numero 1/2024

ISSN 3035-1839

costituzionalismo britannico e irlandese

Devolution club

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839

Costituzionalismo britannico e irlandese è una rivista scientifica ad accesso aperto, consultabile online a cadenza semestrale, edita dal **Devolution Club**: www.rivistacbi.it

Codice ISSN 3035-1839

DIREZIONE

Alessandro Torre (Direttore responsabile — Università di Bari Aldo Moro)
Roberto Borrello (Università di Siena)
Giuliana Giuseppina Carboni (Università di Sassari)
Eleonora Ceccherini (Università di Genova)
Francesco Clementi (Sapienza Università di Roma)
Maria Dicosola (Università di Bari Aldo Moro)
Pamela Martino (Università di Bari Aldo Moro)
Francesco Palermo (Università di Verona — Eurac Research)
Paolo Passaglia (Università di Pisa)
Giulio Enea Vigevani (Università di Milano-Bicocca)

REDAZIONE

Coordinamento
Luca Dell'Atti, Giuseppe Naglieri

Comitato di Redazione
Monica Capasso, Gennaro Cifinelli, Clara Indellicati, Michele Loforese, Marco Melpignano

INDIRIZZO E CONTATTI DELL'EDITORE

Devolution Club
Piazza Cesare Battisti n.1, 70121 Bari (BA)
c/o Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
email: devolutionc@gmail.com

Devolution club

COMITATO SCIENTIFICO E DEI REFEREE

AMOS Merris
Queen Mary University — London

ANTHONY Gordon
Queen's University — Belfast

ANTOINE Aurélien
Université Jean-Monnet — Saint-Étienne

BRUSCHI Ugo
Università di Bologna

CARAVALE Mario
Unitelma Sapienza — Roma

CASANAS ADAM Elisenda
University of Edinburgh

CASSESE Sabino
LUISS Guido Carli — Roma

CASTELLÀ ANDREU Josep Maria
Universitat de Barcellona

CASTELLANETA Marina
Università di Bari Aldo Moro

CERVATI Angelantonio
Università di Roma Sapienza

DE VERGOTTINI Giuseppe
Università di Bologna Alma Mater

DECARO Carmela
LUISS Guido Carli — Roma

DELLEDONNE Giacomo
Scuola Superiore Sant'Anna Pisa

DOYLE Oran
Trinity College — Dublino

FASONE Cristina
LUISS Guido Carli — Roma

FERRARO Luigi
Università di Napoli — Parthenope

FRANZINI Maurizio
Università di Roma Sapienza

FROSINI Justin O.
Università di Milano Bocconi

FUSARO Carlo
Università di Firenze

GIANFRANCESCO Eduardo
Università di Modena

GRASSO Giorgio
Università dell'Insubria — Varese/Como

GROPPI Tania
Università di Siena

GROSSO Enrico
Università di Torino

GUASTAFERRO Barbara
Università di Napoli Federico II

HICKEY Tom
Dublin City University

IACOMETTI Miryam
Università di Milano

JACONELLI Joseph
University of Manchester

KAVANAGH Aileen
Trinity College — Dublino

KAVANAGH Dennis
University of Liverpool

KEATING Michael
University of Aberdeen

LANCHESTER Fulco
Università di Roma Sapienza

LEYLAND Peter
SOAS - Londra

LORELLO Laura
Università di Palermo

LUPO Nicola
LUISS Guido Carli - Roma

MANETTI Michela
Università di Siena

MARTINELLI Claudio
Università di Milano Bicocca

MARTINICO Giuseppe
Scuola Superiore Sant'Anna — Pisa

MEZZETTI Luca
Università di Bologna Alma Mater

MONTANARI Laura
Università di Udine

MUSCATELLI Sir Anton
University of Glasgow

NORTON of LOUTH Lord
University of Hull

O'CINNEIDE Colm
University College London

OROFINO Marco
Università di Milano

PALICI DI SUNI Elisabetta
Università di Torino

PAROLARI Sara
EURAC — Bolzano

PASSAGLIA Paolo
Università di Pisa

PFERSMANN Otto
École des Hautes Études en Sciences Sociales — Parigi

PIERGIGLI Valeria
Università di Siena

POGGESCHI Giovanni
Università del Salento

REGASTO Saverio
Università di Brescia

RINELLA Angelo
LUMSA — Roma

RIZZONI Giovanni
LUISS Guido Carli - Roma

ROSSI Davide
Univ. Trieste

RUGGERI Antonio
Università di Messina

SALERNO Giulio Maria
ISSIRFA-CNR

SCAFFARDI Lucia
Università di Parma

SCHEFOLD Dian
Universität Bremen

SCOTT Andrew
University of Edinburgh

SERIO Mario
Università di Palermo

SMORGUNOV Leonid
Russian Academy of Sciences

SPERTI Angioletta
Università di Pisa

TARCHI Rolando
Università di Pisa

TIERNEY Stephen
University of Edinburgh

TONIATTI Roberto
Università di Trento

TROILO Silvio
Università di Bergamo

VEDASCHI Arianna
Università di Milano Bocconi

VIOLINI Lorenza
Università Statale di Milano

VOLPE Luigi
Università di Bari Aldo Moro

WICKS Elizabeth
University of Leicester

I contributi editi dalla rivista sono soggetti alla **licenza Creative Commons BY-NC-ND**, che consente la distribuzione libera dell'opera per soli scopi non commerciali, purché si mantenga la citazione dell'autore e che vieta qualsiasi adattamento e modifica del lavoro senza l'autorizzazione dell'autore.

costituzionalismo britannico e irlandese

Indice

numero 1/2024 · volume 1
ISSN 3035-1839

Presentazione della Rivista

Alessandro Torre 8
Costituzionalismo Britannico e Irlandese: l'operazione culturale e la mission

Foreword

Philip Norton, Lord Norton of Louth 11
Constitutional developments in the United Kingdom. The adaptability of the Westminster system

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Cristina Fasone 29
Le trasformazioni della sovranità parlamentare nel Regno Unito: una lettura critica

Pamela Martino 45
Sovranità e Territorial Constitution nel Regno Unito

Carlo Alberto Ciaralli 67
Brexit e oltre. Il fenomeno populista tra crisi della rappresentanza e democrazia diretta

Elisabetta Palici Di Suni 84
La monarchia britannica come espressione di una sovranità del tempo moderno

Parlamento e Governo

Omar Chessa 100
La sovranità parlamentare prima e dopo la Brexit

Alessandro Lauro 126
I parlamentari come attori del judicial review: conflitti e poteri a Westminster

Marco Melpignano 145
Genesi, evoluzione e tendenze dei Cabinet Reshuffles. Brevi note su un congegno di razionalizzazione della forma di governo parlamentare britannica

Giurisdizione costituzionale

Benedetta Barbisan 171
La coda che scodinzola il cane. Il Northen Ireland Protocol al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Allister v. Secretary of State (2023)

Antonia Baraggia 187
Il delicato bilanciamento tra accesso all'aborto e libertà di manifestazione del pensiero: il caso delle Safe Access Zone in Irlanda del Nord

Devoluzione e governo locale

Enrico Andreoli 202
"Shaping UK'S Territorial Constitution". Il difficile rapporto tra 'centro' e 'periferia' nella devolution scozzese

Chris Himsworth 218
Charter incorporation in Scotland to the rescue of central-local relations?

Libertà e diritti fondamentali

Lorenzo Pacinotti 234
Il paradosso dei diritti sociali in Gran Bretagna

Rapporti con l'Unione Europea

Lidia Bonifati 251
La questione nordirlandese alla luce di Brexit: quale futuro per Belfast?

Teoria e storia costituzionale

Franco Sicuro 271
Costruire l'interesse della «Nazione» in Parlamento. Edmund Burke e il libero mandato parlamentare

Giulio Enea Vigevani, Marco Cecili 290
Il fascino discreto della monarchia, dalla stampa alla rete

Anton Muscatelli 311
The University of Glasgow: a University for the World

Peter Aschenbrenner 323
Una macchina che non poteva andare da sola: The 1790 owner's manual for civil government-as-a-machine

Modello Westminster nel mondo

Nicolas Aroney 344
Federal Representative Democracy In Australia: British, American and Swiss

Jock Gardiner 364
Australia Votes 'No' to Constitutional Recognition of its First Peoples

Osservatorio irlandese

Simone Pitto 377
Il "riformismo conservatore" del sistema sanitario irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Daniele Camoni 402
What's in a name? That which we call Royal Prerogative...". Tempi e (ri)forme della prerogativa regia nel Regno Unito (a proposito di R. Hazell-T. Foot, Executive Power. The Prerogative, Past, Present and Future, Oxford, Hart Publishing, 2022)

Giammaria Milani 421
Recensione a A. Kavanagh, The Collaborative Constitution, Cambridge, Cambridge University Press, 2024

Giuseppe Naglieri 427
Recensione a J. García Oliva, E. Hall, Constitutional Culture, Independence and Rights: Insights From Quebec, Scotland, and Catalonia, University of Toronto Press, 2023

So What? Le sorti della Brexit

Aurélien Antoine 434
So What? — Raccolta di contributi sulla Brexit, I parte

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-9D7

Costituzionalismo Britannico e Irlandese: l'operazione culturale e la *mission*

Alessandro Torre
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale
Università degli Studi di Bari

COSTITUZIONALISMO BRITANNICO E IRLANDESE: L'OPERAZIONE CULTURALE E LA *MISSION*

di ALESSANDRO TORRE**

Questo non è un Editoriale dei più classici, ma solamente una presentazione della Rivista che con questo primo numero inaugura le sue pubblicazioni semestrali.
Molti anni sono trascorsi dal maggio 2003 allorché nella Facoltà giuridica dell'Università di Bari si tenne il Convegno "*La Costituzione Britannica / The British Constitution*".
A questo incontro avevano preso parte alcuni giovani studiosi italiani che erano attivi sotto l'egida della DPCE (l'associazione che riunisce molti giuscomparatisti impegnati nel campo del diritto costituzionale) o che erano a Bari perché attirati dal tema del Convegno.
Verso la fine di questo incontro, un piccolo gruppo riunitosi nell'atrio della Facoltà dichiarava di condividere uno spontaneo interesse per la plurisecolare vicenda del costituzionalismo del Regno Unito, con particolare riguardo all'evoluzione delle sue istituzioni e del diritto di *common law*, alle dinamiche del suo sistema politico e alla questione della riforma devolutiva.
Si può ricordare questo incontro barese come un *constitutional moment* culturale da cui, con la costituzione (2002) del *Devolution Club*, prendeva forma l'intento di aprire una linea di ricerca sul sistema britannico. Presto trasformatosi (2006) in un'Associazione di studi, il *Club* si espandeva, apriva progetti di interesse nazionale, periodici incontri londinesi con studiosi britannici e una autonoma collana di studi.
Più di recente, si aggiungeva un particolare interesse per il costituzionalismo della Repubblica d'Irlanda, e ovviamente per le circostanze connesse allo sviluppo dell'indipendentismo scozzese e all'emersione della Brexit.
In tal modo entravano in gioco nuovi motivi di riflessione e, con essi, un ulteriore impegno associativo a cui era necessario dare una risposta. D'altra parte, più concreta era diventata la volontà associativa di dare vita a una nuova forma di comunicazione intesa come un significativo passo in avanti rispetto ai soliti messaggi di *email* e alle *newsletter* inviate a tutti i soci, rappresentativi di quarantacinque Università o Centri di ricerca. Infine l'idea ha assunto una forma definitiva e alcune persone ci hanno lavorato nel 2023.
La sostanza di questa iniziativa editoriale si rivela attraverso il *concept* programmatico che, esprime la linea programmatica del *Devolution Club*, editore di questa iniziativa editoriale:
La Rivista a cui intendiamo dare vita consiste in un'operazione culturale, collocata dentro l'esperienza scientifica del Devolution Club, che si propone di coprire uno spazio non occupato da altre esperienze editoriali nel panorama degli studi costituzionali e

** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro. Presidente del Devolution Club. Direttore responsabile di "Costituzionalismo Britannico e Irlandese".

comparatistici. Il nostro obiettivo è costruire un luogo di elaborazione di idee, suggestioni, interpretazioni, chiavi di lettura, attorno ad un oggetto ampio ma definito: la Costituzione britannica e tutti i suoi derivati storici e culturali, in una prospettiva comparata, sincronica e diacronica. Insomma, un'iniziativa di natura prettamente scientifica ma anche con obiettivi di più ampio carattere culturale, capace di coniugare rigore metodologico e brillantezza espositiva per proporre a tutti i potenziali lettori (studiosi, studenti, intellettuali, curiosi, etc.) riflessioni ampie, profonde, articolate e plurali, vertenti su tutti gli argomenti che abbiano una relazione con l'oggetto descritto. Per raggiungere questi ambiziosi obiettivi è necessario dotarsi di una struttura adeguata e di un'organizzazione funzionale, mirate in modo specifico a soddisfare le nostre esigenze.

ISSN 3035-1839

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-FBA

Foreword

Constitutional developments in the United Kingdom. The adaptability of the Westminster system

Philip Norton, Lord Norton of Louth
Professor of Government, University of Hull

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Constitutional developments in the United Kingdom. The adaptability of the Westminster system**

di Philip Norton, Lord Norton of Louth*

Sommario: Development of the Westminster system; A system under challenge; Reforms under the Blair government; Continuing constitutional uncertainty; An existentialist threat to the Westminster system; Post-Brexit; Conclusion

Development of the Westminster system

The British constitution is distinctive both for its form and its content. The United Kingdom is one of only three nations to have an uncodified constitution. During the period of republican rule (1649-60) that followed the English Civil War and the execution in 1649 of the king (Charles I), the country briefly had two codified, or 'written', constitutions (the Instrument of Government of 1653, followed by the Humble Petition and Advice 1657), but the experience of republican government proved unsuccessful and in 1660 the Restoration effectively put the constitution back to what it had been before 1649. The nation thus lacks a single authoritative document adumbrating the key provisions determining the form and relationship of the organs of the state and the relationship of those organs to the citizen.

Lacking a codified document, the provisions of the constitution derive from statute law, common law, conventions and works of authority[1]. Statute law is the pre-eminent source by virtue of the one core component of the constitution – the doctrine of parliamentary sovereignty. In the words of the great Victorian constitutional lawyer, A. V. Dicey, this stipulates that the outputs of the Crown-in-Parliament are binding and can be set aside by no body other than the Crown-in-Parliament[2]. It also flows from this that no Parliament can bind its successor. The doctrine, according to the jurist Lord Bingham, is immanent in the constitution. It has always existed and was not created by any body and as such there is no body that can change it[3].

There is no body that can strike down acts of the Crown-in-Parliament. Acts of Parliament are superior to common law. Common law, including prerogative powers, continues to have legal authority until such time as displaced by statute law. Common law remains an important source of law, providing an important role for the courts, and there remain important prerogative powers, not least the power to declare war. They exist at the discretion of the Crown-in-Parliament. Given that executive powers are exercised now by

** Contributo pubblicato senza peer review per la chiara fama dell'autore, ex art. 2, comma 5, del Codice etico.

* Professor of Government, University of Hull

[1] P. Norton, *The Constitution in Flux*, Oxford, Martin Robertson, 1982, pp. 5-9.

[2] A. V. Dicey, *An Introduction to the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959, pp. 39-40.

[3] T. Bingham, *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010, p. 168.

ority in the House of Commons, prerogative powers are likely to remain a significant element of the constitution.

In terms of the relationship between the Crown and Parliament, this has been determined by three critical events in history and these have given rise to the emergence of a distinctive form of government – the Westminster system. The three critical events are the emergence of a Parliament in the 13th Century, the Bill of Rights 1689, and the development of mass-membership political parties in the 19th Century.

There was no one date on which a Parliament came into existence. The origins of Parliament are to be found in the 1360s, when the monarch, in whom all power resided, summoned to court knights drawn from the shires. The king already had a court to advise him, comprising the leading churchmen and earls and barons, in effect, the leading landowners in the country. He summoned knights to help him in raising taxes to wage war. The purpose of this enlarged court, what came to be styled a parliament, was to respond to the demands of the Crown, initially for money (supply) and later for law. This has remained the relationship. The monarch – now the monarch's ministers – place demands before Parliament to which the body responds. In the century after which a parliament came into being, the churchmen and the earls and barons began to sit separately from the knights and leading figures in the cities and towns (burgesses) who had also begun to be summoned, and this was the origins of two chambers – the House of Lords and the House of Commons.

The second fundamental development derived from the Glorious Revolution of 1688-89, when the king, James II, fled the country. To ensure constitutional continuity, he was deemed to have abdicated, and leading parliamentarians offered the throne to the Dutch Prince William of Orange and his English wife Mary (daughter of James II) on condition that they accepted the Declaration of Rights, which was then transposed into statute in 1689 as the Bill of Rights. The Bill of Rights prohibits the monarch from legislating (which had been possible through ordinances) without the assent of Parliament. The king could no longer ignore the body. On occasion, the king had not summoned a Parliament for some years, but now this was not possible. The two became inseparably linked. The king could no longer go round Parliament, but Parliament still looked to the king to be the fount of policy. The Bill of Rights remains the core document of the constitution.

The third critical development derives from the effects of industrialization in the 19th Century. The country saw the rise of artisans and a middle class. They lacked a political voice – the franchise was highly restricted, some parliamentary constituencies having only a handful of voters – and began to agitate for such a voice. Pressure for an extended franchise, as well as for more equal constituency sizes, led to various Reform Acts being enacted, the earliest being that of 1832, but the most significant being that of 1867. The 1867 Reform Act created an electorate of such a size that electors could now only be effectively reached through some form of organization, with the result that cadre political parties were transformed into mass-membership parties, recruiting supporters to campaign and

to raise funds. Political parties soon dominated electoral politics and then parliamentary politics, party cohesion being necessary for a winning party to govern.

The new politics gave rise to a distinctive political conflict, two main political parties fighting for the all-or-nothing spoils of electoral victory. The first-past-the-post electoral system facilitated one party gaining an absolute majority of seats and a party with a majority could deploy that majority to govern. The fact of popular election transformed the relationship between the two Houses and between Parliament and the Crown. The assent of all three – the Commons, the Lords, and the monarch – was necessary to enact a law, but the fact of election meant that both the monarch and the House of Lords came to defer to the wishes of the House of Commons. The deference was not necessarily conceded with a good grace, but by the early 20th Century, the dominance of the elected chamber was assured.

These conditions gave rise to a specific form of government. The Westminster system became a well-recognised and distinct form of parliamentary government, indeed so well recognized that its distinctive features are often taken as given and not defined[4]. There are several key defining features[5]. First, it is executive-driven. The Crown continues to make demands for legislation and supply. These are channeled through the Crown's ministers, formally appointed by the Crown, but determined by the outcome of a general election. By convention, the monarch invites the leader of the party winning a majority in the House of Commons to form a government. The political reality of the outcome of an election combines with the constitutional doctrine of parliamentary sovereignty to produce a powerful executive. The system proceeds on the core dictum that the king's government must be carried on.

The second core feature is that of rules-based adversarial conflict. According to Anthony King in his seminal article on modes of executive-legislative relations, the dominant mode in the United Kingdom is the Opposition mode[6]. The two parties, he argued, are characterized by seeking domination, not accommodation. This separates them from the more consensual systems generally to be found in other European democracies. In Westminster, the two principal parties face one another as opponents, most visibly represented in Prime Minister's Question Time in the House of Commons, where the Prime Minister and Leader of the Opposition engage in gladiatorial verbal combat. The conflict, though, takes place within a set of accepted rules. Both parties are constitutional parties and both adhere to parliamentary rules. The Government is His Majesty's Government and the Opposition is His Majesty's Opposition, led by a Leader of the Opposition who occupies a post that is publicly salaried. Rules constrict both and both comply with them in order to make the system work. The rules are enforced in the House of Commons by a neutral

[4] See M. Russell, R. Serban, *The Muddle of the "Westminster Model": A concept Stretched Beyond Repair*, in *Government and Opposition,* vol. 54, n. 4, 2021, pp. 744-764.

[5] These characteristics are taken from P. Norton, *Is the Westminster System of Government Alive and Well?*, in *Journal of International and Comparative Law*, vol. 9, n. 2, 2022, pp. 1-24.

[6] A. King, *Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France and West Germany*, in *Legislative Studies Quarterly*, vol. 1, n. 1, 1976, pp. 11-34.

presiding officer (the Speaker), assisted by professional clerks who are the servants of the House and not the government. There is what I have elsewhere termed an equilibrium of legitimacy[7]. Each party enjoys a recognized, and protected, role within the system.

Both parties compete in the arena of the House of Commons. It is through elections to the House that the government is chosen and it is through the House of Commons that the party in government is able to exercise its power. The number of chambers (one or two) is not a defining characteristic of a Westminster parliament, but rather the existence of a dominant chamber. That chamber comprises a very public arena in which the parties compete. Nelson Polsby identified a spectrum of legislatures, ranging from the transformative, possessing the independent capacity to mould and transform proposals into law, to the arena, offering a setting for the interplay of significant political forces[8]. On his analysis, the Westminster Parliament is very much in the latter category. The government may know that it will win the vote, but not that it will win the argument. The Opposition enjoys the oxygen of publicity. The government knows that it will be challenged on a consistent and structured basis by the Opposition. It has to promote and defend its position in the full glare of media attention. It knows that a bad performance by ministers will get noticed. The House of Commons thus provides a public stage for what is effectively a continuous election campaign.

Since its development in the 19th Century, the Westminster system has been credited with underpinning political stability, being able to ensure an essential balance between effectiveness and consent. «An organization that cannot effectively influence around it», wrote Richard Rose, «is not a government. A government that acts without the consent of the governed is not government as we like to think of it in the Western world today»[9]. The Westminster system is deemed to exhibit the attributes of accountability, effectiveness, coherence, transparency, responsiveness and flexibility[10]. The electoral system generally produces a party with an absolute majority of seats and the constitutional convention of collective ministerial responsibility ensures that there is one entity that stands before the House of Commons between elections and before electors at the next general election to be held to account for the conduct of government. There is one body responsible for public policy and the electorate may choose to sweep it from office at the next election.

Election day, in the words of Karl Popper, is «judgment day»[11]. It is a coherent system and one that electors understand. They know what they are voting for and can see what happens to their vote. It is an effective system because the party-in-government is able to deliver its designated programme of public policy, but at the same time knows that it will

[7] P. Norton, *Playing By the Rules: The Constraining Hand of Parliamentary Procedure*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 7, n. 3, 2001, pp. 13-33.
[8] N. Polsby, *Legislatures*, in F. I. Greenstein, N. W. Polsby (eds.), *Handbook of Political Science*, Boston, Addison-Wesley, 1975, pp. 277-296.
[9] R. Rose, *Ungovernability: Is There Fire Behind the Smoke?*, in *Political Studies*, vol. 27, n. 3, 1979, p. 353.
[10] P. Norton, *Speaking for the people: a conservative narrative of democracy*, in *Policy Studies*, vol. 33, n. 2, 2012, pp. 128-129.
[11] Sir K. Popper, *The Open Society and its Enemies Revisited*, *The Economist*, 23 April 1988.

ion. It thus cannot afford to be too far removed from public sentiment between elections. The system, by virtue of operating within an uncodified constitution, is also able to adapt to a changing political environment. There is no constitutional straitjacket. Michael Foley identified what he termed «constitutional abeyances», that is, a tacit condoning of constitutional ambiguity as a means of resolving conflict[12]. Although such abeyances also exist in systems with codified constitutions, they are especially salient in the context of the Westminster system of government. It is the combination of these attributes that renders the system of government distinctive and one that has generally been held up for praise, rather than condemnation.

The constitution was not a significant subject of debate for most of the 20th Century. Indeed, if anything it was deemed exportable, begetting a number of political systems deemed to fall within the rubric of 'Westminster' systems. They have formed a distinct family and remain extant, coming together in organizational form in the Commonwealth Parliamentary Association (CPA). A number of them have chambers that emulate the House of Commons in design and colour and with presiding officers (Speakers) who still don robes and sometimes wigs. When Commonwealth parliamentarians get together, they essentially talk the same parliamentary language.

For much of the century, the UK was viewed as having a stable, indeed settled constitution. Parliament was deemed to have emerged from the Second World War with its reputation enhanced. Despite the chamber of the House of Commons having been destroyed by enemy bombing in 1941, it continued to meet to discuss the prosecution of the war and constituents' problems. It was seen as a vindication of the system of government[13].

Politics was deemed to take place within the framework of the constitution. The constitution was not itself a subject of political debate. In a parliamentary debate in 1981, a government minister recalled that in 1964 he had written a book about politics. «When I read it not so long ago», he recalled, «it struck me that it contained virtually no discussion on constitutional problems...It was written at a time when, by and large, we did not regard our constitution as something about which we should be having second thoughts»[14]. He went on to say that «we have seen a deep devotion to parliamentary democracy but a willingness on the part of some of us to say that all is not perfect. There is nothing more important than that we stick up for the system that we have inherited down the age, and that still has so much to offer all the people of the country»[15].

For much of the period up to the 1970s, the constitution was a subject for law texts rather than politics texts. That was to change and on a notable scale. The constitution went from being settled to notably unsettled[16].

---

[12] M. Foley, *The Silence of Constitutions*, London, Routledge, 1989.
[13] P. Norton, *Winning the War but Losing the Peace: The British House of Commons during the Second World War*, in *The Journal of Legislative Studies*, vol. 4, n. 3, 1998, pp. 33-51.
[14] Cited in P. Norton, *The Constitution in*, cit., p. v.
[15] *Ibid.*, p. 287.
[16] A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

A system under challenge

In the last quarter of the 20th Century, voices demanding constitutional change began to be heard. They were the product of economic and political turmoil and a sense that the system of government was not delivering the benefits attributed to it. Far from it being a balanced system, it was seen to lean too heavily in favour of a dominant executive.

The UK economy was not performing well, not least relative to its competitors – motivating in part the UK application to join the then European Economic Community (EEC), becoming eventually a member on 1 January 1973 – and the early 1970s witnessed stagflation (inflation and rising unemployment) and industrial unrest. There were 'the troubles' in Northern Ireland, resulting in British troops having to be deployed to try to maintain order. Nationalist movements also became more prominent in Scotland and Wales. There was political uncertainty, reflected in two general elections being held in one year (1974), neither producing a government with a substantial working majority. On the one hand, there was a growing literature questioning whether Britain was governable and, on the other, a perception that government was too powerful, a government returned on a minority of votes and enjoying a bare majority in the House of Commons being able to pass substantial legislation. In 1976, leading Conservative politician, Lord Hailsham, delivering the Dimbleby Lecture, coined the phrase «elective dictatorship», arguing that power had become too centralized, and the phrase stuck[17].

The reaction to such tensions was to question whether the constitution was delivering what was expected of it in terms of stability and ensuring that government was effectively called to account through Parliament. The period saw calls for specific constitutional reforms. Some politicians and commentators began to make the case for a new system of electing MPs, designed to ensure that no party was able to wield power unilaterally on the votes of a minority of electors. The alternation of political parties in office was also argued to generate discontinuity in public policy[18]. Others argued for government to be constrained through the enactment of a Bill of Rights, ensuring that certain pre-political rights were protected and, if possible, put beyond amendment by a simple majority in the two Houses of Parliament[19].

Such calls for change were essentially inchoate, but towards the end of the century there began to emerge different and coherent approaches to constitutional change, each positing a constitutional framework deemed most appropriate for the United Kingdom. By the end of the century, it was possible to identify seven different approaches, ranging from the high Tory to the Marxist[20]. However, debate came to be dominated by two: the liberal

[17] Lord Hailsham, *The Elective Dictatorship*, London, BBC, 1976.
[18] See especially S. E. Finer (ed), *Adversary Politics and Electoral Reform*, London, Anthony Wigram, 1975.
[19] See, e.g. A. Lester, *Democracy and Individual Rights*, London, The Fabian Society, 1968; Q. Hogg, *New Charter*, London, Conservative Political Centre, 1969; M. Zander, *A Bill of Rights?*, London, Barry Rose, 1975.
[20] Summarised in P. Norton, *The changing constitution*, in B. Jones, P. Norton, I. Hertner (eds.), *Politics UK*, 10th edn., London, Routledge, 2022, pp. 356-357.

and the traditionalist. The latter embraced the Westminster system of government, extolling the attributes adumbrated above, while the liberal emphasized the centrality of what Giovanni Sartori in *Democratic Theory* summarized as «the theory and practice of individual liberty, juridical defence and the constitutional state». Individual liberties were seen as being under threat, not least from an all-powerful or potentially all-powerful government, subject to inadequate formal constitutional barriers, and with the route to protecting individual liberty being through fragmenting political power. As such, it became a radical movement for constitutional change, articulating the case for a new electoral system – one based on proportional representation – as well as an elected second chamber, a Bill of Rights, and a devolution of powers to different parts of the United Kingdom; indeed, in its pure form, it favoured federalism.

This debate, though, was somewhat divorced from the realities of political life. While scholars and some politicians thought about and discussed the constitution as a constitution, most political leaders were operating independently of such discourse. They were fighting for domination within the existing Westminster system. Few party leaders thought seriously about constitutional issues as such. Two who did were Labour leader John Smith, who died suddenly in 1994, and Conservative Prime Minister John Major, who resigned following his party's electoral defeat in the 1997 general election. Smith devised an agenda of constitutional reforms, largely though not wholly allied to the liberal approach[21], while Major was a defender of the Westminster system[22]. Smith's successor as Labour leader, Tony Blair, was swept into office in 1997 with a large majority. Blair inherited much of Smith's agenda and there were some major constitutional reforms enacted during his premiership. However, there was no intellectually coherent approach to constitutional change.

Reforms under the Blair government

The changes enacted under Blair's premiership were substantial[23]. The Human Rights Act 1998 incorporated the main provisions of the European Convention on Human Rights into UK law. Various powers were devolved to elected bodies in Scotland, Wales and Northern Ireland. There was a substantial reform of the House of Lords, most hereditary peers being removed under the terms of the House of Lords Act 1999. There was later the introduction of a UK Supreme Court, replacing the appellate committee of the House of Lords as the nation's highest court.

There was also the use of referendums in Scotland, Wales and Northern Ireland. Previously unknown to the UK constitution, referendums had been variously discussed

[21] M. Stuart, *John Smith: A Life*, London, Politico's, 2005, pp. 293-295.
[22] P. Norton, *The Constitution*, in K. Hickson, B. Williams (eds.), *John Major: An Unsuccessful Prime Minister?*, London, Biteback, 2017, pp. 73-89.
[23] P. Norton, *The Constitution*, in A. Seldon (ed.), *Blair's Britain 1997-2007*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 107-114.

since the late 19th Century, but there was not the political will to embrace them[24]. Labour leader Clement Attlee had in 1945 deemed them to be instruments of Nazism and Fascism[25] and their use was not prominent in debate prior to the 1970s. As Vernon Bogdanor noted, «During the immediate post-war years… the referendum disappeared as an issue in British politics»[26]. However, their use developed in the 1970s in an attempt to resolve political conflicts. There was a referendum in Northern Ireland in 1973 on the issue of the province remaining within the UK and then, in 1975, the first UK-wide referendum on the UK's continued membership of the EEC[27]. It was legislated for by a Labour Government in order to resolve conflict within the Labour Party on the issue of European integration. The Blair Government not only legislated for referendums in the different parts of the UK on the issue of devolution, but also promised referendums on other issues (electoral reform, joining a European single currency) should the Government seek to introduce them. The effect was, in essence, to ensure that referendums became a part of the constitutional framework of the United Kingdom. They could be utilized as and when Parliament legislated for one.

There was also one other unplanned constitutional change, deriving essentially from Blair's lack of understanding of constitutional principles. Prior to his premiership, the decision to commit British troops to action abroad was taken by government under the prerogative power of the Crown. Once troops were in action, the Government reported its actions to the House of Commons and ministers answered for the decision. In 2003, Blair was persuaded by two senior ministers that he should seek the approval of the House of Commons before committing British forces to support the USA in invading Iraq. He did so and in effect set a precedent. It is now seen as a convention that, insofar as the matter can be debated publicly, the approval of the House of Commons should be sought before British forces are sent into action abroad[28]. However, it is a matter for the Prime Minister to determine whether such action can be brought publicly before the House.

However, the period of the Blair government was notable also for what wasn't done and the limitations of the reforms that were implemented. There was no reform of the electoral system. Although the government established an independent commission on the electoral system to recommend an alternative to the existing system, nothing happened following the publication of the commission's report. The commitment to a referendum on the electoral system was not fulfilled. The devolution of powers to elected bodies in Scotland, Wales and Northern Ireland, still left ultimate power in Westminster, with UK

[24] P. Norton, *Referendums and Parliaments*, in J. Smith (ed.), *The Palgrave Handbook of European Referendums*, Cham, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 98-101.
[25] V. Bogdanor, *Power and the People*, London, Victor Gollancz, 1997, p. 120.
[26] V. Bogdanor, *Western Europe*, in D. Butler, A. Ranney (eds.), *Referendums Around the World*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1994, p. 36.
[27] D. Butler, U. Kitzinger, *The 1975 Referendum*, London, Macmillan, 1976; A. King, *Britain Says Yes*, Washington DC, American Enterprise Institute, 1977.
[28] J. Strong *Why Parliament Now Decides on War: Tracing the Growth of the Parliamentary Prerogative through Syria, Libya and Iraq*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 17, n. 4, 2014, pp. 19-34; P. Norton, *Governing Britain: Parliament, Ministers and our Ambiguous Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 2000, pp. 39-40.

government accused of adopting a 'grace and favour' approach to the devolved bodies. There was also no uniformity in the devolution of powers. Legislative powers were devolved to Scotland, but not to Wales.

Some of the reforms implemented were in line with the liberal approach, but they fell far short of constituting a coherent path to a constitution seen as most appropriate for the UK. Each reform was justified on its individual merits and not as part of achieving an overarching constitutional settlement, as advocated by various reform movements.

Attempts to justify the reforms as deriving from an intellectually coherent approach to constitutional change proved unconvincing. In a debate in the House of Lords on the constitution in December 2002, initiated by this writer, the Lord Chancellor, Lord Irvine of Lairg, sought to justify the government's approach, contending that the government proceeded «by way of pragmatism based on principle» and he identified three principles.

The first is that we should remain a parliamentary democracy, with the Westminster Parliament supreme and within that the other place [the House of Commons] the dominant partner. Secondly… we should increase public engagement in democracy, developing a maturer democracy with different centres of power where individuals enjoy greater rights and where government is carried out closer to the people...Our third principle is that the correct road to reform was to devise a solution for each problem on its own terms[29].

The problem with this formulation was that the first two principles were not necessarily compatible with one another and the third was a get-out clause[30]. I have paraphrased it «at once, to retain power at the centre, not to retain power at the centre, and to decide as one goes along»[31].

The period of Labour Government after 1997 was thus notable for extent of constitutional changes implemented, but also for the lack of any clear vision as to what form of constitution was appropriate for the United Kingdom. The changes implemented were substantial, but discrete. There was no sense of direction. What was clear was that the changes did not undermine, certainly not destroy, the core tenet of the constitution. Constitutional power remained embodied in the Crown-in-Parliament.

The key to understanding the limited nature of the changes is the combination of Prime Minister Tony Blair's approach to constitutional issues and the fact that the Labour Party, just as much as the Conservative Party, is a constitutionally conservative party.

Tony Blair had entered politics with no clear grounding in the process of government or the principles of the constitution[32]. He had no experience of government before becoming Prime Minister and he relied on self-belief and his religious faith to get the outcomes he wanted[33]. He exhibited little understanding of the courts, Parliament, or the premier's

[29] House of Lords Debates *(Hansard)*, 18 December 2002, col. 691.
[30] P. Norton, *The Constitution*, in A. Seldon, *Blair's Britain*, cit., p. 120.
[31] P. Norton, *Tony Blair and the Constitution*, in *British Politics*, vol. 2, n. 2, 2007, p. 272.
[32] P. Norton, *Tony Blair and the Office of Prime Minister*, in M. Beech, S. Lee (eds.), *Ten Years of New Labour*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008, pp. 89-102.
[33] P. Stephens *Tony Blair: The Price of Leadership*, London, Politico's, 2004, p. 26.

relationship with the monarch[34]. He was accused of exhibiting a presidential style of government, in effect, acting as if directly elected by the people, even though he wasn't. Indeed, J. H. Grainger likened him to Weber's ideal type of independent political leader, a monocrat. «Policy stems from or is endorsed by the free decision of the inner-determined, value driven, subjective leader»[35]. He entered government having little understanding of the constitution and essentially left office not fully understanding it. The constitution was thus essentially malleable under his premiership and underwent change at times because of an impulsive decision. This encompassed especially the creation of a Supreme Court and the intended abolition of the position of Lord Chancellor. It also extended to reform of the House of Lords, expressing a view opposed to electing the second chamber, thus undermining attempts to get the House of Commons to vote in 2003 for a largely elected House of Lords.

The other explanation is more enduring. The Labour Party has long recognised that the route to achieving a radical social and economic policy is through control of a majority in the House of Commons. It has therefore been wary of anything that would restrict its capacity to achieve change through this route. It has been sceptical of electoral change that may deny it the opportunity to form a single-party government. It has paid lip service at times to an elected second chamber, but not pursued measures that would establish such a body. An elected second chamber would threaten the primacy of the House of Commons, through which government exercises its control. The Human Rights Act did not confer on courts the power to strike down Acts of Parliament. Senior courts were empowered to issue declarations of incompatibility, identifying when measures or actions were in breach of Articles of the ECHR. It was up to government to bring forward measures to bring the law into line with the court's judgment. Parliament retained the power not to enact such law. The formation of the Supreme Court entailed a transfer of personnel from the House of Lords to the new court, not the creation of new powers. The government committed itself to devolution, but primarily for political reasons, in essence to counter the rise of the Scottish National Party in Scotland. In short, there were substantial constitutional changes, but no dissolution of the doctrine of parliamentary sovereignty and the fundamentals of the Westminster system. The executive-centric nature of the system favours Labour when it is in power. When it is in opposition, it works to persuade the electorate to put it back in power.

Continuing constitutional uncertainty

Blair's successor as Prime Minister, Gordon Brown, although he thought seriously about constitutional issues, had little time to address them and was distracted by political and economic crises. The general election of 2010 was expected to result in the return of a Conservative Government, adhering to the traditional approach to constitutional change, and a period when the constitution was not subject to major change. Although the

[34] P. Norton, *Tony Blair and the Office*, cit., pp. 96-98.
[35] J. H. Grainger, *Tony Blair and the Ideal Type*, London, Imprint Academic, 2005, p. 38.

Conservatives had opposed Labour's constitutional reform programme, it was anticipated that a Conservative Government would adopt a conservative stance by maintaining the constitutional framework as it stood at the time it assumed office. In the event, this was not what happened. The 2010 election failed to result in a clear Conservative victory. The Conservatives gained a plurality, but not an absolute majority, of seats and in order to mobilise a majority formed a coalition with the Liberal Democrat Party. This was first time that the UK had acquired a coalition government as a result of the arithmetic of the outcome of a general election[36].

The Conservatives and Liberal Democrats negotiated a Coalition Agreement[37]. The two parties could find common cause on some economic and social issues. However, where there was not a meeting of minds was on constitutional issues. The Conservatives embraced the traditional approach and the Liberal Democrats the liberal approach, in essence approaches at different ends of the constitutional spectrum. It was a case of making concessions or compromises and on constitutional issues, they tended to favour the Liberal Democrats. As Ruth Fox observed, «Overall, the Conservatives got the better of the deal in the economic arena, and the Liberal Democrats the political and constitutional reform agenda»[38]. Two major policies favoured by the Liberal Democrats – electoral reform and an elected second chamber – were agreed, as was a proposal for fixed (or semi-fixed-term) Parliaments. The Government introduced and achieved passage of a Bill to provide for a referendum on introducing the Alternative Vote (AV) for electing MPs. This was a concession, as Conservative MPs, supporting the traditional approach, were essentially in favour of making no change to the electoral system, and Liberal Democrat MPs who, favouring the liberal approach, wanted a system based on proportional representation. The Government in 2011 introduced and achieved passage of a Fixed-term Parliaments Act, providing that a Parliament was to last five years unless a vote of no confidence in the Government was carried by the House of Commons or the House voted (if a division was forced) by a two-thirds majority of all MPs for an early general election[39]. The following year, the Government introduced a House of Lords Reform Bill, providing for 80 per cent of members of the second chamber to be elected.

Reaching agreement on these measures was the high point of Liberal Democrat influence. Its two main policies – achieving a step to electoral reform and an elected second chamber – failed to materialize. In a UK-wide referendum in 2011, electors voted against introducing AV for parliamentary elections. In 2012, the House of Lords Reform Bill ran into such opposition from Conservative MPs that it was withdrawn[40]. The Fixed-term Parliaments Act remained on the statute book, but proved controversial, especially when

[36] See P. Norton, *The Politics of Coalition*, in N. Allen, J. Bartle (eds.), *Britain at the Polls 2010*, London, Sage, 2011, p. 242.
[37] HM Government, *The Coalition: Our Programme for Government,* London, The Cabinet Office, 2010.
[38] R. Fox, *Five days in May: A new political order emerges*, in A. Geddes, J. Tonge (eds.), *Britain Votes 2010*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 34.
[39] See P. Norton, *The Fixed-term Parliaments Act and Votes of Confidence*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 69, n. 1, 2016, pp. 3-18.
[40] P. Norton, *Reform of the House of Lords*, Manchester, Manchester University Press, 2017, pp. 28-29.

Prime Minister Boris Johnson sought and failed three times to achieve an early election in 2019 under its provisions[41]. It survived for just over a decade, before being replaced by the Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 that put the position back to what it had been prior to 2011.

The period also saw other referendums held – one in Wales in 2011 on extending the powers of the National Assembly for Wales and a far more high-profile and hotly fought referendum in Scotland in 2014 on whether Scotland should become an independent nation. Scots voted by 54 to 46 per cent against independence. All three main party leaders (David Cameron, Liberal Democrat leader Nick Clegg and Labour leader Ed Miliband) visited Scotland ahead of the referendum to promise more powers to Scotland if it voted against independence. Following the vote, more powers were devolved under the terms of the Scotland Act 2016. The Parliament was also notable for Prime Minister David Cameron, in trying to assuage critics of the EU within his own party, committing his party to hold a referendum on whether the UK should leave or remain in the European Union[42]. It was blocked by the Liberal Democrats from being government policy. The commitment was included in the 2015 Conservative Party election manifesto and when the Conservatives gained an absolute majority of seats in the election, the new Conservative Government achieved passage of legislation providing for an in/out referendum in 2016. On 23 June 2016, electors voted by 52 to 48 per cent to leave the European Union. This was to be the trigger for a momentous period in British constitutional and political history.

An existentialist threat to the Westminster system

In the immediate wake of the 2016 referendum, David Cameron – who had argued in favour of the UK remaining in the EU – resigned and was replaced by Home Secretary Theresa May. She set about achieving legislation to begin the process of withdrawal. However, in negotiating the terms of withdrawal, she felt constrained by the Government having a small parliamentary majority and decided in 2017 to seek an early general election, which she achieved under the terms of the Fixed-term Parliaments Act. The Conservatives began the election campaign with a substantial lead in the opinion polls, but after a disastrous campaign lost the lead and lost seats in the election, ending up as the largest party in the House of Commons, but without an absolute majority. A deal was negotiated with a Northern Ireland party, the Democratic Unionist Party, to have a majority in any votes on confidence and supply. What ensued was a Parliament in which the Government essentially lost control and the norms of the Westminster system subjected to incredible pressures. The Parliament, which lasted from 2017 to 2019, operated in such a way as to constitute an existentialist threat to the norms of the Westminster system[43].

[41] P. Norton, *Governing Britain*, cit., p. 121.
[42] P. Norton, *The coalition and the Conservatives*, in A. Seldon, N. Finn (eds.), *The Coalition Effect 2010-2015*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp. 483-485.
[43] P. Norton, *Is the House of Commons Too Powerful? The 2019 Bingham Lecture in Constitutional Studies, University of Oxford*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 72, n. 4, 2019, pp. 996-1013.

Theresa May faced problems not only in the negotiations with the EU, but also with her own backbenchers. Electors had voted in 2016 to leave the EU, but how and in what form this was to be achieved was not clear. There were different views of what constituted actual withdrawal. When asked to define what leaving – 'Brexit' – meant, May replied «Brexit means Brexit», which encapsulated the dilemma she faced. She eventually managed to negotiate a deal, but it was seen by critics as constituting a 'soft' rather than a hard Brexit (some arch-Brexiteers were not averse to leaving the EU without a deal) and she was unable to mobilise a parliamentary majority to support it. The issue of Northern Ireland and how to deal with goods flowing across the land border between Northern Ireland and the Irish Republic proved particularly problematic. (Under the agreement, the 'Northern Ireland backstop' entailed the UK staying largely within the single market until a solution could be found.) When put before the House of Commons, it went down to the biggest defeat in recorded history, by 432 votes to 202. When it was brought back two further times, it was again rejected.

In seeking to deliver a deal, May faced a House of Commons that was divided as much within as between parties. There was a fundamental clash between what electors had voted for in 2016 and what a transient majority in the House of Commons was prepared to deliver. Electors had voted to leave the EU, but there was not a majority of MPs in the 2017 Parliament agreed on what this meant. Some MPs wanted a 'hard' Brexit and some favoured no Brexit at all. What initially brought most of them together was opposition to the initial withdrawal agreement. However, there was no majority in favour of alternative options. Amendments to motions that the government was required to put were generally rejected. The House approved a motion for a range of indicative votes, expressing the view of Members on a range of options. Eight votes were taken simultaneously using ballot papers and all eight were defeated. It was easier to identify what the House of Commons was against than what it was for.

More importantly in terms of the Westminster system of government, the government lost control of the parliamentary timetable and of its unfettered right to negotiate a treaty. An amendment was agreed providing that, before a withdrawal agreement could be ratified, it had to be agreed by a motion of the Commons and an Act passed which contained provisions «for the implementation of the withdrawal agreement». It also made provision for what the government must do in the event of the motion not being carried. The House later approved a motion stipulating that if a deal was rejected and the government came up with an alternative the motion providing for that could be subject to amendment.

The government further lost control when, after the withdrawal agreement had been rejected, MPs – assisted by the Speaker of the House, John Bercow – voted to take control of the order paper, taking away the government's power to determine the business on a particular day, and provide that all stages of a bill could be taken in one day. The motion was carried by 312 votes to 311. A private member's bill, the European Union (Withdrawal)(No. 5) Bill, was then considered and passed by both Houses. The bill provided for the

Commons to decide the date of the extension sought under Article 50(3) of the Treaty on European Union. The government had effectively lost control.

However, it was not only the government's control of the parliamentary timetable and of international negotiations that was challenged, but also its control of its own ministers. The doctrine of collective ministerial responsibility came unstuck. Some ministers who disagreed with the government's stance followed the practice of resigning. There was a record number of resignations under May's premiership: between April 2018 and September 2019, a total of 38 ministers (including 11 Cabinet ministers) resigned. However, what was remarkable was having ministers abstaining or voting against their own government. In March 2019, 13 ministers (including four Cabinet ministers) abstained on a motion ruling out a no deal option in all circumstances. In a later vote, eight Cabinet ministers voted against a motion supporting an extension under article 50. Those voting against included the Brexit Secretary who had wound up the debate stating the government's position.

The executive control of government at the heart of the Westminster system was challenged in a way that was unprecedented in modern political history. The attempt to tie the government's hands in negotiations was the significant feature. As Vernon Bogdanor recorded, «The role of parliament is not to govern but to scrutinise those who do. This is especially the case with the treaty making power. Indeed, parliament has not rejected a treaty since 1864. And parliament is in no position to renegotiate a treaty. It has never in modern times sought to do so»[44]. Theresa May was in office, but not in power. A combination of events put her in a situation where she faced a constitutional crisis. In part, this was a product of the outcome of a clash between direct and representative democracy. Electors had voted in 2016 for the UK to leave the EU and the following year had voted for a House of Commons that was unsure as to how to give effect to the result, if indeed it should give effect to it. Given that electors cannot hold themselves to account for the outcome of a referendum and, given that there was a transient majority in the House of Commons tying the government's hands in seeking to withdraw from the EU and therefore no one body – the government held together by the doctrine of collective ministerial responsibility – standing before electors at an election to be held to account for the outcomes of public policy, the core accountability at the heart of the Westminster system was lost[45].

Given the challenges she faced and had not been able to resolve, Prime Minister May resigned. Her premiership was characterized by a failure of statecraft. She entered office with her hands tied by a referendum outcome and was not then able to develop a dominant narrative and control events[46]. She was succeeded by former Foreign Secretary Boris Johnson. He advised the monarch to prorogue Parliament for some weeks, advice that the Supreme Court ruled was null and void. The House of Commons again voted to take

[44] V. Bogdanor, *Guardian*, 29 August 2019.
[45] See P. Norton, *Governing Britain*, cit., Chs. 4 and 5.
[46] P. Norton, *Theresa May and the Constitution: A Failure of Statecraft*, in A. S. Roe-Crines, D. Jeffery (eds.), *Statecraft: Policies and Politics under Prime Minister Theresa May*, Cham, Palgrave Macmillan, 2023, pp. 347-362.

control of the timetable to enable passage of a private member's bill requiring the Prime Minister to seek an extension of negotiations beyond the deadline for withdrawal of 30 October unless the House had agreed a withdrawal agreement or voted for the UK to leave without a deal. The bill was approved by both Houses and the Prime Minister subsequently complied with its provisions, albeit with an ill grace.

Johnson did achieve agreement with the EU on a revised withdrawal agreement, one that most Conservative MPs were prepared to support. When the bill to give effect to it was put before the House of Commons, it achieved a second reading by 329 votes to 308. However, a timetable motion to ensure that the bill completed its remaining stages before 31 October, which would have enabled the UK to leave the EU by that date, was defeated. Johnson sought to resolve the impasse by holding a general election. He was constrained by the provisions of the Fixed-term Parliaments Act. Three attempts to trigger an early election failed when he could not mobilise the required two-thirds majority. He then introduced a free-standing bill, providing that there would be a general election on 12 December 2019, notwithstanding the provisions of the Fixed-Term Parliaments Act. Given that by that stage it was too late for the UK to leave the EU without a deal, the House agreed the Bill. In the general election, Johnson led a campaign on the slogan 'Get Brexit Done' and achieved a large parliamentary majority. The effect was to restore normal politics and the workings of the Westminster system of government.

The UK left the European Union at the end of January 2020. The challenge to government and Parliament was then to adapt to departure from the EU. There was over 40 years of legislation deriving from EU membership on the statute book. Parliament legislated so that, on exit day, the law remained in place and constituted a distinct form of UK law known as retained EU law. It was then for Parliament to decide what to do with it – repeal, amend or retain. The government subsequently achieved enactment of a bill to remove most of it by the end of 2023, but not all. Retained EU law remains an important element of UK law.

Post-Brexit

With the return of a Conservative Government and the UK's withdrawal from the European Union, the political system reverted to a state of normalcy in terms of the Westminster system, albeit one dislocated by the Covid-19 pandemic – both Houses having to decant and then meet in hybrid form – and by political controversies, not least how Johnson ran government[47]. His cavalier style, and various scandals affecting ministers and ex-ministers, created tensions, eventually leading to his resignation in 2022, following mass resignations of ministers led by Health Secretary Sajid Javid and Chancellor of the Exchequer Rishi Sunak. His successor, Liz Truss, became the nation's shortest serving Prime Minister in history, serving in office for 49 days before resigning, following a disast-

[47] See A. Seldon, R. Newell, *Johnson at 10*, London, Atlantic Books, 2023; S. Payne, *The Fall of Boris Johnson*, London, Macmillan, 2022; T. Bower, *Boris Johnson: The Gambler*, London, W. H. Allen, 2020.

rous autumn budget and disarray in government[48]. She was succeeded by the nation's first British-Asian Prime Minister, Rishi Sunak.

The political controversies raised a number of constitutional issues. Boris Johnson was briefly in hospital with Covid during the pandemic, raising the question of who runs the government in the event of the Prime Minister being incapacitated or dying. There was no clear constitutional guidance to cover such an eventuality[49]. The turnover of Prime Ministers also raised issues of leadership selection. The rules of the Conservative Party for electing a leader that had been introduced in 1998 effectively constituted an invitation to struggle between the party membership in the country, who chose the leader from two names put to them by the parliamentary party, but the parliamentary party held the exclusive power to remove the leader by a vote of no confidence. It was possible for the membership to select as leader a candidate who enjoyed the support of a minority of the party's MPs. Conservative MP Sir Graham Brady served as chairman of the 1922 Committee – the body drawing together backbench Conservative MPs – from 2010 to 2024. During his tenure, more Prime Ministers left office following a visit by him, essentially confirming that their time as premier was up, than left office as a result of a vote of the electorate[50].

Conclusion

The British Constitution has endured, its constitutional foundations confirmed by the Glorious Revolution of 1688-9 and its political foundations by the extension of the franchise in the 19th Century. The Westminster system evolved from these developments – it did not emerge fully formed on any particular date – and has demonstrated a remarkable resilience. Events of recent years, especially during the traumatic period of the 2017-19 Parliament, have created extensive and almost existentialist strains, but it has endured, in large part because what may be seen as its weakness is also its strength. Its flexibility may come close to facilitating a collapse of existing conventions and understandings, but that very flexibility has also prevented it from being overly tied by a constitutional straitjacket. It has endured not because of the constitution as a dedicated entity – a formal document – but because of a culture of constitutionalism, a recognition of the legitimacy of the system and its operating principles, that has built up over centuries[51]. People comply not because it is the law, but because it constitutes right behaviour. There is an acceptance, albeit a contingent acceptance, of authority, in return for the executive – initially the monarch, now the monarch's ministers – accepting restraints that are as much moral as formal. Insofar as it is possible to advance a theory of the British constitution, it is one of inherent adaptability. There is also a practical issue. However desirable some may see a codified

[48] H. Cole, J. Heale, *Out of the Blue*, London, HarperCollins, 2022.
[49] See P. Norton, *A Temporary Occupant of No. 10? Prime Ministerial Succession in the Event of the Death of the Incumbent*, in *Public Law*, January 2016, pp. 18-34.
[50] P. Norton, *The 1922 Committee: Power Behind the Scenes*, Manchester, Manchester University Press, 2023, Ch. 13.
[51] P. Norton, *Governing Britain*, cit., pp. 2-3.

constitution, there is no means to achieve it under the extant constitution. Politicians seek to make the system work because they have to. It may not be the ideal, but it is the real.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-06B

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Le trasformazioni della sovranità parlamentare nel Regno Unito: una lettura critica

Cristina Fasone
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università LUISS Guido Carli

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Le trasformazioni della sovranità parlamentare nel Regno Unito: una lettura critica**

di Cristina Fasone*

Abstract (Ita): Il contributo intende ricostruire inizialmente la genesi e la ratio del principio di sovranità parlamentare, per poi passare ad esaminare i motivi della sua crisi guardando al "Regno Unito in Europa", tanto per il modo in cui il diritto dell'Unione europea ha plasmato il sistema delle fonti e i rapporti tra i poteri nel Paese durante la partecipazione al processo di integrazione europea e in esito alla Brexit; quanto nell'ambito dell'attuazione dello Human Rights Act. Quindi si prova a riflettere criticamente sulla strumentalizzazione del principio di sovranità parlamentare alla luce degli ultimi sviluppi e, segnatamente, delle vicende legate al c.d. Rwanda Plan. L'obiettivo è quello di valutare la perdurante utilità della sovranità parlamentare oggi interrogandosi sulla sua convenienza per il Parlamento stesso.

Abstract (Eng): The article aims first to review the origins and the rationale of the principle of parliamentary sovereignty to, then, engage with the reasons for its crisis looking at the "United Kingdom in Europe", with regard to both the way EU law has shaped the domestic sources of law and the inter- institutional relationships during the UK membership of the EU and in the aftermath of Brexit; as well as in the framework of the implementation of the Human Rights Act. Finally, the contribution tries to critically assess the 'manipulation' of the principle of parliamentary sovereignty in light of the latest developments and, notably, of the procedures connected to the so-called Rwanda Plan. The objective is to evaluate what are the enduring benefits of parliamentary sovereignty today questioning its convenience for the UK Parliament itself.

Parole chiave: Sovranità parlamentare; Regno Unito e Unione europea; Rwanda Plan

Keywords: Parliamentary sovereignty; The United Kingdom and the European Union; The Rwanda Plan

Sommario: 1. Introduzione; 2. Alle origini della sovranità parlamentare; 3. L'impatto dei processi di integrazione sovranazionale e di devolution; 4. Il turning point della Brexit; 5. L'uso (ormai) strumentale della sovranità parlamentare: il caso del Rwanda Plan; 6. Conclusioni

1. Introduzione

La dottrina della sovranità parlamentare è forse l'elemento più caratteristico dell'ordinamento costituzionale britannico[1]; ciò che lo differenzia dalla gran parte delle democrazie costituzionali, dotate di Costituzioni rigide[2].

Prevedendo il primato della legge nel sistema delle fonti, ne esclude la sua sindacabilità dinanzi al giudice e consente al Parlamento una discrezione virtualmente totale sui contenuti della legge e sul suo procedimento di formazione. Al punto che, anche se la legge violasse il diritto internazionale o i principi della *common law*, comunque i giudici sarebbero vincolati ad osservarla ed applicarla[3].

Se tale dottrina trova la sua ragion d'essere nella graduale e incrementale evoluzione del sistema costituzionale britannico, è pur vero che nella sua interpretazione più pura, la sov-

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università LUISS Guido Carli

[1] A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959, pp. 39-40

[2] J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1999, capp. 1 e 10.

[3] Cfr. A. Tomkins, *Written evidence on The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, *European Scrutiny Committee, House of Commons, Tenth Report of Session 2010-11*, vol. 2, Ev 1.

ranità parlamentare non è che un retaggio del passato.
Una serie di sviluppi interni all'ordinamento del Regno Unito, ma soprattutto esterni, dal processo di integrazione europea all'attuazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), ne hanno messo in crisi l'impianto di fondo e il funzionamento[4]. Da questo punto di vista, il processo della Brexit, nonostante la retorica dominante nel governo, non ha determinato un "recupero" della sovranità parlamentare; anzi, ne ha ulteriormente aggravato la crisi, di diritto e di fatto. Le Corti, segnatamente la Corte suprema, sono state chiamate ad intervenire a supporto dell'istituzione parlamentare illegittimamente marginalizzata dall'esecutivo.
Le più recenti vicende legate al c.d. *Rwanda Plan* (e alla violazione o tendenziale disapplicazione della CEDU) confermano ancora una volta un uso deliberatamente distorto, strumentale e manipolativo della sovranità parlamentare ad opera del Governo e della sua maggioranza.
Il contributo, quindi, si propone di ricostruire la genesi e la *ratio* del principio di sovranità parlamentare, di esaminare i motivi della sua crisi guardando al "Regno Unito in Europa" per riflettere poi criticamente sulla sua strumentalizzazione alla luce degli ultimi sviluppi. L'obiettivo, pertanto, è quello di ponderare la perdurante funzionalità della sovranità parlamentare oggi interrogandosi sulla sua convenienza per il Parlamento stesso.

2. Alle origini della sovranità parlamentare

Il principio della sovranità parlamentare nel Regno Unito affonda le sue radici nella centenaria lotta tra Parlamento e Corona, almeno a partire dal XIII secolo. Fu allora, con la Magna Carta (1215), che i Baroni pretesero e, alla fine, ottennero garanzie minime sulla possibilità di subordinare alcune decisioni reali, in particolare relative alla riscossione delle tasse, al consenso dell'Assemblea in cui erano rappresentati[5]. L'attività, per quanto discontinua, di quest'ultima, che poi diventerà la Camera dei Lord, affiancata un secolo più tardi dalla Camera dei Comuni, costituì il primo argine al potere del monarca e determinò poi la graduale affermazione di procedure di *accountability* nei suoi confronti. Nei decenni successivi e con alterne fortune, passando per rivoluzioni e contro-rivoluzioni, si giungerà a garantire alla Corona il potere di governare, ma alle condizioni e con i limiti stabiliti dal Parlamento stesso; limiti fissati, tra gli altri nel *Bill of Rights* 1689 e nell'*Act of Settlement* 1701. Il processo di democratizzazione della Camera dei Comuni, passato attraverso le numerose riforme elettorali tra XIX e XX secolo[6], fornirà anche una legittimazione democratica a questo assetto.
Come notoriamente affermato da Dicey, la regola della sovranità parlamentare definisce il sistema dei rapporti tra Corti e Parlamento (oltre che tra le Corti e la Corona), stabilendo che quest'ultimo «*could make or unmake any law whatsoever, and that nobody (the courts included)*

[4] T. Prosser, *Understanding the British Constitution*, in R. Bellamy, D. Castiglione (eds.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspective*, London, Blackwell Publishing, 1996, pp. 61 e 68.
[5] A. Tomkins, *op. cit.*, p. 757.
[6] P. Leyland, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 15.

could override or set aside an Act of Parliament»[7]. In altre parole, «*Parliament can do everything that is not naturally impossible*»[8]. Non è però estraneo alla concreta declinazione delle relazioni tra Parlamento e giudici il modo in cui si atteggia il potere della Corona e la circostanza che quest'ultima oggi sia vincolata alla volontà delle due Camere, in particolare dei Comuni.
Difatti, sebbene non affronti mai il tema della sovranità parlamentare direttamente, Bagehot – scrivendo nella seconda metà del XIX secolo, ma giungendo a conclusioni in larga parte valide ancora oggi – aiuta a chiarire la ragione della centralità del Parlamento nell'assetto costituzionale del Regno Unito, sia rispetto all'evoluzione della Monarchia che, indirettamente, rispetto al ruolo delle corti.
Per Bagehot, non solo la famosa formula del "*King in Parliament*" conciliava e bilanciava perfettamente le due anime della Costituzione inglese, quella "nobile" (*dignified*), espressa dalla Corona e dalla Camera dei Lord, e quella operativa (*efficient*), incarnata dalla Camera dei Comuni. La "fusione" tra Parlamento e Governo, esaltata dall'idea che il *Cabinet* è un «*committee of the legislative body selected to be the executive body*»[9] – e che, pertanto, si sia chiaramente passati da un sistema dualista ad uno monista[10] –, evidenzia il tentativo di Bagehot di fornire una lettura realistica delle dinamiche costituzionali britanniche del tempo.
Se la costituzione inglese attribuiva, formalmente, alla Corona l'autorità suprema sugli altri poteri, *«(…) he also knew that the locus of political power was the House of Commons, not Windsor Castle: no government could survive in office without the support of the House of Commons, and the second that such support was withdrawn was the second that the government would fall*»[11]. Non è un caso che, contrariamente a diversi commentatori di allora e di oggi, Bagehot non considerasse la funzione legislativa come la funzione più importante del Parlamento, mentre collocava in questa posizione la funzione "elettiva" del Primo Ministro[12].
Persino il celebre *Bonham's Case*, infatti, non ha rappresentato un "attentato" alla sovranità parlamentare. Se la affermazione di sir Edward Coke secondo cui «*for when an act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such an Act to be void*»[13] era stata ritenuta da alcuni commentatori idonea a porre le condizioni per la nascita di un controllo di costituzionalità sulle leggi, è poi mancato lo sviluppo del *judicial review* sugli atti del Parlamento che utilizzasse la *common law* quale parametro.
Significativamente, la Costituzione britannica, piuttosto che conferire alle Corti il potere di controllare il sovrano e di chiamarlo dinanzi ad esse a rispondere della propria condott-

[7] A.V. Dicey, *op. cit.*, p. 3; A. Tomkins, *op. cit.*, p. 746.
[8] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Oxford University Press, vol. 1, 1765, p. 326.
[9] W. Bagehot, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 9.
[10] Sebbene il sistema resti dualista con riguardo al rapporto tra Parlamento e Corona.
[11] A. Tomkins, *op. cit.*, p. 755.
[12] Secondo W. Bagehot, *op. cit.*, p. 94, «*Its first and 'main' function was to be the "electoral chamber ... the assembly which chooses our president*».
[13] Court of Common Pleas, *Thomas Bonham v College of Physicians*,8 Co. Rep. 107, 1610, Coke CJ opinion.

a, ha attribuito principalmente al Parlamento – alle cui attività formalmente il Monarca partecipa – una simile responsabilità[14].

A tal proposito, si è detto che: «*England has a royal government for one reason and for one reason alone: namely, that Parliament has decreed it. Government continues to be carried out in the Crown's name (this is true even today), but it is Parliament that sets out the limits to the Crown's power (and not the courts), and it is to Parliament that those exercising the powers of the Crown (that is to say, Ministers) are constitutionally accountable for their actions*».[15]

Dalla regola della sovranità parlamentare discendono una serie di importanti conseguenze di ordine costituzionale, a seconda della lettura, più o meno intransigente, che si dà di questo principio. Ad esempio, dal *Bill of Rights 1689* sarebbe possibile desumere la supremazia del Parlamento (nella formula composita che si è evidenziata con i Comuni, i *Lords* e la Corona) nella produzione del diritto, al punto che non vi sarebbero vincoli per esso all'approvazione e all'abrogazione di qualsiasi legge in vigore. Il Parlamento in funzione non può obbligare il Parlamento futuro, che resta libero di "disfare" quanto fatto dal suo predecessore, esplicitamente o implicitamente[16].

In secondo luogo, è ormai accettato dalle corti britanniche che la legge del Parlamento prevalga rispetto alla *common law* in caso di antinomie[17]. Ugualmente, nulla osta a che il Parlamento decida di accrescere la forza passiva di una legge richiedendo che la sua abrogazione intervenga soltanto con una maggioranza più ampia di quella semplice; una decisione che i giudici non potrebbero far altro che accettare, considerata la loro subordinazione al Parlamento nel determinare se una legge sia o meno contraria a "Costituzione". Da questa visione della sovranità parlamentare deriva che, sebbene i giudici abbiano senz'altro un margine di discrezione nell'interpretazione delle leggi, è comunque il Parlamento ad avere l'ultima parola nella determinazione del loro contenuto.

Tuttavia, il principio di sovranità parlamentare produce effetti anche in merito al procedimento legislativo e, più in generale, in relazione a tutte le procedure che hanno luogo all'interno del Parlamento. L'art. 9 del *Bill of Rights* fa propria la dottrina dell'autodichia considerando il Parlamento giudice "in causa propria". Non vi è infatti alcuna autorità (giudiziaria o politica), al di fuori del Parlamento, che possa sindacare la correttezza delle procedure parlamentari, incluse quelle di formazione delle leggi, che dunque non possono essere impugnate dinanzi alle corti per vizio *in procedendo*[18].

Tuttavia, una buona parte della dottrina ritiene che questa lettura "integralista" della sovranità parlamentare sia ad oggi alquanto datata, per via di una serie di fattori endogeni ed esogeni che si richiameranno nel prossimo paragrafo. In altri termini, una concezione assoluta della sovranità parlamentare non è più valida.

---

[14] A. Tomkins, *op. cit.*, p. 757.
[15] Ivi, p. 758.
[16] P. Leyland, *op. cit.*, pp. 50 ss.
[17] *Ibidem*.
[18] Appellate committee of the House of Lords, *British Railways Board v Pickin*, 1974, 1 All ER 609.

Diverse sono le conferme in tal senso. Di tanto in tanto, le Corti hanno ritenuto che la loro giurisdizione si estendesse anche al controllo sulla validità delle leggi del Parlamento. Per esempio in *Jackson v. Attorney General*, l'*appellate committee* della Camera dei Lords, all'unanimità, si è considerata competente a sindacare la validità dell'*Hunting Act 2004* pur non avendo il potere di annullare la legge eventualmente[19].

Non manca poi chi sostiene autorevolmente che la sovranità del Parlamento non è che la conseguenza della deliberata scelta dei giudici di accettarla come dato di fatto secondo la *common law*[20]. La sovranità parlamentare, quindi, «*is itself a creature of the common law and whose detailed content and limits are therefore of judicial making. Parliament is sovereign because the judges acknowledge its legal and political supremacy*»[21].

Ne consegue che una legge del Parlamento che violi i principi di *common law*, esempio perché la sua procedura di approvazione o i suoi contenuti sono chiaramente anti-democratici, per reazione possa essere ritenuta invalida dalle Corti. Il caso *Jackson*, poc'anzi richiamato e almeno per la posizione convintamente espressa da alcuni *Law Lords* depone proprio nel senso di consentire a determinate condizioni la possibilità di impugnare le leggi dinanzi alle corti[22].

3. L'impatto dei processi di integrazione sovranazionale e di *devolution*

La partecipazione al processo di integrazione europea e l'incorporazione della CEDU nel diritto interno, da un lato, e i processi di *devolution*, dall'altro, hanno ulteriormente affievolito la "presa" del principio di sovranità parlamentare nel Paese. Se, alla fine del diciannovesimo secolo, Dicey argomentava convintamente che le leggi del Parlamento si collocano al vertice della gerarchia delle fonti, senza possibilità di ordinarle tra loro gerarchicamente, ma solo alla luce del criterio cronologico, questa ricostruzione non ha tenuto alla prova dei fatti. Come riconosciuto dalla giurisprudenza, alcune leggi presentano una forza attiva e passiva maggiore: «*We should recognise a hierarchy of Acts of Parliament: as it were 'ordinary' statutes and 'constitutional' statutes*»[23].

A tal riguardo, John Laws – prima *Law Lord* e poi giudice della Corte suprema – ha chiarito che le leggi di tono costituzionale sono sia quelle in grado di condizionare i rapporti tra la pubblica autorità e i cittadini in modo generale e sistematico, sia quelle che ampliano o, viceversa, comprimono il margine di protezione dei diritti fondamentali. A suo parere, al contrario delle leggi ordinarie, quelle costituzionali non potrebbero essere oggetto di abrogazione implicita, proprio a garanzia della specifica materia oggetto di disciplina[24].

---

[19] Appellate committee of the House of Lords, *Jackson and others (Appellants) v. Her Majesty's Attorney General (Respondent)*, 2005, UKHL 56.
[20] W. Wade, *Sovereignty: revolution or evolution?*, in *Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, p. 568
[21] T. Allan, *Parliamentary sovereignty: law, politics, and revolution*, in *Law Quarterly Review*, vol. 113, 1997, p. 445.
[22] P. Leyland, *op. cit.*, pp. 51-59.
[23] Appellate committee of the House of Lords, *Thoburn v Sunderland City Council*, 2002, 4 All ER 156.
[24] Cfr. quanto affermato da John Laws in *Thoburn v Sunderland City Council*, cit., par. 62 e J. Laws, *The Constitutional Balance*, Oxford, Hart Publishing, 2020, cap. 8.

L'adesione alla Comunità europea, prima, nel 1973, e l'adozione di un *Bill of Rights* riveduto e aggiornato con lo *Human Rights Act 1998* per dare attuazione alla CEDU, poi, hanno messo il principio di sovranità parlamentare notevolmente sotto pressione, determinando nuove dinamiche costituzionali[25].

L'entrata in vigore dell'*European Communities Act 1972* e delle leggi di autorizzazione alla ratifica dei successivi Trattati europei di riforma ha sostanzialmente determinato l'impossibilità per il Parlamento di Westminster di legiferare nelle materie conferite alla Comunità europea (poi, dal 2009, Unione europea), in particolare in quelle oggetto di competenza esclusiva e concorrente, fatte salve le deroghe all'integrazione ottenute dal Regno Unito (per esempio sulla partecipazione all'area Schengen e sull'adesione all'Unione economica e monetaria)[26].

La combinazione tra principio del primato ed effetto diretto (ove ravvisabile), con la conseguenza della disapplicazione imposta alle norme nazionali incompatibili con il diritto europeo, ha aperto la strada ad un profluvio di ricorsi dinanzi ai giudici del Regno Unito (proprio come avvenuto in altri Stati membri). Le norme europee, infatti, sono idonee a conferire direttamente diritti in capo alle persone fisiche e giuridiche; diritti per la tutela dei quali si può agire direttamente dinanzi alle corti nazionali in nome del diritto europeo e della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia[27]. Esemplificativa di queste nuove dinamiche e delle modalità (imposte) di risoluzione del conflitto tra norme europee e britanniche è la famosa "saga" *Factortame*[28]. Non solo il diritto europeo, in caso di contrasto, conduce alla disapplicazione delle leggi nazionali, ma in esito a queste decisioni si sancisce una deroga alla dottrina dell'*implied repeal*: il Parlamento non è in grado di "riappropriarsi" di materie attribuite alle istituzioni europee semplicemente approvando nuove leggi ordinarie, ma deve approvare modifiche all'*European Communities Act 1972* e, in caso, alle leggi con cui si dà esecuzione ai Trattati di riforma, quali leggi costituzionali, per quanto approvate con un procedimento ordinario.

In realtà, l'*European Union Act 2011* (poi abrogato dall'*European Union (Withdrawal) Act 2018* e sostanzialmente rimasto inutilizzato sino ad allora) aveva previsto l'adozione di leggi "rinforzate", oggetto di un procedimento aggravato anche dalla celebrazione di referend-

[25] A. Tomkins, *op. cit.*, p. 746.
[26] Salvo incorrere in procedure di infrazione che possono concludersi, con sentenza della Corte di giustizia europea, con l'imposizione di una sanzione pecuniaria (artt. 258-259 TFUE).
[27] Dalla sentenza *Simmenthal* in poi: cfr. Corte di giustizia europea, causa 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, 9 marzo 1978.
[28] Cfr. Appellate committee of the House of Lords, *R (Factortame Ltd) v Sec. of State for Transport*, 1990, UKHL 7; 1999, UKHL 44; 2000, EWHC 179, per la parte delle corti britanniche, intervallate da vari rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. Cfr. J. Drexl, *Was Sir Francis Drake a Dutchman? – British Supremacy of Parliament after Factortame*, in *Am. J. Comp. L.*, vol. 41, 1993, pp. 551 ss.; P. Eleftheriadis, *Parliamentary Sovereignty and the Constitution*, in *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, 2009, p. 267.

um in ipotesi specifiche collegate alla partecipazione britannica all'Unione europea, tra cui proprio in caso di modifica del TUE e del TFUE[29].

Ugualmente dirompente sulla sovranità parlamentare, per altri profili, è stata l'adozione dello *Human Rights Act 1998* che ha indotto una rivisitazione dei rapporti tra Parlamento e Corti. Sebbene non si possa parlare di introduzione di un controllo di costituzionalità sulle leggi, lo *Human Rights Act* comunque rende pervasivo e sistematico dinanzi alle Corti un controllo di convenzionalità per il rispetto dei diritti della CEDU[30]. Le Corti non possono dichiarare invalido un atto del Parlamento, ma la dichiarazione di incompatibilità (*declaration of incompatibility*) che i giudici possono emettere previo accertamento di un conflitto tra la legislazione britannica e la CEDU in base all'art. 4 dello *Human Rights Act* ha un valore non trascurabile, se si pensa che a tali dichiarazioni è quasi sistematicamente seguita una riforma della legge contestata[31]. Evidentemente, il Parlamento, seppure solo politicamente, si percepisce come vincolato al disposto delle Corti in caso di violazione accertata della CEDU. Bisogna peraltro considerare che, se la violazione della CEDU dovesse persistere senza che il Parlamento adegui la legislazione, la sovranità parlamentare sarebbe comunque, per così dire, "scavalcata" da una sentenza di condanna del Regno Unito da parte della Corte EDU. A volte, le sentenze di condanna sono state ripetute o persino sentenze "pilota" e alla fine il Parlamento è stato costretto, seppur con grande ritardo, a conformarsi alla volontà di Strasburgo.

In qualche occasione, l'inerzia del Parlamento ha finito per ritorcersi contro il Parlamento medesimo, ad esempio nel caso controverso della privazione generalizzata del diritto di voto per i detenuti, sanzionata con sentenza "pilota" nel 2005[32]. A seguito dell'intervento del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, solo nel 2018 si è rimediato alla violazione dell'art. 3, Protocollo n. 1 della CEDU, modificando la sezione 3 del *Representation of the People Act 1983*; soprattutto, però, vista l'insufficienza di questo intervento legislativo e la lunga inerzia mostrata dal legislatore si è agito alla fine mediante procedure amministrative che consentono ai detenuti, entro certi limiti, di beneficiare di un particolare permesso per poter votare, aggirando in qualche modo la rigidità della legge[33]. Significativamente, nel 2020, il Parlamento scozzese ha adottato una disciplina più garantista verso i detenuti di quella nazionale per il Parlamento di Westminster per le elezioni regionali e locali[34].

---

[29] House of Commons European Scrutiny Committee, *The EU Bill and Parliamentary sovereignty*, *Tenth Report of Session 2010-11*, vol. 2 e P. Craig, *The European Union Act: Locks, Limits and Legality*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, 2011, pp. 1881-1910.

[30] Cfr. F. Nania, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali nel Regno Unito. Corti e Parlamento tra c*ommon law *e* Human Rights Act, Roma, Sapienza Università editrice, 2023, pp. 67 ss.

[31] J. King, *Parliament's Role following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act*, in H. Hooper, M. Hunt, P. Yowell (eds.), *Parliaments and Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2015, pp. 165-192.

[32] Corte EDU, *Hirst v United Kingdom (No 2)*, 2005, ECHR 681. Il Parlamento scozzese, per esempio, ha adottato una disciplina ancora più garantista nel 2020.

[33] N. Johnston, *Prisoners' voting rights*, House of Commons Library, Research Briefing, 9 agosto 2023, p. 6

[34] *Ibidem*, p. 4.

E proprio il processo di *devolution*, avviato sempre nel 1998, ha rappresentato un'ulteriore sfida alla tenuta del principio di sovranità parlamentare[35], che pertanto è messo a dura prova sia dalle dinamiche sovranazionali che dai processi di decentramento e regionalizzazione all'interno del Paese[36]. Formalmente, la *devolution* della Scozia, del Galles e dell'Irlanda del Nord è costruita precisamente per salvaguardare questo principio, visto che resta sempre nella disponibilità di Westminster la revoca dei poteri legislativi, fiscali e amministrativi devoluti, così come la facoltà di legiferare in questi ambiti[37], e del Governo centrale l'eventuale imposizione della c.d. *direct rule*, come è avvenuto sistematicamente nell'Irlanda del Nord[38]. Inoltre le Assemblee devolute non posso legiferare sulle *reserved matters* e il ricorso alle *devolution issues* dinanzi alla Corte suprema è asimmetrico, esperibile solo da parte delle autorità nazionali nei confronti della legislazione prodotta da queste Assemblee[39].

Allo stesso tempo, però, la c.d. *Sewel convention*, secondo cui il Parlamento di Westminster normalmente non legifera sulle materie devolute senza il consenso delle istituzioni regionali competenti, agisce in qualche misura come auto-limite per il Parlamento; un limite ora codificato nello *Scotland Act* e nel *Wales Act* dopo le ultime modifiche. Anche prima della sua codificazione, comunque, sin dal 1999 la convenzione è stata tradizionalmente rispettata.

Non sono mancati, poi, negli ultimi anni segni di una crescente tensione tra il Parlamento di Londra e le Assemblee devolute, anche per via della Brexit[40]; segno di una graduale delegittimazione e di una scarsa accettazione del principio di sovranità parlamentare. Anche a seguito della sentenza *Miller I* che, tra le varie cose, ha sancito l'incompetenza delle regioni devolute a bloccare il processo per la notifica del recesso dall'UE[41], l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* è stato approvato dal Parlamento di Westminster nonostante il consenso sull'atto – ai sensi della *Sewel convention* – sia stato espressamente negato dal Parlamento scozzese, la cui maggioranza si opponeva alle modifiche previste alle competenze devolute. Inoltre, l'approvazione dell'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* da parte del Parlamento britannico rappresenta il primo caso di diniego di consenso da parte di tutte le Assemblee devolute ad un atto del Parlamento. In altri termini, la sovranità parlamentare resta formalmente ascritta a Westminster, ma nella sostanza è contesa e non più

[35] A. Torre, *Devolution e trasformazioni parlamentari*, in C. Decaro (a cura di), *Parlamenti e devolution in Gran Bretagna*, Roma, Luiss University Press, 2005, pp. 23 ss.
[36] L. Webley, E. H. Samuels, *Devolution and Parliamentary Supremacy*, in L. Webley, E.H. Samuels (eds.), *Complete Public Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 295 ss.
[37] Cfr., ad esempio, la *section* 28, parr. 7-8 dello *Scotland Act*.
[38] D. Torrance, *Northern Ireland: Direct rule*, in *House of Commons Library, Research Briefing*, 22 marzo 2022 e O. Doyle, *Leaving the Union: Constitutionalising Secession Rights in the United Kingdom*, in C. Fasone, C. Martinelli (a cura di), *A multilevel constitutional perspective on Brexit: From local to global*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 98-99.
[39] T. Groppi, *Conflitti devolutivi: nuovi percorsi per il* judicial review, in A. Torre e L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica*, Torino, Giappichelli, vol. 1, 2005, pp. 451 ss.
[40] Cfr., ampiamente, G. Caravale, A Family of Nations. *Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra* devolution *e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017, spec. pp. 98-100.
[41] UK Supreme Court, *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant) (Miller I)*, 2017, UKSC 5.

acriticamente tollerata dai territori. Forse, il segno più evidente di questa "ribellione" si è avuto, nel 2022, con la pubblicazione dello *Scottish Independence Referendum Bill* per l'avvio, su base unilaterale, di un processo che avrebbe condotto ad un (nuovo) *referendum* sulla secessione della Scozia stante l'opposizione del Governo di Londra a trovare una soluzione concordata come nel 2012[42]. Oggetto di una *devolution issue,* la proposta di legge è stata considerata illegittima dalla Corte suprema essendo il Parlamento scozzese incompetente a legiferare su una simile materia[43]. É evidente che l'autorità di Londra sia in declino nelle aree devolute, fino a cercare un punto di rottura rispetto al principio di integrità territoriale[44], che nella sovranità parlamentare finora aveva trovato un solido ancoraggio.

4. Il *turning point* della Brexit

Come è stato efficacemente sostenuto, la Brexit rappresenta un paradosso per la sovranità parlamentare[45]. Il recesso del Regno Unito dall'Unione, infatti, è stato reclamato dai suoi *supporters* proprio per riconsegnare a Westminster una sovranità piena – dal 1973 in poi relativizzata, appunto, per effetto del primato e dell'effetto diretto del diritto europeo e dell'indisponibilità, in via di principio, a procedere con l'abrogazione implicita della legislazione di attuazione delle norme UE oltre che, ovviamente, con le deroghe ad esse. L'avvio e il completamento della Brexit (anche se, sul piano giuridico il seguito del recesso dall'Unione è ancora un "cantiere aperto"), però, hanno mostrato che il Parlamento britannico è stato una vittima di questo processo[46]. Possibilmente, ha perso più poteri di quanti ne aveva quando il Regno Unito era uno Stato membro dell'Unione e il principio di sovranità parlamentare è stato a più riprese sotto attacco[47].

A parere di chi scrive, ciò non è avvenuto tanto per "colpa" del *referendum* sulla Brexit[48]. Nel quadro della cornice legislativa generale per i *referendum* nazionali[49], era stato proprio il Parlamento di Westminster a regolare, seppur in modo abbastanza sommario, il *referendum* sul recesso[50]. Né la circostanza per cui l'*European Union Referendum Act 2015* mancava di

[42] Cfr. l'*Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, Edinburgh, 15 October 2012.
[43] UK Supreme Court, *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*, 2022, UKSC 31, su cui si veda P. Martino, *La* comfort zone *della Corte suprema del Regno Unito nel giudizio di* reference *sul secondo referendum indipendentista scozzese*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 2, 2023, pp. 92 ss.
[44] Cfr., per tutti, A. Torre (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna, Franco Angeli, 2016.
[45] Cfr. D. Chalmers, *Gina Miller and the last Gasp of Parliamentary Sovereignty? – Editorial*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, 2017, pp. 3-5.
[46] Si veda F. Rosa, *Il parlamentarismo britannico dopo Brexit*, in *DPCE*, n. 3, 2021, pp. 777-788.
[47] Cfr., efficacemente, A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *DPCE*, fasc. spec., 2019, pp. 745-768.
[48] Cfr. l'accurata ricostruzione di C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023, pp. 65-110 sulle infauste origini di quel referendum e della "scommessa" di David Cameron.
[49] Cfr. il *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 or PPERA.*
[50] Cfr. l'*European Union Referendum Act 2015.*

ro il Parlamento "sovrano" la scelta del Governo di procedere decisamente con la Brexit dopo il referendum del 23 giugno 2016. In altre parole, la retorica della sovranità popolare contro la sovranità parlamentare all'indomani del referendum sulla Brexit non appare convincente: la sovranità del Parlamento non può che discendere dal popolo in un sistema democratico e la maggioranza a Westminster non si è mai espressa chiaramente contro la Brexit[51].

Semmai gli strali contro la rappresentanza parlamentare all'indomani della Brexit e poi nel complesso *iter* che ne è seguito sono provenuti dal Governo[52]. Il nuovo Primo Ministro, Theresa May, infatti, al grido dello slogan "*Brexit means Brexit*", provò a far passare la richiesta di invocazione dell'art. 50 TUE come atto "coperto" da *prerogative powers* e, pertanto, sottratto a deliberazione parlamentare. Il contenzioso scatenato da questo tentativo ha condotto, alla fine, la Corte suprema, con una maggioranza di 8 a 3, a considerare l'uso dei *prerogative powers* illegittimo e l'approvazione di una legge del Parlamento come assolutamente necessaria per abrogare l'*European Communities Act 1972*[53]. Una simile opzione appariva irrinunciabile alla luce della scelta costituzionale fondamentale che si compie con la Brexit, della natura dell'atto fondativo per la partecipazione britannica all'integrazione europea e per l'ingresso del diritto europeo nel Regno Unito – l'*European Communities Act 1972*, appunto – e dell'impatto del recesso sui diritti fondamentali dei cittadini britannici e dei cittadini europei residenti nel Paese. Neppure la mera deliberazione parlamentare poteva essere sufficiente per autorizzare il Governo a notificare l'intenzione di recedere al Presidente del Consiglio europeo: l'*European Communities Act* può essere abrogato espressamente solo con una fonte di rango e tenore analoghi.

Non è possibile qui ricostruire analiticamente tutte le vicissitudini che hanno condotto ad una compressione della sovranità parlamentare nel quadro della Brexit[54], ma ci si sofferma solo su un paio di elementi particolarmente rilevanti rispetto a questa tendenza.

Il primo riguarda l'ampiezza dei poteri normativi del Governo sulla normativa europea incorporata e "convertita" nel diritto britannico. Successivamente alla sentenza *Miller I*[55], l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* ha abrogato l'*European Communities Act*, ma dalla prospettiva del Parlamento di Westminster non ha comportato un'automatica e consequenziale ri-espansione dei margini di manovra. Il *Withdrawal Act* stabilisce infatti che «*EU-derived domestic legislation … continues to have effect in domestic law on and after exit day*». Inoltre, il *Wi-*

[51] Sull'assenza di un conflitto tra sovranità popolare e sovranità parlamentare, cfr. ancora C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica*, cit., pp. 90-110. Ciò detto, è pur vero, come l'autore chiarisce, che la vittoria del fronte "Brexit" a livello nazionale è stata comunque di misura e che in Scozia e Irlanda del Nord vi sia stata una maggioranza schiacciante a favore del *remain*.

[52] G. Caravale, *Forma di governo britannica: le conseguenze della Brexit*, in *DPCE*, n. 1, 2023, pp. 5-14.

[53] *Miller I,* 2017, UKSC 5, cit.

[54] Per una ricostruzione puntuale e critica, cfr. C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica*, cit., pp. 111 ss. e F. Rosa, *Il costituzionalismo britannico e l'Europa. Dalla fine della Seconda guerra mondiale alla Brexit*, Roma, Carocci, 2024, cap. 5.

[55] Su cui cfr., ampiamente, M. Elliott, J. Williams, A. L. Young (eds.), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

ompagnato il processo della Brexit hanno previsto una delega molto ampia di poteri normativi in capo all'Esecutivo mediante la c.d. *Henry VIII powers clause*, consentendo al Governo di modificare le leggi del Parlamento mediante fonti secondarie (*statutory instruments*). Si potrebbe dire, trattandosi di delega legislativa, che il Parlamento britannico ha deliberatamente scelto di conferirla e che comunque può sempre revocarla. Tuttavia, non bisogna trascurare, da un lato, le circostanze politiche piuttosto eccezionali per il Regno Unito entro le quali la procedura di recesso si è dipanata, almeno fino a dicembre 2019, ovvero un contesto di *hung Parliament* e di governi di minoranza (2017-2019); dall'altro, nel maneggiare il diritto europeo convertito in diritto interno, il Governo si è di fatto sostituito al legislatore[56].

Il secondo elemento che si vuole mettere in evidenza nella vicenda è il controverso caso della *prorogation* del Parlamento britannico disposta il 10 settembre 2019 dalla Regina sulla base dell'*advice* fornito dall'allora Primo Ministro Johnson. Ancora una volta la questione è stata portata all'attenzione della Corte suprema, che con una decisione unanime ha dichiarato la *prorogation "null and void"*[57]. Il maldestro tentativo del Primo Ministro di aggirare i processi di deliberazione parlamentare sulla Brexit è stato considerato illegittimo dalla Corte suprema che è stata chiamata ad intervenire su un procedimento squisitamente politico, ancorché di tono costituzionale, a garanzia del Parlamento. Secondo alcuni commentatori, una minoranza iper conservatrice invero[58], il coinvolgimento della Corte su questa materia e l'esito della sentenza sono problematici dalla prospettiva della sovranità parlamentare. Il caso ruota attorno ai *prerogative powers* del Governo di prorogare il Parlamento, sospendendone le funzioni; una materia, a rigore, esente dal controllo del giudiziario. Sindacando l'esercizio di questi poteri da parte del Primo Ministro Johnson, secondo Ekins, la Corte, seppur per una legittima causa, è andata aldilà delle sue competenze. Non solo. La sentenza, a suo dire, crea un precedente "pericoloso" annullando gli effetti della *prorogation* del Parlamento già avvenuta e intervenendo su una procedura parlamentare che dovrebbe restare al di fuori del perimetro di giudizio delle corti[59].

Dunque, la decisione della Corte suprema in *Cherry-Miller II* rappresenterebbe uno *stress test* per la sovranità parlamentare: con essa la Corte, da un lato, tutela le prerogative del Parlamento contro l'Esecutivo; dall'altro, però, si appropria di un ambito di intervento che in teoria non le spetterebbe in virtù del principio di sovranità parlamentare che reclama per il Parlamento uno spazio di azione sottratto al *judicial review*. Questa lettura della so-

[56] Cfr. A. Young, *The Constitutional Implications of Brexit*, in *European Public Law*, vol. 23, 2017, pp. 757-786 e, volendo, C. Fasone, *L'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento britannico durante il processo della Brexit: alcune luci e molte ombre*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, pp. 68-82.

[57] UK Supreme Court, *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland (Cherry-Miller II)*, 2019, UKSC 41. Per una analisi dettagliata della giurisprudenza della Corte suprema sulla Brexit, cfr., tra i molti, P. Martino, *La giurisprudenza "costituzionale" sulla Brexit nel Regno Unito*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, pp. 97-115.

[58] Si veda, tra tutti, R. Ekins, *Parliamentary Sovereignty and the Politics of Prorogation*, in *Policy Exchange*, London, 2019, scrivendo, come si diceva, per una lobby di conservatori di estrema destra, quale è Policy Exchange.

[59] Così R. Ekins, *op. cit.*, p. 26 ss.

a accuratamente di bilanciare tale principio con un altro fondamentale principio dell'ordinamento costituzionale britannico, quello della *rule of law*, che è senz'altro compito di ogni organo costituzionale e, anzitutto, delle corti, proteggere[60].

5. L'uso (ormai) strumentale della sovranità parlamentare: il caso del *Rwanda Plan*

Questa tendenza nell'interpretazione della sovranità parlamentare propugnata da una parte, la più estremista, del partito conservatore, oltre che da UKIP e *Reform UK*, è volta a manipolare ed estremizzare l'uso di questo principio contro il rispetto del diritto internazionale e contro le corti. Lo status quo è ben esemplificato dalle drammatiche vicende connesse al c.d. *Rwanda Plan*[61].

In una prima versione, l'accordo, formalmente di natura non vincolante, è stato dichiarato illegittimo dalla Corte suprema in ultima istanza[62]. L'accordo, infatti, era volto a prevedere il ricollocamento di richiedenti asilo giunti sul territorio britannico in Rwanda, dove le loro domande sarebbero state evase, considerando lo Stato come "Paese terzo sicuro". Viste le evidenze trasmesse da più parti, non ultimo, l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i rifugiati, nonché il precedente fallimentare rappresentato da un analogo accordo concluso da Israele con il Rwanda, non era possibile per la Corte concludere che il Rwanda fosse un Paese sicuro, che offrisse adeguati standard di garanzia delle procedure di valutazione delle domande di asilo e che non ricollocasse poi arbitrariamente i richiedenti asilo presso Stati ulteriori, inclusi quelli di origine, con il rischio di subire gravissime violazioni dei diritti fondamentali. L'accordo, insomma, era suscettibile di violare la CEDU (in particolare l'art. 3), e di conseguenza lo *Human Rights Act* (art. 6), nonché i trattati internazionali rilevanti – in particolare la Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati e i suoi Protocolli –, e il diritto internazionale consuetudinario, vista l'inosservanza del divieto di respingimento (*non-refoulement*).

