parlamentare e nell’elenco non figura l’art. 50 TUE. Perciò, essendo quest’ultimo già incorporato in un atto di legislazione primaria in virtù del rinvio operato dall’EUA 2008 oltre che dall’ECA 1972, per utilizzare le parole di Robert Craig, *“executive discretion to use it has therefore already been authorised and approved by parliament”*³³.

²⁸ T. FAIRCLOUGH, *Article 50 and the Royal Prerogative*, in *U.K. Const. L. Blog*, 8 July 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/08/thomas-fairclough-article-50-and-the-royal-prerogative/>.

²⁹ Cfr. M. ELLIOTT, H.J. HOOPER, *Critical reflection on the High Court’s Judgement in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, in *Public Law for Everyone*, 7 November 2016 reperibile all’indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2016/11/07/critical-reflections-on-the-high-courts-judgment-in-r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>; nonché M. ELLIOTT, *On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, in *Public Law for Everyone*, 30 July 2016 reperibile all’indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2016/06/30/brexit-on-why-as-a-matter-of-law-triggering-article-50-does-not-require-parliament-to-legislate/>.

³⁰ Tra gli altri si rinvia alla lettura del contributo di R. CRAIG, *Triggering Article 50 Does not Require Fresh Legislation*, in *U.K. Const. L. Blog*, 8 July 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/08/robert-craig-triggering-article-50-does-not-require-fresh-legislation/>.

³¹ *Attorney General v De Keyser’s Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508, 575-576.

³² T.T. ARVIND, R. KIRKHAM, L. STIRTON, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is still Necessary*, cit.

³³ R. CRAIG, *Triggering Article 50 Does not Require Fresh Legislation*, cit.

Per quanto suggestiva, l'interpretazione filo-governativa appare eccessivamente rigida nella sua lettura puramente formalistica del principio dualistico. Nelle motivazioni dell'Alta Corte è prevalsa l'idea della diversità funzionale dei Trattati europei rispetto ad altri accordi di diritto internazionale: essi conferiscono diritti direttamente in capo ai singoli. È come se nel collegio dei tre giudici fosse prevalso un approccio sostanziale, una sorta di rilettura del dualismo filtrata attraverso le lenti dell'unicità che caratterizza l'ordinamento comunitario e che, al contempo, si è resa necessaria a causa del fatto che sino a quel punto *“the Common Law has never managed to arrive at a satisfactory intellectual framework for European Law”*³⁴.

3. La UKSC e l'art. 50 TUE: l'occasione mancata per un rinvio pregiudiziale alla CGUE?

Il giudizio degli undici giudici della Corte Suprema (8 a favore e 3 dissenzienti), oltre che per aver messo la parola fine sull'invocazione dell'Art. 50 TUE, merita di essere analizzato per la più ampia portata delle motivazioni che vanno oltre la tutela dei diritti. Ciò detto, però, il rafforzamento dell'impianto argomentativo è stato probabilmente accentuato dalle problematiche interpretative legate alla irreversibilità dell'art. 50 TUE, vero e proprio anello di congiunzione debole della decisione del collegio di prime cure.

Su tutto vi è infatti da considerare il disposto di cui all'art. 267 TFUE che conferisce alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea il compito di interpretare in via esclusiva i Trattati pronunciandosi pregiudizialmente ove vi siano dubbi circa la loro portata³⁵. Tuttavia, vi è una sensibile differenza tra quanto prescritto dal terzo e dal quarto comma dell'articolo in parola giacché differenza tra un rinvio proposto da una Corte avverso il cui giudizio sia ammesso un gravame, ed uno presentato da un giudice di ultima istanza. Se nel primo caso l'organo giudicante *“può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione”* nel secondo, *“tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte”*. La *UK Supreme Court*, dunque, ove avesse ritenuto che la questione relativa all'art. 50 TUE fosse stata determinante ai fini del suo giudizio non avrebbe avuto molte alternative³⁶.

Entrato in vigore con il Trattato di Lisbona, l'art. 50 TUE non ha ancora trovato alcuna applicazione e non vi è giurisprudenza della Corte del Lussemburgo che ne abbia dichiarato la portata in relazione alla sua revocabilità. Cionondimeno non v'è dubbio che esso rientri tra le sue competenze essendo una materia normata dai Trattati. Per quanto, ai fini del recesso, esso faccia

³⁴ P. O'BRIEN, *All for Want of a Metaphor: Miller and the Nature of EU Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 30 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/30/patrick-obrien-all-for-want-of-a-metaphor-miller-and-the-nature-of-eu-law/> oltre a E. SMITH, *Treaty Rights in Miller and Dos Santos v. Secretary of State for Leaving the European Union*, in *U.K. Const. L. Blog*, 16 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/16/ewan-smith-treaty-rights-in-miller-and-dos-santos-v-secretary-of-state-for-leaving-the-european-union/>.

³⁵ Sulla possibilità del giudizio di *reference* si rimanda ai contributi di A. RENWICK, *The Process of Brexit: What comes Next?* in *UCL European Institute, Working Paper*, 31 January 2017, reperibile all'indirizzo; C. MARTINELLI, *La Brexit tra Crown's prerogatives e diritti fondamentali: nota alla sentenza della High Court of Justice sul caso “Miller”*, cit.; M. ELLIOTT, H.J. HOOPER, *Critical reflection on the High Court's Judgement in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*, cit.

³⁶ A. SANCHEZ GRAELLS, *High Court Brexit Judgement: do all roads lead to luxembourg?*, in *Eutopialaw*, 4 November 2016, reperibile all'indirizzo <https://eutopialaw.com/2016/11/04/high-court-brexit-judgment-do-all-roads-lead-to-luxembourg/>.

richiamo alle regole costituzionali di ciascuno Stato membro, sarebbe una forzatura sostenere che la sua decodificazione possa ricadere nella competenza giurisdizionale di tali Paesi. Parimenti è un'inversione logica sostenere che, in quanto la sua interpretazione è incidentalmente entrata a far parte di un giudizio "nazionale" come quello della *High Court* e della *Supreme Court* vertente su un conflitto di attribuzioni tra Parlamento e Governo, allora non potrebbe più divenire oggetto di un rinvio pregiudiziale alla CGUE ma dovrà essere decisa dai giudici nazionali³⁷. La reversibilità dell'art. 50 TUE è indipendente dalle regole costituzionali di ogni Stato³⁸. La sua portata applicativa è univoca e vale per ognuno degli attuali ventotto Paesi membri, Gran Bretagna inclusa.

La revocabilità della notifica di *withdrawal* non è stata chiaramente l'oggetto del contendere nel caso *Miller* ma è allo stesso modo una questione fondamentale dalla quale potevano discendere diverse conseguenze sul piano del giudizio *a quo*. L'art. 267 TFUE non attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a decidere della questione principale ma, al contrario, ne limita la portata alla sola definizione interpretativa della tematica pregiudiziale che, in quanto *issue* di matrice comunitaria, non potrà che ricadere sotto la sua giurisdizione al fine di evitare che si possano generare divergenze interpretative³⁹. Il giudice interno non deve rinviare la questione alla CGUE solamente nell'ipotesi in cui l'atto oggetto d'interpretazione possa ritenersi chiaro nella sua formulazione – anche alla luce di applicazioni precedenti – così come di giudizi emessi dalla Corte medesima (cd. teoria dell'“*acte clair*”)⁴⁰, ovvero nell'ipotesi in cui la sua definizione non sia

³⁷ Cfr. M. BARCZNTIEWICZ, *The Supreme Court Should Not Refer to the EU Court of Justice on Article 50*, in *U.K. Const. L. Blog*, 11 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/11/mikolaj-barczentewicz-the-supreme-court-should-not-refer-to-the-eu-court-of-justice-on-article-50/>.

³⁸ In senso contrario si veda: M. WIENBRACKE, *The Article 50 Litigation and the Court of Justice: Why the Supreme Court must NOT refer*, in *VerfBlog*, 8 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-article-50-litigation-and-the-court-of-justice-why-the-supreme-court-must-not-refer/>. Secondo l'autore, infatti, “*a Member State's 'own constitutional requirements' in terms of Art. 50(I) TEU are not a matter of 'the interpretation of the Treaties' in terms of Art. 267(I)(a) TFEU. Consequently, the UKSC is not only not obligated to refer the question previously dealt with by the High Court in its decision of 3 November 2016 to the CJEU, but such reference would not even be admissible, as its subject is not one relating to EU law*”.

³⁹ Come ha affermato la Corte di giustizia in passato nella vicenda *CILFIT S.r.l. and Others v Ministry of Health*, Case No. 283/1981, 6 October 1982, p.to 7: “[the] obligation to refer a matter to the Court of Justice is based on cooperation, established with a view to ensuring the proper application and uniform interpretation of Community law in all the Member States, between national courts, in their capacity as courts responsible for the application of Community law, and the Court of Justice [...] More particularly [...] seeks to prevent the occurrence within the Community of divergences in judicial decisions on questions of Community law. The scope of that obligation must therefore be assessed, in view of those objectives, by reference to the powers of the national courts, on the one hand, and those of the Court of Justice, on the other, where such a question of interpretation”. In aggiunta al dato giurisprudenziale si veda in dottrina gli scritti di A. RENWICK, *The Process of Brexit: What comes Next?*, cit. 33; R. LANG, *The Article 50 Litigation and the Court of Justice: Why the Supreme Court must refer*, in *VerfBlog*, 6 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-article-50-litigation-and-the-court-of-justice-why-the-supreme-court-must-refer/>; D. COFFEY, *Brexit and Art. 50: the Key lies in Luxembourg*, in *VerfBlog*, 6 July 2016, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/brexit-and-art-50-the-key-lies-in-luxembourg/>.

⁴⁰ Cfr. R. MCCREA, *Arguing that Article 50 Notification is Reversible Involves Risks for the Government*, in *U.K. Const. L. Blog*, 15 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/15/ronan-mccrea-arguing-that-article-50-notification-is-reversible-involves-risks-for-the-government/>. Seppure vi è chi ha sostenuto che il termine dei due anni e la possibilità di una sua proroga sembra “*chiaramente ispirato ad una risoluzione delle relazioni tra UE e Stato recedente certa, rapida e con tempi difficilmente estendibili*”, ciò comunque non basterebbe a certificare che l'intento originario del legislatore comunitario fosse quello di imporne l'irrevocabilità. Al contrario, favorevole alla sua irreversibilità per le ragioni appena indicate: M. GATTI, *Divorzio all'inglese – Note sulla notifica del recesso dall'UE ai sensi dell'art. 50 TUE*, in *Eurojus.it*, 6 luglio 2016, reperibile all'indirizzo <http://rivista.eurojus.it/divorzio->

rilevante ai fini del giudizio pendente nel quale è stata sollevata la richiesta di *reference*⁴¹. Nessuna delle due alternative si configura però nel caso di specie poiché l'art. 50 TUE, come già detto, non ha mai trovato applicazione e non si può certo sostenere che la definizione circa la sua revocabilità non rilevasse ai fini dell'esito processuale. Pertanto, pare corretto affermare che “*a reference would be made because the correct interpretation of a provision of EU law (Article 50) was a question of fact that needed to be resolved in order for the Supreme Court to decide whether, in this instance, UK domestic constitutional law permits the use of prerogative powers or requires the involvement of Parliament*”⁴².