Il Governo Sunak, anzichè desistere dai suoi piani, ha rincarato la dose concludendo un nuovo accordo con il Rwanda che, in principio, cerca di fornire rassicurazioni circa le deficienze evidenziate dalla Corte suprema sul Memorandum iniziale – per esempio creando una commissione di monitoraggio indipendente sull'attuazione dell'accordo e stabilendo che il sistema di asilo Rwandese si doti di una istanza di appello contro il rigetto delle domande di asilo – e, in parallelo, presentando un disegno di legge in Parlamento che dichiara il Rwanda quale Paese sicuro. L'operazione è discutibile su più piani.

Basti pensare che lo stesso *Home Secretary* – carica chiave su cui vi è stato anche un avvicendamento in corsa – non è stato in grado di dichiarare il disegno di legge in conformità con

[60] M. Loughlin, *The British Constitution: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 111-112.
[61] Cfr. la *Migration and Development Partnership* (MEDP) e il *Memorandum of Understanding between UK and Rwanda governments*, aprile 2022.
[62] UK Supreme Court, *R (on the application of AAA (Syria) and others) v SS for the Home Department*, 2023, UKSC 42.

gli obblighi internazionali che incombono sul Regno Unito[63]. Inoltre, per quanto qui più ci interessa, da un lato, il Parlamento britannico ha potuto esercitare solo una influenza modesta sul testo dell'accordo, in virtù dei limitati poteri di controllo sui trattati internazionali[64]; dall'altro, il disegno di legge che impone il riconoscimento del Rwanda come Paese sicuro è diretto a far coprire attraverso lo schermo della sovranità parlamentare una presunzione indimostrabile: appunto, che il Rwanda sia improvvisamente diventato un Paese sicuro senza che neppure il nuovo accordo sia entrato in vigore. Per riecheggiare il celebre adagio di Dicey – «*Parliament can do everything but make a woman a man and a man a woman*» – qui si trascende il principio di sovranità parlamentare assumendo che, solo perché viene dichiarato e imposto dal Parlamento, un Paese notoriamente irrispettoso e carente sotto il profilo dei diritti fondamentali, mostri garanzie e tutele per i richiedenti asilo.

Dal disegno di legge, poi approvato come *The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*[65], discendono ulteriori problemi. La Camera dei *Lords* ha adottato una serie di emendamenti, la gran parte dei quali, però, è stata poi respinta nel quadro dell'*iter legis* tra le due Camere. Oltre alla questione della violazione dei diritti dei migranti e al rispetto del diritto internazionale, visto che la legge è chiaramente diretta alla disapplicazione di previsioni dello *Human Rights Act* e della CEDU, essa è anche suscettibile di ridefinire completamente il rapporto tra Parlamento, Governo e Corti. Infatti, *The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act* è volto ad impedire il controllo delle Corti sull'attuazione dell'accordo con il Rwanda, in una materia che, invece, prevede e richiede un intervento dei giudici a tutela dei diritti: l'art. 2 della legge stabilisce che ogni decisore pubblico, tra cui rientrano espressamente le corti chiamate a considerare una decisione del *Secretary of State* o di un *immigration officer* sul ricollocamento di un richiedente asilo in Rwanda, «*must conclusively treat the Republic of Rwanda as a safe country*». Il *judicial review* è chiaramente escluso contro una simile decisione di ricollocamento se alla base del motivo del ricorso vi è la contestazione che il Paese di destinazione non è sicuro, configurando così una chiara violazione dell'art. 6 e dell'art. 13 CEDU, quest'ultimo sulla garanzia di rimedi giurisdizionali effettivi. La legge porta quindi l'uso delle c.d. *ouster clause* (sull'esclusione di un controllo giurisdizionale) ad un livello ulteriore, in spregio alla giurisprudenza ormai consolidata[66], secondo cui simili clausole non proibiscono in ogni caso l'intervento delle corti.

Attraverso la vicenda del "*Rwanda Plan*", usando strumentalmente il "grimaldello" della sovranità parlamentare, il Governo Sunak con l'avallo di una maggioranza inerte nella

---

[63] Cfr. A. Dirri, *"Hotel Rwanda": la decisione della Corte Suprema del Regno Unito sul Rwanda Plan e le sue conseguenze*, in *Blog di Diritticomparati*, 30 gennaio 2024, e A. Donald, J. Grogan, *What are the Rwanda Treaty and the Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill?*, in *UK in a Changing Europe*, 17 aprile 2024.

[64] H. P. Hestermeyer e A. Horne, *The UK Parliament, the UK-Rwanda Agreement and the CPTPP: Why the UK Parliament's Weak Role in Treaty-Making Needs Reform,* in *VerfBlog,* 3 maggio 2024.

[65] *The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024* ha ricevuto il *royal assent* il 25 aprile 2024. Lo stesso giorno è stato ratificato l'accordo tra i due Paesi.

[66] *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission*, 1969, 2 AC 223 e, più recentemente, *R (On the application of Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal (IPT)*, 2019, UKSC 22, dove Lord Carnwath ha affermato che «*it is ultimately for the courts, not the legislature, to determine the limits set by the rule of law to the power to exclude judicial review*».

Camera dei Comuni, ha cercato di marginalizzare il ruolo delle Corti nella garanzia dei diritti e nel rispetto degli obblighi internazionali, ignorando che quello della *rule of law* rappresenta un principio costituzionale nel Regno Unito almeno quanto la sovranità parlamentare[67].

6. Conclusioni

Come messo ben in rilievo da Jeff King[68], gli effetti nel medio termine di questo "corto circuito" di rapporti tra Corti e Parlamento innescato dal *The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act* non sono chiaramente prefigurabili, ma una delle possibili risposte dei giudici potrebbe consistere anche nell'avviare, quasi per una regola del contrappasso, un "controllo di costituzionalità" di questa o di altre leggi del Parlamento, includendo l'ipotesi della disapplicazione. L'invocazione manipolatoria della sovranità parlamentare (da parte del Governo e con la maggioranza parlamentare connivente), in altri termini, potrebbe ritorcersi contro il Parlamento stesso.

Il principio di sovranità parlamentare, preconizzato quando il Parlamento di *Westminster* (la Camera dei Comuni), alla fine del XIX secolo, si stava gradualmente democratizzando, si trova oggi proiettato in un contesto tutto mutato, dove è evidente che non potrà sopravvivere nella sua forma originaria. I processi di integrazione sovranazionale – e l'abbandono di essi, come con la Brexit –, i vincoli prodotti dal diritto internazionale e i processi di decentramento e federalizzazione mal si conciliano con una versione assolutizzata della sovranità parlamentare, anche perché l'evoluzione delle democrazie costituzionali e, segnatamente, di quella del Regno Unito mostrano che vi sono altri beni costituzionali da tutelare accanto ad un Parlamento "sovrano", come i principi della *rule of law*, a cui possono essere senz'altro ascritti la tutela dei diritti fondamentali e la separazione dei poteri, ma anche il principio autonomistico e l'auto-governo quali sono disciplinati dalla legislazione sulla *devolution*.

Contro le torsioni populiste del principio di sovranità parlamentare e la demonizzazione dei giudici a cui si è assistito, almeno, negli ultimi dieci anni nel Regno Unito[69], e che rischiano di delegittimare significativamente il ruolo e la posizione del Parlamento britannico (così come del Governo) nel sistema costituzionale, sarebbe utile condurre una approfondita riflessione sulla trasformazione (e l'epilogo) della sovranità parlamentare oggi[70]. Questo non è che un primo contributo in tal senso.

---

[67] Cfr. K. Majewski, *Unconstitutionality à l'Anglaise: Is the UK having its Marbury v Madison moment?*, in *VerfBlog*, 6 maggio 2024.

[68] J. King, *The House of Lords, Constitutional Propriety, and the Safety of Rwanda Bill*, in *U.K. Const. L. Blog*, 26 gennaio 2024.

[69] G. Martinico, *"Equilibrio precario". La fragile architettura costituzionale britannica fra populismo e Brexit*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, pp. 133 ss. sviluppando ulteriormente alcune intuizioni contenute in Id., *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

[70] Per un esempio in tal senso, cfr. A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, cit., spec. pp. 750 ss.

Quando Dicey trattava di sovranità parlamentare enucleava il principio a protezione del Parlamento contro l'ingerenza delle Corti. La modifica delle dinamiche istituzionali e politiche rispetto ad allora porta forse a dire che il Parlamento – che non è solo maggioranza – dovrebbe essere garantito anzitutto di fronte al predominio del Governo: probabilmente, le Corti possono tornare utili a questo fine.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-EE6

costituzionalismo britannico e irlandese

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Sovranità e Territorial Constitution nel Regno Unito

Pamela Martino
Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Sovranità e Territorial Constitution nel Regno Unito**

di Pamela Martino*

Abstract (Ita): La qualificazione del Regno Unito quale Stato unitario rimane controversa. La devolution ha beneficiato dell'adesione all'Unione Europea, ma la Brexit ha esercitato una pressione centrifuga sull'unione ed ha evidenziato divergenze radicali tra la lettura del Governo britannico dell'ordine costituzionale del Regno Unito e quella degli Esecutivi devoluti. Questo articolo esamina i limiti dell'approccio governativo britannico al principio unitario e sottolinea la necessità di un rinnovamento culturale che superi il tradizionale anglocentrismo celato dietro il principio unitario.

Abstract (Eng): The nature of the United Kingdom as a continuing unitary state remains controversial. Devolution has been underpinned by membership of the European Union, but Brexit has placed centrifugal pressure on the union and highlighted radical divergences between the UK government's accounts of the UK constitutional order and devolved governments. This article examines the underlying limitations of the British government's insistence that the United Kingdom is a unitary state and highlights the need for cultural renewal that overcomes the traditional anglocentrism behind the unitary principle.

Parole chiave: sovranità; devolution; Europa

Keywords: sovereignty; devolution; Europe

Sommario: 1. Territorialità, sovranità e Costituzione nell'esperienza britannica; M. Keating, State and Nation in the United Kingdom. The Fractured Union, Oxford, Oxford University Press, 2021; 2. Il lessico dell'anglocentrismo: unitarianism e Stato unitario; UK Parliament, House of Commons Hansard, Creation Of Subordinate Legislatures, Volume 116: debated on Wednesday 4 June 1919, Mr Marriott, column 2103; 3. Dalla cultura dell'anglocentrismo alla devolution: la resilienza del principio unitario; 4. La questione territoriale e l'Europa: nel bene e nel male; David Cameron Statement on the UK's Future, 19-09-2014, in https://www.bbc.com/ (tondo nostro); 5. Lo United Kingdom Internal Market Act 2020; UK Parliament Hansard, United Kingdom Internal Market Bill, Volume 680: debated on Monday 14 September 2020, The Prime Minister, column 44, in https://hansard.parliament.uk/; UK Parliament Hansard, EU Withdrawal Agreement, Volume 685: debated on Wednesday 9 December 2020, M. Gove, column 849, https://hansard.parliament.uk/; UK Parliament Hansard, United Kingdom Internal Market Bill, Volume 806: debated on Monday 19 October 2020, Lord Hope of Craighead, column 1360, in https://hansard.parliament.uk/; 6. Problemi di sostenibilità della territorial Constitution; Il dibattito dottrinale che ne è derivato è stato molto acceso. Alcune voci in: S. Tierney, The Lord Advocate's Reference: Referendums and Constitutional Convention, in U.K. Const. L. Blog, 4-10-2022, (in https://ukconstitutionallaw.org/); L. Trueblood, What is the 'Purpose' of the Scottish Independence Referendum Bill?, in U.K. Const. L. Blog, 11-10-2022; A. Tickell, No Magic Bullets: Legal Issues in Achieving Independence and a Referendum, in G. Hassan, S. Barrow (eds.), A Better Nation: The Challenges of Scottish Independence, Edinburgh, Luath Press Limited, 2022, pp. 77-86; P. Petkar, Consultative Referendums and Constituent Power in the UK, in U.K. Const. L. Blog, 5-07-2022; 7. Cenni conclusivi

1. Territorialità, sovranità e Costituzione nell'esperienza britannica

L'assetto costituzionale britannico, malgrado la *devolution*, è fondato sul principio della sovranità (parlamentare) unitaria, in tempi ormai relativamente recenti messa in crisi dalla traduzione del pluralismo territoriale in istanze indipendentiste, ovvero volte ad ottenere maggiore autonomia politica, che hanno compromesso l'equilibrio tra principio unitario e principio autonomistico.

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Nel quadro di tale processo, se l'appartenenza del Regno Unito all'UE ha contribuito a preservare il dogma della sovranità unitaria, il recesso dall'UE ha rivitalizzato una discrasia latente da tempo risalente tra l'approccio culturale, dottrinale e istituzionale al principio unitario, ancorato alla sovranità del Parlamento di Westminster ad esso sottesa, e il concreto dispiegarsi della forma di Stato sul piano dell'organizzazione territoriale del potere, oramai manifestazione piena del superamento del diritto come fondato sulla sovranità unitaria. Ciò suggerisce che i rapporti UK-UE non vanno letti unicamente in chiave di sovranità esterna, ossia sulla base della dicotomia tra sistemi giuridici aperti e sistemi giuridici chiusi[1], ma in chiave di sovranità interna, ossia sulla base della dicotomia tra sovranità unitaria-sovranità divisa/condivisa tra le aree sub-nazionali del comprensorio britannico[2]. L'attuale momento costituzionale, che ha avuto un forte impatto sulla *territorial Constitution*, si connota per lo scontro insito in quest'ultima coppia dicotomica che, prima che sul piano politico-istituzionale, deve trovare composizione sul terreno delle idee.

Nel 2014 Lord Neuberger, già Presidente della Corte suprema del Regno Unito, nel corso di una conferenza su "*The British and Europe*", muovendo dal presupposto che dal 1066 i confini britannici non sono stati violati da alcuna potenza straniera, ha dichiarato che «*since Wales was effectively united with England in the 13th century, there have been no changes to the boundaries of the countries of Great Britain: there has been a union with Scotland in 1707, but that was consensual ... It is only across St George's Channel, in Ireland, that there have been problems, but they have never seriously threatened the integrity of Great Britain*»[3]. Tali affermazioni sono affini a una visione anglocentrica dell'organizzazione territoriale del Regno Unito che affonda le sue radici in un immaginario anglo-britannico[4] maturato nel formante dottrinale[5].

Nondimeno, la natura flessibile di una Costituzione non codificata come quella britannica, in quanto tale naturalmente incline ad accogliere il cambiamento ma al contempo a garantire continuità, ha reso progressivamente manifeste frizioni nell'organizzazione territoriale del comprensorio britannico[6]

M. Keating, *State and Nation in the United Kingdom. The Fractured Union*, Oxford, Oxford University Press, 2021

[1] V. A. Gentili, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2011, pp. 181-205.

[2] Dettagliatamente: la sovranità esterna indica il carattere originario e l'indipendenza dello Stato nazionale rispetto ad altre autorità politiche e religiose; la sovranità interna fa riferimento alla supremazia che lo Stato esercita sui suoi cittadini, oltre che sui poteri e le autorità operanti sul suo territorio. A tale distinzione si sovrappone quella tra nozione assoluta *e* limitata della sovranità: nel primo caso il richiamo è alle teorie assolutistiche di J. Bodin e T. Hobbes, nel secondo caso il riferimento è alla sovranità statale in epoca liberale e che ha poi connotato lo Stato liberaldemocratico e socialdemocratico contemporaneo. La prima nozione, tipica di una struttura statuale monistica e centralizzata, è incompatibile con il pluralismo che connota lo Stato democratico contemporaneo: fatti salvi la nozione di sovranità esterna e l'identificazione di un potere supremo, il concetto di sovranità limitata presuppone un limite al potere supremo al fine di evitare che le sue decisioni siano dettate dall'arbitrio da identificarsi con una divisione o articolazione istituzionale. La sovranità non si identifica più con un organo, come il Parlamento, ma assume connotazione diffusa data la presenza di più autorità superiori con la medesima fonte di legittimazione popolare e distinte per ambiti di competenza. V. D. Zolo, *Sovranità*, in *Enciclopedia italiana*, Appendice VI, Roma, Treccani, 2000, pp. 188 ss.

[3] Lord Neuberger, *The British and Europe*, Cambridge Freshfields Annual Law Lecture 2014, 12-02-2014, par. 11, in https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html.

[4] Di cui in D. Wincott, C.R.G. Murray, G. Davies, *The Anglo-British Imaginary and the Rebuilding of the UK's Territorial Constitution after Brexit: Unitary State or Union State?*, in *Territory, Politics, Governance*, 2022, pp. 696-713.

[5] B. Anderson, *Imagined Communities*, Verso, 1983; P. Kahn, *Sacrificial Nation*, 2010, in https://www.the-utopian.org/post/2340099709/sacrificial-nation.

[6]

. La Brexit poi, sui piani formale-procedurale e sostanziale, ha posto numerosi interrogativi sulla sostenibilità della *territorial constitution*: in Gran Bretagna e Irlanda del Nord teoria e prassi della Costituzione territoriale sono state sottoposte ad un forte stress, a tal punto da delineare un futuro incerto per un Paese destinato a rivedere la sua forma di Stato attuale e passibile di smembrarsi, di trasformarsi in uno Stato accentrato ovvero di avanzare sulla strada del processo devolutivo.

Territorialità, sovranità e Costituzione sono le tre parole chiave dell'incontro/scontro tra forma di Stato e forma di governo nello storico dibattito dottrinale britannico, integrato in modo significativo dalla manualistica di studiosi che hanno ancorato il diritto costituzionale all'approfondimento delle istituzioni e della loro storia, come William R. Anson, a fronte di altri, come Albert V. Dicey e Ivor Jennings, che invece hanno proceduto per concetti, in particolare quelli di sovranità parlamentare, stato di diritto e convenzioni. Nel quadro di tale dibattito, i temi territoriali (unione/Stato unitario), seppur sempre presenti, hanno svolto un ruolo significativamente limitato nelle narrazioni giuridico-costituzionali; in un certo senso fondamentali, sono stati messi raramente a fuoco in quanto oggetto di trattazione limitata, segnata da ambiguità, omissioni e lacune.

La dottrina britannica si è confrontata con la territorialità della Costituzione a partire dalla fine del secolo XIX sino agli anni '80 del secolo successivo, anche se in modo eterogeneo ovvero approfondendo l'idea di unione, il binomio Stato federale-Stato unitario, infine il concetto di "nazioni" britanniche[7]. I manuali di diritto costituzionale, tuttavia, pur richiamando il termine "unione", con particolare riferimento agli Atti di Unione tra Inghilterra e Scozia (1707) e Gran Bretagna e Irlanda (1801), in rari casi si sono interrogati sul significato del termine e sulle sue implicazioni: per lo più hanno considerato gli Atti di Unione come fasi costitutive del Regno Unito a vocazione imperiale; hanno descritto, in altri termini, un processo di espansione territoriale che ha preso le mosse dall'Inghilterra e dal diritto inglese per assumere una connotazione territoriale che è andata ben oltre i confini statuali[8]. E sebbene la trattazione dell'organizzazione territoriale del Regno Unito si sia svincolata dalla vocazione imperiale britannica a partire dagli anni '70 del secolo scorso[9], la sua prospettiva anglocentrica è rimasta intatta.

Di contro, Dicey e Jennings, distanti dall'approccio storico-narrativo di Anson, hanno guardato agli Atti di Unione come veicoli di tutela permanente delle istituzioni scozzesi e irlandesi, che ha guadagnato loro il riconoscimento di fonti di rango costituzionale. Tuttavia, secondo Dicey, il Parlamento scozzese era stato sussunto e incorporato nel Parlamento

[7] V. A. Torre, *Stato e Nazione nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, pp. 925-964.
[8] W.R. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, Oxford, Clarendon Press, 1886, Part 1, pp. 11-30. Il medesimo approccio si rinviene in: S. de Smith, *Constitutional and Administrative law*, London, Penguin, 1971; O. Hood Phillips, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth* (1952), London, Sweet and Maxwell, 1957; E. Wade, G. Phillips, *Constitutional Law*, New York, Longmans, Green & Co., 1931.
[9] A. Bradley, E. Wade, G. Phillips, *Constitutional and Administrative Law* (1931), London, Longman, 1977, pp. 32-39.

di Westminster che restava sovrano, come attesta la successiva riforma di alcune delle garanzie contenute negli *Union Acts*[10].
A differenza di Anson, ma diversamente da Dicey, Jennings ha trattato gli Atti di Unione in modo marginale nel quadro della sua analisi, ma ha continuato a descrivere il Regno Unito come formato «*extending some English institutions to Scotland and in other respects leaving Scottish institutions intact*» e poi «*applying British institutions to Ireland*»[11].
L'approccio anglocentrico della dottrina costituzionalistica britannica e la conseguente marginalizzazione, nel confronto dottrinale, di ogni forma di differenziazione tra le aree territoriali che compongono il comprensorio britannico, dunque, sono all'origine della maturazione della nozione di Stato unitario nella cultura britannica, spogliata di ogni idiosincrasia periferica.

2. Il lessico dell'anglocentrismo: *unitarianism* e Stato unitario

In *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* Dicey affermava che «*[t]he principle, in short, which gives its form to our system of government is (to use a foreign but convenient expression) "unitarianism", or the habitual exercise of supreme legislative authority by one central power, which in the particular case is the British Parliament*»[12]. Nonostante la sua duratura influenza sul dibattito dottrinale, il termine *unitarianism* non ha avuto successo e lo stesso Dicey, pur conservandolo nel corpo del suo lavoro, lo ha presto sostituito con differenti espressioni quali *unitary state*, *unitary government* ovvero *unitary constitution*[13]. Sarà necessario attendere l'edizione del 1973 del manuale di diritto costituzionale di Owen Hood Phillips[14] per tornare ad una esplicita qualificazione del Regno Unito quale Stato unitario, e prima ancora al primo importante libro di testo di Stanley de Smith dopo Dicey[15].
In tutti i casi, entrambe le espressioni, *unitarianism* e Stato unitario, esaltano la dimensione territoriale dell'organizzazione statuale. Purtuttavia, si tratta di espressioni riempite di contenuti in negativo, ovvero in termini di raffronto allo Stato federale[16], e indicative di una formula di organizzazione dei poteri anziché di governo del territorio. Per Dicey e de Smith i termini *unitarianism* e Stato unitario facevano perno intorno alla nozione di sovranità parlamentare: l'unitarismo di Dicey significava «*the habitual exercise of supreme legislative authority by one central power, which in the particular case is the British Parliament*»[17], sebbene riconoscesse la flessibilità della Costituzione britannica nel potere di Corona e Parlamento ins-

[10] «*That Parliaments have more than once intended and endeavoured to pass Acts which should tie the hands of their successors is certain, but the endeavour has always ended in failure. Of statutes intended to arrest the possible course of future legislation, the most noteworthy are the Acts which embody the treaties of Union with Scotland and Ireland. The legislators who passed these Acts assuredly intended to give to certain portions of them more than the ordinary effect of statutes. Yet the history of legislation in respect of these very Acts affords the strongest proof of the futility inherent in every attempt of one sovereign legislature to restrain the action of another equally sovereign body*» (A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, Macmillan, 1915, pp. 21-22).
[11] W.I. Jennings, *The Law and the Constitution* (1933), London, University of London Press, 1944, pp. 7-8.
[12] A.V. Dicey, *op. cit.*, p. 74.
[13] Ivi, pp. xcii, xciv, xcv, xcvii.
[14] O. Hood Phillips, *The Constitutional Law of Great Britain and the Commonwealth* (1952), London, Sweet and Maxwell, 1973.
[15] S. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, Harmondsworth, Penguin, 1971.
[16] A.V. Dicey, *op. cit.*, pp. xcv, 80; S. de Smith, *op. cit.*, p. 33.
[17] A.V. Dicey, *op. cit.*, p. 74.

ieme di modificare o abrogare qualsivoglia legge ordinaria[18]; del pari, per de Smith se il Regno Unito fosse uno Stato federale, il Parlamento «*would not be omnicompetent*»[19].
In scia si sono collocati anche scienziati della politica come John A.R. Marriott che hanno identificato il Regno Unito come «*unitary state of the ordinary kind*»[20]: come Dicey, Marriott ha sostenuto che la forma giuridica dell'impero britannico è data dal principio della sovranità parlamentare su cui poggia le basi il principio unitario abbracciando territori distinti. Successivamente eletto deputato, Marriott è tornato sul punto paventando nella distinzione tra teoria costituzionale e prassi un ampio margine di manifestazione delle criticità insite nella combinazione tra principio unitario e pluralismo territoriale: nella prassi si intravede «*a very great deal more of what is loosely called federalism in the working of the United Kingdom at present than is commonly supposed. … take the Legislature. It will be said that that, at any rate, is a unitary body. If the Legislature itself is a unitary body, the resulting legislation is not*»[21]

UK Parliament, House of Commons Hansard, *Creation Of Subordinate Legislatures*, *Volume 116: debated on Wednesday 4 June 1919*, Mr Marriott, column 2103

. L'organo legislativo è unico, ma la legislazione prodotta è differenziata per area territoriale; ciò implica che la dimensione della territorialità indebolisce la vocazione britannica allo *status* di Stato unitario.
È sottinteso che la connotazione unitaria dello Stato fa perno intorno all'Inghilterra quale motore e centro propulsore della potenza britannica: lo stesso Dicey confondeva «*the greatness of England with the prosperity of the United Kingdom and the greatness and good government of the Empire*»[22] e affermava che non vi fosse traccia «*of the existence of the federal spirit throughout the United Kingdom. In England, which is after all by far the most important part of the kingdom, the idea of federalism has hitherto been totally unknown*»; nel linguaggio politico il principio federale era strumentale al perseguimento di interessi di parte, «*but to the mass of the people the idea of federation has always been … unknown and all but incomprehensible. Scotsmen sometimes complain that Great Britain is often called England. They sometimes talk as though they were in some mysterious manner precluded from a fair share in the benefits accruing from the unity of Great Britain*», ma si trattava di «*prejudices which ... kept Scotsmen and Englishmen apart, have in reality vanished*»[23].
Nel complesso, dunque, è di tutta evidenza che la dimensione territoriale sia evanescente nella tradizione della manualistica britannica: gli Atti di Unione e la nozione di Stato unitario sono funzionali all'esaltazione del principio della sovranità parlamentare; le categorie territoriali soccombono di fronte ad un anglocentrismo istituzionale spiccato.

[18] Ivi, p. 65: «*[t]he "flexibility" of our constitution consists in the right of the Crown and the two Houses to modify or repeal any law whatever*». V. anche Ivi, p. 25.
[19] S. de Smith, *op. cit.*, p. 33.
[20] J.A.R. Marriott, *English Political Institutions. An Introductory Study*, Oxford, Clarendon Press, 1913, p. 306.
[21]
[22] A.V. Dicey, *op. cit.*, p. cii.
[23] Ivi, p. cvi.

3. Dalla cultura dell'anglocentrismo alla *devolution*: la resilienza del principio unitario

Alla fine del secolo XX l'anglocentrismo evocato dalla tradizione dei libri di testo è apparso sempre più anacronistico.

Il Regno Unito ha assunto connotazioni variabili in base alla visuale prospettica: dal centro (Inghilterra) è apparso come uno Stato-nazione unitario fondato sul principio della sovranità parlamentare; le periferie lo hanno percepito come un'unione plurinazionale[24], composta da quattro regioni, ciascuna con le proprie specificità giuridiche e culturali e le proprie istituzioni. La classe politica ha consentito, dunque, che due visioni della natura dello Stato – quella inglese, unitaria e incentrata su un Parlamento sovrano, e quella delle altre nazioni britanniche, multilivello e fondata sulla nozione di sovranità diffusa – coesistessero nel convincimento che fosse questa una strada per ricomporre le loro frizioni.

Un significativo processo di rinnovamento costituzionale ha messo a dura prova anglocentrismo e sovranità parlamentare[25]: allo sviluppo del diritto amministrativo a partire dalla fine degli anni sessanta del secolo scorso corrispondeva una imponente affermazione della giurisdizione di supervisione dell'operato del Governo[26]; la sovranità parlamentare tradizionalmente intesa vacillava a fronte dell'adesione del Regno Unito alla Comunità economica europea (CEE) il 1° marzo 1973 e del combinato disposto delle sez. 2(4) e 3 dell'*European Communities Act 1972*[27] che consentiva alle corti di giustizia di elaborare una serie di principi interpretativi tali da permettere la disapplicazione di norme interne contrastanti con il diritto comunitario. Era in atto una vera e propria "rivoluzione" costituzionale[28].

Il ritmo del cambiamento costituzionale ha subito una rilevante accelerazione con l'avvento del *New Labour* di Tony Blair che dopo il 1997 ha attuato il progetto devolutivo, mentre lo *Human Rights Act 1998* ancorava il sistema delle garanzie dei diritti fondamentali alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) incorporata nel diritto interno; se nel 2005 i giudici più anziani esprimevano apertamente dubbi sulla portata incondizionata della sovranità parlamentare[29], nel 2009 l'*Appellate Committee* della Camera dei Lord dismetteva le vesti di corte di ultima istanza passando il testimone alla Corte suprema del

[24] Cfr.: C. Kidd, *Union and Unionisms*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008; I. McLean, A. McMillan, *State of the Union. Unionism and the Alternatives in the United Kingdom since 1707*, Oxford, Oxford University Press, 2005; N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999; M. Keating, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

[25] M. Keating, *Taking Back Control? Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Journal of European Public Policy*, 2021, pp. 491-509.

[26] R. Stevens, *The English Judges: Their Role in a Changing Constitution*, Oxford and Portland, Hart, 2005, p. 26.

[27] Con la legge del 1972 il diritto comunitario veniva incorporato nell'ordinamento interno. Negli anni successivi seguì il riconoscimento giudiziario della primazia del diritto comunitario sul diritto interno: v. CGUE, *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, C 213/89, 19 giugno 1990; *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603 (HL).

[28] Come la definiva H. Wade, *Sovereignty – Revolution or Evolution?*, in *Law Quarterly Review*, 1996, pp. 568-575.

[29] Il carattere assoluto della sovranità del Parlamento era stato messo già in discussione nel 2005 in *Jackson and Others v. Her Majesty's Attorney General* [2005] 4 All ER 1253: secondo Lord Hope, infatti, «[p]arliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute» (par. 104); Lord Steyn giungeva a definire la sovranità parlamentare come un «*construct of the common law*» e affermava che «*[i]In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts … a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish*» (Ivi, par. 102).

Regno Unito quale sede di risoluzione dei conflitti tra poteri e dei conflitti territoriali, e portando a compimento il processo incrementale di potenziamento della giurisdizione delle corti avviato negli anni '70 del secolo scorso.

I costituzionalisti britannici hanno sottolineato come tale processo rivoluzionario abbia minato due capisaldi della *Constitution* britannica: «*parliamentary sovereignty as an authoritative legal doctrine and … the institutional centralism of the parliamentary state*»[30]; il Paese appariva «*more multipolar in its sources of authority and less institutionally concentrated*»[31]. È a questo periodo che si riconduce la *New British Constitution* di Vernon Bogdanor[32]: lo *Human Rights Act* ne costituiva la pietra angolare, mentre la *devolution* trasformava «*Britain from a unitary to a quasi-federal state*»[33], annunciando una «*transition from a system based on Parliamentary sovereignty to one based on the sovereignty of a constitution, albeit a constitution that is inchoate, indistinct and still in large part uncodified*»[34].

Fino a quel momento l'unione del regno era stata garantita dal radicamento culturale di una dottrina unionista di matrice multiculturale che assumeva, tuttavia, connotazione fittizia[35]: malgrado la nozione di autonomia territoriale (cd. *home rule*) fosse oggetto delle rivendicazioni dei movimenti nazionalisti irlandesi, scozzesi e gallesi sin dalla fine del secolo XIX, quello britannico si presentava come uno Stato unitario e centralizzato sul piano amministrativo, compatibile con uno strutturato sistema di *local government* e con un persistente pluralismo giuridico, in particolare in Scozia e in Irlanda, che aveva resistito agli *Acts of Union* del 1706-1707 e del 1800-1801.

La *devolution*, nella sua prima fase di carattere meramente amministrativo, non era altro che una moderata rivisitazione dell'infruttuoso progetto di *home rule* a declinazione separatista, promosso in Irlanda per via insurrezionale; avrebbe conosciuto il suo primo banco di prova in Irlanda del Nord nella forma di una *devolution* parlamentare solo tra il 1921 e il 1972, mentre in Scozia si sarebbe tradotta nell'istituzione dello *Scottish Office*, un ministero del Governo centrale competente per l'area. Si trattava di una blanda forma di riconoscimento di caratteri distintivi per le aree sub-nazionali da parte dell'amministrazione centrale che, pur garantendo una certa flessibilità nell'attuazione dell'indirizzo politico centrale in ciascuna nazione del regno, ben lungi dal configurare qualche forma di autonomia politica celava una sostanziale ritrosia a potenziare il governo territoriale per il timore di incrementali rivendicazioni di sovranità.

Dopo un primo risveglio della questione devolutiva negli anni '70 del secolo scorso, concretamente portata avanti dall'amministrazione laburista nel quinquennio 1974-1979 con una proposta naufragata a seguito di bocciatura referendaria in Galles e Scozia[36], alla fine del XX secolo il nuovo Governo laburista di Tony Blair ha attuato il progetto devolutivo

[30] N. Walker, *Our Constitutional Unsettlement*, in *Public Law*, 2014, p. 535.
[31] Ivi, p. 536.
[32] V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009.
[33] Ivi, pp. 53, 116.
[34] Ivi, p. xiii.
[35] V. K. Robbins, *Great Britain. Identities, Institutions and the Idea of Britishness*, London, Routledge, 1998, pp. 206 ss.
[36] Per ripercorrere le tappe storiche della *devolution* britannica v. A. Torre, *Devolution (dir. comp.)*, in *Enciclopedia giuridica*, Aggiornamento XV, Roma, Treccani, 2007, pp. 1-9; più approfonditamente, Id., *«On devolution», Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2000, pp. 203-340.

con l'istituzione di Legislativi ed Esecutivi autonomi per Scozia, Galles e Irlanda del Nord, subordinatamente a conferma referendaria in ciascuna regione del regno.
La *devolution* ha assunto da subito connotazione asimmetrica: se il Parlamento scozzese aveva sin da subito competenza legislativa su tutte le materie non espressamente riservate al centro, diversamente l'Assemblea gallese è stata investita in principio di mera potestà legislativa secondaria per convergere poi verso l'omologo scozzese solo successivamente; in Irlanda del Nord era istituita un'assemblea con poteri assimilabili a quelli del Parlamento scozzese, ma incorporata in una cornice istituzionale progettata per superare le divisioni storiche tra nazionalisti (principalmente cattolici) e unionisti (principalmente protestanti) e tra le due parti dell'Irlanda. Nella regione nasceva, inoltre, un Esecutivo rappresentativo sia della comunità nazionalista sia di quella unionista, assistito da numerose istituzioni di raccordo tra l'Irlanda del Nord, la Gran Bretagna, e la Repubblica d'Irlanda.
Il processo devolutivo, dispiegatosi in modo graduale con leggi successive, non ha carattere uniforme e presenta numerose lacune da colmarsi nelle successive fasi evolutive. Ma, soprattutto, alla sua realizzazione corrisponde la constatazione di una spiccata resilienza del principio unitario nei primi due decenni del secolo XXI: la devoluzione dei poteri insiste sul principio della sovranità parlamentare che resta intatto nella sua versione più ortodossa; i poteri vengono solo ceduti in prestito alle istituzioni devolute e possono essere revocati o annullati in qualsiasi momento. In altri termini, la *devolution* riformula gli equilibri di potere in uno Stato che resta unitario, conservando l'ortodossia dei rapporti di sovranità nella struttura statuale. Tale concezione unitaria di sovranità confligge sin dal principio con una distinta tradizione scozzese di sovranità condivisa e divisa[37] sin dall'*Act of Union* del 1707: se per l'Inghilterra l'Atto aveva generato uno Stato unitario facente perno intorno al Parlamento di Westminster, per la Scozia si è trattato di un patto negoziato tra due nazioni, passibile di successive rinegoziazioni.
A garanzia sostanziale del processo devolutivo sussisteva in principio solo la *Sewel Convention* – in base alla quale il Parlamento di Westminster può legiferare nelle materie devolute previo consenso dei Legislativi sub-nazionali –, che ha ricevuto riconoscimento normativo per la prima volta con lo *Scotland Act 2016* e poi con il *Wales Act 2017*: in altri termini, l'incrementale processo devolutivo sul piano normativo si è tradotto nell'adozione di leggi ordinarie prive del carattere della specialità, alla mercé dunque del Parlamento di Westminster che, tuttavia, finora ha ceduto il passo alla negoziazione politica tra le parti limitandosi a codificare l'esito di fasi di avanzamento concertato del potenziamento dell'autonomia politica delle aree sub-nazionali.

4. La questione territoriale e l'Europa: nel bene e nel male

Senza dubbio la scelta dell'amministrazione centrale di percorrere la strada della negoziazione politica con le aree sub-nazionali è connessa all'appartenenza del Regno Unito all'UE. Del resto, il primo tentativo di realizzazione del progetto devolutivo è coevo all'adesione del Regno Unito all'UE che ha costantemente fornito un contributo significativo alla sostenibilità della *devolution* nel quadro di un assetto costituzionale ancorato ad un principio rigidamente unitario.

[37] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

Secondo le leggi sulla devoluzione le istituzioni delle aree sub-nazionali sono chiamate a rispettare tanto il diritto dell'UE quanto la Cedu, talché le corti possono dichiarare *ultra vires* tutti gli atti posti in essere in violazione del diritto comunitario e del disposto convenzionale. In effetti, la maggior parte della giurisprudenza sui conflitti devolutivi ha riguardato le norme dell'UE e della Cedu piuttosto che il confine interno tra materie riservate e devolute[38].

In prospettiva più ampia, l'Europa ha fornito un significativo contesto di riflessione intorno a sovranità condivisa/divisa o post-sovranità[39]. L'UE è un sistema politico distinto in cui la questione della sovranità è da sempre controversa: la sua legittimazione non poggia su *un demos* unitario, fondata com'è sul riconoscimento del pluralismo nazionale e sull'equilibrio tra autorità nazionale e sovranazionale; non elimina i confini tra gli Stati, ma piuttosto apre le frontiere. In un contesto siffatto si è agevolmente inserita ed evoluta l'esperienza britannica.

È di tutta evidenza che le idee europee di frontiere aperte e sovranità divisa hanno assistito un assetto ordinamentale che non contempla un generico diritto all'autodeterminazione delle nazioni del Regno Unito.

Un riscontro immediato si rinviene nell'accordo del Venerdì Santo del 1998, che contempla l'ipotesi di annessione dell'Irlanda del Nord alla Repubblica d'Irlanda a seguito dell'esito positivo di un referendum *ad hoc*, riconosce ad ogni nordirlandese il diritto alla cittadinanza britannica in alternativa a quella della Repubblica d'Irlanda ovvero a entrambe, contempla istituzioni transfrontaliere destinate ad occuparsi di questioni come l'agricoltura e il turismo e un confine (in quanto confine intra-UE) privo di posti di blocco e controlli doganali; prevede organismi congiunti nord-sud (Irlanda del Nord-Repubblica d'Irlanda) ed est-ovest (Regno Unito-Irlanda) e un *British-Irish Council* rappresentativo di entrambi gli Stati sovrani. Alla riuscita dell'Accordo e alla pacificazione nell'area ha senza dubbio contribuito la comune appartenenza di Regno Unito e Irlanda all'UE; non stupisce che l'assetto istituzionale nordirlandese e di raccordo con le istituzioni britanniche e irlandesi abbia goduto sin da subito del sostegno di entrambe le comunità cattolica e protestante, sebbene l'equilibrio sia sempre rimasto precario.

La dimensione europea ha influito anche sull'assetto politico-istituzionale scozzese. I nazionalisti scozzesi fin dagli anni '80 del secolo scorso erano favorevoli all'indipendenza in Europa, mentre i sostenitori del potenziamento dell'autonomia scozzese hanno considerato il progetto di un'Europa delle Regioni come una "terza via", sebbene da qualche anno si sia svuotato di contenuti e iniziative. I sondaggi[40] hanno costantemente dimostrato che in Scozia è limitato il sostegno alla proposta di concentrazione della sovranità in un'unica sede, mostrandosi l'elettorato più disponibile ad accettare l'idea di un equilibrato governo multilivello. I Primi ministri britannici hanno sempre dichiarato che se la Scozia avesse voluto guadagnare l'indipendenza, nessuno avrebbe potuto impedirlo[41]. Ciò, tuttavia, non trova riscontri nel disposto legislativo e lo *Scotland Act* stabilisce chiaramente che l'unione

[38] Mi si consenta il rinvio all'analisi della giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito pubblicata in *Giurisprudenza costituzionale* da A. Torre e P. Martino dal 2011 ad oggi.
[39] N. MacCormick, *op. cit.*; M. Keating, *Plurinational Democracy. Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
[40] R. Liñeira, A. Henderson, L. Delaney, *Voters' Response to the Campaign*, in M. Keating (ed.), *Debating Scotland. Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum,* Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 165-190.
[41] M. Thatcher, *The Downing Street Years*, London, HarperCollins, 1993.

dei regni di Inghilterra e Scozia è una questione riservata a Westminster. Nel 2011, il Partito nazionale scozzese (SNP) ha ottenuto la maggioranza assoluta dei seggi nel Parlamento scozzese e ha dichiarato la sua intenzione di indire un referendum sull'indipendenza. L'allora Governo britannico giudicò prudente accettare, calcolando che la proposta sarebbe stata pesantemente respinta. Il risultato è stato l'Accordo di Edimburgo[42], in base al quale il Regno Unito ha accettato di presentare un ordine statutario ai sensi della Sezione 30 dello *Scotland Act*, che ha consentito di trasferire ulteriori competenze al Parlamento scozzese, compresa quella di indire un referendum sull'indipendenza. Il fronte indipendentista ha perso, ma dal 2014 l'indipendenza scozzese è ancora considerata un'opzione.
Sulla scia dell'appartenenza all'UE, il Regno Unito è apparso evolversi in direzione della trasformazione in Stato federale, ma le tensioni territoriali non si sono mai placate, neanche sul fronte regionale inglese il cui malessere[43] si è manifestato in relazione alla *West Lothian Question* – quel particolare paradosso generato dalla *devolution* per cui i deputati scozzesi, gallesi e nordirlandesi nella Camera dei Comuni partecipavano alla legislazione inerente all'intero Regno Unito, dunque compresa l'Inghilterra, mentre i deputati inglesi non potevano influire sulle scelte decisionali riguardanti i territori della devoluzione –, cui si è posto parziale rimedio con la discussa procedura *English Votes for English Laws* (EVEL)[44] in base alla quale se un progetto di legge riguarda esclusivamente il territorio inglese o gallese, solo i parlamentari eletti nelle *constituencies* inglesi o gallesi hanno diritto di voto.
Non desta meraviglia, pertanto, il fatto che poco tempo prima del referendum sulla Brexit del 2016 l'Esecutivo britannico abbia continuato a far sua la concezione del Regno Unito quale Stato unitario[45]. Il Primo ministro David Cameron ha ripetutamente sottolineato il carattere distintivo del Regno Unito dichiarando, in seguito al referendum indipendentista scozzese del 2014, che «*[t]his referendum has been hard fought. It has stirred strong passions. It has electrified politics in Scotland, and caught the imagination of people across the whole of our United Kingdom. …It will be remembered as a powerful demonstration of the strength and vitality of* our ancient democracy»[46]

***David Cameron Statement on the UK's Future*, 19-09-2014, in https://www.bbc.com/ (tondo nostro)**

. La gestione dei rapporti con le istituzioni devolute si è fondata su convenzioni e concordati, almeno fin dove non fosse in discussione il diritto dell'UE[47]. Nonostante le importanti riforme costituzionali *pre* Brexit, dunque, il tradizionale anglocentrismo è rimasto intatto.
Si può affermare, pertanto, che fino al referendum sul recesso dall'UE le criticità legate all'assetto devolutivo erano coperte dai termini dell'adesione all'UE. La legislazione britannica sulla *devolution* vietava alle istituzioni devolute l'adozione di misure contrarie al diritto

[42] HM Government, The Scottish Government, *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, Edinburgh, 15-10-2012.
[43] M. Kenny, *The Politics of English Nationhood*, Oxford, Oxford University Press, 2014.
[44] La procedura, piena di criticità, dai più non è stata ritenuta risolutiva: in proposito v. B. Guastaferro, *Rinnegare Edmund Burke? English Votes for English Laws e rappresentanza politica*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 573-576, e J. Frosini, *C'è chi dice no: la Scozia non abbandona l'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 922-925.
[45] S. Douglas-Scott, *Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution*, in *Modern Law Review*, 2016, pp. 1019-1040.
[46]
[47] A. Scott, *The Role of Concordats in the New Governance of Britain: Taking Subsidiarity Seriously?*, in *Edinburgh Law Review*, 2001, pp. 21-48.

dell'UE[48]; le istituzioni devolute erano obbligate a rispettare le regole del mercato unico europeo (ai sensi degli artt. 34-35 TFUE). La *European Union Committee* della Camera dei Lord concludeva che «*the European Union has been, in effect, part of the glue holding the United Kingdom together since 1997. … In practice, the UK internal market has been upheld by the rules of the EU internal market*»[49]. La sussidiarietà comunitaria consentiva alle istituzioni devolute di concordare con il centro decisionale britannico le politiche attuative della normativa europea a livello nazionale, in particolare laddove le direttive comunitarie delineassero ampie cornici normative[50]. Il collante dell'UE generava, dunque, un vincolo flessibile che consentiva alle istituzioni sub-nazionali di concertare soluzioni differenziate all'interno del Regno Unito[51].

Non stupisce che le riforme costituzionali britanniche degli ultimi due decenni abbiano agganciato le questioni devolutive a quelle europee e, soprattutto, che il recesso dall'UE abbia determinato una significativa modifica dell'assetto costituzionale con particolare riferimento all'organizzazione territoriale dei poteri. La decisione conseguente all'esito del referendum del giugno 2016 ha avuto importanti ricadute sulla *Constitution* del Regno Unito e sui suoi rapporti con la Repubblica d'Irlanda.

Il sostegno popolare scozzese e nordirlandese alla permanenza in UE è parso costringere le due aree sub-nazionali ad un recesso indesiderato[52]. Atteso il risultato del referendum, l'Esecutivo britannico e quelli sub-nazionali erano destinati a contendersi le competenze restituite dall'UE nel quadro di un ordinamento costituzionale non ancorato a una Costituzione scritta. Dunque, il Regno Unito è diventato una sorta di Grande fratello del cambiamento costituzionale nel quadro di una cornice giuridica incerta che ha reso necessarie disposizioni speciali, come quelle contenute nel Protocollo sottoscritto da Londra e Bruxelles a margine dell'accordo commerciale sul *post* Brexit: il Protocollo lascia l'Irlanda del Nord vincolata alle norme doganali e del mercato unico europeo e al contempo parte del territorio doganale britannico, ideato come soluzione per garantire il mantenimento del confine aperto fra Irlanda del Nord e Repubblica d'Irlanda[53] come previsto dallo storico Accordo di pace del Venerdì Santo 1998.

Frattanto, istituzioni centrali e sub-nazionali si son fatte protagoniste di una prova di forza per la *repatriation* delle competenze dell'UE che in verità ha riproposto lo scontro tra il dogma dell'unitarietà, cui il Governo di Londra non ha mai rinunciato, e l'esigenza di una

[48] *Scotland Act 1998*, s. 29(2)(d), s. 54 e s. 57(2); *Government of Wales Act 2006*, s. 108(6)(c) e s. 80(8); *Northern Ireland Act 1998*, s. 6(2)(d) e s. 24(1).

[49] House of Lords European Union Committee, *Brexit: Devolution*, 4th Report of Session 2017–19, 19-07-2017, HL Paper 9, p. 12.

[50] J. Hunt, *Devolution and Differentiation: Regional Variation in EU Law*, in *Legal Studies*, 2010, pp. 421-441.

[51] Esemplificativa è la decisione scozzese di fissare un prezzo minimo per l'alcol ai sensi dell'*Alcohol (Minimum Pricing) (Scotland) Act 2012* muovendo dal disposto dell'art. 36 TFUE a norma del quale, in nome della flessibilità consentita dal diritto comunitario nel quadro della libera circolazione delle merci, le tutele del mercato unico non precludono «divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di … tutela della salute e della vita delle persone». Sulla contestazione della misura, ritenuta una restrizione commerciale dissimulata, si è pronunciata la Corte suprema del Regno Unito in *Scotch Whisky Association and others v The Lord Advocate and another (Scotland)* [2017] UKSC 76.

[52] Per una disamina dell'esito della consultazione elettorale del 2016 nel comprensorio britannico e delle sue conseguenze sull'assetto costituzionale v.: C. Martinelli (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2017; di recente, un'analisi matura e critica delle implicazioni costituzionali della Brexit in Id., *La Brexit e la Costituzione britannica*, Torino, Giappichelli, 2023.

[53] *Withdrawal Agreement (Agreement on the Withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community)* 30 January 2020.

rinnovata formula di concertazione nel quadro di un processo devolutivo incrementale, destinato oramai a non regredire.

Pertanto, a fronte del proposito dell'amministrazione di Theresa May di ridimensionare il ruolo delle istituzioni devolute con l'avallo della sentenza *Miller I*[54] – con cui la Corte suprema ripristinava il principio della sovranità parlamentare in ordine al processo di recesso dall'UE, lasciando al contrario in sordina la convenzione *Sewel* definita dalla Corte come una mera convenzione politica non azionabile in giudizio –, confermato dal varo dell'*EU (Withdrawal) Bill* che contemplava il rimpatrio delle competenze dell'UE a Westminster, alcune delle quali avrebbero potuto essere successivamente restituite alle istituzioni sub-nazionali[55], l'esito delle elezioni generali del 2017 ha sconvolto i piani del Primo Ministro: l'accordo Conservatori-DUP ha reso la negoziazione di un'intesa speciale per l'Irlanda del Nord molto più complessa; la posizione precaria di May in Parlamento, inoltre, è dipesa dai suoi 13 deputati scozzesi i cui seggi parlamentari sarebbero stati a rischio se avessero acconsentito al rimpatrio dei poteri a Londra senza specifiche tutele per le aree devolute. L'*EU Withdrawal Bill* è stato dunque modificato per riflettere il presupposto in base al quale «*that powers returning from the EU should sit at a devolved level*»: «*we have all – the UK government and the devolved governments together – agreed that we will need to have* frameworks *that break down which powers should sit where once they have returned from Brussels*». D'altro canto, «*some powers are clearly related to the UK as a whole and will need to continue to apply in the same way across all four nations … the United Kingdom's common market … is one of the fundamental expressions of the constitutional integrity that underpins our existence as a union. The Government will protect that vital common market of the UK. And by retaining UK* frameworks *where necessary we will retain our ability not only to act in the national interest when we need to, but to do so with a unity of purpose that places the prosperity and security of all of our citizens, no matter where they're from or where they were born, to the fore*»[56].

Sebbene fortemente criticata da alcuni esponenti del Partito conservatore per lo spazio che il disposto legislativo concedeva alle istituzioni della devoluzione, la legge, come modificata *ex* sez. 12 dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018*, ha preservato la capacità di Westminster di stipulare accordi di carattere generale e di bloccare sviluppi devoluti potenzialmente confliggenti con gli obiettivi dell'amministrazione centrale; il Parlamento di Westminster è stato chiamato a cercare, pur non dovendo necessariamente ottenerlo, il consenso dei Legislativi devoluti per imporre restrizioni al loro mandato legislativo.

5. Lo *United Kingdom Internal Market Act 2020*

Un ulteriore step del processo governativo volto al riaccentramento delle competenze nelle materie devolute è stato scandito dall'*iter* che ha condotto all'approvazione dell'*UK Internal Market Act 2020*. Nel luglio 2020, il Libro bianco sul mercato interno annunciava la fine del periodo di transizione/attuazione della Brexit promettendo il «*single biggest transfer*

[54] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.
[55] House of Lords Select Committee on the Constitution, *European Union (Withdrawal) Bill: Interim Report*, 3rd Report of Session 2017–19, HL Paper 19, parr. 73-74, in https://publications.parliament.uk/.
[56] D. Lidington, *United at Home, Stronger Abroad*, 26-02-2018, in https://www.gov.uk/government/speeches/united-at-home-stronger-abroad (tondo nostro).

of powers to the devolved administrations in history»[57], malgrado muovesse dal presupposto del Regno Unito quale Stato unitario e dei Legislativi devoluti quali istituzioni democratiche, ciascuna espressione della «*unique history of that part of the UK, and their history within the Union of the United Kingdom*»[58] nonché titolare di ampi ambiti di competenze. Il Governo britannico si concentrava sul rischio che il rimpatrio delle competenze presso le istituzioni sub-nazionali producesse «*unnecessary regulatory barriers … between the different parts of the UK*», da scongiurarsi con la garanzia di un «*continued market access across the UK, delivered through the principles of mutual recognition and non-discrimination*»[59].

Il concetto di Stato unitario riproposto nel libro bianco governativo appariva strumentale al contenimento delle istanze sub-nazionali come confermano i paragrafi sulla storia dell'Unione[60] in cui all'Atto di Unione è imputata l'eliminazione di tutte le barriere al commercio tra le aree territoriali costitutive del Regno Unito, fatte salve alcune eccezioni[61].

È di tutta evidenza che le lacune del documento delineavano contorni incerti del funzionamento del mercato interno del Regno Unito dopo la Brexit. Pur deliberatamente sottolineando l'effetto vincolante del diritto dell'UE sulle istituzioni sub-nazionali fino alla fine del periodo di transizione/attuazione dell'accordo di recesso[62], l'Esecutivo ignorava il carattere generale di molte direttive dell'UE e le eccezioni al funzionamento delle norme fondamentali del mercato unico, di fatto sottovalutando la considerevole autonomia che la normativa UE aveva concesso alle istituzioni devolute; pertanto, non sorprende che queste ultime ne abbiano contestato il contenuto[63] né che l'approvazione dell'*UK Internal Market Act 2020* sia stata alquanto controversa.

Una delle criticità del progetto di legge, che si proponeva di fissare regole di funzionamento del mercato interno britannico ispirate ai principi di riconoscimento reciproco e non discriminazione al fine di evitare ostacoli alla circolazione delle merci tra le aree sub-nazionali britanniche, era senza dubbio legata alla permanenza dell'Irlanda del Nord nel mercato unico europeo[64].

In base al primo principio, infatti, le merci possono essere liberamente commercializzate in tutte le parti del Paese, ma la vendita di prodotti dalla Gran Bretagna all'Irlanda del Nord è subordinata al rispetto degli standard europei. Su tale aspetto il succitato Libro bianco si era limitato all'impegno a «*legislating for full unfettered access for Northern Ireland goods to the UK market by the end of this year*»[65]. Il carattere aleatorio delle dichiarazioni governative sembrava celare l'intenzione del Governo britannico di violare gli impegni assunti con l'accordo di recesso e con il Protocollo. Il testo originario prevedeva la possibilità per i Ministri britannici di disapplicare o modificare le procedure stabilite dal *withdrawal agreement*

[57] Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *UK Internal Market*, July 2020, CP 278, par. 12, in https://assets.publishing.service.gov.uk/.
[58] Ivi, par. 16.
[59] Ivi, par. 28.
[60] Ivi, parr. 58-64.
[61] Cfr.: G. Denton, T. Fahy, *The Northern Ireland Land Boundary 1923–1992*, Belfast, H.M. Customs and Excise, 1993; C. Murray, C. Rice, *Into the Unknown: Implementing the Protocol on Ireland/Northern Ireland*, in *Journal of Cross Border Studies in Ireland*, 2020, pp. 17-32.
[62] Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *op. cit.*, par. 64.
[63] N. Pooran, *SNP's Michael Russell Fears Brexit "Power Grab" Blow to Devolution*, in *The Sunday Times*, 05-07-2020, in https://www.thetimes.co.uk.
[64] Sulle criticità insite nel disegno di legge e sul controverso dibattito parlamentare v. G. Caravale, *Deal is done! Il prezzo della sovranità e le sfide per il futuro post Brexit*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2020, pp. 1-7.
[65] Department for Business, Energy and Industrial Strategy, *op. cit.*, par. 29.

in relazione all'Irlanda del Nord, riguardo sia alla circolazione dei beni, sia agli aiuti di Stato a sostegno delle imprese e delle attività economiche, consentendo ai regolamenti dell'Esecutivo di preservare la loro validità nonostante l'incompatibilità con gli accordi internazionali e con la normativa nazionale, senza che potessero essere oggetto di *judicial review*.

Se a ciò si aggiunge che in base al principio di non discriminazione, cui il disegno di legge si ispirava, vigeva il divieto di favorire beni e servizi prodotti in una specifica parte del Regno e che conseguentemente cresceva il timore delle nazioni devolute di una imposizione da parte del Governo centrale degli standard relativi ai prodotti, ai beni e ai servizi, comprimendo la possibilità per i Legislativi devoluti di stabilire proprie regole, si comprende la forte opposizione delle aree sub-nazionali all'approvazione del testo nella versione originaria.

Al fine di giustificare il suo approccio centralista in Parlamento, il Primo Ministro Johnson dichiarava, sulla scia di un nazionalismo fanatico, che «*[t]he EU is threatening to carve tariff borders across our own country, to divide our land, to change the basic facts about the economic geography of the United Kingdom and, egregiously, to ride roughshod over its own commitment under article 4 of the protocol*»[66]

UK Parliament Hansard, *United Kingdom Internal Market Bill, Volume 680: debated on Monday 14 September 2020*, The Prime Minister, column 44, in https://hansard.parliament.uk/

.

Sollecitato dall'*European Union Committee* della Camera dei Lord[67] – che invitava il Governo a ritirare il disposto del progetto di legge espressione di una contromisura unilaterale dell'Esecutivo in caso di violazione del Protocollo da parte dell'UE a fronte delle garanzie ivi previste, tra cui procedure di arbitrato e risoluzione delle controversie, passibili di essere invocate dal Regno Unito se l'UE non avesse rispettato gli obblighi previsti dal protocollo – e all'esito della riunione dello *EU-UK Joint Committee*, responsabile del controllo sull'applicazione dell'accordo di recesso, il Governo ritirava la parte 5 del disegno di legge. Persino in tale circostanza il conservatore Michael Gove esaltava la primazia del Parlamento di Westminster dichiarando che «*[h]aving put beyond doubt the primacy of the sovereignty of this place [the UK Parliament] as we leave the EU, we rest safe in the knowledge that such provisions are no longer required*»[68]

UK Parliament Hansard, *EU Withdrawal Agreement*, *Volume 685: debated on Wednesday 9 December 2020*, M. Gove, column 849, https://hansard.parliament.uk/

.

Il Libro bianco aveva esplicitato garanzie sul mantenimento delle competenze devolute: «*the devolved administrations would retain the right to legislate in devolved policy areas that they currently*

66

67 House of Lords European Union Committee, *The United Kingdom Internal Market Bill: Part 5*, 14th Report of Session 2019–21, HL Paper 147, 16-10-2020, in https://committees.parliament.uk/.

68

enjoy» (par. 32). Si rinviene un pallido riflesso di questo impegno nelle sezioni 4 e 9 della legge, che protegge le misure devolute esistenti dall'applicazione dei principi di riconoscimento reciproco e di non discriminazione, ma non si estende al futuro. Nel complesso, la legge sul mercato interno impone maggiori restrizioni alle competenze delle istituzioni sub-nazionali rispetto alle disposizioni del mercato unico dell'UE, nonostante l'impegno a utilizzare *common frameworks* per la sua regolamentazione. Lord Hope, redattore delle principali sentenze relative ai primi due decenni di devoluzione, considerava i termini della legislazione deliberatamente conflittuali: «*this Parliament can do what it likes, but a different approach is essential if the union is to hold together*»[69]

UK Parliament Hansard, *United Kingdom Internal Market Bill, Volume 806: debated on Monday 19 October 2020*, Lord Hope of Craighead, column 1360, in https://hansard.parliament.uk/

.

Ciò lasciava intendere che la legge avrebbe generato numerose controversie tra lo Stato centrale e le aree sub-nazionali. Difatti, quando la legge è stata promulgata malgrado la mancata approvazione della relativa *legislative consent motion* in Scozia e Galles, che paventava una regressione del processo devolutivo e suggeriva un approccio governativo volto a strumentalizzare la contingenza pandemica per riacquisire il controllo dell'intero comprensorio britannico, la netta dicotomia tra due letture opposte della normativa in chiave di accentramento/*devolution* si è fatta evidente. Nel convincimento che, malgrado lo spazio lasciato dal *Withdrawal Act del 2018* a nuove competenze delle istituzioni devolute a partire dal 31 dicembre 2020, il margine di manovra delle aree sub-nazionali era destinato ad essere circoscritto e supervisionato da Londra, l'*UK Internal Market Act 2020* è stato impugnato su ricorso gallese avverso l'amministrazione centrale, sulla base della presunta violazione del riparto di competenze tra Legislativo gallese e Parlamento di Westminster e della implicita abrogazione del *Government of Wales Act 2006*. La *Divisional Court* ha dichiarato inammissibile il ricorso ritenendolo non ancora maturo, data l'insussistenza di concreti margini per verificare eventuali profili di interferenza della legge del 2020 con la competenza legislativa del Parlamento gallese, non avendo quest'ultimo ancora approvato alcuna legge in materia[70]; indiscusso resta il valore simbolico del ricorso, che ha riportato in auge un conflitto risalente tra una cultura centralista che pervade gli organi di governo di Londra e la radicata natura plurinazionale del comprensorio britannico.

6. Problemi di sostenibilità della *territorial Constitution*

L'enfatico rifiuto dell'*Home Rule for Ireland* da parte di Dicey ha costituito la base dottrinale per molte delle critiche che, più di un secolo dopo, furono rivolte alla devoluzione. Per Dicey un simile assetto equivaleva a una "semi-indipendenza" passibile di consentire l'attribuzione di «*every mishap to the absence of absolute freedom*»[71], nel convincimento che un passo

69

70 *The Counsel General for Wales v The Secretary of State for Business Energy and Industrial Strategy* [2021] EWHC 950 (Admin).

71 A.V. Dicey, *England's Case Against Home Rule* (1886), Richmond (Surrey), Richmond Publishing, 1973, p. 184.

verso la devoluzione avrebbe accelerato il collasso del Regno Unito. Nessun progetto devolutivo avrebbe soddisfatto le aspettative di indipendenza legislativa mentre «*leave to England as much supremacy as may be necessary for the prosperity of the United Kingdom, or for the continued existence of the British Empire*»[72] avrebbe procurato vantaggio a tutto il comprensorio britannico sulla scena mondiale.

Quando la questione devolutiva ha ripreso vigore nel dibattito politico e dottrinale all'inizio degli anni '70 del secolo scorso e ha trovato poi concreta attuazione alla fine degli anni '90, è emersa con evidenza l'incompatibilità dell'ortodossia diceyiana con l'adesione del Regno Unito all'UE prima, e con la rinnovata organizzazione territoriale dei poteri dopo. Il tradizionale immaginario anglo-britannico, intriso di uno spiccato anglocentrismo, poteva ritenersi superato se la Brexit non avesse riavvolto il nastro riaprendo il dibattito su una possibile e necessaria rivisitazione della dottrina dello Stato unitario facente perno intorno alla sovranità parlamentare.

Non potendosi più sostenere, come faceva Dicey, che la devoluzione sia di difficile attuazione, considerato che ad oggi è nota distintiva dell'ordine costituzionale britannico, e dovendosi constatare che l'effettivo funzionamento di tale ordine costituzionale è stato favorito dall'appartenenza del Regno Unito all'UE e dal diritto dell'UE fondato sul principio di sussidiarietà, la rivitalizzazione enfatica della sovranità diceyana da parte dell'Esecutivo britannico potrebbe ora contribuire a rendere insostenibile lo Stato devoluto.

E a nulla vale fare appello all'intervento risolutivo delle corti di giustizia, in particolare della Corte suprema che, come in tutti gli Stati unitari composti[73], ha l'imprescindibile ruolo di preservazione dell'equilibrio tra unità e pluralismo. Se il ruolo arbitrale del potere giurisdizionale è irrinunciabile in tutti quegli Stati in cui la produzione normativa è articolata su più livelli di governo e, dunque, non è insolito che insorgano conflitti di competenza tra legislatore centrale e legislatori periferici, in momenti di crisi del sistema o eccezionali alcune Corti tendono a custodire prioritariamente la tenuta unitaria dell'ordinamento[74]. E la Corte suprema del Regno Unito non fa eccezione: quando la Brexit ha riacceso le tensioni tra le aree sub-nazionali e l'amministrazione centrale, la Corte ha ancorato il principio unitario alla sovranità parlamentare di Westminster.

La clausola di supremazia del Parlamento di Westminster, sulla quale si fonda il concetto di unitarietà, è contenuta in tutte le leggi della devoluzione, *in primis* nella sez. 28(7) dello *Scotland Act 2016*, temperata di fatto dalla *Sewel Convention*[75], codificata per la prima volta nella stessa legge alla sez. 28(8). Tale codificazione, tuttavia, è stata svuotata di contenuti nella sentenza *Miller I* con la quale la Corte suprema ha dichiarato la convenzione non giustiziabile, impedendo sostanzialmente alle corti di interferire con le scelte legislative del Parlamento sovrano eventualmente invalidando un atto approvato in violazione della convenzione, e di fatto rivitalizzando la nozione ortodossa diceyiana di sovranità parlamentare unitaria che tutto può e rispetto alla quale nulla può alcun altro potere dello Stato.

[72] Ivi, p. 281.
[73] Sulla definizione di Stato unitario composto, per tutti, R. Bifulco, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995.
[74] V. B. Guastaferro, *Principio autonomistico e rivendicazioni indipendentiste in Italia, Spagna e Regno Unito: il ruolo della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, pp. 413-432.
[75] Come afferma R. Brazier in *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 112.

Inoltre, in costanza di recesso dall'UE, l'entrata in vigore dell'*EU (Withdrawal) Act 2018*, che abrogava lo *European Communities Act 1972*, ha contribuito a inasprire i conflitti territoriali: la novella legislativa, conferendo rango primario alle norme comunitarie in vigore nel Regno Unito prima della Brexit (la cd. *retained EU law*), passibili di modifica con legislazione secondaria dell'Esecutivo britannico, è stata considerata un affronto alla *devolution* in quanto garantiva la dominazione del processo di recesso da parte dell'Esecutivo britannico e precludeva ai Legislativi sub-nazionali qualsivoglia forma di controllo. Se a ciò si aggiunge la scelta dell'amministrazione centrale di promuovere il prosieguo dell'*iter legis* a prescindere dal diniego dell'approvazione della *consent motion* del Legislativo sub-nazionale scozzese[76], si comprendono prima la reazione scozzese all'indifferenza governativa, concretizzatasi nella presentazione in seno al Parlamento scozzese di un *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* analogo a quello approvato a Westminster, poi la prima impugnazione di un progetto di legge scozzese da parte del Governo dinanzi alla Corte suprema del Regno Unito ai sensi della *Section* 33 dello *Scotland Act 1998*.

La Corte suprema[77] ha rilevato nella *section* 17 del progetto di legge, finalizzato a convertire in diritto interno scozzese il diritto dell'UE che insiste sulle materie devolute, un profilo di illegittimità nella parte in cui contemplava l'acquisizione del consenso del ministro scozzese competente ogni qual volta la normativa secondaria adottata dal Governo di Londra per modificare o abrogare la *retained EU law* impattasse sulle materie devolute. Considerato che a norma della *Schedule* 4, par. 4.1, dello *Scotland Act 1998* «*[a]n Act of the Scottish Parliament cannot modify, or confer power by subordinate legislation to modify, this Act*», e che dunque sussiste un ben definito ordine gerarchico tra la fonte legislativa sub-nazionale e lo *Scotland Act*, secondo il collegio giudicante la sezione 17 del progetto di legge scozzese modifica la sez. 28(7) dello *Scotland Act*, in base alla quale il conferimento di poteri legislativi al Parlamento scozzese non interferisce con il potere del Parlamento di Westminster di approvare leggi per la Scozia: condizionando l'efficacia legale della legislazione secondaria delegata al consenso del ministro scozzese, la sezione 17 contravviene al disposto di cui alla sez. 28(7) dello *Scotland Act* ed è, pertanto, illegittima.

Ancora, particolare rilievo ha avuto la pronuncia della Corte suprema in relazione all'eventuale indizione di un secondo referendum indipendentista: malgrado l'esito del referendum del 18 settembre 2014[78], la causa indipendentista in Scozia non ha affatto perso vigore. Diversamente dal 2014 quando la consultazione referendaria era stata indetta previa adozione dello *Scotland Act 1998 (modification of Schedule 5) Order 2013* il cui disposto aveva sigillato il legittimo esercizio del potere legislativo del Parlamento scozzese in materia[79], secondo quanto previsto dall'Accordo di Edimburgo del 15 ottobre 2012[80], l'Esecutivo di

[76] L'approvazione della *legislative consent motion* è l'atto con cui i Legislativi devoluti consentono l'ingerenza di Westminster nelle materie devolute ed eventualmente propongono emendamenti dei quali le Camere tengono conto in corso di approvazione del progetto di legge.

[77] *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)* (2018) UKSC 64.

[78] Sulle premesse, la realizzazione e le prospettive costituzionali del referendum del 2014, v.: A. Torre (cur.), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna (RN), Maggioli, 2016; G. Marzulli, *Il* nomos *della Scozia: il referendum sull'indipendenza nella rete ingarbugliata della sovranità*, in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee,* devolution *in una prospettiva comparata*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 181-222.

[79] House of Commons Library, *Scottish Devolution: Section 30 Orders*, a cura di D. Torrance, 15-06-2022.

[80] HM Government, The Scottish Government, *Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland*, Edinburgh, 15-10-2012.

Londra si è mostrato da subito determinato a respingere l'eventualità dell'adozione di un nuovo *order in council* ai sensi della sezione 30 dello *Scotland Act 1998* per consentire l'approvazione di una legge sul secondo referendum indipendentista. Ciononostante, nel 2022 il Governo scozzese approntava lo *Scottish Independence Referendum Bill* senza il consenso del Governo britannico[81]

Il dibattito dottrinale che ne è derivato è stato molto acceso. Alcune voci in: S. Tierney, *The Lord Advocate's Reference: Referendums and Constitutional Convention*, in *U.K. Const. L. Blog*, 4-10-2022, (in https://ukconstitutionallaw.org/); L. Trueblood, *What is the 'Purpose' of the Scottish Independence Referendum Bill?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 11-10-2022; A. Tickell, *No Magic Bullets: Legal Issues in Achieving Independence and a Referendum*, in G. Hassan, S. Barrow (eds.), *A Better Nation: The Challenges of Scottish Independence,* Edinburgh, Luath Press Limited, 2022, pp. 77-86; P. Petkar, *Consultative Referendums and Constituent Power in the UK*, in *U.K. Const. L. Blog*, 5-07-2022

. Di seguito, a norma della *Schedule* 6, par. 34, dello *Scotland Act 1998*, il *Lord Advocate*, chiamato dallo *Scottish Ministerial Code* ad autorizzare la dichiarazione che un disegno di legge governativo rientra nella competenza legislativa del Parlamento scozzese, chiedeva un giudizio di *reference* alla Corte suprema.

La Corte suprema, pronunciatasi il 23 novembre 2022[82], ha dichiarato all'unanimità che il Parlamento scozzese non ha il potere di legiferare in ordine al referendum indipendentista impedendo di fatto l'avvio dell'*iter* parlamentare di approvazione.

La pronuncia assume particolare rilievo non solo in quanto denota l'avvio di un *trend* giurisprudenziale volto ad esercitare un controllo pervasivo della normativa devoluta, anche ove le *devolution issues* manifestino una marcata connotazione politica, ma soprattutto per l'attenzione posta dalla Corte sulle implicazioni politico-pratiche del progetto di legge di indizione del secondo referendum indipendentista scozzese. Nel caso in esame, infatti, secondo la Corte gli effetti immediati del progetto di legge di indizione del secondo referendum indipendentista avrebbero connotazione politica con il proposito di condizionare i processi politici sino a minare concretamente l'integrità dell'Unione e la sovranità del Parlamento di Westminster (parr. 71-72)[83], costretto di fatto a tener conto dell'esito della consultazione popolare.

Da ultimo, il peculiare caso nordirlandese nel quadro dell'assetto devolutivo asimmetrico britannico ha confermato la propensione del Giudiziario a custodire il principio unitario

81

82 *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of the Schedule 6 to the Scotland Act 1998* [2022] UKSC 31.

83 Già in *Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill/Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland – European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42 la Corte dichiarava illegittima la normativa scozzese che violava il principio della sovranità parlamentare e interferiva con la capacità del Parlamento di Westminster di legiferare sulle questioni scozzesi *ex* sez. 28(7) dello *Scotland Act*. Il percorso argomentativo alla base del pronunciamento appare affine a quello del caso sul secondo referendum indipendentista scozzese, malgrado il disposto dello *Scotland Act* violato non attenga precisamente al riparto di competenze legislative: in entrambi i casi, infatti, la normativa scozzese ha implicazioni politiche o pratiche passibili di confliggere in modo significativo con la legislazione in materia di devoluzione.

sotto l'egida della sovranità del Parlamento di Westminster.
Paventando un avvicinamento dell'Irlanda del Nord a Dublino, determinato dal Protocollo, passibile di avere ricadute divisive per il comprensorio britannico, esponenti della destra unionista protestante nordirlandese hanno promosso dinanzi alla *High Court* un'azione legale per *judicial review* del Protocollo, ritenuto confliggente con l'Accordo del Venerdì Santo del 1998 e con gli *Acts of Union*. Con la sentenza *Allister & Ors, Re Application for Judicial Review & Protocol NI EU exit*[84], la Corte ha respinto il ricorso: pur ammettendo che il Protocollo confligge con gli *Acts of Union 1800*[85] con riguardo in particolare al libero commercio tra Gran Bretagna e Irlanda del Nord, la Corte ha dichiarato che gli stessi non possono essere invocati per superare la chiara volontà del Parlamento della quale è espressione l'*EU [Withdrawal Agreement] Act 2020*, che conferisce forza giuridica nell'ordinamento interno all'accordo comprensivo del Protocollo.
La matrice delle argomentazioni dei ricorrenti risiedeva nel richiamo dell'art. VI dell'*Act of Union* a norma del quale irlandesi e britannici erano da intendersi come «*on the same footing*» quanto al commercio interno, status da preservarsi nei trattati internazionali: a tal proposito, la Corte non confutava il contrasto tra il Protocollo e gli *Acts of Union*, ma sottolineava le numerose occasioni di modifica degli stessi quali quelle apportate dal *Government of Ireland Act 1920* o dal *Northern Ireland Act 1998*; la stessa *devolution* non sarebbe stata attuata se gli *Acts of Union* non fossero stati modificati nel corso dei secoli; atteso inoltre che, a fronte di un disposto letterale generico degli *Union Acts*, *l'Act 2020* comprensivo del Protocollo, da considerarsi norma di pari rango costituzionale, contiene disciplina completa e dettagliata, e che il Parlamento non può vincolare se stesso *pro futuro*, il giudice ha optato per l'applicazione del secondo.
La decisione, passibile di assecondare la condivisione con le aree della devoluzione dell'attuazione delle strategie politiche centrali e dunque di pressoché certa impugnazione, ha alimentato la consapevolezza che un sano processo devolutivo incrementale non può contare sul ruolo arbitrale delle Corti per dirimere le controversie tra l'amministrazione centrale e quelle devolute.
La pronuncia, impugnata dinanzi alla *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord per contestare l'abrogazione implicita degli *Acts of Union 1800* da parte di un successivo atto del Parlamento benché anch'esso di rango costituzionale, ha confermato il giudizio di primo grado[86].
Infine, il ricorso dinanzi alla Corte suprema del Regno Unito, che ha contestato la legittimità del *Northern Ireland Protocol* sia rispetto all'Articolo VI degli *Acts of Union 1800* sia rispetto al *Northern Ireland Act 1998*, si è risolto in un rigetto del collegio unanime[87]. La pronuncia ha rimarcato sin dall'*incipit* il coinvolgimento del Parlamento in tutte le fasi del recesso dall'UE e, replicando a tutti i motivi di contestazione, ha ribadito in tutti i casi che la

[84] [2021] NIQB 64. Per approfondimenti critici della sentenza v.: A. Deb, *The Union in Court: Allister and others' Application for Judicial Review [2021] NIQB 64*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2022, pp. 138-161; C. Murray, *Vichy France and Vassalage: Hyperbole versus the Northern Ireland Protocol*, in *U.K. Const. L. Blog*, 1-7-2021.
[85] Il riferimento è ai due atti simultaneamente approvati dal Parlamento britannico e dal Parlamento irlandese ossia rispettivamente l'*Union with Ireland Act 1800* e l'*Act of Union (Ireland) 1800*.
[86] Per un dettagliato commento alla sentenza *Allister and others v Northern Ireland Secretary* [2022] NICA 15, v. A. Deb, G. Simpson, G. Tan, *The Union in Court, Part 2*: Allister and others v Northern Ireland Secretary *[2022] NICA 15*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2022, pp. 782-806.
[87] *James Hugh Allister and others and Clifford Peeples v the Secretary of State for Northern Ireland and others* [2023] UKSC 5.

sovranità del Parlamento consente di adottare una legge successiva che contraddica la *statutory restriction* contenuta in una normativa precedente e che ove l'intento del Legislatore sia chiaro in tal senso nulla può un altro potere dello Stato: nel caso di specie, il Governo è stato autorizzato dallo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* ad adottare il Protocollo, anche se in contrasto con il disposto degli *Acts of Union 1800*.

7. Cenni conclusivi

Nonostante le risalenti radici storico-costituzionali del pluralismo territoriale del comprensorio britannico, la sedimentazione della *territorial Constitution* contemporanea è inscindibilmente intrecciata all'assetto dei rapporti UK-UE, filtrati dalla solida e costante qualificazione del Regno Unito quale Stato unitario. All'adesione all'UE si è ricondotta la constatazione di una sorta di espropriazione della sovranità statuale o, più propriamente, della sovranità parlamentare di Westminster. Dunque, non stupisce che nel lessico dei sostenitori del *leave* nel 2016 comparisse la promessa di un ripristino della sovranità nazionale. Ciò ha trovato un'eco nell'emergente nazionalismo inglese, fomentato dalla destra populista e fondato su una forte associazione tra il sentirsi inglesi e le istanze di recesso dall'UE[88]; di contro, tale associazione non ha trovato riscontri in Scozia e Irlanda del Nord, non a caso favorevoli al *remain*[89]. La prima divaricazione tra aree sub-nazionali, pertanto, si rinviene sul terreno della promozione di una concezione unitaria e centralista a fronte del sostegno, in particolare scozzese e nordirlandese, al potenziamento dell'autonomia politica delle aree sub-nazionali.

Le origini di tale conflitto, com'è noto, sono risalenti; la Brexit si è solo limitata a riproporre con irruenza una questione irrisolta.

In costanza di recesso, l'approccio centralista del Governo di Londra ha lasciato un margine di negoziazione ingannevole alle aree sub-nazionali e ampio spazio al sindacato giurisdizionale che non è in grado di risolvere il cortocircuito politico della *governance* britannica.

La qualificazione della *devolution* come processo in continuo divenire, che rivede e modifica costantemente le proprie frontiere e le proprie aspettative, rende mobile la titolarità della sovranità: come sostenuto da autorevole dottrina britannica[90], la sovranità non può considerarsi un fatto assoluto, ma una questione di relazioni, con ciò prefigurando un *iter* evolutivo che UE e Regno Unito condividono e che si fonda su una concezione di sovranità come assiduamente negoziabile.

Se si vuole garantire la permanenza di tale formula di organizzazione territoriale dei poteri fuori dall'UE, la rivoluzione costituzionale in atto richiede un adattamento significativo,

[88] C. Jeffery, R. Wyn Jones, A. Henderson, R. Scully, G. Lodge, *Taking England Seriously: The New English Politics. The Future of England Survey*, Edinburgh, Centre on Constitutional Change, 2014.

[89] I sondaggi che hanno preceduto il referendum indipendentista scozzese del 2014 non hanno mostrato, infatti, una chiara connessione tra l'essere filo-europeo e sostenitore della causa indipendentista. In effetti, i nazionalisti più forti in Scozia tendono ad essere piuttosto euroscettici. È nel mezzo dell'asse nazionalista-unionista ed eurofilo-euroscettico che l'associazione è più forte. Cfr.: M. Keating, *The Independence of Scotland*, Oxford, Oxford University Press, 2009, e *Brexit and the territorial constitution of the United Kingdom*, in *Droit et société*, n. 1, 2018, pp. 53-69.

[90] M. Loughlin, *The Political Constitution Revisited*, 2017, LSE Law, Society and Economy Working Papers 18/2017, London School of Economics and Political Science Law Department; M. Loughlin, S. Tierney, *The Shibboleth of Sovereignty*, in *Modern Law Review*, n. 6, 2018, pp. 989-1016.

he dell'assetto costituzionale in senso stretto. È difficile immaginare che il Regno Unito non si sottoponga ad un processo di riconfigurazione, a condizione che la classe politica britannica rivisiti l'interpretazione proposta delle origini e della traiettoria di sviluppo dell'unione.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-053

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Brexit e oltre. Il fenomeno populista tra crisi della rappresentanza e democrazia diretta

Carlo Alberto Ciaralli
Professore a contratto di Diritto costituzionale, Università degli Studi «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Brexit e oltre. Il fenomeno populista tra crisi della rappresentanza e democrazia diretta**

di Carlo Alberto Ciaralli*

Abstract (Ita): Il contributo intende analizzare la vicenda "Brexit" dalla prospettiva della capacità dei movimenti populisti di scardinare la consueta dinamica democratica rappresentativa, costituendo un fattore di profonda alterazione degli equilibri istituzionali nazionali. I movimenti populisti e, in senso più ampio, di contestazione agli assetti istituzionali ed economici consolidati, costituiscono un fenomeno caratterizzato da una duplice connotazione: da un lato, tratti di originalità tipici delle società contemporanee e, dall'altro, elemento "coessenziale" ai sistemi politici di natura democratica. In tale contesto, la vicenda Brexit evidenzia la "fragilità" della democrazia rappresentativa nel contemporaneo, unitamente al potenziale "corrosivo" insito in talune forme di relazione "diretta" tra cittadini e classe dirigente, "disintermediata" dai consueti strumenti di intermediazione politica, capaci di innescare profondi cambiamenti ordinamentali ed alterare la consueta dinamica democratica.

Abstract (Eng): The essay aims to analyse the Brexit affair from the perspective of the aptitude of populist movements to undermine the usual representative democratic dynamics, constituting a factor of deep alteration of national institutional balances. Populist movements, contesting consolidated institutional and economic structures, constitute a phenomenon characterized by a dual connotation: on the one hand, profiles of originality typical of contemporary societies and, on the other hand, "coessential" element to democratic political systems. In this context, the Brexit affair highlights the fragility of representative democracy in the contemporary world, along with the corrosive potential inherent in certain forms of direct relationship between citizens and the ruling class, disintermediated by the usual tools of political intermediation, capable to trigger deep regulatory changes and alter the usual democratic dynamics.

Parole chiave: Populismo; Brexit; Democrazia rappresentativa

Keywords: Populism; Brexit; Representative democracy

Sommario: 1. Il fenomeno populista alla luce dell'evoluzione della rappresentanza democratica; 2. La Brexit quale elemento di riflessione sulla democrazia al tempo del populismo; 3. La "disintermediazione" populista letta (anche) attraverso la democrazia diretta; 4. Cenni conclusivi

1. Il fenomeno populista alla luce dell'evoluzione della rappresentanza democratica

Nell'ambito delle democrazie contemporanee, i movimenti politici di matrice populista e, in senso più ampio, di "contestazione" (se non di vera e propria "opposizione") agli assetti istituzionali ed economici consolidati, costituiscono un fenomeno caratterizzato da una duplice connotazione: da un lato, tratti di originalità tipici delle società contemporanee e, dall'altro, elemento "coessenziale" ai sistemi politici di natura democratica[1]. In particolare, la medesima organizzazione di tipo statuale, nella sua accezione moderna e nella sua evoluzione contemporanea, ha visto progressivamente l'insorgenza, nel proprio alveo, di movimenti politici e sociali, *think tank* e organizzazioni di base che hanno, attraverso vari e differenti canali di trasmissione delle idee, posto in discussione l'architrave organizzativa –

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professore a contratto di Diritto costituzionale, Università degli Studi «G. d'Annunzio» di Chieti-Pescara

[1] N. Walker, *Populism and Constitutional Tension*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, n. 2, 2019, pp. 515-535.

e variamente declinata nel contemporaneo[2].

Parimenti, le grandi sfide del contemporaneo evidenziano una progressiva "frattura" nella consueta composizione (omogenea) dei corpi sociali e delle istituzioni, basate, tradizionalmente, su di una comunità sostanzialmente unitaria e che, per riflesso, ne rappresenta, nelle forme giuridiche dello Stato, le idee, la cultura, la storia e le tradizioni. Processi che hanno prodotto, *inter alia*, quella "solitudine del cittadino globale"[3], la quale andrebbe intesa come processo di recisione di solidi legami comunitari basati (anche) su un'identità forte, a tutto vantaggio di una dimensione ultronea rispetto a quella di appartenenza, ossia delocalizzata, deradicata, dispersa[4].

In sostanza, a seguito dell'emersione del tema relativo ad ampie porzioni della società contemporanea soggette ad una progressiva "discesa" verso condizioni di disagio sociale, che hanno condotto ad un sentimento di "malcontento democratico"[5], parrebbe essere (ri)nato e progressivamente sviluppatosi un forte sentimento di natura nazionalista, legato ad un approccio di "chiusura" nei confronti della dinamica socio-culturale di respiro globale, specie alla luce delle conseguenze che la globalizzazione deregolamentata ha prodotto sulle fasce più esposte della popolazione[6]. Ciò a cui stiamo assistendo, a far data, in senso sostanziale, dalla seconda metà dello scorso decennio è l'accrescimento di una estremizzata polarizzazione socioculturale ed elettorale verso teorie e prospettive di natura fortemente conflittiva nei confronti dello *status quo*[7].

Parimenti, il populismo contemporaneo non può né deve essere ricondotto esclusivamente a ragioni di carattere contingente né, per converso, ad elementi meramente di contorno – diremmo quasi "fisiologici" – nell'alveo delle democrazie costituzionali del XXI secolo, potendo essere "interpretato" parimenti – come parte rilevante della dottrina ha fatto – quale potenziale elemento "funzionale" alla dinamica "democratica" nelle società contemporanee[8], (anche) al fine di ripristinare una corretta relazione "dialettica" tra la base

[2] Cfr. N. Merker, *Filosofie del populismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009; A. Lucarelli, *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020. Sia consentito, parimenti, rinviare a C.A. Ciaralli, *Populismo, movimenti anti-sistema e crisi della democrazia rappresentativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

[3] Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, trad. it., Milano, Feltrinelli, 2017.

[4] Sul punto, si veda C. Crouch, *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2019.

[5] Si veda, per tutti, M. Rhodes-Purdy, R. Navarre, S. Utych, *The Age of Discontent: Populism, Extremism, and Conspiracy Theories in Contemporary Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023.

[6] Cfr. L. Casini, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, Il Mulino, 2018.

[7] Sul punto, si vedano, tra gli altri, C.E. De Vries, S.B. Hobolt, *Political Entrepreneurs: The Rise of Challenger Parties in Europe*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2020, nonché G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian case in a comparative perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

[8] In tale prospettiva, si vedano, in particolare, G. Cerrina Feroni, *Ripensare la democrazia rappresentativa. Aldilà del "mito" populista*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2019, pp. 1 ss., nonché F. Salmoni, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2020, pp. 517 ss.

ed il vertice, tentando così di rifuggire da preoccupanti processi di degenerazione "oligarchica" delle società democratiche[9].

Nondimeno, il populismo di matrice nazionalista ha ridefinito, partendo da radici lontane, il proprio linguaggio e la propria *Weltanschauung* quale "filosofia politica" di matrice "patriottica", intenzionata a difendere gli "interessi nazionali" e le "tradizioni popolari", aggredite dal "pericolo" di una società globalizzata, multivaloriale e multiculturale, sovente intersecando la suggestione dell'identità (patriottica) a concetti quali etnia, religione, cultura nazionale[10]. Un fenomeno, lungamente analizzato e dibattuto[11], che vede le proprie scaturigini nel passaggio dalla dimensione della *Gemeinschaft* a quella della *Gesellschaft* e, quindi, da una dimensione di maggiore prossimità ("comunità") ad una realtà più ampia ("società"), diremmo quasi artificiosa, la quale tendeva a diluire il concetto di identità, specie se inteso quale legame relazionale e spirituale tra prossimi[12]. In sostanza, nella "modernità liquida"[13] si invererebbe un (supposto) disegno di "abbattimento virtuale" delle profondità spaziali, il quale amplificherebbe la dimensione cosmopolita del contemporaneo, ridimensionando in special modo la pregnanza fattuale e spaziale del giuridico, nonché, paradossalmente, inverando e determinando, in reazione alla globalizzazione, una rinnovata e, sovente, autentica "voglia di comunità"[14] di matrice identitaria.

In tal senso, è ben possibile asserire come la medesima espressione "identità" invochi «la completa identità del popolo omogeneo, comprensiva cioè tanto dei governanti quanto dei governati»[15], volendosi far riferimento all'effettiva «unità politica del popolo»[16]. È su tale "unità politica", spirituale e collettiva che si basa e si enuclea la piattaforma culturale di buona parte delle formazioni politiche di segno populista, tesa al riduzionismo culturale, alla negazione del pluralismo nazionale, della diversificazione, della complessità, protesa alla rivendicazione di una "autonomia di pensiero" rispetto al c.d. "pensiero dominante"[17].

Parimenti, la nozione di identità involge pienamente anche il piano della democrazia quale metodo e, nondimeno, quale congerie di elementi valoriali, nonché la sua crisi strutturale in epoca contemporanea, in particolare quel "malessere della democrazia costituzion-

[9] In tema, si vedano le riflessioni di L. Mezzetti, *Crisi della democrazia della rappresentanza nel contesto della globalizzazione*, in C. Bassu, G.G. Carboni (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione. Atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo. Sassari, Università degli Studi, 19 ottobre 2015*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 7-26, nonché Id., *Corrosione e declino della democrazia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. spec. 2019, pp. 421 ss.

[10] Su cui, più diffusamente, sia consentito rinviare a C.A. Ciaralli, *Alla ricerca dell'identità perduta: populismo, rappresentazione del sociale e diritti fondamentali*, in *GenIUS*, n. 2, 2022, pp. 11 ss.

[11] Cfr. F. Tönnies, *Comunità e Società*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2011, nonché M. Weber, *Economia e società. Comunità*, trad. it., Roma, Donzelli, 2005.

[12] Cfr. E. Hobsbawm, *Globalisation, Democracy and Terrorism*, Boston, Little Brown, 2008.

[13] Z. Bauman, *Modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2011.

[14] Z. Bauman, *Voglia di comunità*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2009.

[15] Cfr. C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, trad. it., Milano, Giuffrè, 1984, p. 308.

[16] *Ibidem*.

[17] Cfr. B. Moffitt, *Populism versus Technocracy: Performance, Passions, and Aesthetics*, in P. Cossarini, F. Vallespìn (eds.), *Populism and Passions. Democratic Legitimacy after Austerity*, New York-London, Routledge, 2019, pp. 49-64.

ale" di cui ha discorso autorevole dottrina[18]. Su tale "malessere democratico" si sono poste le premesse, in epoca risalente, delle "alterazioni" che hanno interessato numerosi ordinamenti giuridici di natura formalmente (nonché, in numerosi casi, sostanzialmente) democratica[19].

2. La *Brexit* quale elemento di riflessione sulla democrazia al tempo del populismo

Una delle più importanti manifestazioni istituzionali, su scala continentale, del "pericolo" costituito dalla pressione politica e mediatica esercitata dalle forze populiste-sovraniste sull'opinione pubblica, è la c.d. "Brexit"[20], ovvero l'abbandono, da parte del Regno Unito, dell'Unione europea, a mezzo del referendum popolare (fondato sul quesito *Leave or Remain*) celebrato il 23 giugno 2016[21]. La consultazione popolare, di natura "formalmente" non vincolante[22], ha prodotto – a seguito delle vicissitudini governative succedutesi alle dimissioni del *premier* David Cameron[23] – l'avvio della fase prodromica all'attivazione del procedimento di fuoriuscita dall'Unione, mediante il meccanismo previsto dall'art. 50 del Trattato sull'Unione europea (TUE). In tal guisa, l'efficace quanto, per certi aspetti, ambigua formula ("*Brexit means Brexit*") coniata da Theresa May, rappresentava la volontà, da parte del governo di Sua maestà, di intraprendere senza indugi la strada della separazione

[18] Si vedano, in particolare, C. Pinelli, *The Rise of Populism and the Malaise of Democracy*, in Aa.Vv., *Critical Reflections on Constitutional Democracy in the European Union*, Oxford, Hart, 2019, pp. 27-45.
[19] Cfr., in tema, A. Voßkuhle, *Populismo e democrazia*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2018, pp. 785 ss.
[20] La letteratura afferente alle origini ed ai risvolti (istituzionali, sociali e politici) del voto referendario britannico, con la vittoria del *leave* sul *remain*, è, come noto, estremamente ampia e variegata. Seppur scevri da pretese di esaustività, si vedano, per tutti, P. Leyland, *Brexit and the Uk: Charting the Constitutional and Legal Obstacles*, in *IdF*, spec. 2016, pp. 41-68; H.D. Clarke, M. Goodwin, P. Whiteley, *Brexit: Why Britain Voted to Leave the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; F. Capriglione, R. Ibrido, *La Brexit tra finanza e politica*, Torino, UTET, 2017; G. Anthony, *The Common Law, the Rule of Law, and Brexit*, in *Italian Journal of Public Law*, vol. 12, n. 2, 2020, pp. 162-181; F. Fabbrini, *Brexit and the Future of the European Union. The Case for Constitutional Reforms*, Oxford, Oxford University Press, 2020; K. Bradley, *Agreeing to Disagree: The European Union and the United Kingdom after Brexit*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 16, n. 3, 2020, pp. 379-416.
[21] Il referendum si è concluso con un voto favorevole all'uscita dalla UE con il 51,89%, contro il 48,11% che si è espresso per rimanere nell'UE.
[22] C. Martinelli, *I presupposti del referendum e i* cleavages *costituzionali aperti dalla Brexit*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2016, pp. 803 ss., p. 812, evidenzia, tuttavia, come «Nel dibattito italiano sulla Brexit questo tipo di referendum è stato sbrigativamente e impropriamente definito come "consultivo" (…). In realtà, la scienza costituzionalistica anglosassone definisce questi referendum come *advisory* e *mandatory*, cioè strumenti di interazione tra istituzioni e popolo, il cui risultato crea un obbligo stringente, in capo a tutte le istituzioni, in ordine alla sua implementazione».
[23] Il primo effetto del voto favorevole alla fuoriuscita del Regno Unito dall'UE sono state le dimissioni del premier David Cameron, sostituito in primo luogo da Theresa May e, successivamente, da Boris Johnson, il quale, il 12 dicembre 2019, ha riconfermato la propria *leadership*, affermandosi piuttosto nettamente nelle elezioni generali. Sul ruolo storico esercitato prima, durante e dopo la Brexit da parte dei tre Premier avvicendatisi (David Cameron, Theresa May e Boris Johnson), si vedano, in particolare, E. Palici di Suni, *David Cameron (2010-2016). Il demolitore dell'Unione Europea o un Conservatore liberale e coerente?*, pp. 1127-1145; G. Marzulli, *Theresa May (2016-2019). La parabola di* "Lady Brexit", pp. 1147-1179; S. Sileoni, *Boris Johnson (2019-). Gioco delle parti e teoria dei giochi: prime osservazioni su una* leadership *ancora da definire*, pp. 1181-1191, tutti contenuti in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Milano, Wolters Kluwer, 2020.

dall'Unione europea[24], sulla scorta, appunto, del risultato fuoriuscito dal referendum[25]. Il 29 marzo 2017, in effetti, il Regno Unito ha notificato al Consiglio europeo l'intenzione di "lasciare" l'Unione europea, invocando quindi formalmente l'attivazione dell'art. 50 del TUE[26]. Il 30 gennaio 2020 l'Unione europea ha ratificato l'accordo di recesso, sancendo così il distacco definitivo del Regno Unito dall'Unione[27]. Parimenti – a conclusione del complessivo processo di "separazione" –, attraverso lo *EU-UK Trade and Cooperation Agreement* (TCA), Regno Unito ed Unione hanno "parzialmente" ripristinato una serie di "accordi privilegiati" in settori di notevole rilevanza[28], benché l'accordo in parola non possa in alcun modo essere equiparato, quanto a vantaggi e benefici, alla piena adesione di uno Stato nazionale all'Unione[29].

La massiccia campagna elettorale per l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (*Leave Movement*) – capeggiata dal movimento populista UKIP (*UK Independence Party*)[30] di Nigel Farage – venne basata, sostanzialmente, sulla riaffermazione della supremazia della volontà popolare dei cittadini del Regno Unito e della sovranità nazionale nel proprio spazio

[24] Come evidenziato da G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2017, pp. 429 ss., p. 444, a fronte della "formale" non vincolatività del referendum, «la strategia intrapresa dal Governo May è stata chiara nel voler derivare automaticamente, senza mediazione parlamentare cioè, la decisione di notificare, tentando di centralizzare la questione e giustificando l'eventuale esclusione del Parlamento sulla base del principio democratico».

[25] Sul punto, C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, pp. 761 ss., p. 764, evidenzia come «all'indomani del voto lo stesso circuito Governo/Parlamento si trova a dover dare un seguito a questa decisione popolare, cioè a implementarla giuridicamente, peraltro con modalità che non sono affatto chiare e non sono riconducibili ad alcun precedente».

[26] Sulle insidie giuridiche sottese al processo di distacco, si rinvia alle riflessioni di P. Manzini, *Brexit: il "lungo addio", tra diritto dell'Unione europea e diritto internazionale*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 2016, pp. 89 ss.

[27] Come opportunamente segnalato da G. Baldini, *Introduzione. Brexit, una storia finita?*, in *il Mulino*, n. 2, 2021, pp. 25 ss., pp. 26-27, il percorso di fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea è stato tutt'altro che lineare, in quanto «in certi frangenti è sembrata una storia infinita, con stalli prolungati nelle trattative tra Unione europea e governo britannico, conflitti tra quest'ultimo e il parlamento a Londra, oltre che con i governi devoluti, in particolare quello scozzese». Sul punto, si vedano, parimenti, A. Tanca, *Brexit: l'esito di una questione problematica*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 341 ss., nonché D. Schiek, *Brexit and the Implementation of the Withdrawal Agreement*, in *Brexit Institute Working Paper*, n. 9, 2021, pp. 1-17.

[28] Quali, in particolare, gli scambi di merci e servizi, il commercio digitale, la proprietà intellettuale, gli appalti pubblici, l'aviazione e i trasporti su strada, l'energia, la pesca, il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, la cooperazione delle autorità di contrasto e giudiziarie in materia penale, la cooperazione tematica e la partecipazione ad alcuni programmi dell'Unione.

[29] Sul punto, si vedano, in particolare, le riflessioni avanzate da F. Bilancia, *Il referendum del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di circolazione dei cittadini Ue nel mercato interno ed il problema del costo dei diritti sociali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 2016, pp. 69 ss.

[30] Per un'analisi circa la genesi, l'evoluzione, nonché il ruolo svolto dallo UKIP nel referendum Brexit, si vedano, in particolare, J.O. Frosini, *Lo UK independence Party e la sua antisistemicità relazionale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2015, pp. 737 ss.; T. Bale, *Who Leads and Who Follows? The Symbiotic Relationship between UKIP and the Conservatives – and Populism and Euroscepticism*, in *Politics*, vol. 38, n. 3, 2018, pp. 263-277; A. Pareschi, A. Albertini, *Immigration, Elites and the European Union. The Framing of Populism in the Discourse of Farage's UKIP*, in *Comunicazione Politica*, n. 2, 2018, pp. 247 ss.; M. Sobolewska, R. Ford, *Brexitland*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, spec. pp. 156 ss.

territoriale[31], in funzione tutoria nei riguardi del c.d. *national interest*[32]. Lo UKIP, specularmente ad altri movimenti populisti di matrice nazionalista – specie quelli diffusi nel continente europeo –, ha imbastito la propria traiettoria politica[33] sulla conduzione della «battaglia sovranista contro qualunque "contaminazione" della purezza britannica con la cultura, le istituzioni e la politica del continente europeo»[34], nonché, parimenti, su di una «latente xenofobia»[35], attraverso la quale amplificare il già innescato conflitto sociale. Detta, dichiarata, riaffermazione della sovranità[36] – "*take back control*" e "*regaining sovereignty*" – avrebbe dovuto estrinsecarsi avverso le presunte, indebite, imposizioni provenienti dalle c.d. "*élites* di Bruxelles"[37], le quali avrebbero sottoposto le istituzioni britanniche ad una inaccettabile compressione della sfera di autonomia ("sovrana")[38] nello spazio giuridico, politico ed economico nazionale[39].

---

[31] Sul punto, a parere di J. Hopkin, *Brexit e il capitalismo britannico*, in *il Mulino*, n. 2, 2021, pp. 69 ss., p. 70, «sebbene il voto sulla Brexit riflettesse la tradizionale posizione del Regno Unito come "partner difficile" in Europa e la riluttanza di molti britannici a considerarsi cittadini europei, molti elettori videro nel referendum la possibilità di esprimere la propria insoddisfazione per un modello economico che aveva fallito in buona parte del Paese».

[32] Su cui, più diffusamente, S. Giusti, *Against our Interest: Brexit Means Brexit. National Interest as a Critical Device*, in *Quaderni di Scienza Politica*, n. 3, 2021, pp. 311 ss.

[33] G. Baldini, E. Bressanelli, E. Massetti, *Il Regno Unito alla prova della Brexit*, Bologna, il Mulino, 2021, spec. pp. 84-86, evidenziano la presenza di "quattro shock" interni al mondo britannico, che hanno condotto alle risultanze referendarie in discorso. In particolare, si allude a: *I)* la crescita dell'immigrazione nell'UE e crescita elettorale dello UKIP; *II)* le ripercussioni della crisi finanziaria; *III)* il governo di coalizione nel 2010 tra due partiti; *IV)* il referendum sulla indipendenza della Scozia nel 2014. Sui profili problematici relativi al p.to IV, si rinvia, più diffusamente, ai saggi contenuti nel volume di A. Torre (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

[34] C. Martinelli, *I presupposti del referendum*, cit., p. 805.

[35] D. Cerabona, *Brexit*, Roma, Castelvecchi, 2016, p. 63.

[36] Cfr. B. Laffan, *Sovereignty and Brexit: From Theory to Practice*, in *Brexit Institute Working Paper*, n. 5, 2021, pp. 1-14.

[37] In tal senso, F. Panizza, *Populism and Identification*, in Aa.Vv., *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 406-425, p. 411, sostiene come «*in the British 2016 referendum on the European Union (EU), the EU was presented by the Brexit campaign as having taken away from the British people their sovereign right to control the country's borders and pass their own laws. As the Leave campaign put it, when Britain leaves the European Union we (the British people) "will have our country back". (…) In short, for the Leave campaign, Brexit was conceived as a moment of supreme plenitude for the British people ("having our country back")*».

[38] Sul punto, a parere di G. Baldini, E. Bressanelli, E. Massetti, *Il Regno Unito*, cit., p. 86, «il successo dello UKIP si basa su un copione che negli ultimi vent'anni hanno seguito molti altri partiti anti-establishment in Europa, che si snoda su due direttici: (I) la capacità di acquisire un *issue entrepreneurship* incuneandosi tra i partiti dell'establishment; (II) l'utilizzo di una retorica anti-establishment per indebolire il vantaggio competitivo dei partiti dell'establishment». Parimenti, con riguardo al ruolo svolto dalla propaganda populista e, più in generale, dal paradigma della "contestazione" del modello di integrazione europea nel processo di "uscita" del Regno Unito dall'Unione europea, si vedano, per tutti, M. Wind, *Brexit and Euroskepticism will "Leaving Europe" be Emulated Elsewhere?*, in F. Fabbrini (eds.), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 221-246; G. Baldini, E. Bressanelli, S. Gianfreda, *Taking Back Control? Brexit, Sovereignism and Populism in Westminster (2015-17)*, in *European Politics and Society*, vol. 21, n. 2, 2020, pp. 219-234; nonché i contributi di I. Crewe, *Authoritarian Populism and Brexit in the UK in Historical Perspective*, pp. 15-31, e D. Marsh, *Populism and Brexit*, pp. 73-86, contenuti nel volume I. Crewe, D. Sanders (eds.), *Authoritarian Populism and Liberal Democracy*, Cham, Palgrave Macmillan, 2020.

[39] Tuttavia, ad avviso di A. Tanca, *Brexit*, cit., p. 357, la vicenda Brexit dovrebbe essere inquadrata, piuttosto che in «una delle manifestazioni del rigurgito di sovranismo che si è verificato in certi paesi europei», nel senso di una «conseguenza ultima di qualcosa di più antico, profondo e specificamente britannico».

La "dialettica" originatasi tra i sostenitori della permanenza e quelli della fuoriuscita dall'Unione, nondimeno, può essere decifrabile anche sotto il profilo d'analisi di una malcelata "tensione", serpeggiante negli ordinamenti giuridici contemporanei, nonché, con specifico segno al tema in discorso, nel mondo britannico. Una "tensione", com'è stato efficacemente evidenziato, che disvela «un'ennesima impasse concettuale: nel cercare di normare qualcosa che *sta oltre* lo Stato si ricorre tuttavia a categorie e concetti che a questo appartengono»[40]. Una "tensione" che si è riverberata sul piano della "ripartizione" – non solo "geografica" e "censitaria", bensì anche di natura strettamente socio-culturale[41] – del voto tra *Leave* e *Remain*[42], specie se letta in controluce (anche) rispetto all'utilizzo dello strumento referendario[43] quale "controbilanciamento" alla "crisi" della rappresentanza parlamentare[44], in un contesto, quale quello costituzionale britannico[45], caratterizzantesi per «l'assenza di una costituzione scritta (o meglio, per la presenza di una costituzione solo parzialmente codificata)»[46], nell'ambito del quale si vanno ad amplificare i «rischi connessi allo strumento referendario, visto non tanto come "contro-potere" quanto come strumen-

[40] Così M. Bozzon, *Unità politica e «secessione» oltre lo Stato. Considerazioni a partire dalla Brexit*, in *Filosofia Politica*, n. 3, 2019, pp. 445 ss., p. 447.
[41] Sul punto, a parere di E. Mostacci, *Viaggio al termine della storia: Brexit e il volto oscuro della globalizzazion*e, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2016, pp. 791 ss., p. 793, l'analisi del voto «a livello di collegio mostra che nelle aree in cui la popolazione ha mediamente ricevuto un alto livello di formazione vi è stata una marcata tendenza, da parte degli individui ad istruzione media e alta, a scegliere in modo omogeneo l'opzione *remain*; viceversa, laddove il livello di formazione sia tendenzialmente basso, gli elettori ad istruzione media e bassa hanno aderito massicciamente al fronte del *leave*».
[42] Sotto un profilo di analisi economico-elettorale, a giudizio di J. Hopkin, *Brexit*, cit., p. 71, «gli elettori che erano stati più avvantaggiati dalla finanziarizzazione dell'economia britannica da un punto di vista professionale o perché proprietari immobiliari, erano più propensi a respingere una proposta politica che sembrava minacciare questi benefici. Al contrario, il sostegno all'uscita dall'Unione europea era maggiormente diffuso tra coloro che erano stati più danneggiati dall'austerità imposta dai governi Cameron del 2010-2016». Tuttavia, M. Wilkinson, *The Brexit Referendum and the Crisis of "Extreme Centrism"*, in *German Law Journal*, vol. 17, n. 1, 2016, pp. 131-142, pp. 136-137, osserva come «*The casual depiction of Leave as the preserve of a racist, bigoted, xenophobic (at any rate anti-immigrant) and uneducated underclass occludes a number of significant factors. (...) the data suggests anti-immigration per se was not the driving force for leave, but rather some vision of self-government, however illusionary. The promise of "regaining control", irrespective of its merits, sincerity, or feasibility (or practical distinction to the promise of 'closing borders'), was the decisive narrative, with "Independence Day" its crowning rhetorical flourish*».
[43] Si vedano, sul punto, le illuminanti riflessioni di M. Luciani, *Art. 75*, in G. Branca, A. Pizzorusso (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 2005, nonché Id., *Il referendum: questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 37, 2008, pp. 157 ss.
[44] Sul punto, a giudizio di E. Daly, *Popular Sovereignty After Brexit*, in *German Law Journal*, vol. 23, n. 1, 2022, pp. 1-18, p. 4, «*Discretionary recourse to the people is hardly consistent with its "sovereignty"; indeed, the people act reactively and even passively, and only "speaks" within a pre-constituted process. This might be understood in a similar sense to the discretion the UK government holds with regard to Scottish secession referendums*». In tema di "strumenti alternativi" per "controbilanciare" la crisi della democrazia rappresentativa nel Regno Unito, si rinvia, in particolare, alle osservazioni di S. Parolari, *La dimensione scozzese della Brexit tra* devo-more *e secondo referendum per l'indipendenza*, in *Le Regioni*, n. 4, 2016, pp. 625 ss., spec. pp. 632 ss.; S. Suteu, *Brexit and the Courts: The Uncertain Fate of Constitutional Referendums in the UK*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 751 ss.; M. Dicosola, *Il* rulemaking *nel Regno Unito tra sovranità parlamentare e partecipazione*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2020, pp. 683 ss.
[45] Si rinvia, sul punto, al corposo volume collettaneo A. Torre, L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica*, Torino, Giappichelli, 2005.
[46] G. Martinico, *Considerazioni comparatistiche sul referendum*, cit., p. 451.
[47] *Ibidem*. Si veda, parimenti, V. Bogdanor, *The new British Constitution*, Oxford-Portland, Hart, 2009, spec. pp. 173 ss., pp. 291 ss.

endario in area britannica, fatta eccezione per alcune questioni di carattere locale, è stato essenzialmente implementato, ai fini della consultazione dei cittadini su questioni di respiro nazionale, solo di recente[48]; paradossalmente, il primo «*national referendum was held in 1975, when the Labour government responded to divisions within the Labour party by holding a referendum on whether the UK should continue to remain with the European Communities*»[49]. In quella circostanza, il risultato elettorale fu ben diverso da quello della Brexit, in quanto «*on a turnout of 64% of the electorate, 67% voted to stay and only 33% to leave*»[50].

Una "tensione", infine, che si è proiettata anche sulla relazione tra Governo e Parlamento[51], come la nota "saga Miller" ha evidenziato in maniera piuttosto incisiva. Sul punto, il riferimento va alla decisione del 24 gennaio 2017 (c.d. *Miller I*) della Corte Suprema del Regno Unito (UKSC, *R. Miller v Secretary of State for Exiting the European Union*), nell'ambito della quale, riaffermando la piena potestà parlamentare, non già governativa, in tema di avvio del distacco dall'UE *ex* art. 50 del TUE, la Corte «ha ribadito la *rule of law* come un punto che deve essere tenuto come ben fermo nel sistema britannico e, con essa, la piena effettività della sovranità parlamentare»[52]. Parimenti, la decisione *Cherry-Miller* del 24 settembre 2019 (c.d. *Miller II – R. Miller v The Prime Minister, Cherry and others v Advocate General for Scotland*), avente ad oggetto la legittimità del potere di *prorogation*[53] del Parlamento, rileva sotto il profilo della ulteriore riaffermazione della centralità parlamentare – specie in un processo politicamente e giuridicamente non scevro da aspetti di notevole complessità, quale la fuoriuscita di uno Stato membro dall'Unione europea – nel momento in cui la *prorogation* parlamentare «è stata dichiarata illegittima non tanto perché essa sia estranea a una prassi consolidata, bensì perché fuorviante è stato l'*advice* con cui il Primo ministro Johnson ha indotto la Regina a decretare una vistosa sospensione di cinque settimane del Legislativo al solo scopo di ostacolarne il dibattito sulla Brexit e di produrre nuove iniziative politiche intese a frenare la corsa del Regno Unito verso il definitivo abbandono dell'Unione europea»[54].

---

[48] Sul ruolo della democrazia diretta nel quadro della *devolution* britannica, si veda, per tutti, A. Torre, *"On devolution". Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, n. 2, 2020, pp. 203 ss., spec. pp. 315 ss.

[49] A.W. Bradley, *Pressures on a historical constitution: The Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2017, pp. 3 ss., pp. 7-8.

[50] *Ibidem*.

[51] Per un'analisi del rapporto tra Governo e Parlamento nel Regno Unito in epoca "post-Brexit", si vedano, in particolare, M. Gordon, *Brexit: The Relationship between the UK Parliament and the UK Government*, in M. Dougan (eds.), *The UK after Brexit: Legal and Policy Challenges*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 15-34; F. Rosa, *Il parlamentarismo britannico dopo Brexit*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, pp. 777 ss.

[52] Così A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. spec. 2019, pp. 745 ss., pp. 761-762.

[53] Come osservato da G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2020, pp. 64 ss., p. 87, occorre evidenziare come l'istituto in parola non debba essere "confuso" con un regime similare alla "proroga", bensì con l'accezione del "rinvio", in quanto la *prorogation* «è un fenomeno giuridico che meglio potrebbe descriversi come "completa chiusura temporanea" del Parlamento, o anche come "temporanea interruzione di tutti i lavori" del Parlamento».

[54] A. Torre, *La Corte Suprema, probabile Corte Costituzionale del Regno Unito? Osservazioni su dieci anni di giurisdizione*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, n. 1, 2020, pp. 5 ss., p. 14.

In sostanza, il complesso e difficoltoso processo di separazione dall'Unione non può condurre ad una "messa in discussione" (seppur surrettizia e parziale) del principio della centralità parlamentare – la quale si atteggia quale caposaldo irrinunciabile dell'ordinamento giuridico –, sebbene le pronunce in discorso, a parere di parte della dottrina, non siano del tutto scevre da implicazioni problematiche, specie con riferimento ad un "ossequio", di natura esclusivamente "apparente", del principio della "sovranità parlamentare"[55].
Parimenti, com'è stato posto in evidenza, la fuoriuscita del Regno Unito dall'UE ha prodotto, da un lato, una sorta di "nostalgia" che «non potrà trasformarsi in qualcosa di concreto, (…) una nostalgia di qualcosa che comunque non potrà tornare»[56], ovverosia l'insorgenza di una rinnovata volontà di affermazione della *Global Britain* sul proscenio internazionale[57], nonché, d'altro canto, riacuito la "tensione" – interna anche al mondo britannico – tra "centro" e "periferia"[58]. In tal guisa, la Brexit può essere letta anche sotto l'originale profilo del disvelamento del «punto di confluenza di tutte queste spinte contrastanti, autentica nemesi storica di un sistema plurinazionale (e ciononostante incrollabilmente unitario) in cui il rapporto tra società civile e istituzioni del governo e della giurisdizione è sempre stato osservato come vivace e produttivo di un sentimento condiviso»[59].
Basicamente, sull'onda lunga dell'esito referendario britannico, il populismo europeo ha (ri)articolato la propria impostazione culturale su di un approccio fortemente critico nei confronti dell'architettura istituzionale comune (negli anni Novanta del secolo scorso, si sarebbe parlato, forse più cautamente, di "euroscetticismo"[60]), nonché dei meccanismi regolatori della finanza pubblica nazionale "imposti" dall'Unione europea[61]. La retorica populista, in detta prospettiva, si impernia sulla necessità, al fine di tutelare più efficacemente gli specifici interessi di ciascuno Stato membro (nonché le tradizioni ed i valori che costituiscono l'essenza della "identità" nazionale), di ridisegnare la *governance* istituzionale ed

[55] In tal senso, a parere di G. Caporali, *op. cit.*, p. 126, il principio di "sovranità parlamentare" verrebbe «profondamente eroso perché a prescindere dalla volontà del Parlamento, manifestata e consacrata nella legge, vengono stabiliti limiti all'esercizio dei poteri di prerogativa che il Parlamento non ha disposto né in via espressa, né per necessaria implicazione, così invadendo un ambito, quello dell'assetto dei rapporti fra legislativo ed esecutivo, che è eminentemente politico e che è competenza dello stesso potere politico determinare».
[56] Così C. Crouch, *L'Europa oltre il neoliberismo*, in *il Mulino*, n. 1, 2019, pp. 41 ss., p. 41.
[57] Cfr., sul punto, D.W. Ellwood, *«Global Britain». I significati possibili di una formula*, in *il Mulino*, n. 2, 2021, pp. 89 ss. Parimenti, un interessante profilo di analisi viene evidenziato da M. Ricciardi, *Declino dell'anglosfera?*, in *il Mulino*, n. 4, 2017, pp. 533 ss., a giudizio del quale non andrebbe sottovalutato, nel processo di fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea, il ruolo culturale e politico svolto da quella congerie di idee, valori e propositi sussumibili nella formula *Anglosphere Project*.
[58] In tal senso, si vedano S. Civitarese Matteucci, *Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. spec. 2016, pp. 5 ss.; J.O. Frosini, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del regno Unito?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2016, pp. 831 ss.; E. Massetti, *Brexit e il cleavage centro-periferia*, in *il Mulino*, n. 2, 2021, pp. 45 ss.
[59] A. Torre, *Certezza del diritto e rule of law nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2023, pp. 545 ss., pp. 548-549.
[60] Cfr. L.K. Topaloff, *Political Parties and Euroscepticism*, Basingstoke-New York, Palgrave Macmillan, 2012; C.E. De Vries, *Euroscepticism and the Future of European Integration*, Oxford, Oxford University Press, 2018; A. Pirro, P. Taggart, *The Populist Politics of Euroscepticism in Time of Crisis: A Framework of Analysis*, in *Politics*, vol. 38, n. 3, 2018, pp. 253-262.
[61] In tema, si veda H.M. Enzensberger, *Il mostro buono di Bruxelles, ovvero l'Europa sotto tutela*, trad. it., Torino, Einaudi, 2013.

economica europea, a partire da una rinnovata centralità della dimensione statuale – circoscritta, in sostanza, alla "dimensione chiusa"[62] – quale pilastro fondante della collaborazione fra appartenenti al disegno comune[63].

Nondimeno, parte della dottrina ha posto l'accento sulla strutturale difficoltà, da parte delle istituzioni dell'Unione, di fronteggiare i "nodi irrisolti" alla base della medesima costruzione europea: problematiche di lungo corso che hanno, ad ogni buon conto, giocato un ruolo di primo momento nella formazione di quel "consenso anti-europeista"[64] tramutatosi, nel caso oggetto delle presenti notazioni, nell'affermazione referendaria del *Leave* avverso le "*élites* egemoni"[65]. Sul punto, è stata difatti rilevata «la debolezza dell'Unione europea nell'affrontare autentici conflitti di tono costituzionale»[66], soggiungendo, parimenti, come «neppure il paventato recesso del Regno Unito ha fatto sì che si prendesse in seria considerazione la crisi ordinamentale di cui soffre la costruzione europea»[67].

A tal riguardo, i movimenti populisti utilizzano precipuamente la "leva democratica" al fine di affermare una visione sovente in sostanziale contraddizione con l'impostazione istituzionale e culturale prevalente nelle democrazie costituzionali[68], ponendo concretamente in questione il concetto di rappresentanza democratica, nonché le stesse procedure di garanzia ed i principi cardine che contraddistinguono il costituzionalismo contemporaneo[69].

Detta strategia di "manipolazione" del dibattito e del consenso si è resa possibile, ad ogni buon conto, anche a mezzo della capacità di sfruttamento degli strumenti tecnologici di

---

[62] A giudizio di M. Avbelj, *Brexit: An End to the End of History*, in *German Law Journal*, vol. 17, n. 1, 2016, pp. 1-6, p. 5, i movimenti populisti riescono ad attecchire nel tessuto politico, sociale ed elettorale europeo (e, nondimeno, globale) in quanto «*it takes advantages of the negative sentiments simmering among the people; because it draws on the emotions in ways that a liberal democracy, as a complex system of checks and balances, is unable to match*».

[63] Sul punto, a parere di F. Hoffmann, *Legalism at a Dead End or the (Br)Exit of Politics*, in *German Law Journal*, vol. 17, n. 1, 2016, pp. 33-38, p. 34, «*The overused image of besuited Eurocrats making backroom decisions to impose unpopular policies on defenceless national constituencies is simply a caricature. But this is why introducing yet more layers of participatory mechanisms, launching more information campaigns, and stuffing more citizens' rights into the existing governance mode is not a solution*».

[64] Sul punto, a giudizio di E. Mostacci, *Viaggio al termine della storia*, cit., p. 796, «l'Unione europea, nel suo essere uno dei tasselli istituzionali centrali del processo complessivo, ha attirato su di sé una crescente mole di perplessità e, in un Paese già particolarmente scettico nei confronti di ipotesi federative di scala continentale, ha finito per diventare un elemento fondamentale di dialettica politica».

[65] Un'interpretazione originale, sul punto, viene fornita da E. Daly, *Popular Sovereignty*, cit., p. 11, a giudizio del quale «*the referendum might sometimes be depicted as insurgency or disruption from below, as a revolt by the people against elites. However, a much more obvious interpretation is that the people's "reserve" sovereignty is mobilized and deployed by, not against, elites. In this conceptualization, the people represents either an arbiter – whether of constitutional politics or of intra-partisan conflict – or, more obviously, a resource for elite instrumentalization*».

[66] E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'U.E. in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 1 ss., p. 11.

[67] *Ibidem*. Nel medesimo senso, M. Wilkinson, *The Brexit Referendum*, cit., p. 131, a giudizio del quale «*Brexit exposes cleavages that will continue to pose problems not only for the political and constitutional future of the UK and the European Union but also for maintaining the entire edifice of liberal democracy*».

[68] Si vedano, in particolare, M. Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, in *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, 2006, pp. 991-1006; C. de la Torre, L. Scuccimarra, *Global Populism and Processes of De-democratization. An Interdisciplinary Dialogue*, in *Storia del Pensiero Politico*, n. 1, 2019, pp. 129-150; S. Chambers, *Democracy and Constitutional Reform: Deliberative Versus Populist Constitutionalism*, in *Philosophy and Social Criticism*, vol. 45, n. 9-10, 2019, pp. 1116-1131.

[69] Sulla crisi degli ordinamenti giuridici contemporanei in relazione al ruolo svolto dalle istituzioni sovranazionali ed all'espansione della "tecnica" nel campo della "politica", si rinvia all'analisi di F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000.

comunicazione contemporanea[70] – su tutti, evidentemente, i *social networks*[71] –, mediante i quali si è potuta veicolare la tesi dell'uscita dall'Unione europea quale elemento "salvifico" del dominio sovrano britannico in terra propria[72].

Nondimeno, emerge distintamente il tema della capacità di "tenuta" del processo democratico dinanzi alle spinte centrifughe e "disintermedianti", nonché – in un contesto così "fragile" – l'approfondimento del modo in cui le forze anti-sistema siano state capaci di acuire le stridenti contraddizioni interne agli ordinamenti democratici[73], specie a mezzo – come nel caso del "distacco"[74] di uno Stato membro dall'Unione – dello strumento della consultazione popolare[75]. In tal senso, invero, la Brexit può dirsi assurta, al contempo, a *totem* o "spauracchio" – a seconda dei punti di vista – di quel meccanismo recessivo "intromessosi" nella dinamica democratica – e, a ben vedere, nelle relazioni duali tra entità pubbliche (nel caso di specie, Regno Unito ed Unione europea)[76] –, tale per cui parte della dottrina, opportunamente, ha ritenuto di interrogarsi sulla circostanza per la quale la Brexit si sia atteggiata quale «questione bilaterale tra Unione e Regno Unito dopo la pronuncia del popolo sovrano, senza chiedersi se non sia piuttosto un problema di democrazia e delle sue procedure, probabilmente troppo rudimentali per fronteggiare i fenomeni contemporanei»[77].

Sulla scia di tali considerazioni, emergerebbe, dunque, una chiave di lettura originale e dal tono prettamente costituzionalistico circa le scaturigini del "fenomeno Brexit"[78] e, al contempo, sulle cause che abbiano condotto alla "sottovalutazione" degli effetti che la fuorius-

[70] Cfr., sul punto, la lungimirante riflessione di A. De Petris, *La rappresentanza nell'era della tecnopolitica*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 205-233, nonché, più di recente e con specifico segno al tema oggetto delle presenti riflessioni, M. Mancosu, *Populism, Emotionalized Blame Attribution and Selective Exposure in Social Media. A Comparative Analysis of Italy and UK*, in *Comunicazione Politica*, n. 1, 2018, pp. 73 ss.

[71] In tema di comunicazione online e "disinformazione", la quale si atteggia quale elemento capace di "distorcere" la formazione della volontà popolare, si rinvia al documento della Commissione europea, *The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022*.

[72] Cfr. N. Walker, *The European Fallout*, in *German Law Journal*, vol. 17, n. 1, 2016, pp. 125-130.

[73] Cfr. E. Celeste, *Brexit and the risks of digital sovereignism*, in *Brexit Institute Working Paper*, n. 1, 2024, pp. 1-16.

[74] In tal senso, a parere di R. Bin, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2018, pp. 813 ss., p. 813, l'*affaire* Brexit «dimostra che temi di questa portata non possono essere decisi affidandosi a strumenti necessariamente rozzi come il *referendum*, proponendo agli elettori la secca alternativa tra sì e no. (…) Una vicenda esemplare, su cui dovrebbero meditare tutti coloro che agitano l'ipotesi dell'*Italexit* e dichiarano che su decisioni di tale complessità è necessario che sia chiamato a decidere il popolo sovrano».

[75] Appare di sicuro interesse il documento della European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Code of Good Practice on Referendums (revised)*, Approved by the Council for Democratic Elections at its 73rd meeting (Venice, 16 June 2022) and adopted by the Venice Commission at its 131st Plenary Session (Venice, 17-18 June 2022).

[76] Sul punto, si veda V.J. Seidler, *Making Sense of Brexit. Democracy, Europe and Uncertain Futures*, Bristol, Bristol University Press, 2023.

[77] Così F. Palermo, *L'Europa delle domande sbagliate*, in *il Mulino*, n. 5, 2016, pp. 846 ss., p. 849.

[78] In tal senso, M. Gordon, *Brexit: a challenge for the UK constitution, of the UK constitution?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 12, n. 3, 2016, pp. 409-444, p. 416, afferma espressamente come la Brexit debba essere considerata «*a constitutional phenomenon, and the legal and political decisions taken and acted upon as the process of negotiating departure from the EU unfolds will create the framework within which the wider national future of the UK will be settled (at least on a contingent basis)*».

cita di uno Stato membro dell'Unione avrebbe comportato[79]: trattasi, in sostanza, della «strumentalizzazione e specularmente la sottovalutazione dei voti referendari»[80], nonché della «rimozione della portata costituzionalistica dei conflitti che attraversano l'ordinamento europeo»[81].

3. La "disintermediazione" populista letta (anche) attraverso la democrazia diretta

In funzione del profondo radicamento e della radicalizzazione del populismo nelle società occidentali, il processo cruciale a cui si assiste, sotto svariati ambiti e forme, è sussumibile nella formula della c.d. "disintermediazione"[82], intesa quale processo politico, culturale e sociale attraverso il quale sta progressivamente venendo meno il fondamentale ruolo sociale, culturale, politico ed istituzionale dei c.d. "corpi intermedi" (partiti, sindacati, associazionismo), quali necessari strumenti politici di raccordo tra il cittadino-elettore e il "potere"[83]. Un'influenza originale, tesa dunque a "ridefinire", in accezione asetticamente positiva, la "diretta concertazione" della "decisione" attraverso strumenti di connessione diretta con i cittadini-elettori di natura referendaria-consultiva – in forma ortodossa o, per converso, maggiormente "agile" e "ristretta"[84]. La delegittimazione dei corpi intermedi nelle società occidentali diviene, dunque, un passaggio funzionale e necessario nel processo di affermazione socio-elettorale dei movimenti populisti ed anti-sistema e delle loro fig-

[79] Sul punto, si veda, in particolare, P. Craig, *Brexit and Relations between the EU and the UK*, in M. Dougan (eds.), *The UK after Brexit: Legal and Policy Challenges*, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 305-326.
[80] E. Olivito, G. Repetto, *op. cit.*, p. 18. Su tale profilo, inoltre, si è evidenziata una «sorta di "paternalismo democratico"» che «ha, dunque, circondato i recenti voti referendari, sulla scorta dell'idea che gli elettori nazionali non si avvedano della reale portata dei voti espressi e che non siano, perciò, in grado di decidere per il meglio».
[81] E. Olivito, G. Repetto, *op. cit.*, p. 19.
[82] Cfr. B. Crick, *Populism, Politics and Democracy*, in *Democratization*, vol. 12, n. 5, 2005, pp. 625-632; L.M. Fasano, *La democrazia fra disintermediazione politica e rappresentanza organizzata degli interessi*, in A. Di Gregorio, L. Musselli (a cura di), *Democrazia, Lobbying e processo decisionale*, Milano, Franco Angeli, 2015, pp. 11-22; B. Moffitt, *Populism 2.0. Social Media and the False Allure of 'Unmediated' Representation*, in Aa.Vv., *Populism and the Crisis of Democracy*, vol. II, *Politics, Social Movements and Extremism*, Abingdon-New York, Routledge, 2019, pp. 30-46.
[83] Sul punto, si vedano le riflessioni di M. Rooduijn, *The Nucleus of Populism: in Search of the Lowest Common Denominator*, in *Government and Opposition*, vol. 49, n. 4, 2014, pp. 573-599.
[84] Su quest'ultimo profilo, si vedano, per tutti, G. Moschella, *Elezioni primarie e nuove forme della rappresentanza politica*, in *Nuove Autonomie*, n. 2, 1996, pp. 207-232; P. Marsocci, *La selezione delle élite politiche: partiti, metodo democratico e "primarie"*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 713-741; F.R. De Martino, *La selezione delle candidature attraverso il metodo delle primarie. Partecipazione politica e rappresentatività dei partiti*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2013, pp. 1 ss.; R. Calvano, *Le primarie e altri falsi antidoti alla crisi dei partiti in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2017, pp. 45 ss.; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 211 ss.; L. Gori, *Le elezioni primarie nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

ure apicali, le quali traggono la propria legittimazione interamente dal "plebiscito elettorale"[85], sovente a mezzo delle piattaforme di interazione digitale[86].
In tal senso, si concorda con quella parte della dottrina che ha inteso, per plurime ragioni, evidenziare come sia progressivamente venuta meno, da parte dei corpi intermedi e delle istituzioni, la «capacità di assorbimento dei conflitti economico-sociali»[87], lasciando inevitabilmente sgombro il campo alla radicalizzazione del conflitto e del linguaggio politico, in funzione strumentale alla delegittimazione delle istituzioni[88], specie quelle di garanzia[89].
Un ruolo di intermediazione necessaria nel quadro dell'ordinamento giuridico[90], quello

[85] Cfr. E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico*, trad. it., Torino, Giappichelli, 1994.
[86] In tal senso, a giudizio di R. Biorcio, *I due canali della partecipazione e le trasformazioni dello Stato democratico*, in A. Pizzorno (a cura di), *La democrazia di fronte allo Stato. Una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, Milano, Feltrinelli, 2010, pp. 233-246, p. 241, «il declino del radicamento sociale e delle funzioni svolte storicamente dai partiti di massa nella società industriale ha favorito il passaggio a nuove forme di governo rappresentativo, in cui contano sempre meno le organizzazioni politiche e sempre più i media e le personalità dei leader».
[87] F. Bilancia, *Crisi economica, rappresentanza politica e populismo nelle dinamiche del contemporaneo*, in *Lo Stato*, n. 10, 2018, pp. 341 ss., p. 348.
[88] Sul punto, si vedano le riflessioni di A. Torre, *Meno siamo, meglio stiamo? Il numero dei parlamentari fra quantità e qualità della rappresentanza*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 543 ss.
[89] Sul tema del "conflitto" nelle società democratiche, si vedano, per tutti, C. Mouffe, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, trad. it., Milano, Bruno Mondadori, 2007; A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018.
[90] Cfr., sul punto, P. Virga, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948; G. Ferri, *Studi sui partiti politici*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1950; V.E. Orlando, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 601 ss.; C. Esposito, *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, spec. pp. 215 ss.; C.E. Traverso, *La genesi storico-politica della disciplina dei partiti nella Costituzione italiana*, in *Il Politico*, vol. 33, n. 2, 1968, pp. 281-300; V. Crisafulli, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. II, Firenze, Vallecchi, 1969; C. Mortati, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in Id., *Raccolta di Scritti*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1972; P. Ridola, *Partiti politici (voce)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXII, Milano, 1982; C. Rossano, *Partiti politici (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXII, Roma, 1990; S. Bartole, *Partiti politici (voce)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. X, Torino, 1995; L. Elia, *Realtà e funzioni del partito politico: orientamenti ideali, interessi di categoria e rappresentanza politica*, in Id., *Costituzione, partiti, istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2009.

svolto dai corpi intermedi e, principalmente, dai partiti politici[91], specie a far data, come insegna autorevole dottrina, dal «consolidamento dello stato costituzionale rappresentativo»[92] ed il cui indebolimento deve essere letto quale elemento di profonda distorsione nella ordinaria dinamica democratica tra rappresentati e rappresentanti[93], anche a fronte di quel particolare fenomeno, analizzato in particolare da Massimo Luciani, declinato quale «crisi del rappresentato»[94].

Parimenti, detti processi non possono astrarsi dal dato contingente, rappresentato da un processo di globalizzazione "diseguale", che ha disvelato profonde criticità e tensioni nel quadro delle democrazie occidentali[95]. In tal senso, l'avvitamento del ruolo della politica e del diritto nella "spirale" della "tecnocrazia", centrata, per l'appunto, sul dato economico e finanziario (a discapito della funzione del "politico"[96]), ha progressivamente ampliato l'area del dissenso sistemico, alimentando spinte radicalmente disgregatrici, basate (anche)

---

[91] Sulla crisi dello strumento del partito politico e, più in generale, del modello di democrazia rappresentativa proprio delle culture giuridiche occidentali, si vedano, fra gli altri, R. Ruffilli, *Crisi dei partiti e culture politiche in Italia*, in *Il Politico*, vol. 46, n. 4, 1981, pp. 675-690; D. Nocilla, *Crisi della rappresentanza e partiti politici*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1989; L. Carlassare, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 21-63; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, FUP, 2004, spec. pp. 122 ss.; U. Allegretti, *Democrazia e rappresentanza nell'era della globalizzazione*, in L. Chieffi (a cura di) *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 69-90; F. Lanchester, *La rappresentanza in campo politico e le sue trasformazioni*, Milano, Giuffrè, 2006; G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2006; G. Azzariti, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. V, Napoli, Jovene, 2009, pp. 1777-1800; L. Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2011, spec. pp. 33 ss.; F. Rimoli, *La democrazia e la sua crisi*, in Aa.Vv., *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. 207-238; F. Clementi, *Il fenomeno dell'associarsi politico tra crisi della rappresentanza e globalizzazione. Spunti problematici*, in C. Bassu, G.G. Carboni (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., pp. 137-146; M. Dogliani, *Rappresentanza, Governo e mediazione politica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2017, pp. 13 ss.; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, Giappichelli, 2017, spec. pp. 51 ss.; A. Morelli, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto Costituzionale*, n. 1, 2018, pp. 95 ss.; C. De Fiores, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2018, pp. 211 ss.; F. Bilancia, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in Aa.Vv., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 33. Infine, se si vuole, C.A. Ciaralli, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del Diritto*, n. 3, 2019, pp. 365 ss.

[92] Cfr. P. Ridola, *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 1.

[93] In tal senso, si vedano, *inter alia*, P. Ridola, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in Aa.Vv., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Napoli, Jovene, 2009, pp. 7-50, nonché P. Marsocci, *Sulla funzione costituzionale dei partiti e delle altre formazioni politiche*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

[94] Si veda, M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon, F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 109-117.

[95] Con riferimento alla Brexit, si vedano, in particolare, le riflessioni di H. James, *Brexit and the New Globalization*, in *Brexit Institute Working Paper*, n. 2, 2023, pp. 1-12.

[96] Sul punto, si vedano, in particolare, F. Fischer, *Technocracy and the Politics of Expertise*, Newbury Park, Sage, 1990; N. Irti, *Del salire in politica. Il problema tecnocrazia*, Torino, Aragno, 2014; W. Easterly, *La tirannia degli esperti*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2015; G. Azzariti, *Tecnica, politica, Costituzione. Perché non solo la politica ma anche la tecnica deve essere limitata dalla Costituzione*, in G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 115-120; M. Volpi, *Tecnocrazia e crisi della democrazia*, in Id. (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1-24; J. Brennan, *Contro la democrazia*, trad. it., Roma, LUP, 2018, spec. 221 ss.

sulla difesa del patrimonio culturale, sociale ed economico delle singole realtà nazionali. In tal senso, appare di sicuro rilievo la riflessione di Habermas, a giudizio del quale «una tecnocrazia senza radici democratiche non ha né la forza né la motivazione per prendere sul serio le richieste dell'elettorato circa giustizia sociale, sicurezza assistenziale, prestazioni pubbliche e beni collettivi, nel caso in cui tali richieste entrino in conflitto con i requisiti sistemici della competitività e della crescita»[97].

4. Cenni conclusivi

La vicenda Brexit – in misura ancor più evidente rispetto a talaltre esperienze nazionali ove i movimenti populisti hanno inciso in maniera sensibile su rilevanti decisioni "ideologiche" e di governo –, rileva, sostanzialmente, sotto due profili analitici: in primo luogo, l'esigenza storica che la politica democratica tenti di "governare" il "processo democratico", da intendersi quale necessità di una corretta e sana formazione della volontà popolare, specie nel caso delle consultazioni referendarie; in secondo luogo, la presa d'atto che dal disagio e dal malessere diffuso nelle società occidentali, alimentati da solide campagne elettorali improntate (anche) alla distorsione dei nessi causa-effetto e logico-deduttivi, non possano che affermarsi con prepotenza (politica) le pulsioni "anti-sistema" germoglianti nelle democrazie contemporanee.

Pulsioni "anti-sistemiche", quelle di cui si è tentato di discorrere, legate alla difesa della identità nazionale e locale di matrice "tradizionale", asseritamente "aggredita", sin dalle fondamenta, dai cambiamenti radicali che la contemporaneità determina, che si lega sovente con forme di "apparente" adesione alla dinamica democratica, la quale, tuttavia, malcela "irrequietezze" nei riguardi dei meccanismi di "contenimento" della pura e "disintermediata" volontà popolare. Tuttavia, l'esercizio retorico teso a considerare i numerosi segnali di "malcontento" emergenti a livello sociale, economico e culturale in Europa quali meri "populismi" – e, perciò, deprivati *in nuce* di qualsivoglia fondamento – non appare né funzionale al buon funzionamento delle società democratiche, né, tantomeno, di ausilio nel processo di contrasto delle pulsioni "distruttive" che ogni società, naturalmente, contiene e tenta, a volte senza riuscirvi, di "incanalare" e, nondimeno, "governare".

Parimenti, seppur all'interno di un quadro saldamente ancorato ai princìpi dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale, la strutturazione della contrapposizione politica, sociale ed istituzionale nei termini *schmittiani* di "amico-nemico"[98] e la correlata delegittimazione degli avversari (nemici?) politici costituiscono, oggi come in passato, elementi che non possono essere derubricati quali mere, per quanto efficaci, modalità di propaganda politica, bensì costituiscono fattori di concreto indebolimento della dialettica democratica e, nondimeno, elementi di evidente alterazione istituzionale nella relazione tra le forze che costituiscono l'architrave fondante dello Stato costituzionale.

---

[97] J. Habermas, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, trad. it., Roma-Bari, Laterza, 2014, p. 21.

[98] C. Schmitt, *Il concetto di 'politico'*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, trad. it., Bologna, Il Mulino, 2013. Si veda, parimenti, G. Azzariti, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

In tale prospettiva, la "dualità" di cui si discorre è apparsa centrale nel dibattito interno al mondo britannico tra *Leave* e *Remain*, tracimando dal dato strettamente politico a quello "esistenziale", ovverosia legato alla intrinseca capacità dell'ambito sovranazionale di "condizionare" le "sovranità nazionali", alla luce di processi giuridico-politici che si stagliano al di sopra della mera dimensione domestica. Tuttavia, dette pulsioni costituiscono, necessariamente, un tema su cui continuare a focalizzare l'attenzione, specie in una fase piuttosto delicata della vita pubblica europea – da poco fuoriuscita dalla crisi pandemica, con tutto ciò che ne ha comportato, ed in piena "tensione" a causa del conflitto bellico alle porte dell'Europa – nella quale la ponderazione e l'approfondimento dei temi dovrebbero assurgere a cardini essenziali nell'azione dei pubblici poteri.

In conclusione, il ruolo del costituzionalismo, inteso quale limite all'esercizio del potere e, nondimeno, quale «rifiuto della personalizzazione del potere»[99], così come i principi e valori che formano parte essenziale del suo profilo genetico, riveste un'importanza cruciale, oggi ancor più che in passato. Tale ruolo baricentrico del "costituzionalismo della(e) crisi"[100] si invera nella temuta recrudescenza di esperienze improntate alla negazione dei diritti e delle libertà, combinate con un indebolimento strutturale della rappresentanza democratica e dei meccanismi ed organismi che l'ordinamento appresta al fine di garantire l'equilibrio tra poteri ed il controllo circa il corretto esercizio del potere stesso.

[99] Cfr. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, spec. pp. 212 ss.
[100] G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-b92

costituzionalismo britannico e irlandese

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

La monarchia britannica come espressione di una sovranità del tempo moderno

Elisabetta Palici Di Suni
Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

La monarchia britannica come espressione di una sovranità del tempo moderno**

di Elisabetta Palici Di Suni*

Abstract (Ita): La Monarchia britannica ha due punti di forza: il sistema parlamentare e il forte legame della popolazione alla tradizione. Un Capo dello Stato monarchico, senza legittimazione democratica, svolge infatti funzioni solo formali, che lasciano le maggioranze politiche libere di governare, realizzando al massimo grado la supremazia del Parlamento. L'attaccamento dei britannici alle loro tradizioni consente inoltre alla Monarchia di esaltare l'aspetto cerimoniale, attraverso ad esempio il rito dell'incoronazione, discostandosi così dalle altre Monarchie del Nord Europa, orientate da tempo alla massima sobrietà.

Abstract (Eng): There are two strengths in the British Monarchy: the parliamentary system and the people's adherence to tradition. A Monarch Head of State, without democratic legitimation, performs only formal functions, leaving the political majority free to rule, thus achieving the highest grade of parliamentary supremacy. The adherence of the British people to tradition also enhances the ceremonial aspect of the Monarchy, like, for instance, the coronation ceremony, setting it apart from the other Monarchies of North Europe, oriented to the utmost sobriety.

Parole chiave: Monarchia; sistema parlamentare; tradizioni

Keywords: Monarchy; Parliamentary system; tradition

Sommario: Grande commozione ha suscitato la rivelazione che anche Catherine, come Carlo III, è malata di cancro. Sulla popolarità dei membri della famiglia reale cfr. Latest attitudes towards the Royal Family – January 2024, ipsos.com/en-uk/latest-attitudes-towards-royal-family-january-2024 e, più recentemente (9 aprile 2024), M. Smith, Kate Middleton now UK's most popular royal, yougov.co.uk/politics/articles/49089-kate-middleton-now-uks-most-popular-royal. Dal sondaggio lì riportato risulta che Catherine raccoglie il 76% dei consensi, William il 73%, Carlo III il 63% e Camilla il 50%

1. **Introduzione.**

Guardando all'ordinamento britannico ci si potrebbe chiedere: il Regno Unito è una Monarchia e, ciò nonostante, un sistema parlamentare forte e stabile, oppure il Regno Unito è un sistema parlamentare forte e stabile proprio perché è una Monarchia?

Io propenderei per la seconda affermazione.

Mi sembra infatti che nel Regno Unito il sistema monarchico abbia consentito al Parlamento, alla sua maggioranza e al Primo Ministro di assumere all'interno dell'ordinamento un ruolo di indiscussa supremazia, che verrebbe invece intaccato o indebolito se il Capo dello Stato fosse un Presidente democraticamente eletto[1].

La Monarchia ha quindi favorito e rafforzato il sistema parlamentare e quest'ultimo, a sua volta, ha favorito il mantenimento della Monarchia nel Regno Unito. Monarchia rafforzata anche da altri fattori, come il forte legame dei britannici alle loro tradizioni, o come la necessità di un centro unitario *super partes*, non politico, per il Commonwealth e le diverse

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Torino

[1] 1 Sia permesso rinviare a questo proposito a E. Palici di Suni, *Comparare le Monarchie europee. La Monarchia come strumento per rafforzare il Parlamento*, in A. Torre (a cura di), *La Monarchia britannica*, in corso di pubblicazione.

realtà al suo interno o per lo stesso Regno Unito di fronte alle spinte indipendentistiche, specialmente scozzesi e irlandesi.
Basterà tutto ciò a mantenere anche per il futuro la Monarchia britannica? O prevarranno aspirazioni in senso contrario, alimentate dalle spinte indipendentiste cui si è appena accennato o dagli scandali che hanno coinvolto negli ultimi anni la famiglia reale o dalla difficile successione al trono dopo settant'anni di Regno di Elisabetta II?
Per meglio comprendere le caratteristiche, i pregi e le criticità della Monarchia britannica è opportuno ripercorrerne l'evoluzione storica, inquadrare il ruolo della Corona nell'attuale forma di governo e nell'opinione pubblica del Regno Unito, per concludere con alcune considerazioni e previsioni sul futuro di una delle Monarchie più antiche e più note al mondo.

2. Evoluzione della monarchia britannica nella storia.

Come osservò McIlwain, «*Where but in England during modern times can we find an indigenous constitutional development in which the titular ruler is a king, the legal sovereign an assembly, and the ultimate political power a people?... Who but the English today would go on calling their court of final appeal the "House of Lords"? Or where except in England, or in a country with an English tradition, could one call the act of a king "unconstitutional" if he chose to exercise his undoubted legal discretion in withholding assent to a bill passed by both houses of parliament?*»[2].
E sono proprio queste contraddizioni che hanno caratterizzato la storia della Monarchia britannica e che le hanno consentito di consolidarsi e trasformarsi, sia pure con molta gradualità, per adattarsi alle nuove esigenze.
Una delle contraddizioni più evidenti è il fatto che il Parlamento inglese si sia affermato e sviluppato, non grazie alla borghesia o alle classi popolari, come è avvenuto in pressoché tutti gli ordinamenti costituzionali, ma grazie all'aristocrazia.
Tale profilo è stato messo in evidenza innanzi tutto da Alexis de Tocqueville, confrontando in particolare la storia della Francia e quella del Regno Unito. In Francia i nobili avevano perduto i poteri politici e mantenuto privilegi, tra i quali, il più odioso, l'esenzione fiscale: la rigida separazione tra nobili e borghesi, basata sulla nascita, aveva perciò accentuato l'inimicizia tra le classi. Diversamente, in Inghilterra, secondo Tocqueville, la divisione tra nobili e classi medie era molto attenuata: svolgevano le stesse professioni e si univano attraverso i matrimoni; i nobili si sobbarcavano gli oneri pubblici più gravosi con ineguaglianze tributarie a favore dei più bisognosi (non dei più ricchi), con ciò mantenendo e rafforzando il loro potere politico[3]. La differenza tra l'aristocrazia inglese e la casta che aveva caratterizzato la Francia e gli altri Paesi europei fa dire a Tocqueville: «È veramente strano che un fatto che rende tanto singolare la condizione dell'Inghilterra frammezzo a tutte le nazioni moderne, e che solo può far comprendere la particolare natura

[2] C.H. McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1947 (Indianapolis: Liberty Fund, 2008), p. 35.
[3] A. de Tocqueville, *L'antico regime e la rivoluzione*, trad. e cura di M. Lessona, Torino, UTET, 1958, pp. 107-153. Cfr. D. Spring, *An Outsider's View: Alexis de Tocqueville on Aristocratic Society and Politics in 19th Century England*, in *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, vol. 12, n. 2, 1980, pp. 122-131; A. Zemach, *Alexis de Tocqueville on England*, in *The Review of Politics*, vol. 13, n. 3, 1951, pp. 329-343; G. Oskian, *Tocqueville e le basi giuridiche della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 63.

delle sue leggi, del suo spirito e della sua storia, non abbia molto più intensamente richiamato l'attenzione di statisti e filosofi, e che l'abitudine abbia finito per renderlo come invisibile agli stessi Inglesi»[4].

Similmente Bagehot osserva che la nobiltà inglese, «spinta dalla sua stessa ambizione, seppe, quando ciò le sembrò necessario, mischiarsi familiarmente coi suoi inferiori, e fingere di considerarli eguali…. Indubbiamente, l'aristocrazia inglese era più altera che quella di Francia, e meno proclive a concedere familiarità a chi stava più in basso; ma la necessità della sua condizione ve l'inducevano. Per poter comandare, essa era disposta a tutto»[5].

In effetti i baroni inglesi costrinsero il Re Giovanni I a concedere nel 1215 la Magna Charta[6] che sanciva il loro diritto ad essere convocati, ma, per rafforzare il ruolo del *concilium*, Simon de Montfort aggiunse al suo interno cavalieri e borghesi[7]. Nel 1322 lo statuto di York ribadì che il Sovrano per governare necessitava del consenso di «prelati, conti, baroni e della comunità del Regno»[8].

Si è dunque sempre trattato di una Monarchia costituzionale o limitata[9], anche se non la più antica[10]. Le limitazioni al potere politico del Sovrano che caratterizzano la storia costituzionale britannica fin dall'origine si sono modificate nel corso del tempo: si è perciò distinta la Monarchia in feudale, paternalistica, pseudo-assoluta, corporata-costituzionale e a base parlamentare o "con Primo Ministro"[11]. Nonostante questi numerosi passaggi, non si sono avute quelle cesure nette o quelle rivoluzioni che hanno caratterizzato la maggior parte degli altri ordinamenti[12]: «l'esperienza costituzionale inglese … è caratterizzata da uno sviluppo storico regolare ed omogeneo», che non ha mai rinnegato «apertamente e

---

[4] A. de Tocqueville, *L'antico regime,* cit., p. 113.
[5] W. Bagehot, *La Costituzione inglese,* trad.it., Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 129 s.
[6] A. Torre, *Magna Carta (1215)*, Collana Il Monitore, 1, Macerata, Liberilibri, 2007.
[7] Cfr. R. Bendix, *Kings or People. Power and the Mandate to rule*, Berkeley-Los Angeles, University of California, 1978, trad. it. *Re o popolo. Il potere e il mandato di governare*, Milano, Feltrinelli, 1980, pp. 157 ss. e p. 168; A.F. Pollard, *The Evolution of Parliament*, London-New York, Longmans, Green and Company, 1926, 2ª ed., pp. 279-298.
[8] J.R. Strayer, *The Statute of York and the Community of the Realm*, in *The American Historical Review*, vol. 47, n. 1, 1941, pp. 1-22; R. Bendix, *Re o Popolo,* cit., p. 174; A.F. Pollard, *The Evolution of Parliament,* cit., pp. 241-242.
[9] Cfr. A. Torre, *Magna Carta*, cit., p. XIII. Sulla differenza tra Monarchia limitata e Monarchia costituzionale v. C. Mortati, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, CEDAM, 1973, pp. 100 e 101.
[10] La prima Monarchia limitata si ebbe molti secoli prima con il Regno di Israele. Cfr. S.E. Finer, *Notes towards a history of constitutions*, in V. Bogdanor (ed.), *Constitutions in Democratic Politics*, Aldershot, Gower, 1988, p. 22; V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, in *Parliamentary Affairs,* vol. 49, n. 3, 1996, p. 407. Le tribù di Israele erano infatti tenute ad osservare la Legge di Mosè, la cui interpretazione fu affidata prima ai Giudici (Bibbia, Deuteronomio 16,18 e Libro dei Giudici) e poi ai Re (Deuteronomio 17, 14-20; I e II Libro dei Re), a partire da Saul, unto come Capo d'Israele dal profeta Samuele (I Libro di Samuele, 9). I Re erano limitati dalla legge divina non creata da loro (S.E. Finer, *loc. cit.*) e venivano severamente puniti se la violavano, come narrano molti episodi della Bibbia. È il caso di Salomone che viene punito per non aver rispettato la legge del Signore (I Libro di Samuele, 13, 10-14 e I Libro dei Re 11) e di Gezabele, moglie del Re Acab, che, dopo aver compiuto varie nefandezze, viene gettata dalla finestra e il suo cadavere divorato dai cani (I Libro dei Re 16, 30-34; 21; II Libro dei Re 9, 6-10 e 30-37).
[11] A. Torre, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 3ª ed., 2021, p. 139.
[12] È questo un aspetto ampiamente sottolineato. Cfr. F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza: percorsi storici e comparatistici*, Napoli, Jovene, 1997, pp. 250-252; M. Loughlin, *The British Constitution. A Very Short Introduction,* Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 106-112; A. Torre, *Regno Unito,* cit., p. 49; C. Martinelli, *La Corona britannica nelle trasformazioni costituzionali e nel quadro del Commonwealth*, in V. Lippolis e R. Ibrido (a cura di), *Capo dello Stato e forme di governo. Vent'anni di trasformazioni*, Il Filangieri. Quaderno 2023, Napoli, Jovene, 2024, p. 59.

radicalmente il passato, pur registrando modifiche sostanziali e progressi di straordinario interesse»[13].

La stessa breve parentesi repubblicana si è realizzata con Cromwell in modo anomalo, non come una Repubblica democratica in opposizione ad un regime dittatoriale, ma come una dittatura militare, cui presto seguì la restaurazione della Monarchia[14].

Oltre che dall'aristocrazia, la Monarchia britannica fu limitata sin dall'inizio dai poteri locali, dal *Local Government*[15]. Come è stato osservato[16], le antiche comunità costituivano le uniche divisioni territoriali ufficiali del Regno, che non furono ostacolate, ma anzi avvantaggiate dalla Corona, anche per prevenire la costituzione di un feudalesimo politico, e resero loro rappresentanti i membri della Camera dei Comuni.

Monarchia limitata o costituzionale fin dall'origine, dunque, in un ordinamento che paradossalmente non ha mai avuto una Costituzione scritta e che, ciò nonostante, ha fornito la base per tutte le altre Monarchie costituzionali, pur mantenendo le sue specifiche e inimitabili caratteristiche.

Si tratta delle contraddizioni che caratterizzano la Monarchia britannica, come si osservava all'inizio del paragrafo. La Costituzione britannica, non scritta (*unwritten*) o, meglio, *uncodified*, è il risultato di vari documenti e convenzioni costituzionali succedutisi nella storia[17] e, proprio perché non scritta, è una Costituzione flessibile[18].

Ed è all'interno di questa flessibilità che si sono profondamente modificati nel corso della storia soprattutto le funzioni del Sovrano e i rapporti tra le due Camere del Parlamento. Si è già accennato al riconoscimento del ruolo dei Pari con la Magna Carta e al successivo allargamento del *Concilium* a cavalieri e borghesi. La Camera dei Comuni si staccò dalla Camera dei *Lords* nella seconda metà del XIV secolo, anche se è difficile determinare con esattezza quando ciò realmente avvenne[19]. La prevalenza della Camera dei Comuni su quella dei *Lords* fu sancita inizialmente con il governo Grey dal *Representation of the People Act* del 1832, che abbassò il censo elettorale e redistribuì i seggi parlamentari, aumentando i collegi delle città, dove la popolazione era aumentata con l'industrializzazione, e diminuendo quelli delle campagne[20]. La prevalenza della Camera dei Comuni fu affermata

[13] C. Mortati, *Lezioni*, cit., p. 95.
[14] A. Torre, *Regno Unito*, cit., 139; C. Martinelli, *La Corona britannica*, cit., p. 60.
[15] F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza*, cit., p. 251; A. Torre, *Regno Unito*, cit., pp. 180-181; C. Martinelli, *La Corona britannica*, cit., pp. 58-59.
[16] M. Loughlin, *The Demise of Local Government*, in V. Bogdanor (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, New York, Oxford University Press, 2003, pp. 521-556, specie pp. 525-527.
[17] Cfr. A. Torre, *Regno Unito*, cit., pp. 33-35 e pp. 49-50; C. Martinelli, *La Corona britannica*, cit., pp. 57-58; S. Bonfiglio, *The Petition of Right (1628)*, Collana Il Monitore, 11, Macerata, Liberilibri, 2009; E. Wicks, *The Bill of Rights (1689)*, Collana Il Monitore, 12, Macerata, Liberilibri, 2010.
[18] Cfr. A. Torre, *Regno Unito*, cit., p. 50.
[19] A.F. Pollard, *The Evolution of Parliament*, cit., p. 122. V. anche C. Mortati, *Lezioni*, cit., p. 99.
[20] I Conservatori, contrari a questa legge, si astennero nella votazione per evitare che il Re Guglielmo IV, su richiesta di Lord Grey, nominasse dei *Lords* liberali, al fine di favorire l'approvazione della legge nella Camera dei *Lords*. Cfr. P. Martino, *Charles Grey. II Earl Grey of Howick (1830-1834). Un Progetto di continuità tra old e changing Constitution*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pp. 486-491.

definitivamente con il *Parliament Act* del 1911, adottato dal Governo Asquith[21]: vi si stabilì, come è noto, che per le leggi in materia finanziaria non fosse necessaria l'approvazione della Camera dei *Lords*[22]e che quest'ultima non potesse opporsi all'approvazione delle altre leggi, dopo che esse fossero state approvate dalla Camera dei Comuni in tre sessioni nell'arco di due anni, ma solo proporre eventuali emendamenti. Il potere dei *Lords* di opporsi alle leggi fu ristretto a due sessioni nell'arco di un anno con il *Parliament Act1949*, approvato con il Governo *Labour* Attlee, per evitare che la Camera dei *Lords* potesse ritardare il programma governativo di nazionalizzazioni avviato nel dopoguerra[23]. Infine, con il Governo Blair fu approvato *The House of Lords Act 1999*, che ridusse a 92 il numero dei *Lords* ereditari[24], e il *Constitutional Reform Act 2005*, con cui fu istituita una Corte Suprema per il Regno Unito, che ha iniziato a funzionare nel 2009 e che svolge le funzioni giudiziarie precedentemente svolte dalla Camera dei *Lords*. La legge del 1999 intendeva porsi come un primo passo verso l'abolizione definitiva della Camera dei *Lords*, ma la riforma in questo senso, auspicata da taluno[25], non ha avuto seguito. Sono stati approvati solo provvedimenti minori, come l'*House of Lords Reform Act 2014*[26], che disciplina la rinuncia di un Pari alla carica di membro della Camera dei *Lords* per collocamento a riposo o per altri motivi, oltre a prevedere la possibilità che il Pari, in determinate circostanze, sia espulso dalla Camera dei *Lords*.

Attraverso queste riforme intervenute nel corso degli anni la Camera dei *Lords* si è dunque mantenuta nel Regno Unito e costituisce un caso direi unico di Camera parlamentare moderna in cui sono tuttora presenti, sia pure in numero minore rispetto al passato, rappresentanti dell'aristocrazia e del clero.

3. La monarchia britannica come espressione della sovranità parlamentare.

La flessibilità della Costituzione britannica ha consentito di adeguare i limiti della Corona nel corso della storia, modificandoli in modo anche radicale. Limiti al Sovrano che, come si è visto, consistevano inizialmente nella necessità del consenso di conti e baroni, presto

[21] Cfr. P. Piciacchia, *Herbert Henry Asquith (1908-1916). Il Liberale dalle due anime*, *ivi*, pp. 734-738. Il testo fu approvato anche alla Camera dei *Lords* nel timore, analogo a quello verificatosi nel 1832, della nomina di nuovi *Lords* liberali.
[22] Conformandosi così ad una convenzione già consolidata: cfr. A. Torre, *Regno Unito,* cit., p. 102.
[23] Cfr. S. Bonfiglio, *Clement Richard Attlee, I Earl of Prestwood (1945-1951), The "Unorthodox"*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito,* cit., pp. 879 e 880.
[24] Cfr. P. Leopold, *Regno Unito*, in E. Palici di Suni Prat, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2001, 2ª ed., pp. 722-723; F. Clementi, *Anthony Charles Lynton Blair (1997-2007). L'innovatore*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito,* cit., pp. 1090 s.
[25] electoral-reform.org.uk/campaigns/elected-house-of-lords/.
[26] legislation.gov.uk/ukpga/2014/24.

allargato a prelati e alla comunità del Regno, e che hanno infine portato alla supremazia parlamentare come supremazia della maggioranza parlamentare e del Primo Ministro[27].
Alla supremazia parlamentare si collega, nel Regno Unito, l'assenza di una Costituzione scritta che vincoli il legislatore ordinario, l'assenza di un sistema effettivo di giustizia costituzionale, un sistema elettorale che tende ad assicurare una maggioranza stabile e, appunto, un Capo dello Stato monarchico, senza legittimazione democratica, che non ha alcun potere decisionale e politico e svolge funzioni solo formali, secondo le indicazioni del Primo Ministro, espressione della maggioranza parlamentare.
Tra le prerogative del Sovrano si prevedono il potere di essere consultato, quello di incoraggiare e quello di mettere in guardia (*to be consulted, to encourage e to warn*)[28]: si tratta come si vede di poteri non decisionali, ma di influenza.
Si è osservato che per l'esercizio delle sue funzioni il Re è dotato di uno staff che lo informa sugli sviluppi della vita politica e che lo mette in grado di acquisire una buona conoscenza della politica britannica. Si è perciò ritenuto che la sua capacità di influenza dipenderebbe dalle sue qualità: pur senza pretendere che egli sia un "genio", sarebbe sufficiente che egli agisse secondo il senso comune, poiché gli effetti della sua influenza sarebbero molto positivi anche solo iniettando un po' di senso comune[29].
Tale influenza, tuttavia, non è in alcun modo verificabile, dal momento che le comunicazioni tra il Primo Ministro e il Sovrano devono rimanere assolutamente confidenziali[30].
Ma questa segretezza tutela il Re o il Primo Ministro? Certamente il Primo Ministro. Se le osservazioni del Sovrano devono restare segrete, il Primo Ministro non è infatti in alcun modo tenuto a prenderle in considerazione, né a renderne conto ad alcuno. La segretezza non rende il Sovrano *super partes*, lo o la rende assolutamente invisibile.
Diversamente, ad esempio, sin dal *Parliament Act 1911*, come si è visto, la Camera dei *Lords* ha perso il potere di opporsi a un progetto di legge votato dalla Camera dei Comuni, ma, al di fuori delle leggi che incidono sul bilancio, può presentare progetti di legge e proporre emendamenti. Giuridicamente si ha anche in questo caso un semplice potere di influenza, ma nella pratica tale potere ha un effetto assai più rilevante proprio a causa della pubblicità dei lavori di entrambe le Camere[31].

---

[27] V. G. Caravale, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Milano, Giuffré, 1997; A. Torre, *Robert Walpole. I Earl of Oxford (1721-1742). Nascita e formazione di un Primo Ministro. Una durevole governabilità whig fondata sul potere della sterlina*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito,* cit., pp. 1-142; C. Filippini, *Frederick North. II Earl of Guilford (1770-1782). An Agent of the Government in the House of Commons*, *ivi*, pp. 263-292; A. Torre, *Regno Unito,* cit., pp. 143-144; G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 3, 2021; S. Bonfiglio, *La scelta del Premier nei sistemi parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2023.
[28] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, cit., p. 101; V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 416; A. Torre, *Regno Unito*, cit., p. 146. Sulle varie prerogative del Sovrano v. *ivi*, pp. 146-150; R. Hazell, *Constitutional Functions of the Monarchy in the UK*, in R. Hazell, B. Morris, *The role of Monarchy in Modern Democracy. European Monarchies Compared,* Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, Hart, 2020, pp. 21-26.
[29] Così I. Jennings, *The British Constitution*, 3rd edition, New York, Cambridge University Press, 1954, pp. 112-113.
[30] V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 417.
[31] Cfr. parliament.uk/business/lords/work-of-the-house-of-lords/what-the-lords-does/. V. *infra* sulla proposta avanzata dalla Camera dei *Lords* prima dell'approvazione del *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022.*

Si è sostenuto che nei colloqui con il Primo Ministro il potere di influenza del Sovrano sarebbe tanto maggiore quanto più lungo è il suo Regno e, di conseguenza, maggiore la sua esperienza[32]: a sostegno della propria opinione, il Re o la Regina potrebbero infatti richiamare episodi politici del passato, che indurrebbero ad adottare un atteggiamento magari diverso da quello che il Primo Ministro intende assumere. Tutto ciò non è tuttavia dimostrabile, appunto a causa del carattere necessariamente confidenziale e segreto dei colloqui.

Alla segretezza dei colloqui con il Primo Ministro corrisponde l'obbligo di tenere in pubblico un atteggiamento assolutamente riservato, privo di qualsiasi rilievo anche indirettamente politico. Il Sovrano non può mai essere "di parte"[33].

È stato osservato che Carlo, come principe di Galles, aveva espresso più volte la sua posizione, sia pure su temi generali e ampiamente condivisi, come l'ambiente o l'agricoltura: tutto questo non sarebbe però più possibile ora che è un Sovrano e non può quindi esprimere alcuna opinione che sia suscettibile di assumere una pur vaga valenza politica[34]. È interessante notare che recentemente (20 febbraio 2024) il Principe William ha invocato la cessazione dei combattimenti tra Israele e Hamas più presto possibile, a causa della presenza di troppe morti tra i civili a Gaza. Di fronte a questa esternazione pare che Carlo III abbia mostrato una certa irritazione. Il Principe William, tuttavia, non è (ancora) un Sovrano e quindi sembrerebbe poter assumere quegli atteggiamenti che lo stesso Carlo aveva adottato prima di divenire Re.

Anche a livello legislativo il Sovrano non ha più poteri effettivi. L'organo parlamentare è *the King in Parliament*, formato dal Re, dalla Camera dei *Lords* e dalla Camera dei Comuni: la sovranità spetta dunque al Parlamento nel suo complesso, non solo alla Camera dei Comuni[35], ma la posizione di quest'ultima è aumentata e continua ad aumentare, divenendo assolutamente preponderante, tanto che, come osserva Alessandro Torre, tale triplice struttura risulta solo più virtuale[36]. La sessione parlamentare viene inaugurata ogni anno dal *Royal Speech*, che viene letto dal Sovrano ma è scritto dal Governo. La promulgazione delle leggi richiede il *Royal Assent*, ma esso è stato rifiutato l'ultima volta nel 1707[37]. Come notava già Bagehot, «la Regina … È tenuta a firmare la sua condanna a morte se le due Camere gliela inviano con voto unanime. Attribuirle un potere legislativo è una finzione del passato, ma è da tempo che non lo ha più»[38].

La questione è più complessa con riferimento al potere di proroga e di scioglimento del Parlamento.

---

[32] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, cit., p. 101; V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., pp. 416-418.
[33] I. Jennings, *The British Constitution*, cit., pp. 112-114.
[34] C. Martinelli, *God save the King: la Monarchia Britannica dal secondo al terzo millennio*, Editoriale, in *DPCE online* n. 3, 2022, XIV; Id., *La Corona*, cit., pp. 73 s.; R. Hazell, *Future challenges for the monarchy*, in Bennett Institute for Public Policy, *Review of the UK Constitution*, December 2022, reperibile in bennettinstitute.cam.ac.uk/publications/future-challenges-for-the-monarchy/, p. 14.
[35] F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza*, cit., pp. 252-263.
[36] A. Torre, *Regno Unito*, cit., p. 143 e pp. 150-152.
[37] Cfr. A. Torre, *Regno Unito*, cit., p. 150; R. Hazell, *Future challenges*, cit., p. 9.
[38] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, cit., p. 87.

Dopo le elezioni del 2010, di fronte ad un *Hung Parliament*, come è noto, si formò il governo di coalizione tra i conservatori di Cameron e i liberali di Clegg. Tra i punti previsti nel *Coalition Agreement* vi era il *Fixed-Term Parliaments Act*, che fu infatti approvato nel 2011. Tale legge, voluta dai liberali, disponeva un termine fisso per le elezioni, da svolgersi ogni cinque anni il primo giovedì di maggio, e toglieva al Primo Ministro il potere di *advice* il Sovrano di disporre lo scioglimento anticipato: quest'ultimo poteva essere disposto o con una mozione approvata da almeno due terzi dei Deputati o se, in seguito ad una mozione di sfiducia votata dalla Camera, non si riusciva a formare un nuovo governo nei 14 giorni successivi. Nel 2017 la Prima Ministra Theresa May propose una mozione di scioglimento, che la Camera approvò a larghissima maggioranza con il favore dei laburisti e dei liberali. Dopo le dimissioni di Theresa May, nel 2019 Boris Johnson tentò tre volte di far approvare una mozione di scioglimento, senza però raggiungere la maggioranza qualificata richiesta. Si rivolse dunque alla Regina perché fosse disposta la sospensione del Parlamento attraverso la *prorogation*, ma ciò fu giudicato illegittimo dalla Corte Suprema[39]. Johnson presentò allora alle Camere l'*Early Parliamentary General Election Bill 2019*, per consentire l'interruzione di quella legislatura e indire le elezioni. In seguito alle elezioni fu approvato il *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* che abrogò la legge del 2011, ripristinando il potere del Primo Ministro di consigliare al Sovrano lo scioglimento della Camera[40]. La legge ha anche disposto l'esclusione del controllo giurisdizionale sul *prerogative power* e non ha accolto la proposta della Camera dei *Lords*, che suggeriva un coinvolgimento della Camera dei Comuni, attribuendole il potere di esprimere, a maggioranza semplice, il suo consenso allo scioglimento[41].

Questa disputa intorno al potere di sciogliere il Parlamento ha visto contrapposti unicamente il Primo Ministro e la maggioranza parlamentare, senza alcun coinvolgimento del Sovrano, che è in ogni caso tenuto a conformarsi all'uno o all'altra[42].

Nel Regno Unito abbiamo dunque oggi, da una parte, gli organi di governo (Primo Ministro a capo del governo e maggioranza parlamentare nella Camera dei comuni), dall'altra

[39] R. (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) / Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), [2019] UKSC 41. La Corte, come riporta R. Hazell, *Future challenges* cit., p. 10, affermò che «the relevant limit on the power to prorogue is this: that a decision to prorogue (or advise the monarch to prorogue) will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive». A commento di queste importanti decisioni v. C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 6/2019; G. Caravale, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte Suprema Britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019, 1 ss.; A. Torre, *"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte costituzionale (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, n. 4/2019, 3083 ss.

[40] Cfr. G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa*, cit.; A. Osti, *Il Dissolution and Calling Act 2022 e l'abrogazione del Fixed-term Parliaments Act 2011: Niente di nuovo sul fronte occidentale*, in *Osservatorio Costituzionale* n. 3, 2022, pp. 122 ss.; R. Hazell, *Future challenges* cit., pp. 8, 10 e 17; C. Martinelli, *La Corona britannica* cit., pp. 66-67; Id., *God save the King,* cit., p. XVIII; A. Torre, *Regno Unito*, cit., p. 152.

[41] Cfr. soprattutto A. Osti, *Il Dissolution and Calling Act 2022,* cit., pp. 132 ss.

[42] Cfr. C. Martinelli, *La Corona britannica,* cit., p. 67. In senso più dubitativo G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa*, cit., pp. 15-18.

organi simbolici, che contribuiscono a esaltare le tradizioni e le particolarità del Regno Unito e forse a giustificare, almeno formalmente, il potere degli organi di governo.
Bagehot, come è noto, ha distinto le funzioni "nobili" (*dignified*), che mantengono la reverenza del popolo e che imprimono allo Stato la sua forza motrice, e quelle "efficaci" (*efficient*), che impiegano questa forza e fanno funzionare la Costituzione[43].
Proprio in quanto priva di poteri politici e quindi al di sopra delle parti, la Monarchia si pone come elemento di stabilità e di continuità[44].
È stato sottolineato che il ruolo solo formale assunto dal Sovrano nel Regno Unito nel XX secolo sarebbe un elemento contingente, legato alla presenza di un sistema bipartitico[45]. In un'altra occasione, tuttavia, lo stesso Autore ha riconosciuto che, in seguito alle elezioni del 2010 in cui, come si è già accennato, nessun partito aveva ottenuto la maggioranza assoluta, la Regina Elisabetta si tenne assolutamente e rigorosamente da parte: attese che le trattative si concludessero e poi nominò Primo Ministro David Cameron, secondo le indicazioni che le provenivano dai partiti politici, per evitare di essere accusata di parzialità[46].
Il ruolo del Sovrano risulta del resto puramente formale anche in ordinamenti tutt'altro che bipartitici: basti pensare alle Monarchie del Nord Europa, nelle quali vige un sistema elettorale proporzionale e nelle quali si registrano spesso grandi difficoltà per la formazione di un Governo in seguito alle elezioni. Il caso più clamoroso è quello belga, dove il sistema elettorale proporzionale si accompagna alla presenza di partiti fiamminghi e francofoni, di diverso orientamento politico, che creano all'interno del Parlamento un altissimo numero di gruppi parlamentari, sia fiamminghi che francofoni[47].
Nelle Monarchie dove sono presenti vari partiti, l'accordo tra di essi per arrivare ad una coalizione di governo sottrae del resto al Sovrano una delle funzioni più strettamente politiche e affida agli stessi partiti il compito di raggiungere un compromesso e un equilibrio tra maggioranza e opposizione, che è essenziale per la tenuta dei governi.
Il ruolo solo formale del Sovrano non è quindi da ricondurre ad un sistema elettorale o partitico: si accompagna piuttosto alla mancanza di legittimazione democratica, come riflesso dell'altissima legittimazione democratica del Parlamento.

---

[43] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, cit., pp. 47-52. Cfr. V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 411; C. Martinelli, *La Corona Britannica*, cit., p. 63; I. Jennings, *The British Constitution*, cit., p. 115.
[44] Cfr. C. Martinelli, *La Corona britannica*, cit., pp. 60-67. In questo senso si è osservato che la necessità che gli atti del Sovrano fossero adottati su *advice* dei suoi ministri fosse inizialmente vista come un modo per proteggere Parlamento e popolazione dagli arbitri del Monarca, ma che abbia ora la funzione di proteggere il Sovrano da ogni responsabilità politica: così V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 414. Cfr. anche R. Brazier, *The Monarchy*, in V. Bogdanor (ed.), *The British Constitution,* cit., pp. 70-83.
[45] V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 420.
[46] V. Bogdanor, *The Coalition and the Constitution*, Oxford and Portland, Hart, 2011, pp. 17 ss. Cfr. E. Palici di Suni, *David Cameron (2010-2016). Il demolitore dell'Unione Europea o un Conservatore liberale e coerente?*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 1130; C. Martinelli, *La Corona britannica*, cit., pp. 65-66.
[47] Attualmente in Belgio il governo è sostenuto da sette partiti: il partito socialista francofono, il Movimento Riformatore francofono liberale, gli ecologisti francofoni e germanofoni, i cristiani democratici fiamminghi, i liberali e democratici fiamminghi, i socialdemocratici fiamminghi e i verdi fiamminghi. All'opposizione ci sono sei partiti, in parte francofoni e in parte fiamminghi. V. E. Palici di Suni, *Conclusioni. La rappresentanza delle minoranze linguistiche: alcuni spunti problematici*, in R. Toniatti (a cura di), *La rappresentanza delle minoranze linguistiche*, Università degli Studi di Trento, LIA eBook, p. 157.

Ed è appunto questo aspetto che accomuna le Monarchie scandinave e del Nord Europa al Regno Unito: nelle une e nell'altro la perdita di poteri decisionali politici in capo al Sovrano ha coinciso con la crescita dei poteri del Parlamento, che resta sovrano, senza interferenze da parte di un Capo dello Stato privo di legittimazione democratica.
Un caso particolarmente significativo è quello della Svezia, dove nel 1971, con il c.d. compromesso di Torekov, si stabilì che doveva essere mantenuta la Monarchia, togliendo al Re ogni potere politico, anche solo formale[48]: con la Legge sulla Forma di Governo del 1974 furono pertanto sottratti al Sovrano e affidati al Governo o allo stesso Parlamento tutti i poteri tipici di un Capo dello Stato in un sistema parlamentare, come la nomina del Primo Ministro, la promulgazione delle leggi, lo scioglimento della Camera.
Come ho già avuto modo di osservare[49] sia nel Regno Unito che nelle altre Monarchie del Nord Europa la giustizia costituzionale è assente o svolge comunque un ruolo piuttosto marginale a conferma del principio della supremazia del Parlamento e delle sue leggi[50]: principio che si accompagna naturalmente ad una fiducia nei confronti del Parlamento, radicatasi nel corso della storia nella cultura e nell'opinione pubblica di quei Paesi.
Con riferimento in particolare al Regno Unito si è rilevata la presenza di un sistema di pesi e contrappesi[51]. A me sembra che, più che pesi e contrappesi, nella Monarchia britannica si realizzi, come si è visto, una netta separazione tra l'aspetto politico-decisionale e quello simbolico-cerimoniale.
Durante il lungo Regno della Regina Vittoria, Bagehot osservava che, dal punto di vista simbolico, il ruolo della Sovrana era di un'importanza incalcolabile, tanto che senza di lei il sistema sarebbe crollato. La solidità della Monarchia inglese si collegherebbe al fatto che essa è comprensibile: «La maggioranza degli inglesi…sa vagamente che vi sono altre istituzioni accanto alla regina, e che vi sono norme attraverso le quali Ella governa». Diversamente «Una repubblica presuppone un'idea complicata del governo… In breve, la monarchia è un tipo di governo in cui l'attenzione della nazione si concentra su un'unica persona, la quale compie gesti che suscitano l'interesse pubblico. La repubblica è un governo in cui quella attenzione è ripartita tra molti personaggi, che in genere compiono azioni che poco interessano alla maggioranza della nazione»[52].
Queste osservazioni di Bagehot possono apparire datate e non più riferibili ai giorni nostri. A ben guardare, tuttavia, esse non sembrano del tutto fuori luogo e forse mantengono una parte di verità.
Il ruolo simbolico e cerimoniale della Monarchia inglese è in effetti ancora oggi molto forte[53]. La visibilità e il potere mediatico di tutte le vicende legate alla vita pubblica, così

[48] T. Bjerken, *Svezia*, in E. Palici di Suni Prat, F. Cassella, M. Comba (a cura di), *Le Costituzioni dei Paesi*, cit., p. 836.
[49] E. Palici di Suni, *Comparare le Monarchie europee*, cit.
[50] Per il Regno Unito v. però, in senso più problematico, A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 317 ss.
[51] F. Cassella, *Profili costituzionali della rappresentanza*, cit., pp. 255-258.
[52] W. Bagehot, *La Costituzione inglese,* cit., pp. 69, 72 e 73.
[53] V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., pp. 410-11.

come alla vita privata del Sovrano o della Sovrana e della sua famiglia rivestono un rilievo davvero notevole.

Può essere significativo al riguardo un confronto tra l'attenzione riservata nella stampa, nella televisione e nell'opinione pubblica all'incoronazione di Carlo III, da un lato, e all'abdicazione della Regina Margrethe II di Danimarca, dall'altra. Quest'ultima, molto amata nel suo Paese, ha regnato per 52 anni. A 83 anni ha annunciato a Capodanno la sua intenzione di abdicare e il 14 gennaio 2024 ha firmato la sua abdicazione durante una riunione con il Gabinetto danese, per poi alzarsi e lasciare il suo posto al figlio, Federico X, Re senza corona. Eppure, nonostante una cerimonia così sobria e priva di qualsiasi sfarzo, migliaia di persone si sono radunate fuori dal palazzo in cui si svolgeva la successione reale. Come ha affermato la Prima Ministra Mette Frederiksen, «Molti di noi non hanno mai conosciuto un altro monarca. La regina Margherita è l'incarnazione stessa della Danimarca e, nel corso degli anni, ha dato voce e sentimenti a ciò che siamo come popolo e come nazione»[54].

L'incoronazione di un Sovrano non ha più luogo in nessuna Monarchia europea al di fuori del Regno Unito. Le altre monarchie del Nord Europa, come quella danese, si caratterizzano per una accentuata sobrietà. In esse il regime monarchico si è stabilizzato nel corso del tempo secondo modalità per molti versi simili a quelle del Regno Unito: graduale diminuzione dei poteri del Monarca, concentrazione dei poteri decisionali nel Governo e nel Parlamento, evoluzione storica caratterizzata da fasi significative ma per lo più priva di cesure rivoluzionarie.

Ma allora qual è la differenza?

La differenza mi sembra consista proprio nella maggiore importanza riservata nel Regno Unito al valore simbolico, storico, tradizionale e proprio della Monarchia britannica.

La popolazione del Regno Unito è particolarmente legata alle sue tradizioni, di cui è oltremodo fiera[55]. La Chiesa anglicana, di cui è Governatore Supremo il Monarca, le diverse regole sulla circolazione dei veicoli e sulle unità di misura, il rifiuto dell'euro e poi l'uscita dall'Unione Europea sono tutti elementi che valgono a rimarcare che il Regno Unito è un'isola, con caratteristiche sue proprie, cui non intende in alcun modo rinunciare.

Il prestigio della Corona diviene il prestigio del Regno Unito e per esso si accettano anche i maggiori costi per la popolazione che questo può comportare, come per la cerimonia dell'incoronazione di Carlo III, che si è voluto replicare settant'anni dopo l'incoronazione della giovane Elisabetta II.

Un altro aspetto da sottolineare è che la società britannica è una società ancora fortemente classista, in cui permane una rigida distinzione di classi. La nascita non è l'unico elemento di differenziazione tanto che, come aveva già osservato Tocqueville, nobili e borghesi svolgevano le stesse professioni e si univano attraverso i matrimoni, ma ciò al fine di

[54] In un contesto del tutto differente si è avuta nel 2014 l'abdicazione del Re Juan Carlos di Spagna a favore del figlio Felipe: abdicazione dovuta ai numerosi scandali che avevano investito il Re e la famiglia reale. Cfr. L. Frosina, *Una monarchia rinnovata per la Spagna del XXI secolo. L'abdicazione del Re Juan Carlos I, la proclamazione di Felipe VI e il c.d. aforamiento reale*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 2, 2014.

[55] Cfr. C. Martinelli, *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, in *Osservatorio costituzionale,* n. 1, 2016.

mantenere e rafforzare il loro potere politico[56]. Si è già ricordato che lo stesso Bagehot arriva a conclusioni analoghe, sottolineando che l'aristocrazia inglese, per poter comandare, seppe «mischiarsi familiarmente coi suoi inferiori, e fingere di considerarli eguali»[57].
Non una nobiltà chiusa, dunque, ma una nobiltà tuttora presente in una delle Camere, sia pure in misura molto minore rispetto al passato a seguito della già citata riforma Blair, privata di poteri decisionali, che tuttavia mantiene un ruolo simbolico tutt'altro che trascurabile. I licei e le università più prestigiose, che formano la classe politica e il ceto dirigente, sono privati, come molti altri servizi, e hanno dei costi che solo le classi più elevate possono affrontare. Nel Regno Unito, come affermò Bagehot, «la corte è semplicemente il vertice di una società aristocratica, disuguale e competitiva»[58].
Tutto ciò differenzia la Monarchia e la società britannica dalle altre Monarchie e società del Nord Europa, dove la politica sociale e la tassazione hanno ridotto notevolmente le differenze sociali e di reddito tra la popolazione e dove si è molto ridotto anche il ruolo cerimoniale della Monarchia.