Anche se non vi sarebbe stato modo di obbligare la Corte Suprema a proporre il rinvio pregiudiziale⁴³, cionondimeno si comprendono le ragioni per le quali i giudici hanno comunque scelto di non intraprendere questa strada: in primo luogo avrebbero dovuto sospendere il giudizio per un periodo di tempo non irrilevante, bloccando *medio tempore* il processo di fuoriuscita dall'Unione Europea. Non è difficile immaginare le pressioni a cui sarebbe andato incontro il collegio anche alla luce di quanto era già stato fatto nei confronti della *High Court of Justice*, duramente attaccata da parte della stampa e dell'opinione pubblica nei giorni successivi alla pubblicazione della decisione per le supposte ricadute sul programma del Governo. In secondo luogo si sarebbe finiti nella paradossale situazione per cui le istituzioni comunitarie avrebbero avuto

allinglese-note-sulla-notifica-del-recesso-dallue-ai-sensi-dellart-50-tue/. Secondo altra dottrina la supposta reversibilità della notifica sarebbe stata possibile alla luce dell'applicazione dell'art. 68 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati secondo cui le notifiche e gli strumenti volti ad ottenere la sospensione, la nullità o il recesso da un trattato “*possono essere revocati in qualsiasi momento, prima che abbiano avuto effetto*”. Ove si optasse per tale soluzione sarebbe possibile revocare l'art. 50 TUE sino all'approvazione dell'accordo di recesso ovvero prima del trascorrere dei due anni in assenza di alcuna proroga o concordato tra le parti. Cfr. A. RENWICK, *The Process of Brexit: What comes Next?*, cit. 13. Sulla questione, più in generale, si veda anche A. YOUNG, *Brexit, Article 50 and the 'Joys' of a flexible, Evolving, Un-codified Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog*, 1 July 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/alison-l-young-brexit-article-50-and-the-joys-of-a-flexible-evolving-un-codified-constitution/>; Secondo C.C. MONTERO, *Is Article 50 Reversible? On Politics Beyond Legal Doctrine*, in *VerfBlog*, 4 January 2017, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/is-article-50-reversible-on-politics-beyond-legal-doctrine/>, la revocabilità della notifica di cui all'art. 50 TUE deriverebbe dal confronto con i precedenti del diritto internazionale. Molte organizzazioni interstatali prevedono periodi di cd. “*cooling off*” tra il momento dell'annuncio della volontà di recedere ed il recesso definitivo in modo da permettere ripensamenti. Dunque, anche il TUE dovrebbe essere letto ed interpretato nel senso da concedere un cambio di prospettiva anche dopo aver fatto pervenire la notifica al Consiglio. Da ultimo si veda B. NASCIBENE, *Il dopo Brexit. Molte incognite, poche certezze*, in *Eurojus.it*, 1 luglio 2016, reperibile all'indirizzo <http://rivista.eurojus.it/il-dopo-brexit-molte-incognite-poche-certezze/>. Secondo l'autore l'art. 50 TUE darebbe adito a ripensamenti solo *ex post* non ponendo nessuna limitazione a nuove richieste di adesione da parte di Paesi che in precedenza hanno deciso di intraprendere la via del recesso dall'Unione Europea.

⁴¹ Secondo i giudici comunitari “*the courts or tribunals referred [...] have the same discretion as any other national court or tribunal to ascertain whether a decision on a question of Community law is necessary to enable them to give judgment. Accordingly, those courts or tribunals are not obliged to refer to the Court of Justice a question concerning the interpretation of Community law raised before them if that question is not relevant, that is to say, if the answer to that question, regardless of what it may be, can in no way affect the outcome of the case*”. *CILFIT S.r.l. and Others v Ministry of Health*, Case No. 283/1981, 6 October 1982, p.to 10. Si veda anche F. DE CECCO, *Miller, Article 50 Revocability and the Question of Control*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17 November 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/17/francesco-de-cecco-miller-article-50-revocability-and-the-question-of-control/>.

⁴² R. MCCREA, *Arguing that Article 50 Notification is Reversible Involves Risks for the Government*, cit.

⁴³ *Ibidem*.

un ruolo decisivo nella definizione delle modalità di avvio della *Brexit*⁴⁴. Si sarebbe data comunque l'ultima parola a Bruxelles su un tema, come quello dell'art. 50 TUE, che chiama in causa le regole costituzionali di ciascuno Stato membro. Si comprende allora il motivo per cui la Corte Suprema ha deciso di rimanere ferma sull'approccio utilizzato dal collegio di prime cure grazie anche al fatto che, così come in primo grado, anche in appello, le parti hanno accettato l'idea che la notifica al Consiglio Europeo fosse irreversibile.

Tuttavia, il mancato rinvio della questione alla CGUE può essere visto come un'occasione mancata per mettere in chiaro, una volta per tutte, la reale portata dell'art. 50 TUE. Il suo essere o meno definitivo, infatti, non incide solamente sull'attribuzione della competenza nello scontro tra Parlamento e Governo britannico nelle fasi iniziali del recesso. Va molto più in là e rischia di ripresentarsi, *mutatis mutandis*, al termine dei due anni previsti per il negoziato. Si supponga, ad esempio, che le parti non concludano nessun accordo oppure che quello negoziato dal Governo non trovi il plauso del Parlamento in fase di ratifica o di successiva implementazione. È possibile ritirare la proposta iniziale ex art. 50 TUE per evitare il trascorrere inesorabile del termine oltre il quale i Trattati perderanno la loro efficacia? In tale eventualità a chi spetterà il compito? Al Governo perché è colui che ha intrapreso il dialogo con le istituzioni continentali oppure al Parlamento che lo ha investito *ab origine* di tale funzione? Ancorché le parti possano sollevare un nuovo ricorso al giudice britannico e questo ritenga opportuno investire la Corte di Giustizia del rinvio pregiudiziale, ci si troverebbe presumibilmente a ridosso dei termini di cui all'art. 50 TUE e il *reference*, salvo concorde volontà degli Stati membri di concedere una proroga, rischierebbe di rimanere un giudizio a futura memoria, inapplicabile alla fattispecie concreta. Anche se la Corte Suprema si è già espressa sull'art. 50 TUE, questo non è mai stato oggetto di contesa tra le parti e, dunque, non vi è da escludere aprioristicamente un possibile *override* dei giudici in un successivo giudizio ove si presentino differenti circostanze processuali e/o sostanziali.

Il collegio si è come trovato in un limbo: ricorrendo alla Corte di Giustizia avrebbe attirato le critiche dei *brexiter*s mentre decidendo di interpretare autonomamente la norma in questione avrebbe potuto essere accusato di aver emesso un giudizio ultroneo e in un ambito nel quale è carente di competenza. Come la *High Court* prima di lei ha avuto buon gioco nel fatto che la circostanza specifica non fosse oggetto di lite tra le parti anche se avrebbe potuto rimetterla *ex officio* al giudice comunitario ove l'avesse ritenuta essenziale ai fini della decisione. Così non è accaduto e forse non è neppure utile soffermarsi su ciò che, allo stato, non sarebbe altro che un ragionamento condotto sul filo dell'astrattezza. Ad ogni modo resta la sensazione di un'occasione perduta che avrebbe potuto far luce su un tema della cui importanza si è molto dibattuto e che molto probabilmente non avrebbe pregiudicato (se non dal punto di vista temporale) l'avvio della *Brexit*.

4. Oltre i diritti attraverso la separazione dei poteri: la decisione della UK Supreme Court

Entrando ora nel vivo delle motivazioni della Corte Suprema, così come quelle dell'Alta Corte, esse appaiono il frutto della medesima ortodossia metodologica tanto che *“a different result could only have been reached if the judges had chosen completely to disregard the nautre anf essect of EU laws, as endorsed by the European Community Act 1972 and all relevant subsequent*

⁴⁴ Cfr. D. SARMIENTO, *Miller, Brexit and the (maybe not so evil) Cour of Justice*, in *VerfBlog*, 8 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/miller-brexit-and-the-maybe-not-to-so-evil-court-of-justice/>.

legislation”⁴⁵. La Corte non si discosta dalla ricostruzione della *High Court* sull’origine storica delle prerogative regie e sulla loro attuale estensione applicativa nell’ambito dei rapporti sovranazionali⁴⁶, così come ad un primo sguardo sembra conformarsi al principio dualistico che regola il rapporto tra l’ordinamento britannico e quello internazionale *lato sensu*⁴⁷.

Al contempo ne fa proprie le motivazioni sulla questione dei diritti ribadendo che “*although article 50 operates on the plane of international law, it is common ground that, because the EU Treaties apply as part of UK law, our domestic law will change as a result of the United Kingdom ceasing to be party to them, and rights enjoyed by UK residents granted through EU law will be affected*”⁴⁸. Sarà dunque necessario intervenire legislativamente autorizzando il Governo dato che le *prerogatives* trovano il loro limite nella modifica dei diritti statuari e, comunque, non possono essere impiegate per frustrare, anche indirettamente, la volontà del Parlamento⁴⁹. Non v’è dubbio, infatti, che a seguito del ritiro dall’UE molti dei diritti derivanti dall’attuazione dei Trattati e della normativa conseguente andrebbero persi⁵⁰. Perciò l’invocazione dell’art. 50 TUE non potrà essere esercitata dal Governo in virtù delle prerogative ad esso generalmente riconosciute sul piano dei rapporti internazionali⁵¹. Come nel procedimento di primo grado, anche davanti giudice di ultima istanza, la tesi governativa si è presentata debole, eccessivamente formalistica nella sua

⁴⁵ P. EECKHOUT, *Brexit and Parliament: A Second Capitulation or Sovereignty Regained?*, in *UCL European Institute*, 31 January 2017, reperibile all’indirizzo <http://www.ucl.ac.uk/european-institute/highlights/2015-16/secondcapitulation>.

⁴⁶ Come ribadito dal collegio, “*the most significant area in which ministers exercise the Royal prerogative is the conduct of the United Kingdom’s foreign affairs. This includes diplomatic relations, the deployment of armed forces abroad, and, particularly in point for present purposes, the making of treaties [...] subject to any restrictions imposed by primary legislation, the general rule is that the power to make or unmake treaties is exercisable without legislative authority and that the exercise of that power is not reviewable by the courts [...] This principle rests on the so-called dualist theory, which is based on the proposition that international law and domestic law operate in independent spheres. The prerogative power to make treaties depends on two related propositions. The first is that treaties between sovereign states have effect in international law and are not governed by the domestic law of any state*”. *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, [2017] UKSC 5, p.ti 54-55.