4. **Quale futuro per la monarchia britannica?**

Quale futuro si presenta allora per la Monarchia britannica?
Le Monarchie ovviamente non sono sottoposte a elezioni popolari. La loro legittimazione non è democratica, ma dinastica. Ciò non toglie che il Parlamento possa comunque disciplinare, limitare e modificare il ruolo del Sovrano.
Varie leggi sono intervenute nel corso degli anni a regolare la successione, la formula del giuramento che il Re si impegna a rispettare e i limiti all'esercizio delle *royal prerogatives*.
Così, il *Succession to the Crown Act 2013* ha stabilito da ultimo che al Re succede il figlio o la figlia maggiore, maschio o femmina, eliminando la regola secondo cui il figlio maschio diventava l'erede al trono benché più giovane.
Anche la formula del giuramento è stata più volte modificata: il Re si impegna a governare rispettando le leggi e le convenzioni e a mantenere e preservare la Chiesa anglicana[59].
Per quanto riguarda i limiti all'esercizio delle *royal prerogatives*, questi derivano da leggi e da convenzioni. Si è ricordata innanzi la contrastata successione delle leggi intervenute tra il 2011 e il 2022 per regolare il potere di scioglimento della Camera.
Oltre che dal Parlamento il Sovrano dipende dal consenso popolare. Quest'ultimo è infatti essenziale in tutte le Monarchie[60], anche senza un diretto responso elettorale.
Non nel Regno Unito, ma in altre Monarchie del Nord Europa si sono avuti dei referendum[61]. Nel 1905 in Norvegia, dopo un referendum che aveva deciso lo scioglimento dell'unione con il Regno di Svezia, si tenne un altro referendum per decidere se mantenere o meno la forma monarchica: i voti a favore della Monarchia furono 259.563 e quelli a fav-

[56] V. *supra* e nota 3.
[57] V. *supra* e nota 5.
[58] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, cit., p. 83.
[59] Cfr. R. Hazell, *Future challenges*, cit., pp. 5-6.
[60] Cfr. R. Hazell, B. Morris, *Towards a New Theory of European Monarchy*, in Id. (eds.), *The role of Monarchy in Modern Democracy*, cit., pp. 277-280.
[61] Sui referendum intervenuti nelle Monarchie europee cfr. R. Hazell, B. Morris, *Towards a New Theory*, cit., pp. 273-276.

ore della Repubblica 69.264. In Lussemburgo con un referendum del 1919 meno del 20% della popolazione si schierò a favore della Repubblica.
In Norvegia nel 2022 il Ministro della Cultura fece in Parlamento una proposta per introdurre la forma repubblicana, ma i voti a favore furono appena 35: 134 votarono per il mantenimento della Monarchia[62].
Secondo un sondaggio effettuato in Norvegia nel 2022, il 78% degli intervistati si è pronunciato a favore della Monarchia e appena il 15% a favore della Repubblica[63].
Si è già accennato al caso della Regina di Danimarca, molto amata, che ha abdicato a favore del figlio nel gennaio 2024. Un sondaggio effettuato in Danimarca nel dicembre 2023 indicava che il 70% fosse a favore della Monarchia, il 17% contrario e il 13% indeciso[64].
E nel Regno Unito?
Un sondaggio del gennaio 2024 rivela che a favore della Monarchia sono il 45% degli intervistati e il 31% a favore di un Capo dello Stato elettivo (indecisi il 24%)[65]. Questi dati registrano un significativo calo di consensi per il sistema monarchico, dato che alla morte della Regina Elisabetta II i favorevoli alla Monarchia erano il 67%, divenuti l'anno successivo (settembre 2023) il 62%.
Il consenso popolare è una condizione necessaria per il mantenimento della Monarchia.
È stato detto che la personificazione dello Stato nel Sovrano richiede, per essere davvero effettiva, che il Re faccia buone azioni (*good works*)[66]. Effettivamente il comportamento del Sovrano condiziona, come è naturale, il giudizio sulla Monarchia. Si è visto che il Sovrano deve essere al di sopra delle parti, politicamente neutro, non di parte, ma questo non basta: occorre anche che mantenga un comportamento adeguato e si mostri attento ai bisogni della popolazione.
Sono queste doti che si richiedono anche ad un Presidente della Repubblica in un sistema parlamentare: tanto più per un Sovrano, privo di legittimazione democratica, che resta in carica a vita e deve dare un senso di unità e di stabilità al Paese. Le buone azioni (*good works*) servono appunto a compensare la mancanza di legittimazione democratica.
Si è osservato che la Monarchia inglese è una storia di Regine determinate, autorevoli e incisive, come Elisabetta I, Anna, Vittoria ed Elisabetta II[67]. Forse si può dire che è anche una storia di donne, con o senza corona. Non ci si può non riferire a Diana e al fascino che suscitava come madre, come persona sensibile, comunicativa e attenta agli altri. In un momento difficile per la Monarchia britannica dopo settanta anni di Regno di Elisabetta

---

62 royalcentral.co.uk/europe/norway/record-high-support-for-the-norwegian-monarchy-177842/. Sulla forza della Monarchia in Norvegia v. C. Leon, *Sociopolitical Aspect of the Norwegian Monarchy*, in *Bulletin of the Transilvania University of Brasov*, vol. 4 (53), n. 2, 2011, pp. 97-104.
63 royalcentral.co.uk/europe/norway/support-for-the-norwegian-monarchy-continues-to-grow-172935/. Sui sondaggi condotti nelle Monarchie europee cfr. R. Mortimore, *Polls and Public Opinion*, in R. Hazell, B. Morris, *The role of Monarchy in Modern Democracy*, cit., pp. 220-235.
64 statista.com/statistics/1445155/approval-rating-monarchy-denmark/.
65 d3nkl3psvxxpe9.cloudfront.net/documents/Republic_Monarchy_240116_W.pdf. Fra i giovani tra i 18 e i 24 anni risultano però a favore della Monarchia solo il 19% e per un Capo dello Stato elettivo il 50%.
66 I. Jennings, *The British Constitution*, cit., p. 116.
67 C. Martinelli, *God save the King*, cit., XII.

II, di fronte al calo di consensi per la Monarchia, anche Catherine, moglie del principe William, sembra raccogliere oggi una grande popolarità[68]

Grande commozione ha suscitato la rivelazione che anche Catherine, come Carlo III, è malata di cancro. Sulla popolarità dei membri della famiglia reale cfr. *Latest attitudes towards the Royal Family – January 2024*, ipsos.com/en-uk/latest-attitudes-towards-royal-family-january-2024 e, più recentemente (9 aprile 2024), M. Smith, *Kate Middleton now UK's most popular royal*, yougov.co.uk/politics/articles/49089-kate-middleton-now-uks-most-popular-royal. Dal sondaggio lì riportato risulta che Catherine raccoglie il 76% dei consensi, William il 73%, Carlo III il 63% e Camilla il 50%

.

Bogdanor sostiene che la Monarchia britannica è il prototipo delle moderne Monarchie costituzionali, perché è, con l'eccezione della Danimarca, la più antica delle Monarchie attuali e perché ha giocato un ruolo più significativo rispetto alle altre Monarchie nella storia nazionale, anche per il fatto di non basarsi su una Costituzione codificata[69]. Concordo che quella britannica sia la più nota tra le Monarchie costituzionali attuali, ma ho dei dubbi sulle altre considerazioni e soprattutto che essa sia un prototipo delle moderne Monarchie costituzionali.

Le Monarchie scandinave (Danimarca, Svezia e Norvegia) e le altre Monarchie del Nord Europa (Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi) si sono sviluppate secondo modalità molto simili tra loro e anche in parte nei confronti del Regno Unito[70]. Il Regno di Norvegia si forma a partire dal 935 e il Lussemburgo nasce come Contea nel 963[71]. L'evoluzione storica di queste come delle altre Monarchie vede una progressiva diminuzione dei poteri del Sovrano e la contemporanea crescita dei poteri del Parlamento, regolate, l'una e l'altra, da Costituzioni e da convenzioni costituzionali. La Costituzione della Norvegia, approvata nel 1814 dopo lo scioglimento dell'unione con la Danimarca, è la seconda Costituzione più antica al mondo tuttora vigente: ha conosciuto alcune revisioni, ma è stata modificata soprattutto da consuetudini consolidatesi nel tempo. Quello che accomuna tutte queste Monarchie e le differenzia dalla Monarchia britannica è, come si è già avuto modo di osservare, la loro sobrietà, che ha favorito il consolidarsi di uno Stato sociale molto avanzato con una forte riduzione delle differenze di classe. Nel Regno Unito, invece, è ancora molto accentuato l'aspetto cerimoniale e permangono forti differenze di classe.

E nel futuro? Si manterranno queste caratteristiche che differenziano il Regno Unito dalle altre Monarchie del Nord Europa?

Si è visto che è essenziale il consenso popolare e forse, nonostante le variazioni percentuali di consenso in base ai sondaggi, l'attaccamento dei britannici alle loro tradizioni potrebbe essere decisivo per il mantenimento della Monarchia nel Regno Unito.

68

69 V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, cit., p. 412.

70 Mi sia permesso rinviare ancora a E. Palici di Suni, *Comparare le Monarchie europee*, cit.

71 Cfr. R. Fusilier, *Les Monarchies Parlementaires*, Paris, Les Éditions Ouvrières, 1960, 208 ss. e 555 ss.

Dal punto di vista della forma di governo, come si accennava all'inizio, può essere ancora più decisivo il fatto che la Monarchia rafforza l'autonomia del Parlamento e con essa il Governo e il Primo Ministro: la classe politica ha allora interesse a mantenere la forma monarchica con quello che ne consegue in termini di sovranità parlamentare, che risulterebbe indebolita da un Capo dello Stato democraticamente eletto con funzioni di controllo. Meglio quindi mantenere colloqui riservati con il Sovrano, funzioni a lui formalmente riconosciute ma sostanzialmente decise dal Governo, altre cerimonie formali come l'incoronazione, e così via, e lasciare il potere di governo alle forze politiche di maggioranza.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-30B

costituzionalismo britannico e irlandese

Parlamento e Governo

La sovranità parlamentare prima e dopo la Brexit

Omar Chessa
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Sassari

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

La sovranità parlamentare prima e dopo la Brexit**

di Omar Chessa*

Abstract (Ita): Il saggio affronta il tema classico della sovranità del Parlamento nel diritto pubblico britannico. Quali siano precisamente il contenuto e la portata del principio è costantemente dibattuto, sia in sede scientifica che giurisprudenziale. La tesi di fondo dell'Autore è che la ricostruzione dogmatica della sovranità parlamentare sia cambiata più volte a partire dalla classica enunciazione che ne diede Dicey alla fine dell'Ottocento; e che le diverse riformulazioni siano state, ogni volta, suggerite dalla necessità di adeguare l'assetto costituzionale britannico a significativi mutamenti storici del contesto politico-sociale. Le trasformazioni della sovereignty of Parliament a seguito dell'ingresso del Regno Unito nella CEE e a seguito della Brexit non fanno eccezione a questa legge generale.

Abstract (Eng): Academic theorists of british public law and judges in british courts are often engaged in legal struggle about the exact meaning of parliamentary sovereignty's principle, which seems to be, even nowadays, the permanent basis of United Kingdom's constitutional law. The essay will try to argue that all the different conceptions of sovereignty of Parliament, proposed each time by academic professors of law and judges, are the reflection of historical changes in society and politics; and that it is true even for new versions of parliamentary sovereignty which were brought by the european integration of UK and by the Brexit.

Parole chiave: Parlamento; Sovranità; Brexit

Keywords: Parliament; Soverignty; Brexit

Sommario: 1. La questione delle questioni; 2. Dicey e la dottrina "ufficiale"; 3. Il contributo di William Wade; 4. La continuing sovereignty come political fact; 5. Due ricostruzioni alternative; 6. La «manner and form theory»; 7. La differenza tra vincoli procedimentali e sostanziali; 8. La ridefinizione del King in Parliament; 9. Il Jackson v. Attorney-General Case; 10. La sovranità parlamentare alla prova dell'integrazione europea; 11. Brexit sovrana

1. La questione delle questioni

È opinione diffusa che la Brexit e prima ancora l'ingresso nella CEE abbiano impresso trasformazioni di rilievo nell'assetto costituzionale britannico.

I versanti da cui apprezzarle sono diversi: dai rapporti tra centro e periferia alla tutela dei diritti, dal bilanciamento tra gli organi costituzionali al ruolo del referendum nelle dinamiche della forma di governo. Tutti questi temi e problemi si riannodano, però, alla questione delle questioni: il significato e la portata della *sovereignty of Parliament*, da secoli il principio basilare dell'ordinamento costituzionale britannico.

In questo saggio si affronteranno i più rilevanti nodi teorici in tema di sovranità parlamentare, seguendo il ritmo degli svolgimenti storici, che infatti hanno pesato non poco nella riconfigurazione concettuale del principio. Il suo inquadramento logico ha, per certi versi, inseguito il mutamento storico, in uno sforzo costante di adattamento alle novità del contesto politico-sociale. Hegel scriveva che «la filosofia è il proprio tempo appreso col pensiero»[1]. E la teoria britannica della sovranità parlamentare, nelle diverse formulazioni offerte

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Sassari

[1] G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), trad. it. (a cura di G. Marini) *Lineamenti di filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, 15.

di volta in volta, non fa eccezione, poiché riflette sempre una condizione politica data e una «concreta situazione costituzionale»[2].
Si prenderanno le mosse dalle classiche trattazioni teoriche di Dicey, Austin, Wade, Hart, etc., per valutare poi i ripensamenti indotti dai *Parliament Acts* del 1911 e 1949, e infine da eventi epocali come l'ingresso del Regno Unito nella CEE nel 1973 e la Brexit nel 2020.

2. Dicey e la dottrina "ufficiale"

Nella celeberrima *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* Albert Venn Dicey descrive il contenuto della *Sovereignty of Parliament* in tre mosse.
In primo luogo, tale principio sta a significare che «nella Costituzione inglese il Parlamento ha il diritto di fare e disfare qualsiasi norma giuridica», sicché il potere legislativo parlamentare non conosce limite alcuno[3].
In secondo luogo, prevede che «a nessuna persona od organo il diritto inglese possa riconoscere il diritto di ignorare o mettere da parte la legislazione del Parlamento», cioè nessuno può controllare, scrutinare, disapplicare, invalidare, abrogare, ecc., gli atti legislativi del Parlamento (se non il Parlamento stesso)[4]. È evidente che questo secondo profilo si differenzia dal primo solo per obbedire a uno scrupolo analitico, perché in realtà si implicano vicendevolmente come i due risvolti di un medesimo fenomeno, le due facce di una stessa medaglia: se gli atti legislativi del Parlamento potessero essere disapplicati, abrogati, derogati, annullati, ecc., da un'autorità diversa dal Parlamento, non avrebbe senso descrivere il potere legislativo di quest'ultimo come privo di qualsivoglia limite; e viceversa, proprio perché il potere legislativo parlamentare è privo di limiti, possiamo dire che i suoi atti non possono essere annullati, controllati, disapplicati, ecc., da chiunque non sia il Parlamento.
C'è infine un terzo profilo della sovranità del parlamento: ogni atto di sovranità può sempre sostituirsi a un precedente atto di sovranità, sicché il legislatore sovrano di oggi non può vincolare quello di domani, adottando leggi che parlamenti futuri non possano cancellare[5].
Ancora oggi questi sono i tre pilastri della dottrina "ufficiale" del costituzionalismo britannico. Basta dare un'occhiata al sito internet del UK Parliament, dove può leggersi una definizione della sovranità parlamentare che ricalca in tutto e per tutto quella di Dicey:

[2] Volendo riprendere la pregnante formula di C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. ital. *Il custode della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981, 111 ss. Nel dibattito britannico è ben noto il *dictum* di J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 42, 1979, 1-21, spec. 19, che la costituzione è *«no more and no less than what happens»*. Ma l'appiattimento del fenomeno costituzionale su una dimensione puramente esistenziale si espone alla critica di genericità e incompletezza, come già fu rilevato dai massimi cultori continentali della teoria della costituzione, che infatti rimarcarono sempre il nesso inscindibile tra «normalità» e «normatività» quali dimensioni entrambe costitutive della realtà costituzionale: in tal senso erano, tra i tanti, C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität* (1922), trad. ital. (a cura di G. Miglio, P. Schiera), *Teologia politica*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, il Mulino, 1972, 39-40, e H. Heller, *Staatslehre* (1934), trad. ital. *Dottrina dello Stato*, Napoli, 1988, 386 ss. Sia, inoltre, consentito il rinvio a O. Chessa, *Decisionismo e fondazione del diritto*, Mucchi Editore, Modena, 2024, 15 ss. e Id., *Note metodologiche preliminari sulla costituzione materiale come totalità storica concreta delle cause delle costituzioni*, in corso di pubblicazione su *Politica e Società*, 3/2024.
[3] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London, 9th ed. (1952), 39-40 (trad. mia dall'originale: *«Parliament has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law whatever»*).
[4] A.V. Dicey, *op. cit.*, 39 (trad. mia dall'originale: *«no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament»*).
[5] A.V. Dicey, *op. cit.*, 65.

«Parliamentary sovereignty is a principle of the UK constitution. It makes Parliament the supreme legal authority in the UK, which can create or end any law. Generally, the courts cannot overrule its legislation and no Parliament can pass laws that future Parliaments cannot change. Parliamentary sovereignty is the most important part of the UK constitution»[6].

Una volta descritto il contenuto della sovranità parlamentare, resta da chiarire quale ne sia la natura, cioè l'origine e il modo di essere. Non è un problema metafisico, ma – più banalmente – il problema di capire che cosa sia per l'ordinamento del Regno Unito il principio della *sovereignty of parliament* e da dove derivi. Si tratta di una questione cruciale, da cui dipende la risoluzione di molte altre difficoltà e a cui si risponde in modi diversi. Ad esempio, per Dicey la sovranità parlamentare è «un fatto giuridico, pienamente riconosciuto dal diritto inglese»[7]. Quindi è «law of the Constitution» e non solo una «convention of Constitution»: il che implica che sia suscettibile di «enforcement» da parte dei giudici, cioè che sia una norma pienamente giustiziabile e non già una norma convenzionale la cui violazione sia priva di sanzione giuridica in senso proprio[8].

Assodato che il principio della *sovereignty of Parliament* ha natura di precetto giuridico, Dicey però non dice mai da quale fonte del diritto lo si ricaverebbe: non dice, cioè, se si fonda su un *Act of Parliament*, né cita in alternativa alcun *precedent* giudiziale. E questa è una difficoltà di non poco conto. Da un lato per il diritto britannico – così come ricostruito dallo stesso Dicey – le *sources of law* sono due: lo *statute law* e il *common law*. Dall'altro però la sovranità parlamentare, pur essendo una norma pienamente giuridica ed *enforceable* dai giudici, non sarebbe fondata in uno *statute* né in nessun *precedent* particolare.

Ma se non è una norma deducibile da questa o quella particolare *source of law*, in che senso allora possiamo dire che è *law of the Constitution* e norma giuridica in senso proprio? E in che senso e perché questa norma vincolerebbe sia lo *statute law* che il *common law*, cioè sia il diritto legislativo che quello giurisprudenziale?

3. Il contributo di William Wade

Nel 1955 H.W.R. Wade pubblica nel *Cambridge Law Journal* un articolo dal titolo *The basis of legal sovereignty*, forse il più importante contributo che la dottrina britannica della seconda metà del '900 offre sul tema della sovranità parlamentare.

La riflessione teorica di William Wade affronta i nodi concettuali lasciati irrisolti dal pensiero di Dicey. Di fronte all'alternativa se il principio della *sovereignty of Parliament* sia una norma di *common law* ovvero di *statute law* e dinanzi al problema di rintracciare l'origine della sua vigenza, la risposta di sir William è nota: la sovranità legislativa del parlamento riposa sul dovere dei giudici di applicare le leggi parlamentari; e questa «regola dell'obbedienza giudiziale» (*rule of judicial obedience*) è «sotto un primo profilo una norma di *common law*, ma in un altro profilo – che è estraneo a qualsiasi altra regola di *common law* – è il fatto politico ultimo da cui dipende l'intero sistema della legislazione». E mentre «la legislazion-

[6] www.parliament.uk/about/how/sovereignty.
[7] A.V. Dicey, *op. cit.*, 39 (trad. mia dall'originale).
[8] La distinzione tra *«laws of the Constitution»* e *«conventions of the Constitution»* è, notoriamente, sempre di A.V. Dicey, *op. cit.*, 23 ss. Mentre le prime sono *«rules which (whether written or unwritten, whether enacted by statute or derived from the mass of customs, tradition, or judge-made maxims known as the common law) are enforced by the courts [...] and constitute "constitutional law" in the proper sense of that term»*; le seconde, invece, *«consist of conventions, understandings, habits, or practices which [...] are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts».*

e mutua la sua autorità da questa regola: questa regola non mutua la sua autorità dalla legislazione»: «asserire che il Parlamento può cambiare questa regola per il solo fatto che può cambiare qualsiasi altra regola, equivale a mettere la carrozza davanti al cavallo». Insomma, «non è una legge del Parlamento a poter stabilire la regola secondo cui le corti giudiziali debbono obbedire alle leggi del Parlamento» e, di conseguenza, «nessuna legge del Parlamento può alterare o abrogare questa regola»[9].

Con poche frasi Wade scolpisce non solo una teoria della costituzione britannica, ma anche una teoria generale del diritto. Come suggerisce il titolo del suo articolo, la *sovereignty* è *legal*, perché dipende da una *legal rule*, cioè da una regola seguita dai giudici. Questa regola non è una regola dello *statute law*, ma è una norma del *common law*, perché esiste nella (ed è confermata dalla) pratica giudiziale; ma nel contempo non è una norma di *common law* come qualsiasi altra, perché non può essere modificata dallo *statute law* né tantomeno è nella disponibilità dello stesso *common law*, cioè dei giudici: questa sua indisponibilità, infatti, deriva dalla circostanza di essere un fondamentale «fatto politico» (*a political fact*)[10].

Nella ricostruzione di Wade la *sovereignty of parliament* è il contenuto di una norma, la cui peculiarità è quella di essere la norma fondamentale dell'ordinamento britannico, cioè la norma da cui si traggono i criteri per determinare tutte le altre norme. Se – per dirlo con le parole di Dicey – «il parlamento ha il diritto di fare e disfare qualsiasi norma giuridica», allora la sovranità legislativa del parlamento è solo il modo in cui la dottrina e la giurisprudenza del Regno Unito chiamano la principale *rule of change* ("regola sulla produzione") dell'ordinamento, cioè è il contenuto della norma che conferisce il potere normativo supremo. Ma nella descrizione offertane da Wade la *sovereignty of Parliament* non è solo una *rule of change*: è anche il contenuto della *rule of recognition*, cioè della norma che, in ultima analisi, viene usata per individuare, riconoscere il diritto britannico. Da un lato è regola sulla produzione, perché istituisce un potere normativo supremo; dall'altra è anche una

[9] Tutte le parti virgolettate sono tratte da H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, in *Cambridge Law Journal*, 1955, 187, 188 (trad. mia). Sempre a tale proposito Wade scrive che «il cuore del problema è se la norma di *common law* secondo cui le corti debbono applicare le leggi può anch'essa venire modificata da una legge»; e la risposta è che tale «norma è sopra e oltre la gittata del diritto legislativo, perché ne è la fonte d'autorità» (p. 186, trad. mia).

[10] Come si vede, Wade aveva anticipato di almeno un paio di decenni l'impostazione che fu poi di J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, cit., 19. Sulla stessa lunghezza d'onda di Wade sarà, qualche decennio più tardi, J.D. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-New York, 1999, 240, per il quale «la sovranità del Parlamento non fu creata soltanto dai giudici e la sua vigenza costante dipende solo in parte, e comunque non esclusivamente, dalla loro accettazione volontaria» (trad. mia). In tempi più recenti aderisce, nella sostanza, a questa ricostruzione pure R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, in *Law Quarterly Review*, vol. 123, 2007, 102-103, secondo cui la sovranità legislativa del parlamento «è, più che una norma particolare del *common law*, una consuetudine che sorregge la tradizione costituzionale (britannica)»; e aggiunge che «il common law, naturalmente, riconosce l'esistenza del Parlamento e la superiorità della legge parlamentare, ma non è il *common law* ad avere creato il Parlamento o ad avergli conferito autorità legislativa» (trad. mia). Insomma, per Ekins «è storicamente falso dire che i giudici crearono la norma per cui è legge ciò che è approvato dal Parlamento (*whatever Parliament enacts is law*). E sotto il profilo della teoria generale (*jurisprudentially*) è assurdo ribadire che questa regola è una regola di *common law*»: infatti, «i giudici accettano la regola, ma non la crearono e non potrebbero cambiarla in modo giuridicamente legittimo» (trad. mia).

norma di riconoscimento, perché è il criterio in base al quale determinate tipologie di atti – appunto gli *Acts of Parliament* – sono riconosciuti come fonti legislative[11].

[11] Anche N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, trad. ital. *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, il Mulino, Bologna, 2003, 172, nella sostanza sembra accogliere questa conclusione laddove si chiede se vi sia una differenza tra il modo in cui William Wade descrive il principio britannico della sovranità parlamentare («il Parlamento ha un potere illimitato e generale di porre in essere norme aventi efficacia giuridica») e il modo in cui Hart formula la norma di riconoscimento del diritto britannico («è legge l'atto che la Regina adotta in Parlamento»). Nel primo caso abbiamo una formulazione nei termini di una *rule of change*, perché si attribuisce una competenza normativa al Parlamento, mentre nel secondo caso è nei termini di una *rule of recognition*, perché si enuncia il criterio per riconoscere cosa è diritto valido nel Regno Unito: tuttavia MacCormick si chiede retoricamente «se veramente sussiste una differenza tra una norma di mutamento e una norma di riconoscimento» e se non si tratta di «due modi di esprimere il medesimo concetto».

Le tesi di H.W.R. Wade anticipano, così, di almeno un lustro quelle di H.L.A. Hart[12].

4. La *continuing sovereignty* come *political fact*

Nella ricostruzione di Wade la sovranità del parlamento è nel contempo «a political fact» e «the ultimate legal principle». È perciò «una norma unica nel suo essere immodificabile dal Parlamento», tanto che «può essere cambiata attraverso una rivoluzione e non per mezzo della legislazione». E fintantoché nessun evento rivoluzionario si compie e nessun nuovo «political fact» si sostituisce al vecchio, la *sovereignty of Parliament*, ossia la peculiare *rule of recognition* dell'ordinamento del Regno Unito, «è affidata alla cura delle corti e ness-

[12] Va detto, inoltre che H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (1961), trad. ital. (a cura di M. Cattaneo) *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, 130-131, non elabora autonomamente le proprie tesi sulla *rule of recognition*, ma riprende in larga misura proprio l'impostazione di Wade (il cui contributo seminale è, infatti, citato espressamente nelle note al Cap. 6). Ad esempio, dopo aver ricordato che «per gli scrittori inglesi di diritto costituzionale [...] gli istituti costituzionali del Regno Unito consistono in parte in norme giuridiche in senso stretto (leggi, decreti legislativi e norme contenute nei precedenti) e in parte in convenzioni», Hart – esattamente come Wade – afferma che la *rule of recognition* del Regno Unito, cioè «la norma secondo cui i provvedimenti presi dal Parlamento costituiscono diritto non rientra in nessuna di queste categorie». Infatti, «non si tratta di una convenzione [...] e non è una norma giuridica allo stesso livello delle "leggi in senso stretto" che essa serve a individuare». E «anche se essa venisse emanata sotto forma di legge, questo fatto non la ridurrebbe al livello di una legge: infatti la natura giuridica di un simile provvedimento dipenderebbe necessariamente dal fatto che la norma esisteva precedentemente e indipendentemente da questa emanazione». Come si vede, Hart mutua da Wade la tesi per cui la norma di riconoscimento non è *statute law* né propriamente *common law*, nonché la tesi della sua indisponibilità e definitività. E infine, e soprattutto, è tratta da Wade la tesi hartiana secondo cui l'esistenza della *rule of recognition* «diversamente da quella di una legge, deve consistere nel fatto che essa viene realmente osservata»; cioè, la tesi hartiana secondo cui «la sua esistenza è una questione di fatto» chiaramente ripete la tesi di Wade per cui la sovranità legislativa del parlamento è «a political fact» (tesi che, non per caso, cita a p. 131 e nelle note al Cap. 6), cioè un dato di fatto, empiricamente e quindi obiettivamente osservabile. Certo, Hart espunge l'aggettivo «political» e preferisce spiegare in altro modo il radicamento fattuale della norma di riconoscimento (o forse preferisce non offrire alcuna spiegazione precisa del perché si afferma una norma di riconoscimento in luogo di altre), ma è indubbio che il filosofo oxoniense per un lungo tratto ricostruisce i caratteri della *rule of recognition* attingendo a piene mani dal dibattito costituzionalistico (e in parte giusfilosofico) di quegli anni: dibattito che peraltro già ancor prima di Wade (e quindi di Hart) era giunto alla conclusione che la sovranità (legislativa) è costituita da norme e che alla base di ogni ordinamento c'è sempre un «ultimate legal principles», come era sostenuto da J.W. Salmond, *Jurisprudence*, 10th ed., 155 (che peraltro Wade cita profusamente, suggerendo un accostamento tra l'idea dell'«ultimate legal principle» e la «Grundnorm» di Hans Kelsen). Ma invero la più evidente anticipazione delle tesi di William Wade (e quindi di Hart) si ritrova nelle parole di un omonimo, l'eminente Professor E.C.S. Wade, *Introduction* a A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., xxxviii (trad. mia) secondo cui «per accertare la volontà del sovrano occorrono norme. E queste debbono osservarsi come condizione di validità della legislazione. Le norme sono quindi logicamente superiori al sovrano». Ma quest'ultimo citava a sua volta i lavori di Richard Latham (*What is an Act of Parliament?*, in *King's Counsel*, 1939, 152 (trad. mia), e Id., *The Law and the Commonwealth*, Oxford University Press, 1949, 523), il quale osservava che «estrarre da una molteplicità di esseri umani una precisa espressione di volontà è [...] un processo artificiale, uno di quelli che non può compiersi senza l'ausilio di regole. Di conseguenza, è un'asserzione incompleta dire che in un ordinamento dato un'assemblea di esseri umani è sovrana. Può esserlo solo se agiscono in un certo modo prescritto dal diritto. Al limite è sufficiente, a tale scopo, una qualche rudimentale "manner and form" [...] Il minimo è costituito da regole prescriventi una certa maggioranza» (trad. mia). Infine, sempre a dimostrazione che nella dottrina inglese era radicata la definizione della sovranità parlamentare come «norma fondamentale» e come «norma di riconoscimento» già diversi anni prima del contributo hartiano, si possono citare le parole di G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, Oxford University Press, Oxford, 1957, 1, 8-9 (trad. mia): «l'autorità sovrana della *Queen in Parliament* è considerata un dato di fatto e la norma in forza della quale le corti lo fanno valere potrebbe essere definita come la norma basica (*basic rule*) o come la *Grundnorm* del sistema giuridico britannico». E ancora: «è necessaria una regola che formuli le condizioni sotto le quali un'espressione di volontà debba contare come il comando del sovrano [...], cioè deve esserci qualche criterio in base al quale possa determinarsi la validità delle norme giuridiche». Ed «è difficile concepire un sistema giuridico privo di una regola basica (*basic rule*) indicante le modalità di trasmissione ed esercizio dell'autorità».

un atto del Parlamento può sottrargliela»[13].
Ora, se la *rule of recognition* è intangibile, salvo rivolgimenti rivoluzionari, se ne evince che la sovranità parlamentare deve intendersi come una «continuing sovereignty», cioè come una sovranità permanente e non illimitata[14]. Si tratta di una precisazione nodale, su cui vale la pena spendere qualche parola. Prendiamo le mosse dal seguente enunciato: *Whatever Parliament enacts as a statute is law*, cioè è diritto quello che il Parlamento adotta come legge. Se ha ragione Wade a sostenere che questa formula registra, come «a political fact», l'accordo fondamentale delle «branches of government»; e se, di conseguenza, può ritenere con ragione che, avendo carattere fondamentale e definitivo, sia intangibile tanto dallo *statute law* quanto dal *common law*, allora se ne arguisce che il legislatore sovrano può assumere qualsiasi decisione, approvare qualsiasi norma, tranne quella diretta ad abrogare o alterare la norma di riconoscimento: cioè non può proibire che nel futuro *whatever Parliament enacts as a statute is law*, e «quindi ne segue che c'è un solo limite al potere giuridico del Parlamento: non può spogliarsi della propria sovranità permanente», cioè non può stabilire che per il futuro il Parlamento non sia altrettanto sovrano[15].
Abbiamo visto che già in Dicey era presente la tesi secondo cui il parlamento di oggi non può vincolare quello di domani, nel presupposto che il sovrano non possa impedire che anche domani ci sia un sovrano. Ma Wade fa un passo in più: che il parlamento di oggi non possa vincolare quello di domani, dimostra che la sovranità del parlamento deve essere intesa come permanente, *continuing*, ma non come illimitata. Ed è permanente, perché il sovrano può tutto, tranne che privarsi dei suoi poteri, sicché ogni parlamento – quale che sia la decisione di quello precedente – deve essere ugualmente sovrano come tutti quelli che l'hanno preceduto e come tutti gli altri che verranno. Non è invece una sovranità illimitata, perché non comprende il potere di negare irreversibilmente sé stessa, sicché il Parl-

[13] Tutte le parti virgolettate sono tratte da H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 189.
[14] *Ivi*, 174, 182.
[15] *Ibidem*.

amento di oggi non può arrivare al punto di suicidarsi, spostando la propria sovranità in capo a un altro organo[16].

In forza di questa *continuing sovereignty* il legislatore non può negare che ci sia successione cronologica tra atti ugualmente validi in base alla medesima, intangibile *rule of recognition*. Poiché la legge non può mutare il modo della propria formazione, allora neppure potrà sottrarsi al criterio della prevalenza della *lex posterior*[17].

La logica interna del pensiero costituzionale di William Wade segue, in sintesi, questo movimento: a) nel Regno Unito è diritto ciò che il Parlamento adotta come legge e nessuno, tranne lo stesso Parlamento, può derogarvi, abrogarlo, sospenderlo, ecc.; b) questa *rule of recognition*, pur essendo affidata alle cure giudiziali, è un fatto politico modificabile solo tramite una rivoluzione; c) nessun Parlamento quindi potrebbe impedire che sia diritto ciò che il Parlamento di domani adottasse come legge: cioè la sovranità legislativa è perman-

[16] Questo modo d'impostare la differenza tra sovranità permanente e illimitata ricalca il parallelo che, nello stesso torno di tempo, J.L. Mackie, *Evil and Omnipotence*, in *Mind*, 1955, 211 (trad. mia), tracciava fra «the paradox of God's omnipotence» e «the Paradox of Sovereignty», cioè tra il paradosso dell'onnipotenza divina e il paradosso della sovranità: «può il sovrano legiferare restringendo il suo potere legislativo futuro?», si chiedeva Mackie, portando come esempio proprio il «British parliament» e la possibilità che questo «vieti al parlamento futuro di nazionalizzare le banche e, inoltre, di abrogare questo stesso divieto». Per Mackie, «se si risponde "sì", dovremmo ammettere la validità di una legge che, se fosse effettivamente adottata, comporterebbe che il parlamento da quel momento in poi non sarebbe più sovrano. Se invece la risposta fosse "no", dovremmo ammettere che c'è una legge, non logicamente assurda, che il parlamento non può adottare validamente, cioè che il parlamento in questo momento non è giuridicamente sovrano». Ma a giudizio di Mackie il paradosso poteva essere risolto così: «bisogna distinguere tra norme primarie, cioè norme che regolano le condotte individuali e collettive, e norme secondarie, cioè norme su norme, che regolano la condotta dello stesso legislatore». A questa distinzione – che, sia detto per inciso, Hart farà propria, presumibilmente traendo spunto proprio da questo lavoro di Mackie (citato da Hart nelle note al Cap. 6 de *Il concetto di diritto*) – corrisponderebbe quella tra due tipi di sovranità: «una sovranità primaria, che è l'autorità illimitata di fare norme primarie, e una sovranità secondaria, che è l'autorità illimitata di fare norme secondarie»: «se diciamo che il parlamento è sovrano, può darsi che ci riferiamo al fatto che ciascun parlamento è in ogni momento sovrano nel primo senso; oppure che lo è nel primo e secondo senso al contempo, ma non possiamo dire, senza contraddizione logica, che il presente parlamento ha sovranità nel secondo senso e che ogni parlamento ha in ogni momento sovranità nel primo senso, perché se il presente parlamento è sovrano nel secondo senso potrebbe usare questo potere per eliminare la sovranità primaria dei parlamenti successivi. Ciò che il paradosso mostra è che non possiamo attribuire a nessuna autorità permanente una sovranità giuridica in senso onnicomprensivo» (trad. mia). Oltre alla distinzione tra norme primarie e secondarie, H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 175, riprende il parallelo di Mackie, evocando le «due concezioni di un Dio onnipotente: da una parte, un Dio che in ogni momento della Sua esistenza gode degli stessi poteri e così è incapace di privarsi di questi, e, dall'altra, un Dio i cui poteri comprendono quelli di distruggere per il futuro la propria onnipotenza». Ora, se è vero che Dio è onnipotente, può stabilire limiti invalicabili alla propria onnipotenza? Se la risposta è sì, allora c'è qualcosa che l'onnipotenza divina non può valicare e pertanto Dio non sarebbe onnipotente. Se la risposta no, allora c'è qualcosa che l'onnipotenza divina non può creare: e precisamente non può creare limiti invalicabili alla propria onnipotenza. Ma anche in questo caso Dio non sarebbe onnipotente. Lo stesso paradosso, come osservato da Mackie, affligge la dottrina della sovranità parlamentare: se questa non può porre limiti invalicabili, allora c'è qualcosa che non può fare e quindi non c'è sovranità; se può porli, allora non può certo dirsi sovrano un potere che non può valicarli.

[17] A tale proposito H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 182 (trad. mia), scrive che «l'impossibilità per il Parlamento sovrano di vincolare i suoi successori deriva esattamente [...] dalla (sua) permanente onnipotenza legislativa». Ed evidentemente questa *«legal omnipotence»* è *«continuing»*, cioè permanente, perché la norma fondamentale che la conferisce e da cui perciò dipende, è immodificabile (se non in forme extragiudiziali rivoluzionarie). Però va detto che qualche pagina dopo (p. 187) Wade sembra invertire la direzione del suo argomento, rovesciando la successione dell'inferenza logica: asserisce, infatti, che «l'inviolabilità della norma (di riconoscimento) è un corollario necessario della permanente sovranità del Parlamento». Ma si tratta, evidentemente, di un'affermazione poco sorvegliata teoricamente, poiché non è certo pensabile che a fondare la norma di riconoscimento del potere legislativo sovrano sia proprio il carattere sovrano – permanentemente sovrano – del potere legislativo. In questo modo s'inverte il rapporto tra fondante e fondato: non può essere la sovranità legislativa, e la necessità che essa si conservi costante, a fondare l'immutabilità della norma costitutiva della sovranità legislativa. Altrimenti non avrebbe senso dire che quest'immutabilità giuridica dipende dal fatto che la *rule of recognition* sia «a political fact».

ente perché la *rule of recognition* è intangibile[18].
A ben vedere, la teoria di Wade della sovranità legislativa permanente è un altro modo di chiamare quella che, in Italia, Salvatore Pugliatti e Vezio Crisafulli chiamavano «inesauribilità della funzione legislativa»[19]: poiché gli atti normativi adottabili sulla base di una medesima regola sulla produzione possono essere innumerevoli[20], occorre postulare che tra essi intercorra un rapporto di successione cronologica, dimodoché quelli successivi possano abrogare (tacitamente o espressamente) quelli precedenti. Il potere legislativo di oggi non può vincolare il potere legislativo di domani perché i diversi atti legislativi che si susseguono nel tempo sono riconducibili allo stesso "tipo" di fonte, nel senso che sono tutti esercizio di una medesima competenza normativa (quella attribuita e riconosciuta da una *rule of change and recognition* sempre uguale a sé stessa perché immutabile nelle vie giuridiche ordinarie). Per il legislatore non sarà possibile distinguere tra abrogazione espressa e tacita, consentendo la prima ed escludendo la seconda. Se rimane fermo nel tempo che *whatever Parliament enacts is law*, cioè che «è diritto ciò che il Parlamento adotta», allora deve sempre ammettersi, e non può mai escludersi, la possibilità dell'abrogazione tacita. Infatti, se la legge successiva non potesse abrogare tacitamente quella precedente, in tal caso dovrebbe disapplicarsi: ma ciò sconfesserebbe la norma secondo cui *whatever Parliament enacts is law*, in forza della quale la legge tacitamente abrogativa è e deve essere diritto cogente, norma giuridica vincolante, proprio perché è un atto approvato dal Parlamento[21].

5. Due ricostruzioni alternative

Ma la permanenza della sovranità legislativa – e la conseguente impossibilità per la legge di vietare la propria futura abrogazione (espressa o tacita) – può essere giustificata in altro modo che non evocando l'intangibilità della norma di riconoscimento (e la conseguente inesauribilità della funzione normativa che attribuisce). Wade descrive sé stesso come un esponente della «*traditional view of the doctrine of parliamentary sovereignty*», riallacciandosi a una tradizione che risale a Coke, Blackstone e Dicey[22]. Tuttavia, da questa «stessa visione tradizionale», e in particolare da Dicey e prima ancora da Austin, si trae una diversa giustificazione del principio per cui «nessun Parlamento può adottare leggi che Parlamenti futuri non possano cambiare».
Per John Austin «ogni diritto positivo [...] viene posto direttamente o indirettamente da un monarca o da una collettività sovrana a una o più persone in stato di soggezione rispetto

[18] Stando dentro quest'approccio non sarebbe, perciò, corretta l'asserzione di H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 175, secondo cui «il principio che nessun precedente Parlamento può precludere ai propri successori l'abrogazione della propria legislazione costituisce parte della norma definitiva di riconoscimento usata dai tribunali nell'individuare le norme giuridiche valide». In realtà, che «nessun precedente Parlamento possa precludere ai propri successori l'abrogazione della propria legislazione» non è propriamente parte della norma di riconoscimento – la quale dice solo che *whatever Parliament enacts as a statute is law* – ma è una conseguenza logica del fatto che essa sia intangibile.
[19] S. Pugliatti, *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 142; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, II, Cedam, Padova, 1976, 162-163, 169 ss.
[20] Per V. Crisafulli, *op. cit.*, 162-163, 169 ss., «la inesauribilità è essenziale al concetto stesso di fonte», perché ciascun "tipo" presenta una «potenzialità innovativa inesauribile» ed «è quindi suscettibile di realizzarsi concretamente un numero indefinito di volte».
[21] Sul punto H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 176 (trad. mia), è inequivocabile: «c'è una regola giuridica secondo cui quando due Acts of Parliament confliggono, l'ultima abroga la prima, anche tacitamente (by implications)». Sicché, non sarebbe possibile subordinare l'abrogazione di una legge alla condizione che sia disposta espressamente.
[22] H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty, cit.*, 172, 174.

al suo autore»[23]: ma se «in ogni società politica indipendente» deve sempre esserci un potere sovrano giuridicamente illimitato, allora è questa – e non l'intangibilità della norma di riconoscimento – la ragione per cui il Parlamento non può proteggere le proprie leggi dall'abrogazione. Se è fondata la verità teorica secondo cui in ogni comunità politica realmente esistente deve sempre esserci un potere legislativo sovrano, allora non sarebbe l'intangibilità della norma di riconoscimento bensì la natura delle cose a dirci che il sovrano può tutto tranne impedire che domani ci sia un sovrano.
Lo stesso punto di vista è in Dicey. A suo giudizio è «futile [...] qualsiasi tentativo di un legislatore sovrano di limitare le possibilità di azione di un altro legislatore sovrano»[24]. Ed è «futile» perché sarebbe inutile: non per caso Dicey afferma che «in accordo con Austin e altri giuristi, un potere sovrano deve esistere in ogni stato civilizzato»[25]. E così, mentre per Wade il Parlamento di oggi *non deve* vincolare i Parlamenti futuri, per Dicey invece il sovrano di oggi *non può* vincolare quello di domani. Nel primo caso abbiamo un'impossibilità giuridica, nel secondo un'impossibilità logico-fattuale, poiché «una sovranità limitata è, nel caso del Parlamento come di qualsiasi altro sovrano, una contraddizione in termini»[26].
Dentro il quadro teorico di Austin e Dicey la *rule of recognition* non può essere una norma costitutiva indisponibile, perché serve solo a riconoscere i *sovereign commands*[27]. Ma se ha solo una funzione ancillare, servente rispetto ai comandi sovrani, allora non potrà limitarne la volontà: la norma di riconoscimento ci dice a chi spetta e come si forma il potere legislativo sovrano, ma la sua portata non andrebbe al di là di questa funzione informativa.

---

[23] J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, London, 1832, trad. ital. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, il Mulino, Bologna, 1995, 245.
[24] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., 65 (trad. mia).
[25] A.V. Dicey, *op. cit.*, 61.
[26] A.V. Dicey, *op. cit.*, 68 (trad. mia). Volendo usare la terminologia proposta da S. Lakin, *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 28, n. 4, 2008, 709 ss., spec. 711, possiamo dire che per Wade la sovranità è, in quanto «fatto politico», solo «an empirical claim», mentre per altri (ad esempio, Dicey e, prima ancora, Austin e Hobbes) la sovranità è nel contempo «an empirical and structural claim». Più precisamente, quando diciamo che in un ordinamento dato, ad esempio il Regno Unito, il Parlamento è effettivamente il potere legislativo sovrano, stiamo proponendo «an empirical claim». Se invece diciamo che in un ordinamento giuridico moderno deve necessariamente esserci un potere legislativo sovrano, stiamo avanzando «a structural claim» (va detto però che la distinzione offerta da Stuart Lakin è molto simile a quella tra «rule-based sovereignty» e «institutional sovereignty» proposta da N.W. Barber, *Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 20, n. 1, 2000, 131 ss.; e prima ancora a quella di G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, cit., 5, tra «analytical propositions containing definitions» e «empirical statements about the facts of legislative life»). In base a questa distinzione va detto che H.L.A. Hart, *op. cit.*, 175, sembra aderire all'orientamento di Wade: infatti, propone evidentemente «an empirical claim» laddove scrive che la dottrina della sovranità parlamentare non è una «necessità logica, e tanto meno una necessità naturale», perché «è soltanto una soluzione tra tante, che in Inghilterra si è giunti ad accettare come criterio della validità giuridica».
[27] Questa era già la posizione di T. Hobbes, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), trad. ital. (a cura di T. Magri), *Leviatano*, Editori Riuniti, Roma, IV ed., 1998, 186, che – a ben vedere – è il primo scrittore ad aver intuito la necessità di una rule of recognition. Difatti, per l'autore del Leviathan «non è sufficiente che la legge sia scritta e promulgata: vi devono essere anche segni manifesti che essa derivi dalla volontà del sovrano», cioè dei «segni sufficienti dell'autorità e dell'autore», come «registri pubblici, consigli pubblici, ministri pubblici e sigilli, mediante i quali tutte le leggi sono sufficientemente verificate». Diversamente, potrebbe darsi il caso che «dei privati, quando sono o pensano di essere abbastanza forti da realizzare i loro ingiusti disegni e da attuare con sicurezza i loro ambiziosi fini, poss(a)no promulgare, come legge, quello che vogliono, senza autorità legislativa o contro di essa». Riconoscere i *sovereign commands* è, perciò, un'esigenza di tutti i sudditi e di chiunque sia tenuto a darvi esecuzione: ed è evidente che per sapere se un dato comando è effettivamente posto dalla volontà del sovrano abbiamo bisogno di criteri orientativi come sigilli, firme, forme documentali, ecc., ossia di un insieme più o meno articolato di indizi che diventa doveroso prendere in considerazione e che per questa ragione articolano una rule of recognition.

E se il potere legislativo sovrano lo volesse, ben potrebbe modificarne il contenuto, disponendo nuovi criteri di individuazione del diritto valido o addirittura mutando la fisionomia dello stesso soggetto sovrano[28]. Infatti, per Austin e Dicey la regola del *King in Parliament,* caratterizzante il procedimento legislativo, è un limite formale, ma non un limite materiale. È formale, perché diversamente non sarebbe possibile distinguere ciò che è legge da ciò che non lo è. Ma non è un limite materiale, perché per Dicey «non esiste norma giuridica che il Parlamento non possa cambiare»[29]. Seguendo perciò la regola vigente sul procedimento legislativo, se ne potrebbe introdurre una nuova; e il potere legislativo sovrano potrebbe modificare la propria norma di riconoscimento e mutare quindi la composizione dello stesso sovrano ovvero spostare la titolarità della sovranità legislativa, attribuendola a un soggetto diverso[30].

Abbiamo perciò due grandi orientamenti di fondo. Quello di Wade, che assegna alla *rule of recognition* una valenza costitutiva e un carattere d'indisponibilità; e quello di Hobbes, Austin e Dicey, che al contrario concepisce la *rule of recognition* come una regola procedimentale liberamente modificabile dal legislatore sovrano. In un certo senso le due impostazioni si caratterizzano per un diverso modo di concepire il rapporto tra *statute law* e *common law*. In base all'approccio hobbesiano-austiniano-diceyano lo *statute law* può cambiare qualsiasi regola di *common law*, ivi compresa quella che riconosce gli atti del King in Parliament come *statute law*. Invece in base all'approccio di Wade gli *statutes* possono di regola cambiare il *common law*, ma non possono cambiare la norma di *common law* in base alla quale sono riconosciuti come *statute law*, cioè la *rule of recognition* è sottratta alla loro disponibilità giacché è la norma suprema del sistema: e lo è perché esprime un «fatto politico» modificabile soltanto per via rivoluzionaria. Possiamo, dunque, riassumere così le differenze e le somiglianze tra i due approcci: per il primo – quello di Wade – il *test* per riconoscere il diritto valido deve sempre essere il medesimo, salvo il suo mutamento rivoluzionario in forme extragiuridiche; per il secondo – quello di Austin e Dicey – il *test* può mutare in forme giuridiche, cioè per mezzo di statuizioni legislative, ma in ogni caso queste non possono impedire che nel futuro ci sia comunque un legislatore sovrano. Tuttavia – e questa è la somiglianza – per entrambi gli approcci rimane fermo che un atto può essere sindacato solamente sotto il profilo del suo procedimento formativo, e mai sotto il profilo del suo contenuto normativo sostanziale.

Quale delle due interpretazioni della sovranità parlamentare – tra quella di Wade e quella di Dicey e Austin – ha prevalso nell'esperienza costituzionale britannica? Il dibattito è ancora aperto. Ma molti indizi fanno ritenere che alfine abbia prevalso il secondo indirizzo,

[28] Anche G. Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, cit., 12 ss. (trad. mia), osserva che per Austin «la struttura del sovrano potrebbe essere validamente alterata dalla legislazione. Essendo il Parlamento sovrano, potrebbe validamente modificare l'assetto del vigente governo supremo (supreme government), attribuendo la sovranità solo al Re o solo al Re e a una delle due Camere».

[29] A.V. Dicey, *op. cit.*, 88.

[30] A tale proposito A.V. Dicey, *op. cit.*, 68, 69 (trad. mia), ritiene «un dogma bizzarro che un potere sovrano, come quello del Parlamento del Regno Unito, non possa mai con propri atti spogliarsi della propria sovranità». In particolare, «un potere sovrano può privarsi della propria autorità in due modi: può semplicemente mettere fine alla propria esistenza o può trasferire l'autorità sovrana a un'altra persona o insieme di persone». Sicché il *King in Parliament* potrebbe decidere che per il futuro il sovrano sia solo the King ovvero solo the *House of Lords* o solo the *House of Commons*. Ciò che non può fare è impedire che il nuovo sovrano possa fare altrettanto: ma questo, come abbiamo visto, è considerato da Dicey (e Austin) un limite logico-fattuale, prima ancora che giuridico.

quello di Dicey e Austin, seppure nella versione aggiornata offerta dalla «manner and form theory».

6. La «manner and form theory»

La formula «manner and form», cioè «modi e forme», compare in un noto lavoro di Ivor Jennings, laddove precisamente si afferma che «non è diritto [...] una norma che non è adottata secondo *i modi e le forme* prescritti dal diritto in quel momento»[31]. Questa dottrina, in realtà, non sarebbe di per sé in contraddizione col pensiero di Wade, perché in entrambi i casi si postula che sia una norma (giuridica) a conferire autorità legislativa al Parlamento e che sia, perciò, il diritto a regolare la produzione del diritto. Ma una differenza c'è ed è fondamentale. Per Jennings, una volta premesso che è diritto ciò che è adottato «in the proper legal form», il passo è breve perché si arrivi alla conclusione che il diritto può essere riconosciuto in base ai criteri forniti dagli *statutes* vigenti: anche gli atti legislativi, infatti, possono introdurre *legal forms*, cioè prescrivere modi e forme della produzione normativa. Ne segue che le corti dovranno applicare qualsiasi norma approvata «in the proper legal form», cioè in base ai criteri stabiliti nel diritto vigente, «*ivi compresa la norma che modifica questo stesso diritto*» (*including a rule which alters this law itself*)[32].

Qualche anno dopo R.F.V. Heuston, un altro esponente della «manner and form theory», ribadisce che «è indifferente se le norme che identificano il sovrano provengono interamente dallo *statute law* o in parte anche dal *common law*»: a suo giudizio non si deve dare «così tanta importanza alla fonte formale dell'insieme complesso di norme che individuano la titolarità e la composizione del potere sovrano», perché ciò che conta è tenere fermo che «tali regole (quale che sia la loro fonte) debbono osservarsi fino al momento in cui vengono modificate secondo i modi che esse stesse prevedono»[33]. Da tutto ciò ne discende, per dirlo con le parole di Jennings, che il legislatore sovrano «potrebbe imporre limitazioni giuridiche su se stesso, perché il suo potere di cambiare il diritto include altresì il potere di cambiare il diritto che lo riguarda»[34].

Come si vede, la «manner and form theory» – secondo cui il potere legislativo sovrano può modificare, nel rispetto dei «modi e forme» vigenti, i «modi e forme» di esercizio del

[31] I. Jennings, *The Law and the Constitution*, III ed., University of London Press, 1943, 142 (trad. mia, corsivo mio). Ma invero occorre precisare che la formula «manner and form», con riguardo ai «modi e forme» di esercizio del potere legislativo, compare ancor prima nel *Colonial Laws Validity Act* del 1865, uno statute che attribuiva e disciplinava il potere normativo degli organi legislativi dei *Dominions* britannici.
[32] I. Jennings, *The Law and the Constitution*, cit., 142 (trad. mia).
[33] R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law*, II ed., Stevens and Sons, London, 1964, 26-27 (trad. mia).
[34] I. Jennings, *op. cit.*, 142 (trad. mia). In tal senso anche D.L. Keir, F.H. Lawson, *Cases in Constitutional Law*, IV ed., Clarendon Press, Oxford, 1954, 7 (trad. mia), per i quali la norma secondo cui il Parlamento non può vincolare i suoi successori non esclude che il legislatore possa rivedere i criteri di composizione dei corpi legislativi e, quindi, ridefinire ciò che deve intendersi per "Parlamento", ad esempio prevedendo la conferma popolare in forma referendaria degli atti deliberati dalle Houses e dalla Regina: in questo caso «il corpo elettorale potrebbe diventare, in relazione a taluni compiti, una sorta di camera aggiuntiva». Il concetto è anche in S. de Smith, R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, Penguin Books, London-New York, VIII ed., 1998, 87 ss. (trad. mia), ove si legge che «a certi fini il Parlamento può ridefinire se stesso. Lo fece con i *Parliament Acts*, i quali con riguardo a taluni ambiti forniscono un procedimento legislativo più semplice e opzionale».

potere legislativo futuro – converge sulle posizioni teoriche che erano già di Austin e Dicey[35].

Potrebbe obiettarsi che la convergenza tra la «manner and form theory» e le tesi di Austin e Dicey è apparente, perché la prima non sarebbe una teoria sulla sovranità: se il potere legislativo può stabilire limiti a se stesso, purché «in the proper legal form», allora – prosegue l'obiezione – ben potrebbe negare la propria sovranità[36]. Sennonché, l'obiezione sarebbe fondata soltanto se, «in the proper legal form», il Parlamento potesse limitare la produzione normativa futura non solo sul piano formale-procedimentale, ma anche sostanziale. Questo, però, è chiaramente escluso dalla «manner and form theory». Per Jennings, infatti, «il diritto attribuisce al Parlamento non già il potere di adottare qualsiasi legge voglia, bensì il potere di adottare qualsiasi legge che non limiti la sua autorità»[37].

Ancora più esplicito è Wolfgang Friedman, un giuspubblicista australiano anch'esso riconducibile alla «manner and form theory»: «che un Parlamento non possa vincolare i suoi successori è vero soltanto nel senso che non può dire loro quale politica debbono seguire con riguardo agli specifici oggetti che intendono regolare»[38], cioè non può vincolare i contenuti normativi futuri, ma solo i «modi e forme» di esercizio del potere normativo.

E infine, la distinzione tra vincoli procedimentali ammissibili e vincoli sostanziali inammissibili è riproposta da Heuston, per il quale «c'è una distinzione tra le norme che regolano la composizione e il procedimento del potere legislativo sovrano e le norme che pretendono di disciplinare il suo ambito sostanziale di competenza (*the area of power*)»: solo in base alle prime «le corti avrebbero giurisdizione sulle questioni di validità degli atti del Parlamento», cioè la valida esistenza di uno *statute* può essere sindacata solo sotto il profilo procedimentale delle «manner and form», ma non sotto quello sostanziale del contenuto normativo[39].

---

[35] Per questa ragione è curioso che la *manner and form theory* sia stata descritta come uno scostamento dalla concezione «ortodossa» della sovranità parlamentare, cioè come una novità rispetto a quello che poteva trarsi dalla tradizione costituzionale britannica. Non stupisce che questa accusa di "novità" sia mossa da H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 174, 177 ss., la cui strategia argomentativa consiste proprio nel rimarcare la continuità delle proprie tesi con quelle di Dicey (sebbene, come si è visto, la realtà sia un'altra). È invece sorprendente che questo schema illustrativo – che contrappone all'ortodossia di Wade la novità eterodossa della «manner and form theory» – sia riproposto da scrittori più recenti, praticamente senza variazioni sostanziali: paradigmatici in tal senso sono P.P. Craig, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, in *Yearbook of European Law*, 11 (1), 1991, 222 ss.; e M. Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2001, 44 ss. Va detto, però, che anche taluni esponenti della «manner and form theory» definirono la propria concezione della sovranità parlamentare come «a new view»: vedi, per tutti, R.F.V. Heuston, *op. cit.*, 6 ss.

[36] Peraltro questa conclusione sembrerebbe corroborata da taluni passaggi del discorso di I. Jennings, *op. cit.*, 142, nei quali si afferma che i giudici non debbono interrogarsi circa la sovranità, ma debbono solo preoccuparsi di ciò che è stabilito nel diritto positivo vigente («the courts have no concern with sovereignty, but only with the established law»): nel senso che non occorre fare ricorso al principio di sovranità parlamentare per individuare il diritto vigente, perché questo lo si individuerebbe in base ai criteri positivamente desumibili dalle norme giuridiche vigenti. Tuttavia, come si spiegherà nel testo, queste parole di Jennings non devono enfatizzarsi più di tanto, perché comunque anche la sua dottrina è, alfine, una dottrina sulla sovranità legislativa del Parlamento del Regno Unito.

[37] I. Jennings, *op. cit.*, 145 (trad. mia).

[38] W. Friedmann, *Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty and the Limits of Legal Change*, in *Australian Law Review*, 24, 1959, 104 (trad. mia).

[39] R.F.V. Heuston, *op. cit.*, 6-7, 9 ss. (trad. mia).

7. La differenza tra vincoli procedimentali e sostanziali

Ma perché i vincoli procedimentali sarebbero ammissibili, mentre quelli sostanziali no?[40]
Le risposte possibili sono due: o perché la «manner and form theory» è pur sempre una dottrina sulla sovranità parlamentare, sicché deve rimanere fermo che la volontà del potere legislativo sovrano, una volta formatosi nei «modi e forme» prestabiliti dalle leggi vigenti, non può avere limiti di sorta; oppure perché, sulla scia di Dicey e Austin, è una verità teorica innegabile che debba sempre esserci un potere legislativo sovrano. In base al primo argomento i vincoli sostanziali al legislatore futuro sono esclusi dal principio *giuridico* della sovranità parlamentare, cioè dal diritto vigente nel Regno Unito; in base al secondo argomento, sarebbe la "natura delle cose", cioè la realtà necessaria della politica, a fondare la necessità (*logica* prima ancora che giuridica) di una sovranità legislativa sciolta da vincoli sostanziali precostituiti.
Tuttavia, la prima risposta mal si accorda teoricamente con gli assunti della «manner and form theory». E difatti, a ben vedere, coincide con la risposta che darebbe Wade: il «Parlamento non può vincolare i suoi successori (*Parliament cannot bind his successor*)» perché deve *sempre* riconoscersi che «è diritto ciò che il King in Parliament adotta come legge (*whatever the King in Parliament enacts as a statute is law*)», cioè perché la norma di riconoscimento è definitiva e immodificabile (se non per fatto politico rivoluzionario). L'intangibilità giuridica della *rule of recognition* garantisce la permanenza e inesauribilità della sovranità legislativa, cioè la «continuing sovereignty»: ne segue che qualsiasi atto legislativo adottato conformemente alla *rule of recognition* è sempre diritto pienamente vincolante (salvo che nelle parti in cui pretende di modificare la stessa norma di riconoscimento). Ma se, al contrario, si sostiene che il legislatore può cambiare la *rule of recognition*, definendo nuovi «modi e forme» di esercizio del potere legislativo, cosa può fondare il carattere permanente, inesauribile, *continuing* della sovranità legislativa? Perché il legislatore che definisce «manner and form» non potrebbe altresì porre vincoli sostanziali al legislatore di domani?
C'è da dire, inoltre, che anche ad ammettere che il legislatore di oggi possa prescrivere «modi e forme» per il legislatore di domani, ma non vincoli sostanziali inaggirabili, è difficile, e probabilmente impossibile, indicare con precisione dove passa la linea di confine tra limiti procedimentali e sostanziali[41]. In alcuni casi la differenza è chiara. Se una legge stabilisce che il proprio contenuto normativo può essere abrogato solo espressamente o solo col consenso di una delle Camere espresso in un certo modo, ci troviamo di fronte a un limite esclusivamente formale, perfettamente giustificabile alla luce della «manner and form theory», sicché la sovranità legislativa rimane intatta, visto che il legislatore futuro può assumere qualsiasi contenuto normativo, basta che lo faccia secondo i «modi e forme» prescritti. Se invece una legge stabilisce che il proprio contenuto normativo non possa abrogarsi in alcun modo, né tacitamente né espressamente, allora ci troviamo di fronte a un limite sostanziale, che nega la sovranità del legislatore futuro e che pertanto è incompatibile col principio della sovranità parlamentare.
Ma supponiamo che la legge subordini l'abrogazione del proprio contenuto normativo all'approvazione di una legge con maggioranza qualificata dei 4/5 o del 90% dei membri

[40] Domanda che si pone anche M. Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, cit., 51.
[41] «La linea di confine tra questioni di forma e questioni di sostanza è altamente nebulosa», come osserva M. Elliott, *op. cit.*, 51 (trad. mia), proprio con riguardo alla teoria in esame.

del Parlamento oppure al consenso popolare espresso mediante referendum approvato col voto favorevole del 90% dei partecipanti alla consultazione referendaria. Si tratterebbe indubbiamente di vincoli formali-procedimentali, ma il risultato probabile, quasi certo, sarà l'intangibilità sostanziale di quel contenuto normativo, visto che è praticamente impossibile che le deliberazioni parlamentari o le consultazioni popolari raggiungano percentuali di approvazione così elevate: ebbene, in questo caso ci troviamo dentro o fuori la «manner and form theory»?[42]

8. La ridefinizione del *King in Parliament*

Nonostante le incertezze teoriche, la «manner and form theory» è risultata la linea prevalente nell'esperienza costituzionale britannica. Una prima conferma si ebbe con il Parliament Act del 1911 che mutò sensibilmente gli equilibri interni del King in Parliament, ridimensionando parecchio il peso della House of Lords nel procedimento legislativo. Dall'entrata in vigore di questo *statute* la camera dei Pari non è più codecisore della legislazione insieme alla camera dei Comuni e al Re[43], ma può solo esercitare un potere di veto sospensivo.

Quindi, dal 1911 la legge non è più atto complesso trilaterale, bisognoso del consenso di Re, camera dei Lords e camera dei Comuni, ma un atto complesso bilaterale, almeno formalmente[44]. Peraltro, il potere di veto sospensivo della House of Lords è stato ulteriormente ridimensionato col Parliament Act del 1949, poiché è stato ridotto da due anni a uno: sicché la norma di riconoscimento del potere legislativo sovrano è cambiata un'altra volta ancora, confermando di nuovo la vitalità della «manner and form theory».

È vero che Wade prova a sminuire la portata di queste innovazioni, sostenendo che non avrebbero modificato la regola del procedimento legislativo e che avrebbero semmai introdotto una sorta di *delegated legislation* a favore della Regina e della Camera dei Comuni[45]. Questa tesi, però, non convince: all'atto pratico, una delega legislativa priva di delimitaz-

[42] Va detto che già H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 181 (trad. mia), muove un'obiezione simile alla «manner and form theory», allorquando si chiede «se sia realmente possibile per il Parlamento del Regno Unito adottare una legge virtualmente non abrogabile se non alla condizione che la legge abrogativa sia approvata dal 90% degli elettori in un referendum», facendo con ciò intendere come la teoria criticata non sia in grado di spiegare sino a che punto siano ammissibili autovincoli relativi ai «modi e forme» di esercizio del potere legislativo e mostrando come taluni autovincoli procedimentali, apparentemente formulati come se incidessero solo su «manner and form», siano in realtà di tipo sostanziale, poiché inibenti di fatto la reale praticabilità di una scelta abrogativa. Il punto è ripreso da H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., 176-177, seppure con qualche ambiguità: da un lato, infatti, Hart sembra "aprire" alla *«manner and form theory»*, poiché «l'indeterminatezza della norma della sovranità parlamentare» consentirebbe al legislatore di «modificare "i modi e le forme" della legislazione»; dall'altro, però, afferma che in alcuni casi può non essere sufficientemente chiara «la differenza fra circoscrivere da una parte l'area in cui il Parlamento può legiferare e meramente modificare dall'altra i modi e le forme della legislazione». Infatti – aggiunge Hart a titolo di esempio – «una legge che, dopo aver fissato il salario minimo per i meccanici, stabilisse che nessun progetto di legge riguardante la loro retribuzione deve valere come legge se non viene confermato con una risoluzione del sindacato dei meccanici ed esigesse questa stessa condizione per la propria abrogazione, otterrebbe in pratica gli stessi risultati che sarebbe possibile raggiungere con una legge che fissasse la misura del salario "per sempre", e poi semplicemente proibisse completamente la propria abrogazione». Per una recente ripresa di questi argomenti vedi N.W. Barber, *The afterlife of Parliamentary sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law* (*I-CON*), vol. 9, 2011, 148.

[43] Che, però, per convenzione concede sempre il *Royal Assent*.

[44] Vista la *convention* di cui alla nota precedente.

[45] H.W.R. Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, cit., 193-194. La tesi è ripresa da G. Zellick, *Is the Parliament Act Ultra Vires?*, in *New Law Journal*, vol. 119, 1969, 716, e O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, VII ed., 1987, 90 ss.

ioni temporali e materiali non è distinguibile da una stabile modificazione del procedimento legislativo. Difatti, anche se una nuova legge approvata col consenso di House of Commons, House of Lords e Corona revocasse la marginalizzazione della House of Lords, ciò accadrebbe perché gli organi del King in Parliament hanno ripreso il loro ruolo tradizionale o perché la House of Commons e la Regina vi hanno consentito? In questo caso si può benissimo sostenere non già che è resuscitata la vecchia regola del King in Parliament, bensì che la House of Commons and the Queen hanno così deliberato (e che il consenso dell'altro ramo del Parliament – cioè the House of Lords – era perciò superfluo)[46].

Neppure è condivisibile la spiegazione offerta da Hart. A suo giudizio la norma di riconoscimento britannica – «ogni provvedimento emanato dal Parlamento è diritto» – era incerta sotto taluni profili: in particolare, non era chiaro cosa dovesse intendersi esattamente per «Parlamento» e cosa significasse «emanato dal Parlamento»[47]. Era pertanto scontato che il legislatore potesse intervenire sui profili incerti e ridefinire «i concetti di Parlamento e di procedimento legislativo», come del resto fece nel 1911 e nel 1949[48]. Tuttavia, il ragionamento hartiano moveva da un presupposto sbagliato, perché presumeva che all'epoca in cui il legislatore britannico ridefinì «i concetti di Parlamento e di procedimento legislativo» (nel 1911 e nel 1949), questi fossero effettivamente incerti. Ma a ben vedere, a quel tempo era perfettamente chiaro sia cosa dovesse intendersi per «Parlamento», sia quale fosse l'articolazione essenziale del procedimento legislativo.

Nel 1885, infatti, Albert Venn Dicey scriveva che «nel linguaggio dei giuristi Parlamento significa il Re, la Camera dei Lords e la Camera dei Comuni: questi tre organi, quando agiscono di concerto, possono precisamente descriversi come il Re nel Parlamento»[49]. Non solo, perciò, era tutt'altro che incerto il concetto di Parlamento, ma da questo passo si evinceva anche quale fosse il procedimento legislativo: perché un atto potesse considerarsi e applicarsi come legge era necessario che fosse approvato col consenso di tutti «these three bodies», cioè era necessario che il medesimo atto normativo fosse deliberato da ciascuno dei tre organi separatamente. Perciò non poteva considerarsi legge l'atto deliberato unilateralmente dal Re o da ciascuna Camera, perché invero la legge era un atto trilaterale complesso. Fu questa, del resto, la regola con cui si approvò l'Act of Parliament che nel 1911 introdusse una regola procedimentale diversa. Era dunque corretta la tesi di Hart secondo cui il legislatore non fece altro che intervenire su un profilo incerto della *rule*

[46] Non è convincente, invece, la critica che alla costruzione di Wade è rivolta da R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, cit., 99, trad. mia (riprendendo argomenti che erano già in A. McHarg, *What is Delegated Legislation?*, in *Public Law*, 2006, 539 ss., spec. 541). A giudizio di Ekins, se fosse corretta la tesi della delegazione legislativa, l'abrogazione del Parliament Act del 1911 sottrarrebbe validità agli atti normativi adottati sulla sua base: «in assenza di una specifica clausola di sanatoria (*savings clause*), la legislazione secondaria cesserebbe di essere vigente una volta che fossero abrogate le disposizioni dell'atto in virtù del quale è stata adottata». Sicché, «se l'argomento della delegazione fosse corretto, l'abrogazione della legge del 1911 implicherebbe che tutta la legislazione che su essa si fonda, ivi comprese la discipline dell'Irish Home Rule e della Welsh Church, non sarebbe più valida». Tuttavia, Ekins non sembra considerare il principio del *tempus regit actus*. Ad esempio, l'entrata in vigore della costituzione repubblicana italiana nel 1948 avrebbe dovuto implicare l'automatica abrogazione di tutte le leggi adottate in base allo Statuto Albertino?

[47] H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, cit., 174.

[48] *Ivi*, 176-177. Inoltre, per Hart sembra perfino ammissibile «modificare in modo irrevocabile la struttura del Parlamento stesso abolendo del tutto la Camera dei Lords, e così andando al di là delle leggi del 1911 e del 1949 che avevano reso non più necessario il consenso di questa per certe leggi».

[49] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., 39 (trad. mia).

uita poteva così formularsi: «è legge l'atto adottato col consenso di Re, Camera dei Lords e Camera dei Comuni».

I Parliament Acts sono una sfida formidabile per coloro che non aderiscono alla «manner and form theory». Questo spiega perché in tempi recenti i giuristi che si collocano sulla scia teorica di Wade abbiano seguito l'esempio di Hart, ritentando nuovamente una conciliazione con la tesi avversa.

Ad esempio, Richard Ekins scrive che la norma di riconoscimento dell'ordinamento del Regno Unito è rimasta immutata nonostante i Parliament Acts del 1911 e del 1949: questi avrebbero soltanto specificato la «decision-making procedure», cioè il «procedimento decisionale», senza però intaccare la norma secondo cui «whatever Parliament enacts as a statute is law», cioè senza mettere in discussione che per Parliament deve intendersi l'unione di Queen, House of Lords e House of Commons e, quindi, senza alterare la regola base del procedimento legislativo, impiantata sul consenso dei tre organi. Insomma, la *rule of recognition* si limiterebbe a conferire autorità legislativa al King in Parliament, senza però specificare in che modo possa o debba esercitare questo potere, sicché ben potrebbe farlo lo *statute law*[50].

Sta di fatto, però, che la legge approvata senza l'assenso della House of Lords è valida in base al Parliament Act e non in base all'asseritamente immutata *rule of recognition*: anzi, è invalida se parametrata a quest'ultima. Né, ancora una volta, può asserirsi che la regola del procedimento legislativo non fosse chiara o fosse incerta sotto taluni profili e che i Parliament Acts non avessero fatto altro che precisarne i contorni (come era sostenuto già da Hart). In realtà non solo non c'era alcun dubbio che fosse diritto ciò che il Parlamento approvava come *statute law*, ma non c'era neppure alcun dubbio che fosse un atto normativo su cui c'era stata la convergenza di tutti e tre gli organi del King in Parliament. Sicché l'introduzione, nel 1911, della norma legislativa che ritiene sufficiente il consenso della House of Commons e della Corona (cioè di due organi in luogo di tre), realizzò indubbiamente una revisione della *rule of recognition* o, perlomeno, una deroga (che comunque è pur sempre una riduzione dell'ambito di applicabilità di una norma preesistente). Prima la regola era: "per approvare qualsiasi legge ci deve essere il consenso di tutti e tre gli organi". A seguito del Parliament Act divenne: "per approvare Money Bills e qualsiasi altra legge ci deve essere il consenso di almeno due organi, cioè del re e della Camera dei Comuni". Ovviamente, se c'è pure il consenso della Camera dei Lords tanto meglio: ma esso, comunque, non è più necessario.

Insomma, il procedimento legislativo è stato facilitato, alleggerito, anziché appesantito; e forse, per questo motivo, il mutamento introdotto fu più difficile da scorgere, tanto da aver indotto qualcuno a ritenere che invero nessun vero, sostanziale cambiamento fosse realm-

[50] R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, cit., 105 ss. Come si vede, la tesi di Ekins in parte converge con e in parte differisce dalla «manner and form theory». Converge nella misura in cui ammette che il legislatore possa validamente definire la «decision-making procedure»; ma se ne differenzia perché esclude che il Parlamento sia «libero di ridefinire se stesso» ovvero di negare la norma di riconoscimento secondo cui «whatever Parliament enacts as a statute is law».

ente intervenuto. Ma probabilmente la percezione sarebbe stata differente se il procedimento legislativo fosse stato aggravato[51].

9. Il *Jackson v. Attorney-General Case*

A seguito del Parliament Act 1911 la regola del procedimento legislativo non muta solo nel contenuto, ma muta altresì nel titolo che ne giustifica la vigenza: non è più una norma di *common law* (seppure inalterabile, come sostenuto da Wade), ma vige in quanto deliberata e incorporata nel Parliament Act del 1911, cioè come norma di *statute law*. Perciò a partire dal 1911 la norma di riconoscimento del diritto britannico non è più: «è legge la volontà del King in Parliament»; ma diventa: «è legge ciò che è approvato conformemente al Parliament Act»[52]. Tanto è vero che, nel rispetto delle previsioni del Parliament Act 1911, nel 1949 interviene una nuova riforma del procedimento legislativo e il ruolo della House of Lords subisce un ridimensionamento ulteriore: sicché, a partire da quel momento, la norma di riconoscimento è diventata la seguente: «è legge l'atto adottato conformemente al Parliament Act del 1911, così come modificato dal Parliament Act del 1949».

A conferma di questa conclusione c'è l'importante pronuncia giudiziale resa dalla House of Lords nel caso *Jackson and Others v. Her Majesty's Attorney General* del 2005[53]. È noto che oggetto della questione era la validità dello *Hunting Act 2004*, lo *statute* che proibisce l'immemorabile tradizione britannica della caccia alla volpe. Orbene, poiché tale atto normativo venne adottato secondo la disciplina prevista dal Parliament Act del 1949, senza quindi l'assenso della Camera Alta, e poiché anche l'Act del 1949 a suo tempo era stato approvato in base all'Act del 1911, cioè solo dai Comuni e dalla Corona e quindi non dal King in Parliament nella sua interezza, si mise in dubbio la correttezza del procedimento formativo di entrambi gli *statutes*, negando di conseguenza che potessero considerarsi tali. In particolare, a giudizio degli *appellants* sarebbe stato più corretto considerare il Parliament

[51] E difatti, c'è chi, come V. Bogdanor, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 32, n. 1, 2012, 187 (trad. mia), dubita che i Parliament Acts abbiano introdotto un «manner and form entrenchment», poiché invero avrebbero «reso più semplice, e non più difficile, per il Parlamento legiferare quando c'è disaccordo tra le due camere» e poiché avrebbero fornito «una procedura alternativa e non una vincolante». Tuttavia, non sta scritto da nessuna parte che la modifica delle «manner and form» debba aggravare anziché alleggerire il procedimento legislativo o che debba complicare anziché semplificare la nozione e la composizione di ciò che deve intendersi per "Parlamento". Quanto alla questione se la previsione di un procedimento legislativo alternativo più semplificato sia un «manner and form entrenchment», non c'è dubbio che facilitare un processo decisionale, rimuovendo poteri di veto, non sia la creazione di «modi e forme» vincolanti, bensì la rimozione di vincoli preesistenti. Sennonché l'obiettivo della «manner and form theory» è quello di riconoscere al legislatore sovrano il potere di modificare a piacimento «modi e forme» di esercizio del potere legislativo sovrano: ed è indubbio che sia espressione di quest'approccio l'idea che il Parlamento abbia il potere di modificare il procedimento legislativo eliminando o ridimensionando vincoli preesistenti.

[52] Sembra che nella sostanza cambi poco, ma è impressione erronea. Nel primo caso che la legge sia la volontà del King in Parliament è il contenuto immediato della norma fondamentale di riconoscimento; nel secondo caso che la legge sia la volontà della House of Commons è il contenuto immediato del Parliament Act e, quindi, il contenuto mediato della norma fondamentale di riconoscimento. L'oggetto diretto della *rule of recognition* è, infatti, divenuto: «per sapere cosa è legge occorre verificare se si sono realizzate le condizioni indicate nel Parliament Act».

[53] (2005) UKHL 56 (2006) 1 A.C. 262. A commento della pronuncia può leggersi M. Plaxton, *The Concept of Legislation: Jackson v. Her Majesty's Attorney General*, in *Modern Law Review*, vol. 69, 2006, 249-261; A. Twomey, *Implied Limitations on Legislative Powers in the United Kingdom*, in *Australian Law Journal*, vol. 80, 2006, 40-52; M. Elliott, *The Sovereignty of Parliament, the Hunting Ban, and the parliamentary Acts*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 65, 2006, 1-51; Id., *United Kingdom Bicameralism, sovereignty, and the unwritten Constitution*, in *I-CON*, vol. 5, 2007, 370-379; R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, cit., 91-115; T. Mullen, *Reflections on Jackson v. Attorney General: questioning sovereignty*, in *Legal Studies*, vol. 27, n. 1, 2007, 1-25.

Act 1949 e lo Hunting Act 2004 non come *primary legislation*, ossia *statute law*, atti legislativi sovrani, bensì – sulla scia della nota tesi di William Wade – come *delegated* e quindi *subordinated legislation*, adottati peraltro *ultra vires*, cioè fuori dai termini del potere attribuito.
I giudici della House of Lords, però, furono di diverso avviso e sostennero che i due Acts sono indubbiamente «primary (not secondary) legislation», cioè *statutes*, leggi parlamentari validamente adottate. Tre giudici in particolare – Lord Brown, Lord Steyn e Baroness Hale – sembrano muovere esplicitamente dalle assunzioni della «manner and form theory», poiché riconoscono al legislatore parlamentare il potere di ridefinire cosa debba intendersi per legislatore parlamentare[54]. A giudizio dei Law Lords, non dovrebbe dubitarsi che il Parliament Act 1949 e lo Hunting Act 2004 siano, a tutti gli effetti, diritto legislativo valido e vincolante, anche se la loro adozione non è stata conforme alla (vecchia) norma di riconoscimento secondo cui "è diritto ciò che la Regina, la Camera dei Comuni e la Camera dei Lords approvano come legge".
Per certi versi *Jackson v. Attorney-General* suggerisce che la *rule of recognition* britannica attualmente vigente debba formularsi così: «è legge l'atto adottato conformemente alle regole contenute negli *statutes* vigenti»: formula che ricorda molto da vicino quella di Ivor Jennings, per la quale è diritto tutto ciò che è adottato «in the proper legal form». Ma questo, però, ci riporta alla questione di prima: se è diritto tutto ciò che è adottato «in the proper legal form», cioè conformemente alle regole contenute negli *statutes* vigenti, per quale motivo questi non dovrebbero poter vincolare sotto il profilo sostanziale l'adozione degli *statutes* futuri? Se il potere legislativo può definire e ridefinire il potere legislativo, perché non dovrebbe poter disporre di sé stesso fino in fondo? Che norma è quella che impedisce al legislatore di oggi di porre limiti sostanziali al legislatore di domani?
La risposta che si trae da *Jackson* è che sia una norma del *common law*. Infatti, anche se da un lato è vero che a seguito dei Parliament Acts la disciplina del procedimento legislativo non è più una norma di *common law*, ma di *statute law*, dall'altro però sarebbe un errore pensare che il *common law* sia stato completamente spodestato sul punto. Lord Steyn, infatti, afferma che «la supremazia del Parlamento è ancora il principio generale della nostra costituzione. È una costruzione del *common law*. I giudici crearono questo principio»[55]. Ecco, asserire che la dottrina della sovranità parlamentare è una norma di *common law* non significa che è il *common law* a fornire direttamente la regola del procedimento legislativo, la quale, infatti, si ricava ormai dai Parliament Acts, bensì che è il *common law* a fornire la norma secondo cui il potere legislativo, esercitato nei «modi e forme» vigenti, non ha limiti sostanziali e può rivedere qualsiasi scelta compiuta dal legislatore passato. È, insomma,

[54] Diversi commentatori rilevano l'adesione dei Law Lords al «manner and form approach»: vedi in particolare, R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, cit., 101, e M. Elliott, *The Hunting Act 2004 and the Parliament Acts 1911-1949*, cit., 375 (trad. mia), il quale osserva che sarebbe l'assenza di una costituzione scritta, «da cui trarre le regole di esercizio dei poteri legislativi del Parlamento britannico (setting out the terms on which the British Parliament holds legislative powers)», la ragione per cui è difficile respingere la tesi che il legislatore possa definire e ridefinire «modi e forme» di esercizio del potere legislativo.
[55] *Jackson v. Attorney General* (2005) UKHL 56, per Lord Steyn at (102) (trad. mia.). L'originale recita così: «The supremacy of Parliament is still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle».

il *common law*, elaborato e custodito dai giudici, a fornire la dottrina secondo cui il criterio della prevalenza della *lex posterior* troverebbe sempre applicazione[56].
Ma *Jackson* non fu certo la prima occasione in cui i giudici britannici sfidarono la norma «Parliament cannot bind his successor». Il problema si pose con forza già a seguito dell'ingresso del Regno Unito nella CEE.

10. La sovranità parlamentare alla prova dell'integrazione europea

L'entrata in vigore dell'European Communities Act nel 1972 mandò in soffitta la regola secondo cui *whatever Parliament enacts is law*?
Nella Section 2(1) si disponeva che «*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*». Era l'ordine legislativo di esecuzione del Trattato, che abilitava la vigenza delle fonti normative comunitarie nell'ordinamento interno. Da ciò non si evinceva ancora una compressione della sovranità parlamentare. Ma se la legge del 1972 avesse soltanto ordinato l'esecuzione degli obblighi internazionali senza nulla disporre in ordine ai poteri del legislatore parlamentare futuro, l'appartenenza del Regno Unito alla CEE sarebbe stata pericolante.
A tale proposito soccorreva la Section 2(4), secondo cui «*any such provision (of any such extent) as might be made by Act of Parliament, and any enactment passed or to be passed, other than one contained in this Part of this Act, shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section*». La ricostruzione della portata e degli effetti di questo vincolo futuro non era agevole. Il testo diceva che gli atti legislativi futuri «*shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section*»: cioè, che dovevano essere interpretati e produrre effetti nel rispetto delle previsioni stabilite dalle disposizioni precedenti e, quindi, osservando la succitata Section 2(1), che rendeva *enforceable* le fonti comunitarie nel diritto interno. Di qui il dilemma se la previsione si rivolgesse *soltanto* alle corti, alle quali era intimato di interpretare gli atti del Parlamento in conformità delle norme comunitarie, oppure *anche* agli atti legislativi futuri, condizionandone gli effetti al rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'EC

[56] A questa posizione, definibile come un esempio di «common law constitutionalism», possono muoversi diverse critiche. In primo luogo, può eccepirsi che la norma «Parliament cannot bind his successor» non può considerarsi una norma di *common law* come le altre, perché invero sarebbe qualcosa di più. In secondo luogo, si può contestare la strategia e la prospettiva che si celerebbero dietro l'idea che la sovranità parlamentare sia «una costruzione del *common law*»: se tale sovranità esiste solo perché i giudici la riconoscono, se ne dovrebbe poter arguire che i giudici alfine ne dispongono, fino al punto di poterne sospendere e rimuovere la vigenza. Non bisogna dimenticare, infatti, che lo stesso Lord Steyn, subito dopo aver detto che «la supremazia parlamentare [...] è una costruzione del *common law* (e che) i giudici crearono questo principio», aggiunge che «stando così le cose, non è impensabile che possano emergere circostanze nelle quali le corti potrebbero elaborare un principio sulla base di una diversa ipotesi di costituzionalismo» e che «in circostanze eccezionali, quali il tentativo di abolire il controllo giudiziale di legalità ovvero i compiti ordinari delle corti, i giudici della House of Lords o della nuova Corte Suprema potrebbero valutare se in questi casi ci troviamo di fronte a elementi costituzionali fondamentali che neppure il Parlamento sovrano [...] potrebbe cancellare» (*Jackson v. Attorney General* (2005) UKHL 56, per Lord Steyn at (102) (trad. mia.). E dunque, poiché sarebbero le corti giudiziali a riconoscere la sovranità parlamentare, le stesse corti potrebbero revocarla: i giudici danno e i giudici tolgono, rivendicando per sé *l'ultima parola*. Ma come sarà chiaro alla fine della nostra indagine, non solo non si è realizzato alcun rovesciamento dell'ordine dei rapporti tra *statute law* e *common law*, ma neanche può sostenersi che gli orientamenti giudiziali creativi si formino nel vuoto pneumatico dell'assenza di politica: piuttosto è vero il contrario, e cioè che le corti subiscono, consciamente o inconsciamente, i condizionamenti sistemici e le pressioni ideologiche sistemiche esercitate dal contesto politico-sociale generale.

Act 1972. In altre parole, doveva considerarsi immutata la regola secondo cui *Parliament cannot bind his successor* oppure la volontà del Parlamento era quella di vincolare il legislatore futuro sul piano sostanziale dei contenuti normativi, andando oltre quanto sino ad allora poteva giustificarsi alla luce della *manner and form theory*?[57]

La questione deflagrò con il caso *Factortame n. 2*, una pronuncia che abbracciava il secondo corno del dilemma. La visione "forte" della sovranità parlamentare fu respinta. In particolare, i *Law Lords* intesero le parole «*Acts of Parliament shall be construed and have effect subject to the foregoing provisions of this section*» come se vietassero alle corti di assegnare agli *statutes* l'effetto di abrogare tacitamente le norme europee: l'*implied repeal*, d'altronde, è tale proprio perché è tratto dal giudice in via interpretativa, cioè per implicazione logica e non da un'espressa dichiarazione legislativa. E quindi, poteva ragionevolmente sostenersi che la Section 2(4) vietasse alle corti di interpretare le leggi parlamentari nel senso di trarne effetti abrogativi taciti a carico delle fonti comunitarie.

Ma che ne era, allora, delle regole "*Parliament cannot bind his successor*" e "*whatever Parliament enacts is law*", che articolavano tradizionalmente il principio di sovranità parlamentare? Non furono apertamente e integralmente sconfessate, ma ripensate, ritenendo che potessero incorporare un'eccezione. Il principio della *sovereignty of Parliament* fu riformulato in modo da consentire alla legge di vincolare la propria abrogazione alla condizione che sia disposta *espressamente*, ponendo così un limite nei confronti delle abrogazioni tacite, con la conseguenza ulteriore che in tali casi la norma legislativa futura produttiva di effetti abrogativi taciti non poteva considerarsi *law*, cioè diritto *enforceable* dalle corti. Alla determinazione di questo nuovo orientamento giudiziale contribuirono, senza dubbio, anche considerazioni di ordine geopolitico, sebbene non esplicitate. Una soluzione coerente con la visione ortodossa della *sovereignty of Parliament* avrebbe comportato, infatti, una violazione degli obblighi pattizi e la conseguente estromissione del Regno Unito dalla CEE.

Alla luce della suddetta ricostruzione dogmatica talune materie dovevano considerarsi sottratte al legislatore parlamentare sovrano per essere riservate al legislatore comunitario, sicché poteva con ragione dirsi che, con riguardo agli ambiti competenziali attratti nell'orbita sovranazionale, non fosse diritto "ciò che il Parlamento approva come legge". La legge adottata dal Parlamento era diritto vincolante, *enforceable*, solamente in relazione alle materie rimaste nella disponibilità del diritto interno[58]. E quindi, perlomeno a prima vista,

[57] L'incertezza nasceva, a giudizio di V. Bogdanor, *Beyond Brexit*, cit., 62, dal fatto che l'EC Act 1972 «did not provide for what was to happen if subsequent United Kingdom legislation could not be construed to be in accordance with Community law; and it did not state explicitly that a future Parliament could not enact legislation contrary to Community law. It therefore took no position on the crucial question of the primacy of Community law, whether future United Kingdom legislation would be subordinate to Community Law». Per i sostenitori "ortodossi" della sovranità parlamentare l'impossibilità di interpretare gli *statutes* secondo le norme europee avrebbe dovuto obbligare i giudici ad applicare le leggi britanniche e a disapplicare gli atti sovranazionali contrastanti. Ma non fu questa la soluzione alfine accolta, come si dirà dappresso nel testo.

[58] Questa tesi è illustrata limpidamente da P.P. Craig, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, cit., 251 (trad. mia), per il quale, a seguito dei Factortame cases, «la *rule of recognition* ora dovrebbe leggersi così: "il Parlamento può legiferare a maggioranza semplice in qualsiasi materia, tranne che in quelle riservate alla CEE, in cui il diritto comunitario ha la precedenza"». Non è una tesi isolata: ad esempio, N.W. Barber, *The afterlife of Parliamentary sovereignty*, 149 ss., afferma che Factortame ha determinato il superamento della *rule of recognition* e «the quiet death of Parliamentary sovereignty»; e V. Bogdanor, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, cit., 183 ss.

il rapporto tra il legislatore del Regno Unito e il legislatore sovranazionale europeo sconfessava l'impostazione di Wade[59].

Ma gli effetti si fecero sentire pure sulla *manner and form theory*, la quale ammetteva vincoli di tipo procedimentale al potere legislativo, ma non anche limiti di ordine sostanziale: e la riserva a favore del diritto comunitario implicava soprattutto i secondi, con l'effetto che al legislatore parlamentare futuro era inibito occuparsi dei contenuti materiali riservati (al diritto comunitario).

L'ingresso nella CEE indusse, così, una nuova trasformazione nella ricostruzione dogmatica del principio di sovranità parlamentare, con l'aggiunta di un altro tassello. La salvezza del principio fu affidata alla distinzione tra abrogazione tacita ed espressa, ricostruendo il divieto della prima come un autolimite legislativo in grado di vincolare le leggi future. Ancora una volta le corti adeguarono la norma fondamentale del diritto costituzionale britannico ai mutamenti di contesto[60].

All'orientamento giurisprudenziale aderì successivamente lo stesso legislatore parlamentare, ribadendo con l'European Union Act 2011 la propria sovranità e, quindi, il primato sul diritto europeo: nella section 18, infatti, si disponeva che la vigenza delle norme sovranazionali nel Regno Unito fosse «only by virtue of that Act», cioè «soltanto in virtù di questo Act (cioè l'EU Act)», facendo così dipendere lo «status of EU law» da questa «base legislativa permanente»[61]. Fu una novella legislativa che indirettamente ribadiva che il Parlamento avrebbe sempre potuto liberarsi dal vincolo del diritto comunitario mediante dichiarazione espressa, nel presupposto che il potere legislativo sovrano del Parlamento UK non fosse assoggettabile a limitazioni sostanziali *definitive*[62].

11. Brexit sovrana

Nel 2020 il legislatore parlamentare adotta l'European Union (Withdrawal Agreement) Act, ratificando e ordinando l'esecuzione del trattato che disciplina i termini della fuorius-

[59] Ne offre la riprova il fatto che H.W.R. Wade, *Sovereignty – Revolution or Evolution?*, in *Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, 568-575, spec. 574 (trad. mia), fu indotto a rivedere la sua tesi teorica, introducendo la nozione di «rivoluzione tecnica»: «la *rule of recognition* è una norma a carattere univoco, poiché soltanto i giudici possono cambiarla. Spetta ai giudici, e non al Parlamento, stabilire quali siano i caratteri di un legittimo Act of Parliament. Se i giudici ammettono che deve essersi verificato un mutamento, come ad esempio consentire che i futuri Parlamenti siano vincolati nelle loro decisioni, allora ci troviamo dinanzi a una rivoluzione tecnica».

[60] Giustamente V. Bogdanor, *Beyond Brexit*, cit., 78, osserva che furono le corti a interpretare «the European Communities Act as having the meaning and effect of precluding implied repeal».

[61] A giudizio di M. Gordon, *The European Union Act 2011*, in *UK Const. L. Blog* (12th January 2012), l'obiettivo della section 18 dell'EU Act è quello di porre «a sovereignty clause», per «riaffermare il carattere sovrano del potere legislativo spettante al Parlamento del Regno Unito». Tuttavia, c'è pure chi ritiene che invero l'European Union Act non sia giustificabile alla luce della dottrina della sovranità parlamentare: facendo leva sulla previsione dell'EU Act che subordina a un referendum approvativo la ratifica di ulteriori trattati o l'adozione di leggi che trasferiscono ulteriori competenze. V. Bogdanor, *Imprisoned by a doctrine*, cit., 190 (trad. mia), sostiene che questo atto legislativo «impone una precondizione in relazione all'ambito in cui il Parlamento può legiferare», perché «riduce l'area in cui il Parlamento può legiferare senza l'approvazione referendaria»; e che «in base a quest'interpretazione, il Parlamento ora può fare qualsiasi cosa eccetto che emendare un trattato sulla UE ovvero trasferire significativi poteri e competenze all'Unione se non previo referendum. Sembra pertanto ragionevole trarre la conclusione che il *referendum requirement* previsto dall'European Union Act privi il legislatore del suo potere sovrano, esigendo per certe materie l'assenso di un organo esterno al potere legislativo». Le acute notazioni di Bogdanor rimandano alla questione se nel Regno Unito si sia affermata un tipo "forte" di *constitutional statute*, su cui si ritornerà nel § finale.