⁴⁷ I giudici osservano che “*in one sense, of course, it can be said that the 1972 Act is the source of EU law, in that, without that Act, EU law would have no domestic status [...] that point simply reflects the fact that Parliament was and remains sovereign: so, no new source of law could come into existence without Parliamentary sanction - and without being susceptible to being abrogated by Parliament. However, that in no way undermines our view that it is unrealistic to deny that, so long as that Act remains in force, the EU Treaties, EU legislation and the interpretations placed on these instruments by the Court of Justice are direct sources of UK law*”. *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 61.

⁴⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 69.

⁴⁹ T. POOLE, *Loosing our Religion? Public Law and Brexit*, in *U.K. Const. L. Blog*, 2 December 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/12/02/thomas-poole-losing-our-religion-public-law-and-brexit/>.

⁵⁰ In tal senso: “*the EU Treaties not only concern the international relations of the United Kingdom, they are a source of domestic law, and they are a source of domestic legal rights many of which are inextricably linked with domestic law from other sources. Accordingly, the Royal prerogative to make and unmake treaties, which operates wholly on the international plane, cannot be exercised in relation to the EU Treaties, at least in the absence of domestic sanction in appropriate statutory form*”. *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 86.

⁵¹ P. ELEFTHERIADIS, *The ‘Elegant Way’ of the Constitution*, in *VerfBlog*, 6 February 2017, reperibile all’indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-elegant-way-of-the-constitution/>.

impostazione⁵². L'ECA 1972 non crea autonomamente diritti nel contesto nazionale ma si limita a trasporre quelli di matrice europea nell'ordinamento interno. Poiché questi non assurgerebbero al rango statutario, per la loro modifica non sarebbe necessario l'intervento parlamentare. L'espressione "*from time to time*" utilizzata dalla *section 2(1)* ECA 1972 rende efficaci i diritti che di volta in volta vengono a prendere forma nel diritto comunitario, ma non per questo fa acquisire loro la "cittadinanza britannica". Quindi, dalla semplice invocazione dell'art. 50 TUE non seguirebbe nessuna menomazione ai diritti posti in essere dal Parlamento. Ancora una volta la debolezza delle tesi governative risiede nell'aver spinto il principio dualistico a conseguenze estreme, difficilmente sostenibili se rapportate alle caratteristiche dell'ordinamento comunitario. Anche se esse sono state in parte riprese nelle *dissenting* dei tre giudici di minoranza (in particolare da Lord Reed)⁵³ rimangono ancorate ad una visione estremamente classica del costituzionalismo britannico, profondamente intrisa del principio di sovranità parlamentare che non ammette l'ingresso di alcun diritto sovranazionale che non sia filtrato da un atto del legislatore.

Proprio su questo punto la Corte Suprema intraprende un percorso autonomo rispetto al *decisum* dell'Alta Corte. Una strada tutt'altro che scontata, che va oltre alla configurazione delle relazioni tra Regno Unito ed Unione Europea⁵⁴ e che mette al centro del proprio ragionamento il rapporto tra i poteri dello Stato attraverso un approfondito *excursus* sull'attuale sistema delle fonti del diritto alla luce dei mutamenti ad esso apportati dall'adesione all'ordinamento comunitario. Come è stato puntualmente sottolineato sin dai primi commenti alla sentenza, è come se la Corte abbia preferito "*ragionare più da 'Corte dei conflitti', mettendo al centro del proprio argomentare i rapporti tra i poteri nel contesto dei principi e degli equilibri costituzionali, e coinvolgendo il tema della perdita dei diritti dei cittadini solo in posizione consequenziale*"⁵⁵.

Secondo i giudici, l'*European Community Act 1972* non ha solo dato efficacia al diritto europeo nell'ordinamento statale ma, negli ambiti di competenza comunitaria, ha trasferito parte della sovranità legislativa di Westminster a Bruxelles⁵⁶. Diversamente non si spiegherebbe neppure il principio di supremazia del diritto europeo su quello britannico⁵⁷. L'ECA 1972, prosegue il collegio, "*effectively constitutes EU law as an entirely new, independent and overriding source of domestic law, and the Court of Justice as a source of binding judicial decisions about its meaning*"⁵⁸. La sua implementazione dei Trattati Europei ha permesso che, per la prima volta nella lunga storia costituzionale del Regno Unito, una fonte normativa di provenienza sovranazionale

⁵² Cfr. M. ELLIOTT, *The Miller case in the Supreme Court: The key arguments*, in *Public Law for Everyone*, 1 December 2016, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2016/12/01/explainer-miller-in-the-supreme-court-the-key-arguments/>.

⁵³ Cfr. F. ROSA, *Westminster First*, cit.

⁵⁴ G.G. CARBONI, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte Suprema*, in *DPCE Online*, 27 gennaio 2017, reperibile all'indirizzo <http://www.dpce.it/gli-effetti-del-referendum-sulla-brexite-alla-luce-della-sentenza-della-corte-suprema/>.

⁵⁵ C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, cit.; in aggiunta si veda anche P. ELEFTHERIADIS, *The Systematic Constitution*, cit.

⁵⁶ L'ECA 1972 "*effectively operates as a partial transfer of law-making powers, or an assignment of legislative competences, by Parliament to the EU law-making institutions (so long as Parliament wills it), rather than a statutory delegation of the power to make ancillary regulations [...] The 1972 Act cannot be said to constitute EU legislative institutions the delegates of Parliament: they make laws independently of Parliament, and indeed they were doing so before the 1972 Act was passed*". *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 68.

⁵⁷ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 66.

⁵⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 80.

operasse in via diretta come autonomo meccanismo di produzione del diritto “*onto, and above, the well-established existing sources of domestic law: Parliaments and the courts*”⁵⁹. Il ritiro dall’UE, perciò, non avrebbe ricadute solamente sul piano dei diritti individuali, ma inciderebbe in maniera profonda sullo stesso sistema costituzionale delle fonti, espungendo quella comunitaria dall’ordinamento interno. Ciò, secondo gli otto giudici di maggioranza, “*will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act. And, if Notice is given, this change will occur irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone. All the more so when the source in question was brought into existence by Parliament through primary legislation, which gave that source an overriding supremacy in the hierarchy of domestic law sources*”⁶⁰. Poiché è compito di ogni Costituzione l’identificazione del sistema delle fonti del diritto, ogni sua alterazione comporta una radicale modifica della stessa. Lasciare che sia il Governo a fare ciò e non l’organo legislativo, naturale luogo di riflessione e rappresentanza delle diverse anime politiche e sociali, non metterebbe la Costituzione al riparo dal rischio di possibili abusi da parte della maggioranza e, soprattutto, vanificherebbe lo stesso principio di sovranità parlamentare⁶¹.

La Corte rigetta inoltre la tesi governativa secondo cui il referendum di giugno avrebbe dato mandato al Governo di dare seguito al suo risultato. Secondo l’*Attorney General*, sebbene sia necessario un atto del Parlamento affinché possa tenersi un referendum come quello sulla *Brexit*, ricadrebbe sull’esecutivo il compito di implementare concretamente la volontà popolare. In altre parole è come se l’espressione diretta del popolo sia in grado di sanare *ab origine* la mancata autorizzazione parlamentare all’avvio delle trattative con l’EU⁶². Ad avviso dei giudici, invece, occorre fare un passo indietro e partire dalla legge istitutiva del referendum per comprenderne la natura. Diversamente da quanto previsto dal *Voting System and Constituency Act 2011* che alla *section 8* demandava ai ministri il compito specifico di dare seguito all’esito della tornata referendaria, l’*European Union Referendum Act 2015* non ha disposto nulla in tal senso. Pertanto, se il primo dei due possa considerarsi *mandatory*, poiché il suo atto costitutivo ha precisato *ex ante* le conseguenze che dal suo esito avrebbero dovuto derivare, il secondo, al contrario, va interpretato come meramente *advisory*, cioè quale manifestazione di una mera intenzione politica a cui potranno seguire provvedimenti ministeriali (come di norma si verifica) ovvero parlamentari *ad hoc*⁶³. Nella

⁵⁹ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 90.

⁶⁰ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 81.

⁶¹ A. BLICK, R. GORDON QC, *Using the Prerogative for Major Constitutional Change: The United Kingdom Constitution and Article 50 of the Treaty on European Union*, The Constitution Society, 19 July 2016, 9, reperibile all’indirizzo <http://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2016/10/Royal-Prerogative-paper-Andrew-Blick-Richard-Gordon-PDF.pdf>.

⁶² Sul rapporto tra democrazia diretta e rappresentativa si rimanda al contributo di N. LE ROUX, *Is there a tension between parliamentary democracy and referendums?*, The Constitution Society, 18 November 2016, reperibile all’indirizzo <http://consoc.org.uk/publications/tension-parliamentary-democracy-referendums/>; G.E. VIGEVANI, C. MELZI D’ERIL, *Dare una Costituzione agli inglesi*, in *Il Sole 24 ore*, 17 luglio 2016, 23. In senso più ampio sull’utilizzo dello strumento referendario in Gran Bretagna: M. QVORTUP, *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, The Constitution Society, 2015, reperibile all’indirizzo http://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2015/09/COSJ3706_Referendum_report_COMPLETE_18.09.15.pdf.

⁶³ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 119. Sulla portata consultiva del referendum *Brexit* si vedano, tra gli altri: Y. NEHUSHTAN, *Why Is It Illegal for the Prime Minister to Perceive the EU Referendum’s Result as Morally-Politically Authoritative?*, in *UK Const. L. Blog*, 11 July 2016

fattispecie, tuttavia, “*implementation of a referendum result requires a change in the law of the land, and statute has not provided for that change, the change in the law must be made in the only way in which the UK constitution permits, namely through Parliamentary legislation*”⁶⁴.

Quest’ultimo punto è particolarmente significativo e si pone a chiusura della decisione della Corte Suprema. L’atto con cui il Parlamento dovrà autorizzare il governo ad invocare l’art. 50 TUE non potrà assumere una forma qualunque, ad esempio quella di una risoluzione, ma dovrà necessariamente indossare le vesti di un atto di legislazione primaria⁶⁵.

5. Un’interpretazione evolutiva del rapporto tra ordinamento interno e comunitario al di là del principio dualista

Se nella parte relativa alla protezione dei diritti la Corte Suprema ha mantenuto salda la rotta in linea con la visione classica della sovranità parlamentare e del principio dualista, non sembra aver fatto lo stesso nel momento in cui ha dedicato l’attenzione al sistema delle fonti⁶⁶. Seppur ragionando sulla base di una completa ed approfondita ricostruzione dei valori e dei cardini costituzionali in più occasioni ribaditi anche in sede giurisprudenziale, i giudici sembrano aprire ad una concezione del rapporto tra l’ordinamento comunitario e quello statale che va oltre la consueta impostazione binaria che ne impone la separazione in comparti stagni. È questo l’esercizio più complesso a cui la Corte è dovuta andare incontro: giustificare la collocazione di una nuova fonte

reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/11/yossi-nehushtan-why-is-it-illegal-for-the-prime-minister-to-perceive-the-eu-referendums-result-as-morally-politically-authoritative/>; Y. NEHUSHTAN, *Why the EU Referendum’s Result Is not Morally-Politically Binding*, in *UK Const. L. Blog*, 5 July 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/05/yossi-nehushtan-why-the-eu-referendums-result-is-not-morally-politically-binding/>; S. DOUGLASS-SCOTT, *Brexit, the referendum and the UK Parliament: some questions about sovereignty*, in *UK Const. L. Blog*, 28 June 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/28/sionaidh-douglas-scott-brexit-the-referendum-and-the-uk-parliament-some-questions-about-sovereignty/>; nonché R. EKINS, *The legitimacy of the Brexit referendum*, in *UK Const. L. Blog*, 28 June 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/29/richard-ekins-the-legitimacy-of-the-brexit-referendum/>; K. ARMSTRONG, *Push Me, Pull You: Whose Hand on the Article 50 Trigger?*, in *UK Const. L. Blog*, 27 June 2016 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/kenneth-armstrong-push-me-pull-you-whos-hand-on-the-article-50-trigger/>.

⁶⁴ R (*on the application of Miller and another*) v. *Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 121. In senso contrario, invece, G. CARULLO, *Il Paradosso della Brexit: il Regno Unito è al contempo dentro e fuori l’Unione Europea*, in *Eurojus.it*, 5 agosto 2016, reperibile all’indirizzo <http://rivista.eurojus.it/il-paradosso-della-brexit-il-regno-unito-e-al-contempo-dentro-e-fuori-lunione-europea/>. Secondo l’autore “*risulta dunque certo quanto segue: il Primo Ministro del Governo del Regno Unito ha promesso ai cittadini un referendum per decidere se il Regno Unito dovesse lasciare, o meno, l’Unione Europea. Tale promessa è stata recepita dal Parlamento che, a tal fine, ha ritenuto di indire un referendum mediante adozione di una legge ad hoc. L’esito del Referendum, come noto, ha decretato che il popolo inglese ha preferito l’opzione «Leave the European Union». Dunque, alla luce di quanto avvenuto in Regno Unito, ciò che emerge è che: il popolo, rispondendo al quesito sottopostogli dal Parlamento, con legge, ha indicato al Governo di recedere dall’Unione europea*”.

⁶⁵ E ciò poiché “*there is no equivalence between the constitutional importance of a statute, or any another document, and its length or complexity. A notice under article 50(2) could no doubt be very short indeed, but that would not undermine its momentous significance. The essential point is that, if, as we consider, what would otherwise be a prerogative act would result in a change in domestic law, the act can only lawfully be carried out with the sanction of primary legislation enacted by the Queen in Parliament*”. R (*on the application of Miller and another*) v. *Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 122.

⁶⁶ In senso critico si veda: D. EDWARDS, *Miller, Law and Revisionism*, in *UK Const. L. Blog*, 9 February 2017 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/09/denis-edwards-miller-law-and-revisionism/>.

del diritto di origine sovranazionale che va oltre al mero rinvio della *section 2 ECA 1972* senza, tuttavia, perdere di vista il principio dualista. Nell'attimo in cui si afferma che l'*European Community Act 1972* non ha trasposto le norme comunitarie nel diritto interno, ma ha dato vita ad una nuova fonte di produzione, si aprono le porte ad una revisione sostanziale nel modo di concepire i rapporti tra Londra e Bruxelles⁶⁷. Si ammette che da un punto di vista sostanziale il dualismo non è un dogma irrinunciabile e che talvolta rischia addirittura di costituire un limite descrittivo ove ci si rapporti a forme di interazione con altri ordinamenti come quello europeo, il cui grado di pervasività e di integrazione è di gran lunga maggiore rispetto a quanto previsto da altri trattati. Una volta ancora ecco riemergere il carattere flessibile della Costituzione britannica che, se da un lato ha rappresentato un elemento di debolezza non avendo consentito una facile ed unitaria individuazione di chi dovesse invocare l'art. 50 TUE, dall'altro ha permesso ai giudici di ultimo grado di plasmarne il contenuto in senso evolutivo, adattandolo alla rinnovata esigenza di conferire al Parlamento la facoltà di dare avvio alla *Brexit*⁶⁸. Non si sta sostenendo che la UKSC abbia piegato i principi costituzionali in funzione di un risultato che doveva essere necessariamente consequenziale e collimante con la decisione di grado inferiore. Al contrario, si sta sostenendo che l'assenza di una rigidità intrinseca della Norma fondamentale ha permesso ad essa di evolvere, rimanendo al passo con le rinnovate esigenze contemporanee ed in linea con le caratteristiche uniche dell'ordinamento comunitario. Non è la morte del pragmatismo empirico di marca britannica quanto la conferma della sua estrema attualità nel dare forma ad una materia volutamente e, nel caso, fortunatamente mutevole⁶⁹.

Ciò che di nuovo e interessante si può trovare nelle motivazioni degli otto giudici di maggioranza non è tanto la ragione per la quale le prerogative regie non hanno la forza ed il rango sufficienti per apportare significativi cambiamenti del tessuto costituzionale quanto, invece, che dall'attivazione dell'art. 50 TUE ne consegue un profondo mutamento della Costituzione sul piano delle fonti di produzione del diritto. Dunque, come già ribadito in dottrina, "*given these developments, the idea of utilising the royal prerogative to bring about major constitutional transformation now appears more difficult to justify than previously. In particular, although some might argue that even legislative processes leading to an Act of Parliament are insufficiently rigorous for fundamental systemic change, the use of the royal prerogative, which is normally subject to no specific legally prescribed parliamentary control whatever, is fundamentally and*

⁶⁷ T. LOCK, *The Supreme Court in Miller – some early comments*, in *VerfBlog*, 24 January 2017, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-supreme-court-in-miller-some-early-comments/>.

⁶⁸ Sulla flessibilità della Costituzione si rinvia a: R. DESAI, *Miller and the Flexibility of the UK Constitution*, in *UK Const. L. Blog*, 17 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/17/raj-desai-miller-and-the-flexibility-of-the-uk-constitution/>. Per quanto concerne, invece, le problematiche derivanti da una Costituzione non scritta si consiglia la lettura di G.G. CARBONI, *a proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in *DPCE Online*, 2/2016, 44, reperibile all'indirizzo <http://www.dpce.it/dpceonline2016-2/>; V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, 2nd Edition, The Constitution Society, 2015, 44 e ss., reperibile all'indirizzo http://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2016/02/COSJ4072-Crisis-of-Constitution-2nd-Ed-12_15-WEB.pdf. Da ultimo, sulle implicazioni della sentenza sulla *British Constitution*, M. ELLIOTT, *Brexit, sovereignty, and the contemporary British constitution: Four perspectives on Miller*, in *Public Law for Everyone*, 16 December 2016, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2016/12/16/brexit-sovereignty-and-the-contemporary-british-constitution-four-perspectives/>.

⁶⁹ Sui limiti del pragmatismo britannico: A. WELIKALA, *The Need for a 'Cartesian Cleaning of the Augean Stables'? Miller and the Territorial Constitution*, in *UK Const. L. Blog*, 7 February 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/07/asanga-welikala-the-need-for-a-cartesian-cleaning-of-the-augean-stables/>.

*intrinsically different and may be used covertly to bring about constitutional changes*⁷⁰.

Il dato centrale nelle argomentazioni della Corte risiede a monte, e cioè nel perché l'attivazione dell'art. 50 TUE comporterebbe *ex se* una radicale modifica della Costituzione. Asserendo che l'ECA 1972 ha dato vita ad una nuova fonte del diritto, i giudici superano il principio dualista⁷¹. Una cosa è sostenere che la *section 2* dello statuto costituzionale in parola operi come un condotto attraverso il quale la normativa europea produce effetti nell'ordinamento interno anche in assenza atti funzionali al recepimento⁷². Del tutto diverso è affermare l'esistenza di un nuovo processo legislativo che, dopo essere stato introdotto nell'ordinamento statale attraverso l'*European Community Act 1972*, sia ora indipendente ed autonomo⁷³. È ammettendo ciò che la Corte si discosta dalla classica impostazione dualista. La sua esistenza come fonte del diritto interno deriva dalla volontà parlamentare espressa nell'ECA 1972 in linea con il principio della sovranità parlamentare, ma il suo funzionamento agisce secondo schemi almeno parzialmente incompatibili con una simile caratterizzazione dei rapporti tra ordinamenti perché i Trattati europei non rappresentano più una fonte di *international law*, bensì di *domestic law*. Sono parte del sistema costituzionale britannico non in ragione di un rinvio mobile ad una fonte di produzione sovranazionale, ma perché sono stati pienamente integrati nello stesso dall'ECA 1972 in un modo tale per cui il recesso dall'Unione Europea non produrrà effetti solo sul piano dei rapporti internazionali ma comporterà un vero e proprio intervento di modifica costituzionale⁷⁴.

È come se vi fossero due differenti fasi che hanno segnato il rapporto tra l'ordinamento interno e quello europeo e che, a loro volta, rispondono a due diverse logiche relazionali. Il recepimento iniziale è avvenuto in linea con la più consolidata dottrina dualista, avendo richiesto il previo intervento del legislatore. Il periodo successivo, invece, ha funzionato secondo uno schema monista

⁷⁰ A. BLICK, R. GORDON QC, *Using the Prerogative for Major Constitutional Change: The United Kingdom Constitution and Article 50 of the Treaty on European Union*, cit. 15. In proposito si veda il progetto di riforma costituzionale *The Governance of Britain* (non andato a buon fine) lanciato nel 2007 dall'allora Governo Brown e nel quale una delle parti più importanti era dedicata al tema della delimitazione delle prerogative governative. Tra gli altri punti del programma vi era l'idea di una riduzione delle funzioni ministeriali in ambito internazionale, come può leggersi dal par. 17: *"it is important that the key decisions that affect the whole country – such as the decision to send troops into armed conflict – are made in the right way, and with Parliament's consent. The same is true of treaties that the UK makes with its partners in Europe and across the world. Government's power to deploy troops and ratify treaties stems from the royal prerogative. In a modern 21st century parliamentary democracy, the Government considers that basing these powers on the prerogative is out of date. It will therefore seek to limit its own power by placing the most important of these prerogative powers onto a more formal footing, conferring power on Parliament to determine how they are exercised in future. And where archaic powers are no longer in use – for example the right to impress people into the Royal Navy – the Government will consider options for ending them"*. Il testo integrale del documento è reperibile all'indirizzo https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/228834/7170.pdf.

⁷¹ In senso concorde si veda: P. O'BRIEN, *All for Want of a Metaphor: Miller and the Nature of EU Law*, cit.