[62] In tal senso vedi anche J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty's Premature Obituary*, cit. (illustrando una tesi già contenuta nel parere reso dallo stesso Goldsworthy alla Camera dei Comuni, *The EU Bill and Parliamentary Sovereignty*, HC 633-II, 7 December 2010).

cita dall'UE.
Il Regno Unito, per mezzo di un Act of Parliament e facendo leva sulla forza legittimante della precedente consultazione popolare referendaria, decide, a torto o a ragione, di esercitare la sua sovranità nazionale e con un tratto di penna revoca la vigenza del diritto europeo e dispone la dismissione, seppure graduale, del primato comunitario, restituendo espressamente alla *sovereignty of Parliament* la pienezza di ruolo e la posizione di indiscussa centralità nell'assetto costituzionale britannico[63].
Col senno di poi può dunque dirsi che la sovranità parlamentare non era affatto sparita, bensì che era divenuta *dormiente*, trasformandosi in una *sleeping sovereignty*, latente ma comunque potenzialmente in grado di riemergere per riprendersi la scena. Come infatti è accaduto. Non pare dubbio che l'atto parlamentare del 2020 abbia rimosso, *mediante abrogazione espressa*, l'autovincolo del 1972, sottraendo ai giudici il potere/dovere di disapplicare le norme legislative interne in forza dell'effetto diretto e del primato del diritto europeo. E anche ipotizzando che nel frattempo si siano costituiti altri vincoli a carico della sovranità del parlamento, stemperandone l'assolutezza – ipotesi che vaglieremo nel prosieguo – rimane però fermo che il legislatore parlamentare abbia *espressamente* revocato, nel 2020, il limite che aveva posto a sé stesso nel 1972. La Brexit è la prova inequivocabile che il Parlamento di ieri non è riuscito a vincolare *in via definitiva* quello dell'indomani, confermando con ciò un carattere tipico della *sovereignty of Parliament*. Il dovere di osservare il diritto europeo è stato un autovincolo legislativo che ha operato fino a quando la stessa legislazione non ha deciso di rimuoverlo *esplicitamente*.

12. Il tipo della "legge costituzionale" (*constitutional statute*) come nuova sfida per la sovranità parlamentare?

Ricapitoliamo.
In origine si diceva che la sovranità parlamentare potesse assumere qualsiasi contenuto legislativo tranne limitare sé stessa, sicché le scelte legislative non avrebbero potuto vincolare quelle future. Ma quest'approccio fu smentito dai Parliament Acts del 1911 e del 1949, che infatti modificarono il procedimento legislativo declinando il King in Parliament in termini diversi rispetto al passato (cioè marginalizzando il ruolo della House of Lords al fine di valorizzare quello della House of Commons).
Prese perciò piede la *manner and form theory*, cioè una diversa concezione della *sovereignty of Parliament*, secondo cui la legge può modificare i modi e le forme di approvazione delle leggi future, introducendo vincoli o allentamenti procedimentali prima inesistenti. Il principio della sovranità parlamentare fu quindi conciliato con la possibilità degli autovincoli legislativi, purché soltanto di tipo procedimentale e non sostanziale: se adottata secondo il procedimento prescritto, la legge avrebbe potuto avere comunque qualsiasi contenuto normativo e la sovranità avrebbe dovuto intendersi come assenza assoluta di limiti contenutistici.

[63] Nella Section 38(1), infatti, si legge la seguente dichiarazione solenne: «*It is recognised that the Parliament of the United Kingdom is sovereign*». Certo, c'è la questione del "posto costituzionale" del referendum nei processi decisionali apicali, su cui vedi V. Bogdanor, *Beyond Brexit*, cit., 87 ss. Ma come già accennato nella nt. 62, l'integrazione della fase referendaria nell'esercizio della funzione legislativa sovrana chiama in causa la complessa problematica dei *constitutional statutes*. Per quanto attiene, invece, alla distinzione tra "sovranità nazionale" e "sovranità parlamentare", accennata nel testo, è indubbio che sussista sul piano squisitamente concettuale, riguardando la prima la sfera "esterna", e quindi il rapporto del Regno Unito con gli altri Stati e le organizzazioni internazionali, e la seconda la sfera "interna". Tuttavia, all'atto pratico sono anche indistinguibili, poiché a dichiarare in via definitiva la volontà sovrana nazionale è pur sempre il King in Parliament.

Ma l'ingresso del Regno Unito nella CEE impose un nuovo mutamento di prospettiva. Il diritto europeo divenne, infatti, un limite di contenuto per la legge parlamentare, nonostante il legislatore parlamentare del 1972 non avesse espressamente disposto questo autovincolo. Le corti, tuttavia, lessero il dettato legislativo come se la volontà parlamentare fosse proprio quella di restringere la volontà parlamentare futura, salvando così il principio di sovranità parlamentare, seppure inteso alla luce di una declinazione nuova della *manner and form theory*, che infatti fu riformulata in termini meno rigorosi del passato, e cioè riconducendo tra i "modi e forme" l'autovincolo legislativo sostanziale abrogabile in forma espressa: la legge precedente poteva, dunque, porre limiti di contenuto alle leggi successive, le quali però avrebbero potuto liberarsene abrogando espressamente le clausole legislative limitative. Per certi versi la vicenda della Brexit ha offerto conferma di questa ricostruzione.

E così, dopo una lunga fase in cui pareva abbandonata, perlomeno parzialmente, la *sovereignty of Parliament* ha ripreso il suo cammino storico, assestandosi su una nuova tappa e favorendo il consolidamento di una scissione interna dello *statute law* in due tipologie: gli *statutes* ordinari e quelli *constitutional*[64], volti a regolare la produzione legislativa futura, secondo la *manner and form theory revised*. Ad oggi qualsiasi *statute* può essere indifferentemente l'uno o l'altro tipo, secondo il suo contenuto. Ma cosa accadrebbe se una legge disponesse che per il futuro le leggi debbono approvarsi secondo un procedimento diverso e contestualmente stabilisse che per abrogare espressamente tale procedimento occorre seguire, a sua volta, un procedimento apposito, ancora più aggravato?

Ad esempio, supponiamo che entri in vigore una legge la quale ripristinasse il ruolo approvativo pieno della House of Lords nel procedimento legislativo, modificandone però la composizione in modo da renderla coerente con il metodo elettivo e il principio della rappresentanza territoriale; e supponiamo altresì che tale legge subordinasse la possibilità futura di modificare la nuova disciplina procedimentale alla condizione che la sua revisione legislativa sia approvata da una consultazione referendaria ovvero che sia approvata da una maggioranza parlamentare qualificata: in questo modo per approvare una qualsiasi legge ordinaria futura occorrerebbe anche il consenso pieno della House of Lords (divenuta una camera di rappresentanza territoriale), ma per modificare questo nuovo aggravio procedimentale, cioè la regola legislativa che prescrive tale ruolo per l'House of Lords, occorre seguire un altro procedimento approvativo, ancora più aggravato perché basato su maggioranze qualificate o perché condizionato alla fase della consultazione referendaria. Sarebbe una novità che rafforza la distinzione tra *ordinary statute* e *constitutional statute*, tra legge ordinaria e legge costituzionale, allineandola nella sostanza a quella dei nostri ordinamenti continentali, poiché la differenza tra le due tipologie di atto legislativo non riposerebbe solamente su ragioni contenutistiche, ma anche procedimentali. E sarebbe indubbiamente una nuova sfida per il principio di sovranità parlamentare: potrebbe, infatti, la legge ordinaria rimuovere il procedimento aggravato previsto per le leggi costituzionali semplicemente abrogando espressamente la previsione che contempla la procedura aggravata, senza tuttavia averla seguita a sua volta?

La questione ancora non si è posta. Ma se si ponesse, la risposta non apparterrebbe soltanto al novero delle soluzioni logico-giuridiche, ma sarebbe pure, e ancora una volta, una

[64] Una prima messa a punto giurisprudenziale della categoria dei *constitutional statutes* era già nella pronuncia *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

presa di posizione politica. Cioè *a political fact*.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-7ED

costituzionalismo britannico e irlandese

Parlamento e Governo

I parlamentari come attori del judicial review: conflitti e poteri a Westminster

Alessandro Lauro
Ricercatore di Diritto Pubblico, Università Ca' Foscari di Venezia

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

I parlamentari come attori del judicial review: conflitti e poteri a Westminster**

di Alessandro Lauro*

Abstract (Ita): Il saggio affronta il tema dei conflitti costituzionali a tutela delle prerogative parlamentari nell'ordinamento del Regno Unito. In particolare, l'analisi si concentra, individuando anche alcuni casi giurisprudenziali, su come il judicial review possa diventare uno strumento utile a questo scopo, quando attivato dai parlamentari. In conclusione, la riflessione conduce a qualche considerazione di raffronto fra i conflitti interorganici e le possibilità offerte dal judicial review..

Abstract (Eng): The essay addresses the issue of constitutional conflicts to protect parliamentary prerogatives in the UK legal system. In particular, the analysis focuses, also identifying some case-law, on how judicial review can become a useful tool for this purpose when activated by parliamentarians. In conclusion, the reflection leads to some comparative considerations between inter-organic conflicts and the possibilities offered by judicial review.

Parole chiave: judicial review; prerogative parlamentari; conflitti costituzionali

Keywords: judicial review; parliamentary prerogative; constitutional adjudication

Sommario: Introduzione

Introduzione

La nuova edizione del celeberrimo *Erskine May* dedica oggi un paragrafo allo *standing* (cioè alla legittimazione ad agire) dei parlamentari nel *judicial review*[1]. Si tratta di un innesto assai rilevante, non solo o non tanto per i suoi contenuti, quanto piuttosto come rivelatore di uno sviluppo della costituzione britannica, sempre più giurisdizionalizzata, ma forse termometro più generale di un costituzionalismo occidentale che non concepisce più la dinamica democratica senza l'intervento delle Corti persino nelle sfere più intime del potere politico[2]. L'innovazione nel manuale di procedure parlamentari di Westminster è in effetti il tassello di un più ampio mosaico, che vede varie giurisdizioni sollecitate in maniera sempre più ricorrente e pressante ad offrire protezione al mandato parlamentare[3].

La novità britannica va ovviamente letta nella peculiarità del sistema in cui si inserisce, a partire dall'assenza di una Costituzione "codificata" e correlativamente dalla mancanza di un *judicial review of legislation*. Tuttavia, proprio come sta a dimostrare l'*Erskine May*, queste

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Ricercatore di Diritto Pubblico, Università Ca' Foscari di Venezia

[1] E. May, *Treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament*, Londra, House of Commons, 2019 (25ª ed.), par. 16.32 (dedicato al caso *R (Good Law Project Ltd and Ors) v Secretary of State for Health and Social Care* del 2021). Il paragrafo è inserito nel capitolo del trattato dedicato al rapporto fra Corti e Parlamento.

[2] R. Hirschl, *The Judicialization of Politics*, in R. E. Goodin (a cura di), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2011.

[3] È possibile menzionare il caso dei conflitti di attribuzione sollevati dai parlamentari in Italia o la moltiplicazione delle azioni di *amparo parlamentario* davanti al Tribunale costituzionale spagnolo o, ancora, il crescente numero di *Organsstreiten* di cui è investito il *Bundesverfassungsgericht* tedesco. Persino il *Conseil constitutionnel* francese si è trovato a pronunciare sulla libertà del mandato parlamentare. Per riferimenti più specifici sia consentito rinviare a A. Lauro, *I conflitti di attribuzione a tutela del singolo parlamentare*, Bari, Cacucci, 2022, in particolare p. 337 ss.

assenze non hanno impedito l'elaborazione di orientamenti giurisprudenziali che hanno costruito in concreto forme di tutela dei parlamentari che ricordano analoghe possibilità presenti in ordinamenti costituzionali dove le Corti sono chiamate, per espressa scelta dei Costituenti, ad arbitrare i conflitti fra gli organi costituzionali dello Stato.

Il presente contributo intende ripercorrere alcuni tratti salienti di questa evoluzione, sia dal punto di vista processuale che sostanziale, per comprendere a che punto sia la "giuridificazione" del modello Westminster[4].

Per fare ciò sarà necessario premettere al tema specifico delle azioni intraprese dai parlamentari una panoramica più generale su quali siano i principi fondamentali che reggono il *judicial review* nell'ordinamento britannico.

2. **Alcuni caratteri generali del *judicial review* nel sistema britannico**

Il *judicial review* nell'ordinamento britannico traspone sul piano pratico il caposaldo della *rule of law*[5], cioè la "signoria del diritto", intesa come soggezione di ogni attività prevista nell'ordinamento, in particolare quella del potere pubblico, alle regole giuridiche, rappresentate sia dalla legge parlamentare in senso proprio sia dai principi tradizionali consolidatisi nel *common law*[6].

I due principi "fratelli" del costituzionalismo europeo (principio di legalità e *rule of law*) con il loro corollario pratico identico (sindacato giurisdizionale) sono orientati alla difesa di ideali politici similari (la limitazione del potere sovrano)[7], ma sono altresì distinti: non solo per il fatto di provenire da tradizioni storiche diverse, ma perché sottendono una diversa visione del principio di separazione dei poteri[8], che si riverbera in conseguenze pratiche notevoli.

Non è un caso che non esista nel *judicial review* di stampo britannico un concetto analogo a quello di "atto politico" o "*acte de gouvernement*": il controllo del giudice nasce proprio per sindacare gli atti politici del Re e del suo governo[9] e offrire così al Parlamento una garanzia di non arretramento rispetto alla posizione conquistata nel corso della storia a costo di

[4] Sull'evoluzione del "modello Westminster", a cavallo fra il prototipo esplicativo ed il modello giuridico v. G.G. Carboni, *Il modello Westminster tra politica e diritto*, in *Nomos*, n. 1/2022, p. 1 ss.

[5] La definizione di *rule of law* data da A.V. Dicey, *The Law of The Constitution*, Londra, 1885, (ried. Oxford, Oxford University Press, 2013), p. 95, è la seguente:«*supremacy of the law, or the security given under the English constitution to the rights of individuals*».

[6] Cfr. A. Pin, *Il* rule of law *come problema*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 21 ss.

[7] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia,* Torino, Einaudi, 1992, p. 26.

[8] Malgrado la comune radice, il principio di separazione dei poteri continentale presuppone una divisione di compiti all'interno degli organi statali che dovrebbero limitarsi a vicenda (e dunque anche il giudice incontra delle barriere nel suo sindacato). La concezione britannica è invece sintetizzata da Lord Mustill nel caso *R v Secretary of State for the Home Department ex parte Fire Brigades Union* ([1995] UKHL 3):«*It is a feature of the peculiarly UK conception of the separation of powers that Parliament, the executive and the courts each have their distinct and largely exclusive domain. Parliament has a legally unchallengeable right to make whatever laws it thinks right. The executive carries on the administration of the country in accordance with the powers conferred on it by law. The courts interpret the laws and see that they are obeyed. This requires the courts on occasion to step into the territory which belongs to the executive, not only to verify that the powers asserted accord with the substantive law created by Parliament, but also, that the manner in which they are exercised conforms with the standards of fairness which Parliament must have intended*» (p. 26).

[9] Sin dal *Case of Proclamations* del 1610, quando Edward Coke si pronunciò sulla possibilità (negata) che il Re modificasse il diritto del Paese tramite il suo potere di prerogativa.

eventi traumatici. Il *judicial review* si pone dunque a guardia dell'equilibrio costituzionale costruito nella storia inglese ed integra nel tempo la volontà del Parlamento come supremo parametro cui attenersi, solo in via sussidiaria completato dalla *common law*.

Diversa è invece la *political question*, intesa come una delle dottrine della giustiziabilità negli ordinamenti anglosassoni di *common law* e determinata non tanto dalla deferenza del giudice di fronte alle parti in causa, quanto dalla difficoltà di identificare un parametro oggettivo alla stregua del quale decidere[10]. A rilevare non è dunque il soggetto che adotta l'atto, né il potere che viene esercitato (come dimostra l'apertura al sindacato sui c.d. "*prerogative powers*"[11]), ma l'attuazione concreta degli organi: prevale, dunque, un *criterio materiale* sulla sostanza della decisione. Tale circostanza rende la teoria della *political question* perfettamente trasferibile fra sistemi di governo diversi: essa può funzionare allo stesso modo tanto nel parlamentarismo britannico che nel presidenzialismo statunitense[12]; può funzionare su una legge (negli USA) o su un *Order-in-Council*, proprio perché l'interrogativo non è sul *quis*, ma sul *quid*. Per questa ragione, la *political question* si affaccia, sotto le spoglie del *margine di discrezionalità* del decisore politico, anche nei sistemi continentali, pure là dove si ritenga un atto astrattamente giustiziabile.

Malgrado l'affinità con il principio di legalità[13], nel *rule of law* (e conseguentemente nel *judicial review*) si consolida e rafforza l'idea che il controllo sugli atti del potere sia intrinsecamente legato alla tutela dei diritti soggettivi individuali[14], diritti che il Parlamento inglese

[10] G. Marshall, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Clarendon Press, 1984, p. 213: «*One sense in which a question may be said to be justiciable raises merely factual issues. In this sense a question is justiciable if it has been given to a court for decision by a competent authority and can be made the subject of litigation. Another sense of justiciability raises an issue for judgment and evaluation. In this sense a question is justiciable if it is a suitable or proper issue to be made the subject of legal decision*».

[11] I poteri di prerogativa sono quelli che, nel *Common Law*, appartengono per diritto tradizionale alla Corona. A lungo discusso, il sindacato sui *prerogative powers* si è affermato in via di principio nel caso *Fire Brigades* (v. nota 9). Sull'evoluzione di questi poteri, sul loro effettivo esercizio da parte dei Capi di Stato e sul possibile sindacato v. A. Twomey, *The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

[12] Cfr. L. Sossin, *Boundaries of judicial review: The Law of Justiciability in Canada*, Toronto, Carswell, 1999, p. 134, che tratta congiuntamente gli approcci "anglo-americani" alla *political question*, sebbene venga mostrato (p. 142 ss.) come lo status della *political question* nel Regno Unito sia molto più debole che negli Stati Uniti, ciò che si spiega probabilmente anche con una minore politicizzazione delle Corti in Gran Bretagna.

[13] M. Dogliani, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2008, p. 6 ss. enuncia le tre funzioni del principio di legalità: «a) regolare il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo assicurando la preminenza del primo; b) instaurare una forma di potere legale-razionale, che consenta la prevedibilità e calcolabilità dell'azione dei pubblici poteri; c) far coincidere il diritto oggettivo (che realizza tale ultima funzione) con la legge parlamentare, manifestazione del potere rappresentativo, garantito come sovrano dalla prima delle tre funzioni ora ricordate».

[14] Ciò trova un fondamento teorico, in particolare, nelle visioni contrattualistiche di T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, sec. XXVIII, e J. Locke, *Two Treatises of Government*, 1690, cap. VII, par. 88. V. al proposito C.J. Peters, *Assessing the New Judicial Minimalism*, in *Columbia Law Review*, n. 6/2000, p. 1454 ss.: «*Adjudication, at least in the Anglo-American tradition, has always been in nascent liberal theory, the primary function of government thus was adjudicative – the peaceful and authoritative resolution of existing disputes*» (p. 1500).

enuncia in testi aventi forza normativa[15] e non meramente declaratoria[16]. Come è stato ben osservato, alla base del *rule of law* vi è dunque un «ideale di liberazione»[17].

La conseguenza pratica è che il *judicial review* ha una connotazione *obiettiva* ben più forte rispetto al processo amministrativo continentale (in particolare italiano) e ciò potrebbe sembrare paradossale: la garanzia dei diritti sembra accompagnarsi ad un minor rigore circa la loro affermata titolarità. Ma il paradosso sussiste solo se si rimane nell'ottica continentale: il *rule of law* ha una natura pervasiva di ogni aspetto della vita sociale[18] che implica una generale apertura del *judicial review* a qualunque ricorrente, proprio per evitare che si creino sacche di immunità a favore del potere[19]. Ovviamente questa apertura è stata temperata dalla necessità concreta, propria di ogni ordinamento contemporaneo, di non creare abusi del processo, ma il principio di fondo sopravvive e l'approccio largo alla legittimazione soggettiva al ricorso resta un tratto caratteristico del sistema di *judicial review* britannico[20].

Nel diritto positivo, la norma di riferimento è rappresentata dalla *section* 31(3) del *Senior Courts Act* 1981, la quale stabilisce: «*No application for judicial review shall be made unless the leave of the High Court has been obtained in accordance with rules of court; and the court shall not grant leave to make such an application unless it considers that the applicant has a* sufficient interest *in the matter to which the application relates*»[21]. Il criterio di legittimazione del ricorrente (*standing* o *locus standi*) si fonda, dunque, sulla presenza di un *interesse sufficiente nella questione* cui il ricorso si riferisce. Va da sé che si tratta di un criterio evidentemente ampio, poiché individua un legame fra il soggetto ricorrente e non già lo specifico atto o comportamento censurato, ma più latamente con la questione (*matter*) soggiacente. Dal punto di vista comparatistico, scompare la distinzione italiana fra *interesse ad agire* e *legittimazione ad agire*[22], che viene a fondersi nell'unico concetto dell'*interesse*, inteso come possibilità che il singolo o la comunità tragga beneficio da un positivo risultato dell'azione in giudizio[23].

---

[15] Sui testi fondativi del *rule of law* v. T. Bingham, *Rule of Law*, London, Penguin, 2011, cap. 2 che cita la *Magna Carta* del 1215, la *Petition of Right* del 1628, l'*Habeas Corpus Act* del 1679, il *Bill of Rights* del 1689, l'*Act of Settlement* del 1701.

[16] Si ricorderà che la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* francese del 1789 acquisirà una piena efficacia normativa solo con la decisione del *Conseil constitutionn*el del 1971, *Liberté d'association*.

[17] A. Pin, *Il* rule of law *come problema*, cit., p. 48.

[18] Cfr. l'introduzione di T. Bingham, *Rule of Law, cit.*

[19] Questa caratteristica è fortemente influenzata dallo sviluppo del *common law*, che «concepisce i rapporti del singolo con la comunità in un senso relazionale» (A. Pin, *Il* rule of law, cit., p. 48).

[20] È con una riforma delle regole di procedura civile del 1978 che si operò una liberalizzazione del test sulla legittimazione: cfr. P. Craig, *Administrative Law*, London, Sweet&Maxwell, 2016, p. 759 ss.

[21] Similmente avviene nel sistema scozzese, dove la *Section* 27 B (relativa alla *supervisory jurisdiction* della *Court of Session* di Edimburgo, cioè alla competenza in materia di *judicial review*) stabilisce che l'*application* può essere autorizzata dal giudice solo se «*the applicant can demonstrate a sufficient interest in the subject matter of the application*».

[22] Su cui v. in generale G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere [dir. Amm.]*, in *Treccani. Diritto on-line*, 2018.

[23] Come spiega P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 769, la *sufficiency of interest* fonde l'idea dello *standing* con il merito della controversia, sicché le corti si trovano a valutare congiuntamente «*the nature of the relevant power or duty, the alleged breach, and the subject-matter of the claim*».

L'attitudine all'ascolto degli *applicants* è segnata da un precedente fondamentale della *House of Lords*, il caso *Inland Revenue Commissioners* del 1981[24], nel quale venne stabilito che il *locus standi* dovesse essere riconosciuto in maniera estensiva al fine di garantire il controllo delle corti sulla liceità dell'azione amministrativa[25], senza indagare approfonditamente l'interesse del singolo al ricorso. Questa giurisprudenza si affermò nel tempo[26] e venne ulteriormente consolidata nel 2011, nel caso *Axa General Insurance Ltd*[27], dove Lord Reed sottolineò la necessità di distinguere l'interesse in base al contesto, opinando per un approccio casistico estensivo[28].

Il criterio sviluppato nei precedenti giurisprudenziali è dunque quello di assicurare un ampio riconoscimento dello *standing*, visto come componente essenziale per offrire una reale garanzia del *rule of law*[29]. Ciò spiega perché in casi altamente problematici dal punto di vista costituzionale – e connotati da una discrezionalità politica ai massimi livelli, come le due sentenze *Miller* – il tema della legittimazione ad agire non abbia sostanzialmente creato nessun vero problema di ordine pratico: all'evidenza, siamo distanti anni luce dall'attitudine propria delle Corti costituzionali continentali e, diremmo, soprattutto da quella del giudice costituzionale italiano.

Per completezza, dobbiamo menzionare anche il versante passivo della legittimazione ad agire. Il *judicial review* può essere infatti intentato solo «*in relation to the exercise of a public funct-*

[24] *R v Inland Revenue Commissioners, ex p. National Federation of Self Employed and Small Businesses Ltd,* [1981] UKHL 2, del 9 aprile 1981.

[25] V. l'opinione di Lord Diplock: «*It would, in my view, be a grave lacuna in our system of public law if a pressure group, like the Federation, or even a single public-spirited taxpayer, were prevented by outdated technical rules of locus standi from bringing the matter to the attention of the court to vindicate the rule of law and get the unlawful conduct stopped*». L'alto magistrato citò anche un caso della *High Court* di qualche anno prima (*R. v. Greater London Council Ex parte Blackburn,* [1976] 1 WLR 550), in cui il *Master of Rolls* affermò: «*I regard it as a matter of high constitutional principle that if there is good ground for supposing that a government department or a public authority is transgressing the law, or is about to transgress it, in a way which offends or injures thousands of Her Majesty's subjects, then any one of those offended or injured can draw it to the attention of the courts of law and seek to have the law enforced, and the courts in their discretion can grant whatever remedy is appropriate*». La dilatazione dello *standing*, consustanziale al *rule of law*, discende dunque da un principio di natura costituzionale riconosciuto come fondamentale (*high principle)*.

[26] Cfr. *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte World Development Movement Ltd,* [1994] EWHC Admin 1. In questa sentenza il *Lord Justice* Rose sottolinea «*the importance of vindicating the rule of law*».

[27] Il caso – *AXA General Insurance Ltd v. Lord Advocate,* [2011] UKSC 46 – concerneva il potere legislativo devoluto al Parlamento scozzese e, come si dirà poi, si segnala per aver affrontato il tema della sovranità parlamentare, dopo la sentenza *Jackson* del 2005.

[28] Così l'opinione di Lord Reed, in *ivi*, par. 170: «*A requirement that the applicant demonstrate an interest in the matter complained of will not however operate satisfactorily if it is applied in the same way in all contexts. In some contexts, it is appropriate to require an applicant for judicial review to demonstrate that he has a particular interest in the matter complained of: the type of interest which is relevant, and therefore required in order to have standing, will depend upon the particular context. In other situations, such as where the excess or misuse of power affects the public generally, insistence upon a particular interest could prevent the matter being brought before the court, and that in turn might disable the court from performing its function to protect the rule of law*». Si v. anche il caso *Walton v The Scottish Ministers* [2012] UKSC 44, par. 89 ss. È dunque possibile distinguere le azioni giudiziarie e la relativa verifica dello *standing* in base alla natura dell'interesse coinvolto (se privato-individuale o pubblico) e alla natura del ricorrente (se individuo singolo, persona giuridica associativa o gruppo): v. ancora P. Craig, *Administrative Law*, cit., p. 771 ss.

[29] Sulla diffusione di litigi di interesse pubblico nei Paesi di influenza britannica (a partire dall'India), v. G. Tusseau, *Contentieux constitutionnel comparé*, Parigi, LGDJ, 2021, p. 995 ss.

ion»[30]. Il punto è dunque comprendere cosa sia una *public function* che legittima il sindacato delle Corti: il caso di riferimento è *R v Panel on Take-overs and Mergers; Ex parte Datafin plc* (*Datafin case*), nel quale la *Court of Appeal* si trovò a dover decidere se un ente privato potesse esercitare una funzione pubblica sindacabile. Allo scopo, i giudici sottolinearono il dovere di verificare non solo la fonte del potere, ma anche la natura di questo per determinare l'*amenability to judicial review*[31].

3. **I parlamentari come ricorrenti: questioni di *standing***

Il profilo più specifico che qui si intende affrontare riguarda la possibilità per i parlamentari di agire, nella loro veste istituzionale, come *petitioners* in un *claim for judicial review*.

Data l'apertura soggettiva del *judicial review*, non risulta che al tema sia stata data una specifica sistematizzazione, né che siano sorti grandi problemi in termini di astratta ammissibilità dello *standing* parlamentare, poiché di questa possibilità si sono sottolineati soprattutto gli usi strategici[32].

Il caso che va obbligatoriamente segnalato è *Cherry and Others v. the Advocate General*, sorto nell'ambito della giurisdizione scozzese a proposito dell'illegittima *prorogation* del Parlamento ad opera del Governo Johnson, e poi approdato alla Corte Suprema del Regno Unito per essere infine deciso, confluendo in un'unica sentenza insieme ad un ricorso coltivato in Inghilterra, nel caso *R (on the application of Miller) v The Prime Minister; Cherry and Others v Advocate General for Scotland*[33]. La prima ricorrente, Joanna Cherry, è infatti una politica dello *Scottish National Party*, eletta nel 2015 per la prima volta deputata al Parlamento di Westminster in rappresentanza del collegio Edimburgo Sud-Ovest. Essendo avvocata dinanzi alle giurisdizioni superiori (*Queen's Counsel*), è stata lei ad introdurre il giudizio contro la *prorogation* voluta dal Premier Boris Johnson nel 2019 dinanzi alle Corti scozzesi, ritenendo che fosse leso il *Claim of Right Act 1689*, atto del Parlamento scozzese tuttora in vigore dopo la fusione delle due Corone e dei due Parlamenti con l'*Act of Union* del 1707[34]. Lo

[30] *Part* 54 delle *Civil Procedure Rules* definisce più precisamente il *claim for judicial review* come «*a claim to review the lawfulness of a decision, action or failure to act in relation to the exercise of a public function*».

[31] Segnaliamo, per scrupolo di precisione, che ci occupiamo del *judicial review* "classico" e non della specifica tipologia di sindacato a tutela dei diritti fondamentali contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo che ha preso piede nel Regno Unito a partire dallo *Human Rights Act* del 1998. Tale legge prevede nella sua *Section* 6, sub. 1: «*it is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right*». La *subsection* 3, lett. B definisce la "*public authority*" come «*any person certain of whose functions are functions of a public nature,but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament*».

[32] N. Beale, R. Lawrence, *Court interventions by MPs: constitution in action, or under attack?*, in *New Law Journal*, 8 novembre 2019, p. 11 ss.

[33] Sulla decisione v. G.F. Ferrari, Miller II*: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, in *DPCE Online*, n. 3/2019, p. 2171 ss., nonché F. Rosa, Power to the Parliament. *La Corte Suprema dichiara illegittima e nulla la sospensione del Parlamento*, in *DPCE Online*, n. 3/2019, p. 2165. Sulla giurisprudenza Miller I e II v. altresì A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in DPCE (numero speciale) 2019, p. 745 ss.

[34] In particolare veniva in rilievo la previsione dell'Atto in base al quale «*for redress of all greivances and for the amending strenthneing and preserveing of the lawes Parliaments ought to be frequently called and allowed to sit and the freedom of speech and debate secured to the members*». Si noterà che la formula è distinta dal coevo *Bill of rights* inglese, che all'art. 9 si limita a stabilire che «*the Freedome of Speech and Debates or Proceedings in Parlyament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parlyament*».

standing dei parlamentari non è messo in discussione né dalla Corte, né dalle controparti resistenti[35].

Ulteriormente significativo è il successivo caso *Wightman v. Secretary of State for Exiting the European Union* reso sempre dalla *Court of Session* nell'ambito delle convulse procedure di attuazione della Brexit[36]. Il caso è assurto agli onori delle cronache perché, tramite un rinvio pregiudiziale, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha potuto affermare la revocabilità dell'atto di recesso dal Regno Unito[37]. Qui ci interessa per ragioni di diritto eminentemente interno. Anzitutto, l'azione portata innanzi al giudice da un gruppo di membri dei Parlamenti scozzese, britannico ed europeo aveva natura *di mero accertamento*: si domandava cioè una pronuncia declaratoria (*declarator*) da parte del giudice per individuare lo stato attuale del diritto obiettivo nella materia[38], rimedio tipico del sistema di *judicial review* scozzese. In questo caso, l'interesse dei parlamentari ad ottenere una simile dichiarazione era contestato dal Governo, ma la Corte – non entrando effettivamente nell'interesse in capo ai membri del Parlamento scozzese e agli eurodeputati – afferma che il ricorso è sufficientemente sorretto dall'interesse dei parlamentari nazionali, quand'anche uno solo di loro agisse[39], poiché si rendeva necessario chiarire a costoro tutte le opzioni possibili al momento del recesso del Regno Unito dall'Unione Europea. La particolarità del caso e il *sufficient interest* dei parlamentari vengono confermati, *per differentiam*, dal successivo caso *Keatings,* nel quale un attivista scozzese cercava un *declarator* sulla facoltà del Parlamento scozzese di indire un nuovo referendum sull'indipendenza[40].

L'approccio delle Corti scozzesi sembra meno condiviso da quelle inglesi. In particolare, in due casi decisi dalla *High Court* di Londra nella veste di giudice amministrativo per il Galles e l'Inghilterra lo *standing* è stato negato ai parlamentari in quanto tali, poiché non si è ravvisato un legame fra il loro ruolo ed il claim avanzato tale da giustificare l'interesse sufficiente alla decisione.

---

[35] Cfr. l'opinione di Lord Brodie in *Joanna Cherry QC MP and Others Against the Advocate General* [2019] CSIH 49, par. 81: «*While the respondent submits that this is all a matter of high politics and therefore not a matter for the courts, a certain amount is conceded or otherwise not a matter for argument. The petitioners have been granted permission to proceed. Their standing to bring the petition has accordingly been acknowledged by the court and indeed was expressly accepted by the respondent*».

[36] *Wightman v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] CSIH 62.

[37] Sentenza del 10 dicembre 2018, C-621/18.

[38] Cfr. l'opinione di Lord Carloway, par. 22: «*One is that a court should not be asked to determine hypothetical or academic questions; that is those that will have no practical effect. In a case where there are no petitory conclusions, the declarator must have a purpose. There has to be some dispute about the matter sought to be declared. The declarator must be designed to achieve some practical result*».

[39] Cfr. l'opinione di Lord Carloway, par. 27: «*It is clear, in terms of the European Union (Withdrawal) Act 2018, that MPs will be required to vote on whether to ratify any agreement between the UK Government and the EU Council […] It seems neither academic nor premature to ask whether it is legally competent to revoke the notification and thus to remain in the EU. The matter is uncertain in that it is the subject of a dispute; as this litigation perhaps demonstrates. The answer will have the effect of clarifying the options open to MPs in the lead up to what is now an inevitable vote. Whatever the interest of MSPs and MEPs, MPs have an interest in seeing the matter resolved. On that basis the petition is competent at least at the instance of an MP*».

[40] *Keatings v. Advocate General for Scotland*, [2021] CSOH 16, par. 122 ss., confermato in appello da *Keatings v. Advocate General for Scotland,* [2021] CSIH 25, par. 54.

Il primo caso risale al 2019[41] e riguardava lo svolgimento di una manifestazione di protesta da parte di un'associazione ambientalista contro il mutamento climatico. Tale manifestazione era stata oggetto di pesanti restrizioni e condizioni in forza del *Public Order Act 1986* da parte della competente autorità di pubblica sicurezza. La Corte ha ritenuto che dei sette *petitioners*, solo due (una deputata ed un attivista) fossero in possesso del requisito dello *standing*, derivato da precedenti limitazioni e arresti in una manifestazione dello stesso movimento. Riconosciuta la possibilità di giudicare il caso, i giudici ritengono che gli altri ricorrenti (anche deputati sostenitori del movimento) non fossero dotati di un *sufficient interest*[42].

Nel 2021 arriva invece il caso *Good Law Project* citato dall'*Erskine May*[43]. Il think-tank *Good Law Project* aveva presentato un ricorso contro vari atti omissivi del Ministero della salute nella conclusione di contratti pubblici durante l'emergenza pandemica. A questo primo ricorrente si erano aggiunti tre deputati dell'opposizione. Ammettendo il *claim* sulla base della legittimazione dell'organizzazione no-profit, portatrice di un *public interest*, la Corte ritiene non sussistente lo *standing* dei parlamentari, rispetto al quale una forzatura risulterebbe inutile nel caso di specie, essendo stata acclarata la legittimazione dell'altro soggetto privato[44].

Qualche anno prima di questi casi – nel 2013 – la Corte Suprema aveva ammesso a *review* la petizione di alcuni membri del Parlamento che contestavano la decisione del Ministro dell'Interno di non accogliere nel Regno Unito una dissidente del regime iraniano per un incontro con un gruppo di parlamentari *bipartisan*[45]. La questione è di particolare interesse perché coinvolge una pretesa violazione della libertà di espressione dei parlamentari che avrebbero voluto intrattenersi con la dissidente iraniana. Se sul merito si tornerà nel paragrafo successivo (v. *infra*), quanto alla procedura bisogna sottolineare che si trattava di una richiesta di *judicial review* connessa allo *Human Rights Act 1998* (HRA). In questo atto le regole dello *standing* sono parzialmente diverse poiché il *sufficient interest* è considerato esistente solo se il ricorrente è o sarebbe stato una vittima dell'atto contestato (HRA, sec. 7, n. 4), venendo così limitata la discrezionalità giudiziaria nella definizione del concetto.

[41] [2019] EWHC 2957 (Admin), *Jones & oth. v. The Commissioner of Police for the Metropolis*, del 6 novembre 2019.
[42] *Ivi*, parr. 60-62. Va notato che i giudici sottolineano che l'esclusione dello *standing* può farsi senza ulteriori indagini, posto che la causa può essere decisa nel merito data la legittimazione di almeno due ricorrenti.
[43] [2021] EWHC 346 (Admin), *Good Law Project Limited & oth. v. Secretary of State for Health and Social Care*, del 18 febbraio 2021.
[44] *Ivi*, par. 106: «*the fact that someone is a Member of Parliament does not, in and of itself, prevent her from having standing. But the availability of a better placed challenger remains an important – and often determinative – factor in considering whether it is necessary to accord standing to a person who is not herself directly affected by the decision challenged or the relief sought*».
[45] [2014] UKSC 60, *R (on the application of Lord Carlile of Berriew QC) v. Secretary of State for the Home Department*, del 12 novembre 2014. Il grado precedente è stato deciso in [2013] EWCA Civ 199.

Ancorché i casi siano pochi[46], è interessante osservare come il *judicial review* si mostri flessibile ed aperto alle eventualità concrete, lasciando intravedere dentro di sé un'inesauribile riserva di risorse giurisdizionali.

4. I limiti costituzionali al sindacato giurisdizionale sulla conflittualità interna al Parlamento ed il loro affievolimento

Malgrado la sua duttilità, il *judicial review* incontra frontiere particolarmente ardue da valicare allorché ai giudici sia richiesto di entrare nelle dinamiche interne del Parlamento britannico. Tali limiti sono segnati da alcuni testi che costituiscono l'ossatura della *uncodified Constitution* britannica, in particolare il *Bill of Rights* del 1689 e il *Parliament Act* del 1911, che contengono al loro interno le c.d. "*non-justiciability clauses*" volte ad escludere il sindacato esterno – ed in particolare il *judicial review* – su quanto avviene nelle aule di Westminster. Conviene dunque soffermarsi su tali previsioni materialmente costituzionali (*infra* 4.1 e 4.2), per poi mettere in evidenza come l'espandersi del principio della *rule of law* abbia indotto le Corti ad ipotizzare l'eventuale disapplicazione di queste clausole.

1. La Clausola IX del Bill of rights del 1689.

«*The freedom of speech and debates or proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*».

Così recita il *Bill of Rights*, consacrando – tanto nella storia inglese, quanto più in generale nella storia del costituzionalismo occidentale – il Parlamento come santuario del dibattito e della libertà di espressione. In quelle righe ritroviamo sia la nascita delle c.d. "immunità parlamentari" (definite in ambiente inglese, forse più correttamente, *parliamentary privilege*[47]), sia il primo precipitato legislativo del problema della giustiziabilità della vita politica e parlamentare di una Nazione.

È chiaro che la forza e l'importanza di questa norma si misura *in primis* sul versante della forma di Stato: il principio di divisione ed autonomia dei poteri trova nella clausola IX un primo addentellato normativo; per la prima volta si appresta una fondamentale garanzia di libertà ai membri del Parlamento che segna l'avanzamento verso la costruzione di un moderno concetto di democrazia rappresentativa protetta dal diritto[48]. Ma con lo sviluppo della forma di governo parlamentare come *responsible government*, anche su questo lato dell'ordinamento si può verificare l'impatto della norma, per una duplice ragione: i Ministri e membri del Governo devono essere (e primariamente sono) *membri del Parlamento* che

[46] A quelli citati è possibile aggiungere un procedimento per *disclosure* in base al *Freedom of Information Act* portato avanti con successo da un intergruppo parlamentare di fronte al competente tribunale (l'*Upper Tribunal*). Si tratta del caso *All Party Parliamentary Group on Extraordinary Rendition v Information Commissioner* [2013] UKUT 560 ed era volto ad ottenere informazioni sul trasferimento di cittadini britannici in Afghanistan nel quadro del c.d. *extraordinary rendition program*.

[47] Come dimostra, sin dal titolo, lo stesso E. May, *Treatise on the law,* privileges, *proceedings and usage of Parliament*, cit. (enfasi aggiunta).

[48] Sull'importanza e la posizione costituzionale del documento v. G. Lock, *The 1688 Bill of Right*s, in *Political Studies*, n. 4/1989, p. 541 ss.; L. Maer, O. Gay, *The Bill of Rights 1689*, Londra, House of Commons Library, 2009.

ere di controllo della *House* di appartenenza. Ancora, il *Bill of Rights* non si limita a proteggere la libertà di espressione e il dibattito all'interno del Parlamento, ma più latamente ogni *proceeding* che ivi si svolga. In questo concetto – come è stato sviluppato, ad esempio, dalla normativa australiana che ha recepito e "modernizzato" l'atto del XVII secolo al fine di escludere dubbi interpretativi[49] - vanno ricondotti tutti i procedimenti e le attività del Parlamento, anche quelli legati al controllo (*scrutiny*) dell'Esecutivo ed in generale ai rapporti fra i membri delle Camere e il Governo.

L'evoluzione giurisprudenziale, però, non ha mai seguito una lettura rigida e manichea della clausola di non giustiziabilità di tutto quel che avviene in Parlamento o nei procedimenti a questo collegati.

La referenza sul tema è il caso *Prebble v. Television New Zealand Ltd.* deciso dal *Privy Council*[50], in cui *Their Lordships* assestarono una notevole scalfittura al *parliamentary privilege* consacrato dall'art. 9, affermando che le corti non possono sottrarsi alla decisione solo perché il materiale invocato dalle parti sarebbe coperto dalla regola in questione. Il principio operativo discendente dalla decisione è che occorre distinguere fra l'accertamento "storico" di ciò che accade in Parlamento e il sindacato sull'opportunità e sulla proprietà di quanto avviene.

Pochi anni più tardi, nel caso *Al Fayed*[51], la Corte d'Appello reiterò che non esisteva una regola generale in base alla quale le corti sono tenute ad astenersi dal decidere solo perché esiste una sovrapposizione o un'interferenza fra la questione *sub judice* e un'attività del Parlamento (anche investigativa)[52].

Insomma, l'art. 9 del *Bill of Rights* appare tutto fuorché irresistibile, soprattutto se rettamente interpretato a favore del Parlamento, ma non in spregio alla *rule of law*. Nel Regno Unito – oltreché in alcuni Paesi del modello Westminster, come l'Australia – si è arrivati all'affermazione che spetta alle corti definire l'estensione e l'applicabilità nei casi concreti

[49] Cfr. il *Parliamentary Privileges Act* del 1987, sez. 16 (la sezione inizia con l'espressione "*for the avoidance of doubt*").
[50] [1994] UKPC 4, *Prebble v. Television New Zealand Ltd.*
[51] [1999] EWCA Civ 1111, *Hamilton v. Al Fayed*.
[52] *Ivi*: «*were the court in any case to hold that a common law claim should be struck out as abusive because it risked undermining Parliament's authority, it would do so only upon an appreciation of the case's facts and circumstances*».

del privilegio parlamentare, fermo il dovuto rispetto dell'organo[53]. Da qui, il passo verso la sostanziale disapplicazione (*rectius*: verso un'interpretazione restrittiva) dell'art. 9 nel caso *Miller II* sulla *prorogation* è stato breve, poiché la legge è stata interpretata in senso favorevole all'esplicazione dell'attività parlamentare, a prescindere dal fatto che l'atto di *prorogation* in sé e l'annessa cerimonia costituissero o meno un procedimento parlamentare[54].

4.2. Il *Parliament Act* del 1911: l'insindacabilità della procedura parlamentare

Un'altra fondamentale clausola di non giustiziabilità si rinviene nel *Parliament Act* del 1911[55]. L'art. 3 della legge stabilisce: «*Any certificate of the Speaker of the House of Commons given under this Act shall be conclusive for all purposes, and shall not be questioned in any court of law*». Bisogna premettere che l'universo normativo che disciplina il diritto parlamentare inglese (*"the law and the custom of Parliament"*) è assai complesso ed è costituito da regole legali, convenzioni costituzionali, risoluzioni di ciascuna Camera, decisioni dello *Speaker*[56]. La disciplina legislativa di aspetti procedurali dell'attività parlamentare è stata – almeno fino alla sentenza *Miller and Cherry* – l'unica considerata giustiziabile davanti alle corti: con la con-

[53] [2010] UKSC 52, *R. v. Chaytor*, par. 15-16: «*It is now accepted in Parliament that the courts are not bound by any views expressed by parliamentary committees, by the Speaker or by the House of Commons itself as to the scope of parliamentary privilege* […] *Although the extent of parliamentary privilege is ultimately a matter for the court, it is one on which the court will pay careful regard to any views expressed in Parliament by either House or by bodies or individuals in a position to speak on the matter with authority*». L'interpretazione dell'art. 9 data da questo precedente è così sintetizzata nella sentenza *Miller and Cherry* (par. 66): «*That case clearly establishes: (1) that it is for the court and not for Parliament to determine the scope of Parliamentary privilege, whether under article 9 of the Bill of Rights or matters within the "exclusive cognisance of Parliament"; (2) that the principal matter to which article 9 is directed is "freedom of speech and debate in the Houses of Parliament and in parliamentary committees. This is where the core or essential business of Parliament takes place" (para 47). In considering whether actions outside the Houses and committees are also covered, it is necessary to consider the nature of their connection to those and whether denying the actions privilege is likely to impact adversely on the core or essential business of Parliament; (3) that "exclusive cognisance refers not simply to Parliament, but to the exclusive right of each House to manage its own affairs without interference from the other or from outside Parliament" (para 63); it was enjoyed by Parliament itself and not by individual members and could be waived or relinquished; and extensive inroads had been made into areas previously within exclusive cognisance*».

[54] *Miller and Cherry*, par. 68: «*The prorogation itself takes place in the House of Lords and in the presence of Members of both Houses. But it cannot sensibly be described as a "proceeding in Parliament". It is not a decision of either House of Parliament. Quite the contrary: it is something which is imposed upon them from outside. It is not something upon which the Members of Parliament can speak or vote. The Commissioners are not acting in their capacity as members of the House of Lords but in their capacity as Royal Commissioners carrying out the Queen's bidding. They have no freedom of speech. This is not the core or essential business of Parliament. Quite the contrary: it brings that core or essential business of Parliament to an end*».

[55] La legge è particolarmente rilevante nel panorama costituzionale britannico, poiché segnò il superamento del bicameralismo paritario a favore della Camera dei Comuni, democraticamente legittimata. La sez. 1 dell'Atto riguarda i *money bills* e pone limiti temporali all'intervento dei Lords, in assenza del quale la legge può essere presentata al Sovrano per l'assenso. La sez. 2 fissa sostanzialmente il potere dei Comuni di superare la resistenza dei Lords e il potere di questi ultimi di ritardare l'adozione di un progetto per non più di una sessione parlamentare (a seguito delle modifiche introdotte dal *Parliament Act* del 1949). V. sul tema M. Russell, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 26 ss.

[56] R. Blackburn, *The Nature and Importance of Parliamentary Procedure*, in R. Blackburn, A. Carminati, L. Spadacini, *Parliament as the Cornerstone of Democracy*, Londra, King's College Editions, 2018, p. 48. Sul diritto parlamentare inglese come *legal system*, si v. il contributo critico di D. Howarth, *Is the* Lex Parliamentaria *Really Law? The House of Commons as a Legal System*, in P. Evans (a cura di), *Essays on the History of Parliamentary Procedure in Honour of Thomas Erskine May*, Londra, Hart Publishing, 2017, p. 311 ss.

entare, era tenuto ad escludere l'intervento dei giudici negli affari delle *Houses*, come dimostra la clausola di non giustiziabilità contenuta nel *Parliament Act*.

Malgrado tale clausola, proprio attorno al *Parliament Act* del 1911 è sorto uno dei casi più complessi e intriganti del diritto costituzionale inglese, *Jackson v. Attorney General* del 2005[57].

Il caso nasceva dalla contestazione della validità di una legge – l'*Hunting Act* 2004 – approvata tramite la procedura parlamentare prevista dalla versione consolidata dei *Parliament Acts* del 1911 e del 1949. Questa procedura, secondo i ricorrenti, era stata rispettata dalla legge del 2004, ma doveva ritenersi egualmente viziata poiché la legge del 1949 era stata approvata malgrado l'opposizione della *House of Lords*, senza che il *Parliament Act* del 1911 autorizzasse i Comuni a superare tale opposizione.

Per affermare la propria giurisdizione, i *Law Lords* escludono innanzitutto di poter fare piena e conseguente applicazione del precedente fissato nel caso *Pickin*[58], dove la Corte aveva negato – sul fondamento dell'art. 9 del *Bill of rights* – di poter verificare se il Parlamento era stato ingannato nel corso della procedura di formazione di una legge, dovendo limitarsi a verificare l'avvenuta approvazione da parte del Parlamento. Il *distinguishing* si basa sulla circostanza che in *Jackson* la Camera dei Lord era stata estromessa dalla procedura legislativa e dunque le regole di *Pickin* non erano applicabili. Inoltre, come sottolineato da Lord Bingham, il caso sollevava una specifica questione di diritto sull'interpretazione della legge che, come tale, non poteva essere risolta dal Parlamento, ma dalle corti secondo i canoni della *statutory interpretation*[59]. In questa prospettiva, la sentenza ritiene di poter mettere da parte la clausola contenuta nella legge del 1911, perché i ricorrenti non contestavano la definitività del certificato emesso dallo *Speaker*, quanto la possibilità che l'Atto del 1911 fosse modificato tramite le sue stesse previsioni contro la volontà dei *Lords*[60].

---

[57] *R (Jackson) v Attorney General*, [2005] UKHL 56. A commento della decisione v. A.L. Young, *Hunting sovereignty: Jackson v Her Majesty's Attorney-General,* in *Public Law*, n. 2/2006, p. 18 ss.; C. Forsyth, *The definition of parliament after Jackson: can the life of parliament be extended under the Parliament Acts 1911 and 1949?*, in I*nternational Journal of Constitutional Law*, n 1/2011, p. 13 ss.; J. Jowell, *Parliamentary sovereignty under the new constitutional hypothesis*, in *Public Law*, n. 3/2006, p. 562 ss; R. Ekins, *Acts of Parliament and the Parliament Acts*, in *Law Quarterly Review*, n. 1/2007, p. 91; T. Mullen, *Reflections on* Jackson v Attorney General*: questioning sovereignty,* in *Legal Studies*, n. 1/2007, p. 1 ss.

[58] *Pickin v British Railways Board*, [1974] UKHL 1.

[59] *Jackson v. Attorney General*, par. 27: «*The appellants have raised a question of law which cannot, as such, be resolved by Parliament. But it would not be satisfactory, or consistent with the rule of law, if it could not be resolved at all. So it seems to me necessary that the courts should resolve it, and that to do so involves no breach of constitutional propriety*».

[60] Cfr. l'opinione di Lord Nicholls, in *ivi*, par. 51: «*In the present case the claimants do not dispute this constitutional principle. Nor do they seek to gainsay the conclusiveness of the certificate endorsed by the Speaker on the Bill for the Parliament Act 1949 as required by section 2(2) of the 1911 Act. Their challenge to the lawfulness of the 1949 Act is founded on a different and prior ground: the proper interpretation of section 2(1) of the 1911 Act. On this issue the court's jurisdiction cannot be doubted. This question of statutory interpretation is properly cognisable by a court of law even though it relates to the legislative process. Statutes create law. The proper interpretation of a statute is a matter for the courts, not Parliament. This principle is as fundamental in this country's constitution as the principle that Parliament has exclusive cognisance (jurisdiction) over its own affairs*».

Malgrado il rigetto dell'azione ed il riconoscimento della validità degli atti legislativi, la sentenza *Jackson* si è segnalata per l'incisione nella teoria della *parliamentary sovereignty*[61]: almeno tre giudici dei nove di cui il collegio era composto esprimono chiaramente nei loro *obiter* l'idea che la sovranità parlamentare possa essere limitata[62] e due di loro giungono ad affermare che tale principio[63] altro non è che una creazione giurisprudenziale (e, in quanto tale, soggetto ad eventuali nuove interpretazioni)[64]. Nessuno dei loro colleghi sembra rigettare questi argomenti, sebbene due opinioni siano state considerate più aderenti alla visione tradizionale[65].

D'altra parte, questo atteggiamento non può sorprendere più del necessario: il *rule of law* – e con esso il *judicial review* – si è sviluppato per limitare l'arbitrio del sovrano. Ora, se all'arbitrio del sovrano viene sostituito quello della maggioranza parlamentare, può forse chiedersi al *rule of law* di negare sé stesso e di battere in ritirata? Già pochi anni prima di *Jackson*, Lord Hoffmann ammoniva sulla circostanza che il potere di una maggioranza non poteva essere lasciato debordare a detrimento del singolo e dei diritti inerenti alla persona umana[66].

L'insegnamento del caso *Jackson* potrebbe essere così sintetizzato: non esiste "domanda in diritto" che, per quanto attinga al cuore delle istituzioni politiche, possa essere sottratta alla cognizione dei giudici costituzionali, dacché venga loro richiesto di compiere il proprio mestiere, ovvero di *ius dicere*. Nemmeno il principio della sovranità parlamentare sembra essere più una insormontabile barriera[67].

È interessante osservare che nei sistemi westminsteriani a costituzione scritta l'ingiustiziabilità prescritta dal *Parliament Act* è stata ritenuta inapplicabile, ove venissero in questione

---

[61] Bisogna però ricordare che il principio della supremazia parlamentare era già stato considerato come non assoluto nel caso *MacCormick v. Lord Advocate* [1953] CSIH 2, nel quale si verteva dell'ordinale di cui dovesse fregiarsi la Regina Elisabetta, II sul trono di Inghilterra, ma I sul trono di Scozia. Il *Lord President*, Lord Cooper of Culross, affermò in un *obiter*: «*The principle of unlimited sovereignty of Parliament is a distinctly English principle which has no counterpart in Scottish constitutional law. The Lord Advocate conceded that the Parliament of the United Kingdom could not repeal or alter certain fundamental and essential conditions of the Act of Union*».

[62] Si v. le opinioni di Lord Steyn, Lord Hope e Lady Hale.

[63] Sui "principi", in particolare sulla sovranità parlamentare, nell'ordinamento britannico v. A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in DPCE, Speciale, 2019, p. 749: «nel Regno Unito nessuna codificazione costituzionale consente di enuclearli con formale certezza e pertanto essi vanno ricercati attraverso una lettura del concreto funzionamento dell'ordinamento sia nelle sue tappe evolutive che spesso sono tutt'altro che lineari, sia nella legislazione che accelera le tappe di questa evoluzione».

[64] Lord Steyn e Lord Hope.

[65] Secondo T. Mullen, *Reflections*, cit., pp. 14-15, le opinioni di Lord Bingham e Lord Carswell rispecchierebbero una visione tradizionale della sovranità parlamentare.

[66] [2001] UKHL 23, *R (Alconbury Developments Ltd) v SS for Environment, Transport and the Regions,* par. 70: «*There is no conflict between human rights and the democratic principle. Respect for human rights requires that certain basic rights of individuals should not be capable in any circumstances of being overridden by the majority, even if they think that the public interest so requires. Other rights should be capable of being overridden only in very restricted circumstances. These are rights which belong to individuals simply by virtue of their humanity, independently of any utilitarian calculation. The protection of these basic rights from majority decision requires that independent and impartial tribunals should have the power to decide whether legislation infringes them and either (as in the United States) to declare such legislation invalid or (as in the United Kingdom) to declare that it is incompatible with the governing human rights instrument*». Cfr. D. Baranger, *Théorie et pratique du principe de majorité dans les droits constitutionnels européens*, in *Jus Politicum*, n. 15, 2016, p. 78.

[67] Sulla recessione del principio della *parliamentary sovereignty* nella giurisprudenza v. C. Jones, *Is Dicey dicey?*, in *UK Constitutional Law Blog*, 18 gennaio 2021.

violazioni delle norme di procedura direttamente fissate dalla Costituzione[68].

4.3. Verso la disapplicazione di clausole legali di ingiustiziabilità? L'avvertimento di *Privacy International* e il *Dissolution and Calling of Parliament Act* del 2022 come risposta alla Corte Suprema

Come mostrato precedentemente, la tendenza della giurisprudenza è quella di interpretare in senso restrittivo le *ouster clauses*, a sicuro e pieno vantaggio del *judicial review*.
Nel famoso caso *Anisminic* del 1968[69], i *Law Lords* stabilirono il principio in base al quale un errore di diritto è sempre sindacabile in sede di *judicial review*, malgrado l'esistenza di clausole legislative di non giustiziabilità, le quali dovrebbero espressamente escludere anche tale vizio per impedire completamente il controllo del giudice.
Nel maggio 2019 la giurisprudenza *Anisminic* viene parzialmente superata o, per meglio dire, precisata e rinforzata: nel caso *Privacy International*[70] la maggioranza della Corte Suprema è infatti incline a pensare che le *ouster clause* vadano interpretate, ma anche disapplicate[71], ove neghino l'essenza stessa del *rule of law*. Un simile impianto costituzionale è confermato dal *Constitutional reform Act* del 2005[72] ed è confortato dagli approdi raggiunti dalla sentenza *Miller*[73].
Qualche mese dopo – settembre 2019 – arriva la sentenza *Miller and Cherry*, che segna una nuova pietra miliare nell'approccio delle Corti verso il Parlamento ed il Governo. Nel 2022, la maggioranza conservatrice guidata dal Primo ministro Boris Johnson, che si era visto annullare la *prorogation* dalla Corte Suprema, approva il *Dissolution and Calling of Parliament Act.* La legge mira a ripristinare lo *status quo ante* prima dell'approvazione del *Fixed-*

---

[68] Il caso più famoso riguarda la sezione 57 della Costituzione australiana, che stabilisce un lasso minimo temporale prima di un secondo voto della *House of Representatives* volto a superare l'eventuale contrapposizione con il Senato. Nel caso *Victoria v. Commonwealth* (1975) 134 CLR 81, l'opinione di maggioranza della *High Court* ritenne che non si poteva invocare la dottrina della *political question*, ma che dovesse prevalere il dovere giudiziario di proteggere i termini prescritti dalla Costituzione nello sviluppo della procedura legislativa bicamerale. Nella sentenza, i giudici citano vari precedenti del *Privy Council* che avevano dato effettività alle norme previste da Costituzioni post-coloniali in materia di procedura legislativa (*Bribery Commissioner v. Ranasinghe,* [1964] UKPC 1; *McCawley v. The King* (1920) [1920] UKPC HCA 1). Questi stessi casi sono stati citati in *Jackson* come *authorities* sulla base delle quali autorizzare il controllo giurisdizionale (cfr. l'opinione di Lord Nicholls, par. 82 ss.). In definitiva, come osserva il giudice Gibbs nella sua opinione in *Victoria v. Commonwealth* (par. 34): «*The duty of the courts to inquire whether the conditions of law making have been fulfilled does not depend on whether or not a legislature is sovereign […] The distinction is between legislatures which are, and those which are not, governed by an instrument which imposes conditions on the power to make laws*».
[69] *Anisminic Ltd v Foreign Compensation Commission*, [1968] UKHL 6.
[70] *R (on the application of Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal*, [2019] UKSC 22, del 15 maggio 2019.
[71] Cfr., l'opinione di Lord Carnwath, *ivi* par. 130 ss.: «*the courts have not adopted a uniform approach, but have felt free to adapt or limit the scope and form of judicial review, so as to ensure respect on the one hand for the particular statutory context and the inferred intention of the legislature, and on the other for the fundamental principles of the rule of law, and to find an appropriate balance between the two*».
[72] Il *Constitutional Reform Act* del 2005, nella sua sez. 1, stabilisce: «*This Act does not adversely affect (a) the existing constitutional principle of the rule of law; (b) the Lord Chancellor's existing constitutional role in relation to that principle*». Su questo riconoscimento statutario di un principio costituzionale v. P. Craig, *The rule of law* (Appendice n. 5 al *Constitution -Sixth Report* del Constitution Committee della *House of Lords*, 2007).
[73] Opinione di Lord Carnwath, par. 131: «*That more flexible approach to the relationship between the legislature and the courts is in my view wholly consistent with the modern constitutional settlement, as confirmed by the 2005 Act, and recognised by this court in Miller*».

term Parliaments Act, con la reviviscenza del potere di prerogativa di dissolvere il Parlamento, indire nuove elezioni e convocare le nuove Camere. La rediviva *prerogative* è assortita da una clausola legale di non giustiziabilità, contenuta nella sez. 3 dell'Atto[74]. Dunque, il legislatore ha inteso non solo escludere il sindacato di merito sulla dissoluzione e la convocazione del nuovo Parlamento, ma ha scelto di eliminare anche il controllo *de minimis* operato storicamente dalle Corti sui *prerogative powers* (cioè la loro esistenza e i loro limiti).
Questo modo di procedere ha sollevato e continua a sollevare alcune osservazioni.
La prima è che il potere di *prorogation* non è stato toccato dalla riforma: la prova la si ritrova nelle modifiche conseguenti contenute in allegato all'Atto, che riportano il potere di dissoluzione (dopo la cancellazione da parte del FTPA) accanto a quello di proroga[75].
La seconda questione è se davvero si possa parlare di un potere di prerogativa e non di uno *statutory power*, visto che è la legge del Parlamento a ripristinare il potere nelle forme e nei limiti della precedente facoltà[76]. L'interrogativo presuppone un ulteriore nodo da sciogliere, ma che non trova unanimità di vedute in dottrina: la prerogativa, una volta abolita, può tornare in vita? Il FTPA ha voluto abolire la prerogativa definitivamente o solo metterla in uno stato di quiescenza?[77].
Di conseguenza, e si arriva al terzo punto, resta l'interpretazione delle clausole anzidette secondo i criteri dettati da *Privacy International*: potrebbero darsi casi estremi in cui una dissoluzione non giustiziabile si ponga in contrasto con *il rule of law*[78].
Se è vero che, sperabilmente, simili questioni dovrebbero restare confinate ad una disquisizione puramente accademica, pare certo che queste clausole hanno l'effetto di spostare la garanzia da un *giudice* ad un *arbitro*: in effetti, torna in auge il ruolo del Sovrano nell'acconsentire o meno allo scioglimento anticipato[79], secondo i c.d. *Lascelles principles*[80]. Resta l'interrogativo se, allo stato, un ipotetico conflitto fra Sovrano e Primo ministro o fra parlamentari e Corona sulla dissoluzione sia in qualche modo giustiziabile: se in alcuni Stati del

[74] Sec. 3, *Non-justiciability of revived prerogative powers: A court or tribunal may not question: (a) the exercise or purported exercise of the powers referred to in section 2, (b) any decision or purported decision relating to those powers, or (c) the limits or extent of those powers.*
[75] Così nella sez. 7 del *Succession to the Crown Act* del 1707 e nella sez. 51 del *Representation of the People Act* del 1867.
[76] A.L. Young, *The Draft Fixed-term Parliaments Act 2011 (Repeal) Bill: Turning Back the Clock?*, cit.,: «*What is clear, is that the rules relating to how Parliament is to be dissolved should mirror those found in the prerogative power in the hands of the Crown before the enactment of the Fixed-term Parliaments Act 2011. What is less clear is whether this is sufficient to revive these powers as part of the prerogative, or whether this clause merely replicates the content of the former prerogative, these provisions now being statutory powers, derived from legislation*».
[77] Cfr. l'indagine e la relazione conclusiva del Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act, *Report*, Londra, Parliament of the United Kingdom, 24 marzo 2021, par. 103 ss. (disponibile al sito https://committees.parliament.uk/publications/5190/documents/52402/default/).
[78] A.L. Young, *The Draft*, *cit.*: «*it is important to recognise that clause 3(1)(c) is itself subject to the principle of legality and, as* Privacy International *makes clear, this includes interpreting the provision in line with the rule of law. This may mean that the court interprets the provision as narrowly as possible. Both of the examples given above could be regarded as questions as to the existence of the power to dissolve Parliament as opposed to its limits or extent*».
[79] Si v. il *Report* del Joint Committee, par. 136: «*For the Monarch to be an effective safeguard against the abuse of prerogative powers by the Executive, the Monarch must actually feel able to exercise, or indeed refuse to exercise, those powers. Even if he or she does not then actually use those powers, the possibility that he or she might, can shape and influence the behaviour of others*».
[80] *Ivi*, par. 129.

Commonwealth a costituzione rigida ciò è astrattamente possibile[81], nel Regno Unito pare da escludere che una simile controversia possa essere decisa da altri se non dal corpo elettorale.

5. L'atipicità dei "conflitti costituzionali" e le prerogative del Parlamento difese dai suoi membri: quanto distano Roma e Westminster?

Per tracciare delle conclusioni dell'itinerario condotto, può essere interessante ragionare comparativamente attraverso categorie dei processi costituzionali "continentali", ma che si rivelano utili per comporre un mosaico finale.

Anzitutto, bisogna evidenziare come il *judicial review* britannico sia connotato dall'atipicità delle azioni. Qualunque atto, fatto, omissione è potenzialmente sindacabile dai giudici britannici se compiuti da un'autorità pubblica. Dunque, conflitti fra organi costituzionali sono – sul piano teorico – del tutto ammissibili, a patto che non costituiscano un'indebita invasione della giurisdizione nei nuclei duri dell'attività parlamentare che, malgrado le interpretazioni restrittive, rimangono protetti da qualunque interferenza esterna.

Questi impedimenti al sindacato giurisdizionale sono essi stessi, però, oggetto di limitazioni: come ha dimostrato il caso *Miller&Cherry* sull'illegittimità della *prorogation* voluta dal Primo Ministro Johnson, l'intervento giurisdizionale a favore del Parlamento, come titolare della *sovereignty,* come caposaldo del *responsible government* e in nome della *rule of law* non può essere mai escluso in linea di principio.

Dunque "conflitti fra poteri" in senso tecnico – cioè dispute, devolute alla decisione di un'autorità giudiziaria, fra organi dello Stato che lamentino l'invasione o l'interferenza nella propria sfera di competenze – sono astrattamente configurabili anche nell'ordinamento britannico. In particolare, l'evoluzione giurisprudenziale mostra che sono certamente configurabili casi in cui la lesione delle prerogative parlamentari in senso lato (immunità e poteri) possa essere lamentata.

Orbene, il discorso si fa più sottile nel momento in cui si renda necessario identificare i soggetti di queste dispute. Ci si trova, difatti, dinanzi a due concetti che sembrerebbero poco compatibili fra loro.

Da un lato, infatti, il Parlamento britannico è propriamente la *Crown-in-Parliament* e nessuno degli organi tipici della forma di governo parlamentare è escluso dal "*Parliament*" inteso in questo senso: ne fanno parte il Monarca e le Camere[82], e dunque il Governo che rappresenta la "porzione dirigente" della Camera dei Comuni[83]. Dall'altro lato, abbiamo il principio della *rule of law* che predica un allargamento della legittimazione dei ricorrenti contro gli atti illegittimi dell'autorità e si manifesta nel criterio dell'*interesse sufficiente*.

Interrogarsi su quale sia l'entità soggettiva identificabile come il centro di imputazione di un interesse sufficiente a contestare un atto lesivo delle prerogative parlamentari è

[81] A. Twomey, *The Veiled Sceptre*, cit., p. 462 ss.
[82] Cfr. la tradizionale definizione di W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England*, 1765, reprint Chicago, The University of Chicago Press, 1979, I, p. 149.
[83] A. Le Divellec, *Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les Etats européens*, in *Jus Politicum*, n. 1, 2008.

ità che viene automatica al giurista continentale (tedesco, italiano, o spagnolo che sia), il quale ha necessità di sussumere una pretesa soggettiva nel paradigma legale che autorizza i conflitti costituzionali variamente definiti[84]. È un interrogativo che, però, non sembra lambire eccessivamente le giurisdizioni britanniche. In questo senso, verrebbe da dire che l'approccio del *judicial review* è pragmatico ed altamente finalistico: obiettivo è "giustiziare" un atto arbitrario del potere; meno importante è definire chi abbia il diritto di reclamare giustizia.

Ecco perché non c'è nessun imbarazzo per i giudici britannici ad ammettere che i membri del Parlamento possano contestare atti dell'Esecutivo lesivi di diritti e/o prerogative non solo propri, ma anche dell'organo di cui fanno parte. Questo passaggio è fondamentale e altamente istruttivo: il *Parliamentary privilege* non è attivato davanti alle Corti dalle *Houses of Parliament*. Non è affatto richiesto che sia l'organo assembleare in quanto tale a rivendicare la sua *exclusive cognisance* rispetto al potere giudiziario. Lo dimostra il caso *Chaytor*[85], nel quale – pur vedendo rigettate nel merito le loro pretese – tre deputati avevano agito a tutela della loro prerogativa d'immunità davanti alle Corti, a seguito di accertamenti penali per false dichiarazioni fiscali, invocando la clausola IX del *Bill of rights*. La Corte Suprema ritenne i ricorrenti del tutto legittimati a far valere la prerogativa parlamentare, sebbene poi questa stessa prerogativa fu ritenuta non applicabile ad escludere la punibilità nel caso di specie[86].

Questa posizione rende assai discutibile l'interpretazione invalsa nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana che pervicacemente riconduce le immunità dell'art. 68 Cost. ad un'area di prerogativa "corporativistica" delle Camere italiane sulla quale il singolo membro non ha alcuna facoltà giuridica di incidere, non potendo né rivendicarla davanti ai giudici (comuni o costituzionali), né rinunciarvi[87].

Può sembrare paradossale, ma l'ordinamento britannico – privo di una Costituzione rigida e codificata, sprovvisto di una giustizia costituzionale in senso tecnico – offre ancora enormi spunti di riflessione anche per gli ordinamenti che posseggono sia una Costituzione scritta e rigida, che una Corte costituzionale.

L'insegnamento primo che sembra possibile ricavare è di metodo: prima delle eleganti e raffinate elaborazioni teoriche, è necessario rivenire alla "materialità" del diritto costitu-

[84] Si fa riferimento alle previsioni costituzionali (come in Germania) o delle leggi sul processo costituzionale (in Italia e Spagna) che definiscono quali organi hanno la possibilità di sollevare conflitti.
[85] [2010] UKSC 52, *R v Chaytor and others*, del 1 dicembre 2010.
[86] Tale imputazione soggettiva individuale è del resto conforme allo sviluppo storico della prerogativa parlamentare, a partire dal *Five Members case* che scatenò la rivoluzione contro re Carlo I Stuart, che aveva tentato di arrestare personalmente dei membri del Parlamento all'interno del palazzo di Westminster.
[87] Per una sintesi della giurisprudenza e della dottrina sul punto, sia consentito ancora un rinvio a A. Lauro, *I conflitti di attribuzione*, cit., p. 270 ss.
[88] Sull'essenza del diritto costituzionale come diritto a formazione storica rimangono fondamentali le osservazioni (anzitutto di metodo) di Valerio Onida, sviluppate proprio a partire dall'esperienza inglese. Cfr. V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1994, nonché Id., *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2023 (ed. a cura di M. Cartabia), p. 2 ss.

ia attraverso l'opera del Parlamento[89].

Questo metodo di tanto in tanto sfugge a Palazzo della Consulta, dove la Corte in più di un'occasione ha prediletto (non senza, magari, un qualche obiettivo pratico non dichiarato) un approccio teoretico-astratto rispetto ad una più pragmatica valutazione degli elementi in gioco[90].

Tornare a guardare alla culla dei parlamenti, cioè a Westminster, non solo in chiave di riforma delle istituzioni[91], ma anche per recuperarne il senso, si rivela dunque un'operazione sempre benefica e fruttuosa.

[89] Come sintesi di questa idea, pare molto efficace quanto affermato rispetto all'etica costituzionale britannica da P. Martino, *La forma di governo parlamentare britannica oltre gli argini costituzionali*, in *DPCE*, n. 1/2024, p. 244: «la regola in base alla quale il Parlamento non può vincolare sé stesso implica che le buone pratiche resistono nel tempo e che eventuali errori possono essere corretti».

[90] Si pensa in particolare alle sentenze sul ruolo del Presidente della Repubblica (n. 1/2013) o alle ordinanze di inammissibilità che hanno segnato i conflitti di attribuzioni sollevati dai parlamentari (per uno sviluppo di questa critica in chiave comparatistica si v., volendo, A. Lauro, *Il formante giurisprudenziale nei sistemi di governo parlamentare: sviluppi recenti*, in *DPCE Online*, fasc. spec., 2021, p. 962 ss.).

[91] Ricordando sempre il monito che in Italia, malgrado qualunque riforma, «non potrà mai essere come in Gran Bretagna» (A. Torre, *Ma non è (e non potrà mai essere) come in Gran Bretagna…*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2005).

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-FA7

costituzionalismo britannico e irlandese

Parlamento e Governo

Genesi, evoluzione e tendenze dei Cabinet Reshuffles. Brevi note su un congegno di razionalizzazione della forma di governo parlamentare britannica

Marco Melpignano
Dottorando di Ricerca in Diritti, Istituzioni e Garanzie nelle Società in Transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Genesi, evoluzione e tendenze dei Cabinet Reshuffles. Brevi note su un congegno di razionalizzazione della forma di governo parlamentare britannica**

di Marco Melpignano*

Abstract (Ita): L'elaborato si propone di analizzare in chiave critica i momenti salienti e le evoluzioni di un fenomeno tipico dell'ordinamento britannico come i Cabinet Reshuffles. Dopo una breve ma doverosa premessa storica, lo scritto vaglierà gli aspetti principali di questo istituto poliforme, con uno sguardo d'insieme sui gabinetti Thatcher e Blair e analizzando criticamente i risvolti costituzionali delle ultime vicende politiche. Infine, si rifletterà rapidamente sulle prospettive di una eventuale importazione di questa prassi britannica nel sistema coalizionale italiano.

Abstract (Eng): The paper aims to critically analyze the highlights and evolutions of a typical British phenomenon such as the cabinet reshuffles. After a brief but necessary historical introduction, the paper will examine the main aspects of this polyform institute, with an overview of the Thatcher and Blair cabinets and the constitutional effects of the latest political events. Finally, the prospects for the possible import of this British practice into the Italian coalitional system will be rapidly reflected.

Parole chiave: Rimpasto; Gabinetto; Primo Ministro

Keywords: Reshuffle; Cabinet; Prime Minister

1. Premessa: metodo d'indagine e finalità del lavoro

«Su tutti i grandi argomenti resta molto da dire». Con questa frase, attribuita a John Stuart Mill, Bagehot ammoniva i suoi lettori, allertandoli sulla complessità dello studio di una «Costituzione antica in perenne mutamento», paragonata ironicamente «ad un vecchio amante delle tradizioni che indossa abiti che erano di moda durante la sua giovinezza (…)» che non si vede cambiato[1].

La revoca dei ministri ha permeato, sin dalle origini, la dinamica costituzionale della forma di governo parlamentare britannica: ben si può dire, per proprietà transitiva, che anche su questo dispositivo politico-costituzionale vi sia «molto da dire».

Non a caso, un *ex* Primo Ministro e politico di grande esperienza, Harold Wilson, definiva metaforicamente i *cabinet reshuffles* (o *reconstructions*) «*a nightmarish multidimensional jigsaw puzzle*»[2], ovvero un *puzzle* da incubo, giustificando – o quantomeno spiegando – l'alone di grande incertezza che tuttora cinge questo istituto a geometria variabile.

Quanto detto impone di dover adottare un metodo d'indagine e circoscriverne precisamente il campo, anche al fine di rendere il più comprensibile possibile il salto temporale che, ineluttabilmente, si sarà chiamati a compiere per ragioni di economicità e sintesi.

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Dottorando di Ricerca in Diritti, Istituzioni e Garanzie nelle Società in Transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] * Dottorando in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli studi di Bari Aldo Moro. W. Bagehot, *La Costituzione Inglese*, Bologna, Il Mulino,1995, p. 45.

[2] H. Wilson, *The Governance of Britain,* Londra, Weidenfeld and Nicolson and Michael Joseph, 1976, p. 34.

La ricerca partirà, come ovvio, dalla genesi di questo fenomeno giuridico, proseguendo, *naturaliter*, con la disamina dei tratti fisionomici nel corso della graduale[3] affermazione e metamorfosi del governo di gabinetto, sino ad arrivare all'analisi delle sue più rilevanti manifestazioni nel contesto a tendenza monocratica inaugurato dalla stagione di Margaret Thatcher.

In conclusione, ci si propone di tirare un bilancio circa i recenti sviluppi dell'istituto nell'esperienza d'oltremanica, per poi svolgere delle brevi considerazioni sull'opportunità di importarlo in modo esplicito nel nostro sistema nella veste di dispositivo volto a razionalizzare la nostra di governo, al fine di attuare (almeno in parte) l'ordine del giorno Perassi.

2. La prodromica affermazione della responsabilità politica dei ministri e la genesi del potere di nomina (e revoca) dei ministri

Lo studio dell'evoluzione della revoca dei ministri, assiologicamente, concerne la disamina delle trasformazioni di un soggetto del diritto costituzionale e del suo potere politico, da cui discende – come sagacemente notava Rescigno[4] – un'intrinseca ed ineliminabile carica di autonomia politica.

Il «*constitutional moment*»[5] della responsabilità politica ministeriale – seppure in forma primordiale ed embrionale – è coincisa temporalmente con la crisi del *Privy Council*, imputabile essenzialmente alla sua pesantezza e macchinosità, e alla contestuale emersione del *Cabinet*[6] sotto il regno di Giacomo I Stuart, a cavallo tra XVI e XVII secolo.

Questo consesso altro non era che la *longa manus* del Sovrano, visto il carattere prettamente fiduciario che ne informava la composizione, dal momento che il potere di nomina e revoca dei suoi membri costituiva una esclusiva prerogativa regia e che questi «ministri», di conseguenza, rispondevano solo e soltanto al Re[7].

Il nuovo equilibrio delineatosi, però, mostrava già dei primi segni cedimento quando il 22 novembre del 1641 il *Long Parliament* votava la *Grand Remonstrance* e il sovrano veniva *humbly petitioned* da ambo le Camere di «(…) assumere consiglieri, ambasciatori ed altri ministri tali (…) che il Parlamento possa avere fiducia in essi (…)».

Il Parlamento constatava l'assenza di mezzi giuridici per far valere la responsabilità politica di tali figure e lamentava che, nonostante i Comuni «avessero buone ragioni per muo-

[3] Sulla gradualità come tratto distintivo dell'evoluzione della forma di governo britannica cfr. A. Torre, *Interpretare la Costituzione Britannica. Itinerari culturali a confronto*, Giappichelli, Torino, 1997.

[4] G.U. Rescigno, *La Responsabilità politica*, Milano, Giuffrè,1967, p. 5.

[5] La teoria del constitutional moment qui evocata, come più volte fatto, anche in assenza di una corrispondente codificazione scritta è attribuibile a B. Ackerman, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press,1991; poi ripresa in *We the People: Transformations, Cambridge*, 1998, e *We the People: The Civil Rights Revolution*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

[6] Come ricorda ex multis F. Duranti in Forma *di governo parlamentare e responsabilità politica ministeriale nell'esperienza del Regno Unito: origini, evoluzione e dinamica costituzionale del modello*, in *Politica del diritto*, n.3, 2001, p. 410, il termine *Cabinet* prende il nome dal luogo in cui si riuniscono i componenti del gabinetto del Sovrano, composto solo da un ristretto numero di consiglieri tra i quali il *Lord Chancellor*, il *Lord Treasurer*, il *Lord Keeper of the Privy Seal* e alcuni *leading judges*.

[7] Per una completa disamina dell'evoluzione a tappe verso la definitiva istituzionalizzazione del *Cabinet* cfr., su tutti, A.B. Keith, *The British Cabinet System*, Westport, Legare Street Press,1978, pp. 21 ss.

riminare queste persone di alcun reato, poiché vi sono ragioni per diffidare le quali non possono essere provate», oppure, sebbene potessero essere accusati con prove, non si aveva «alcuna intenzione di procedere contro di essi né con accuse né con *impeachment*».

L'alto grado di consapevolezza del problema della fiducia fra Parlamento e ministri, che sorprendeva anche uno studioso di epoca vittoriana come Todd[8], era tale da rendere manifesta, sin dalla metà del XVII secolo, l'assoluta inadeguatezza dello strumento dell'impeachment al fine di sostituire i ministri del Regno.

La responsabilità politica non poteva inquadrarsi come «proseguimento» dell'*impeachment*, ma, piuttosto, ne rappresentava la sua perfetta antitesi: il significato «elastico e politicamente estensivo dell'*impeachment*» non poteva spingersi sino al punto di essere strumentalmente utilizzato per cambiare i ministri del Regno in assenza di un crimine[9] e, contestualmente, legittimarne la bivalenza politico-penale.

Tra questi istituti, dunque, sussisteva una relazione di alterità e di reciproca esclusione tale che il consolidamento della moderna forma di responsabilità politica istituzionale palesava l'incontestabile eccessività dell'*impeachment*, nella solenne veste di «vero processo conforme ai modi legali»[10] e la sua conseguente caduta in disuso.

Allo stesso tempo, non può mancarsi di discernere che, sempre in virtù della menzionata impronta gradualista dovuta alla matrice eminentemente storica della Costituzione inglese, la responsabilità penale dell'*impeachment* si è posta quale antecedente indefettibile atto alla corretta enucleazione della responsabilità politica[11].

In altri termini, questo istituto ha avuto indirettamente il merito spianare la strada all'ingresso in via autonoma della responsabilità politica poiché ha preconizzato, per la prima volta, «l'idea e la pratica»[12] che i ministri dovessero essere revocati da un altro organo.

In aggiunta all'*impeachment*, i Comuni potevano servirsi contro i *King's Servant* dei «*bills of attainder*», ovvero sentenze in forma di legge, che disvelavano compiutamente l'esistenza dell'intarsio fra «*judicial process*» e «*political process*» innato all'ordinamento britannico.

Questi atti – una «mostruosità»[13] per i cultori del *civil law* – contribuivano decisivamente all'individuazione dei funzionari della Corona (allora solo dei ministri in potenza) e, per l'effetto, all'innesco del «processo di neutralizzazione del potere monarchico», che procedeva di pari passo con l'emersione di una abbozzata forma di responsabilità politica minis-

[8] S. Todd, *On parliamentary government in England, its origin, development and practical operation*,1867, vol. I, Londra, Sampson Low, Marston and Company, p. 37.
[9] *Ibid.*
[10] S. Clarke, *The origin of impeachment, in Oxford Essays presented to H.E. Salter*, 1934, pp. 164 ss. in cui si disvela la profonda incertezza della storiografia inglese sulla derivazione del termine: taluni la riconducono al latino impetere, altri, invece, alla locuzione processuale indictment.
[11] G. Negri, *Voce Impeachment, Enc. dir.*, 1970, p. 241.
[12] G.U. Rescigno, *La Responsabilità politica, cit.*
[13] V.E. Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema,* rist., Milano, Giuffrè, 1954, p. 500.

teriale[14], sussumibile emblematicamente nella formula «il comando illegale del Re non scusa chi lo eseguisce (…)»[15].

Orbene, le fluttuazioni istituzionali poc'anzi illustrate si innestavano armonicamente nel tramonto delle velleità di investitura divina reclamate dalla Corona e la coeva nascita del Gabinetto ministeriale.

Sotto la lente storico-costituzionale, invece, il *turning point* ha coinciso con la *Glorious Revolution*, che ha segnato definitivamente la contrattualizzazione del potere del Sovrano, derivante direttamente un accordo con il popolo, riflessa a mezzo del Parlamento[16].

Questo avvenimento, oltre a confermare, ancora una volta, l'ineliminabile ossatura storica della Costituzione inglese[17], inverava uno dei tre «motivi dominanti» della storia costituzionale inglese teorizzati da *Amorth*, ovvero «l'istituirsi, accanto al sovrano, di assemblee rappresentative dei ceti maggiori e medi della popolazione, il cui consenso si stabilisce come necessario per il compimento da parte del potere regio di una cerchia di atti sempre più allargantisi»[18]; si cementavano, così, le basi del raccordo tra Corona e Parlamento, tipico della monarchia costituzionale inglese, che si poggiava inizialmente sul principio di «doppia responsabilità» dell'Esecutivo, tanto verso il legislativo, quanto verso il Sovrano.

Evidentemente, l'ulteriore precipitato costituzionale della nuova distribuzione dei poteri che veniva formandosi, consisteva, senz'altro, nella traslazione formale della responsabilità in capo ai ministri, in quanto il Sovrano «infallibile» non poteva agire se non su «consiglio» di colui che, nei fatti, rispondeva legalmente.

La delicatezza della questione, tuttavia, richiede di sgombrare il campo da possibili equivoci.

Non si può e non si deve intendere tale responsabilità come «imperfetta» nel senso moderno riconducibile all'ordinamento italiano[19], almeno prima della sentenza n. 7 del 1996, ma, piuttosto, come assenza di effettivo potere di governo dei ministri (ancora saldamente in capo al Sovrano) a cui, però, dopo l'introduzione dell'obbligo di controfirma con l'*Act of Settlement* del 1701, andavano ufficialmente imputati gli atti.

Si trattava di un «espediente»[20], o meglio di una *fictio iuris* volta, da un lato, ad identificare inequivocabilmente il destinatario istituzionale delle critiche del Parlamento, dall'altro, a

[14] Per una completa trattazione dell'argomento si consenta rinviare integralmente a G.B. Rizzo, *La responsabilità regia e le deposizioni dei Re inglesi*, Milano, Giuffrè, 1939.
[15] G. Negri, *Voce Impeachment, cit.*
[16] Nel dettaglio, è opportuno ricordare che la Camera dei Comuni il 28 ed il 29 gennaio 1689 aveva votato due risoluzioni che avevano sancito questo passaggio epocale. Nella prima si affermava la derivazione del potere dal popolo e non da Dio, mentre, nella seconda si sanzionava la supremazia del popolo e della legge sulla Corona, tramite la specifica disposizione che nessun re poteva essere un cattolico romano.
[17] La combinazione della lettura storica e giuridica della Costituzione inglese innerva tutta l'opera di C. Mortati, *Le forme di governo*, Lezioni, Padova, Cedam,1973; prima ancora, per un'interpretazione costituzionale in cui ricognizione storica non meramente ancillare a quella giuridica, ma, al contrario, assuma carattere essenziale M. Palmerini, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Roma, Orientamenti, 1946.
[18] A. Amorth, *Corso di diritto costituzionale comparato*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 71-72.
[19] Di responsabilità ministeriale «imperfetta» in Italia parla G.F. Ciaurro, *voce Ministro*, *Enc. dir.*, 1970, p. 525.
[20] G.U. Rescigno, *La Responsabilità politica, cit.*, p. 161.

fungere da monito costante per il Sovrano affinché agisse in conformità con gli indirizzi espressi nella Camera dei Comuni.

La particolarità di tale sfumatura dell'assetto costituzionale implicava, di per sé, una situazione di grande incertezza da cui ha preso le mosse il secolare conflitto fra Corona e Comuni sulla titolarità dell'azione politica, che la prima voleva gelosamente conservare per sé, mentre i secondi volevano «traslare» sui ministri.

Si assisteva, dunque, a partire dal regno della Regina Anna, ad una virata verso il moderno governo di partito con la contestuale ritrazione dal circuito politico della Corona, che emergeva in maniera cristallina con la rinuncia di Giorgio I a presiedere le riunioni del Gabinetto guidato da Robert Walpole[21], il primo capace di condensare nella sua persona il binomio «favorito del re»[22], leader della maggioranza e di fungere da «cinghia di trasmissione» tra i vari ministri.

Si era, però, ancora in una «fase di incertezza, di lente e caute riforme, di avanzamenti e ritorni indietro»[23] e bisognerà attendere Pitt il Giovane[24], assurto a simbolo della transizione verso il modello parlamentare[25], per constatare il definitivo guadagno di posizione di supremazia del Primo ministro sugli altri, presupposto lapalissiano per il *reshuffle* del Cabinet: il Re Giorgio III, difatti, difronte al conflitto insanabile tra il Primo Ministro ed il cancelliere Thurlow, fu deciso nell'allontanare prontamente quest'ultimo[26].

Nel suddetto periodo, il «sistema partito» non si presentava nelle vesti moderne, ma somigliava piuttosto a «coalizioni magmatiche e non partitiche»[27] coagulatesi attorno la determinante influenza di una personalità; poco dopo, una decisa spinta verso la moderna conformazione di *Cabinet* (e dei suoi equilibri interni) si è avuta con la rinuncia della Corona alla scelta dei Ministri, che parte della storiografia fa risalire alla nomina a ministro di Canning da parte di Lord Liverpool nonostante l'iniziale opposizione di Giorgio IV[28] e, ancor di più, dall'immediatamente successiva accelerazione verso il parlamentarismo monista impressa dal *Great Reform Act* del 1832.

---

[21] Su cui, diffusamente, A. Torre, *Robert Walpole*, in A. Torre, *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Padova, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1-142. È bene ricordare come anche la più risalente e autorevole dottrina italiana sia unanime sul punto. Si guardi, infatti, alla voce *Ministeri* di G. Grassi, in *Enciclopedia giur. it*, vol. 10, p. 878 ss., o ancora A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri*, 1951, nella versione della ristampa integrale del 2023, Milano, Giuffrè, spec. p. 2.

[22] A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri,* cit., p. 3.

[23] G.U. Rescigno, *La Responsabilità politica, cit.,* p. 164. La gradualità dell'evoluzione costituzionale britannica si constata con facilità anche, se non soprattutto in questo ambito. Non vi è, infatti, certezza assiomatica nel ritenere Walpole come il «primo» Primo Ministro, anzi, egli stesso, nel corso della discussione della mozione Putney ai Comuni il 3 febbraio 1741, negava di aver mai ricoperto tale carica. Si consenta rinviare sul punto a P. Chimienti, voce *Primo Ministro*, in N.D.I, X, p. 407 che riporta integralmente le frasi pronunciate da Walpole. L'incertezza, sull'argomento, è ben motivata, stante il successivo tentativo di Giorgio III, specie durante il governo North, di recuperare i poteri affievolitisi.

[24] Si veda sul punto, diffusamente, M. Calamo Specchia, *William Pitt «The Younger»,* in A. Torre (a cura di), *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Padova, 2020, pp. 321-363.

[25] In questi termini A. Torre, *Interpretare la Costituzione* Britannica, cit., p. 400.

[26] A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri,* cit., *p. 4.*

[27] Il riferimento è a M. Calamo Specchia, *William Pitt «The Younger», cit.*, pp. 321 ss.

[28] In questo senso, su tutti, W.R. Anson, *Law and Custom, vol II,* Gale, Hardpress Publishing**,** 2010.

Nel suo celebre *The English Cabinet*, John P. Mackintosh esaltava a ragione l'importanza nella storia costituzionale britannica di questa riforma, ergendola a parametro per misurare l'inspessimento della *premiership,* poi consolidatasi nell'età vittoriana con l'esperienza di Disraeli e proseguita con il governo di Lloyd George; tuttavia, forse anche in virtù delle sue decise posizioni politiche, giova ricordare come lo studioso di idee socialiste collegasse la decisiva maturazione del Premier all'attestazione del crisma della doppia investitura[29] (*premier* del Governo e *leader* di partito) realizzatasi, a suo dire, solo nell'immediato secondo dopoguerra con il Governo del laburista Clement Attlee[30].

In questo quadro, a distanza di pochi anni, venivano emanati due ulteriori interventi normativi che disegnavano in maniera ancora più chiara ed inequivocabile il rinnovato impianto verticistico del *Cabinet*.

In primis, l'approvazione, nel 1918, del *Representation of People Act* – che estendeva a livello universale il suffragio – disvelava la recondita funzione delle elezioni quale «modo di scegliere il primo ministro»[31], avallando la tendenza alla «extra parlamentarizzazione» dell'Esecutivo, teorizzata da Dicey qualche lustro prima[32]; *in secundis*, la «legificazione» della dicitura *Prime Minister*, avvenuta con il *Ministers of Crown Act* del 1937, acuiva lo «scontro» politico-parlamentare fra maggioranza ed opposizione, in virtù del riconoscimento formale dello *Shadow Cabinet*.