⁷² Si pensi, ad esempio, alla *section 2(1)* ECA 1972 in forza della quale: *"all such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly; and the expression "enforceable EU right" and similar expressions shall be read as referring to one to which this subsection applies."*

⁷³ Per una riflessione d'insieme sul significato di *"source of law"* utilizzato dalla Corte Suprema: H. DINDJER, *Sources of Law and Fundamental Constitutional Change*, in *UK Const. L. Blog*, 28 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/27/hasan-dindjer-sources-of-law-and-fundamental-constitutional-change/>.

⁷⁴ Cfr. F. ROSA, *Westminster First*, cit.

poiché il diritto europeo ha spiegato i suoi effetti non in virtù di un richiamo ad una fonte sovranazionale, ma in quanto prodotto di una fonte pienamente integrata nell'assetto costituzionale interno. Viene meno quella soluzione di continuità che caratterizza l'impostazione dualista e che, per quanto impercettibile possa essere sul piano degli effetti concreti prodotti dalle disposizioni sovranazionali in fase di applicazione, non lo è nel momento generativo. L'incorporazione non riguarda più la disposizione singolarmente intesa ma la fonte da cui essa deriva⁷⁵. Quando la norma comunitaria entra a far parte del diritto britannico non passa più attraverso la *section 2* dell'ECA, che ha già svolto la sua funzione integrandone la fonte, ma si inserisce in via diretta come una qualunque altra disposizione di rango primario. È chiaro, allora, il superamento del concetto dualistico come originariamente inteso.

Ciò è reso ancora più evidente se si confrontano le motivazioni utilizzate dagli otto giudici di maggioranza con le tre *dissenting* ed, in particolare, con le argomentazioni di Lord Reed⁷⁶. Secondo quest'ultimo, la supremazia del diritto europeo non è compatibile né con il principio dualista, né tantomeno, con il canone diceyano della *Sovereignty of Parliament*. In base a quanto previsto della *section 2(1)* ECA 1972, i diritti e le obbligazioni derivanti dai Trattati europei "*are not automatically given effect in domestic law. Legal effect is given only to such rights, powers and so forth arising by or under the Treaties as "in accordance with the Treaties" are without further enactment to be given legal effect "in the United Kingdom". In this respect, once more, the 1972 Act creates a scheme under which the effect given to EU law in domestic law exactly matches the UK's international obligations, whatever they may be*"⁷⁷. L'*European Community Act 1972*, dunque, non conferisce ai Trattati europei e, più in generale al diritto comunitario, lo *status* di fonte normativa ma si limita a prevedere una sorta di rinvio non recettizio alle sue disposizioni. Ne consegue *per tabulas* che gli stessi diritti posti in essere dalla normativa europea non potranno assurgere al rango statutario ma manterranno l'originaria matrice comunitaria e, dunque, i loro effetti saranno possibili solo grazie al rinvio predisposto dall'ECA 1972. Pertanto, la loro abrogazione potrà avvenire anche senza l'apporto necessario del Parlamento⁷⁸.

Quella della Corte Suprema, dunque, non è una sentenza meramente ricognitiva dei principi generali del costituzionalismo britannico quanto, invece, è un esempio d'interpretazione evolutiva. Anche se alla fine giunge alle stesse conclusioni della *High Court*, ci arriva attraverso una riformulazione sostanziale del modo con cui concepire le relazioni tra l'ordinamento interno e quello europeo. Non più totalmente separati come vorrebbe la dottrina più ortodossa, ma strettamente intersecati a livello di fonti del diritto tanto che l'abbandono delle istituzioni comunitarie comporta un significativo mutamento costituzionale. In tal senso, allora, è corretto affermare che la decisione in parola è destinata a rappresentare una pietra miliare del costituzionalismo britannico anche oltre la *Brexit*.

⁷⁵ P. ELEFThERiADiS, *The 'Elegant Way' of the Constitution*, cit.

⁷⁶ Sul punto si veda brevemente M. ELLiOTT, *The Supreme Court's Judgement in Miller*, in *Public Law for Everyone*, 25 January 2017, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/1000-words-the-supreme-courts-judgment-in-miller/>.

⁷⁷ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 189.

⁷⁸ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 216.

6. *La Brexit e la Devolution: un'interpretazione classica ed atemporale delle convenzioni costituzionali*

Se la prima parte del giudizio merita di essere celebrata per la capacità mostrata di innovare la concezione dei rapporti tra diritto interno ed europeo, la stessa lungimiranza non sembra trasparire nella seconda parte dedicata ai *reference*⁷⁹. La questione assume ancor più valore se si pensa che, diversamente dal giudizio principale, la Corte si è espressa all'unanimità senza lasciare alcun margine a diversi punti di vista che potessero, almeno in parte, propendere per un ruolo di maggior partecipazione delle *Nations*⁸⁰.

Sono due i punti principali su cui si è espresso l'organo giurisdizionale di ultima istanza: l'eventuale esistenza di competenze legislative dei Parlamenti devoluti in relazione al recesso dall'Unione Europea e la possibilità di riconoscere un valore non meramente politico alla *Sewel convention*. Per quanto riguarda la prima questione, i giudici escludono che prima di invocare l'art. 50 TUE Westminster debba ottenere il formale consenso dei territori devoluti. Il fatto che sia stato inserito nei loro statuti il vincolo di osservare ed attuare gli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, non estende automaticamente la loro competenza legislativa nella definizione dei rapporti sovranazionali con l'UE che, al contrario, rimane nel dominio esclusivo di Londra⁸¹. I vincoli imposti alle istituzioni di Scozia, Irlanda del Nord e Galles svolgono solamente una funzione tutelativa nei confronti del Regno Unito evitando che a causa loro quest'ultimo possa ritrovarsi in una situazione d'infrazione. Non vi è modo per cui da tali obbligazioni possa estendersi una sorta di potere di veto rispetto alla volontà del Parlamento e del Governo britannico.

Sebbene gli organi legislativi devoluti non siano nelle condizioni tali da poter rivendicare alcuna competenza nelle relazioni con Bruxelles, il recesso dall'Unione Europea comporterà il venire meno dei suddetti vincoli imposti dalle disposizioni comunitarie ed, eventualmente, un successivo intervento di riordino delle competenze da parte di Westminster. Come noto, gli interventi legislativi apportati da Londra in ambiti materiali devoluti, per convenzione costituzionale,

⁷⁹ Cfr. E. VELASCO, C. CRUMMEY, *The Reading of Section 28(2) of the Scotland Act 1998 as a Political Convention in Miller*, in *UK Const. L. Blog*, 3 February 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/03/eugenio-velasco-and-conor-crummey-the-reading-of-section-288-of-the-scotland-act-1998-as-a-political-convention-in-miller/>. Secondo M. ELLIOTT, *Miller and the modern constitution*, in *Public Law for Everyone*, 1 february 2017, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2017/02/01/miller-and-the-modern-british-constitution/>, "whereas the majority was prepared to treat EU membership as having effected a form of constitutional reconfiguration that could not be reversed without an Act of Parliament, the analysis of the devolution question was markedly more conservative. The Sewel Convention remained precisely that — a convention, and not a matter for the Court".

⁸⁰ Sulla necessità di una loro partecipazione attiva nel processo di uscita dall'Unione Europea: A. WELIKALA, *The Need for a 'Cartesian Cleaning of the Augean Stables'?* *Miller and the Territorial Constitution*, cit. Per uno sguardo complessivo sulla *Devolution* britannica si rimanda, tra gli altri, a: P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual Analysis*, 2nd edition, Hart Publishing, Oregon, 2012, 243 e ss; A. TORRE (a cura e con prefazione di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa): atti del convegno dell'Associazione di Diritto pubblico comparato ed europeo*, Bologna, Università degli Studi, 24-25 novembre 2006, Giappichelli Editore, Torino, 2007.

⁸¹ Secondo il collegio, infatti, "within the United Kingdom, relations with the European Union, like other matters of foreign affairs, are reserved or excepted in the cases of Scotland and Northern Ireland, and are not devolved in the case of Wales - see section 30(1) of, and paragraph 7(1) of Schedule 5 to, the Scotland Act 1998; section 108(4) of, and Part 1 of Schedule 7 to, the Government of Wales Act 2006; and section 4(1) of, and paragraph 3 of Schedule 2 to, the NI Act". *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 129.

richiedono il rilascio del previo consenso da parte degli organi legislativi di Scozia, Irlanda del Nord e Galles. La *Sewel convention*, nello stato attuale della sua evoluzione, trova applicazione non solamente in caso di interventi legislativi del Parlamento britannico su materie devolute, ma anche ogniqualvolta la sua azione modifichi (ampliandole o riducendole) le competenze delle istituzioni devolute⁸². Seppur ai fini della *Devolution* l'unico organo legislativo sovrano rimane Westminster, sempre per convenzione costituzionale, così come ribadito dal *Memorandum of understanding* (p.to 14), “*the UK Government will proceed in accordance with the convention that the UK Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters except with the agreement of the devolved legislature*”⁸³. Nella cornice politico-costituzionale del processo devolutivo, la convenzione svolge un ruolo cruciale nel raccordo funzionale tra le diverse *Nations* proponendo l'ennesimo esempio di pragmatismo in chiave britannica capace di far convivere sotto lo stesso tetto il principio autonomista con quello di sovranità parlamentare⁸⁴.

Poiché la *Brexit* produrrà delle ripercussioni nella definizione delle competenze degli organi devoluti, stando ai canoni generali appena richiamati, ci dovrebbe essere spazio per una preventiva autorizzazione dei legislativi di Scozia, Irlanda del Nord e Galles. Diversamente dalla questione precedente, non si tratta di valutare se questi ultimi abbiano competenze sul piano dei rapporti internazionali tali da giustificare il loro necessario interpello prima di invocare l'art. 50 TUE. Qui, di fatto, vi è da comprendere se in capo alle *Nations* sussista una sorta di potere di veto indiretto che consenta loro non tanto la possibilità di bloccare a monte l'avvio dei negoziati, quanto di pregiudicarne poi l'effettiva attuazione⁸⁵. Sarebbe ad esempio necessario intervenire modificando il testo degli statuti devolutivi dei tre Paesi in questione. Tuttavia, poiché essi hanno rango costituzionale, la loro modifica o parziale abrogazione nella parte in cui richiamano ai vincoli comunitari non potrebbe avvenire in modo implicito solo per il venire meno degli effetti dei Trattati, ma richiederebbe necessariamente un intervento fattivo e concreto da parte di Londra che

⁸² A. TRENCH, *Legislative consent and the Sewel convention*, in *Devolution Matters*, June 2016, reperibile all'indirizzo <https://devolutionmatters.wordpress.com/the-sewel-convention/>; C. MCCORKINDALE, *Echo Chamber: the 2015 General Election at Holyrood – a Word on Sewel*, in *UK Const. L. Blog*, 13 May 2015 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2015/05/13/chris-mccorkindale-echo-chamber-the-2015-general-election-at-holyrood-a-word-on-sewel/>.

⁸³ Il testo integrale dell'accordo intergovernativo stipulato tra il Governo del Regno Unito ed i suoi omologhi scozzese, nord irlandese e gallese è reperibile all'indirizzo <http://www.gov.scot/Resource/Doc/918/0097101.pdf>.

⁸⁴ A. TRENCH, *Westminster legislation and the Sewel Convention*, in *Devolution Matters*, 28 February 2011, reperibile all'indirizzo <http://devolutionmatters.wordpress.com/2011/02/28/westminster-legislation-and-the-sewel-convention/>.

⁸⁵ Come ha rimarcato S. DOUGLAS-SCOTT, *A UK exit from the EU: the end of the United Kingdom or a new constitutional dawn?*, in *Legal Research Paper Series*, March. 2015, 4, “*although the Westminster Parliament may repeal the European Communities Act 1972, this would not bring an end to the impact of EU law in the devolved nations. It would still be necessary to amend the relevant parts of devolution legislation. But this would be no simple matter and could lead to a constitutional crisis*”. Sul tema in oggetto si vedano inoltre: P. REID, *Time to Give the Sewel Convention Some (Political) Bite?*, in *UK Const. L. Blog*, 26 January 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/26/paul-reid-time-to-give-the-sewel-convention-some-political-bite/>; A. TRENCH, *Brexit, Article 50 and devolved legislative consent*, in *Devolution Matters*, 23 November 2016, reperibile all'indirizzo <https://devolutionmatters.wordpress.com/2016/11/23/brexit-article-50-and-devolved-legislative-consent/>; K. CAMPBELL QC, *Sand in the Gearbox: Devolution and Brexit*, in *UK Const. L. Blog*, 5 September 2016 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/09/05/kenneth-campbell-qc-sand-in-the-gearbox-devolution-and-brexit/>.

non potrebbe allora prescindere dal consenso delle assemblee legislative devolute⁸⁶.

Ancorché rilevanti nel quadro dei rapporti politico-costituzionali, qual è la valenza giuridica delle convenzioni e, nello specifico, della *Sewel convention*? È un mero istituto di rilevanza politica oppure può essere invocato dinanzi ad una Corte del Regno Unito per farne dichiarare l'eventuale violazione? Sebbene storicamente la dottrina pressoché unanime ha ritenuto le convenzioni costituzionali degli strumenti politici, alcuni interrogativi sono sorti con l'incorporazione della *Sewel* nello Statuto scozzese a seguito della modifica della *section 28(8)* dello *Scotland Act 1998*⁸⁷ e dopo che analoga disposizione è stata inserita nel *Wales Act 2017*⁸⁸. La risposta della Corte Suprema è tanto netta quanto sbrigativa nella sua argomentazione rifacendosi a quell'impostazione classica che vede le *conventions* come dei meccanismi relegati al solo ambito della politica. Se da un lato ne riconosce l'ampiezza applicativa frutto della loro evoluzione⁸⁹, dall'altro ribadisce il canone giurisprudenziale per cui "*cannot enforce a political convention*"⁹⁰ giacché esse operano "*as a political restriction on the activity of the UK Parliament*"⁹¹. In tal senso i giudici "*are neither the parents nor the guardian of political conventions; they are merely observer*"⁹². Se questa parte delle motivazioni non desta più di tanto scalpore, il suo prosieguo lascia qualche perplessità. A nulla, infatti, rileva l'inserimento della *Sewel* all'interno di una norma statutaria di rango costituzionale, non conferendo ad essa un'efficacia giuridicamente apprezzabile. La stessa terminologia adottata dal legislatore britannico sarebbe indice della volontà di non trasformare la convenzione in una norma vincolante sul piano giuridico. In altre parole, la positivizzazione della *Sewel* altro non rappresenterebbe che un riconoscimento della sua importanza politica in relazione al riparto di competenze e di funzioni nell'articolata cornice della *Devolution*⁹³. Per la Corte è come se l'unica ragione per cui il legislatore sia addivenuto ad una modifica statutaria vada ricercata nel contesto della simbologia politica, come a rimarcare l'esistenza di un qualcosa che era già presente nel patrimonio politico-costituzionale britannico ma che per il suo peso specifico ed anche alla luce dei

⁸⁶ Cfr. A. MCHARG, *Article 50, Parliamentary Authorisation and the Sewel Convention*, in *Scottish Constitutional Futures Forum*, 8 November 2016, reperibile all'indirizzo <http://www.scottishconstitutional futures.org/OpinionandAnalysis/ViewBlogPost/tabid/1767/articleType/ArticleView/articleId/9786/Aileen-McHarg-Article-50-Parliamentary-Authorisation-and-the-Sewel-Convention.aspx>.

⁸⁷ Come recita lo Statuto: "*it is recognised that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament*".

⁸⁸ Ci si riferisce alla *section 2* del *Wales Act 2017* che modifica la *section 107* inserendo il nuovo comma (7) che ripropone la stessa normativa dello Statuto scozzese. L'inserimento della disposizione era stato precedentemente oggetto di raccomandazione da parte della *Silk Commission*. Si veda in proposito il *paper* HM Government, *Powers for a Purpose. Towards a Lasting Devolution Settlement for Wales*, February 2015, 24, reperibile all'indirizzo https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/408587/47683_CM9020_ENGLISH.pdf.

⁸⁹ Nel corso del tempo, secondo i giudici, "*devolved legislatures have passed legislative consent motions not only when the UK Parliament has legislated on matters which fall within the legislative competence of a devolved legislature, but also when the UK Parliament has enacted provisions that directly alter the legislative competence of a devolved legislature or amend the executive competence of devolved administrations*". *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 140.

⁹⁰ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 141.

⁹¹ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 145.

⁹² *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 146.

⁹³ Secondo la UKSC: "*that follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words ("it is recognised" and "will not normally"), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts*". *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 148.

più recenti avvenimenti (su tutti si pensi al referendum indipendentista scozzese del 2014⁹⁴) meritava di essere rimarcato in modo da poter godere di una maggiore persuasività. La *Sewel convention*, pertanto, “*has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law*”⁹⁵.

La Corte si è dunque limitata ad un’analisi molto stringente del significato da attribuire alla convenzione costituzionale, non spingendosi oltre il minimo indispensabile richiesto dal *reference*. Non ha detto, ad esempio, quale sia l’effettivo peso della convenzione sull’orizzonte della decisione politica, così come non ha speso parole circa il significato da attribuire all’espressione secondo cui il Parlamento britannico “*normally not legislate*” nell’ambito delle materie devolute. La *Brexit* rientra nel contesto della normale attività parlamentare oppure, come sembrerebbe, costituisce un evento che per la sua unicità giustifica l’intervento autonomo ed esclusivo di Westminster⁹⁶? Una serie di interrogativi che difficilmente torneranno ad essere oggetto di un suo giudizio prima che il processo di *withdrawal* si concluda e che molto probabilmente avrebbero meritato qualche considerazione ulteriore⁹⁷.

La stella polare nel ragionamento dei giudici è consistita nel principio fondamentale, strettamente connesso a quello della sovranità parlamentare, secondo il quale il Parlamento non può con le proprie scelte vincolare il suo successore. Ciò si percepisce molto chiaramente quando il collegio rimarca che anche il riconoscimento del Parlamento e del Governo scozzesi come istituzioni permanenti, deve essere letto nel senso di una mera ricognizione positiva della loro importanza nel più ampio quadro costituzionale della *Devolution*. Cionondimeno la debolezza dell’impianto argomentativo si manifesta nel non aver considerato il dato contestuale nel quale è avvenuto l’inserimento della *Sewel convention* nello *Scotland Act 1998*. Le promesse pronunciate dai tre *leaders* unionisti a pochi giorni dal referendum e pubblicate dal Daily Mail (cd. “*The Vow*”), così come i lavori della *Smith Commission*⁹⁸, mostrano una realtà ben diversa da quella ricostruita dalla UKSC. Evidenziano un impegno serio e collettivo affinché si procedesse ad un ulteriore *step* nei rapporti tra Scozia e Regno Unito⁹⁹. Seppur non si vuol giungere ad affermare che la

⁹⁴ Per un’analisi complessiva delle tematiche politiche e costituzionali connesse al referendum del 18 settembre 2014, si veda: A. TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2016.

⁹⁵ *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 151.

⁹⁶ T. LOCK, *The High Court’s Judgement in Miller and Others – four brief remarks*, cit.

⁹⁷ Cfr. J. ATKINSON, *Parliamentary Intent and the Sewel Convention as a Legislatively Entrenched Political Convention*, in *UK Const. L. Blog*, 10 February 2017 reperibile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/10/joe-atkinson-parliamentary-intent-and-the-sewel-convention-as-a-legislatively-entrenched-political-convention/>; oltre a E. VELASCO, C. CRUMMEY, *The Reading of Section 28(2) of the Scotland Act 1998 as a Political Convention in Miller*, cit.

⁹⁸ Il documento finale è reperibile all’indirizzo: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20151202171017/http://www.smith-commission.scot/wp-content/uploads/2014/11/The_Smith_Commission_Report-I.pdf. Alle indicazioni della commissione è seguita la pubblicazione del *Command Paper* HM Government, *Scotland in the United Kingdom: An enduring settlement*, January 2015, reperibile all’indirizzo http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20151202171017/https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/397079/Scotland_EnduringSettlement_acc.pdf.

⁹⁹ Cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *A UK exit from the EU: the end of the United Kingdom or a new constitutional dawn?*, cit.

convenzione abbia acquisito un valore giuridico per il solo fatto di essere stata inserita nello Statuto, negare che ciò rappresenti comunque un'affermazione ulteriore del suo peso nei rapporti tra il centro e la periferia del Regno sembra quantomeno in contrasto con il riscontro fattuale.

I passaggi della sentenza dedicati alla questione tradiscono l'utilizzo di una retorica antica e in parte superata dagli avvenimenti degli ultimi anni e peccano di un eccesso di formalismo che mal si addice alla dinamica evolutiva della Costituzione britannica in cui diritto e politica sono sempre andati di pari passo lungo un cammino che dura ormai da secoli. Affermare che il Parlamento non può vincolarsi *pro futuro* costituirà anche un caposaldo del costituzionalismo d'oltre Manica ma collide con quanto si può osservare odiernamente. Si pensi allo *Human Rights Act* 1998 e alla *Devolution*. Essi avrebbero dovuto rappresentare un monito nei confronti della UKSC a dimostrazione di come Westminster abbia ormai accettato delle limitazioni al proprio potere che difficilmente appaiono reversibili¹⁰⁰. Anche se da un punto di vista *stricto sensu* legalista la *Devolution* può essere descritta come un processo rovesciabile, sostanzialmente non lo è più da tempo e, forse, non lo è mai stato. È il prodotto più alto di una nuova forma di costituzionalismo che ormai sembra aver preso piede nel Regno Unito e che si pone in antitesi a quella di stampo vittoriano che fuoriesce dalle righe delle motivazioni della Corte Suprema¹⁰¹. Quando si mette nero su bianco all'interno dello *Scotland Act* 1998 che il Parlamento ed il Governo scozzesi non possono essere aboliti se non a seguito di un referendum popolare¹⁰², così come quando si afferma che l'Irlanda del Nord rimarrà parte del Regno Unito sino a che la maggioranza della sua popolazione non si esprimerà diversamente nelle urne elettorali¹⁰³, si stanno ponendo dei vincoli permanenti alla sovranità del legislatore britannico¹⁰⁴.