Tale premessa storica, per quanto sintetica, permette di potersi destreggiare in maniera più consapevole fra le poliformi estrinsecazioni del fenomeno del *cabinet reshuffle*, il cui minimo comune denominatore rimane sempre e comunque il complesso rapporto tripartitico tra *Premier, Cabinet e Party*.

3. Il polimorfismo del rimpasto all'inglese ed il recente sviluppo dei takeover reshuffles

La suggestiva metafora «a cono» del sistema di governo britannico[33], al cui vertice si trova il Premier, rende l'idea della sua posizione di primazia in seno alla dinamica intraorganica del *Cabinet*, la cui manifestazione pratica, però, resta indissolubilmente condizionata dalle «qualità personali di uomo politico più che dal suo ufficio»[34].

---

[29] Sul punto, la letteratura inglese è molto vasta. Merita, tuttavia, una menzione B.E. Carter, *The Office of The Prime Minister*, London, 1955; nello specifico, sulla posizione del *Prime Minister* in età Vittoriana, con attenzione alle esperienze di governo di Disraeli e di Gladstone cfr. M. Cowling, Disraeli, Gladstone *and The Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 1967.

[30] Per un'analitica disamina della «*premiership strutturale*» di Mackintosh il saggio di A. Torre, *Il Cabinet system da Thatcher a Blair: leadership e costituzionale*, spec. pp. 166-178, contenuto in T. E. Frosini (a cura di) *Il Premierato nei governi parlamentari*, Torino, 2004.

[31] A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri,* cit., p. 14. L'A. respinge con decisione le teorie che lo dipingevano come un dittatore, o «fastigio dell'edificio costituzionale» (si ricordi, *ex multis,* la critica sferzante di Sibert) e sostiene, invece, che la pienezza della sua autorità e potenza affonda le radici nella sua peculiare legittimazione popolare, rimandando all'evocativa citazione di Macy (in *English Constitution*, 1897) secondo cui «il primo ministro è un sovrano assoluto d'essenza democratica».

[32] A. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutional*, Parigi, V. Giard & E. Brière,1902, p. 389.

[33] J.B. Mackintosh, *The British Cabinet*, Londra, 1962, p. 363.

[34] A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri,* cit., p. 10. Sul punto, l'A. cita I. Jennings, *The constitution under strain*, secondo cui «*he is Prime Minister because he is supreme,* not *supreme because he is Prime Minister*».

In tale cornice, la crescente tendenza verticistica della forma di governo inglese – felicemente sintetizzata dalla formula «*Prime Minister Government*» – ha avvalorato il frequente ricorso al potere di *reshuffle*, favorito dalla crisi dell'istituzione parlamentare, ma, bilanciato dall'irrobustimento della struttura partitica[35]: i ministri, in questa declinazione, altro non sarebbero che dei meri «*agents*» del capo dell'Esecutivo[36].

Ordunque, nella figura del Primo Ministro si concentra armoniosamente l'«euritmia» fra la *politics*, fondamento storico e materiale dei suoi poteri, e le *conventions*, che invece ne sono il risvolto empirico: in particolare, il potere di *Cabinet reshuffling*, volendosi servire della classificazione di Carroll[37], va ascritto tra i «*constitutional powers in relation to the Cabinet*», elementi fondamentali nella fisionomia astratta di una *leadership,* le cui espressioni pratiche, però, sono rimesse alle singole interpretazioni personali del ruolo e alle contingenze politiche del momento.

Pertanto, è bene sin d'ora sottolineare che i modi ed i tempi dei vari *reshuffles* rappresentano una fedele cartina di tornasole circa lo stato di salute dei rapporti fra *leader* e partito.

Nel caso di sostanziale identificazione del primo col secondo[38], va da sé che il *Premier* potrà revocare i ministri con relativa agilità, mettendo così a tacere eventuali voci dissenzienti sul suo operato; diversamente, qualora i ministri godano ancora di indipendenza politica, in maniera più coerente con il principio della responsabilità individuale, la discrezionalità nell'utilizzo del potere andrà pian piano assottigliandosi.

Il potere di revoca, in tal senso, è un corollario del principio di *efficiency* del Primo Ministro[39] ed è un effetto del suo potere-funzione di arbitro[40] che, tra i tanti, «*is the one that gives by far the greatest leverage over his or her government*»[41]; per quanto sfuggano dalla formale ratifica del *parliamentary party*, le scelte del *Prime Minister*, comunque, non possono prescindere dalle posizioni interne al partito o (più raramente) ai partiti di maggioranza se, come suffragato dalla dottrina del *Party Government*, sussiste una tangibile intersezione tra i due org-

[35] E' questa la tesi di R.H.S Crossman, *Introduction* a W. Bagehot, *The English Constitution,* Londra, Collins, 1963; *contra* J.B. Mackintosh, *The British Cabinet*, *cit.*, per cui la grande diffusione dei mezzi di comunicazione di massa ha favorito, invece, la sovrapposizione tra Premier e della politica del partito.

[36] *Ibidem*. L'autore, nel sostenere la torsione avvenuta nella forma di governo inglese e nel certificare il passaggio dalla prevalenza del momento collegiale su quello monocratico, descrive il Primo ministro con l'evocativa locuzione «*the hyphen which joins, the buckle which* fastens».

[37] A. Carrol in *Constitutional and Administrative Law,* Londra, Pearson, pp. 185-6, distingue, in relazione al Primo Ministro, fra *conventional power of patronage*, *conventional power of dissolution e* conventional *powers in relation to the Cabinet*.

[38] Oltre J.B. Mackintosh, si segnala che in termini ben più decisi e radicali si pronunciava, tra gli altri, H. Berkley, *The Power of the Prime Minister*, Londra, Allen & Unwin, 1968. L'A., dopo un analitico confronto tra *Premier* inglese e Presidente degli Stati Uniti d'America, conclude sostenendo la maggiore forza del primo, dal momento che, oltre classico potere di *patronage*, detiene, a differenza del secondo, il saldo controllo della maggioranza parlamentare e del suo partito.

[39] Rileggendo l'opera di W. Bagehot, R.H.S. Crossman in *Introduction a* W. Bagehot, *The English Constitution,* cit., vista la fisionomia dell'evoluzione della forma di governo inglese, soltanto il *Prime Minister* deve considerarsi una *efficient part* della Costituzione e con conseguente relegazione del *Cabinet* alla *dignified part.*

[40] A. Torre, *Il Cabinet system da Thatcher a Blair: leadership e costituzionale, cit.,* p. 163.

[41] Sul concetto di *leverage* insiste, in maniera assai efficace, A. King, *The British Prime Ministership in the Age of the Career Politicians, West European Politics,*14, pp. 25-47.

ani, in quanto «*the Government is a body of the party politicians*»[42].
Ad ogni modo, come si vedrà, il potere di *reshuffle* si presenta come polisemico e poliforme e, al fine di ricomprendervi tutte le sue potenziali epifanie, appare preferibile sposare la definizione più ampia che include «*any change in the membership of, or allocation of portfolio in the Cabinet, other than those that occur after a wholesale change in the party of government*»[43].
Tale enunciazione, se, all'apparenza, pare racchiudere una serie di fattispecie politiche-giuridiche tra loro eterogenee, in realtà fotografa esattamente le varie estrinsecazioni di un unico fenomeno, la cui morfologia varia a seconda di chi la pone in essere (il Premier in carica o un subentrante) e del momento in cui si verifica (all'inizio o nel corso della legislatura).
A fronte silenzio del *Cabinet Manual* e del *Ministerial Code* sull'argomento[44], convenzionalmente, la potestà suindicata si suddivide in diverse *species*, che variano a seconda della fase in cui viene esercitata: possiamo distinguere, al riguardo, tra rimpasto «proprio», ovvero in corso di legislatura, rimpasto improprio, relativo al momento di assunzione della funzione di governo[45].
Entrando ancor più nel dettaglio, quest'ultima fattispecie si ramifica in due ulteriori varianti che si distinguono a seconda che si tratti di una riconferma o di un cambio di *Premier* a *Downing Street*.
In quest'ultima eventualità, solitamente il *Premier in pectore* può decidere di apportare delle variazioni, anche se perlopiù chirurgiche, alla formazione della compagine di governo rispetto alle posizioni precedentemente ricoperte nello *shadow* cabinet; al contempo, però, non deve dimenticarsi come il *leader* di minoranza, durante il suo periodo di opposizione, possa sempre mutare la strutturazione interna dei governi ombra, come «risposta» tanto a *reshuffles* disposti dal *Prime Minister*, quanto al verificarsi di situazioni che riflettano un'inconciliabilità di posizioni politiche[46].
Se, come conviene, si decide di sposare la summenzionata estesa concezione di *reshuffle*, devono essere ricompresi in tale vasta categoria anche quelli operati dai *takeover Prime Mini-*

[42] I. Jennings, *Cabinet Government*, Cambridge, *Cambridge* University Press, 1961, p. 20.
[43] R.K. Alderman, J.A. Cross, *The timing of Cabinet reshuffles*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 40 n.1,p. 18.
[44] Come sottolineato dalla *Political and* Constitutional *Reform Committee* nel *report* «*Impact and effectiveness of ministerial reshuffles*», *The Cabinet Manual* è particolarmente lacunoso sul *Cabinet Reshuffle* e si limita a statuire che «The Prime Minister has certain prerogatives, for example recommending the appointment of ministers and determining the members of Cabinet and Cabinet Committees»; per converso, *The Ministerial Code* sancisce che: «The Prime Minister is responsible for the overall organization of the Executive and the allocation of function between Minister in charge of departments».
[45] Definisce «impropria» la seconda modalità di *reshuffle*, A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fasc. 1/2002, p. 216.
[46] Volendo prendere, a titolo meramente esemplificativo, le vicende interne allo *shadow Cabinet* di *Keir Starmer*, si vede come, *ex multis*, *The Telegraph* (cfr. https://www.telegraph.co.uk/politics/2023/09/04/labour-reshuffle-keir-starmer-shadow-cabinet-angela-rayner/) abbia interpretato il *reshuffle* dello scorso 4 settembre 2023 come una *risposta* a quello attuato dal Primo Ministro Sunak il mese precedente; simmetricamente, un esempio recentissimo della seconda fattispecie si riscontra nel *sacking* (formalmente, essi sono stati indotti a dimettersi) di otto membri dello *shadow cabinet* per aver votato in dissenso dalle indicazioni di partito sulla proposta di cessate il fuoco a Gaza proposta dall'SNP (Scottish National Party).

rano in corso di legislatura nella posizione di quest'ultimo operando, contestualmente, una più o meno ampia variazione nella compagine di governo.

I c.d. «*take over*» *Prime Ministers*, a differenza dei loro suindicati omologhi, incontrano degli ulteriori scogli nella formazione del *Cabinet*[47], poiché scontano l'impossibilità di poter contare su gli *ex* membri del governo ombra e, inoltre, devono cercare di soddisfare le esigenze di genere, rappresentatività e affiliazione politica potendo pescare da una cerchia relativamente ristretta di aspiranti, ovvero i parlamentari del partito di maggioranza[48].

Anzi, i *takeover reshuffles*, in via generale, possono esser tesi ad appagare le più disparate necessità, che vanno dalla semplice e fisiologica copertura di posizioni scoperte, al sanzionamento politico di ministri uscenti non performanti, alla semplice ricompensa di *backbenchers* particolarmente fedeli: non raramente, essi rappresentano un importante segnale della nuova direzione politica impressa dal governo subentrante.

Sarebbe fuorviante, però, pensare che i *takeover reshuffles* comportino automaticamente un'ampia cosmesi endogovernativa, quasi a voler marcare obbligatoriamente una netta distanza con l'amministrazione precedente: questi rimpasti non sono ma sono mai stati uguali a sé stessi, ma sono sempre stati diversi «*in their brutality and their scale*»[49].

In origine, non sono mancati esempi di entrambi i segni: basti pensare alle mirate e chirurgiche sostituzioni operate da Eden[50] e, poco più di vent'anni dopo, da Callaghan[51] e, all'opposto, al corposo rimpasto di Macmillan (che cambiò cinque ministri e ne riallocò tre), che rifletteva la volontà di imprimere un cambio di rotta nella gestione della crisi di Suez.

Non è infrequente, ancora, che un *takeover Premier* debole, come Douglas-Home o più recentemente Truss, con la decisione di disporre un rimpasto deciso, più che dar sfoggio della sua forza ed indipendenza[52], in realtà, finisca per mettere a nudo tutta la sua instabilità e debolezza

Non deve stupire, perciò, il carattere minimale del rimpasto ministeriale operato da John Major, dopo il *coup*[53] orchestrato dal suo partito, che pure, sul versante politico, ha segnato

---

[47] N. Allen, *Cabinet reconstruction: the calculations and the risks behind Johnson's second-chance government* in blog.lse.ac.uk.

[48] *Ibid.*

[49] N. Allen, *Those who wear the Crown wield the knife: the brutality of recent takeover reshuffle*, *The Political Quarterly*, vol. 94, No.1, January/March 2023, p. 39.

[50] *Ibid.* L'A. sostiene che il «*light-touch reshuffle*» di Eden sottintendesse, in realtà, la volontà di procedere ad uno scioglimento anticipato e ad indire nuove elezioni.

[51] A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo,* cit., p. 218. Sulla stessa scia N.Allen, *Those who wear the Crown wield the knife: the brutality of recent takeover reshuffle*, *The Political Quarterly, cit.*, spec. p. 40. Nella tabella ivi riportata si evince con chiarezza quanto esposto e si dà quindi conto dei pochissimi cambiamenti negli avvicendamenti che hanno visto come protagonisti Eden e Callaghan: infatti, il primo ha disposto solo un *dismissal* e un transfer, mentre il secondo quattro *dismissals* e tre *transfers*.

[52] Douglas-Home, quando si insediò come primo ministro nel 1963, licenziò ben nove suoi ex colleghi di gabinetto.

[53] Termine utilizzato da A.Watkins, *A Conservative coup*, London, 1991 e da R.K. Alderman, N. Carter, *A Very Tory Coup*: *The ousting of Mrs. Thatcher*, in *Parliamentary Affairs*, 1991, pp. 44 ss.

una *milestone* nella storia politica britannica, ovvero la fine del *thatcherismo*[54]. Ad eccezione di Heseltine, particolarmente inviso alla lady di ferro, che fu nominato *Secretary of State for the Environment*, la composizione del governo Major si poneva in una logica di assoluta continuità con i gabinetti del decennio precedente[55].

I recenti accadimenti, invece, hanno mostrato una ricerca crescente e a tratti spasmodica di discontinuità, tale da spingere parte della dottrina a sostenere che i *takeover Prime Ministers* del XXI secolo abbiano rimodellato i propri *Cabinets* in maniera molto più ampia ed estesa rispetto ai loro omologhi del Novecento[56].

Esempio paradigmatico è stato il grande *reshuffle* «di rottura» di Gordon Brown – risultato della macchinosa e rallentata «staffetta» con Tony Blair[57] – che a lungo è stato considerato come «*the most sweeping of modern times*»[58] ed è, tutt'ora, quello con il più basso tasso di *portfolio continuity* (7%), ovvero con il minor numero di ministri del governo uscente che hanno conservato la posizione da loro ricoperta.

Le circostanze politiche ed internazionali imponevano una decisa frattura tra le due *leadership*: la nomina a Primo Ministro di Brown avveniva nella fase di declino e impopolarità di Tony Blair, contestato per decisione di sostenere la guerra in Iraq anzitutto dal suo partito, che reclamava insistentemente un netto cambio di passo[59].

Da ultimo, nell'immediato e caotico frangente temporale *post* referendario, un altro plastico esempio di rottura decisa – passato alle cronache come «*first-day massacre*»[60] – è coinciso

---

[54] Fra le numerose e dettagliate ricostruzioni della caduta di Margaret Thatcher e l'avvento di John Major si segnalano R.K. Alderman, M.J. Smith, *Can Prime Minister Be Pushed Out?*, in *Parliamentary Affairs*, 1991; R. Brazier, *The downfall of* Margaret *Thatcher*, in *Modern Law* Review, 1991, pp. 471 ss.

[55] L. Gori, *John Major*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri*, cit., pp. 1044 ss. L'A., nelle battute iniziali del suo scritto, sostiene a ragione che le principali discontinuità fra la *Iron Lady* e Major vadano ricercati nella gestione delle relazioni endo-governative e parlamentari, molto più concilianti verso i dissidenti e, volte, più che alla radicalizzazione, alla decantazione dei conflitti interni a livello governativo e parlamentare.

[56] N. Allen, *Those who wear the Crown wield the knife: the brutality of recent takeover reshuffle*, *The Political Quarterly, cit.* L'A., alla luce delle statistiche emerse dalla tabella di cui alla nota 49, sottolinea come i *takeover reshuffles* di Brown, May, Johnson, Truss e Sunak abbiano comportato un maggior numero di *dismissals* di quelli di Eden, Macmillan, Douglas – Home, Callaghan e Major. Tanto è dimostrato sia dal gran numero di sostituzioni – sicuramente causati anche dalla tendenza a formare *Cabinets* – sia dalla bassissima percentuale di person – in – post – continuity.

[57] N. Lupo, *Gordon Brown*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri*, cit., spec. p. 1119. L'A. paragona l'avvicendamento tra Blair e Brown ad una staffetta poco riuscita: il primo frazionista (Blair), pur se allo stremo, aveva tentato di rallentare il passaggio, mentre, il subentrante (Brown) appariva innervosito da questa procrastinazione.

[58] Così G. Jones, *Whirlwind Brown tears up old order with sweeping changes*, *The Daily Telegraph*, 29 giugno 2007.

[59] Non va dimenticato, però, che l'ascesa politica di Gordon Brown è inscindibilmente legata a quella di Tony Blair. Come nota N. Lupo, *Gordon Brown,* cit., G.B. è un precursore dell'interpretazione contemporanea del ruolo di Ministro delle Finanze, che, nelle relazioni intragovernative, ha assunto una posizione di notevole importanza. Sintomo emblematico della descritta espansione dei poteri è, senz'altro, la presidenza del *Cabinet Economic Commitee* che, per la prima volta dal 1966, viene assunta dal Cancelliere dello scacchiere e non dal Primo Ministro. Infine, giova ricordare in questa sede che questo inedito binomio configuratasi nella forma di governo britannica ha fatto sì che parte della dottrina d'oltremanica si spingesse a paragonarla alla relazione istituzionale fra Presidente della Repubblica e Primo Ministro vigente nella quinta Repubblica Francese: in questo senso si consenta rimandare interamente a P. Hennessy, *The Prime Minister. The office and its Holders since 1945*, Londra, 2000, pp. 480 ss.

[60] A. Grice, *May's first day massacre*, *The Independent*, 15 luglio 2016.

con il subentro di Theresa May al grande sconfitto del referendum sulla *Brexit* David Cameron.

The *Brexit Lady*, al fine di tracciare con nettezza la diversa direzione delle sue politiche economiche[61] e la nuova linea sulla *Hard Brexit*[62], non ha risparmiato scalpi eccellenti nella formazione del suo primo *Cabinet*, fra cui spiccavano quelli di George Osborne, *Chancellor of Exchequer* del governo Cameron – rimpiazzato da Philip Hammond (che nel precedente esecutivo ricopriva il delicatissimo ruolo di *Foreign Secretary*) – e di Michael Gove, già *Lord Chancellor*, protagonista dell'imboscata a Johnson durante la contesa per *leadership* dei *Tories*[63].

L'esigenza di calibrare l'indirizzo politico del nuovo Gabinetto verso la probante sfida dell'uscita dall'Unione ha condizionato non poco alcune scelte «simboliche» di *Lady Brexit*, fra cui la nomina proprio al ministero degli Esteri del discusso ex sindaco di Londra *Boris Johnson*[64], volto simbolo del fronte del *leave* e sconfitto eccellente della lotta intestina ai *Tories* per la successione a Cameron; ancora, particolarmente significativa è stata l'istituzione di due nuovi ruoli strettamente connessi alla *Brexit*[65], ovvero il *Secretary of State for Exiting European Union* e *l'International Trade Secretary*, affidati rispettivamente a David Davis e Liam Fox.

---

[61] In questo senso N. Allen, *Brexit, Butchery and Boris*: *Theresa May and her first Cabinet*, in *Parliamentary Affairs*, 70, p. 634.

[62] Sul ruolo Theresa May nel secondo Governo Cameron e nella campagna elettorale referendaria per la *Brexit* si rimanda G. Marzulli, *Theresa May*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri,* cit., spec. pp. 1152 ss. L'A. sottolinea la peculiare posizione «euroscettica eurofila» di T.M., desumibile, su tutto, dalla sua ferma opposizione alle proposte europee di ricollocamento obbligatorio dei rifugiati, cui si accompagnava, però, l'espressa convinzione che il Regno Unito avrebbe potuto incidere maggiormente sul contenimento del fenomeno migratorio più dall'interno che dall'esterno dell'Unione. Ancora, sempre sul versante del diritto costituzionale europeo, T.M. ha mostrato molte perplessità, più che sul diritto UE, sull'applicazione del diritto CEDU e sull'attività giurisdizionale della Corte di Strasburgo, giudicata eccessivamente invasiva.

[63] La vicenda è ben narrata da N. Allen in *Brexit means Brexit,* in *British Politics*, 2018, spec. pp. 107 ss.

[64] Si tenga a mente che Johnson non è stato l'unico sfidante di May alla guida dei Conservatori a trovare poi spazio nel suo Gabinetto: infatti, anche Stephen Crabb e Andrea Leadsom hanno trovato posto nella squadra di governo.

[65] La composizione del Gabinetto May è analizzata con dovizia di numeri e particolari da N. Allen, *Brexit, Butchery and Boris*: *Theresa May and her first Cabinet*, in *Parliamentary Affairs.,* cit.*; Contra* e per una diversa lettura del *Cabinet* di T.M. inteso come «sostanzialmente il risultato del Governo Cameron» si veda G. Marzulli, *Theresa May*, cit.; a parere di chi scrive, però, i cambiamenti al vertice di dicasteri chiave mostrano una volontà, neanche troppo celata, di affrancarsi dalla pesante eredità di Cameron e di rispettare alla lettera le indicazioni contenute nel *Conservative Manifesto* del 2015. Per una cronaca degli sviluppi interni ai *Tories* e per un esaustivo quadro della situazione politica britannica *post-brexit* si veda N. Allen, *Brexit means Brexit,* in *British Politics*, 2018.

Il tramonto del secondo Gabinetto May[66] – suggellato dal mancato sostegno dei *tories* alla proposta di rivotare dopo tre bocciature[67] il *Withdrawal agreement bill*[68] – all'indomani della *débacle* dei *Conservatives* alle elezioni europee del 23 maggio (8,79% dei consensi)[69], spianava la strada alla formazione di un governo guidato da colui che oramai era unanimemente riconosciuto come il *frontman* della *Brexit*, Boris Johnson.

Anche Johnson, quindi, si insediava a *Downing Street* da *take-over minister*, anche se con un approccio «di rottura» molto più vigoroso della sua predecessora, poiché deciso a capitalizzare la *predominance*[70] acquisita grazie alla sua indubbia capacità politica e conferitagli dall'ufficio ora ricoperto.

---

[66] E' bene precisare che il secondo gabinetto *May* scaturì dalla richiesta della *Prime Minister* di elezioni anticipate sulle cui ragioni di fondo è utile un rinvio a G. Caravale, «"*Snap election" e "stronger leadership"*»: *gli obiettivi di Theresa May*, *in Forum DPCE online*, 27/04/2017. Si rammenti, in questa sede, che lo scioglimento fu perseguito mediante il fedele ed ossequioso rispetto delle procedure prescritte dal *Fixed Term Parliamentary Act* del 2011 che restringeva le ipotesi di scioglimento anticipato limitatamente a due fattispecie, coincidenti alternativamente con la votazione a maggioranza di 2/3 della mozione «*There shall be an early parliamentary election*» o con l'approvazione di un voto di sfiducia nei confronti dell'Esecutivo da parte della maggioranza della Camera dei Comuni che, contemporaneamente, nel termine di 14 giorni non fosse riuscita ad arrivare ad un accordo per la formazione di un nuovo Governo. Il *Fixed Term Parliamentary Act* è stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana e, indi, meritano di essere segnalati *ex multis* G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 3, 2021 e O. Chessa, *La fine del modello Westminster*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2015; ancora, dedica spazio al FTPA, anche se con il diverso scopo di metterne in luce il rapido (ed ineluttabile) superamento, tra gli altri, A. Osti, *Il Dissolution and Calling Act del 2022*, in *Osservatorio Costituzionale,* n. *3*, *2022*.

[67] Si vedano i voti parlamentari contrari all'approvazione del *deal* del 15 gennaio e del 12 e 29 marzo 2019. Per un'organica ricognizione del problematico rapporto tra Governo e Parlamento dopo la Brexit si rinvia, *ex multis*, a F. Rosa, *Il parlamentarismo britannico dopo la Brexit*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2021, pp. 779 ss.

[68] Per una dettagliata cronaca degli eventi cfr. G. Caravale, *Da Theresa May a Boris* Johnson*: nel Regno Unito prosegue il conflitto tra Governo e Parlamento*, in *Nomos* – Le attualità del diritto, n.2, 2019, *Cronache costituzionali dall'estero*, pp. 1 ss.

[69] Le elezioni europee del 2019 segnavano, nel Regno Unito, il punto più basso della crisi dei partiti tradizionali, stante anche il contestuale crollo dei *laburisti* al 13%, a fronte del 40% ottenuto nelle *snap elections* del 2019. Le urne, invece, consacravano, da un lato, il trionfo (più del 30% dei voti) degli anti-europeisti oltranzisti di *Ukip*, partito fondato dall'*ex Tory* Nigel Farage, dall'altro, una netta affermazione dei convinti europeisti dei *Libdems*, che sfioravano il 20%, triplicando il risultato della precedente tornata europea. Sulle elezioni europee tenutesi in Regno Unito, pure se in tempo di *Brexit*, *cfr.* l'interessante saggio di P. Manzini, *Lo strano caso delle elezioni europee nel Regno Unito in tempo di Brexit*. Un necessario antecedente logico – temporale di questo singolare responso delle urne non può che essere, certamente, il fallimentare *iter* parlamentare del recesso dall'Unione da parte del Regno Unito e le conseguenti mediazioni dei plenipotenziari in sede di contrattazione europea, sino a giungere alla convocazione d'urgenza del Consiglio Europeo del 10 aprile, in cui si arrivò al compromesso della *flexestension*, ovvero un'ulteriore proroga del termine ultimo di cui all'art. 50 TUE al 31 ottobre 2019, giorno precedente all'entrata in carica della nuova Commissione Europea, la prima senza un rappresentante britannico.

[70] Secondo la teoria della *predominance*, recentemente sviluppata da R. Heffernan in vari suoi scritti – fra cui *Prime Ministerial Predominance? Core executive politics in the Uk*, in *British Journal of Politics and International Relations, n. 4,* pp. 347-372; oppure anche, sulla stessa rivista, *Exploring (and explaining) the British Prime Minister*, *n. 7*, pp. 605-620 – la *predominance* non accompagna automaticamente l'ufficio, ma, anzi, per assicurare la reale primazia della sua *leadership* nella compagine di governo c'è bisogno che alle *resources* discendenti dall'*institutional power* si accompagnino quelle derivanti direttamente dal *personal power*, che includono, a titolo esemplificativo, «*reputation, skill and ability; association with actual or anticipated political success; public popularity; and high standing in his or her party*».

Il 24 giugno del 2019, neanche ventiquattro ore dopo la vittoria sullo sfidante Jeremy Hunt alla guida del partito, assumeva l'incarico di Primo Ministro e provvedeva immediatamente ad un massiccio rimpasto, assolutamente non comparabile a quelli già descritti, che per le sue dimensioni veniva ribattezzato da alcuni commentatori «*the summer's day massacre*»[71].

La cruda immagine metaforica utilizzata era quantomai calzante, dal momento che, sino ad ora, resta il *cabinet reshuffle* più ampio mai attuato da un *take-over minister*, avendo coinvolto, fra *dismissal* e dimissioni «forzate», ben quattordici membri del Gabinetto May, senza tener conto della pattuglia dei quattro ministri, capitanati dal *Chancellor of Exchequer* Hammond, che avevano preventivamente dichiarato di non voler servire in un governo Johnson: come è stato notato[72], si è registrato il più basso tasso (pari al 33%) di *political continuity*[73], di oltre venti punti inferiore al valore del primo Gabinetto May (56%).

Chiaramente, questa prova di forza quasi muscolare di Johnson non era fine a sé stessa, ma intendeva segnare l'abissale distanza politica dalla fallimentare *Brexit strategy* della May e, contestualmente, lanciare un messaggio – neanche troppo celato – all'Unione Europea sulla sua irremovibile volontà rinegoziare i termini del *Withdrawal Agreement*, tenendo vivo lo spauracchio del *no deal*, parte integrante della sua strategia animata dal mantra «*leave now, whatever it takes*»[74].

La radicalità nelle scelte nelle nomine ministeriali, unita alla difficile *legacy* ereditata in un partito profondamente diviso e senza maggioranza parlamentare, era di fatto il preludio all'indizione di *general elections*[75], che si sarebbero poi tenute il 12 dicembre 2019[76].

---

[71] In questi termini W. Murren nel suo *Thursday Briefing* su *The Guardian*.

[72] N. Allen, *Cabinet reconstruction: the calculations and the risks behind Johnson's second-chance government*, cit. L'A., invece, riscontra che l'indice relativo alla *portfolio continuity*, ovvero la proporzione di membri del *Cabinet* che hanno conservato la loro posizione nel governo subentrante non è la più bassa, anzi, è un punto superiore a quello di May; rimane, comunque, sideralmente inferiore rispetto a quello dei governi Macmillan (39%), Callaghan (65%) e Major (59%).

[73] Per *political continuity* si intende l'indicatore che misura la proporzione di membri del gabinetto uscente che hanno continuato a sedere in quello subentrante. Tale indice non va confuso con la *portfolio continuity* che, invece, registra la percentuale dei membri del *Cabinet* uscente che hanno mantenuto la stessa posizione in quello subentrante; il primo governo Johnson, per quanto abbia anch'esso un alto tasso di discontinuità (*portfolio continuity* pari al 18%), da questo punto di vista, rimane ampiamente sotto il *record* del Gabinetto di Gordon Brown che, addirittura, segnava solo il 7% di *portfolio continuity*.

[74] Inquadra in maniera efficace la delicata posizione politica di Johnson, S. Sileoni, *Boris Johnson. Gioco delle parti e teoria dei giochi: prime osservazioni su una leadership ancora da definire* in in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri,* spec. p. 1184. L'A. rileva correttamente come B.J. sia stretto tra la sua posizione radicale, diametralmente opposta ai compromessi di May e una maggioranza trasversale tendenzialmente ostile all'uscita senza accordo, con sullo sfondo le Istituzioni europee sempre meno fiduciose verso i governi britannici.

[75] N. Allen, *Cabinet reconstruction: the calculations and the risks behind Johnson's second-chance government*, cit.

[76] Per i dati relativi alle *General elections* del 2019 si rimanda a https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8749/. Si ricordi, in linea di massima, che le elezioni del 2019 hanno segnato un importante spartiacque nella politica inglese: i *Tories* hanno guadagnato 48 seggi rispetto al 2017 e la leadership di Johnson è uscita notevolmente rafforzata, mentre i Laburisti sono crollati dall'ottimo 40% del 2017 al 32,1%, con la perdita di 60 seggi che sancì il capolinea della gestione di Jeremy Corbyn.

Quanto detto trova conferma nella nomina dei cosiddetti «*second chance ministers*», che avevano lasciato il governo May in opposizione alle sue politiche sulla *Brexit*[77], tra cui Leadsom, McVey e, soprattutto Raab, già ministro per la Brexit[78] e dimessosi nel clamore generale in forte dissenso sulla gestione dei termini della questione nordirlandese.

Concludendo la rassegna sui *reshuffles* dovuti al cambio di inquilino a *Downing Street* nella stessa legislatura, non ci si può esimere dal prendere in considerazione brevemente le convulse vicende politico-costituzionali britanniche dell'ultimo biennio, che hanno rinsaldato la prassi dei «*brutal takeover reshuffles*»[79].

In seguito allo scandalo del *Partygate* ed alle dimissioni di Johnson, tra il settembre e l'ottobre del 2022, le vicissitudini e le frizioni interne ai *Tories* hanno visto succedersi, in meno di quaranta giorni, ben tre inquilini al *Number 10* di *Downing Street.*

La lotta interna ai *Tories* premiava inizialmente la ministra per i *Foreign Affairs* Liz Truss, che assumeva la guida del partito e del Governo grazie all'appoggio della base del partito ma non dei suoi parlamentari: tale circostanza rendeva sin da subito perfettamente l'idea di come si trattasse *ab origine* di una *leadership* debolissima.

La sua precarietà emergeva pure, come poc'anzi anticipato, dall'alto grado di *brutality* del *reshuffle* da lei impartito: in una sorta di vendetta fratricida, animata dall'(infruttuoso) tentativo di imporsi agli occhi del partito, Liz Truss licenziava sei dei sette ministri dell'ultimo gabinetto Johnson che non la avevano sostenuta durante le *early elections* del suo partito[80].

Simmetricamente, anche Sunak, che pure poteva contare su un sostegno ben più saldo della sua predecessora, ha licenziato ben quattordici ministri che avevano servito nel governo Truss[81] e, addirittura, ha richiamato come *Home Secretary* la contestata Suella Braverman, poi prontamente allontanata lo scorso 13 novembre a causa delle sue aspre critiche alla decisione di polizia inglese di autorizzare manifestazioni in sostegno al cessate il fuoco sulla striscia di Gaza.

In conclusione, alla luce di quanto sin qui si è detto, pare innegabile come oramai abbia preso definitivamente piede – almeno nei *Tories* – la logica del «*winner-takes-all*» nella *formation* dei *takeover Cabinet* che porta con sé il pericolo di un eccessivo scollamento tra *leader* e partito, in favore di una più stretta embrocazione tra il *Premier* ed il suo *Cabinet*.

4. Il potere di reshuffle alla prova della verticalizzazione del Cabinet tra thatcherism e blairism

[77] Diverso, invece, è il caso del fratello dell'ex Premier, Jo Johnson, rientrato ora a far parte del Governo ma che nel 2018 aveva lasciato il governo May opponendosi alla Brexit e reclamando una nuova consultazione referendaria.

[78] Succeduto, in questo delicato ruolo, a David Davis.

[79] N. Allen, *Those who wear the Crown wield the knife: the brutality of recent takeover reshuffle*, *The Political Quarterly*, vol. 94, No.1, January/March 2023, p. 37.

[80] A questi danni, come correttamente ricorda N. Allen, *Those who wear the Crown wield the knife: the brutality of recent takeover reshuffle*, *The Political Quarterly,* cit., deve aggiungersi la *pre* – emptive *resignation* di Priti Patel, avvenuta prima del *takeover reshuffle* di Liz Truss.

[81] *Ibid*. A questi numeri deve aggiungersi anche la dimissione preventiva del Business *Secretary* Jacob Rees-Mogg un mese prima dell'avvento di Sunak.

Esaurita la trattazione sui *takeover reshuffles* che, per autoevidenti ragioni storiche, ha permesso di ripercorrere a grandi linee le vicissitudini e alternanze politiche dell'età post-thatcheriana, si volgerà ora l'attenzione sul succitato rimpasto «proprio», ossia quello che il Primo ministro in carica conduce nell'ambito del suo Esecutivo.

Il potere di rimpasto, contraltare dello speculare potere di «*formation of Cabinet*»[82] tratteggia uno dei lineamenti naturali, ma pur sempre accidentali, della vita dell'Esecutivo e rispecchia perfettamente la posizione di *primus over the pares* del Premier, il quale detiene l'autorità di forgiare l'aspetto del proprio governo sia all'inizio che in corso d'opera.

Anche se, come accennato in apertura, il *Prime Minister* incontra una serie di limiti nella *formation* e nel *reshuffling* dei *Cabinets*, relativi generalmente alla situazione interna al partito di governo e al grado di intensità del controllo che il leader materialmente vi esercita, occorre dar conto dei vasti confini del potere di cui si sta discorrendo.

In proposito, un'utile indicazione può ricavarsi dalle parole di Crossman che, mentre serviva sotto il Cabinet di Wilson, durante una lezione ad Harvard ammoniva che «*each Minister in the Cabinet (…) can be sacked by the Prime Minister any day*»[83] e, con specifico riguardo al ruolo da lui ricoperto, riconosceva di essere lì solo per volere del *Premier*.

Dal canto proprio, ogni singolo ministro può decidere di dimettersi in via preventiva se cosciente di essere prossimo al licenziamento (*pre-emptive resignation*)[84] o, come talvolta è avvenuto, può essere «*constructively dismissed*» e quindi riallocato in una posizione talmente umiliante da sentirsi costretto a dimettersi[85].

Sebbene le continue e diverse metamorfosi dei fenomeni politici ostino all'elaborazione di una precisa tassonomia, le motivazioni variamente sottese a questo tipo di rimpasto, generalmente, rispondono all'esigenza aurea di ottimizzazione dell'attività di governo: nello specifico, essi costituiscono un palliativo alle lacerazioni interne del Cabinet o del partito di appartenenza o, in alternativa, il principale strumento di promozione di *backbenchers* fedeli o in ascesa.

L'elefantiasi del potere di revoca è stato, sin dalla seconda metà XX secolo, uno dei risultati della mediatizzazione della politica, che, come prevedibile, ha amplificato il dissenso orizzontale (fra ministri) e verticale (fra *leader* e ministri)[86] nel *Cabinet* e ha così favorito il frequente ricorso a tale forma di asserzione del potere.

Da un punto di vista politologico, nelle amministrazioni longeve, il *reshuffle* è stato un imprescindibile elemento meritocratico e stabilizzatore nell'articolata cornice di governo:

---

[82] Così definito da H. Barnett, *Constitutional and Administrative Law*, Londra, Routledge, 1995, p. 259.

[83] Il testo delle lezioni è riportato in R. Crossman, *Inside* View*: Three Lectures on Prime Ministerial Government*, London, Cape, 1972, p. 72. Come parafrasato nel testo, in questa occasione, il teorico del *Prime* M*inisterial Government*, ammetteva con franchezza anche che «*I am aware that I am there at Prime Minister's* discretion».

[84] Questa eventualità è tutt'altro che foriera nella prassi costituzionale britannica. A fronte degli innumerevoli mutamenti di composizione degli Esecutivi, la dettagliata ricerca di A. King e N. Allen nel pluricitato «*Off with their heads*» mostra come dal 1982 al 2007 Margaret Thatcher, John Major e Tony Blair abbiano licenziato «solo» 52 ministri.

[85] A. King, N. Allen, «*Off with their heads*»: *British Prime Minister and the Power to Dismiss, British Journal of Political Science, p. 260*.

[86] Questa classificazione si trova in A. Torre, *Il Cabinet system da Thatcher a Blair: leadership e costituzionale, cit.*, p. 184.

atti, tradizionalmente, con questo strumento si sono sostituiti i membri politicamente superflui o dannosi[87] con quelli funzionali ad accrescere l'*appeal* del consesso, poiché capaci di rinsaldare l'unità nel partito o perché particolarmente graditi all'elettorato.

In un sistema politico connotato da una forte personalizzazione dell'esecutivo, il potere di revocare i ministri consente (e ha consentito) di saldare tempestivamente le fratture del rapporto sinusoidale tra elettori e *leader*: ad eventuali insuccessi politici e ad ogni sintomo di frizione nel suo governo, il *PM* replica «sacrificando» qualche ministro e ambisce a ripristinare l'incrinata fiducia popolare nella sua figura, oramai vera forza motrice di ogni Esecutivo.

In definitiva, i *reshuffles,* nell'arco di una legislatura, consentono di muoversi negli interstizi delle frammentazioni intestine ai partiti e soddisfano la continua esigenza rivivificazione della *premiership* che, altrimenti, rischia di rimanere incagliata nelle disparate contingenze politiche.

Non a caso, *leadership* molto ingombranti e divisive – su tutte, quelle di Margaret Thatcher e Tony Blair – si sono servite di questa prerogativa per disegnare a propria immagine e somiglianza, emarginando, progressivamente, i dissenzienti e le correnti minoritarie del partito.

In questi termini, di primo acchito, il potere di *reshuffle* sembra «un segno di immediata forza»[88] della leadership ma, sul lungo periodo, è un indice della sua «intrinseca debolezza»[89] e fragilità, idonea farne già presagire un suo futuro «affievolimento»[90].

Il thatcherismo, sotto questo profilo, ha incarnato alla perfezione un metodo di governo dall'*imprinting* fortemente personalistico e caratterizzato da uno spregiudicato uso del potere di revoca che, per la classica eterogenesi dei fini politica, ha finito per compattare l'affastellato fronte di opposizione, fautore dello storico *ousting* del novembre del 1990.

Sin dalla sua prima esperienza di governo (1979-1983), l'*Iron Lady* ha adottato un «*abrasive approach*»[91], difendendo irremovibilmente anche dai suoi detrattori interni le austere misure economiche messe in campo, decisa ad archiviare la politica *bipartisan* del *consensus*[92] dei

[87] Al riguardo pare assolutamente opportuno che l'utilità politica rappresenta un criterio e parametro che il Primo Ministro utilizza per scegliere i suoi ministri. La *political utility*, nell'accezione che le danno A. King, N. Allen in «*Off with their heads*», *cit.*, è un parametro onnicomprensivo che si compone di elementi assai diversi ed eterogenei: rientrano in questa categoria, ad esempio, le *political skills*, il poter contare o meno su una *political constituency*, il suo tasso di gradimento fra i vari ordini professionali e così via. Più in generale, la *political utility* misura l'impatto di un *asset* del Governo sulla sua reputazione e sulla immagine esterna. E' bene precisare, tuttavia, che quello in esame è solo uno dei criteri che guidano la nomina (e la revoca) dei ministri, a cui devono aggiungersi almeno la *governmental competence*, la *presentational capacity* e la *policy compatibility.* Sullo sfondo rimane il nodo sistematico della *party discipline*, sicché la «minaccia» del rimpasto incentiva sicuramente una condotta «*self-interested*» dei Ministri, coscienti che la loro permanenza nel *Cabinet* potrebbe inficiare anche i rapporti con la loro *constituency* e, quindi, metterne in dubbio l'elezione.

[88] A. Torre, *Il Cabinet system da Thatcher a Blair: leadership e costituzionale, cit.,* p. 186.

[89] *Ibid.*

[90] *Ibid.*

[91] M. Burch, *Mrs. Thatcher approach to leadership in government: 1979-June 1983,* in *Parliamentary Affairs*, 1983, pp. 399 ss.

[92] Sulla discontinuità fra le politiche di M.T. e le scelte *bipartisan* del secondo dopoguerra si consenta rimandare a P.G. Walker, *Mrs Thatcher and the post war Consensus: the case of Trade Union* Policy, in *Parliamentary Affairs,* 1986, pp. 330-340.

primi decenni del secondo dopoguerra: alla Conferenza dei *Conservatives* della fine del 1980 aveva ammonito i suoi avversari interni con la celebre frase «*You turn if you want to. The lady's not for turning*».

Prontamente, nel gennaio del 1981 allontanava il Minister for the Arts St.John-Stevas e, solo pochi mesi dopo, nel settembre del 1981, in occasione della discussione del bilancio del 1981, attuava il primo (e più corposo)[93] dei suoi numerosi *reshuffle* licenziando numerosi *Cabinet members* dissidenti (tra cui Gilmour, Soames, Carlisle) appartenenti ai c.d. *wets* e promuovendo, al loro posto, *backbenchers* più fedeli alla sua linea[94]; non può mancarsi di notare come, in maniera molto accorta, la Premier si sia astenuta dal rimuovere (o riallocare) il temibile Peter Walker[95], ben cosciente che un suo allontanamento avrebbe causato più problemi che vantaggi ad entrambi, mentre non abbia esitazioni nel «punire» James Prior, che, nonostante le molte resistenze, era stato irremovibile sui discussi sussidi di disoccupazione[96].

In tal modo, *the Iron Lady* si assicurava, per la prima volta, una «*Thatcherite majority*»[97] nel *Cabinet* che – come accorta dottrina ha sottolineato[98] – contrariamente alle aspettative, non inaugurava un *trend* di sostituzioni a lei favorevoli, visto che sino al 1983 l'unica sostituzione ideologicamente significativa ha riguardato solo il thatcherista Nott con il *loyalist* King[99], nel tentativo di ricompattare l'Esecutivo durante la guerra delle Falkland.

Dopo il mirato *post-General elections reshuffle*[100], il secondo *term* a guida Thatcher si distingueva per innumerevoli cambiamenti in corso d'opera, sull'onda dell'enorme popolarità in seguito alla vittoria militare: i più rilevanti, sicuramente, nella seconda metà della legislatura, tra il 1985 ed il 1986.

---

[93] In questi termini N. Fowler, *Minister decide: A personal Memoir of the* Thatcher *Years,* Londra, 1991, p. 155.

[94] Come sostengono T. McMeeking, T. Heppell, A. Roe-Crines, *Prime Ministerial powers of patronage: Ideology and Cabinet selection under Margaret Thatcher 1979-1990*, in *British Politics*, 2021, spec. p. 11 con il rimpasto di Settembre del 1981 la Lady di ferro puntava a ridurre nel *Cabinet* il livello di opposizione interna. Gli autori, riportando il pensiero di Lawson, si soffermano sulle precise scelte di strategia politica di M.T. e, con specifico riguardo al mancato *sacking* di Walker ed Heseltine, rilevavano come «*she* (M.T., nda.) *feared might cause trouble on the backbenchers*»; per converso, evidenziano la relativa agilità nell'allontanamento di Carlisle e Gilmour in quanto «*politically incapable of causing capable on the backbenchers*».

[95] Come hanno ricordato opportunamente A. King, N. Allen, «*Off with their heads*»: *British Prime Minister and the Power to Dismiss,* cit.,*spec.* p. 274 anche Walker aveva interesse a non essere allontanato dal *Cabinet*: questi, infatti, essendo sempre preposto a capo di dipartimenti di minore importanza, poteva fregiarsi di una libertà di critica più vasta rispetto ai suoi colleghi. Infine, merita di essere segnalato il suo pensiero per cui la stessa Thatcher lo riteneva più al sicuro nel Gabinetto che fuori («*more safer in than out*»).

[96] G. Caravale, *Il Primo* Ministro *nel recente dibattito della dottrina inglese*, in *Il Politico*, vol. 58, Gennaio-Giugno 1993, p. 90.

[97] N. Lawson, *The* View *from No.11: Memories of a Tory Radical*, Londra, Bantam Press, 1992, p. 123.

[98] T. McMeeking, T. Heppell, A. Roe-Crines, *Prime Ministerial powers of patronage: Ideology and Cabinet selection under Margaret Thatcher 1979-1990*, in *British Politics*, 2021, p. 6.

[99] Preme qui precisare che qui (e per il resto della trattazione) si utilizzerà la Norton *taxonomy* nella classificazione dei membri del PCP (*Parliamentary Conservative Party*), pur con l'evidente *caveat* che essa si riferisce all'epoca tardo-thatcheriana. Nello specifico, Norton divideva principalmente i *Non-Thatcherite*, anche detti *critics*, i *Thatcherites* e i *loyalists* che si trovavano nel mezzo; i primi, a loro volta, si distinguevano in *wets* (europeisti e favorevoli ad un maggior intervento statale) e *damps*, leggermente più moderati dei primi.

[100] Sul quale ci si limita di ricordare la grande risonanza mediatica dell'allontanamento del *non-Thatcherite* Plym, *Foreign Secretary*.

Il *reshuffle* del 1985 è ricordato per la *demotion* da *Home Secretary* dell'astro nascente Leon Brittan – spostato a capo del *Secretariate for Trade and Industry* – travolto dalle polemiche per le sue pressioni per la cancellazione di un programma televisivo sui *The troubles* nordirlandesi[101]; l'anno seguente, destava ancor più scalpore il *reshuffle* conseguente alle dimissioni Michael Heseltine, che si era opposto strenuamente alla decisione della Premier di bypassare il Gabinetto nella discussione del caso degli elicotteri Westland.

Heseltine, convinto sostenitore della soluzione europea per la risoluzione della crisi, lasciava il *Cabinet* in forte critica con la Premier che, per convinzioni geopolitiche ed opportunismo politico interno, aveva optato per una linea neutrale, consegnando il destino della compagnia in mano alle decisioni dei suoi azionisti.

A prescindere dai calcoli politici della Thatcher, l'episodio ha evidenziato la curvatura irrimediabilmente monocratica dell'Esecutivo, denunciata dallo stesso Heseltine al momento delle sue dimissioni, quando aveva sostenuto che the *Iron Lady* si stesse comportando più come un presidente che come un «*primus inter pares*»[102].

Il terzo e ultimo *term* (1987-1990), come già anticipato, è stato quello più movimentato, in cui si sono susseguiti ben dieci *reshuffles* ed un totale di dodici nuovi innesti nel Gabinetto.

In questo frangente temporale, merita di essere segnalato – per i suoi specifici tratti di peculiarità – il *central reshuffle* del luglio 1988 in cui si divise il *Department of Health and Social Security* in due distinti dipartimenti, al fine di colpire politicamente John Moore che rimase a capo del solo dipartimento di *Social Security*[103].

Come noto, il consenso interno della Thatcher era crollato irreversibilmente con la discussione e introduzione della *Poll Tax*[104], vanificando tutte le aspettative riposte nel *major general reshuffle* del luglio 1989 che, nelle intenzioni della Thatcher, rappresentava il naturale preludio di un ritorno anticipato alle urne. Quest'ultimo tentativo di tenere unito il partito si era rivelato insufficiente a curare le insanabili fratture interne ai *Tories*, divisi non solo sulle tasse, ma anche sulla fondamentale questione europea, e persino sir Geoffrey Howe, unica presenza costante di tutti i Gabinetti Thatcher, rassegnava le proprie dimissioni.

---

[101] Tra l'altro, il *reshuffle* del 1985 fu caratterizzato da molti altri ingressi, dettati dalla necessità di restituire una maggior aura di imparzialità all'esecutivo: i nuovi innesti, infatti, non dovevano appartenere alla stretta cerchia dei fedelissimi della Premier («*They must not be one of us*»), così si trova scritto nelle Wolfson notes: Ministerial Changes, 22 Agosto 1985.

[102] Cfr. D. Oliver, R. Austin, *Political and Constitutional aspects of the Westland Affair*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 40, n. 1, 1987, p. 27.

[103] Come riportano T. McMeeking, T. Heppell, A. Roe-Crines, *Prime Ministerial powers of patronage: Ideology and Cabinet selection under Margaret Thatcher 1979-1990,* cit., anche dall'esterno, ovvero dalla stampa dell'epoca, questo stratagemma di M.T. fu visto come un modo per umiliare politicamente Moore. Basti pensare, a titolo esemplificativo, ai titoli di alcune rinomate testate giornalistiche dell'epoca fra cui *Today* e The *Daily Mail* che titolarono, rispettivamente «*Moore publicly humiliated*» e «*Moore empire sliced in a half*».

[104] Spiega bene gli intenti e gli effetti della Poll *Tax.* G. Cerina Feroni, Margaret Hilda Thatcher, in A.Torre, *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, cit., pp. 1025 ss. L'A. spiega come la Poll Tax mirasse a riformare il sistema di tassazione dei Consigli comunali fondato interamente sul numero di immobili stanziati sul proprio territorio. La Thatcher, dal canto suo, voleva istituire un sistema di tassazione slegato dagli immobili, introducendo un meccanismo parificatorio e appiattendo, così, le differenze fra i vari comuni.

Questo abbandono eccellente, nei fatti, ha segnato il punto finale del declino della «Lady di ferro», che, oramai, si trovava al cospetto di un *Cabinet* sempre più ostile e privo di personalità dal forte peso politico: soltanto pochi mesi prima, infatti, si erano dimessi ministri del calibro di Norman Fowler (pur se per ragioni familiari), Peter Walker e, su tutti, il capo del Tesoro Nigel Lawson, in forte dissenso con il consigliere economico del *Prime Minister* Alan Walters[105].

La grande frequenza al ricorso «potere di rimpasto proprio» ha contraddistinto anche l'altra longeva esperienza di governo dell'ultimo quarantennio della storia britannica, ovvero il decennio di premierato di Tony Blair il quale, addirittura, si era spinto a sostenere si fosse stabilita «a *kind of convention that it should be done every year*»[106].

Seppure, in passato, l'intersecazione della struttura partitica del *Labour* con *trade unions*, associazioni culturali e altre disparate formazioni sociali, aveva ristretto considerevolmente la libertà di azione del PM di turno nella formazione dei Governi[107], la straordinaria forza della *leadership* di Tony Blair è stata in grado di rovesciare questo delicato paradigma[108].

Lo slogan elettorale «*New Labour, New Britain*» disvelava non solo un cambiamento ontologico e strutturale interno al partito, ma anche, sul piano esterno, un originale metodo di governo più personalistico e slegato dai vincoli sindacali ed associazionistici che, invece, da sempre avevano procedimentalizzato le decisioni nei periodi di governo dei *Labour*.

Ciò che più colpiva, però, era la moderna impronta aziendalistica nell'organizzazione e pianificazione dell'attività di governo e di partito, tesa unicamente all'irrobustimento della *leadership* e, solo in subordine, della *premiership*, in netta controtendenza con la classica interpretazione di questo distico[109].

Alla prevalenza della *leadership* conseguiva una crescente «informalizzazione» di tutta l'attività di governo e del processo decisionale, con l'aumento di momenti non collegiali e ufficiosi, che saranno conosciuti poi come «*sofa style government*»[110]; contemporaneamente, la *premiership* di Blair, imperniata sulla logica efficientista del «*political delivery*», promuoveva

---

[105] Per una dettagliata scansione temporale delle varie dimissioni si consenta rimandare a R.K. Alderman, N. Carter, *A Very Tory Coup*: *The ousting of Mrs. Thatcher,* cit., p. 126.

[106] Così T. Blair, *A Journey*, Londra, 2010, p. 593. In verità, la dottrina politologica (su tutti, Kam e Indridason nel loro saggio del 2005 *Cabinet Reshuffle e Ministerial Drift*) ha eccepito l'eccessiva riduttività di tale definizione, poiché non tiene conto della natura ontologicamente strategica dei *reshuffles*, che, invece, soddisfano motivazioni prettamente politiche come il consolidamento del potere e la composizione di frizioni intrapartitiche.

[107] A.Torre, *Il Cabinet system da Thatcher a Blair: leadership e costituzionale*, cit., p. 187.

[108] La volontà di Blair di ampliare il bacino di sostegno e legittimazione del *Labour* emerge, in tutta la sua interezza, in alcune sue posizioni di netta rottura politica con il passato, assunte prim'ancora che si insediasse a *Downing Street*. Fra queste, merita di essere segnalata la sua ferma contrarietà alla clausola dei c.d. *closed shop* che obbligava i lavoratori che volessero avvalersi dei contratti collettivi ad affiliarsi al sindacato che lo aveva previamente stipulato. Ancora, più significativo dal punto di vista storico e politico, è stato l'immediato annuncio di modifica della clausola IV dello statuto del Partito: questa, approvata nel congresso del 1918, inseriva fra gli obiettivi del Partito il controllo dello Stato sui mezzi di produzione e distribuzione, che si traduceva, nei fatti, nella negazione della proprietà privata.

[109] F. Clementi, *Anthony* Charles *Lynton Blair. L'innovatore,* in A.Torre, *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, cit., spec. p. 1076.

[110] *Ibid.*

e dei dipartimenti ministeriali (c.d. rimpasti impliciti)[111], a seconda delle linee programmatiche prestabilite.

La minore «cura» della premiership fu un effetto del *cronyism,* ovvero la tendenza di Blair a nominare in posizioni governo solo membri del suo *inner circle*, che, logicamente, ha contribuito in maniera decisiva all'indebolimento del Gabinetto, quale istituzione complessivamente intesa.

Paradossalmente, la svalutazione del momento collegiale dell'Esecutivo ha facilitato la parallela affermazione in posizioni di assoluto rilievo delle poche voci critiche in seno al *Cabinet*, ovvero Gordon Brown (*Chancellor of Exchequer*) e John Prescott (*Deputy Prime Minister*).

Il *cronyism* dell'epoca blairiana non ha impedito la crescita di queste due *big beasts of the jungle*[112] che, in quanto tali, detenevano massima libertà nelle modalità di conduzione del dipartimento di propria competenza e godevano, seppur nello scontro dialettico, di una posizione privilegiata nei confronti di Blair, che ben si è guardato dal compiere l'errore di estrometterli o allontanarli dal governo[113].

Prescott, in particolare, nel primo Gabinetto Blair, al ruolo di vicario del PM, assommava pure le funzioni inerenti al neocostituito *Department of Environment, Transport and Region* che però, a partire dal 2001, venivano assegnate ad un altro membro del Governo.

Sinteticamente, dovendo tirare le somme del primo gabinetto Blair, può dirsi che la vicenda più eclatante ha riguardato Peter Mandelson: «*the Tony's Man*»[114], con il primo *reshuffle* del 1998, era messo a capo del *Department for Trade and Industry*, ma, dopo lo scandalo del presunto prestito di Geoffrey Robinson per l'acquisto di una casa a Londra[115], veniva prontamente licenziato dal Gabinetto.

L'anno seguente era richiamato come *Northern Ireland Secretary*, ruolo sino al 2001, quando un nuovo scandalo relativo questa volta a sue sospette richieste di passaporti, ne sanciva il definitivo allontanamento dal Governo, sino a quando, nel 2008, Gordon Brown lo ha nominato *Secretary for Business, Innovation and Skills*.

Anche nel secondo mandato di Blair, dopo il trionfo elettorale del 2001, vi sono stati molti *reshuffles*: a quello «principale» del 2002, se ne era aggiunto nel 2003 uno «implicito», dal quale era disceso anche un notevole cambiamento sul piano costituzionale, quale la creazione del *Department of Constitutional Affairs*, con lo scopo di separare gli «*executive and judicial system*» e di accorpare gli *Scottish and Welsh Departments*.

5. Il *cabinet reshuffle* nella logica di governo di coalizione: regole giuridiche e dinamiche politiche

La staffetta «incompiuta» tra Blair e Brown ha segnato il tramonto del Governo laburista, certificato con la sonora sconfitta alle elezioni del 2010, che ha consegnato una situazione

[111] A. Torre, *Poteri del Primo Ministro e organizzazione ministeriale nell'esecutivo di Tony Blair, cit.,* p. 235.
[112] Secondo la definizione che ne diede Bagehot, *Rumble in the Jungle*, *The Economist*, 2008.
[113] Questa è la lettura di A. King, N. Allen, «*Off with their heads*»: *British Prime Minister and the Power to Dismiss, cit.*
[114] La stampa prese a chiamare così Peter Mandelson che, come noto alle cronache, ricoprì un ruolo decisivo nel delicato passaggio di consegne del 1994.
[115] Sull'argomento, *ex multis,* si rimanda a *The Mandelson loan scandal*, in *The Guardian*, 17 ottobre 2000.

di *hung parliament*[116], anche a causa del sorprendente risultato dei liberaldemocratici guidati da Nick Clegg.

Nonostante la storica e consolidata predilezione dei *libdems* per i laburisti, le riserve covate sulla leadership di Gordon Brown hanno spinto Clegg alla stipulazione del *Coalition Agreement for Stability and Reform* con i *Tories*, che portò David Cameron al *Number Ten* di *Downing Street*[117].

Tralasciando le prescrizioni dell'accordo di governo[118], questa inedita coalizione provocava delle leggere torsioni nella forma di governo britannica che, ineluttabilmente, investivano anche il potere di nomina e revoca dei primi ministri, vanificandone il tipico utilizzo a «strategic effect»[119].

L'assetto di coalizione strideva con la descritta alea di discrezionalità del Primo Ministro nella gestione delle questioni politiche interne al proprio governo, poiché le sue prerogative dovevano fisiologicamente retrocedere dinanzi al dogma della compartecipazione nella coalizione, necessario corollario del basilare principio di parità tra i *partners* della coalizione[120].

L'art. 1 del *Coalition Agreement*, infatti, si preoccupava di procedimentalizzare la nomina iniziale dei ministri del Gabinetto e di tutta la compagine di governo, rimarcando la necessità di un previo accordo tra il *PM* (Cameron) ed il *Deputy PM* (Clegg).

Nei paragrafi successivi veniva poi sancito il criterio della proporzionalità nella ripartizione dei ruoli di governo tra liberaldemocratici e conservatori in relazione alla consistenza rispettivi dei gruppi parlamentari[121] che poi, nella pratica, è stata disattesa.

Difatti, come di frequente accaduto in situazioni del genere, il *partner* di «minoranza» della coalizione ha approfittato del naturale tasso di disproporzionalità potendo vantare un

[116] I risultati elettorali del 2010 hanno registrato un vero e proprio trionfo dei liberaldemocratici che hanno toccato il 23%, pur raccogliendo «solo» 57 seggi. I *Tories* hanno riscosso il 36% del voto popolare e 306 seggi, quasi 50 in più dei *Labour* che riportavano il 29% (e 258 seggi).

[117] Per una dettagliata cronaca dei fatti *cfr*. E. Palici Di Suni, *David Cameron, in Il demolitore dell'Unione Europea o un Conservatore liberale e coerente?*, in A.Torre, *Storia Costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, cit., spec. pp. 1130 ss.

[118] L'accordo di governo del 20 maggio 2010, come naturale, conteneva delle reciproche concessioni tra i partiti della coalizione. La non trascurabile distanza ideologica tra le due compagini rese necessario l'inserimento, almeno su alcuni specifici punti controversi, di «*agreements to differ*»: fra questi, su tutti, spiccavano la riforma elettorale e l'installazione di nuove centrali nucleari.

[119] S. Berlinski, T. Dewan, K. Dowding, *Accounting for Minister: Scandal and Survival in British Government 1945-2007*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 2.

[120] Le categorie ed i principi qui astratti sono mutuati da G. Ferrara, *Il governo di coalizione*, Milano, 1973, pp. 90 e 93.

[121] Così il par. 2 dell'art. 1 del *Coalition Agreement*, disponibile in www.gov.uk.

ero di ministri superiore a quello che gli sarebbe in teoria spettato[122]: a questo plusvalore numerico, però, non è seguito un aumento nella capacità di incidere sull'agenda politica dell'Esecutivo, dal momento che Cameron, politicamente molto abile, era riuscito a tener lontani i *Libdems* dai ministeri chiave.

Nella frazione liberale dell'Esecutivo, perciò, sussisteva un rapporto inversamente proporzionale tra peso numerico e peso politico dei Ministri che, inevitabilmente, ne aveva diminuito le possibilità di ottenere vittorie politiche da rivendicare in occasione delle successive elezioni[123] provocando, così, un'*impasse* politico-costituzionale.

Si apriva uno scenario eccezionale nella storia post-bellica del *Westminster Model*[124], dal momento che si palesava l'urgenza procedere ad un *reshuffle* nell'ambito di un governo di coalizione, in cui, come accennato, ogni passaggio veniva proceduralmente aggravato, nel rispetto del clima di concertazione che ispirava l'accordo di governo.

La specifica previsione che Cameron, prima di poter cambiare e rimuovere ministri o membri del Governo, fosse tenuto a consultare e ad accordarsi previamente con Clegg[125] spiega nitidamente la sua ritrosia ai rimpasti che, malgrado alcune emorragie politiche, erano stati evitati due volte nel mese di maggio sia del 2011 che dell'anno seguente.

Alla fine, nel settembre del 2012, Cameron operava un massiccio *reshuffle* che, apparentemente, spostava verso destra l'asse ideologico del Governo e ricevendo, per questo, ingenti critiche anche dagli stessi *Tories*, che lo definivano «*a serious lurch* to the right»[126]; in realtà, Cameron, secondo parte degli analisti politici[127], non aveva approfittato al massimo delle

---

[122] Il Gabinetto era formato da diciotto ministri conservatori e cinque liberaldemocratici. Il divario numerico era più ampio se invece si consideravano i *junior minister*: cinquantanove conservatori e dodici liberaldemocratici. Si esprime nel senso della esistenza di disproporzionalità, T. Quinn, J. Bara, J. Bartle, *The Uk Coalition Agreement: Who Won?*, Journal of Elections, Public Opinion and Parties, 2011, pp. 295-315. L'A. nota che, nonostante la rappresentanza parlamentare dei *Libdems* fosse pari al 15,7% di tutta la coalizione, potevano contare sul 19,3% dei *frontbench portfolios*. I *LibDems* annoveravano ben cinque ministri nel *Cabinet,* anche se: Vince Cable (Business, Innovation and Skills), Chris Huhne poi sostituito da Ed Davey (Energy and Climate Change), Danny Alexander e poi Michael Moore (Scottish Office). Per T. Heppel, *Ministerial Selection and Portfolio Allocation in the Cameron Government,* in *Parliamentary Affairs*, 2014, spec.68-69, l'attribuzione della guida di questi dipartimenti ai Liberali rientrava nel disegno originario dei Conservatori di limitarne l'incidenza nell'agenda politica nazionale negando loro la guida di grossi dicasteri di spesa. In tal maniera, Cameron puntava a sfruttare il confinamento di Nick Clegg, quale *Deputy Prime* Minister, su argomenti di minor impatto popolare come la riforma della Camera dei Lords e della legge elettorale.

[123] In questo senso T. Bale, *I Don't Agree with Nick; Retrodicting the Conservative- Liberal Democrat Coalition*, *Political Quarterly,* 2011, p. 248.

[124] I Governi di coalizione non erano una assoluta novità nella storia costituzionale Britannica, anzi ne avevano occupato un segmento importante agli albori del XX secolo. Uno studio di pregevole importanza dal carattere ricostruttivo-sistematico si rinviene in R. Hazell, B. Young, *The Politics of Coalitions. How Conservative-Liberal Democrat Government Works*. Sulle dinamiche interne, anche in chiave comparata, della coalizione si consenta rimandare W. Bogdanor, Coalition *Government in Western Union*, Londra, Heinemann, 1983, p. 11. L'A. si sofferma sul carattere «emergenziale» dei governi di coalizione, formatisi non in via rimediale ad una situazione di *hung parliament*, bensì per fronteggiare in maniera unitaria la guerra e la crisi economica.

[125] Così il par. 2 dell'art. 1 del *Coalition Agreement*, *cit*. Si prevedeva, nello specifico, che «*The Prime Minister, following the consultation with the Deputy Prime Minister, will make nominations for appointments of Ministers. The Prime Minister will nominate Conservative Party Minister and the Deputy Prime Minister will nominate Liberal Democrat Minister*».

[126] Così T. Heppel, *Ministerial Selection and Portfolio Allocation in the Cameron Government,* cit., spec. p. 74.

[127] C. Beckett, *The Art of Impossible: Cameron and the reshuffle, in blogs.lse.uk*.

stringenti regole per la «*leadership selection rules*» come modificate 1998 al fine rafforzarsi tanto che il suo rimpasto fu definito «*a tepid tweak*», ovvero un "lieve ritocco".
Gli equilibri di coalizione, formalmente, rimanevano invariati dal momento che i *Libdems* continuavano a dirigere i cinque ministeri di cui erano a capo – anche se con interpreti parzialmente diversi – e ad occupare lo stesso numero caselle nel *Government*, pur se in posizioni diverse, rinunciando alle posizioni ricoperte nei prestigiosi *Departments of Defence and Foreign and Commonwealth Office*, in favore dei più strategici *Departments of International Development* e *Agriculture*.
Questi cambiamenti non hanno impedito il successivo crollo elettorale dei *Libdem* alle elezioni del 2015 che hanno sancito il ripristino del modello *Westminster* nella sua integrità, di cui il *Coalition Government* aveva rappresentato solo una breve parentesi.

6. Conclusioni. Le reciproche contaminazioni tra forma di governo italiana e britannica e le prospettive dell'introduzione del potere di revoca in Italia

Le oscillazioni politico-istituzionali d'oltremanica, come si è avuto modo di vedere, hanno influenzato la gemmazione empirica dello strumento del rimpasto.
L'inedito assetto coalizionale – rapidamente esauritosi nel panorama britannico – ha palesato tutta la comprensibile difficoltà di adattamento al prisma dell'accordo politico formalizzato e procedimentalizzato di una forma di governo che ha tradizionalmente declinato il principio della flessibilità sotto la lente dell'immediatezza e dell'agilità decisionale, a scapito talvolta dell'ecumenicità e della ricerca trasversale del consenso.
Per converso, in Italia, il fallimento della transizione politico-istituzionale[128] ha frenato la completa affermazione di un modello simil-Westminster il cui approdo, invece, si è curiosamente prospettato all'orizzonte nell'ultimo decennio con il ritorno all'impianto di coalizione.
Come autorevole dottrina ha attentamente rilevato[129], tutto il segmento temporale del governo di Matteo Renzi ha assunto i tratti somatici tipici della forma di governo inglese, tanto nel momento genetico quanto nel metodo di governo, guidato dal desiderio di trapiantare l'esperimento della «terza via» in Italia.
Sulle orme dei «paralleli» governi Blair, la metodica individuazione dei ministri ha risentito della svolta verso una *leadership* «di trascinamento»[130], con la prospettiva di realizzare un moderno Governo parlamentare-presidenziale di stampo neo-thatcheriano.

[128] Sul tema la letteratura è molto vasta. Si consenta qui segnalare, a titolo meramente esemplificativo, la celebre opera di A. D'Andrea (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione, 1987-1999*, Milano, 1999.
[129] In questo senso si sono espressi R. Chierchi, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la presidenzializzazione del Governo?*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2015, pp. 146 ss. e, successivamente, L. Dell'Atti, *Il governo di coalizione. Appunti sulla forma costituzionale di governo nelle* incertezze *della c.d. terza Repubblica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2022, p. 50.
[130] La proposta di un modello di Governo parlamentare-presidenziale risale a M. Foley, *The Rise of British Presidency*, Manchester, 1993, p. 2.

Prescindendo da qualsiasi giudizio politico intorno al tentativo di importazione del *New Labour* nell'ordinamento italiano, bisogna comunque sottolineare che, diversamente dai Governi Berlusconi, la fisiologica competizione interpartitica in una coalizione di governo molto snella e di chiara impostazione verticistica non è mai scaduta nella «direzione plurima dissociata»[131].

Tanto, almeno per un duplice ordine di ragioni difficilmente replicabili, ossia l'assoluta consonanza politica fra il Presidente del Consiglio ed i *partners* minori della coalizione e l'estrema frammentazione delle opposizioni. L'ibridazione italiana del modello inglese, tuttavia, si arrestava prematuramente con l'avvicendamento a Palazzo Chigi tra Matteo Renzi e Paolo Gentiloni ed il ritorno della separazione tra segretario di partito e Presidente del Consiglio che Leopoldo Elia, ormai più di un cinquantennio fa, individuava come uno dei punti di debolezza della forma di governo italiana[132].

Specularmente, la moderna realtà inglese si è mostrata insofferente al governo di coalizione, come ha dimostrato plasticamente la breve fortuna del *Fixed Term Parliamentary Act*, adottato durante il primo governo Cameron e, dopo la forzatura legislativa di Johnson nel 2019, subito abrogato definitivamente nel 2022 con il *Dissolution and Calling Act*[133].

Il breve intervallo di coalizione inglese metteva in luce l'inconciliabilità tra revoca dei ministri e governo di coalizione, un assioma che in Italia continua a trovare fondamento nella circostanza che i membri del Governo agiscano in qualità di rappresentanti dei partiti di maggioranza, sicché non ha «più senso parlare di un rapporto di fiducia personale ed i singoli ministri»[134].

La prassi si è modellata sullo schema dell'indicazione diretta dei ministri da parte del partito di maggioranza, per cui anche la proposta del Presidente del Consiglio ex art. 92 comma 2 Cost. restava subordinata alla volontà del partito, a cui, nell'ultimo decennio ha preso ad opporsi il Presidente della Repubblica, riaccendendo il dibattito sulla natura giuridica dell'atto di nomina.

Ciò spiega perché, nei primi anni della Repubblica, Alberto Predieri sosteneva la necessità di attribuire al Presidente del Consiglio il potere di proporre la revoca dei ministri[135], sull'assunto che la funzione di controllo dell'attività del titolare dell'ufficio fosse parimenti ripartita tra Parlamento e Presidente del Consiglio, che potrebbe così efficacemente mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo.

Vedremo, ora, in che modo la riforma del «premierato» proposta dal Governo Meloni, sostanzialmente antitetico rispetto alla matrice britannica, recepirà questa istanza di razion-

---

[131] E. Cheli, V. Spaziante, *Il Presidente del Consiglio e la sua Presidenza: dal disegno alla prassi. L'Istituzione governo: analisi e prospettive* in S. RISTUCCIA (a cura di), *L'istituzione governo – Analisi e prospettive*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 49.

[132] Per un approfondimento dell'articolata questione si rimanda a R. Chierchi, *L'esecutivo tra effettività costituzionale e revisione costituzionale: verso la presidenzializzazione del Governo?, cit.*

[133] *Ex multis* A. Osti, *Il Dissolution and Calling Act del 2022 e l'abrogazione del Fixed-Term Parliaments Act: Niente di nuovo sul fronte occidentale,* in Osservatorio Costituzionale, n. 3, 2022.

[134] G.U. Rescigno, *La Responsabilità politica,* cit., pp. 243 ss., poi ripreso da L. Paladin, voce *Governo Italiano*, *Enc. dir.*, 1970.

[135] A. Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei Ministri,* cit., p. 160.

alizzazione e, soprattutto, come si integrerà con la logica proporzionale e di coalizione che, almeno sino ad ora, non sembrano voler retrocedere.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-FB8

costituzionalismo britannico e irlandese

Giurisdizione costituzionale

La coda che scodinzola il cane. Il Northen Ireland Protocol al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Allister v. Secretary of State (2023)

Benedetta Barbisan
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Macerata

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

La coda che scodinzola il cane. Il Northen Ireland Protocol al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso Allister v. Secretary of State (2023)**

di Benedetta Barbisan*

Abstract (Ita): Nessuno poteva supporre che le vicende dell'Irlanda del Nord avrebbero accentuato la già sciagurata complessità dei negoziati fra il Regno Unito e l'Unione europea dopo Brexit. Invece, mentre Bruxelles e Londra tentavano di far funzionare i patti faticosamente raggiunti, un serio aggravio veniva dal Northern Ireland Protocol, così osteggiato da alimentare un aspro movimento di contrasto a causa delle modifiche che sembrava imprimere allo status costituzionale dell'Irlanda del Nord. Per questo, è stato impugnato da vari ricorrenti, fra cui due ex Primi ministri di Belfast, davanti a varie Corti. Con la sentenza Allister, la Corte Suprema si è da ultima misurata con i nodi tecnici e politici contestati. A dispetto della chiarezza limpida dei suoi argomenti, tuttavia, tale decisione non pare aver pronunciato la parola definitiva su questioni che, più per motivi politici che tecnici, sono destinate a esacerbare le frizioni costituzionali interne al Regno Unito.

Abstract (Eng): No one could have guessed that the events in Northern Ireland would accentuate the already wretched complexity of negotiations between the UK and the EU after Brexit. Instead, as Brussels and London tried to make the painstakingly achieved pacts work, a serious aggravation came from the Northern Ireland Protocol, which was so opposed that it fuelled a bitter backlash because of the changes it seemed to impose on Northern Ireland's constitutional status. For this, it was challenged by several appellants, including two former Prime Ministers from Belfast, before various Courts. With the Allister ruling, the Supreme Court has finally dealt with the contested technical and political knots. Despite the limpid clarity of its arguments, however, this decision does not appear to have uttered the final word on issues that, more for political than technical reasons, are bound to exacerbate the UK's internal constitutional frictions.

Parole chiave: Northern Ireland Protocol; Corte Suprema del Regno Unito; Constitutional Statutes

Keywords: Northern Ireland Protocol; UK Supreme Court; Constitutional Statutes

Sommario: Unione e disunione, constitutional statutes e ordinary statutes: i nodi dietro al caso Allister

Unione e disunione, *constitutional statutes* e *ordinary statutes:* i nodi dietro al caso *Allister*

La sterzata populista[1] inaugurata con la campagna elettorale dei *Tories* nel 2015 e il referendum del giugno 2016 che l'allora Primo Ministro David Cameron evidentemente pensava di poter usare a suo vantaggio, convinto di domarne i pericoli, ha militarizzato il lessico dei *Brexiteers* con una retorica bellica e nazionalista allusiva al *Dunkirk spirit* degli anni Quaranta, come se Bruxelles fosse la nuova Berlino e la Commissione europea il nuovo

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Macerata

[1] Osserva G. MARTINICO, *'Equilibrio precario'. La fragile architettura costituzionale britannica fra populismo e Brexit*, *federalismi*.it, 10/2022, pp. 133-148 come non sia un caso che sia stato un referendum, 'camaleontico e rischioso', a innescare un catastrofico impatto sulle istituzioni. Si veda anche A. ALEXANDER-COLLIER, *David Cameron, Boris Johnson and the 'Populist Hypothesis' in the British Conservative Party*, 20 *Comparative European Politics* 527 (2022).

Reichstag[2]. Via via che il pubblico si faceva più scettico di fronte alla praticabilità di una *Brexit* in grado di rimuovere atraumaticamente quarantacinque anni di permanenza nella Unione europea, si faceva più frequente il ricorso alla retorica di guerra per alimentare pericolose spaccature.

Nel giugno 2018, fu data alle stampe[3] una registrazione audio delle affermazioni decisamente imprudenti che l'allora Ministro degli Affari esteri del Regno Unito Boris Johnson aveva condiviso in una conversazione a porte chiuse tenutasi all'*Institute of Directors* di Londra con venti esponenti conservatori del gruppo thatcheriano *Conservative Way Forward*. In mezzo alle dichiarazioni temerarie rilasciate su Donald Trump, Vladimir Putin, la Cina e lo scenario internazionale, fece particolare scalpore quanto gli sfuggì sulle conseguenze che avrebbe avuto *Brexit*. Della questione del confine fra Irlanda del Nord e Repubblica di Irlanda, per esempio, ebbe spavaldamente a dire che si trattava di *«pure millennium bug stuff»* del resto, a suo dire erano così poche le imprese che lo valicavano regolarmente, così insignificante il problema che prestargli attenzione sarebbe stato come permettere alla coda di scodinzolare il cane. *«We're allowing the whole of our agenda to be dictated by this folly».*

Al netto della ruvidezza stolida di simili spacconate, al tempo poteva sembrare in effetti poco credibile che le vicende dell'Irlanda del Nord potessero da sole suscitare serie preoccupazioni, quando il governo britannico era già assorbito dalla sciagurata complessità dei negoziati con Bruxelles. I rapporti con Belfast erano stati l'incubo di Westminster e di Whitehall nei lunghi e tumultuosi anni della *direct rule* ma poi, dal 1998, si erano distesi, salvo sporadiche eccezioni, per merito della *devolution* laburista seguita al *Good Friday Agreement 1998*. Detto anche *Belfast Agreement*, costituito da due documenti[4] firmati dai governi britannico e irlandese e riconosciuti da otto movimenti o partiti politici nord-irlandesi, la portata storica del *Good Friday Agreement* risiede nel contributo dato al processo di pace per porre fine al conflitto fra cattolici separatisti e protestanti unionisti sotto l'egida del *principle*

---

[2] M. LEGGETT, *Brexit and War Rhetoric: An Electoral Strategy?*, 25 *Observatoire de la société britannique* 49 (2020). Sulla retorica post-referendaria, si veda anche D. JANET, P. RODET, *How Is Brexit Linguistically-Constructed? A Corpus Linguistic Analysis of Speeches by David Cameron, Theresa May and Boris Johnson*, 27 *Observatoire de la société britannique* 21 (2021); S. Marlow-Stevens, R. Hatton, *A Rhetorical Political Analysis of Theresa May's Statecraft on Brexit*, *Parliamentary Affairs,* aprile 2020; J. ATKINS, *Rhetoric and Audience Reception: An Analysis of Theresa May's Vision of Britain and Britishness after Brexit*, 42 *Politics* 216 (2022); Sten Hansson e Sandra Kröger, *Untruthful Brexit Rhetoric Has Undermined Representative Democracy in the UK*, *#LSEThinks*, The London School of Economics and Political Science, 9 febbraio 2021, accessibile alla pagina https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2021/02/09/untruthful-brexit-rhetoric-has-undermined-representative-democracy-in-the-uk/; dal punto comunicativo, S. Weaver, *The Rhetoric of Brexit Humour: Comedy, Populism and the EU Referendum*, Routledge, 2023.

[3] Ci si riferisce qui allo scoop di A. Spence, *Let Trump Handle Brexit: An Explosive Leaked Recording Reveals Boris Johnson's Private Views About Britain's Foreign Policy*, *BuzzFeed.News*, 7 giugno 2018, accessibile alla pagina https://www.buzzfeed.com/alexspence/boris-johnson-trump-brexit-leaked-recording?utm_term=.bfoXzn6M#.wfm6Bl1L.

[4] Il *Good Friday Agreement* è stato siglato il 10 aprile 1998 a Belfast ed è composto dal *Multi-Party Agreement* e dal *British-Irish Agreement*. È stato convalidato dagli elettori irlandesi e nord-irlandesi con due referendum tenutisi il 22 maggio 1998.

o il Regno Unito (maggioritarie al tempo della firma dell'accordo) sia verso l'Irlanda, fermo, però, in questo ultimo caso il principio del consenso della maggioranza degli elettori di Irlanda del Nord e della Repubblica di Irlanda[5]. Grazie alla pacificazione instauratasi dopo il 1998, dunque, lo stato attuale delle relazioni con Belfast sembrava privo di insidie ai fini della *Brexit*. Così fu almeno fino a quando non ci si avvide che alla malaugurata complessità dell'intero processo di uscita dall'Unione si aggiungeva la complessità nord-irlandese che Boris Johnson aveva insolentemente liquidato come un'appendice naturalmente irrilevante.

Neppure il guerresco inasprimento linguistico è bastato a rendere agevole ai Conservatori il governo delle conseguenze del referendum su *Brexit* e l'impatto sulle vicende nord-irlandesi. A quattro anni dalla *Brexit*, la questione resta politicamente e giuridicamente sdrucciolevole e tesa. Gli interlocutori sui due fronti, a Bruxelles e a Londra, sono stati per tutto il tempo alle prese con gli sforzi di far funzionare i termini pattuiti, mentre non accennavano a venir meno i problemi con Belfast, in buona misura dovuti al rifiuto del governo presieduto da Johnson di accettare un allineamento più deciso fra il *Protocol on Ireland/Northern Ireland*, abbreviato in *Northern Ireland Protocol*[6], con il diritto dell'Unione europea nell'ambito dello *EU-UK Trade and Cooperation Agreement*[7], specialmente in ordine alle cosiddette *Sanitary and Phyto-sanitary (SPS) Rules*[8].

Ma, accanto all'aggravio in sede negoziale, tali complessità si sono riverberate anche sullo status costituzionale dell'Irlanda del Nord. La prima versione del *Northern Ireland Protocol*,

[5] L'Articolo 1 del *Good Friday Agreement* dispone che i partecipanti *«(i) recognise the legitimacy of whatever choice is freely exercised by a majority of the people of Northern Ireland with regard to its status, whether they prefer to continue to support the Union with Great Britain or a sovereign united Ireland; (ii) recognise that it is for the people of the island of Ireland alone, by agreement between the two parts respectively and without external impediment, to exercise their right of self-determination on the basis of consent, freely and concurrently given, North and South, to bring about a united Ireland, if that is their wish, accepting that this right must be achieved and exercised with and subject to the agreement and consent of a majority of the people of Northern Ireland».*

[6] Parte dello *European Union (Withdrawal) Act 2018*, entrato in vigore il 1° gennaio 2021, per attendere alle *unique circumstances* riguardanti i rapporti fra l'Irlanda del Nord e il Regno Unito, da una parte, e quelli fra Irlanda del Nord e Unione Europea, dall'altra, il *Northern Ireland Protocol* garantisce l'applicazione delle regole del Mercato unico europeo e quelle doganali europee ai beni che valichino il confine fra l'Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda.

[7] Si tratta dell'accordo, entrato in vigore il 1° maggio 2021, concluso fra il Regno Unito, da una parte, e l'Unione Europea e la Comunità europea per l'energia atomica, dall'altra, con il quale sono stati regolati i regimi preferenziali in settori come il commercio di beni e servizi, quello digitale, la proprietà intellettuale, l'energia, la pesca, il coordinamento della sicurezza sociale, la cooperazione giudiziaria in ambito penale, la partecipazione ai programmi europei ribadendo l'adesione ai principi democratici, alla *rule of law*, al rispetto per i diritti fondamentali, alla non proliferazione delle armi di distruzione di massa e alla lotta contro il cambiamento climatico. Tali condizioni valicano i tradizionali accordi in materia commerciale e costituiscono le condizioni per il mantenimento di *«an area of prosperity and good neighbourliness characterised by close and peaceful relations based on cooperation» fra i due versanti della Manica. Insieme allo European Union (Withdrawal) Act 2018, emendato con lo European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 per il periodo di transizione fino alla fine del 2020 e con cui è stato abrogato lo European Communities Act 1972, esso costituisce la base giuridica delle relazioni bilaterali fra Londra e Bruxelles.*

[8] C. Murray, *Imposing Brexit onto Northern Ireland's Post-Conflict Governance Order*, in *50 Years On: Ireland and the UK In and Out of the EU*, in *Verfassungsblog*, 5 aprile 2023, accessibile alla pagina https://verfassungsblog.de/imposing-brexit-onto-northern-irelands-post-conflict-governance-order/.

all'interno dello *European Union (Withdrawal Act) 2018*, prevedeva un cosiddetto accordo di *back-stop* in base al quale, a meno di raggiungere una intesa per un nuovo accordo sulle relazioni tra Regno Unito e Unione europea, a partire dalla fine del periodo di transizione l'Irlanda del Nord sarebbe rimasta indefinitamente nell'Unione doganale europea mentre il Regno Unito sarebbe rimasto indefinitamente in un'area doganale unica al suo interno e con l'Unione europea. Londra avrebbe dovuto allinearsi al diritto europeo in un ventaglio di settori come il diritto della concorrenza e le norme sugli aiuti di Stato, la protezione dell'ambiente e gli standard di lavoro, mentre l'Irlanda del Nord avrebbe dovuto rispettare le norme del mercato unico europeo in materia di regolamentazione tecnica delle merci. Questo accordo di *back-stop* venne sostituito dalla versione del Protocollo del 2019.
Il Protocollo del 2019, contenuto nello *European Union (Withdrawal Agreement) 2020* prescrive che l'Irlanda del Nord si allinei alle norme doganali e del mercato unico dell'Unione europea, in special modo riferite alle merci, al fine di evitare una frontiera per così dire dura tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica di Irlanda. Il Codice doganale dell'Unione europea, la Tariffa doganale comune e un'ampia gamma di misure specifiche del mercato unico previste dal diritto europeo si sarebbero applicate al Regno Unito nei confronti dell'Irlanda del Nord. Al tempo stesso, però, l'Irlanda del Nord sarebbe comunque rimasta parte del territorio doganale del Regno Unito. Dazi doganali europei sarebbero stati necessari sulle merci provenienti dalla Gran Bretagna e destinate all'Irlanda del Nord solo quando considerate *at risk*, cioè potenzialmente dirette al mercato dell'Unione europea e per questo soggette alle tariffe doganali che si applicano ogni volta che un bene faccia il suo ingresso nel mercato unico europeo[9].
Per effetto di questa normativa, la dogana fra Regno Unito e Unione europea si è spostata lungo il Mare d'Irlanda che divide le due isole, per taluni arrivando illegittimamente a modificare lo *status* costituzionale dell'Irlanda del Nord all'interno del Regno Unito. In quest'ottica, la vicinanza economica di Belfast all'Unione europea in quanto parte del mercato unico implicherebbe per estensione un riavvicinamento alla stessa Repubblica d'Irlanda e minerebbe l'idea di un Regno autenticamente *Unito* che tenga insieme davvero la Gran Bretagna e l'Irlanda del Nord. L'ultimo episodio di queste tensioni ha per l'appunto riguardato la causa intentata da sette ricorrenti, fra cui due *ex* Primi Ministri dell'Irlanda del Nord – il già Premio Nobel per la Pace David Trimble del Partito Unionista *dell'Ulster e Arlene Foster* del Partito Unionista Democratico – prima davanti alla *High Court* dell'Irlanda del Nord, poi ancora alla *Court of Appeal* di Belfast e infine alla Corte Suprema del Regno Unito. Gli attori asserivano che il *Northern Ireland Protocol* indebolirebbe lo status di Belfast all'interno del Regno Unito proprio in ragione della costituzione *de facto* di una

[9] Per un esame assai minuzioso delle trasformazioni avvenute fra la prima e la seconda versione del protocollo, è utile rifarsi a AA.VV., *The October 2019 Eu-Uk Withdrawal Agreement*, House of Commons Library, 17 ottobre 2019, accessibile alla pagina https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-8713/CBP-8713.pdf.

ite di un intervento del Parlamento di Westminster, come sarebbe necessario quando sia in gioco l'esercizio di un diritto quale, per esempio, la libera circolazione, ma per azione del solo potere esecutivo, coinvolto nella adozione dei trattati internazionali resisi necessari alla disciplina successiva a *Brexit* e di cui il Protocollo è parte[10].

In occasione delle sentenze sul caso *Allister*, sono dunque venuti al pettine due nodi: quello *tecnico*, relativo al rapporto che intercorre fra i trattati internazionali, gli atti del Parlamento con cui essi sono stati formalizzati e i *constitutional statutes* su cui quegli atti sono suscettibili di imprimere delle modifiche, e quello politico, sintomo del disagio con cui gli Unionisti nord-irlandesi vivono la separazione fra Londra e Belfast procurata dal collocamento di una frontiera lungo il Mare d'Irlanda per il pagamento dei dazi doganali riscossi sulle merci che dalla Gran Bretagna giungono in Irlanda del Nord con il rischio di essere destinate al mercato unico europeo. Ripercorreremo, nelle prossime pagine, gli argomenti fondamentali delle decisioni di *High Court* e *Court of Appeal* per giungere alla pronuncia della Corte Suprema, rilevante sia da un punto di vista tecnico che da un punto di vista politico (corroborato dalla preminenza politica di alcuni fra gli stessi ricorrenti), pur nella inverosimiglianza di pronunciare la parola ultima e definitiva su questioni che, più per motivi politici che tecnici, sono destinate a esacerbare le frizioni costituzionali e interne al Regno Unito che *Brexit* ha innescato.

2. La Sezione 7A del *Northern Ireland Protocol* e l'Articolo VI degli *Acts of Union* 1800

Dopo la vittoria del partito conservatore alle elezioni generali del maggio 2015, con lo *European Union Referendum Act 2015* il Parlamento di Westminster pose le fondamenta per il referendum con cui pronunciarsi per il recesso dall'Unione europea. Si concretizzava così la promessa annunciata con il manifesto politico *Strong Leadership. A Clear Economic Plan, A Brighter, More Secure Future*[11]. Il 23 giugno 2016, 46,5 milioni di elettori britannici – pari al settantadue percento della popolazione – furono chiamati alle urne e di questi circa 33,5 andarono a votare. Lo scarto a favore del *Leave* fu di poco meno di un milione e trecentomila preferenze, a cui deve aggiungersi la disparità del voto fra Scozia e Irlanda del Nord da una parte, decise a rimanere nell'Unione europea, e Inghilterra e Galles *pro-Brexit* dall'altra. All'insegna di una tale incontestabile divisione interna, racchiusa fra istanze di pluralismo multinazionale e ortodossia unionista, si è inaugurato un autentico *constitutional moment*, un tale punto chiave della storia politica britannica da coinvolgere tutti i *constitutional*

[10] Uno degli aspetti più controversi derivanti dalla *Brexit* è la crescita notevole di poteri normativi in capo al potere esecutivo in quanto, per modificare e abrogare la cosiddetta *retained EU law,* il governo ha ottenuto ampie deleghe (si veda sul punto C. FASONE, *L'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento britannico durante il processo della Brexit: alcune luci e molte ombre*, *federalismi.it*, 10, 2022, pp. 68-83).