Anche se il ragionamento dei giudici è conforme ad un'impostazione ortodossa del costituzionalismo britannico di matrice liberale, nel contesto coevo rischia di apparire anacronistico, non cogliendo che anche il principio di sovranità parlamentare merita di essere rivisto nella sua formulazione incondizionata. Seppur nulla più che in alcuni *obiter dicta*, già in passato la giurisprudenza della House of Lords, così come della *Supreme Court* ha posto in dubbio la

¹⁰⁰ A. O'NEILL, *The Miller decision: Legal Constitutionalism ends not with a bang, but a whimper*, in *VerfBlog*, 3 February 2017, reperibile all'indirizzo <http://verfassungsblog.de/the-miller-decision-legal-constitutionalism-ends-not-with-a-bang-but-a-whimper/>.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Scotland Act* 1998, section 63A(1).

¹⁰³ *Northern Ireland Act* 1998, section 1(1).

¹⁰⁴ La commistione tra diritto e politica che impregna il costituzionalismo d'oltre Manica cionondimeno consente di delineare altri limiti di matrice politico-costituzionale che consigliano una sorta di *self restraint* da parte di Westminster. Formalmente il principio rimane inalterato giacché non vi è limite legale che possa costringere il Parlamento entro delimitati spazi di manovra. Da un punto di vista sostanziale, però, il discorso perde di persuasività. Vi sono almeno quattro ambiti che, secondo parte della dottrina, *de facto* limitano la discrezionalità del legislatore: a) il nucleo duro dei principi costituenti la *Common Law* come la tutela dei diritti fondamentali o il rispetto della *Rule of Law*; b) l'adesione all'Unione Europea da cui discende la prevalenza del diritto comunitario su quello interno contrastante, nei limiti dei principi costituzionali; c) i cardini su cui poggia il *Treaty of Union* che impedirebbero di abolire istituzioni come la chiesa scozzese o il suo sistema di *Private Law*; d) le stesse modalità con cui il Parlamento londinese ha deciso di prevedere particolari modalità per l'abrogazione o la modifica di alcuni particolari istituti, prevedendo ad esempio la necessità di passaggi referendari ad integrare l'efficacia della delibera parlamentare. Si pensi alla section 2 dell'*European Union Act* 2011 secondo la quale non potrà essere ratificato alcun trattato che modifichi il TUE o il TFUE senza che la popolazione si sia espressa favorevolmente mediante apposito referendum. Cfr. T. MULLEN, *reflections on Jackson v Attorney General: questioning sovereignty*, in *Legal Studies*, Vol. 27, No. 1, March 2007, 8 e ss.

possibilità che tale principio meritasse una rivisitazione alla luce degli accadimenti occorsi negli ultimi decenni. Si pensi, ad esempio, alla vicenda *Jackson* in cui Lord Hope affermò che sebbene “*our Constitution is dominated by the sovereignty of Parliament [...] Parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute [...]*”¹⁰⁵. Concetto ribadito dallo stesso qualche anno più tardi, questa volta dai banchi della UKSC: “*the question whether the principle of the sovereignty of the United Kingdom Parliament is absolute or may be subject to limitation in exceptional circumstances is still under discussion*”¹⁰⁶. È chiaro che l’opinione di un unico giudice, per quanto di riconosciuto prestigio, non può ritenersi in grado di rinnegare senza battito di ciglia secoli di storia costituzionale. Tuttavia, è il chiaro indice che qualcosa sta accadendo sotto il cielo di Londra.

Si comprende che la *UK Supreme Court* non abbia voluto spingersi sul terreno impervio della politica in un ambito tanto delicato come quello della *Brexit*. Ciò non toglie, però, che la sua pronuncia rischia di vanificare buona parte degli sforzi fatti per evitare la scissione della Scozia dal Regno Unito e di gettare nuovamente benzina sul fuoco sempre vivo delle spinte indipendentiste che premono per una nuova consultazione popolare. La Corte avrebbe dovuto dare un maggior rilievo al contesto in cui tali scelte sono maturate ed enfatizzare il peso (politico) della *Sewel convention* nelle prossime fasi della *Brexit*. Avrebbe potuto, ad esempio, rimarcare la necessità del consenso delle *Nations* quando si renderà necessario intervenire sui loro statuti costituzionali e non ricordare che le modifiche successive alla ratifica del Trattato di Lisbona del 2008 sono state apportate senza richiedere il loro consenso¹⁰⁷. Così facendo, invece, sembra aver inflitto un duro colpo ai territori devoluti che vedono così ridotta sensibilmente la loro capacità di intervenire attivamente nelle contrattazioni che inizieranno a breve.

7. Conclusioni: the winner is...

Qual è il lascito della *UK Supreme Court*? Una domanda non banale e che è stata spesso oggetto di fraintendimenti, soprattutto nei giorni immediatamente successivi alla sua pubblicazione. Per prima cosa è doveroso separare il piano delle conseguenze giuridiche da quelle politiche.

Sul lato dei risvolti costituzionali la decisione della UKSC è un vero e proprio esercizio di ermeneutica costituzionale in quanto giunge alle conclusioni attraverso una ricostruzione in chiave storico evolutiva dei principali istituti del costituzionalismo britannico, giustificandone l’applicazione concreta sulla base del precedente¹⁰⁸. Un’indagine, quella svolta dalla Corte, che tuttavia non si è limitata all’inquadramento dei rapporti tra il Regno Unito e l’Unione Europea ma ha scavato a fondo nello sviluppo delle relazioni interne tra il Parlamento ed il Governo in quello che può essere definito a tutti gli effetti un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. In questo

¹⁰⁵ Secondo il Lord Justice, infatti, “*it is non longer right to say that its freedom to legislate admits of no qualification whatever. Step by step, gradually, but surely, the English principle of the absolute legislative sovereignty of Parliament which Dicey derived from Coke and Blackstone is being qualified*”. *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty’s Attorney General* [2005] UKHL, 56, p.to 104.

¹⁰⁶ *AXA General Insurance v. Lord Advocate* [2011] UKSC 46, p.to 50.

¹⁰⁷ La legislazione “*which implements changes to the competences of EU institutions and thereby affects devolved competences, such as the 2008 Act which incorporated the Treaty of Lisbon amending the TEU and the TFEU into section 1(2) of the 1972 Act, has not been the subject of legislative consent motions in any devolved legislature*”. *R (on the application of Miller and another) v. Secretary of State for Exiting the European Union*, p.to 140.

¹⁰⁸ Cfr. C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, cit.; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, cit.

senso, allora, si può intuire un cambio di passo dei giudici verso un nuovo profilo sostanziale che il collegio di ultima istanza ha voluto dare di sé, sempre più simile ai suoi omologhi continentali¹⁰⁹. La Corte abbandona quel *self-restraint* che ne aveva caratterizzato i primi anni di attività ed interviene in modo deciso in una delle questioni di politica costituzionale più importanti degli ultimi decenni e destinata a produrre i suoi effetti per chissà quanto tempo ancora. Tuttavia c'è di più. Non è solamente il riflesso della nuova fisionomia della Corte Suprema che merita attenzione. È lo sviluppo del costituzionalismo britannico a trecentosessanta gradi che va considerato e di cui l'evoluzione del ruolo dei giudici è solo uno dei sintomi. Sebbene essi abbiano confermato le tesi della *High Court of Justice*, la cui struttura argomentativa ha affondato le radici nei capisaldi della più classica dottrina costituzionale britannica, la Corte Suprema ha preso una strada parzialmente differente ed in gran parte innovativa. Ammettere che il diritto comunitario recepito grazie all'ECA 1972 ha creato una nuova ed autonoma fonte del diritto interna all'ordinamento di Sua Maestà significa voler andare oltre al principio dualista. Vuol dire allontanarsi da una visione antica e tipicamente britannica dei rapporti tra le due Unioni. Le motivazioni degli otto giudici di maggioranza non sono una mera ricognizione di principi assodati. Vanno più in là, delineando un nuovo assetto delle relazioni internazionali di stampo monista che una volta ancora pare avvicinare la Gran Bretagna ai Paesi del vecchio continente. Anche se l'impostazione seguita potrebbe non avere una portata generale ma dipendere dall'esclusività del diritto europeo, non sottolineare il tendenziale mutamento rispetto alle interpretazioni più ortodosse della sovranità parlamentare sarebbe un errore. Il Regno Unito si trova attualmente ad un punto di svolta, giunto al termine di un percorso lungo e che a partire dalla fine degli anni Novanta ha subito una profonda accelerazione. In qualche modo è come se la Corte lo abbia percepito e colto l'occasione per ridefinire il quadro dei rapporti sovranazionali in una chiave di lettura parzialmente nuova e che forse produrrà i suoi effetti oltre la *Brexit*.

Di diverso tenore è, invece, la parte del giudizio dedicata alla *Devolution* ed alla convenzione *Sewel*. Troppo sbrigativamente i giudici hanno declinato la possibilità di un intervento concreto delle *Nations* nei processi della *Brexit*. Queste ultime potranno essere consultate ove Londra lo ritenga opportuno (improbabile che ciò non accada) ma non hanno alcuna possibilità di porsi di traverso rispetto alla volontà di Westminster. È come se ad un tratto la Corte si sia lasciata alle spalle quell'afflato di cambiamento che l'aveva guidata nel redigere la prima parte delle motivazioni. La sua interpretazione delle convenzioni costituzionali è infatti radicata nella più antica e consolidata dottrina britannica. Senza voler nulla togliere al ragionamento dei giudici sul piano del diritto, come si è detto in precedenza, esso non coglie il contesto entro cui il mutamento è maturato¹¹⁰. Fa prevalere il dato sostanziale su quello formale non riuscendo a vedere cosa si cela

¹⁰⁹ Per un'analisi comparata del ruolo e delle funzioni delle Corti Costituzionali si veda: M. CALAMO SPECCHIA (a cura e con introduzione di), *Le Corti Costituzionali. Composizione, Indipendenza, Legittimazione. Giornate seminariali: Bari, Università degli Studi, 25-26 maggio 2011*, Giappichelli Editore, Torino, 2011.