[11] Il *Conservative Party Manifesto 2015* (accessibile alla pagina https://www.theresavilliers.co.uk/sites/www.theresavilliers.co.uk/files/conservativemanifesto2015.pdf) dedicava una apposita sezione (*Real Change in Our Relationship with the European Union*) nella quale si dichiarava di credere *«in letting the people decide: so we will hold an in-out referendum on our membership of the EU before the end of 2017»* (p. 72).

bodies e da mutare l'interpretazione di parti determinanti della Costituzione[12]. Già dagli anni Novanta, però, avevano preso avvio riforme di considerevole impatto costituzionale come lo *Scotland Act 1998*[13], il *Government of Wales Act 1998*[14], il *Northern Ireland Act 1998*[15], lo *Human Rights Act 1998*[16], lo *House of Lords Act 1999*[17] e il *Freedom of Information Act 2000*[18].
Fra i vettori di maggiore e profonda trasformazione del diritto britannico figura l'ingresso del Regno Unito nell'Unione europea, avvenuto il 1° marzo 1973 dopo l'entrata in vigore dello *European Communities Act 1972*: in quel frangente, il diritto comunitario venne incorporato nell'ordinamento britannico, creando così una nuova fonte del diritto interno, a

[12] C. MARTINELLI, *La Brexit come* 'constitutional moment', in C. Fasone, C. Martinelli (a cura di), *L'impatto della Brexit sul modello Westminster*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 24.
[13] È la legge con la quale è stato istituito il Parlamento scozzese in seguito all'esito positivo del referendum dell'11 settembre 1997 a favore della devoluzione del potere legislativo dopo che un primo tentativo non propriamente riuscito era stato intentato sempre dal Partito laburista nel 1979 e subito liquidato dal Partito conservatore, contrario al decentramento e uscito vincente dalle elezioni generali che si tennero poco più tardi.
[14] A seguito dell'esito positivo registrato con il referendum tenutosi il 18 settembre 1997 a favore dell'autogoverno del Galles dopo che, nel 1979, il primo referendum in materia aveva invece riscosso una larga contrarietà, inibendo il dibattito sulla *devolution* per una generazione, il *Government of Wales Act 1998* ha creato la National Assembly (Senedd Cymru) – il cui limitato potere legislativo è stato prima affermato dal *Government of Wales Act 2006* e poi esteso dal referendum del 3 marzo 2011, dal *Wales Act 2014* e dal *Wales Act 2017* – e l'ufficio dell'Auditor General, titolare del potere di revisione sulla contabilità del governo gallese e di altre autorità locali.
[15] Con l'abrogazione del *Government of Ireland Act 1920* nelle parti in cui affermava la divisione dell'Irlanda e del *Northern Constitution Act 1973*, in linea con il processo di pace culminato con il *Belfast Agreement* del 1998 e con l'adesione alla Unione europea, il *Northern Ireland Act 1998* ha disposto che «*Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll […]. But if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*».
[16] Lo *Human Rights Act 1998* incorpora i diritti garantiti dalla CEDU nel diritto interno di Inghilterra, Galles e Scozia. Atto di punta della rivoluzione blairiana laburista sotto lo slogan *Bringing Rights Home,* sin dal 2005, dopo la sentenza della Corte EDU *Hirst v United Kingdom (No. 2)* (Corte EDU, 6 ottobre 2005, ric. n. 74025/01) e la tensione fra la legislazione interna sui diritti politici dei detenuti, segnatamente la Sezione 3 del *Representation of the People Act (ROPA) 1983*, e l'art. 3 del Protocollo 1 della CEDU. Già durante la campagna elettorale del 2010 venne avanzata la proposta di *repeal* dello HRA, mentre il tentativo più recente, il *British Bill of Rights*, ha costituito un argomento portante dell'agenda politica del governo di Boris Johnson. Sul tema, sia consentito rinviare a B. BARBISAN, *Il nuovo British Bill of Rights e la public ownership dei diritti nel Regno Unito*, in *Rivista di Diritti Comparati*, n. 3/2022, pp. 791-825.
[17] Con lo *House of Lords Act 1999,* i componenti della Camera Alta sono stati ridotti da 1 330 a 669, la cui maggioranza era costituita da circa settecento pari a vita, ventisei arcivescovi e vescovi della Chiesa di Inghilterra e novantanove pari ereditari.
[18] Il *Freedom of Information Act 2000* prevede il diritto di accesso a tutti i tipi di informazioni registrate in possesso della maggior parte delle autorità pubbliche del Regno Unito (*House of Lords, House of Commons, la Northern Ireland Assembly, la National Assembly for Wales*, i dipartimenti governativi, le autorità locali, il *national Health Service*, le scuole, le università e la polizia) e dei loro fornitori di servizi. Stabilisce inoltre delle esenzioni e impone una serie di obblighi a tali autorità pubbliche, a partire dal dovere di sviluppare dei piani di pubblicazione delle informazioni (quali rendere note, in quale forma e quali dettagli sui costi).

ia del diritto europeo[19]. Prima della sentenza *Factortame* della Corte di giustizia europea, non era mai accaduto che venisse messa in discussione la tradizionale concezione della sovranità del Parlamento di Westminster che lo vede libero di approvare leggi in qualsiasi materia senza che tali atti siano sottoposti ad alcuno scrutinio. All'unico limite conosciuto secondo il quale il Parlamento attuale non può usare dei suoi poteri per limitare i poteri di un Parlamento futuro si aggiungeva ora la preferenza accordata al diritto comunitario fino al punto di disapplicare le leggi del Parlamento se in contraddizione con la Carta di Nizza[20].

La successiva pronuncia della *House of Lords* sul caso *Factortame*[21] fu in qualche misura uno spartiacque nella dottrina costituzionalistica britannica nella parte in cui suggeriva di riservare uno speciale trattamento allo *European Communities Act 1972* sottraendolo all'*implicit repeal* da parte di eventuali atti del Parlamento che disponessero in difformità con esso[22]. In quegli stessi anni, la pressione proveniente dalla Convenzione EDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo conduceva le Corti britanniche a insufflare nuovo alito al *principle of legality*, ossia la presunzione per la quale il Parlamento non intenderebbe violare diritti fondamentali a meno che non dichiari tale finalità *apertis verbis.* La nuova linfa che animava il *principle of legality* abilitò, dunque, una interpretazione più restrittiva della legislazione in nome della tutela dei *constitutional common law rights*[23].

Lo scudo all'*implicit repeal* proposto da *Factortame* per lo *European Communities Act 1972*, da una parte, e il *principle of legality*, dall'altra, si saldarono in occasione della decisione *Thoburn v. Sunderland City Council*[24], riguardante un possibile contrasto fra un *constitutional statute* come lo *European Communities Act 1972* e una legge ordinaria come il *Weights and Measurements Act 1985*. Lord Justice Laws asserì di non ravvisare alcun conflitto fra le due fonti giacché lo *European Communities Act 1972* non era soggetto agli effetti dell'*implicit repeal*, come *Factortame* aveva già decretato, ma proseguì chiarendo che, in via generale, tutti i *constitutional statutes* potevano essere modificati o abrogati unicamente quando il Parlamento

[19] CGUE, *R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport*, C 213/89, 19 giugno 1990. Una società di pescatori spagnoli portò in giudizio davanti alla Corte di Lussemburgo il governo britannico per violazione dell'allora diritto comunitario nella misura in cui l'iscrizione dei pescherecci nei registri del Regno Unito era consentita unicamente alle navi la cui proprietà effettiva (*beneficial ownership*) appartenesse a un armatore britannico o a una società per il 75 percento britannica.

[20] Corte Suprema del Regno Unito, *Benkharbouche v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Libya v Janah* [2017] UKSC 62, 18 ottobre 2017.

[21] *R v Secretary of State for Transport, ex p. Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603 (HL).

[22] In difetto di veri e propri argomenti a suffragio, *Factortame* finì per generare una buona dose di disorientamento: così, per esempio, P. CRAIG, *Britain in the European Union*, in Jeffrey Jewell e Dawn Oliver (a cura di), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University press, 2011, pp. 115-121.

[23] Si rimanda, fra gli altri, a *Secretary of State for the Home Department, ex parte Pierson* [1997] UKHL 37; [1998] AC 539; [1997] 3 All ER 577; [1997] 3 WLR 492 e a *Secretary of State for the Home Department, ex parte Simms* [1999] UKHL 33; [2000] 2 AC 115; [1999] 3 All ER 400; [1999] 3 WLR 328. Si veda, in generale, Jason N.E. Varuhas, *The Principle of Legality*, 79 *Cambridge Law Journal* 578 (2020).

[24] [2002] EWHC 195 (Admin), [2003] QB 151.

utes le garanzie dirette inizialmente allo *European Communities Act 1972* e resa necessaria in via generale l'esplicitazione degli intenti abrogatori del Parlamento che il *principle of legality* raccomandava a tutela dei diritti di *common law*[25]. Per questa via, tutte le fonti costituzionali di provenienza parlamentare (*statutory*) come lo *European Communities Act 1972* potevano ricevere lo stesso grado di protezione garantito dal *principle of legality* ai diritti di *common law*[26].

Tale ricostruzione è necessaria ai fini non solo di una rassegna delle molte evoluzioni sul fronte del diritto interno azionate dalla *membership* del Regno Unito all'Unione europea, ma di una migliore comprensione del principale (non esclusivo) sfondo su cui si è stagliata la pronuncia in esame: il conflitto fra il *Northern Ireland Protocol* (la legge ordinaria) e gli *Acts of Union* 1800[27] (il *constitutional statute*).

Le contestazioni dei ricorrenti costituitisi davanti alla *High Court* di Belfast ruotavano per l'appunto principalmente intorno alla presunzione che il *Northern Ireland Protocol* violasse l'Articolo VI[28] degli *Acts of Union 1800* che concerne il principio del *same footing*, vale a dire che i sudditi della Gran Bretagna e quelli dell'Irlanda devono stare sullo stesso livello. Questa parità di opportunità, di accessi e di trattamento è declinata secondo i due cardini che costituiscono l'Articolo VI – quelli che la Corte Suprema qualifica come il *trade limb* e il *treaty limb*: il commercio (irlandesi e britannici godono di pari dignità e diritti nell'ambito del *trade and navigation in all ports and places in the United Kingdom and its dependencies* e gli effetti dei trattati «*in all treaties made by his Majesty […] subjects of Ireland shall have the same privileges and be on the same footing as his Majesty's subjects of Great Britain*». Sia sotto il *trade limb* che sotto il *treaty limb*, a tutti i cittadini, indifferentemente se situati in Gran Bretagna o in Irlanda, devono essere assicurate le medesime condizioni, gli stessi diritti e pari possibilità. Le obiezioni al Protocollo investivano la creazione di illegittime disparità fra i cittadini britannici e la conseguente violazione delle garanzie previste dagli *Acts of Union 1800* a causa delle diverse condizioni generate dalla frontiera doganale installata fra Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

---

[25] F. Ahmed, A. Perry, *Constitutional Statutes*, 37 *Oxford Journal of Legal Studies* 461 (2017).

[26] *Thoburn* ha aperto la via a successive decisioni sui criteri di risoluzione delle antinomie fra *constitutional statutes* e *ordinary statutes* (*H v Lord Advocate* [2012] UKSC 24, [2013] 1 AC 413; *R (Governors of Brynmawr Foundational School) v The Welsh Ministers* [2011] EWHC 519) e fra *constitutional statutes* (*R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [2014] 1 WLR 324).

[27] L'*Acts of Union 1800* comprende due atti paralleli rispettivamente approvati dal Parlamento di Westminster (*An Act for the Union of Great Britain and Ireland*, anche detto *Union with Ireland Act 1800*) e da quello irlandese (*Act of Union (Ireland)* 1800) con i quali si suggellò l'unione del Regno di Gran Bretagna con quello di Irlanda e la conseguente creazione del Regno Unito. Venne così messa fine alla cosiddetta *personal union* dell'Irlanda con l'Inghilterra sin dal *Crown of Ireland Act 1542* e la proclamazione su entrambe del re Enrico VIII.

[28] *«That it be the sixth article of union, that his Majesty's subjects of Great Britain and Ireland shall, from and after the first day of January, one thousand eight hundred and one, be entitled to the same privileges, and be on the same footing as to encouragements and bounties on the like articles, being the growth, produce, or manufacture of either country respectively, and generally in respect of trade and navigation in all ports and places in the United Kingdom and its dependencies; and that in all treaties made by his Majesty, his heirs, and successors, with any foreign power, his Majesty's subjects of Ireland shall have the same privileges, and be on the same footing as his Majesty's subjects of Great Britain».*

Nella prima sentenza, quella emessa dalla *High Court*[29], i giudici avevano in effetti rilevato un conflitto fra la Sezione 7A del Protocollo e il principio del *same footing* dell'Articolo VI. La Sezione 7A enuclea tre elementi basilari: in primo luogo, incorpora tutto lo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2019*, che contiene la seconda e ultima versione del *Northern Ireland Protocol*, nell'ordinamento giuridico britannico. In secondo luogo, fa sì che tutti i diritti, i poteri, le responsabilità, gli obblighi e le restrizioni che possono progressivamente sorgere in base al *Withdrawal Agreement* siano direttamente esigibili nel diritto britannico. Infine, assoggetta ogni atto normativo ai diritti, ai poteri, alle responsabilità, agli obblighi e alle restrizioni introdotti dal *Withdrawal Agreement*. La Sezione 7A, allora, affermava la supremazia del *Withdrawal Agreement*, trattato internazionale approvato, pur se con fatica, dal Parlamento di Westminster[30], rispetto a un *constitutional statute* come gli *Acts of Union 1800*.
Nondimeno, la *High Court* ritenne di poter superare queste contestazioni asserendo che il nuovo Protocollo, facente parte del *constitutional framework* del Regno Unito, potesse costituire un *repeal* del risalente Articolo VI fatto chiaramente espresso dagli intenti del Parlamento di Westminster: *«(t)he more general words of the Act of Union 1800 written 200 plus years ago in an entirely different economic and political era could not override the clear specific will of Parliament, as expressed through the Withdrawal Agreement and Protocol, in the context of the modern constitutional arrangements for Northern Ireland».* In prima istanza, dunque, le aporie fra le due fonti furono risolte avvedendosi della trasparenza con cui il Parlamento aveva manifestato la sua volontà di disporre in difformità con l'Articolo VI.
Il giudizio venne impugnato davanti alla *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord sulla base del principio per il quale la stessa supremazia degli *Acts of Union* 1800 quale *constitutional statute* ne escludeva l'abrogazione implicita da parte di un successivo atto del Parlamento per quanto costituzionalizzato, come la *High Court* affermava. Tuttavia, i giudici riconobbero, analogamente ai colleghi della *High Court*, un'intenzione cristallina del Parlamento di modificare la portata dell'Articolo VI. Essi osservarono che *«(t)he terms of Article VI are subj-*

[29] *Re Allister and Ors.* [2021] NIQB 64.
[30] Il trattato (*Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community*) fu respinto dalla Camera dei Comuni il 15 gennaio 2019 con una maggioranza di 230 voti, la bocciatura più ampia mai registrata nella storia del Regno Unito. Un secondo rigetto giunse il 12 marzo dello stesso anno con 149 voti. Sei giorni più tardi, fu lo *Speaker* della Camera dei Comuni John Bercow a rifiutarne la messa al voto sulla base di una convenzione parlamentare risalente al 2 aprile 1604, ai tempi dell'anticattolico Sir Edward Phelips, che vieta al governo di ripresentare per una seconda volta durante la medesima sessione parlamentare una mozione testualmente identica alla prima volta. Questi inciampi provocarono le dimissioni del Primo Ministro Theresa May, sostituita da Boris Johnson il 24 luglio 2019. Il 22 ottobre 2019, i deputati votarono a favore di una *Second Reading.* A seguito delle elezioni generali e della vittoria del Partito conservatore, si raggiunse l'approvazione con un margine di 358 favorevoli su 234 contrari. Dopo alcuni emendamenti suggeriti dalla Camera dei Lords, l'approvazione definitiva del Parlamento giunse infine il 23 gennaio 2020.

ect to the Protocol and so are clearly modified to the extent and for the period during which the Protocol applies»[31].

In ultima istanza, il ricorso davanti alla Corte Suprema del Regno Unito ha contestato la legittimità del *Northern Ireland Protocol* sia rispetto all'Articolo VI degli *Acts of Union 1800* che rispetto al *Northern Ireland Act 1998*. L'incompatibilità con l'Articolo VI interessava entrambi i suoi pilastri: sul fronte del *trade*, si contestava che la costituzione di una frontiera doganale fra le due isole violasse il principio del *same footing*, per esempio obbligando i nord-irlandesi a pagare le tasse sulle merci provenienti dalla Gran Bretagna e destinate al mercato unico dell'Unione europea, aggravio ignoto agli altri cittadini britannici. In quest'ottica, il confine economico lungo il Mare di Irlanda per avvicinare Belfast a Bruxelles finiva per isolare Belfast dal resto del Regno Unito e per renderla prossima più a Dublino che a Londra, causando uno specifico pregiudizio economico e commerciale ai nord-irlandesi rispetto a tutti gli altri sudditi britannici. Sul fronte dei *trattati*, si asseriva che l'Articolo VI, nella parte in cui dispone che gli effetti di un trattato internazionale debbano garantire il principio del *same footing* per i cittadini nord-irlandesi in tutte le questioni commerciali, ingiunge una *statutory restriction* all'azione del governo, impedito di porre in essere un trattato che, come il Protocollo, pregiudichi il principio del *same footing*.

L'incompatibilità con il *Northern Ireland Act 1998* era anch'essa duplice: in primo luogo, secondo i ricorrenti il Protocollo comportava una sostanziale diminuzione dello *status* dell'Irlanda del Nord all'interno del Regno Unito. Ai sensi della Sezione 1(1) del *Northern Ireland Act 1998*, però, qualsiasi variazione dello status dell'Irlanda del Nord non può avvenire se non previo consenso della maggioranza della popolazione nord-irlandese. Pertanto, la modifica dello status presuntamente prodotta dal Protocollo era da ritenersi illegale in difetto di un voto indetto tra i cittadini dell'Irlanda del Nord che ne accertasse l'approvazione.

In secondo luogo, i ricorrenti evidenziarono il contrasto fra la *consent resolution* delle *Protocol on Ireland/Northern Ireland (Democratic Consent Process) (EU Exit) Regulations 2020* e il *cross-community vote* della Sezione 42 del *Northern Ireland Act 1998*. Mentre le *2020 Regulations* dispongono che l'applicazione continuativa degli artt. 5 (*Customs, movements of goods*), 6 (*Protection of the UK internal market*), 7 (*Technical regulations, assessments, registrations, certificates, approvals and authorisations*), 8 (*VAT and excise*), 9 (*Single electricity market*) e 10 (*State aid*) del Protocollo sia approvata dalla *Northern Ireland Assembly* al raggiungimento della sola maggioranza semplice (*consent resolution*), la Sezione 42 del *Northern Ireland Act 1998* prescrive la procedura di voto cosiddetta *petition of concern*, un meccanismo mediante il quale, quando ne facciano richie-

[31] Per una ricostruzione capillare della lunghissima e altrettanto articolata sentenza *Allister and others v Northern Ireland Secretary* [2022] NICA 15, si veda Anurag Deb, Gary Simpson e Gabriel Tan, *The Union in Court, Part 2: Allister and others v Northern Ireland Secretary [2022] NICA 15*, 73 *Northern Ireland Legal Quarterly* 154 (2022).

ere sottoposto a un *cross-community vote*[32], che equivale alla necessità di ottenere una maggioranza sia fra gli unionisti che fra i nazionalisti per ottenerne l'approvazione. Le *2020 Regulations,* emanate dal Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord in esecuzione della Sezione 8c dello *European Union (Withdrawal) Act 2018,* finirebbero per prevalere su una fonte di rango primario come il *Northern Ireland Act 1998* con l'effetto di consentire la conferma della effettività degli articoli dal 5 al 10 del Protocollo con la sola maggioranza semplice della *consent resolution* anziché con il voto trasversale fra le due identità nazionali del *cross-community vote.*

Sul solco di quanto già decretato nelle due sedi giudiziarie precedenti, anche i giudici della Corte Suprema del Regno Unito hanno rigettato all'unanimità tutte e tre le contestazioni. In premessa, la pronuncia – molto più asciutta di quelle della *High Court* e della *Court of Appeal* – redatta da Lord Stephens (già giudice della *High Court* nord-irlandese e della *Court of Appeal* di Belfast) tiene a dare massimo rilievo alla misura del coinvolgimento del Parlamento sia nella fase preparatoria del recesso dall'Unione europea che nelle deliberazioni occorse per la sua formalizzazione.

Sul fronte della prima contestazione, quella relativa all'Articolo VI e ai suoi due cardini (*trade* e *treaties*), la Corte ricorda che il Protocollo è stato incorporato nel diritto britannico per effetto della Sezione 7A dello *European Union (Withdrawal) Act 2018*. La Sezione 7A (2), in particolare, stabilisce che *«obligations [and] restrictions» devono essere «(a) recognised and available in domestic law, and (b) enforced, allowed and followed accordingly».* In aggiunta, la Sezione 7A (3) esplicita che *«[every] enactment (including an enactment contained in this Act) is to be read and has effect subject to subsection (2)».* Poiché la Sezione 20 del *Withdrawal Act 2018* intende *enactment* come qualsiasi atto normativo *whenever passed or made*, allora se ne può concludere che lo stesso *Acts of Union 1800* altro non sia che un *enactment* il cui pilastro sul *trade* dell'Articolo VI è subordinato al Protocollo incorporato nel diritto britannico per il tramite della Sezione 7A (2). Non si tratta di un *repeal* dell'Articolo VI, giacché esso rimane nell'ordinamento seppur con le modifiche *«to the extent and for the period during which the Protocol applies».*

In merito al pilastro sui *trattati* dell'Articolo VI, la Corte conferma la *statutory restriction* imposta dall'Articolo VI contro la ratifica di quei trattati che non garantiscano ai sudditi nord-irlandesi il principio del *same footing* in materia commerciale (*trade*). Tuttavia, la sovranità del Parlamento consente di autorizzare la stipula di un trattato anche mediante una legge successiva che contraddica la *statutory restriction* contenuta in una normativa preced-

[32] Al momento dell'insediamento, ogni deputato è chiamato a depositare la sua *community designation* in una di queste tre categorie: *unionist*, *nationalist* o *other*. Grazie alla *cross-community procedure*, gli ultimi mancano del potere di veto di cui invece dispongono i primi due, favorendo l'appartenenza alla rappresentanza delle due comunità nazionali anziché dei gruppi indipendenti. Per i profili più critici di questa procedura di voto, si veda A. Schwartz, *How Unfair Is Cross-Community Consent? Voting Power in the Northern Ireland Assembly*, 61 *Northern Ireland Law Quarterly* 349 (2010) ma anche I. O'Flynn, *The Problem of Recognising Individual and National Identities: A Liberal Critique of the Belfast Agreement*, 6 *Critical Review of International Social and Political Philosophy* 129 (2003); D. L. Horowitz, *Explaining the Northern Ireland Agreement: The Sources of an Unlikely Constitutional Consensus*, 32 *British Journal of Political Science*, 193 (2002).

ente: in questo caso, il governo è stato autorizzato dallo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* ad adottare il Protocollo, anche se l'*Acts of Union 1800* sembrerebbe escludere di poterlo fare.

Per quanto sta, invece, all'incompatibilità con il *Northern Ireland Act 1998* e, in specie, con la sua Sezione 1(1), già nella decisione *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*[33] la Corte all'unanimità aveva stabilito che la Sezione 1 concerne solamente il diritto dei nord-irlandesi se restare nel Regno Unito o se unirsi con la Repubblica di Irlanda: *«(i)n our view, [Section 1] neither regulated any other change in the constitutional status of Northern Ireland nor required the consent of a majority of the people of Northern Ireland to the withdrawal of the United Kingdom from the European Union».*

Infine, in relazione all'ultima contestazione riguardante le *2020 Regulations* del Segretario di Stato in conflitto con la Sezione 42 del *Northern Ireland Act 1998*, la Corte ha ricordato che, durante i negoziati fra Londra e Bruxelles, fu concordato che in Irlanda del Nord l'applicazione del diritto dell'Unione fosse sottoposta entro due mesi dal termine del periodo di transizione a un *democratic consent* per garantirne la legittimità democratica. Tanto dispone, infatti, l'Articolo 18 del Protocollo[34]: ai sensi dell'Articolo 18, al governo britannico correva l'obbligo di disciplinare tale *democratic consent process*, cui ha infatti risposto emanando le *2020 Regulations* secondo quanto previsto dalla Sezione 8c (1) e (2) e dal Paragrafo 21 dell'Allegato 7 dello *European Union (Withdrawal) Act 2018*. Secondo i giudici, non si dà alcun contrasto fra le *2020 Regulations* e la Sezione 42 perché, già prima dell'intervento del Segretario di Stato, era stata la stessa Sezione 7A del *Withdrawal Act* ad aver modificato

[33] *Miller n. 1* [2017] UKSC 5 (24 gennaio 2017). La Corte Suprema del Regno Unito ha, in questo caso, stabilito che il governo britannico non potesse dare avvio al recesso dall'Unione europea con una notifica indirizzata al Consiglio dell'Unione europea come prescritto dall'art. 50 del Trattato sull'Unione europea senza che il parlamento lo avesse previamente autorizzato a farlo.

[34] L'Articolo 18 dettaglia il sistema in virtù del quale i deputati della *Northern Ireland Assembly*, terminato il periodo di transizione, saranno chiamati entro la fine del 2024 a deliberare il loro assenso all'effettività degli Articoli dal 5 al 10 del Protocollo. La *motion of continuation* degli Articoli 5-10 potrà essere proposta dal Primo Ministro e dal Vice Primo Ministro, ma eventualmente anche da qualsiasi deputato. Se l'Assemblea dovesse esprimersi contro tale mozione, dopo due anni gli Articoli 5-10 cesserebbero di esprimere i loro effetti. Non è interamente chiaro che cosa potrebbe seguirne a quel punto: il Joint Committee responsabile della implementazione ed applicazione del *Withdrawal Agreement* formulerebbe le sue raccomandazioni a entrambe le parti sulle eventuali misure alternative con cui sostituire la disciplina degli Articoli 5-10. Se la mozione sarà votata con il sostegno della sola maggioranza semplice, a stare alle dichiarazioni del governo britannico rilasciate nel marzo 2023, verrebbe condotta una verifica indipendente nei termini del *Windsor Agreement* che l'esecutivo di Londra si incaricherebbe di trasmettere al Joint Committee. Nel suo *Command Paper, Safeguarding the Union*, reso pubblico nel gennaio 2024, il governo britannico ha rinviato per l'eventuale amministrazione della verifica indipendente a quanto disposto nel *Windsor Framework (Constitutional Status of Northern Ireland) Regulations 2024*, in forza dal 20 febbraio 2024. Se, invece, la mozione dovesse essere approvata con la maggioranza assoluta, ne discenderebbe una durata della applicazione degli Articoli 5-10 per i successivi quattro anni, al termine dei quali si terrebbe una nuova consultazione. Qualora la mozione dovesse passare grazie a un *cross-community vote*, allora il voto successivo si terrebbe dopo otto anni. L'Articolo 18 dettaglia due strade per conseguire il *cross-community vote*: o con la maggioranza fra i deputati presenti e votanti al cui interno deve risultare la maggioranza dei presenti e votanti sia sul fronte degli unionisti che su quello dei nazionalisti oppure una maggioranza qualificata fra i deputati presenti e votanti (sessanta percento) che includa almeno il quaranta percento dei voti fra i deputati unionisti e nazionalisti presenti e votanti.

la Sezione 42. Pertanto, al momento della emissione delle *2020 Regulations*, il conflitto con la Sezione 42 non poteva più darsi per effetto delle modifiche nel frattempo intercorse che ora conferivano al Segretario di Stato il potere di porre in essere quei regolamenti.
Anche la Corte Suprema, dunque, ha respinto perentoriamente tutte le contestazioni presentate. La decisione non ha costituito e non costituirà verosimilmente l'ultima parola sulla vicenda, ma ha avuto un peso per nulla ininfluente sia sotto il profilo tecnico che sotto quello politico-diplomatico.

3. **Un punto di svolta, una parola definitiva?**

Ai sensi di quanto decretato dalla Corte Suprema del Regno Unito in *Allister*, siamo autorizzati a ritenere che la dottrina dei *constitutional statutes* sia stata definitivamente ripensata? Dobbiamo considerare archiviato il principio affermato in *Thoburn* secondo il quale i *constitutional statutes* resisterebbero a emendamenti impliciti, in affinità con quanto è garantito ai *common law rights*, nel momento in cui si proclama che la Sezione 7A del *Northern Ireland Protocol* (atto del Parlamento) imprime una modifica all'Articolo VI degli *Acts of Union* 1800 (*constitutional statute*)?
Ci sono diverse ragioni per rispondere negativamente a queste domande: una per tutte, è il caso di rammentare che la Sezione 7A del Protocollo assoggetta *esplicitamente* gli *Acts of Union 1800* al *Withdrawal Agreement;* quindi, ci sarebbe margine per ritenere che il *same footing* dell'Articolo VI sia addirittura stato abrogato, quantunque, invece, i giudici abbiano escluso che possa riconoscersi qui un *repeal*[35]. Lo abbiamo già ricordato *supra*: Lord Stephens ha ricostruito in premessa in modo inequivoco gli intenti chiarissimi del legislatore di consentire alla Sezione 7A di disporre in difformità con l'Articolo VI. Tale limpidezza non poteva che escludere in radice una lettura della volontà del Parlamento come un *implicit repeal* e farne discendere l'illegittimità della Sezione 7A al cospetto di un *constitutional statute* come *gli Acts of Union 1800*[36].
L'attacco frontale al *Northern Ireland Protocol* che ha preso di mira il suo contrasto con un *constitutional statute* quale *gli Acts of Union 1800* quale motivo dell'indebolimento dell'unione fra Gran Bretagna e Irlanda del Nord a causa della creazione di una dogana fra le due è stato innervato dalla vociante retorica degli Unionisti, convinti di poter assestare un colpo ferale al Protocollo e sperare così in una sua riscrittura. Invece, la Corte Suprema ha risposto, sostanzialmente ricalcando le argomentazioni della *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord, *with the deadest of dead bats*[37]: come nel cricket, al cui lessico l'espressione appartiene,

[35] In questa direzione anche A. Deb, *Allister and Peeples. The UK Supreme Court Looks at Brexit (Again)*, *Verfassungsblog*, 14 febbraio 2023, accessibile alla pagina https://verfassungsblog.de/allister-and-peeples/.
[36] Dello stesso avviso anche L. Edwards, *Allister and others v Secretary of State for Northern Ireland: A Summary of the 'NI Protocol' Case*, *Diritti comparati*, 10 maggio 2023, accessibile alla pagina https://www.dirittocomparati.it/allister-and-others-v-secretary-of-state-for-northern-ireland-a-summary-of-the-ni-protocol-case/.
[37] C. Murray, *Maybe We Like the Misery: The Culmination of the Northern Ireland Protocol Litigation*, *EU Law Analysis*, 8 febbraio 2023, accessibile alla pagina https://eulawanalysis.blogspot.com/2023/02/maybe-we-like-misery-culmination-of.html.

ha respinto le contestazioni dei ricorrenti con un movimento leggero, eppure capace di depotenziare completamente il colpo e farlo rovinare a terra.

Questa la risposta dei giudici al nodo tecnico della questione. E sul versante politico? Nemmeno tre settimane più tardi dalla pubblicazione della sentenza, una volta verificato che non c'era nulla di costituzionalmente illegittimo nel modo in cui il Protocollo interferiva con gli *Acts of Union 1800*, il Primo Ministro britannico Rishi Sunak e la Presidente della Commissione UE Ursula von der Leyen hanno annunciato l'intesa su un ulteriore accordo, il *Windsor Framework*[38], inteso a modificare le modalità di applicazione del *Northern Ireland Protocol* e, in particolare, utile a garantire stabilità e certezza ai cittadini e alle imprese nord-irlandesi nelle rispettive attività quotidiane nello spirito di un rinnovato e pieno impegno a mantenere quanto conquistato e consolidato con il *Good Friday Agreement*. Fugati i dubbi di incostituzionalità, dunque, si è aperta una possibilità di cooperazione con Bruxelles per mitigare molti degli effetti degli ostacoli al commercio contenuti nel Protocollo.

Il *Windsor Agreement* è occorso nel bel mezzo della più drammatica stagione nella storia nord-irlandese *post-Troubles*, cominciata nel gennaio 2017 con le dimissioni del Vice Primo Ministro dello Sinn Féin Martin McGuinness e il rifiuto di designare un sostituto, provocando la caduta anche del Primo Ministro unionista Arlene Foster. Per tre anni[39], governo e Assemblea hanno cessato dalle loro funzioni. Westminster ha evitato di imporre la *direct rule*, limitandosi a legiferare per conto dell'Irlanda del Nord quando necessario (fu proprio in questo periodo che venne cambiata la normativa sia in materia di matrimonio omosessuale[40] che di aborto[41]). Finalmente un governo è stato varato nel gennaio 2020, ma la stabilità ha avuto breve durata con le dimissioni del Primo Ministro Paul Givan nel febbraio 2022 per protesta contro gli accordi commerciali con Bruxelles dopo *Brexit* rappresentati dal *Northern Ireland Protocol*. Dopo altri due anni di paralisi, largamente dovuti agli attriti con il governo di Londra che neppure il *Windsor Agreement* è riuscito ad appianare, finalmente il 3 febbraio 2024 Michelle O'Neill, vicepresidente dello Sinn Féin, è diventata Primo Ministro: per la prima volta un leader repubblicano guida una coalizione con il Partito Unionista Democratico.

[38] AA.VV., *Northern Ireland Protocol: The Windsor Framework*, House of Commons Library, 21 marzo 2023, accessibile alla pagina https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9736/CBP-9736.pdf.
[39] D. Heenan, D. Birrell, *Exploring Responses to the Collapse of Devolution in Northern Ireland 2017-2020 through the Lens of Multi-Level Governance*, 75 *Parliamentary Affairs* 596 (2022).
[40] *Northern Ireland (Executive Formation etc.) Act 2019*.
[41] *Abortion (Northern Ireland) Regulations 2022*.

Esauritisi i rimedi in via giurisdizionale, almeno per il momento[42], non resta che la via diplomatica e l'eventuale inventiva della politica. Quello che a Boris Johnson sembrava niente più che un risvolto bagattellare dei negoziati per il recesso dall'Unione europea, quelle vicende nord-irlandesi così irrisorie da costituire un mero accessorio rispetto alla vera posta in gioco, hanno largamente contribuito a un periodo critico del costituzionalismo britannico, per nulla esaurito, che guarda con nostalgia all'impegno riformatore che, prima della voragine antieuropea, si è saputo dimostrare ben capace di superare persino i persistenti medievalismi della statualità britannica[43].

[42] *«A solution to the protocol was never going to be found in the courts. The government must consider this judgment, their own arguments to the court and take the steps necessary to replace the protocol with arrangements that unionist can support»:* così il leader del Partito Unionista Democratico Sir Jeffrey Donaldson nel giorno stesso della pubblicazione della sentenza *Allister* (Jane Croft e Jude Webber, *Uk Supreme Court Dismisses Northern Ireland Protocol Challenge*, *The Financial Times*, 8 febbraio 2023). James Hugh Allister, il primo dei ricorrenti, aveva dichiarato alla vigilia dell'avvio del procedimento davanti alla Corte Suprema *«Ultimately, the protocol requires political defeat»* (*NI Protocol Challenge Begins at Supreme Court*, *Irish Legal News*, 30 novembre 2022).

[43] Così, saggiamente, A. TORRE, *'Serial Miller'. Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE Online*, n. 4, 2019, p. 3089.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-72b

costituzionalismo britannico e irlandese

Giurisdizione costituzionale

Il delicato bilanciamento tra accesso all'aborto e libertà di manifestazione del pensiero: il caso delle Safe Access Zone in Irlanda del Nord

Antonia Baraggia
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Il delicato bilanciamento tra accesso all'aborto e libertà di manifestazione del pensiero: il caso delle Safe Access Zone in Irlanda del Nord**

di Antonia Baraggia*

Abstract (Ita): Il presente contributo riflette, a partire dal peculiare percorso Nord-Irlandese di regolamentazione dell'aborto, sulle implicazioni costituzionali della sentenza della UK Supreme Court Reference by Attorney General for Northern Ireland – Abortion Service (Safe Access Zones SAZ) Bill, avente ad oggetto l'istituzione di "Safe Access Zone" nel raggio di 100 metri dalle cliniche abortive al fine di proteggere l'autonomia e la dignità delle donne. Proprio per la delicatezza delle questioni giuridiche che una simile legislazione pone, la legge è stata portata dinnanzi alla UK Supreme Court dall'Attorney General per il Nord Irlanda, che ha invocato l'intervento chiarificatore della Corte alla luce, in particolare, di due profili: il primo riguarda la compatibilità di un simile bilanciamento con le previsioni della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU); il secondo la legittimità della legge in oggetto alla luce del riparto di competenze previsto dal Northern Ireland Act del 1998.Il presente contributo intende riflettere, a partire proprio dal commento del caso in esame, sul delicato bilanciamento tra libertà di espressione e libertà di accesso a una prestazione sanitaria, senza subire interferenze o intimidazioni.

Abstract (Eng): This contribution reflects, starting from the peculiar Northern-Irish path of abortion regulation, on the constitutional implications of the UK Supreme Court Reference by Attorney General for Northern Ireland - Abortion Service (Safe Access Zones) Bill, which concerned the establishment of 'Safe Access Zones' within a 100-metre radius of abortion clinics in order to protect women's autonomy and dignity. Precisely because of the sensitivity of the legal issues that such legislation raises, the law was brought before the UK Supreme Court by the Attorney General for Northern Ireland, who invoked the Court's clarifying intervention in the light, in particular, of two profiles: the first concerns the compatibility of such a balancing act with the provisions of the European Convention on Human Rights (ECHR); the second concerns the legitimacy of the law in question in light of the division of competences provided by the Northern Ireland Act of 1998. This contribution intends to reflect, starting precisely from the commentary of the case in question, on the delicate balance between freedom of expression and the freedom to access a health care service, without being interfered with or intimidated.

Keywords: aborto; Corte Suprema Regno Unito; libertà di espressione; CEDU; bilanciamento KEYWORDS: abortion; UK Supreme Court; freedom of expression; CEDU; balancing 1. Introduzione; 2. Prologo: il contesto nord-irlandese in materia di regolamentazione dell'aborto; 3. Il Safe Access Zones Bill; 4. Test di Proporzionalità e SAZ Bill: una analisi in concreto o in astratto? 5. La decisione della UKSC: il test di proporzionalità in astratto in azione; 6. Riflessioni conclusive

Sommario: 1. Introduzione; 2. Prologo: il contesto nord-irlandese in materia di regolamentazione dell'aborto; 3. Il Safe Access Zones Bill; 4. Test di Proporzionalità e SAZ Bill: una analisi in concreto o in astratto?; 5. La decisione della UKSC: il test di proporzionalità in astratto in azione; 6. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

Il 7 dicembre 2022 la *UK Supreme Court* si è pronunciata nella *Reference by Attorney General for Northern Ireland – Abortion Service (Safe Access Zones) Bill*[1].

Oggetto della Reference è la legge approvata dalla *Northern Ireland Assembly* nel marzo 2022 che prevede l'introduzione di zone protette intorno alle cliniche abortive, al fine di impedire nelle immediate vicinanze dimostrazioni antiabortiste, che possano intimidire le pazienti o i lavoratori delle cliniche stesse.

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano

[1] *Reference by Attorney General for Northern Ireland – Abortion Service (Safe Access Zones) Bill*, 2022 UKSC 32.

Si tratta di una tipologia di leggi che si riscontra già da tempo in alcuni ordinamenti come quello australiano[2], canadese[3] e in alcuni Stati americani, volta a tracciare il delicato e controverso bilanciamento da un lato tra la libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero e dall'altro la libertà di accedere a servizi abortivi da parte delle donne senza essere esposte a pressioni o interferenze indebite.
Proprio per la delicatezza delle questioni giuridiche che una simile legislazione pone, la legge è stata portata dinnanzi alla *UK Supreme Court* dall'*Attorney General* per il Nord Irlanda, che ha invocato l'intervento chiarificatore della Corte alla luce, in particolare, di due profili: il primo riguarda la compatibilità di un simile bilanciamento con le previsioni della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU); il secondo la legittimità della legge in oggetto alla luce del riparto di competenze previsto dal *Northern Ireland Act* del 1998.
In maniera del tutto anomala rispetto a decisioni inerenti questioni di devoluzione, la *UK Supreme Court* si è riunita per la decisione del caso in un panel di 7 giudici (di solito la corte decide nella composizione ordinaria di 5 giudici), sintomo della delicatezza e della complessità del caso in esame, e ha deciso il caso all'unanimità.
Il presente contributo intende riflettere, a partire proprio dal commento del caso in esame, sul delicato bilanciamento tra libertà di espressione e libertà di accesso a una prestazione sanitaria, senza subire interferenze o intimidazioni.
Per fare ciò sembra utile, in prima battuta, ripercorrere brevemente il percorso che ha portato alla liberalizzazione dell'aborto in Irlanda del Nord; in secondo luogo, verrà esaminata nel dettaglio la legislazione in oggetto ed infine si discuterà del ragionamento che ha portato la Corte ad avallare la compatibilità della norma in esame con le previsioni della CEDU.

2. Prologo: il contesto nord-irlandese in materia di regolamentazione dell'aborto

Per meglio comprendere il caso di specie, pare opportuno offrire al lettore un quadro di contesto entro cui la disciplina che qui si analizza si è sviluppata.
Il Nord Irlanda, come del resto la Repubblica d'Irlanda, si caratterizzava per una legislazione estremamente restrittiva in tema di aborto: esso, come si vedrà a breve, fino ai significativi cambiamenti apportati dal legislatore di Westminster, era ammesso solo in caso di rischio della vita della donna, mentre erano escluse tutte le altre cause giustificanti dell'aborto (violenza, incesto e malformazioni del feto, anche incompatibili con la vita).
Proprio questo impianto restrittivo è stato contestato dapprima nel 2018 di fronte alla *UK Supreme Court* chiamata a giudicare se tali restrizioni fossero o meno compatibili con le norme della CEDU, in particolare con gli articoli 8 e 3 CEDU[4]. La *Northern Ireland Human Rights Commission*, in particolare, affermava che la disciplina nord-irlandese, nel non prevedere tali eccezioni al divieto di abortire, configurava una violazione delle norme convenz-

[2] M.J. Rankin, *Safe Access Zone Legislation in Australia: Determining an Appropriate Legislative Template for South Australia and Western Australia*, in *University of Tasmania Law Review*, Vol. 39, n. 2, 2020, pp. 61 ss.
[3] M. Landrigan, *Protests outside Abortion Clinics: Constitutionally Protected Speech?*, in *Alternative Law Journal*, *41*(1), 2016, pp. 8-12.
[4] *In the matter of an application by the Northern Ireland Human Rights Commission for Judicial Review (Northern Ireland),* UKSC 27, 7 giugno 2018.

ionali, incorporate nell'ordinamento dell'Irlanda del Nord con lo *Human Rights Act* del 1998 ed in particolare con la protezione della vita privata e con il divieto di trattamenti disumani e degradanti.

Sul caso si era già espressa, accogliendo la posizione della *Human Rights Commission*, la *Irish High Court* nel 2013 ed invocando l'intervento del legislatore nord-irlandese al fine di sanare tale incompatibilità. Tale decisione è stata tuttavia impugnata in appello dinnanzi alla *Northern Ireland Court of Appeal*, che nel giugno del 2016 aveva invece negato qualsiasi incompatibilità della regolamentazione nord-irlandese con la protezione dei diritti della convenzione invocati in giudizio.

La *Human Rights Commission* ha impugnato a sua volta il giudizio d'appello dinnanzi alla *UK Supreme Court*, la quale, come si legge in apertura della sentenza, si è trovata a giudicare «*an unusually difficult case to resolve*»[5], tanto per la delicatezza delle questioni di merito in gioco, quanto per alcuni aspetti procedurali sollevati dall'*Attorney General* nord-irlandese, che contestava la legittimazione ad agire della *Human Rights Commission*.

L'esito della decisione e anche le divisioni all'interno della Corte, tanto sugli aspetti procedurali che sostanziali, rispecchiano fedelmente la particolare difficoltà del caso.

Dal punto di vista procedurale, la maggioranza (Lord Mance, Lord Reed, Lady Black e Lord Lloyd-Jones) hanno affermato che la *Human Rights Commission* non era legittimata (non aveva lo "*standing*") per sollevare in astratto il caso di incompatibilità della normativa nazionale rispetto alle norme convenzionali.

Tale affermazione si ricava tanto dal *Northern Ireland Act* (che ha istituito la *Human Rights Commission*, definendone i compiti), quanto dalla *Human Rights Act* del 1998 che definisce i rapporti tra l'ordinamento interno e il sistema convenzionale. In particolare, le *sections* 69 e 71 del *Northern Ireland Act* circoscrivono le competenze della *Human rights Commission*, affermando che «*the Commission may give assistance to individuals; and bring proceedings involving law or practice relating to the protection of human rights*». Ma, come si legge nella *Section* 71, simili *proceedings* non possono essere condotti in astratto, richiedendo che il ricorrente agisca a fronte di una concreta violazione dei suoi diritti protetti della Convenzione.

Alla luce di tale combinato disposto, come sostiene Lord Mance, «*it follows that the Commission's powers under sections 69 and 71 of the NI Act 1998 do not include either instituting or intervening in proceedings where the only complaint is that primary legislation, such as the 1861 Act, is incompatible with the Convention Rights. Neither the Westminster Parliament's enactment of, nor its or the Northern Irish legislature's failure to repeal or amend, the 1861 Act can constitute an "unlawful act" under sections 6 and 7 of the HRA: see the preceding paragraphs of this judgment. Such proceedings would not therefore involve any suggestion of an unlawful act within the meaning of section 7 of the HRA or, therefore, of section 71 of the NI Act*»[6].

Nonostante l'aspetto procedurale che preclude alla Corte di decidere il caso nel merito, pare estremamente significativo il fatto che i giudici della *UK Supreme Court* si siano comunque spinti a ragionare circa la compatibilità del regime nord-irlandese con i diritti della Convenzione, giungendo a riconoscere (con una maggioranza di 4 a 3) la violazione dell'art. 8 CEDU laddove in Irlanda del Nord non sia concesso l'aborto in caso di violenza,

[5] UKSC 27, 7 giugno 2018, cit., p. 3, par. 1.
[6] UKSC 27, 7 giugno 2018, cit., par. 58.

incesto, anomalie fetali e anomalie fetali incompatibili con la vita[7].
Solo due giudici (Lord Kerr e Lord Wilson) hanno rinvenuto anche una violazione dell'art. 3 CEDU in materia di trattamenti inumani e degradanti; mentre Lord Reed e Lord Lloyd Jones non hanno invece rinvenuto alcuna incompatibilità, tanto sotto il profilo dell'art. 8 che dell'art. 3.
Nonostante gli argomenti espressi dalla maggioranza dei giudici, la Corte, per i motivi procedurali summenzionati, non ha potuto procedere ad una dichiarazione di incompatibilità. Certamente, la deliberata volontà di non entrare nel merito della controversia non è priva di effetti: essa suona, infatti, come un monito al legislatore, seppur non vincolante, affinché la situazione di incompatibilità venga sanata.
A seguito dell'esito del referendum irlandese e della sentenza sopra analizzata, nuova linfa è stata fornita al dibattito politico circa la regolamentazione dell'aborto in Nord Irlanda, ormai divenuta la nuova linea di frontiera della campagna *pro-choice*.
Non è un caso, infatti, che il 5 giugno 2018 la parlamentare laburista, Stella Creasy, abbia portato all'attenzione della *House of Commons* il dibattito circa la necessità di abrogare le sezioni 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act* che rendono l'aborto un reato[8]. Il 23 ottobre è stato proposto dalla parlamentare Diana Johnson e da altri rappresentanti alla *House of Commons* un *"backbench" Bill*, l'*Abortion Bill* 2017-19[9], volto a riformare alcuni profili della disciplina dell'aborto in Inghilterra, Scozia e Galles, ma soprattutto a depenalizzare l'aborto in Nord Irlanda. La mozione, discussa in prima lettura il 23 ottobre è stata approvata da 208 voti contro 123 e considerata in seconda lettura il 23 novembre. La mozione non è stata infine approvata e, pertanto, è decaduta.
L'iniziativa dei parlamentari di Westminster, sebbene avesse fin da subito pochissime chance di condurre ad una modifica dell'attuale assetto legislativo, ha tuttavia infiammato il dibattito circa i rapporti tra Westminster e Stormont, con particolare riferimento alle interferenze del primo su materie devolute. L'aborto, infatti, ricade tanto nella sfera della materia penale che in quella della salute, e pertanto è da considerarsi una "*transferred matter*" ai sensi dell'art. 4.1 del *Northern Ireland Act 1998* ed un intervento di Westminster in un momento di istituzionale debolezza del governo nord-irlandese avrebbe potuto essere letto come «*a dangerous constitutional precedent of interference*»[10].
Alla luce di ciò e della delicatezza del tema della regolamentazione dell'aborto in una società altamente polarizzata come quella nord-irlandese lungo linee culturali e religiose, il Governo di Theresa May, già alle prese con la gestione della *Brexit*, non sembrava intenzionato ad introdurre un ulteriore elemento di tensione al confine nord-irlandese.

[7] Lady Black aderisce alla *opinion* di maggioranza solo nel caso di anomalie fetali incompatibili con la vita (*fatal foetal abnormalities*).
[8] S. Creasy mp, hc deb., 5 giugno 2018, vol. 642, cols. 205-212.
[9] *Motion for leave to bring in a Bill (Standing Order No. 23),* 23 ottobre 2018, *https://hansard.parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion.*
[10] F. Bruce, *Abortion*, HC deb., 23 October, vol. 648, 2018, p. 144: https://hansard.parliament.uk/commons/2018-10-23/debates/50C9945E-B8A1-4B95-BE24-70A76897288B/Abortion.

Tuttavia, un nuovo corso sembra essersi aperto con il *Northern Ireland Executive Formation Act*[11] del 2019, il quale prevedeva una sezione circa i doveri del governo nordirlandese di regolamentare alcune materie, tra cui l'aborto. In particolare, la sezione 9 di tale atto disponeva che le autorità nordirlandesi dessero attuazione alle raccomandazioni presenti nel report della CEDAW[12] del 2018. L'atto prevedeva inoltre l'abrogazione delle sezioni 58 e 59 dell'*Offences Against the Person Act 1861*, e dunque la depenalizzazione dell'aborto, e chiedeva alle autorità nordirlandesi di intervenire a livello legislativo per regolamentare l'aborto e definire le circostanze in cui tale pratica fosse ammessa.

A fronte dell'inerzia del parlamento nordirlandese, anche alla luce della forte instabilità politica, il governo di Westminster ha introdotto una regolamentazione quadro dell'aborto in Nord Irlanda con *l'Abortion Northern Ireland Regulation* del 25 marzo 2020, che ammetteva l'aborto entro la dodicesima settimana di gestazione senza nessuna condizione necessitante e legalizzava l'aborto oltre la dodicesima settimana in alcuni casi come, per esempio, la presenza di gravi malformazioni fetali.

La regolamentazione in oggetto è stata oggetto di una mozione, proposta da Joanne Bunting, parlamentare del *Democratic Unionist Party* (DUP) – tradizionalmente *pro-life* – che rigettava «*the imposition of abortion legislation that extends to all non-fatal disabilities, including Down's syndrome*». La mozione, sebbene non vincolante, e pertanto non suscettibile di modificare il contenuto della norma di Westminster, è stata approvata con 46 voti a favore e 40 contrari.

La resistenza del governo nordirlandese si è anche manifestata per quanto riguarda il profilo dell'implementazione delle procedure di accesso all'aborto nei casi ammessi dalla regolamentazione vigente. Il governo di Westminster ha ripetutamente constatato che le autorità irlandesi non hanno predisposto modalità di accesso all'aborto e servizi per le donne sia prima che dopo la procedura abortiva nelle strutture pubbliche nordirlandesi. Anche la *Northern Ireland Human Rights Commission* nel 2021 aveva denunciato la scarsa effettività del diritto all'aborto, nei casi consentiti dalla normativa, in Nord Irlanda. A questi rilievi le autorità irlandesi avevano risposto sottolineando come il regolamento introdotto dal governo centrale non imponesse alle strutture sanitarie devolute di offrire servizi abortivi, rimanendo questa scelta nella disponibilità del Ministro della Sanità nordirlandese e dei Dipartimenti collegati.

Alla ritrosia mostrata dalle autorità devolute, ha risposto nuovamente Westminster nel marzo 2021 con l'*Abortion (Northern Ireland) Regulation* che attribuiva al Segretario di Stato il potere di «*to direct the First Minister, deputy First Minister, a Northern Ireland Minister, a Northern Ireland department, the Regional Health and Social Care Board, and the Regional Agency for Public Health and Social Well-being*» al fine di implementare le raccomandazioni del report CEDAW già menzionato. In esecuzione di tale previsione il Segretario di Stato nel luglio 2021 ha chiesto al Dipartimento della sanità e al Ministro della salute di provvedere affinché fosse reso effettivo l'accesso ai servizi abortivi in Nord Irlanda il più presto possibile,

[11] *Northern Ireland Executive Formation Act*, 2019, *Extend the period for forming an Executive under section 1(1) of the Northern Ireland (Executive Formation and Exercise of Functions) Act 2018 and to impose a duty on the Secretary of State to report on progress towards the formation of an Executive in Northern Ireland*.

[12] *Report of the Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW/C/OP.8/GBR/1*), 6 March 2018.

tuttavia senza ottenere una reazione positiva. Così il 19 maggio 2022 è stato approvato l'ultimo atto di regolamentazione dell'aborto in ordine cronologico, *l'Abortion Northern Ireland Regulation* 2022, che ha infine imposto al Dipartimento della sanità nordirlandese di predisporre e di finanziare i servizi abortivi.
A nulla sono valsi i tentativi, tanto di natura giurisdizionale che legislativa, di limitare l'influenza della regolamentazione di Westminster in Irlanda del Nord: il ricorso intentato dalla *Society for Protection of Unborn Children (SPUC)* avverso alla regolamentazione del 2022 è stato respinto dalla High Court di Belfast, così come il tentativo di far approvare una legge da parte della Northern Ireland Assembly che vietasse l'aborto in caso di anomalia fetale, il *Severe Fetal Impairment Abortion Bill*, si è concluso senza successo.
Una nuova fase della regolamentazione dell'aborto in Nord-Irlanda, in parziale discontinuità con le resistenze precedenti, sembra essersi aperta con l'approvazione *dell'Abortion Services (Safe Access Zones) Act (Northern Ireland)* da parte dell'Assemblea Nord-irlandese, entrato in vigore nel febbraio del 2023.

3. Il *Safe Access Zones Bill*

L'Abortion Services (Safe Access Zones) Act stabilisce "zone di accesso sicure" nei dintorni delle cliniche abortive per proteggere le donne che vi si rivolgono e le persone che vi lavorano. Le cliniche e le strutture (anche che offrono meramente servizi di consulenza in materia di aborto) che desiderano beneficiare delle previsioni in esame possono avanzare richiesta al Ministero della Salute, che provvede ad aggiornare un elenco apposito e a garantire la pubblicità circa l'esistenza di tali zone protette.
Il disegno di legge è stato presentato all'Assemblea nel settembre 2021 da una componente della stessa che aveva lavorato come volontaria per accompagnare le donne che frequentavano una clinica privata che forniva servizi di aborto a Belfast. Durante il dibattito sul disegno di legge, nell'ottobre 2021, la donna ha descritto ciò che aveva visto e sperimentato quando lavorava nella clinica come «*a very deliberate campaign of harassment and intimidation against women*». Il disegno di legge era stato accolto positivamente dai membri dell'Assemblea e da altri rilevanti organi deputati alla tutela dei diritti fondamentali come la Commissione per l'uguaglianza, il *Committee for Health* che hanno accolto con favore il progetto di legge. In particolare, i sostenitori della legge sostenevano che essa giungeva ad implementare alcune raccomandazioni avanzate dal Comitato CEDAW in una visita del 2018[13]. Il report CEDAW aveva evidenziato come «*the designated members learned that women's access to legal abortion services in Northern Ireland was further impeded by the presence and actions of anti-abortion protesters stationed at entrances to public and private health facilities. The designated members witnessed protesters monitoring women entering and leaving a facility and displaying large, graphic posters of disfigured fetuses. The designated members heard testimony of protesters having chased women leaving the facilities, forcing plastic baby dolls into their arms and pro-life literature into their bags and pleading with them 'not to murder their babies'. One facility has recruited escorts to shield clients from such aggressive behaviour. Although the police are frequently alerted to the situation, they rarely intervene*»[14].

[13] *CEDAW (UN Convention on the Elimination of Discrimination against Women). Report of the Inquiry Concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under Article 8 of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. New York: CEDAW,* 2018.
[14] UKSC 32, par. 19.

Il Comitato CEDAW ha rilevato, in particolare che tali fenomeni erano uno dei fattori che rendevano praticamente impossibile l'accesso all'aborto in Irlanda del Nord.
I dati del Comitato CEDAW sono stati ulteriormente confermati durante l'esame del disegno di legge da parte dell'Assemblea che ha ricevuto 6.459 contributi scritti, tra cui un documento dettagliato della Commissione per i diritti umani, che ha accolto con favore il disegno di legge, ma ha raccomandato che le zone di accesso sicure siano definite in modo più chiaro rispetto a quanto previsto dal disegno di legge nella sua versione originale.
È dunque alla luce di questi dati problematici che il disegno di legge viene introdotto, discusso e approvato, con l'intento di segnare un ragionevole bilanciamento tra la necessità di proteggere la privacy e la dignità delle donne e i diritti di libertà di coscienza, espressione e manifestazione protetti dalla Convenzione EDU.
Ed è proprio in questa opera di attento bilanciamento che vengono introdotte le c.d. zone protette: esse, ai sensi della legge, si estendono per 100 metri nei dintorni dell'accesso alle cliniche (in alcuni casi potendosi estendere a 150 metri). Entro tale perimetro è vietata qualsiasi condotta che possa anche indirettamente influenzare o turbare le donne che accedono alle cliniche abortive.
La legge individua puntualmente tutti i soggetti meritevoli di protezione, ovverosia non solo le donne che accedono alle cliniche, ma anche le persone che le accompagnano e il personale o gli operatori della clinica stessa.
Sei sono gli obiettivi dichiarati della legge:
a) garantire che gli edifici che ospitano organizzazioni che offrono servizi di salute sessuale e riproduttiva abbiano una zona di accesso sicura adeguata alla loro posizione e al loro ambiente specifico;
b) garantire che le donne e le altre persone che visitano o lavorano nei locali per motivi legittimi (e coloro che le accompagnano) non vengano avvicinate in modo non richiesto all'interno di questa zona;
c) impedire attività volte a causare disagio o a dissuadere una persona dall'avvicinarsi a un edificio, ad esempio filmati, registrazioni e distribuzione di opuscoli informativi;
d) imporre al Ministero della Salute l'obbligo di pubblicare e mantenere un elenco di tutti i locali protetti e l'estensione della zona di accesso sicuro per ciascun locale, nel modo che riterrà più opportuno;
e) creare una serie di obblighi per gli agenti di polizia in relazione al monitoraggio e all'applicazione delle zone di accesso sicure;
f) richiedere al Dipartimento della Salute di pubblicare un rapporto annuale che evidenzi l'efficacia delle zone di accesso sicure nel proteggere le persone che frequentano i locali protetti.
Al fine di perseguire gli obiettivi dichiarati, la normativa in questione configura come reato di natura penale qualsiasi manifestazione o molestia in una zona di accesso sicuro intorno a tali cliniche. In particolare, l'art. 5 (2)(a) della legge vieta di compiere qualsiasi atto in una zona di accesso sicuro che possa influenzare (indirettamente e direttamente) i soggetti protetti dalla legge (art 5(2)(a)), o che possa impedire o ostacolare l'accesso alla clinica degli stessi (art 5(2)(b)), o che possa molestare, turbare o intimorire gli stessi (art 5(2)(c)). Ad esempio, ai sensi della legge configurerebbe un reato il volantinaggio anti-aborto ai visitat-

ori della clinica nella zona di accesso sicuro; sarebbe altresì fattispecie di reato un comizio o il blocco fisico dell'accesso alla clinica.
Appare subito chiaro come la legislazione in questione intervenga a protezione delle donne che accedono a cliniche abortive, comprimendo tuttavia altri diritti fondamentali protetti dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, quali in particolare la libertà di coscienza (art. 9 CEDU), di espressione (art. 10 CEDU) e di riunione (art. 11 CEDU). È proprio questa incompatibilità che viene sollevata di fronte alla UKSC dall'*Attorney General for Northern Ireland*, affermando che le disposizioni in esame (ed in particolare le previsioni dell'art 5(2)(a)), rappresentano una "*disproportionate interference*" con i diritti fondamentali della CEDU sopra menzionati e sono pertanto al di fuori delle competenze dell'Assemblea nord-irlandese.

4. Test di Proporzionalità e SAZ *Bill*: una analisi in concreto o in astratto?

Il percorso argomentativo della Corte è chiaro e lo è altrettanto il bilanciamento che viene fatto: una restrizione della libertà di manifestazione del pensiero e di assemblea è proporzionata alla luce della protezione del diritto di accesso all'aborto delle donne in Nord-Irlanda.
Tuttavia il bilanciamento operato dalla Corte non pare essere del tutto scevro da profili problematici, soprattutto per quanto riguarda il test di proporzionalità che la Corte applica.
Non è secondario, infatti, sottolineare che la Corte prima di entrare nel merito della questione, affronti due questioni generali circa il criterio per stabilire se una disposizione esula dalla competenza legislativa in quanto comporta un'interferenza sproporzionata con un diritto della Convenzione.
Un primo aspetto riguarda il fatto che si tratta, nel caso di specie, di un ricorso *ex ante*, e dunque in astratto e non in riferimento all'applicazione della legge in un caso concreto. Rispetto a questo profilo la Corte si rifà al precedente del caso *Christian Institute*, in cui la UKSC ha valutato se la legislazione devoluta fosse incompatibile con i diritti della Convenzione sulla base del fatto che comportava un'interferenza sproporzionata con i diritti dell'articolo 8, e quindi non era di competenza del Parlamento scozzese. Applicando il test di *Christian Institute*[15], la Corte nel caso Bibi aveva affermato che «*this court has explained that an ab ante challenge to the validity of legislation on the basis of a lack of proportionality faces a high hurdle: if a legislative provision is capable of being operated in a manner which is compatible with Convention rights in that it will not give rise to an unjustified interference with article 8 rights in all or almost all cases, the legislation itself will not be incompatible with Convention rights*[16]».
La logica di questo approccio è che, in caso di impugnazione *ex ante* di una disposizione l'annullamento della stessa è giustificabile solo se il giudice è convinto che essa non possa essere applicata in modo compatibile con i diritti della Convenzione, in tutti o quasi tutti i casi, a prescindere dai fatti concreti. In altre parole, il test di proporzionalità può essere condotto anche in astratto ovverosia è possibile che una misura legislativa generale garantisca di per sé che la sua applicazione nelle singole circostanze soddisfi i requisiti di prop-

[15] *The Christian Institute and others (Appellants) v The Lord Advocate (Respondent) (Scotland)*, 2016, UKSC 51.
[16] *R (Bibi) v Secretary of State for the Home Department,* 2015, UKSC 68*;* 2015, 1 WLR 5055 ("Bibi*"),* per Lady Hale, paras 2, 60, Lord Hodge, par. 69.

orzionalità previsti dalla Convenzione, senza che sia necessaria una valutazione delle circostanze nel singolo caso. Nel caso in esame si aggiunge però un aspetto delicato, sollevato per altro dai ricorrenti: essi chiedevano se nel caso di una limitazione dei diritti della convenzione nell'ambito di una azione penale, non debba sempre essere valutata la proporzionalità di un'eventuale interferenza con tali diritti alla luce di una valutazione relativa al singolo caso concreto.

Sotto questo profilo la giurisprudenza è tutt'altro che monolitica. La Corte fa riferimento da un lato al caso Ziegler[17], che riguardava il caso di ostruzione da parte di alcuni manifestanti di un'autostrada per protesta. In questo caso la UKSC aveva stabilito che «*Determination of the proportionality of an interference with ECHR rights is a fact-specific enquiry which requires the evaluation of the circumstances in the individual case» (para 59).* Nel caso in esame, tuttavia, la Corte rigetta tale interpretazione affermando che non si tratta di un approccio universale, richiamando un altro precedente, il caso Cuciurean[18], deciso dalla Divisional Court e una sentenza della CEDU, il caso Animal Defenders[19]. In entrambi i casi il principio che viene in rilievo riguarda il fatto che il controllo di proporzionalità può prescindere dalle circostanze fattuali anche laddove siamo di fronte a previsioni che dispongono sanzioni penali. Come osserva la *Divisional Court in Cuciurean*, infatti, «*the case law of the European court contains numerous examples of cases where criminal sanctions, imposed on protesters who obstructed roads or otherwise disrupted the ordinary activities of others, were held to be a reaction proportionate to the legitimate aim of protecting the rights and freedoms of others or protecting public order*». Proprio il caso *Animal Defenders International*/Regno Unito è particolarmente rilevante perché ha stabilito che anche nel contesto problematico delle restrizioni alla libertà di espressione politica ai sensi dell'articolo 10 CEDU (si trattava di un caso originato da una previsione di legge che proibiva pubblicità di natura politica) restrizioni di carattere generale imposte dalla legislazione possono talvolta essere giustificate. Qui la Corte aveva affermato che «*a state can, consistently with the Convention, adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases*» (para 106).

L'approdo a cui giunge la Corte, sebbene corroborato da diverse sentenze tanto nazionali che della Corte EDU, non è privo di profili problematici, come per altro testimonia la non univocità della giurisprudenza stessa in tema di declinazione del principio di proporzionalità in ambiti relativi alla libertà di espressione e il diritto di manifestazione del pensiero.

Alcuni commentatori hanno ravvisato un potenziale effetto avverso di tale posizione, preconizzando la possibilità che la giurisprudenza della UKSC possa agire come "cavallo di troia": «*the UKSC's conclusion in SAZ that proportionality is not a question of fact which requires the consideration of Convention rights in relation to every individual case, but instead can be determined more generally, has elevated concerns that this weakens fundamental rights protection in the UK. The diminishing of the right to protest could have devastating consequences for safeguarding rights and the ability to advance important political goals in a liberal democracy. Suppose the tables were to turn in the future, and the right to abortion was to be legally limited, the feminist movement celebrating the SAZ judgment could find itself restricted in protesting the legal change. The outcome in SAZ may therefore prove a trojan horse, and the approach to proportionality adopted may endanger protection of fundamental rights more broadl-*

[17] *Director of Public Prosecutions (Respondent) v Ziegler and others (Appellants),* 2021, UKSC 23.
[18] *Director of Public Prosecutions -v- Elliot Cuciurean*, 2022, EWHC 736 (Admin).
[19] *Animal Defenders International v. the United Kingdom* [GC] - 48876/08, Judgment 22.4.2013 [GC].

y[20]».

5. La decisione della UKSC: il test di proporzionalità in astratto in azione

Con la decisione in esame la UKSC ha valutato la compatibilità delle previsioni del *Safe Access Zone Bill* con le previsioni della CEDU applicando il test di proporzionalità.

In prima battuta la Corte si è chiesta se l'art. 5 del Safe Access Zone Bill comporta una limitazione dei diritti protetti dagli art. 9, 10, 11 CEDU.

La risposta, nella penna di Lord Reed, è stata affermativa, seppur con alcuni *caveat*.

In prima battuta Lord Reed riconosce che «*not all the activities falling within the scope of clause 5 are protected by articles 9 to 11 of the Convention*». Per esempio, alcuni dei comportamenti dei manifestanti come sputare contro gli individui, inseguirli, minacciarli, aggredirli e sottoporli ad abusi verbali, rientrano nell'ambito dell'art. 5 ma non sono protetti dagli articoli 9, 10 o 11 CEDU. Più delicato è invece il caso di altri comportamenti, quali tenere una veglia, pregare o volantinare: in questi casi, rientranti anch'essi nelle fattispecie dell'art. 5 (2)(a), non vi è dubbio che si entra nel delicato ambito dei diritti protetti dalla Convenzione, ponendo ad esse delle limitazioni. Limitazioni che per essere legittime devono essere anzitutto prescritte dalla legge devono perseguire un fine legittimo e devono essere necessarie in una società democratica.

Quanto al primo profilo, non vi è dubbio che le previsioni siano prescritte dalla legge anche in maniera dettagliata e puntuale. Quanto al secondo e al terzo profilo è interessante analizzare il ragionamento della Corte.

Innanzitutto, Lord Reed riconosce la legittimità degli obiettivi previsti dalla legge. Il loro scopo principale è quello di garantire alle donne l'accesso ai locali in cui vengono forniti trattamenti o consulenze per l'interruzione legale della gravidanza, in condizioni che rispettino la loro privacy e la loro dignità, consentendo loro di accedere all'assistenza sanitaria di cui hanno bisogno e promuovendo la salute pubblica.

Un secondo scopo è quello di garantire che anche il personale che lavora in questi locali sia in grado di accedere al proprio posto di lavoro senza intimidazioni, molestie o abusi, assicurando così che i servizi sanitari in questione continuino a essere forniti. Alla luce delle disposizioni della Convenzione, gli obiettivi della legge rientrano dunque nel perimetro delle limitazioni possibili ai diritti fondamentali al fine della protezione dell'ordine pubblico, della salute o delle libertà altrui.

Il ragionamento della Corte si spinge oltre, alla luce della giurisprudenza della CEDU in tema di aborto, ravvisando che il diritto di accedere all'assistenza sanitaria in condizioni di privacy e dignità e il diritto di trovare lavoro sono tutelati anche dall'articolo 8 della Convenzione. Nel filone giurisprudenziale relativo all'aborto, iniziato con *A.B.C. v. Ireland*[21], e proseguito con *Tysiac v. Poland* e *P* and *S v. Poland*, i giudici di Strasburgo, hanno costantemente affermato che una volta ammessa la possibilità di abortire, sebbene con i determinati limiti, lo Stato deve assicurare che tale possibilità sia percorribile e che non venga di fatto ostacolata. Sebbene la Corte non si spinga in nessun caso a definire l'aborto come un diritto, rispettando l'impostazione delle leggi nazionali, essa afferma come, una volta che

[20] K. Szopa, *Triumph for Abortion Rights, or a Trojan Horse? The Abortion Services (Safe Access Zones) (Northern Ireland) Bill and Proportionality Assessment,* U.K. Const. L. Blog, 13th February 2023, p. 2.
[21] *A, B and C v Ireland [2010] ECHR 2032*, (ABC).

l'ordinamento abbia riconosciuto tale possibilità, dovrebbe essere sempre assicurato l'accesso concreto ai servizi abortivi. Monito, questo, ripetuto a più riprese dalla Corte EDU, in particolare in *R.R. v. Poland*[22] del 2011 e *P. and S. v. Poland*[23] del 2013. In particolare, in P and S. si legge: «*the effective access to reliable information on the conditions for the availability of lawful abortion, and the relevant procedures to be followed, is directly relevant for the exercise of personal autonomy. (…). The nature of the issues involved in a woman's decision to terminate a pregnancy or not is such that the time factor is of critical importance. The procedures in place should therefore ensure that such decisions are taken in good time. The uncertainty which arose in the present case despite a background of circumstances in which under Article 4 (a) 1.5 of the 1993 Family Planning Act there was a right to lawful abortion resulted in a striking discordance between the theoretical right to such an abortion on the grounds referred to in that provision and the reality of its practical implementation*[24]».

La UKSC ricava dunque da tale giurisprudenza un obbligo positivo per gli Stati di consentire a una donna incinta di accedere fisicamente ai locali in cui i servizi di aborto sono legalmente forniti, senza essere ostacolata o danneggiata da forme di manifestazione di dissenso o proteste.

La Corte infine affronta il profilo della necessità delle restrizioni in esame in una società democratica. In questo caso il ragionamento della corte si dipana alla luce di 3 precisi aspetti. In primis la Corte riconosce che lo scopo perseguito dalla legge è tale da giustificare una limitazione dei diritti da 9 a 11 della Convenzione. In seconda battuta, è necessario stabilire la sussistenza di un legame ragionevole tra lo scopo di proteggere la privacy e la dignità delle donne e del personale e i mezzi (reato penale) introdotti per perseguirlo. In merito a questo profilo la Corte ragiona sul piano della tutela della salute: «*A measure that seeks to ensure that women seeking a safe termination of pregnancy have unimpeded access to clinics where such treatment is provided, and are not driven to less safe procedures by shaming behaviour, intrusions upon their privacy, or other means of undermining their autonomy, is a rational response to a serious public health issue*» (para 117).

In terzo luogo, è necessario stabilire se non vi fossero misure meno restrittive dei diritti fondamentali per raggiungere lo scopo (protezione delle donne che accedono ai servizi abortivi).

A questo proposito, *l'Attorney General* sosteneva che la previsione dell'art. 5 (2) (a) era eccessivamente restrittiva anche alla luce del fatto che le previsioni degli artt. 5(2)(b) e (c) sarebbero state di per loro sufficienti a fornire una protezione adeguata. Lord Reed rigetta fermamente la lettura dell'*Attorney General*, affermando che, in linea generale, le clausole dell'art. 5(2) proibiscono il comportamento nelle immediate vicinanze delle cliniche abortive che, intenzionalmente o incautamente, può indurre le donne a non accedere ai servizi di assistenza sanitaria ivi disponibili. La fattispecie dell'art. 5 (2) (a), ovverosia influenzare il comportamento di pazienti, visitatori e personale, o tentare di farlo, è certamente un modo per impedire alle donne di accedere ai servizi sanitari in questione ed è quindi ragionevole che sia vietato. Inoltre, *a fortiori,* sostiene la Corte, la previsione di cui all'art. 5(2) (a) è necessaria per rendere effettive le previsioni degli artt. 5(2)(b) e (c). Sostiene infatti la Corte che in assenza della clausola 5(2)(a), «*in the absence of clause 5(2)(a), the obvious defence to*

[22] *R.R. v. Poland – 27617/04,* Judgment 26.5.2011.
[23] *P. and S. v. Poland*, Application no. 57375/08.
[24] *Ibidem*, par. 109.

a charge under clause 5(2)(b) or (c) would be that the defendant had no intention of preventing or impeding access or causing harassment, alarm or distress, but was merely trying to persuade the complainant to change her mind. For the prosecution to prove the charge beyond reasonable doubt in the face of such a defence, would be difficult in all but flagrant cases»[25].

La presenza della clausola 5(2)(a) non solo è dunque coerente con l'obiettivo legittimo perseguito, ma è necessaria se si vuole che la legislazione raggiunga lo scopo prefissato.

Resta infine l'ultimo profilo, il più delicato: ovverosia se le previsioni in esame definiscano un giusto equilibrio tra i diritti dell'individuo e l'interesse generale della comunità, compresi i diritti degli altri.

Anche in questo caso la Corte ritiene che la legge sia compatibile con il rispetto degli articoli della Convenzione EDU, e lo dimostra alla luce di diverse linee argomentative. In primo luogo, la Corte rileva la posizione di particolare vulnerabilità delle donne che si recano nelle cliniche dove sono disponibili trattamenti o consulenze sull'aborto sottoposte ragionevolmente ad un altissimo stress emotivo e disagio. Per questo è legittima l'aspettativa delle donne che la loro condizione rimanga privata e che non siano al centro dell'attenzione pubblica. Il rispetto della vita privata e dell'autodeterminazione delle donne in tema di aborto è protetto oggi dall'art. 8 CEDU, come affermato costantemente dalla Corte EDU, nei casi *A, B e C v. Irlanda* (2010) e *P e S contro Polonia*.

Guardando ai diritti dei manifestanti, d'altro canto, la Corte ritiene che le restrizioni previste dalla legge non abbiano l'effetto di svuotare il nucleo dei diritti convenzionali da 9 a 11, ma solo di limitare i luoghi in cui tali diritti possano essere esercitati. Anche in questo caso la Corte richiama la giurisprudenza EDU, da ultimo il caso *Lashmankin/Russia* (2017), nel quale i giudici di Strasburgo hanno affermato che «*by contrast to content-based restrictions on freedom of assembly which should be subjected to the most serious scrutiny by this court, in the sphere of restrictions on the location, time or manner of conduct of an assembly the contracting states must be allowed a wider margin of appreciation*».

Il margine di apprezzamento viene inoltre in rilievo rispetto al tema specifico oggetto della legge: come la Corte ha ribadito in *A B C v. Ireland*, la regolamentazione dell'aborto, sollevando questioni delicate e controverse di etica, ricade nell'ampio margine di apprezzamento di cui godono gli Stati. Infine, non meno rilevante è il dato per cui la sanzione massima per un'infrazione ai sensi dell'art. 5 della legge è una multa fino a 500 sterline. Una multa più elevata, fino a 2.500 sterline, può essere comminata ai sensi della clausola 6 se il trasgressore si oppone all'allontanamento da parte della polizia o si rifiuta di obbedire all'ordine di lasciare la zona di accesso sicura, ma non vi sono altre conseguenze come limitazioni della libertà personale.

A fronte di tali argomentazioni la UKSC ritiene che la legge abbia definito un corretto bilanciamento tra i diritti delle donne che accedono alle cliniche abortive e le posizioni soggettive di coloro che si oppongono all'aborto.

6. Riflessioni conclusive

Il tema della regolamentazione dell'aborto rappresenta oggi uno degli aspetti più polarizzanti e divisivi delle società contemporanee. Senza dover guardare oltreoceano al caso

[25] *UKSC 32*, cit., par. 122.

americano, anche limitando lo sguardo all'Europa assistiamo alla tensione continua che permea la definizione dell'accesso all'aborto. Da ultimo la modifica costituzionale francese ha riconosciuto in costituzione l'esistenza di un diritto all'aborto, garantendosi il primato in ottica comparata rispetto a questo profilo, ma forse riaccendendo in Francia un dibattito che tutto sommato era stato latente per molto tempo. Un caso particolarmente controverso è quello della legislazione polacca restrittiva in tema di aborto che è stata al centro della giurisprudenza della Corte EDU, del Tribunale costituzionale polacco e oggetto di massicce proteste popolari. Anche negli ordinamenti in cui il conflitto sembra più latente, l'aborto continua ad essere fonte di disaccordo e divisione dal punto di vista morale, scientifico e giuridico.

Una legislazione, come quella oggetto del presente commento, che intende limitare alcuni diritti fondamentali al fine di tutelare l'accesso alle strutture che praticano l'aborto deve dunque essere considerata alla luce delle profonde fratture che persistono nei diversi ordinamenti intorno al tema dell'aborto.

La dottrina maggioritaria, pur plaudendo all'avanzamento nella tutela dei diritti delle donne, ha sottolineato i rischi di una legislazione restrittiva della libertà di coscienza e di manifestazione del pensiero. Oltre all'argomento sopra menzionato del possibile effetto boomerang di una tale legislazione, parte della dottrina ha sottolineato l'insoddisfazione verso il bilanciamento operato dalla Corte laddove la stessa non sembra distinguere tra azioni volte a intimorire e ad ostacolare l'accesso alle cliniche (censurabili) da altre manifestazioni pacifiche «*that may simply offer persuasive force to women, who may voluntarily (in exercising her autonomy) refuse to be persuaded*[26]».

Ciò sembra ancora più delicato alla luce del fatto che il *Public Order Bill* del 2023 per Inghilterra e Scozia introduce alla sezione 9 (oggi non ancora in vigore) previsioni simili a quella della legge oggetto in un contesto segnato da una tendenza che vede un rafforzamento dei poteri dell'autorità di sicurezza rispetto a manifestazioni di dissenso. Ogni restrizione della libertà di manifestazione, nei casi in cui essa sia di natura pacifica e meramente dimostrativa, dovrebbe essere vista con estrema cautela. Del resto, la manifestazione del dissenso è il cuore della democrazia, così come la dialettica per l'affermazione dei diritti fondamentali, che è un processo dialogico, talvolta conflittuale ma connaturato all'idea stessa di democrazia costituzionale.

Non sembra essere di questa idea la Corte che ci offre in chiusura una lettura piuttosto monolitica della tensione tra diritti sottesa all'aborto: «*the right of women in Northern Ireland to access abortion services has now been established in law through the processes of democracy. That legal right should not be obstructed or impaired by the accommodation of claims by opponents of the legislation based, some might think ironically, on the liberal values protected by the Convention. A legal system which enabled those who had lost the political debate to undermine the legislation permitting abortion, by relying on freedom of conscience, freedom of expression and freedom of assembly, would in practice align the law with the values of the opponents of reform and deprive women of the protection of rights which have been legislatively enacted*».

Il caso SAZ ci pone davanti uno dei grandi dilemmi delle democrazie contemporanee, quello, latamente inteso, della democrazia militante: è legittimo limitare forme di manifes-

[26] C. Lui, E. Lui, *Terminating abortion demonstrations*, Medical Law Review, 2023, p. 300.

tazione di dissenso al fine di proteggere diritti che sono stati introdotti attraverso il processo democratico?

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-a63

costituzionalismo britannico e irlandese

Devoluzione e governo locale

"Shaping UK'S Territorial Constitution". Il difficile rapporto tra 'centro' e 'periferia' nella devolution scozzese

Enrico Andreoli
Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Verona

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

"Shaping UK'S Territorial Constitution". Il difficile rapporto tra 'centro' e 'periferia' nella devolution scozzese**

di Enrico Andreoli*

Abstract (Ita): Il 17 gennaio 2023, il Segretario di Stato per la Scozia Jack Alister ha emanato un order ai sensi della Section 35 dello Scotland Act 1998, vietando di presentare il Gender Recognition Reform (Scotland) Bill per il Royal Assent ai fini della sua promulgazione. Si è trattato della prima applicazione dei poteri attribuiti al governo britannico in relazione al 'controllo' sulla legislazione scozzese approvata nell'ambito delle competenze devolute. Successivamente alla contestazione per via giudiziale di tale order, la Outer House della Court of Session, in data 8 dicembre 2023, ha emesso la decisione Re Scottish Minister's Petition, attraverso la quale è stato riconosciuto come legittimo, nel quadro della devolution scozzese, l'utilizzo del disposto della Section 35. Il presente contributo intende approfondire le implicazioni sottese all'esercizio di tale potere nei rapporti tra 'centro' e 'periferia', così come il ruolo che possono giocare le corti nella gestione di tali rapporti.

Abstract (Eng): On 17 January 2023, Secretary of State for Scotland Jack Alister issued an order under Section 35 of the Scotland Act 1998, prohibiting the submission of the Gender Recognition Reform (Scotland) Bill to the Royal Assent for enactment. This was the first application of the UK government's powers in relation to 'control' over Scottish legislation passed within the devolved powers. Following the judicial challenge to this order, the Outer House of the Court of Session, on 8 December 2023, issued the decision Re Scottish Minister's Petition, through which the use of Section 35 was recognised as legitimate under Scottish devolution. This paper seeks to explore the implications of the exercise of this power in the relationship between the 'centre' and the 'periphery', as well as the role that the courts can play in managing these relationships.

Parole chiave: Regno Unito; devolution; ordinamenti decentrati

Keywords: United Kingdom; devolution; decentralised legal systems

Sommario: 'Centro', 'periferia' e conflitti di competenze tra Regno Unito e Scozia

'Centro', 'periferia' e conflitti di competenze tra Regno Unito e Scozia

Il 17 gennaio 2023 la procedura di approvazione del disegno di legge proposto dal governo scozzese sulla riforma del riconoscimento di genere (*Gender Recognition Reform (Scotland) Bill*, d'ora in avanti anche solo *GRRB*) è stata bloccata dal governo britannico, che ha utilizzato, per la prima volta, lo speciale potere di 'veto' contenuto nella *Section* 35 dello *Scotland Act 1998*.

Quest'ultima previsione conferisce allo *Scottish Secretary* il potere, in determinate circostanze, di porre il veto alla legislazione emanata dal Parlamento scozzese, anche se trattasi di una materia devoluta. Se esercitato, «*the Secretary of State … may make an order prohibiting the Presiding Officer from submitting the Bill for Royal Assent*»[1].

Il disegno di legge sopra menzionato sarebbe volto a modificare – in senso integrativo rispetto alla normativa del Regno Unito – il *UK Gender Recognition Act 2004*[2], imponendo a chiunque richiedesse un certificato di riconoscimento di genere (*Gender Recognition Certificate*,

** Il presente contributo rientra tra i prodotti del Progetto PRIN 2022 «Swinging Peripheries And Centers in Europe (SPACE): Comparative Legal Dimensions of Territory», CUP B53D23010910006. L'analisi prende in considerazione fatti ed evoluzioni giuridiche sino al 31 marzo 2024.

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Verona

[1] *Section* 35, § 1, *Scotland Act 1998*, disponibile in https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/contents.

[2] 2004 c. 7, disponibile in https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/7/contents.

o GRC) il rilascio di apposita dichiarazione nel senso di voler vivere permanentemente nel sesso acquisito[3]. L'atto, inoltre, intenderebbe abbassare l'età minima per richiedere un GRC da 18 a 16 anni (ridotto il periodo necessario per ottenere un GRC); infine, avrebbe eliminato l'obbligo per i richiedenti di fornire prove di disforia di genere[4].

Alister Jack – *Secretary of State for Scotland* – ha però dichiarato di voler emettere un *order* ai sensi della *Section* 35 richiamata, al fine di impedire che il *Gender Recognition Reform Bill*, approvato dal Parlamento scozzese il 22 dicembre 2022, venisse sottoposto al *Royal Assent* e, conseguentemente, promulgato.

Preliminarmente, va osservato che l'esercizio di tale potere è subordinato alla sussistenza di alcuni requisiti tassativamente previsti: il primo ha riguardo alla presenza di «*reasonable grounds to believe [the bill] would be incompatible with any international obligations or the interests of defence or national security*»; il secondo requisito abilita l'intervento dello *Scottish Secretary* solamente quando vi sia il timore che il disegno di legge possa produrre «*modifications of the law as it applies to reserved matters and which the Secretary of State has reasonable grounds to believe would have an adverse effect on the operation of the law as it applies to reserved matters*»[5].

Nel caso che occupa, è il secondo dei requisiti richiamati che viene preso in considerazione: secondo Westminster, il disegno di legge genera un problema di *overlapping jurisdiction*[6]. Infatti, atteso che la materia «*Gender Recognition*» è, per la Scozia, materia devoluta, mentre «*Equal Opportunities*» è invece materia riservata al Parlamento del Regno Unito[7], con apposito comunicato del 17 gennaio 2023 il governo britannico ha affermato che il GRRB avrebbe modificato il *UK Gender Recognition Act 2004* in modo tale da avere ripercussioni negative, in particolare, sul funzionamento dell'*Equality Act 2010*[8]. E ciò sarebbe peraltro affermato nello *Statement of reasons related to the use of Section 35 of the Scotland Act 1998*, dove si afferma che: «*The 2010 Act makes "sex" a protected characteristic … Section 9 of the 2004 Act provides that unless exceptions apply, the effect of a full GRC is that "for all purposes" the person's sex becomes as certified. As a matter of general principle, a full GRC has the effect of changing the sex that a*

[3] Così la *Section* 8C («*Grounds on which application to be granted by Registrar General for Scotland*») del *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill*, che viene inserita dopo la *Section* 8BA del *UK Gender Recognition Act 2004*: cfr. https://www.parliament.scot/-/media/files/legislation/bills/s6-bills/gender-recognition-reform-scotland-bill/stage-3/bill-as-passed.pdf.

[4] Così la *Section* 8A («*Persons who may apply to Registrar General for Scotland for gender recognition certificate*») del *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill*, che viene inserita dopo la *Section* 8 del *UK Gender Recognition Act 2004*: cfr. https://www.parliament.scot/-/media/files/legislation/bills/s6-bills/gender-recognition-reform-scotland-bill/stage-3/bill-as-passed.pdf.

[5] *Section* 35, § 1, *Scotland Act 1998*.

[6] C. Himsworth, *Scotland: The Constitutional Protection of a Mixed Legal System*, in J. Costa Oliveira, P. Cardinal (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2009, pp. 119-141; J.E. Pfinder, D.D. Birk, *Article III and the Scottish Judiciary*, in *Harvard Law Review*, Vol. 124, n. 7, 2011, p. 1613 ss.

[7] Cfr. l'Allegato 5 allo *Scotland Act 1998*, disponibile in https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/46/schedule/5.

[8] 2010 c. 15, disponibile in https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents.

person has as a protected characteristic for the purposes of the 2010 Act. This is subject to a contrary intention being established in relation to the interpretation of particular provisions of the 2010 Act»[9].
Gli 'effetti avversi' di cui alla *Section* 35 sono stati raggruppati in tre aree: l'impatto della creazione di due regimi paralleli per il rilascio di un GRC nel Regno Unito; l'impatto sulla sicurezza delle donne, dato il potenziale aumento di domande fraudolente; l'impatto sul funzionamento del *UK Equality Act 2010*, derivante dal fatto che un GRC cambia la caratteristica protetta di una persona – il sesso – ai fini di tale normativa e il disegno di legge 'contestato' dallo *Scottish Secretary* determina l'allargamento della coorte di persone in grado di ottenere un GRC.
L'allora Primo Ministro scozzese in carica, Nicola Sturgeon, reagì affermando che lo *Scottish Secretary* stava commettendo un profondo errore, imputandogli di aver deliberatamente lanciato un «*direct attack on the institution of the Scottish Parliament*»[10]. Altresì, dichiarò che il Segretario «*decided to act like a Governor-General: treating the Scottish Parliament as a subordinate body and deciding which democratic decisions and laws to veto*», ponendo in essere un «*full-frontal assault on the devolution settlement*»[11]. Un atteggiamento che venne definito 'coloniale', tale da poter ledere la leale cooperazione tra Westminster e le aree devolute.
Non a caso, si osserva che anche Mark Drakeford, Primo Ministro gallese dal dicembre 2018, ha condannato la decisione assunta dal governo britannico come «*a very dangerous precedent for devolution*»[12].
Il presente contributo cercherà dunque di considerare le problematiche generate dall'uso della *Section* 35, nonché il suo impatto sul riparto di competenze tra 'centro' e 'periferia' nel Regno Unito.

2. ***Devolution*** **scozzese e supremazia parlamentare**

Preliminarmente, è opportuno richiamare brevemente il concetto di *devolution* per come applicato nel Regno Unito e, in particolare, nel caso scozzese.
Se la *devolution* può essere definita come «*the moving of power or responsibility from a main organization to a lower level, or from a central government to a local government*»[13], per la Scozia l'approdo

[9] *Statement of reasons related to the use of Section 35 of the Scotland Act 1998*, *Section* 9, p. 2, disponibile in https://www.gov.uk/government/publications/statement-of-reasons-related-to-the-use-of-section-35-of-the-scotland-act-1998.
[10] *Nicola Sturgeon says gender reform row will go to court*, BBC News online, 17 January 2023, https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-64304540.
[11] *Nicola Sturgeon brands Alister Jack a 'Governor-General' for blocking Holyrood gender reforms*, Daily Record, 19 January 2023, https://www.dailyrecord.co.uk/news/politics/nicola-sturgeon-brands-alister-jack-29000602. Cfr. A. Muscatelli, G. Roy, A. Trew, *Persistent States: Lessons for Scottish Devolution and Independence*, in *National Institute Economic Review*, Vol. 260, n. 1, 2022, pp. 51-63.
[12] *Gender reform: Drakeford says Scottish law block is dangerous precedent*, BBC News online, 17 January 2023, https://www.bbc.com/news/uk-wales-politics-64304540. Per un'approfondita analisi sulle reazioni politiche alla scelta del governo britannico di azionare la *Section* 35, v. D. Torrance, D. Pyper, *The Secretary of State's veto and the Gender Recognition Reform (Scotland) Bill*, London, House of Commons Library, pp. 31-39, disponibile in https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-9705/.
[13] *Devolution*, in *Cambridge Dictionary*, disponibile in https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/devolution. In dottrina, v. particolarmente V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 2001; A. Torre, *"On devolution". Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, n. 2, 2000, p. 203 ss.; Id., *Scozia: devolution, quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013.

di questo 'movimento di poteri' è stato lo *Scotland Act 1998*, il quale ha previsto l'istituzione di un Parlamento e l'introduzione di un autonomo esecutivo scozzesi[14].

Lo *Scotland Act*, tuttavia, non ha specificato le materie devolute al Parlamento scozzese, ma, per converso, ha specificato nell'Allegato 5 quelle che sono le materie riservate a Westminster[15]: Costituzione e struttura costituzionale del Regno Unito, affari esteri, difesa, sviluppo internazionale, servizio civile, questioni finanziarie ed economiche, immigrazione e nazionalità, abuso di droghe, commercio e industria, regolamentazione dell'energia e dei trasporti, occupazione, sicurezza sociale, aborto, genetica, maternità surrogata, farmaci, radiodiffusione e pari opportunità.

Nei rapporti tra 'centro' e 'periferia', quindi, va notato che lo *Scotland Act* sottolinea come la *devolution* non intenda di per sé intaccare la supremazia di Westminster[16], che sostanzialmente è presupposta. La *Section* 28, infatti, recita che «*this section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland*», rendendo comunque evidente che il meccanismo devolutivo «*is intended to preserve the sovereignty of the Westminster Parliament*»[17].

A fronte di ciò, un limite alla libertà di Westminster di legiferare su materie devolute è stato introdotto grazie all'adozione della c.d. *Sewel Convention*[18], in forza della quale il Parlamento britannico può legiferare su materie devolute solamente in caso di accordo precedentemente assunto con il legislatore scozzese[19].

In questo quadro così brevemente tracciato si colloca l'esercizio del potere di cui alla *Section* 35 nel caso del *GRRB*[20]. Si tratta di comprendere come risolvere l'antinomia generata dalla mancata ripartizione tassativa di competenze tra le *overlapping jurisdictions* di Regno Unito e Scozia, posto che la ripartizione tra *devolved* e *reserved matters* di cui allo *Scotland Act 1998* sembra adagiarsi su di una logica assimilabile al rapporto tra normativa di principio e normativa di dettaglio[21].