¹¹⁰ Cfr. J. ATKINSON, *Parliamentary Intent and the Sewel Convention as a Legislatively Entrenched Political Convention*, cit. In passato la House of Lords aveva utilizzato un metro di misura ben diverso nel dichiarare la valenza costituzionale del *Northern Ireland Act 1998*, facendo un chiaro riferimento al dato contestuale entro cui era maturata l'approvazione dello Statuto nord irlandese. Come affermato da Lord Hofmann: "*in choosing between these two approaches to construction, it is necessary to have regard to the background to the 1998 Act. It was passed to give effect to the Belfast Agreement concluded on Good Friday 1998. This agreement was the product of multi-party negotiations to devise constitutional arrangements for a fresh start in Northern Ireland. A key element in the agreement was the concept of decisions being made with cross-community support, that is, by representatives of majorities of both the unionist and nationalist communities. The 1998 Act is a constitution for Northern Ireland, framed to create a*

dietro alla positivizzazione normativa della *Sewel convention*. Il riconoscimento delle istituzioni scozzesi come permanenti e la cristallizzazione della convenzione nel suo Statuto costituzionale (poi ripetuta anche in quello gallese), ancorché carenti di un carattere vincolante, sono il segno tangibile del progresso della *Devolution*. Uno stato di avanzamento che ormai non consente più la loro esclusione su temi generali come l'Unione Europea che, per quanto restino riservate a Londra, toccano trasversalmente anche le *Nations*. Pur senza riconoscerne la valenza giuridica, la Corte avrebbe potuto dichiarare la necessità di ricorrere alla convenzione nel caso di specie. Non asserendo nulla in tal senso, lascia aperta una via di fuga per Londra che in caso di contrasti insormontabili con Scozia, Irlanda del Nord e Galles, potrà sempre ritenere che l'eccezionalità della *Brexit* giustifichi un intervento che non richieda il loro consenso. In questo senso, allora, gli effetti del giudizio sono destinati ad allargarsi oltre la fattispecie concreta. Cosa potrebbe accadere nel caso in cui il progetto conservatore di rivedere il sistema di protezione dei diritti umani ed, eventualmente, la stessa adesione alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo dovesse concretizzarsi? È noto che le tre *Nations* siano in netto disaccordo con le supposte intenzioni inglesi. Avranno una voce in capitolo? Potranno opporsi ad un cambiamento tanto radicale oppure dovranno accodarsi a ciò che Londra riterrà più confacente all'interesse generale? Se la *Devolution* ha un senso, per quanto non possa essere assimilata a meccanismi di stampo federale, forse è giunta l'ora di una rivisitazione anche solo parziale del principio di sovranità parlamentare nella sua accezione più risalente. Ammettere una partecipazione più ampia e rilevante dei territori devoluti, allo stato attuale della crisi in cui versa il Regno Unito (il discorso sull'indipendentismo scozzese è tutto tranne che concluso), non vorrebbe dire gettare benzina sul fuoco ma, al contrario, servirebbe a placare quei moti centrifughi che sempre più tendono a disunire le parti di cui si compone il Regno.

Sul piano politico, poi, la sentenza non ha rappresentato esattamente una sconfitta per il Governo¹¹¹. Il vero pericolo, infatti, non consisteva tanto nella necessità di ottenere l'autorizzazione parlamentare quanto, invece, nella possibilità che le *Nations* potessero opporre un vero e proprio veto alle sue decisioni. Sebbene una parte significativa dei Comuni e dei Lord si sia mostrata originariamente contraria alla *Brexit*, il risultato referendario ha imposto loro un vincolo politico di indubbia portata tale da non mettere seriamente in disuocione l'avvio della *Brexit*. La decisione dei giudici vieppiù non ha posto restrizioni alla delega parlamentare. Non è stato imposto alcun limite alla discrezionalità del legislatore, così come non si è detto se quest'ultimo dovrà pronunciarsi anche sul contenuto dell'eventuale accordo che l'esecutivo dovesse negoziare con le istituzioni comunitarie. A riprova di ciò basti pensare al contenuto dello *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017* che ha ottenuto il *Royal Assent* in data 16 marzo. Un provvedimento estremamente conciso di due soli articoli alla cui *section 1(1)* si limita a stabilire che “*the Prime Minister may notify, under Article 50(2) of the Treaty on European Union, the United Kingdom's*

continuing form of government against the background of the history of the territory and the principles agreed in Belfast”. *Robinson v. Secretary of State for Northern Ireland & Others* [2002] UKHL 32, p.to 25.

¹¹¹ Cfr. D. SCOTT, *Miller, Sewel, and the Human Rights Act*, in *UK Const. L. Blog*, 8 February 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/08/david-scott-miller-sewel-and-the-human-rights-act/>; C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, cit.; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, cit.; Con riferimento già alla sentenza di primo grado, M. ELLIOTT, *Court, democracy and Brexit: Some home truths*, in *Public Law for Everyone*, 5 November 2016, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2016/11/05/courts-democracy-and-brexit-some-home-truths/>. In senso contrario, invece, P. ELEFThERiADIS, *The 'Elegant Way' of the Constitution*, cit. e G.G. CARBONI, *Gli effetti del referendum sulla Brexit alla luce della sentenza della Corte Suprema*, cit.

*intention to withdrawal from the EU*¹¹². A questo punto il *dominus* dell'intera procedura di recesso diventa il Governo la cui azione non incontra alcun limite aprioristicamente imposto dal preventivo vaglio parlamentare. Anche se, come sembra, le Camere saranno chiamate ad esprimersi all'esito delle negoziazioni, è chiaro che il loro margine d'intervento sarà molto limitato, ridotto principalmente ad un'accettazione o ad un rifiuto dell'accordo nella sua interezza¹¹³. Considerando poi che per le parti processuali come per la Corte l'art. 50 TUE non è reversibile, salvo un cambio di rotta della giurisprudenza, le possibilità che il Parlamento si rifiuti di ratificare l'accordo con il rischio di una fuoriuscita dall'Unione senza alcun programma condiviso con Bruxelles si riducono al minimo.

Ad ogni modo, la Corte si è espressa e la *Brexit* può finalmente avere inizio. Volendo ridurre un giudizio tanto complesso ed articolato ad una semplice contesa tra parti si può dire che se c'è un vincitore "morale" questo è il Parlamento, ma se volgiamo individuare chi merita il più alto gradino del podio questo è senza dubbio il Governo, che dopo aver scontato un (tutto sommato) breve

¹¹² In proposito si vedano M. BARCZENTEWICZ, *The Principle of Legality and the EU-Withdrawal Statute*, in *UK Const. L. Blog*, 21 February 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/21/mikolaj-barczentewicz-the-principle-of-legality-and-the-eu-withdrawal-statute/>; P. ALLOTT, *Taking Stock of the Legal Fallout from the EU (Notification of Withdrawal) Act 2017*, in *UK Const. L. Blog*, 2 February 2017 reperibile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/02/02/philip-allott-taking-stock-of-the-legal-fallout-from-the-eu-notification-of-withdrawal-act-2017/>; M. RUSSEL, *What might parliament do with the Article 50 bill?*, in *The Constitution Unit*, 31 January 2017, reperibile all'indirizzo <https://constitution-unit.com/2017/01/31/what-might-parliament-do-with-the-article-50-bill/>.

¹¹³ Cfr. M. ELLIOTT, *Deal or no deal: Government 'concedes' parliamentary vote on terms of Brexit*, cit.; P. EECKHOUT, *Brexit and Parliament: A Second Capitulation or Sovereignty Regained?*, cit. Sulla questione del voto finale di Westminster è interessante riportare la presa di posizione di alcuni studiosi del diritto europeo e pubblicata in un *paper* che è stato successivamente rinominato "*Three Knights Opinion*". Per il riferimento bibliografico si veda D. EDWARD – F. JACOBS – J. LEVER – H. MOUNTFIELD – G. FACENNA, *In the Matter of Article 50 of the Treaty on European Union*, 10 February 2017, reperibile all'indirizzo https://www.bindmans.com/uploads/files/documents/Final_Article_50_Opinion_10.2.17.pdf. Secondo gli autori, sarebbe necessario un voto finale del parlamento, reso all'esito dei negoziati, poiché l'autorizzazione legislativa preventiva attualmente al vaglio della Camere, non autorizzerebbe al *Withdrawal* dell'UE, ma più limitatamente, permetterebbe esclusivamente di invocare l'art. 50 TUE e di instaurare il tavolo delle trattative con Bruxelles e con gli altri Paesi membri. A seguito di quanto stabilito dalla UKSC "*it is a constitutional requirement of the United Kingdom that Parliament must expressly consent to the terms of any withdrawal agreement between the United Kingdom and the European Union, or authorise withdrawal from the European Union in the absence of such agreement, and must do so in an Act of Parliament. That is because it is only Parliament that can give legal effect to the removal or conferral of individual rights that will necessarily follow from that decision*" (p.to 23). Il voto finale del Parlamento, dunque, non sarebbe necessario in ogni condizione ma, al contrario, solo ove l'iniziale assenso legislativo ai negoziati non indicasse nulla in relazione alla modifica dei diritti che conseguiranno automaticamente al recesso dall'Unione Europea. Poiché il loro destino dipenderà dalle clausole dell'accordo finale, questo non potrà che essere sottoposto al vaglio del Parlamento che potrà confermarne o meno il contenuto. Come ribadito ai p.ti 2(ii) e 2(iii) "*at present it is impossible to know what rights of British citizens and businesses, and of nationals of other Member States, will be lost or retained following withdrawal from the European Union. Parliament is responsible for the United Kingdom's decision to leave the European Union. It must take that decision once it is clear what the consequences will be for the rights of British citizens and businesses, and nationals of other Member States lawfully resident or established here [...] Parliamentary sovereignty and the principle of legality require Parliament expressly to authorise withdrawal from the European Union on the terms agreed with the European Union, or to authorise withdrawal if no acceptable terms can be agreed. Given the fundamental changes in the law and legal rights that will result, such authorisation must take the form of primary legislation*". Per un commento critico si veda M. ELLIOTT, *The "Three Knights Opinion" on Brexit: A response*, in *Public Law for Everyone*, 17 February 2017, reperibile all'indirizzo <https://publiclawforeveryone.com/2017/02/17/the-three-knights-opinion-on-brexit-a-response/>.

passaggio parlamentare, ora ha la strada libera. Chi invece esce ridimensionato dalla sfida sono le *Nations* che potranno cercare di far valere il loro peso politico ma non avranno alcuno strumento giuridico da utilizzare contro Westminster. Una parola, infine, merita la Costituzione britannica che negli ultimi tempi è stata accusata di anacronismo in quanto incapace di dare una risposta efficace alle problematiche attuali dell'ordinamento. Una volta ancora la sua flessibilità non ha rappresentato un limite ma ne ha favorito una rilettura parzialmente evolutiva in grado di portare il Regno Unito fuori dal guado in cui rischiava di annegare. Non ci sono stati strappi ma si è assistito ad un ulteriore momento di passaggio costituzionale nel rispetto di quei valori fondamentali che da secoli informano il costituzionalismo britannico. Il Governo potrà anche vantare un successo ai fini della *Brexit* ma, in fin dei conti, è stata l'ennesima vittoria della *Rule of law*.