---

[14] C.R. Munro, *Scottish Devolution: Accommodating a Restless Nation*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, Vol. 6, n. 1/2, 1998/1999, pp. 97-119; J. Mitchell, *Devolution in the UK*, Manchester, Manchester University Press, 2011; R. Deacon, *Devolution in the United Kingdom*, II ed., Edinburgh, Edinburgh University Press, 2012; T. Dalyell, *The Question of Scotland. Devolution and After*, Edinburgh, Birlinn, 2016; M. Sandford, *Devolution to local government in England*, London, House of Commons Library, 2016.

[15] B.K. Winetrobe, *Scottish devolution: aspirations and reality in multi-layer governance*, in O. Jowell (ed.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

[16] M. Burgess, *The British Tradition of Federalism*, Leicester, Leicester University Press, 2012.

[17] V. Bogdanor, *Devolution: decentralisation or disintegration?*, in *Political Quarterly*, Vol. 70, n. 2, 1999, p. 185.

[18] Convenzione i cui contenuti non sono di per sé integrati nello *Scotland Act 1998*. Si può leggere in merito G. Burgess, *The Sewel Convention – Westminster legislation in devolved areas*, in *Scottish Constitutional and Administrative law and practice*, n. 1, 2000, pp. 12-16. Altresì, v. F. Rosa, *Le conseguenze parlamentari della* devolution: *la* Sewel Convention *al crocevia dei rapporti fra Parlamenti e Governi*, in A. Torre (a cura 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, 24-25 novembre 2006*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 1011.

[19] G. Poggeschi, *La devolution in Scozia*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1998, p. 937 ss.

[20] M. Monti, *Il Gender Recognition Reform (Scotland) Bill e il nuovo capitolo dello scontro istituzionale Scozia – "Governo centrale" britannico*, in *Diritti Comparati*, 14 febbraio 2023, disponibile in https://www.dirittocomparati.it/il-gender-recognition-reform-scotland-bill-e-il-nuovo-capitolo-dello-scontro-istituzionale-scozia-governo-centrale-britannico/.

[21] In senso ampio v. F. Palermo, K. Kössler, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Oxford, Hart Publishing, pp. 321-345.

Come accennato, l'utilizzo del potere di 'veto' esercitato dal *Secretary of State Alister* Jack è stato giustificato in virtù della sussistenza di uno dei requisiti appositamente previsti per l'esercizio di tale potere, ovverosia il timore che il disegno di legge possa produrre «*modifications of the law as it applies to reserved matters and which the Secretary of State has reasonable grounds to believe would have an adverse effect on the operation of the law as it applies to reserved matters*»[22].
Da un punto di vista sostanziale, ciò che preme osservare è il fatto che, nella vicenda analizzata, il progetto di legge del Parlamento scozzese – oggetto di quello che si è detto essere sostanzialmente un 'veto' britannico – è stato identificato come in grado di modificare o comunque avere un effetto significativo su di una delle materie riservate al livello di governo 'centrale', ovverosia «*Equal Opportunities*».
Da un punto di vista procedurale, si osserva che un *order* di cui alla *Section* 35 può essere emesso in qualsiasi momento durante il periodo di quattro settimane che inizia con l'approvazione di un disegno di legge del Parlamento scozzese o, se il disegno di legge è stato deferito alla *UK Supreme Court* ai sensi della *Section* 33[23], durante il periodo di quattro settimane a partire dal momento in cui la Corte ha deciso o si è pronunciata sulla controversia.
Quanto alla sua efficacia, la *Section* 35/5 stabilisce che, se emanata, un'ordinanza cessa di avere effetto se il Parlamento scozzese approva il progetto di legge dopo il riesame successivo all'adozione dell'ordinanza stessa, seppur in assenza di emendamenti significativi. In tal caso, ai sensi del § 3 della medesima *Section*, è comunque riconosciuto al Segretario di Stato un periodo di quattro settimane per adottare un'ulteriore ordinanza inibitoria, se ancora ritenesse di dover esercitare questo potere.
Nell'alveo di questi rapporti tra 'centro' e 'periferia' è poi significativo quanto emerge dal *Memorandum of Understanding* tra Regno Unito ed esecutivi 'devoluti', il cui § 27 indica come l'esercizio di un potere come quello di cui alla *Section* 35 debba essere considerato un'opzione residuale: «*The devolution legislation contains various powers for the Secretary of State to intervene in devolved matters. It also contains powers for the Law Officers to refer questions of vires to the UK Supreme Court. Although the UK Government is prepared to use these powers if necessary, it sees them very much as a matter of last resort*»[24].
Se esercitato il potere di cui alla *Section* 35, ad ogni modo, l'ordinanza diviene immediatamente esecutiva, a meno che la *House of Commons* o la *House of Lords* non votino per l'ann-

[22] Cfr. *supra*, nt. 5.
[23] «*(1) The Advocate General, the Lord Advocate or the Attorney General may refer the question of whether a Bill or any provision of a Bill would be within the legislative competence of the Parliament to the Supreme Court for decision. (2) Subject to subsection (3), he may make a reference in relation to a Bill at any time during- (a) the period of four weeks beginning with the passing of the Bill, and (b) any period of four weeks beginning with any F4... approval of the Bill in accordance with standing orders made by virtue of section 36(5). (3) He shall not make a reference in relation to a Bill if he has notified the Presiding Officer that he does not intend to make a reference in relation to the Bill, unless the Bill has been approved as mentioned in subsection (2)(b) since the notification*».
[24] *Devolution: Memorandum of Understanding and Supplementary Agreement*, ottobre 2013, disponibile in https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/316157/MoU_-between_the_UK_and_the_Devolved_Administrations.pdf. Poteri simili a quello di cui alla *Section* 35 dello *Scotland Act 1998* esistono per i *Secretary of State* per il Galles e l'Irlanda del Nord: rispettivamente, la *Section* 114 del *Government of Wales Act 2006* e la *Section* 14 del *Northern Ireland Act 1998*. Nessuna di queste due ultime previsioni è mai stata utilizzata.

ullamento entro quaranta giorni dalla data della sua emanazione.
Aspetto, quest'ultimo, di indubbio interesse comparatistico, atteso che ben si inserisce nelle logiche di un «controllo preventivo di sovranità "federale"»[25]. L'assemblea rappresentativa è chiaramente privilegiata quale garante dell'interesse nazionale[26]: la risoluzione di una questione di competenza, in sostanza, cela un lascito di gerarchia a favore di Westminster.

3. **Competenze riservate e competenze devolute nel Regno Unito**

Da quanto visto nei §§ che precedono, è allora evidente che la principale problematica che emerge dal caso in esame ha riguardo alle relazioni intercorrenti tra materie riservate e materie devolute nell'ambito del processo di *devolution* scozzese.
Nelle prime, come visto, rientra la materia «*Equal Opportunities*». In tal senso, l'*Equality Act 2010* è un atto legislativo emanato dal Parlamento britannico che ha consolidato i vari regolamenti che costituivano la base della normativa antidiscriminatoria per il Regno Unito. L'atto protegge gli individui da discriminazioni e molestie in ambiti quali l'occupazione, l'istruzione, l'attività associativa. Identifica alcune caratteristiche protette: età, disabilità, mutamento di sesso, matrimonio e unione civile, gravidanza e maternità, razza, religione, sesso e orientamento sessuale[27].
Nelle materie devolute, invece, rientra quella inerente la «*Gender Recognition*». A livello 'centrale' è presente una disciplina generale in materia, concretizzatasi nell'emanazione del *UK Gender Recognition Act 2004*. Si tratta di un atto legislativo emanato dal Parlamento britannico al fine di permettere alle persone *transgender* di richiedere un certificato di riconoscimento di genere (GRC), certificato utile a dimostrare che una persona ha soddisfatto i criteri per il riconoscimento legale del genere acquisito.
Nello specifico, la *Section* 9 di tale atto dispone che: «*Where a full gender recognition certificate is issued to a person, the person's gender becomes for all purposes the acquired gender (so that, if the acquired gender is the male gender, the person's sex becomes that of a man and, if it is the female gender, the person's sex becomes that of a woman)*».
Tuttavia, nell'esercizio delle competenze 'devolute', il *GRRB* si manifesta quale disegno di legge che modifica (e non, dunque, rende cedevole) il *UK Gender Recognition Act 2004*.
Per quanto qui principalmente interessa, l'aspetto di primaria rilevanza di tale disegno di legge – nonché quello che lo espone alle maggiori criticità – sembra essere la sua capacità di sdoppiare i sistemi di riconoscimento di genere: uno valevole per gli ordinamenti di Ing-

[25] S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2021, pp. 296-301.
[26] L'art. 127 della Cost. italiana, prima della riforma avvenuta con l. cost. n. 3/2001, dava al governo un potere analogo: una volta approvate, le delibere legislative adottate dai Consigli regionali erano preventivamente soggette a un controllo (di costituzionalità) politico da parte dell'esecutivo nazionale; qualora rinviate per modifiche agli stessi Consigli ed eventualmente comunque riapprovate, il governo poteva promuovere questione di merito per contrasto di interessi dinanzi alle Camere. Analogamente accade ancora oggi in Belgio, dove l'art. 143.2 e 3 Cost. assegna al Senato la risoluzione di conflitti di interesse di merito tra livello federale e regionale.
[27] Cfr. il *Chapter* 1 dell'atto, che le elenca come «*protected characteristics*».

hilterra e Galles, da un lato, uno per la Scozia, dall'altro[28].
È principalmente da questo aspetto, infatti, che emerge quella che si può definire la tensione tra 'centro' e 'periferia' – nei termini di una «*[modification] of the law as it applies to reserved matters and which the Secretary of State has reasonable grounds to believe would have an adverse effect on the operation of the law as it applies to reserved matters*»[29] – posta alla base dell'esercizio del potere previsto dalla *Section* 35 dello *Scotland Act 1998*. Una tensione, in ultima analisi, che si manifesta nel rapporto tra *Equality Act 2010* e le modifiche apportate al *UK Gender Recognition Act 2004* dal *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill*.
Il potere di 'veto', va precisato, è stato esercitato con un'evidente cautela. Emblematiche sono le considerazioni del Segretario Alister Jack: «*I have not taken this decision lightly. The Bill would have a significant impact on … GB-wide equalities matters in Scotland, England and Wales*»[30].
Parimenti, lo stesso tenore assumono le sue parole utilizzate nel resoconto portato dinanzi alla *House of Commons*, dalle quali traspare un evidente riferimento alle possibili tensioni con l'ordinamento scozzese 'devoluto': «*… this is absolutely not about the United Kingdom Government's being able to veto Scottish Parliament legislation whenever they choose, as some have implied. The power can be exercised only on specific grounds, and the fact that this is the first time it has been necessary to exercise it in almost 25 years of devolution emphasises that it is not a power to be used lightly*»[31].
Assunta la decisione di esercitare il potere di cui alla *Section* 35, in ogni caso, le motivazioni addotte dal governo britannico vertono sul fatto che il *UK Gender Recognition Act 2004* si collegherebbe alla materia «*Equal Opportunities*» grazie alla sua interrelazione con l'*Equality Act 2010*. Il disegno di legge scozzese, in tal modo, altererebbe l'equilibrio tra i due atti legislativi: le modifiche apportate al *UK Gender Recognition Act 2004*, di conseguenza, avrebbero un effetto negativo sul funzionamento della legge per come applicata alle materie riservate.
Nel dettaglio, come già accennato in apertura, le principali problematiche sollevate dal governo 'centrale' hanno riguardo a una pluralità di aspetti.
In primo luogo, vi sarebbe un impatto negativo portato dal disegno di legge in virtù dell'introduzione nel Regno Unito di due diversi regimi attinenti al GRC. In secondo luogo, atteso che il disegno di legge scozzese elimina una serie di misure che il governo britannico considera quali importanti clausole di salvaguardia (tra cui l'esigenza di dimostrare di aver vissuto nel genere 'acquisito' per un periodo minimo necessario), viene evidenziato il timore del ricorso a domande fraudolente. In terzo luogo, gli effetti negativi sull'*Equality Act 2010* vengono riscontrati nella ricaduta che la disciplina scozzese avrebbe sulla parità

[28] La domanda verrebbe presentata al *Registrar General* per la Scozia, invece che al *Gender Recognition Panel* del Regno Unito.
[29] Cfr. *supra*, nt. 5.
[30] Office of the Secretary of State for Scotland, *Gender Recognition Reform (Scotland) Bill: statement from Alister Jack*, 16 gennaio 2023, disponibile in https://www.gov.uk/government/publications/statement-of-reasons-related-to-the-use-of-section-35-of-the-scotland-act-1998.
[31] HC Deb 17 January 2023, Vol 726 c200 [Scotland Act 1998: Section 35 Power], disponibile in https://hansard.parliament.uk/Commons/2023-01-17/debates/48377387-3F2A-4C73-BF7F-A02065A03FF9/ScotlandAct1998Section35Power.

di genere in materia associazionistica, sul *Public Sector Equality Duty*, sulla parità di retribuzione e sulle scuole[32].

Infine, uno dei punti considerati salienti per l'impatto del disegno di legge sulla materia (riservata) «*Equal Opportunities*» è il riferimento a quella che il governo britannico assume essere un'implicita violazione del principio di pari opportunità, con particolare attinenza alla tutela dei diritti delle donne. Se le esigenze di pari opportunità richiedono che le donne 'biologiche' come gruppo ricevano una specifica considerazione, si afferma che uno schema legislativo in grado di agevolare la capacità delle persone di 'entrare e uscire' dalla categoria giuridica specificamente protetta rischia di depotenziare i beneficiari delle tutele previste in virtù del principio di pari opportunità. In altre parole, se il fatto che le persone abilitate a ottenere un GRC possano essere considerate legalmente donne ai fini dei loro diritti individuali è aspetto ritenuto meritevole di valorizzazione, ciò che viene contestato è il fatto che il principio di pari opportunità non risulti più pienamente in grado di considerare le donne 'biologiche' come gruppo destinatario di specifiche tutele, distinto rispetto agli uomini 'biologici'[33].

4. **Corti e conflittualità politica nell'allocazione delle competenze**

Le considerazioni addotte dal governo britannico per la prima applicazione della *Section* 35 dello *Scotland Act 1998* e richiamate nel § che precede hanno alimentato un importante dibattito tra i commentatori[34].

Da un lato, i sostenitori del disegno di legge scozzese ritengono che esso non abbia e non possa avere effetti sull'*Equality Act 2010*. A sostegno di ciò, in particolare, viene citata la *Clause* 15A del disegno di legge scozzese, secondo cui, esplicitamente, «*For the avoidance of doubt, nothing in this Act modifies the Equality Act 2010*»[35]. Parimenti, vi è chi ha sostenuto

[32] In questo aspetto è interessante considerare, soprattutto, il nesso alla tematica scolastica. Qui, il ragionamento del governo britannico verte sull'esistenza di «*single-sex girls schools*», le quali hanno il divieto di operare discriminazioni basate sul mutamento di sesso. Atteso che il disegno di legge scozzese abbasserebbe l'età minima per ottenere un GRC da 18 a 16 anni, ciò implicherebbe che già in età scolare alcune persone potrebbero potenzialmente ottenere un GRC e, quindi, accedere a scuole monosessuate indirizzate al sesso che corrisponde al proprio sesso 'legale', benché non al sesso biologico.

[33] Emblematico di tali questioni, nella stessa Scozia, è il c.d. *Bryson Case*, nel quale un soggetto *transgender* condannato per violenza sessuale perpetrata nei confronti di due donne prima di iniziare il percorso di cambiamento di sesso aveva poi richiesto di scontare la condanna in un carcere femminile. Tale controversia ha portato lo *Scottish Prison Service* ad affermare il principio secondo cui tutti i detenuti *transgender* che entrano nel sistema carcerario scozzese devono essere inviati nelle carceri che corrispondono al loro sesso biologico: cfr. *Transgender prisoner management: urgent case review correspondence*, disponibile in https://www.gov.scot/publications/transgender-prisoner-management-urgent-case-review-correspondence/pages/recommendations/.

[34] Per una ricostruzione recente sul tema v. anche D. Camoni, London vetoes Edinburgh*? Considerazioni costituzionali sul "veto" britannico al* Gender Recognition Reform (Scotland) Bill, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 3, 2023.

[35] *Contra*, però, N. Cunningham, *New clause 15A of the Gender Recognition Reform (Scotland) Bill: a chocolate fireguard?*, in *Legal Feminist Blog*, 27 novembre 2022, disponibile in https://www.legalfeminist.org.uk/2022/11/27/new-clause-15a-of-the-gender-recognition-scotland-bill-a-chocolate-fireguard/.

come la *Statement of Reasons* del Segretario di Stato Alister Jack[36] non abbia in realtà fornito alcuna giustificazione valida per il ricorso al potere di cui alla *Section* 35[37].
Dall'altro lato, vi è invece chi sostiene come il disegno di legge scozzese apporti evidenti modifiche sulla «*law as it applies to reserved matters*»[38], traducendosi in quegli evidenti contrasti tra 'centro' e 'periferia' cui si è ampiamente fatto cenno in precedenza[39].
Quale che sia l'interpretazione accolta, le difficoltà portate dal caso oggetto della presente analisi risiedono non solo in questa contrapposizione da ultimo indicata, bensì anche nel fatto che, come si è ricordato, si tratta del primo caso in assoluto nel quale l'esercizio del potere riconosciuto dalla *Section* 35 dello *Scotland Act 1998* viene esercitato.
La problematicità del caso in esame si rende evidente anche dalle ripercussioni nella dialettica politico-giuridica: dopo che l'allora Primo Ministro scozzese Nicola Sturgeon chiarì che il governo scozzese avrebbe difeso strenuamente il disegno di legge[40], l'attuale Primo Ministro Humza Yousaf ha confermato l'intenzione del governo scozzese di contestare in via giudiziale la decisione assunta dal governo britannico[41].
Processualmente, la via giudiziale è stata infine confermata per il tramite di un *judicial review* presentato dinanzi alla *Court of Session*[42]. Il governo scozzese ha presentato la petizione dinanzi alla Corte il 19 aprile 2023, adducendo a motivazione quattro aspetti: «*material error of law*», «*irrationality*», «*irrelevant considerations*» e «*inadequate reasons*»[43].

---

[36] Cfr. *supra*, nt. 9.
[37] V. la serie di (allora) Tweet espressi da Lord C. Falconer (ex *Lord Chancellor*) del 17 gennaio 2023: @LordCFalconer, https://twitter.com/LordCFalconer/status/1615400867015819278?s=20&t=8PgTmgDFTciwAVDFAJUesA.
[38] Cfr. *supra*, nt. 5. In questo senso, ad esempio, M. Foran, *Sex, Gender, and the Scotland Act*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 21 dicembre 2022, disponibile in https://ukconstitutionallaw.org/2022/12/21/michael-foran-sex-gender-and-the-scotland-act/.
[39] Si possono segnalare numerosi contributi *online* sul tema: su tutti, *The Limits of Lord Falconer Thread*, 20 gennaio 2023, disponibile in https://murrayblackburnmackenzie.org/2023/01/20/the-limits-of-the-lord-falconer-thread/; *Charlie Falconer's testimony*, 2 febbraio 2023, disponibile in https://sex-matters.org/posts/updates/charlie-falconers-testimony/; *Stoking a culture war? No, Nicola Sturgeon, this is about balancing conflicting rights*, 21 gennaio 2023, disponibile in https://www.businessmayor.com/stoking-a-culture-war-no-nicola-sturgeon-this-is-about-balancing-conflicting-rights-sonia-sodha/.
[40] Affermando la sussistenza di «*a real public interest in getting some judicial interpretation of section 35 and what are the circumstances that it can be used, can't be used, what tests need to be passed, what evidence does the UK Government need to put forward*»: *Sturgeon: Testing limits of Section 35 veto in court is in the public interest*, Evening Standard, 23 gennaio 2023, https://www.standard.co.uk/news/politics/alister-jack-nicola-sturgeon-first-minister-government-scottish-government-b1054957.html.
[41] *Scotland to launch legal challenge to UK government block on gender reform bill*, The Guardian, 12 aprile 2023, https://www.theguardian.com/politics/2023/apr/12/scotland-launch-legal-challenge-uk-government-block-gender-reform-bill.
[42] Quando la *Section* 35 fu discussa alla *House of Commons* nel 1998, l'allora Segretario di Stato per la Scozia Donald Dewar affermò che, se un *order* fosse stato impugnato, allora «*the judicial review would be taken in the Court of Session in Scotland. It would be a challenge from Scotland and would be dealt with by the Scottish courts*»: cfr. HC Deb 12 May 1998 Vol 312 c274 [Power to intervene in certain cases], disponibile in https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1998/may/12/powers-to-intervene-in-certain-cases. Va precisato che taluni commentatori sostengono la possibilità di una controversia radicata inizialmente dinanzi alla *Outer House*: v. J. Rozenberg, *Why Jack blocked bill. And what happens to Scotland's gender recognition law in the meantime*, in *A Lawyer Writes*, 18 gennaio 2023, disponibile in https://rozenberg.substack.com/p/why-jack-blocked-bill.
[43] *Gender recognition reform: Section 35 Order challenge – petition*, 19 aprile 2023, disponibile in https://www.gov.scot/publications/gender-recognition-reform-section-35-order-challenge-petition/.

In alternativa, peraltro, il governo scozzese potrebbe anche impugnare l'*order* emanato ai sensi della *Section* 35 mediante ricorso alla *UK Supreme Court* ai sensi dell'Allegato 6 dello *Scotland Act 1998*, secondo cui, tra le altre, la Corte è competente a conoscere di «*any … question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters*»[44].

Nel merito, la *Court of Session* ha già avuto modo di pronunciarsi sui rapporti tra l'*Equality Act 2010* e il *Gender Recognition Act 2004*, in una controversia avente ad oggetto un diverso atto legislativo scozzese, il *Gender Representation on Public Boards (Scotland) Act 2018*[45].

Tale atto è volto a garantire l'equilibrio di genere nei consigli di amministrazione del settore pubblico e originariamente stabiliva che la quota dovesse includere le persone che vivevano come donne e che avevano affrontato o intendevano affrontare il processo di riconoscimento di genere. L'associazione *For Women Scotland* ha contestato tale provvedimento, assumendo che l'esecutivo avrebbe violato le definizioni stabilite dall'*Equality Act 2010*, il quale prevede protezioni separate sulla base del sesso e della riassegnazione di genere.

Dopo il rigetto della domanda nel primo grado di giudizio, l'associazione è risultata invece vittoriosa nell'appello proposto dinanzi alla *Court of Session*, dove è stato affermato che «*the definition of sex was not limited to biological or birth sex, but includes those in possession of a GRC obtained in accordance with the 2004 Act stating their acquired gender, and thus their sex*»[46].

Il governo scozzese ha quindi reagito alla decisione modificando le note di orientamento per il disegno di legge, affermando come esso includa sia le donne come definite dall'*Equality Act 2010*, sia le persone con un GRC come definito dal *UK Gender Recognition Act 2004*.

L'oggetto di questa ultima decisione assume oggi una valenza peculiare, posto l'intento di modifica procedurale per ottenere il GRC di cui al *GRRB*; ma soprattutto, per valutare se possa esistere una continuità tra tale decisione e la sentenza emessa dalla *Court of Session* in merito alla legittimità dell'esercizio del potere di cui alla *Section* 35.

5. **Separazione dei poteri, *rule of law* e intensità dello scrutinio giudiziale**

A seguito delle contestazioni operate dal governo scozzese in merito all'esercizio del potere di cui alla *Section* 35, invero, la *Outer House* della *Court of Session* ha emesso la sentenza *Re Scottish Minister's Petition* l'8 dicembre 2023[47], nella quale è stato stabilito che il Segretario di Stato per la Scozia ha agito razionalmente e nell'ambito dei suoi poteri ai sensi della *Section* 35 dello *Scotland Act 1998* nel bloccare la presentazione del *GRRB* per il *Royal Assent*.

Si ricorda che le argomentazioni della parte ricorrente – l'esecutivo di Holyrood – si basavano sull'affermazione secondo cui l'uso dell'*order* ai sensi della *Section* 35 costituisse una

[44] *Scotland Act 1998*, *Schedule* 6, *part* 1, § 1(f).
[45] *Judicial Review of the revised statutory guidance produced by the Scottish Ministers under section 7 of the Gender Representation on Public Boards (Scotland) Act 2018*, [2022] CSOH 90.
[46] *Ibid.*, § 5.
[47] *Re Scottish Ministers' Petition*, 2023 CSOH 89. In sede processuale, il governo scozzese potrebbe anche impugnare l'*order* emanato ai sensi della *Section* 35 mediante ricorso alla *UK Supreme Court* ai sensi dell'Allegato 6 dello *Scotland Act 1998*, secondo cui, tra le altre, la Corte è competente a conoscere di «*any … question about whether a function is exercisable within devolved competence or in or as regards Scotland and any other question arising by virtue of this Act about reserved matters*»: *Scotland Act 1998*, *Schedule* 6, *part* 1, § 1(f).

violazione della separazione dei poteri, una compromissione dell'accordo di devoluzione, nonché un esempio di disaccordo politico mascherato dalla preoccupazione per gli effetti 'avversi' su materie riservate.

Nell'*opinion* della Corte, tuttavia, Lady Haldane ha affermato che «*[t]he petitioners stop short of alleging actual bad faith on the part of the Secretary of State however, and examples of what might constitute a permissible exercise of the power, by way of contrast, were not explored*»[48].

Considerazione, questa, che appare particolarmente interessante se si considera come, per molti aspetti, sembra che l'obiezione sollevata dal governo scozzese abbia sempre riguardato più che altro l'esistenza stessa della *Section* 35, piuttosto che il modo in cui il potere previsto da tale disposizione sia stato esercitato.

Ai fini del presente contributo, comunque, ciò che interessa è la valutazione della Corte in merito alla possibilità per il Segretario di Stato di concludere che il *GRRB* avrebbe potuto dispiegare effetti 'avversi' sul funzionamento dell'*Equality Act*. Per determinare ciò, la Corte ha dovuto anzitutto decidere l'intensità in merito alla *review* da esercitarsi[49].

Lady Haldane ha sottolineato che il potere previsto nella *Section* 35 è esercitabile solo al verificarsi di alcune condizioni preliminari[50]; inoltre, come la *Section* 35 non costituisca, di per sé, una minaccia alla separazione dei poteri o alla *rule of law*[51]. Di conseguenza, non trattandosi di un caso in cui stabilire se l'esecutivo stia cercando di sovvertire lo Stato di diritto, né di interferire con una decisione di un organo giurisdizionale[52], l'intensità appropriata dello scrutinio deve essere determinata in riferimento al fatto che si tratta di un potere che è «*itself part of the constitutional framework*»[53].

Così, se è vero che gli atti del Parlamento scozzese godono della «*highest legal authority*»[54], va allo stesso tempo agli occhi della Corte sottolineato che «*it is nevertheless a body to which decision making powers have been delegated. And it does not enjoy the sovereignty of the Crown in Parliament … The Scottish Parliament's power to legislate is not unconstrained*»[55].

Come segnala attenta dottrina[56], una diversa lettura è comunque possibile.

---

[48] *Re Scottish Ministers' Petition*, § 63. In dottrina, P. Daly, *The Section 35 Order was Lawful After All: Re Scottish Minister's Petition 2023 CSOH 89*, in *Administrative Law Matters*, 8 dicembre 2023, disponibile in https://www.administrativelawmatters.com/blog/2023/12/08/the-section-35-order-was-lawful-after-all-re-scottish-ministers-petition-2023-csoh-89/.

[49] Cfr. M. Foran, *Section 35 and the Separation of Powers: On the Role of Unwritten Constitutional Principles in the Interpretation of the Scotland Act*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 13 dicembre 2023, disponibile in https://ukconstitutionallaw.org/2023/12/13/michael-foran-section-35-and-the-separation-of-powers-on-the-role-of-unwritten-constitutional-principles-in-the-interpretation-of-the-scotland-act/.

[50] *Re Scottish Ministers' Petition*, § 70. Cfr. *supra*, § 1.

[51] *Re Scottish Ministers' Petition*, § 71.

[52] V. *R (on the applications of Evans) and another v Attorney General*, [2015] UKSC 21; *R (on the application of Miller) v The Prime Minister*, *Cherry and others v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC 41.

[53] *Re Scottish Ministers' Petition*, § 71.

[54] *AXA General Insurance Limited and others v The Lord Advocate and others*, [2011] UKSC 46.

[55] *Re Scottish Ministers' Petition*, § 46.

[56] In tal senso P. Sandro, *Devolution and the Phantom Menace: An Alternative View on the Appropriate Intensity of Judicial Scrutiny of the s.35 Scotland Act 1998 Order*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 20 dicembre 2023, disponibile in https://ukconstitutionallaw.org/2023/12/20/paolo-sandro-devolution-and-the-phantom-menace-an-alternative-view-on-the-appropriate-intensity-of-judicial-scrutiny-of-the-s-35-scotland-act-1998-order/.

In questa prospettiva, viene rimarcato come la funzione ultima dell'accordo sulla *devolution* sia quella di consentire, senza ostacolare, la divergenza politica tra Scozia e Regno Unito nelle materie nelle quali il Parlamento scozzese ha competenza legislativa. In tal senso, non sarebbe stato irragionevole per la *Outer House* assumere un punto di vista diverso e sottoporre l'esercizio del potere di cui alla Section 35 a un maggiore scrutinio.
Possono invero emergere due interpretazioni possibili (e concorrenti) in merito ai poteri esercitabili ai sensi della *Section* 35 dello *Scotland Act 1998*.
La prima è proprio quella adottata dalla *Court of Session* in *Re Scottish Minister's Petition*. In applicazione della teoria 'pura' della sovranità parlamentare, si considera che la Scozia non è un Paese indipendente e che il potere di veto allocato al 'centro' rappresenta nient'altro che la manifestazione dell'intenzione del Parlamento sovrano.
La seconda interpretazione ipotizza, all'opposto, che il potere sancito dalla *Section* 35 è il tipo di potere creato per non essere usato: creato, cioè, per agire come deterrente in modo da garantire la collaborazione tra il governo centrale e quello devoluto[57]. Questa interpretazione è stata esplicitamente sostenuta da Lord Sewel, all'epoca ministro dello *Scottish Office*, durante il dibattito sullo *Scotland Act 1998* alla Camera dei Lord; sembra anche in linea con il *Memorandum of Understanding on Devolution 2013*, in cui il governo britannico afferma di concepire i poteri previsti «*as a matter of last resort*»[58].
In questa diversa lettura sarebbe dunque possibile riflettere sulla differenza tra la presenza del potere esercitabile ai sensi della *Section* 35 e la possibilità di un suo effettivo esercizio. In altre parole, se la soluzione costituzionale adottata in merito alla *devolution* deve rispondere in modo non conflittuale ai rapporti tra 'centro' e 'periferia', non si dovrebbe permettere che l'esercizio del potere di 'veto' tradisca delle radici che, dalla prospettiva degli esecutivi devoluti, possono essere lette come coloniali[59].

6. **Le difficoltà della *devolution*, tra (apparente) rigidità normativa ed evoluzione interpretativa**

Quanto appena detto porta a un'ultima dimensione dell'analisi, prendendo in considerazione quelli che sono stati definiti gli 'effetti esterni' della politica decentrata nel Regno Unito[60].
Lo *Scotland Act 1998*, in questo senso, allinea chiaramente il controllo degli 'effetti esterni' alla mera competenza legislativa. Ai sensi della *Section* 35, infatti, il concetto di «*adverse effects on the operation of law*» è espressamente legato alle competenze riservate al 'centro'; di conseguenza, gli effetti esterni della legislazione devoluta diventano negativi solamente nei casi in cui si può dimostrare che abbiano un impatto su materie riservate al Parlamento di Westminster.

---

[57] *Ibid.*
[58] Cfr. *supra*, nt. 23.
[59] Cfr. *supra*, § 1.
[60] Si legga T. Horsley, *Managing the External Effects of Devolved Legislation: Virtual Representation, Self-Rule and the UK's Territorial Constitution*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 5 ottobre 2023, disponibile in https://ukconstitutionallaw.org/2023/10/05/thomas-horsley-managing-the-external-effects-of-devolved-legislation-virtual-representation-self-rule-and-the-uks-territorial-constitution/.

In relazione al GRRB, come già visto, il governo britannico ha precisamente individuato una serie di effetti 'avversi' sul funzionamento dell'atto: una prima serie di effetti negativi deriverebbe dalla creazione, da parte del disegno di legge, di un doppio sistema di riconoscimento del genere all'interno del Regno Unito; una seconda serie richiama l'attenzione sul presunto impatto del disegno di legge sulle misure di tutela esistenti, con proiezioni su un aumento del rischio di domande fraudolente; infine, una terza serie di ragioni sostiene che il GRRB esacerberebbe le tensioni esistenti rispetto all'applicazione dell'*Equality Act 2010*. Sono tutti effetti, come già analizzato in precedenza, ancorati al riparto di competenze legislative.

Nel caso in esame, la riflessione corre allora al modo in cui l'architettura costituzionale britannica gestisce gli 'effetti esterni' della politica devoluta, per capire se vengano presi in considerazione aspetti differenti rispetto alla competenza legislativa.

Con riferimento alla *Section* 35 dello *Scotland Act 1998*, la risposta sembra sostanzialmente negativa. Si tratta, come visto, di uno strumento che consente al governo britannico di bloccare le leggi del Parlamento scozzese dal ricevere il *Royal Assent* dopo che hanno completato la loro terza lettura[61], senza che il governo britannico abbia però alcun obbligo normativo di confrontarsi con quello scozzese prima di esercitare tale potere[62]. La considerazione sugli 'effetti esterni', in altre parole, sarà presente solo nella misura in cui essi si intersecano (in senso conflittuale) con questioni di competenza legislativa.

Non è allora un caso, in quest'ottica, il tentativo dell'*ex* Primo Ministro scozzese Nicola Sturgeon di spostare rapidamente il dibattito sul *GRRB* nel terreno della *devolution*[63], collocandolo all'interno di una più ampia discussione nella quale trovano spazio anche ulteriori progetti di legge che intersecano le relazioni tra 'centro' e 'periferia' per come stabilite dallo *Scotland Act 1998*.

In tal senso, come segnalato da attenta dottrina[64], vanno considerati ad esempio due progetti di legge che sono stati recentemente oggetto di importanti decisioni da parte della *UK Supreme Court*.

---

[61] Prima che un disegno di legge diventi un formale atto del Parlamento, si ricorda, esso deve completare un lungo processo di scrutinio ed emendamento davanti a entrambe le Camere del Parlamento, per poter poi essere presentato al Sovrano per il *Royal Assent*. In estrema semplificazione, un progetto di legge deve completare cinque fasi in ciascuna Camera (quanto segue si riferisce principalmente alla *House of Commons*, mentre le fasi nella *House of Lords* possono leggermente differire): *first reading*, quando il progetto di legge viene ufficialmente presentato alla Camera; *second reading*, un dibattito sull'accettazione delle disposizioni di massima del progetto di legge, seguito da una votazione '*all or nothing*' sul proseguimento della procedura di approvazione e, dopo il passaggio in apposito *Public Bill Committee*, da una discussione della Camera sugli eventuali emendamenti (c.d. *Report Stage*); *third reading*, fase che avviene solitamente subito dopo il *Report Stage* e consiste in un voto '*all or nothing*' sul progetto di legge eventualmente emendato. Le proposte di legge che hanno origine in una Camera devono completare l'*iter* in quella Camera prima di ripetere lo stesso *iter* nell'altra; una volta che la seconda Camera ha esaminato ed emendato a sua volta il disegno di legge, si verifica un processo chiamato 'Ping Pong' in cui le due Camere accettano o respingono gli emendamenti dell'altra. Infine, quando il testo del disegno di legge è stato approvato da entrambe le Camere del Parlamento, esso viene inviato al Sovrano per il *Royal Assent*.

[62] O, analogamente, con il Senedd, ai sensi dell'articolo 101 del *Government of Wales Act 2006*.

[63] Cfr. *supra*, nt. 10 e 11.

[64] S. Tierney, *The Gender Recognition Reform Bill: another dispute over devolved competence*, in *UK in a Changing Europe*, 28 marzo 2023, disponibile in https://ukandeu.ac.uk/the-gender-recognition-reform-bill-another-dispute-over-devolved-competence/.

Nel primo caso – *Att. Gen. e Adv. Gen. Reference*[65] – la Corte è stata chiamata a stabilire se due progetti di legge rientrassero o meno nei poteri del Parlamento scozzese: il primo disegno di legge intendeva incorporare la *United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland)* (UNCRC) *Bill* nel diritto scozzese; il secondo proponeva di fare lo stesso per la *European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland)* (ECLSG) *Bill*.
La competenza del Parlamento scozzese a incorporare questi Trattati non è stata oggetto di discussione, mentre ne è stata contestata la modalità operativa. La Corte ha invero ritenuto che i disegni di legge si spingessero sino a modificare lo *Scotland Act 1998*, cosa che il Parlamento scozzese non è chiaramente competente a fare.
Nel secondo caso – *Lord Advocate's Reference*[66] – il governo scozzese ha sottoposto alla Corte Suprema la legittimità dello *Scottish Independence Referendum Bill*. Anche in questo caso, la Corte ha ritenuto che il disegno di legge non fosse di competenza del Parlamento scozzese, poiché riferibile a materia – rapporti tra Regno Unito e Parlamento – riservata a Westminster[67].
Ciò che emerge dal quadro così delineato è una certa qual tendenza alla strumentalizzazione dei progetti di legge del livello di governo 'periferico', in un tentativo di superamento per via giudiziale dei limiti al riparto di competenze posti dagli strumenti di natura politica[68].
Dinamiche di questo tipo sono tutt'altro che insolite nei sistemi federali, ma una caratteristica tipica della *devolution* scozzese è sempre stata nel senso che le corti non sono emerse, in generale, quale sede naturale per le dispute di competenza tra legislatore devoluto e governo centrale[69].
Il caso oggetto della presente analisi, unitamente alle due controversie decise dalla *UK Supreme Court* da ultime richiamate, sembra invece evidenziare una situazione in corso di mutamento.
La questione sottesa al 'veto' posto sulla procedura di approvazione del *GRRB* dimostra che, sebbene il Parlamento britannico mantenga il diritto di legiferare su questioni devolute, non vi è però nulla nello *Scotland Act 1998* che affermi una 'clausola di supremazia' del livello di governo centrale[70].
Questa valutazione consente di mettere in luce come l'accelerazione impressa al processo di *devolution* negli ultimi decenni per il tramite di una sempre più evidente conflittualità politica tra legislatore devoluto e governo centrale dovrà probabilmente essere sempre più assistita – per evitare un impatto potenzialmente deleterio sull'allocazione delle competenze tra 'centro' e 'periferia' – dall'interpretazione armonizzatrice delle corti, al pari di quanto accade nei sistemi giuridici tradizionalmente connotati da un forte decentramento

[65] [2021] UKSC 42.
[66] [2022] UKSC 31.
[67] Cfr. *supra*, § 2.
[68] Cfr. *amplius* A. Torre (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum del 18 settembre 2014*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016.
[69] Si può leggere T. Groppi, *Conflitti devolutivi: nuovi percorsi per il* judicial review of legislation?, in A. Torre, L. Volpe (a cura di), *La Costituzione britannica.* The British Constitution. *Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, Bari, 29-30 maggio 2003*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 451-473.
[70] Vi è però un altro lascito di gerarchia, ossia la sovranità del Parlamento di Westminster.

ordinamentale[71].

[71] S. Tierney, *The Gender Recognition Reform (Scotland) Bill: Time for the United Kingdom to Learn from Other Federal Systems?*, in *IACL-AIDC Blog*, 23 marzo 2023, disponibile in https://blog-iacl-aidc.org/2023-posts/2023/3/23/the-gender-recognition-reform-scotland-bill-time-for-the-united-kingdom-to-learn-from-other-federal-systems.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-0f0

Devoluzione e governo locale

Charter incorporation in Scotland to the rescue of central-local relations?

Chris Himsworth
Emeritus Professor of Administrative Law, University of Edinburgh

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Charter incorporation in Scotland to the rescue of central-local relations?**

di Chris Himsworth*

Abstract (Ita): In un secolo di scritti sul governo locale nel Regno Unito, un tema inevitabilmente dominante è stata l'analisi delle relazioni centro-territorio – nel tentativo la misura del controllo da parte dei ministri e dei dipartimenti centrali sugli enti locali e il grado il grado di autonomia comunque mantenuto dagli enti locali. Nel complesso la storia (compresa quella che copre gli anni della devolution) è stata caratterizzata da un crescente controllo centrale e da un declino dell'autonomia. In tempi più recenti, il Regno Unito ha firmato e ratificato la Carta Europea dell'Autonomia locale del 1985. Ancora più recentemente, nel Parlamento scozzese sono stati avviati passi per «incorporare» la Carta nel diritto scozzese interno. Questo articolo esamina quali effetti potrebbe avere sui rapporti centro-territorio l'incorporazione della Carta.

Abstract (Eng): In a century of writing about local government in the United Kingdom, an inevitably dominant theme has been the analysis of central-local relations - defining the measure of control by central ministers and departments over local authorities and the degree of autonomy nevertheless retained by the local authorities. On the whole the story (including that covering the years of devolution) has been one of increasing central control and declining autonomy. In more recent times, the United Kingdom has signed and ratified the European Charter of Local Self-Government of 1985. Even more recently, steps have been commenced in the Scottish Parliament to «incorporate» the Charter into the domestic law of Scotland. This article considers what effect on central-local relations the incorporation of the Charter might have.

Parole chiave: Scozia; devolution; governo locale

Keywords: Scotland; devolution; local government

1. INTRODUCTION

One of the most significant constitutional initiatives of the current sixth session of the Scottish Parliament has been the European Charter of Local Self-Government (Incorporation)(Scotland) Bill (the «Charter Incorporation Bill»). It is a Member's (non-governmental) Bill promoted initially by Andy Wightman MSP and is designed primarily to require the Scottish Ministers (the Scottish Government) «to act compatibly» with the «Charter Articles» (as appended to the Bill in a schedule). Other draft sections include the imposition of a further duty on the Scottish Ministers to «promote local self-government»[1].

In the language of the European Charter of Local Self-Government 1985 (the «Charter») itself, its focus is evidently on «local self-government»[2] or «local autonomy»[3] and their protection. The more familiar language has, in the United Kingdom, been that of «central-

** Contributo pubblicato senza peer review per la chiara fama dell'autore, ex art. 2, comma 5, del Codice etico.

* Emeritus Professor of Administrative Law, University of Edinburgh

[1] [1] For further provisions of the Bill, see text at n 47 below.

[2] Which is terminology unfamiliar to UK statutory practice which has almost always preferred simply «local government» which, in turn, signifies government by elected local authorities as opposed to merely «local administration» by other bodies.

[3] The language of the French version of the Charter: Charte Européenne de l'Autonomie Locale.

local relations» but the same constitutional concern is common to both – that of the risk of an overly dominant role for central government in relation to elected local authorities. This article briefly considers the history of central-local relations in UK practice and then assesses the contribution, and more importantly, the potential future contribution, of the Charter and the Charter Incorporation Bill and other possible similar legislative projects.

2. CENTRAL-LOCAL RELATIONS IN THE UNITED KINGDOM IN THE TWENTIETH AND TWENTY FIRST CENTURIES

Nearly one hundred years ago, in the 1920s, the youthful and, as yet, unknighted William Ivor Jennings delivered a course of lectures on constitutional law, first in the University of Leeds and then, from 1929, in the University of London. One element of those lectures became the foundation of what he described as his «little book», *Principles of Local Government Law* (*«Principles»*)[4], published in 1931. In the Preface to that book Sir Ivor[5] explained that he had «concentrated upon the juristic and constitutional principles which seemed to [him] to underly our system of local government»[6]. Chapter V is headed «Central Control» and Sir Ivor recalled «that the Benthamite[7] principle of local government involved close control by the Central government. The local authorities were to be agents of the Central Government to carry out locally the national policy»[8]. That principle had been adopted (from 1834) in «Poor Law» (welfare) legislation which, by the time of the Poor Law Act 1930, provided that the Minister of Health was «charged with the direction and control of all matters relating to the administration of relief to the poor throughout England and Wales…»[9]. Sir Ivor notes that such a power of direction and control was larger than the Minister possessed in any other sphere of local government[10] *but* it illustrated, Sir Ivor commented, «the relation which is gradually being established between local government and central government. In all the branches of local administration in which national interests are said to be involved – and it should be stated that some students of government consider that it applies to many other branches as well – the Central Government is gradually obtaining the sort of general control which is referred to in the section quoted. The actual administration and the exercise of discretion within narrow limits are left to the local authority. The general lines of the administration and the method of exercising discretion are determined by a department of the Central Government. The department may give general orders; it may advise what should be done in individual cases; it may admonish for what has already been done in individual

[4] I. Jennings, *Principles of Local Government Law*, London, U of London Press, 1931. And subsequent editions to the 4th of 1960.
[5] Jennings was not actually knighted until 1948.
[6] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 7.
[7] Jeremy Bentham who developed a *Constitutional Code* including the «division of the country into uniform districts, a popularly elected council for each of them, and control of the council by the central legislature in the interests of the rest of the country» cfr. *Principles,* cit., p 62).
[8] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 157.
[9] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 158.
[10] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 159.

cases. The administration, in short, is in the hands of local authorities; the general control is left with the Central Government»[11].

Most of the rest of Chapter V was devoted to a summary listing of the ten varieties of controlling powers available to ministers:

1. The issuing of general orders and regulations.
2. Control over officers.
3. Inspection by central officials.
4. Confirmation of bye-laws.
5. The audit.
6. Control over grants.
7. Control over loans.
8. Appellate functions.
9. Powers of acting in default.
10. Powers in respect of local legislation. (p160)

A not dissimilar listing of such powers might have been offered by any analyst over the succeeding century. Sir Ivor concluded the chapter with a note on the «Cumulative Effect» of the central controls which brought local government under the direct control of Central Government[12]. Beyond the terms of statutes providing the ministers' powers, the close control had a «psychological effect»[13]. A relationship of local authority subordination had been established and, for constitutional lawyers at least, the subsequent discussion of central control and the central-local relationships has taken place within the tradition of Jennings. Later in the twentieth century, Professor John Griffith (like Jennings (until his move to Cambridge), from the London School of Economics) produced his magisterial study, *Central Departments and Local Authorities*[14] and the Redcliffe-Maude Royal Commission Report[15] which formed the basis of local government reorganisation in England and Wales from 1974. The language of the Report was that of a future relationship of «partnership» between local authorities and central government, avoiding thereby the previously dominant role of ministers and their departments. Nor was this idealised concept of partnership a new arrival on the scene. By the time of the first edition of his own general constitutional law text, *The Law and the Constitution*[16], Sir Ivor had adopted it. In his treatment of local authorities as a section[17] within his Chapter V on «The Administration» he retained a focus on central control but he conceded, as he had done earlier in *Principles*, that this resulted in a sharing of responsibilities; «Consequently, local administration is in many respects a partnership between the Central Government and the local authorities,

[11] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 159.
[12] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 196.
[13] I. Jennings, *Principles*, cit., p. 196.
[14] J.A.G Griffith, *Central Departments and Local Authorities*, London, George Allen & Unwin, 1966. See also M. Loughlin, *Local Government and the Modern State*, Mytholmroyd, Sweet & Maxwell,1986.
[15] *Report of the Royal Commission on Local Government in England*, Cmnd 4040 (1969).
[16] I. Jennings, *The Law and the Constitution,* U of London Press, 1933.
[17] I. Jennings, *The Law and the Constitution,* cit., pp. 176-182.

the general policy being determined for the most part by the appropriate Government Department and its application to the individual case being left to the local authority»[18].

3. DEVOLUTION AND OTHER INSTITUTIONAL CHANGE

Despite the recognizable continuity of the Jennings model of analysis, if it is to be taken as the background to what has to be addressed, in the years since 1985 or 1997, by the Charter, a number of important modifications, especially those affecting institutional structures, have to be noted. Above all, it has to be observed that the era since 1997 has been that of the rolling out across the United Kingdom of substantial waves of devolved government. As a preface to that, however, there should be a return to Jennings himself for a reminder that his own subject of study was England, although, because of their combination within the same «legal system» or «jurisdiction» (in an international private law sense) and because the Westminster Parliament habitually legislated for both together, virtually all that could be said of England could also be said of Wales. On the other hand, in many, many important respects, Scotland was different. Under the arrangements secured by the Treaty of Union 1706, the separate legal system of Scotland had been maintained and, with it, the distinct institutions of local government for which, in the main, separate legislation was enacted by the UK Parliament. The pattern, for instance, of county councils established for England and Wales[19] was, at the end of the nineteenth century, substantially replicated for Scotland but under separate legislation[20] and with large and small burghs instead of districts at the sub-county level. In addition, arrangements at the level of central government had diverged from those in England, with the establishment, from 1885, of the Scottish Office, with, from 1925, the Secretary of State for Scotland. Thus, by the time of Scotland's separate Royal Commission on Local Government in Scotland[21], the central local relationship was, almost entirely, one between the Scottish Office and the, separately established, county councils and large and small burghs. What equally has to be noted is that the Wheatley analysis of that relationship matched very closely that of Redcliffe-Maude and the reorganisational reform proposals (though cast in terms of Scotland's new regional, district and islands councils) including the notion of «partnership» were very similar.

Things were different in Northern Ireland. By the time of Jennings's lectures and book, the Province had entered its first instantiation of «Stormont» devolution. The Government of Ireland Act 1920 had originally made provision for Parliaments to be established in both Belfast and Dublin but, following the establishment of the Irish Free State (subsequently the Republic of Ireland) from 1922, only Northern Ireland benefited from its terms. This meant that, during the period 1922-72, the Parliament of Northern Ireland had legislative responsibility and central-local relations were conducted between

[18] I. Jennings, *The Law and the Constitution*, cit., p. 181.
[19] In the Local Government Acts of 1888 and 1894.
[20] Cfr. Local Government (Scotland) Act 1889 and Burgh Police (Scotland) Act 1892.
[21] Also known as The Wheatley Report, Cmnd 4150, 1969.

the Northern Ireland Government and the Province's county councils[22]. In essence this was a position similar to the other parts of the United Kingdom, although sharply affected by the politics of Unionist Party domination at both levels throughout. Between 1972 and 1999 the governance of Northern Ireland was in disarray, and with many traditionally local authority functions assigned to unelected «boards».

Returning to the post-1997 devolution initiative to record institutional change, varying, it is true, from country to country within the United Kingdom, the UK Parliament passed the «Devolution Acts»[23] which created new legislatures (the Scottish Parliament, the Northern Ireland Assembly and the National Assembly of Wales – subsequently the Senedd) and Executives/Governments responsible to each. The following quarter century has, for each country, been different; in Wales, a period of substantial strengthening of the powers of both institutions; in Scotland, a similar strengthening but from a much higher base and very much related to growing nationalism in the country, and with the independence referendum of 2014 a key political event; and, in Northern Ireland, a period of political precarity despite the Good Friday Agreement of 1998 and the ending of the earlier violent «Troubles», and the intermittent functioning and non-functioning of the institutions. Subject to those varieties in the experience of devolution, what all the models have produced for our own subject of study has been an institutional redefinition of the central-local relationship in Scotland, Wales and Northern Ireland. In all cases, the Parliament/Assembly/Senedd has legislative competence for local government and the governmental relationship has been transferred to one which no longer engages the UK/Whitehall Government but instead the devolved governments in Edinburgh, Cardiff and Belfast.

The actual new relationships are still being worked out. And against the background of two competing assumptions. On the one hand, it may be argued that the structural reforms of devolution dictate no particular outcome in terms of the exercise of legislative or administrative power in relation to local government. Devolution redefines the structures but does not determine developments thereafter. On the *other* hand, there is room for apprehensions that devolution necessarily involves the insertion into the institutional space of the former central-local relationship of the newly devolved legislature and government, with each seeking, in circumstances of an assumed zero-sum struggle, to expand the reach of its own competences and, in relation to those beneath, the potential for controls those competences bring[24]. These were indeed apprehensions expressed, most poignantly and ironically perhaps, by the UK Government at the time of the passing of the Scotland Act 1998 when it sought, whilst conferring broad powers on the Scottish Parliament and

[22] See eg. A.S. Quekett, *The Constitution of Northern Ireland*, HMSO, 1933.
[23] Scotland Act 1998 («SA 1998»), Government of Wales Act 1998 and Northern Ireland Act 1998, all as subsequently amended/replaced.
[24] See eg. CMG Himsworth, *«New Devolution: New Dangers for Local Government?»* 24 *Scottish Affairs* 74, Edinburgh University Press,1998.

Executive/Government, to urge their deployment with restraint[25]. The UK Government established a Commission of Local Government and the Scottish Parliament which produced (in 1999) recommendations on future relationships[26].

Whilst the arrival of devolution might have brought the need for the biggest revision of Sir Ivor Jennings's analysis of the early twentieth century position (although only, in devolution's «full» version, in relation to those parts of the United Kingdom not directly treated by Jennings himself[27]) there are, of course, other changes in the general condition of public administration which have to be accommodated. The period between the 1920s and the 2020s has, in the first place, been one of a large expansion in the delivery of public services – most notably after the Second World War, of the hospital and primary health services and the expansion of «welfare» and other social services. And this has, of course, been accompanied by an expansion of that provision by public authorities – in some cases, local authorities, as reorganised over the century; in others by central department (whether devolved or not), and, most importantly, by the addition of many, many public bodies in the domain of «intermediate government». A glimpsed overview of the field reveals the creation of the National Health Service, with a substantial, and varying, array of public bodies for local delivery separate from local authorities subject to ministerial supervision; the removal of local «Poor Law» functions in the direction of (mainly at a UK level) central provision of social security; the post-War expansion of «town and country planning» largely at the local government level but subject to central supervision; the expansion of school education, again largely by local authorities but, in England, with much delegation to schools or groups of schools through «academicization».

One reaction to this much-revised picture of the constitutional and administrative environment since the early twentieth century might be to suggest that a much more sophisticated analysis is required to replace the simpler binary portrait of the central and the local. And, of course, that would be necessary if such a comprehensive analysis were required. But, as long as democratic local self-government (or indeed local autonomy) is retained as one significant actor and as long as its retention is conditional upon the sustaining of conditions under which central control does not dominate, then the specific state of central-local relations (and indeed the differing states of central-local relations across the United Kingdom and the conditions, within that, of «local autonomy») remain an important focus of study.

By reference to a selected cluster of sources it is not difficult to demonstrate the continuing high profile, in Scotland but also across the United Kingdom, of the reform of central-local relations as a part of initiatives in the direction of decentralisation and of gove-

[25] See the White Paper *Scotland's Parliament* (Cm 3658(1997) Ch 6).
[26] For more detail, see CMG Himsworth and CM O'Neill, *Scotland's Constitution: Law and Practice* (4th Ed, 2021) para 8.7 on Local Government and Devolution.
[27] The Cities and Local Government Devolution Act 2016 conferred wider powers on directly elected mayors and «combined authorities» in England but, although the word «devolution» is in its title, it does not involve devolution in the sense in which the term is applied in the other parts of the United Kingdom.

rnmental reform in general – see, for instance, (Gordon Brown and Labour), *A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy*[28] recommending, for Scotland, «Enhanced local control: there is a strong case for pushing power as close as possible in Scotland, and consideration should be given to establishing new forms of local and regional leadership, such as directly elected mayors»[29]; and, on the other hand, (Iain Stewart MP from a Conservative perspective) *Beyond Holyrood: Unlocking Local Growth in Scotland*[30], including «Holyrood has a tendency to be a centralising force in Scotland, especially under the current SNP administration…proposals such as the establishment of a national care service cannot be seen as anything but a transfer of powers and responsibilities from Scotland's local authorities to the central government. This follows the SNP's controversial centralisation of police and fire services». From a non-political standpoint, John Stanton has recently, in his *Law, Localism, and the Constitution: A Comparative Perspective*[31] contributed a broad-ranging description and analysis on «Central-local relations and constitutional reform»[32]. In April 2023, Matthew Engel, writing in the political journal, *The New Statesman*[33] chose the banner of «The Death of Local Government» under which to lament the current condition of local democracy.

Continuing consideration of the cluster of sources with a more direct focus on Scotland, the concerns expressed about the risks for local government at the launch of devolution have already been mentioned[34]. More recently Lord Smith, Chair of the Smith Commission which followed the Scottish Independence Referendum of 2014, expressed a personal plea for further devolution *from* the Scottish Parliament to local authorities and civic Scotland[35] and the Report of the Reconvened Consultative Steering Group contained a similar warning[36]. During the period 2017-22 there were the early stages of a Local Governance Review conducted jointly between the Convention of Scottish Local Authorities («COSLA») and the Scottish government (although interrupted by COVID-19) but this was replaced by a commitment on the Government's part to reach a «New Deal» for local government, including a new «Partnership Agreement» and «Fiscal Framework». Although there was an ambition to have the New Deal in place for the

[28] *Report of the Commission on the UK's Future*, (Labour Party, 2022), p. 15.
[29] Perhaps strange terminology in a Scottish context where corresponding terminology has been that of «provosts»? See below. See also, in the Report, Rec 3: There should be a constitutional requirement that the political, administrative and financial autonomy of local government should be respected by central government (p 70); Rec 12: Local government should be given long term financial certainty (p 93); and Rec 13: Local government should be given more capacity to generate its own revenue with fiscal powers (p 94).
[30] *Onward*, 4 June 2023.
[31] J. Stanton, *Law, Localism, and the Constitution: A Comparative Perspective*, London, Routledge, 2023.
[32] Ibid, Ch 7 «Relations between central, devolved and local government and Ch 8. A new constitutional settlement for local government».
[33] Issue 24 April-4 May 2023, pp 34-36.
[34] See text at n 16.
[35] See *Report of the Smith Commission for Further Devolution of Powers to the Scottish Parliament* (2004).
[36] *Reflections on 20 Years of the Scottish Parliament* (Oct 2019) paras 13-14.

2022-23 financial year and that target was missed, there has been renewed commitment to its implementation[37].

In May 2023 a conference was held on «Central and Local Government: Building for the Future», bringing together a wide range of participants from central and local government, other stakeholders and academia. I suspect that nothing said would have surprised Sir Ivor Jennings, save only perhaps that he might have been relieved to hear that elected local authorities had survived for a hundred years since his day.

4. THE EUROPEAN CHARTER OF LOCAL SELF-GOVERNMENT

During the same conference, Councillor Steven Heddle, speaking on behalf of COSLA, twice invoked the need to continue the process in the Scottish Parliament towards enactment of the Charter Incorporation Bill. He looked forward to the creation of a «resilient partnership between local and central government» and spoke of the need, in particular, for progress on «fiscal empowerment», aligned with the principles of the Charter and to ensure that the Charter was «enshrined in Scots law as soon as possible». And it is to the Charter as an anticipated solution to the problem, both long-standing and of our own day, of central-local relations to which we should now turn – starting with the question, both whimsical and serious: What would Sir Ivor have thought? We have seen that, already by the time he was lecturing and writing in the 1920s and 1930s, Jennings had reached his own conclusions about the direction of travel of the central government control of local government in England. Democratically elected[38] local authorities were, at that time, really quite new – only about thirty years old. But he feared for their freedom from ministerial interventions and domination. How might he have responded to a suggested solution in the form of a European Charter of Local Self-Government? It is, of course, an impossible question. His generation (he was himself born in 1903) had known the horrors of the First World War and the formation, from 1920, of the League of Nations, by the time of *Principles of Local Government Law* in 1931, but had yet to confront the political, military and genocidal disasters of the 1930s and 1940s which produced the circumstances in which the Council of Europe, the European Convention on Human Rights («ECHR») and, in due course, the Charter were born. On the other hand, by 1940, Sir Ivor had produced his *A Federation for Western Europe*[39] in which he developed his ideas (and, in its Appendix, a «Rough Draft of a Proposed Constitution for a Federation of Western Europe») for the conversion of the utopianism of a global federal dream[40] into a practical European post-War framework. From the point of view of this article, however, it is no more than a mere disappointment that, given Sir Ivor's own attachment to local government as an aspect of democratic governance overall, there is no reference to the role of local government in *A Federation*. Even in a chapter section on «The Maintenance

[37] See https://www.gov.scot/news/a-new-deal-for-local-government/.
[38] But still lacking participation by 50% of the population.
[39] I. Jennings, *A Federation for Western Europe*, Cambridge, Cambridge UP, 1940.
[40] Sir Ivor himself, at p 2, referenced C. Streit, *Union Now*, New York, Harper, 1939 and W.B. Curry, *The Case for Federal Union*, New York, Penguin,1939.

of Democracy»[41] local government goes unmentioned[42]. This is to be contrasted, it may be observed, with the case made for the Charter after the Second World War which was, in part, based on the potential for local democracy to survive where national democracy is under threat.

Far more important for present purposes than speculation about the imagined thoughts of Sir Ivor, however, is the much more directly relevant analysis of our own time. Two principal questions may be selected: How far may the United Kingdom's signature and ratification of the Charter be expected to have a positive effect on the unhappy state of central-local relations by challenging central control? And, secondly, how far might the formal «incorporation» of the terms of the Charter make an additional contribution? For a full account of the emergence of the post-War case for the adoption, across Western Europe, of shared standards of local self-government (undoubtedly, in part as a reaction to the much larger abandonment of democracy during the 1930s and the War period) and their eventual articulation in an enforceable international treaty by the Council of Europe, reference should be made to other sources[43]. That process had begun as early as 1950 with the «Seelisberg Declaration» and culminated in 1985 in the opening of the Charter for signature by the then 21 members of the Council of Europe. It is clear from the formal records that UK representatives played an active part in the process, even if it reflected their caution at many points, leading to the dilution of the strength of initial draft Articles[44]. Such caution was perhaps inevitable, given the state, for instance, of financial controls on UK local authorities (though these were and are widely shared across Europe and have been ever since). The subjection of local planning authority planning control decisions to appeals to ministers was another clear example of potential Charter conflict[45]. Following the adoption of the Charter's text in Rome in November 1984, the United Kingdom joined all the other Council of Europe members in signing the Treaty[46].

Following an important Preamble in which it is declared, inter alia, that «local authorities are one of the main foundations of any democratic regime» and that «this entails the existence of local authorities endowed with democratically constituted decision-making bodies and possessing a wide degree of autonomy with regard to their responsibilities, the ways and means by which those responsibilities are exercised and the resources required for their fulfilment», Part 1 of the Charter contains its substantive provisions. And these, in turn, include a commitment to the recognition of the principle of local self-government

[41] A part of Chapter VI on «The Federation and the States».
[42] The only point in the book at which there is any reference to local authorities is within Ch V, on «The People's House», where there is brief discussion of the identification of House constituencies in England (pp 74-76).
[43] One such would be C. Himsworth, *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy*, Edinburgh, Edinburgh UP, 2015. Ch 2.
[44] C. Himsworth, *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy*, cit., Ch 3.
[45] C. Himsworth, *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy*, cit., pp 57-58.
[46] Although some, the United Kingdom included, took much longer to *ratify* the Treaty. Belgium, for instance, did not ratify until 2004.

ng «the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs» (Art 3(1)) as exercised by «councils or assemblies composed of members freely elected by secret ballot» (Art 3(2)) and of the scope of local self-government (Art 4), including the requirement that «public responsibilities shall generally be exercised, in preference, by those authorities which are closest to the citizen» (Art 4(3)). Further Articles serve to provide for and protect local authority boundaries (Art 5); appropriate structures and resources (Art 6); conditions of office of locally elected representatives (Art 7); restrictions on administrative supervision (perhaps the essence of central control) (Art 8); «adequate financial resources» (Art 9); local authorities' rights to associate (Art 10) and the legal protection of local self-government (Art 11). Later Charter provisions include Article 12 which requires each state party to specify which of the substantive Articles it considers itself bound by – with the United Kingdom specifying (along with many, but not all, Council of Europe members) all the substantive Articles; and Art 13 which enables state parties to specify (and therefore to restrict) the categories of local authority to which the Charter will apply. The United Kingdom used that provision wholly to exclude the application of the Charter in Northern Ireland, by confining local authorities subject to the Charter, as those in *other* parts of the United Kingdom.

5. CHARTER ENFORCEMENT AND «INCORPORATION».

Comparisons are readily drawn between the Charter and its longer-standing cousin, the ECHR. The Charter creates «autonomy rights» for local authorities whereas the ECHR had created «human rights» for individuals. When it comes to the enforceability[47] of the guaranteed rights, it is appropriate, in both cases, to look to both Europe-level and domestic mechanisms and, in the case of the ECHR, the European Court of Human Rights in Strasbourg (with political back-up from the Committee of Ministers) has rightly acquired a very high prominence. No such equivalent court is established under the Charter[48], even though its terms are regarded as binding and enforceable under international law. Instead, early in the Charter's existence, a form of «political» supervision of the implementation of the Charter was established under the auspices of the Congress of Local and Regional Authorities of Europe («the Congress»). The Congress created a system for the frequent monitoring of Charter implementation and the production (following documentary study and country visits and interviews) of reports and recommendations[49]. Since 1997, the United Kingdom itself has been scrutinised and reported on in this way on three occas-

[47] Whilst «enforceability» may be a principal criterion of Charter impact, it may be observed that, without doubt, the Charter has seen its greatest overall impact in Central and Eastern Europe in the 1990s when the Charter was universally invoked as the basis for establishing democratic local self-government in the post-Soviet era. See C. Himsworth, *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy,* cit., pp 148-151.

[48] Nor indeed, under the European Social Charter.

[49] One member of all monitoring teams is appointed from the Congress's Group of Independent Experts and I should declare my own membership of that Group between 1997 and 2023.

ions[50]. The most recent Recommendation of 2022[51] expressed some general satisfaction with aspects of the United Kingdom's progress towards implementation of Charter requirements, but also requested, inter alia, that the Committee of Ministers should invite the UK authorities to «explore all possible legal venues [sic, but query better «avenues»?] in order to recognise the principle of local self-government in domestic law» (see below); to initiate a reform of the system of local government funding; to ensure that the administrative supervision over local authorities is limited to the control of legality; and to extend Charter coverage to the Greater London Authority and local authorities in Northern Ireland.

Turning to domestic enforcement, the Charter itself contains two relevant provisions. On the one hand, Art 2 provides that the principle of local self-government shall be «recognised» in domestic legislation and, where practicable, in the constitution. Plainly, for the United Kingdom, recognition in «the constitution» holds difficulties, in the absence of a written constitution. Recognition in domestic legislation may arguably be implied, in the United Kingdom or elsewhere, wherever relevant statutory provision is made, for example, to establish, empower and finance local authorities[52]. On the other hand, Art 11 provides for local authorities to have a right of recourse to a judicial remedy «to secure free exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in the constitution or domestic legislation». The restriction of this provision to principles «enshrined in the constitution or domestic legislation» (ie. as confined to the existing state of that legislation without specific reference to the Charter) is important. At all events, neither Art 2 nor Art 11 expressly requires express «incorporation» of the Charter by state parties.

It should be observed that, at this point, a necessary distinction has to be recognised between those («monist») states which confer domestic legal recognition on international treaties to which a state has acceded and, on the other hand, the («dualist») states where that process does not automatically occur and some form of express adoption into the legal system (or systems) has to be enacted. The United Kingdom is in the latter category and domestic implementation of the ECHR by means of the Human Rights Act 1998 (HRA 1998) was necessary to provide the UK courts with their powers of enforcement[53] and very often HRA 1998 has been thought of as an «incorporation» of the ECHR. In

[50] In 1998, 2014 and 2022. For fuller discussion, see C. Himsworth, *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy,* cit., Ch 4. And for an informal critique of Scottish local government against Charter standards, see C. Himsworth, «*Local Government in Scotland*» in A. McHarg and T. Mullen (eds), *Public Law in Scotland*, Avizandum, 2006.

[51] Rec 474 (2022).

[52] But note Rec 474 (above) which invites further steps to be taken.

[53] It should be acknowledged that, even before incorporation, English (but not Scottish) courts were able to take limited account of the ECHR to assist interpretation of the law in circumstances of uncertainty. In *R (Shrewsbury and Atcham Borough Council) v Secretary of State for Communities and Local Government* [2008] 3 All ER 548, the English Court of Appeal (and, before them, the High Court), whilst conceding that the Charter might, in an appropriate case, be available as an interpretative aid, evinced a distinct lack of enthusiasm for the justiciability of the Charter.

the sense, however, of actually enacting the treaty into UK law, with the consequence, for instance, of impliedly but automatically displacing any previous statutes incompatible with it, it was not an incorporation of the Convention[54]. The same is true of the Charter Incorporation Bill, even though it does adopt the language of «Incorporation» into its name. In both cases, what they do is to identify the substantive provisions of the relevant treaty (in a schedule) and then to specify the terms on which they may be invoked within the legal system – in the case of HRA 1998, providing that public authorities must act compatibly with the ECHR. In the case of the Charter Incorporation Bill, the scope to invoke the Charter is similar, but narrower (s 2)[55]. Only the Scottish Ministers are required to ensure that their behaviour is compatible – unsurprisingly (though not inevitably[56]) as the principal threat to local autonomy will always be the relevant «central government», in this case, the devolved Scottish Government. In addition, the Scottish Ministers have an obligation to «promote local self-government» by considering steps to safeguard and reinforce local self-government (s 3). There is further provision for the interpretation of legislation (including, importantly (see below) UK Acts of Parliament), so far as possible, compatibly with the Charter Articles; for «declarations of incompatibility»; and for parliamentary statements on the Charter-compatibility of Bills[57].

The Charter Incorporation Bill is, of course, an exclusively Scottish initiative, a demonstration of the capacity of devolution to enable sub-national divergence of practice, even if against the background of a longer tradition of differing statutory provision from the single Westminster source. It would be open to the devolved legislatures of Wales and Northern Ireland to adopt similar initiatives there – with the Westminster Parliament retaining sole legislative competence for England. There have been no such parallel proposals for Charter incorporation, although some years ago (and especially during 2007-13), House of Commons committees did devote some energy to the pursuit of other (and perhaps misguided) efforts in the direction of securing greater local government autonomy[58].

Whilst devolution has provided the range of institutions (legislative and executive) to provide, in turn, a range of different policy responses (and, in this case, to the incorporation or not of the Charter), devolution has also, of course, provided new judicial institutions and procedures which can be invoked to impact the law-making of the devolved legislatures. Specifically, the UK Government (through its Law Officers) is empowered to intervene[59], within four weeks of the passing of a Bill to refer it to the UK Supreme Court

[54] As confirmed by the Lord Chancellor of the time, Lord Irvine, who, at Committee Stage on the Bill, said: «The Convention rights will not, however, in themselves become part of our substantive law». HL Debs 18 Nov 1997 cols 508-509.
[55] References to the Bill are to the version «As Passed» by the Scottish Parliament.
[56] Other public bodies (eg. in the NHS) could have been added.
[57] Details remain subject to further revision. See below.
[58] See C. Himsworth, pp 152-167; J. Stanton, *Law, Localism, and the Constitution: A Comparative Perspective*, cit., pp 276-281.
[59] SA 1998, s 33.

etence. Along with the United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation)(Scotland) Bill which had been passed by the Parliament on 16 March 2021, the Charter Incorporation Bill was referred to the Supreme Court and the results of the UKSC proceedings are to be found in the Court's judgment of 6 October 2021[60]. The UKSC held that the provision made by two sections of the Charter Incorporation Bill was beyond the powers of the Scottish Parliament. In both cases, it was the potential impact of the Bill on the interpretation and application of UK Acts of Parliament that was held to be unlawful. Section 4(1A), in relation to a general duty to interpret legislation in a manner compatible with the Charter Articles, and s 5(1), in relation to declarations of incompatibility, were both held (para 90 (v) and (vi)) to be outside the legislative competence of the Scottish Parliament. The reasoning which led the Supreme Court to these conclusions is not wholly easy to follow. For one thing, because the judgment dealt with two Incorporation Bills, the conclusions on the Charter Incorporation Bill are heavily derivative upon those on the other Bill and are not set out separately in full. More significantly, the basis of the argument in both cases was not on the relatively familiar grounds that the Bills «related to a reserved matter». The Court had readily acknowledged that the incorporation of the treaties was «a matter for the Scottish Parliament» (para 4). Instead, relying on a line of reasoning first adopted by the Court in an earlier case in 2018[61], it held the provisions incompetent because they «would modify section 28(7) of the Scotland Act», contrary to s 29(2)(c) and Sched 4 of the Act.

Much of the Scotland Act itself, unsurprisingly, cannot be modified by the Scottish Parliament. The Act serves as a, largely unamendable, «constitution»[62]. But the purported modification of s 28(7) is a very strange basis for an argument that the Scottish Parliament has exceeded its powers. The subsection provides that: «This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland». The subsection had long been viewed[63] as having been inserted *ex abundanti cautela* to reconfirm the understanding, fundamental to the concept of devolution, of the retention, despite the powers devolved by SA 1998, that the principle of the sovereignty of the UK Parliament was being preserved. The notion that that principle might be «modified» by the Scottish Parliament (or even by the UK Parliament) would be unthinkable. But, instead, the UK Supreme Court has gone down the novel road of the creation by the subsection of a new principle that the powers of the UK Parliament are indeed adversely affected (and the

[60] *References by the Attorney General and the Advocate General for Scotland on the United Nations Convention on the Rights of the Child and on the European Charter of Local Self-Government* [2021] UKSC 42; 2022 SC(UKSC) 1; 2021 SLT 1285 («*Incorporation Bills*»). See C. Himsworth, «*Incorporation Bills in the Scottish Parliament: The Theoretical and Practical Consequences of Uncertainty*», *Public Law,* (forthcoming).

[61] *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity)(Scotland) Bill – A reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64; 2019 SC (UKSC) 13; 2019 SLT 41.

[62] See especially M Elliott and N Kilford, *Devolution in the Supreme Court: Legislative Supremacy, Parliament's 'Unqualified' Power, and 'Modifying' the Scotland Act*, UK Const L Blog, 15 Oct 2021 (and [2022] CLJ 4). See too G Cowie, *The Power to Make Laws for Scotland: The Treaty Incorporation Bills Reference*, PL, 2022, p. 189.

[63] See eg C.M.G. Himsworth and C.R. Munro, *The Scotland Act 1998*, Edinburgh, W. Green/Sweet and Maxwell, (2nd edn), 2000, pp 36-37.

subsection thereby modified) by provisions in an Act of the Scottish Parliament which, inter alia, subject UK Acts to judicial interpretation in accordance with those provisions. It is not yet known, of course, where the interpretation of s 28(7) may lead. Much uncertainty surrounds future developments. But, for the purposes of the Charter Incorporation Bill, the decision of the UK Supreme Court has conclusively returned the Bill for amendment prior to a «reconsideration stage» in the Scottish Parliament. And that is where the Bill currently rests, with the Scottish and UK Governments in a process of negotiation of a new text which might successfully avoid a further reference to the Supreme Court under SA 1998 s 33.

6. **CONCLUDING ASSESSMENT**

It is a matter of very great regret that this article has to be signed off before the Charter Incorporation Bill reaches the statute book[64]. As explained, its Royal Assent has been delayed for reasons not directly associated with the case for or against incorporation. Without a final text, any concluding assessment has to be, to an extent, provisional. But, even if that final text were already available, any conclusions would include a cautionary «Wait and See». There has to be much uncertainty about the likely impact of an Incorporation Act and that uncertainty has been increased by the current doubts as to the terms of its final text – assuming that stage is reached.

The principal question bears repetition. After at least a century of recognition, at both the UK level and, more recently, the specifically Scottish level, that central controls have denied local authorities the freedom and autonomy their constitutional status deserves, how far might incorporation of the Charter make a significant difference? The case publicly articulated for incorporation has included, unsurprisingly, the need for such an impact. But, at the same time, there will always be a case for some scepticism, as with any other reforming legislative initiative launched against the tide of political forces it has to confront. But, despite that pessimism of the intellect, there is scope for, at least an experimental optimism of the spirit. There has to be the *possibility* that the Charter's enhanced status may encourage its adoption into political debate to a higher degree than hitherto and even its being directly called in aid in the forms of litigation anticipated by the Incorporation Bill to be available. The Charter's terms may have a general character rendering its application by Scottish courts problematic for judges familiar with more specifically drafted statutes but this was true too of the application of the ECHR and there is no doubt at all that, especially in the context of proceedings for judicial review, the resort to and impact of the ECHR has been huge.

On the other hand, and to end with a cautionary word, the take-up of Charter incorporation, whenever that might happen, may be much less than that of the ECHR, whether by courts or in the political process. Furthermore, what may yet be revealed is that UK local authorities, operating in the «Northern European» tradition of relatively large and relat-

[64] Perhaps there may be an opportunity for the publication of a post scriptum in which later developments may be reported?

ively well-empowered and well-funded bodies acting «in partnership» with central government, struggle to establish their Charter-ordained autonomy.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-e99

costituzionalismo britannico e irlandese

Libertà e diritti fondamentali

Il paradosso dei diritti sociali in Gran Bretagna

Lorenzo Pacinotti
Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Firenze

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Il paradosso dei diritti sociali in Gran Bretagna**

di Lorenzo Pacinotti*

Abstract (Ita): L'articolo evidenzia la storia novecentesca dei diritti sociali in Gran Bretagna, mostrandone lo sviluppo, sicuramente pionieristico nel confronto con le vicende continentali, assieme alle libertà e all'evoluzione democratica dell'ordinamento. Alla costruzione del modello collettivistico non corrisponde però una chiara valorizzazione costituzionale dei diritti sociali. Una contraddizione destinata ad acuirsi: la lentissima traiettoria che promuove l'assegnazione di un carattere effettivamente giuridico alla attività sociale dello Stato tende storicamente a convivere, con esiti evidentemente paradossali, con la riscoperta dell'individualismo e la crisi del Welfare State.

Abstract (Eng): The article underlines the twentieth-century history of social rights in Britain, exploring its development alongside freedoms and the democratic evolution of the legal system. This development was certainly pioneering compared to continental experiences. However, the construction of the collectivist model has not been paralleled by a clear constitutional enhancement of social rights. The contradiction will become more pronounced: the extremely gradual trajectory that promotes the conferring of an authentically legal status to the social action of the State historically tends, with paradoxical outcomes, to coexist with the revival of individualism and the crisis of the Welfare State.

Parole chiave: diritti sociali; costituzionalismo; individualismo

Keywords: social rights; constitutionalism; individualism

Sommario: 1. Tra il collettivismo della cittadinanza sociale e la tradizione giuridica individualistica; 2. L'affermarsi novecentesco dei diritti sociali; 3. … e la loro mancata valorizzazione costituzionale

1. Tra il collettivismo della cittadinanza sociale e la tradizione giuridica individualistica

Una storia particolare, quella britannica. Storia propria, storia insulare, storia altra: pochi i dubbi circa il divario, giuridicamente quasi incolmabile, con il caso continentale, che è esperienza di costituzioni, di codificazioni, di artificialità normativa, di politica del diritto. Guardando alla vicenda dei diritti sociali, eppure, più che la peculiarità, emerge il paradosso.

Da un lato, la storia della cittadinanza: in *Citizenship and Social Class*, volume che raccoglie alcune lezioni tenute a Cambridge nel 1949, il sociologo Thomas Humphrey Marshall mostra, con un processo storico databile quantomeno dal *Bill of Rights* del 1689, la progressiva estensione dei diritti dalla dimensione civile a quella politica, per poi giungere, nel corso del Novecento, a coinvolgere la sfera collettivistica del sociale. Ricollocati entro un percorso comune, i diritti civili, politici e sociali possono essere considerati entità non più tra loro in contrasto, bensì unite e sostanzialmente equiparate all'interno di un unico progetto emancipante volto all'evoluzione democratica dell'ordinamento[1]. La correttezza della ricostruzione storiografica, inevitabilmente frutto di un certo grado di approssimazione

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Firenze

[1] T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class* [1950], trad. it., *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

attuta. Ciò non toglie, tuttavia, che la cittadinanza sociale sia lo strumento britannico per concettualizzare i *social rights*, intesi qui non come le mere prestazioni statuali concesse paternalisticamente come forme caritatevoli utili per prevenire la conflittualità sociale, bensì come reali 'diritti', giuridicamente azionabili, rivendicabili dai cittadini per la partecipazione alla vita comunitaria.

Dall'altro lato riposa la vicenda – altrettanto straordinaria – del moderno costituzionalismo, databile anch'essa da quella *Glorious Revolution*, fondamentale giro di boa della tradizione costituzionale in grado di aprire la via verso i moderni equilibri tra i poteri dello Stato. In effetti, sin dai lockiani *Two Treatises of Government*, il costituzionalismo inglese va fondandosi sul diritto di proprietà, architrave portante della naturalità giuridica, con note individualistiche ben contrarie a ogni tensione collettivistica[2]. E ancora sul finire dell'Ottocento la diceyana *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, prima vera applicazione britannica dei metodi di diritto pubblico alla materia costituzionale, ribadisce – sia pur alla ricerca di un equilibrio tra il tradizionale impianto storicistico delle Corti e le mire razionalistiche della sovranità parlamentare – il carattere marcatamente individualistico del modello[3]; un individualismo che, assieme all'imperitura influenza di Dicey, resta percepibile nella cultura giuridica anche negli anni in cui Marshall scrive.

È solo concentrandosi sugli itinerari novecenteschi, va chiarito, che il divario tra la *social citizenship* e l'individualismo giuridico tende a farsi tanto stridente da rivelare i caratteri del paradosso.

Per un verso, la Gran Bretagna è la realtà battistrada dei *social rights* pensati come strumento necessario al godimento delle libertà: i diritti sociali, si diceva, tendono ad acquisire un significato giuridico proprio, definitivamente emancipato dalla cornice della *Poor Law* che, per i tre secoli precedenti, aveva condizionato l'assistenza alla perdita dei diritti civili e politici, nonché alla reclusione nei circuiti semi-detentivi delle *workhouses* ed a una stigmatizzante emarginazione sociale. Quella novecentesca è storia pionieristica: la *National Insurance* del 1911, oltre a prevedere un'assicurazione contro la malattia, era rivolta a coprire, per la prima volta in Europa, anche la disoccupazione di alcuni settori industriali. E non stupisce che la Gran Bretagna sia la patria del *Welfare State* concretizzato nel celebre

[2] J. Locke, *Two Treatises of Government* [1690], trad. it., *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, Torino, UTET, 1982.
[3] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* [1885], trad. it., *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, Il Mulino, 2003.

piano Beveridge del 1942[4]; trasformazione che, mostrando i tratti di un'inedita tipologia statuale dalle mire inclusive e solidali, tende a declinare internazionalmente l'ordine immaginato nel secondo dopoguerra. Nel ricollocare i diritti di cittadinanza entro il generale obiettivo della emancipazione democratica, la *social citizenship* diviene la pura manifestazione del compiuto mutamento della libertà intesa come assenza di restrizioni nella *freedom from want* consacrata nel rapporto Beveridge, ovvero del mutamento dell'eguaglianza (formale) di fronte alla legge nella nuova eguaglianza (sostanziale) di opportunità. Nonostante tutto l'anglocentrismo dell'impostazione marshalliana, la cittadinanza sociale sembra una delle categorie più abili nel compendiare le novità del nuovo ordine sociale: anche nella Costituzione italiana, in quella della IV Repubblica francese e nel *Grundgesetz* tedesco, i diritti sociali, del resto, assurgono a fondamentale strumento per il godimento delle libertà civili e politiche[5].

Per l'altro verso, quella novecentesca è storia di crisi, di reazione, di battaglie di retroguardia. Già nelle *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion* del 1905, Dicey aveva ben individuato il rischio che il «collettivismo»[6] della legislazione travolgesse gli equilibri del modello fissato vent'anni prima nella *Law of the Constitution*. Nella introduzione alla seconda edizione del 1914, i toni sono ancor più allarmati: riferendosi proprio all'assicurazione contro le malattie e la disoccupazione del 1911, si intuisce che il tradizionale ordine storicistico del diritto inglese rischi di essere travolto da ambizioni, volontaristiche e centralizzanti, rispondenti a «un sistema caratterizzato da una forte somiglianza con il diritto amministrativo francese»[7]. La dottrina giuridica, pur intravedendo i segnali di una crisi profonda, non riuscirà tuttavia ad aggiornare le categorie diceyane, ignorando così l'evidente

[4] La traduzione italiana di parte del *Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services* [Cmd. 6404], 1942, intitolata *Il Piano Beveridge: compendio ufficiale della relazione di Sir William Beveridge al governo britannico*, Londra, Stamperia Reale, 1944, è stata riproposta nel volume W. Beveridge, *Alle origini del welfare state: il rapporto su assicurazioni sociali e servizi assistenziali*, Milano, FrancoAngeli, 2010 e, da ultimo, in W. Beveridge, *Lo Stato sociale*, prefazione di G. Perazzoli, Milano, Biblion, 2022. Si rimanda qui alla manualistica storico-comparativa sul *Welfare State*: J. Alber, *Vom Armenhaus zum Wohlfahrtsstaat*, trad. it., *Dalla carità allo Stato sociale*, Bologna, Il Mulino, 1986; D.E. Ashford, *The Emergence of the Welfare States*, Oxford, Blackwell, 1986; P. Baldwin, *The Politics of Social Solidarity. Class Bases of the European Welfare State*, *1875-1975*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; M. Ferrera, *Modelli di solidarietà: politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, Il Mulino, 1993; G.A. Ritter, *Der Sozialstaat*, trad. it., *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 1996; F. Girotti, *Welfare state*, *storia*, *modelli e critica*, Roma, Carocci, 1998; F-X. Kaufmann, *European Foundations of the Welfare State*, New York-Oxford, Berghahn, 2012; F. Conti, G. Silei, *Breve storia dello stato sociale*, Roma, Carocci, 2013.

[5] È sostenibile ritenere, con M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 4, che la libertà dal bisogno, quand'anche non esplicitata, «idealmente sostenga e giustifichi tutta una serie di diritti e libertà riconosciuti dall'ordinamento». Sulla centralità della libertà dal bisogno nel modello sociale europeo anche A. Morrone, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4, 2020, pp. 707-750.

[6] A.V. Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* [1905], trad. it., *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 275 ss.

[7] Rivedendo in parte le convinzioni espresse nel capitolo XII di A.V. Dicey, *Introduction to*, cit., 279-341, così Id., *Lectures on*, cit., p. 28. Tali argomenti saranno subito ribaditi in Id., *The Development of Administrative Law in England*, in *Law Quarterly Review*, XXXI, 1915, pp. 148-153. Cfr. S. Cassese, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 19, n. 1, 1990, pp. 5-82 e, sulle diversità, comunque persistenti, con il modello continentale, Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 3-121.

trasformazione istituzionale che dal *laissez-faire* ottocentesco conduce al *Social Service State* novecentesco, nonché confidando nella bontà del modello individualistico, nell'ordine fermo e rimediale del *Common Law*, nel tradizionalismo del precedente giurisprudenziale, nella classica mentalità rimediale, nella netta separazione tra il diritto e le altre scienze sociali. Nel periodo tra le due guerre sono minoritarie – vi si tornerà in seguito – le voci critiche che cercano di evidenziare l'inadeguatezza del modello diceyano mostrandone il carattere ormai obsoleto, incapace di affrontare le montanti sfide che l'interventismo economico e sociale andava ponendo. Ancora al tempo della formulazione marshalliana, nel contesto del *Welfare State* varato nell'immediato secondo dopoguerra e ormai completamente operativo, la dottrina giuridica più tradizionale fatica ad accorgersi dell'epocale metamorfosi.

Quella dei diritti sociali oltre la Manica è vicenda contraddittoria. La Gran Bretagna – lo si tratterà nel paragrafo seguente – è certo apripista dei percorsi della cittadinanza sociale nei quali i *social rights*, affiancandosi ai diritti civili e politici, divengono il fulcro di un nuovo paradigma. Al contempo, nondimeno, è anche l'esperienza – come descritto nel terzo paragrafo – dove la scienza del diritto, storicamente animata da valori contrari al collettivismo welfarista, tanto fatica ad assegnare loro un preciso significato giuridico, restando comunque completamente incapace di attribuire loro, anche solo in potenza, una dignità pari a quella dei diritti civili e politici protetti dal *Rule of Law*. Si assiste in altri termini alla difficoltà, forse ancor più aspra di quella visibile nelle realtà continentali nelle quali il valore dei diritti sociali risulta espresso – sia pur solo formalmente – nei testi costituzionali, a costruire una teoria che, cosciente dell'ormai compiuto passaggio al *Welfare State*, possa elevarli a fulcro concettuale del nuovo ordine giuridico.

2. L'affermarsi novecentesco dei diritti sociali

Di 'diritti' sociali è possibile parlare solo a partire dagli inizi del Novecento.

Certo, un'assistenza caratterizzata da impronte (di fatto) pubblicistiche è databile in epoche ben più risalenti: la vicenda delle *old poor laws*, soprattutto a seguito della riorganizzazione operata con il celebre *Act* del 1601, rappresenta un imprescindibile punto di riferimento europeo[8]. Si noti inoltre che, contro tutto il negazionismo dell'interpretazione di-

[8] A partire dal citato *Poor Relief Act* [1601], c. 2, varato nell'anno 43° del regno di Elisabetta I, prendeva forma, tramite la razionalizzazione dei precedenti provvedimenti, un preciso sistema di tutela per i fanciulli abbandonati, per gli inabili al lavoro e per i senzatetto: il modello delle *old poor laws*, gestito dagli *overseers* nominati in ogni parrocchia dai *justices of the peace*, non era dissimile dagli altri poco dopo istituiti in Europa, perché costituiva uno strumento residuale in un ordine basato su legami cetuali e feudali. Per una sintesi su scala internazionale, G.V. Rimlinger, *Welfare Policy and Industrialization in Europe*, *America*, *and Russia*, New York, Wiley & Sons, 1971, pp. 1-33.

o[9], la *New Poor Law* del 1834[10], nel clima della grande rivoluzione *Whig* avviata con il *Great Reform Act*[11], costituisce la premessa per la creazione di inedite forme burocratiche e per la predisposizione di importanti novità nel campo della legislazione industriale e dei servizi di igiene pubblica[12].

Per tutta la sua plurisecolare vicenda, come detto, la *Poor Law* è però animata da una logica colpevolizzante nei confronti della povertà: lungi dal costituire un diritto di cittadinanza, ricevere l'assistenza implicava la perdita dei diritti civili e politici condannando l'indigente a subire lo stigma del pauperismo e dell'emarginazione sociale. Si trattava, insomma, di un'assistenza da comprendere entro le logiche di un modello che ammetteva unicamente le ingerenze funzionali al mantenimento del *laissez-faire*; un 'diritto dei poveri' in tutto contrapposto a quello ordinario, squisitamente borghese, riservato al comune cittadino[13].

Sarebbe semmai possibile intravedere una tendenza, capace di condurre verso orizzonti realmente socializzanti, a seguito del *Second Reform Act* del 1867[14]: tra i gabinetti di Gladstone e Disraeli, il Regno Unito vara importanti riforme che – non è un caso – al Dicey della *Law and Public Opinion* sembreranno testimoniare il progressivo affermarsi del «collettivismo»[15]. Si pensi al percorso riformista degli *Education Acts* varati tra il 1870 e il 1902[16]; si pensi altresì alle evoluzioni della disciplina lavoristica tra il riconoscimento legale delle

[9] È acclarato che Dicey sottovaluti la crescita degli apparati nella prima età vittoriana: la prima critica è di O. MacDonagh, *The Nineteenth-Century Revolution in Government: A Reappraisal*, in *The Historical Journal*, vol. 1, n. 1, 1958, pp. 52-67. Cfr. H. Parris, *Constitutional Bureaucracy*, trad. it., *Una burocrazia costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1979, pp. 361-391 e L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 434-440.

[10] Così definita per la riorganizzazione operata dal *Poor Law (Amendment) Act* [1834], 4 & 5 Will. 4, c. 76.

[11] *Representation of the People Act* [1832], 2 & 3 Will. 4, c. 45.

[12] Si pensi al *Factories Act* [1847], 10 & 11 Vict., c. 29; provvedimento – meglio noto come *Ten Hour Act* – che, al culmine dell'agitazione del movimento cartista, limita a dieci ore il lavoro nelle industrie delle donne e dei ragazzi con età inferiore a diciotto anni, segnalando così un significativo cambio di passo rispetto al *Factory Act* [1833], 3 & 4 Will. 4, c. 103. In ambito sanitario, le esigenze di riforma muovono invece dal *Sanitary Report* di Edwin Chadwick – *Report to Her Majesty's Principal Secretary of State for the Home Department, from the Poor Law Commissioners on an Inquiry into the Sanitary Condition of the Labouring Population of Great Britain*, London, HMSO, 1842 – per essere concretizzate tra il *Public Health Act* [1848], 11 & 12 Vict., c. 63 e il *Public Health Act* [1875], 38 & 39 Vict., c. 55. Cfr. D. Roberts, *Victorian Origins of the British Welfare State*, New Haven, Yale University Press, 1960 e A. Briggs, *The Welfare State in Historical Perspective*, in *Archives européennes de sociologie*, vol. 2, n. 2, 1961, pp. 221-258.

[13] Tra la sterminata letteratura sull'argomento, restano indispensabili i due volumi, pubblicati nel 1927 e nel 1929, di B. Webb, S. Webb, *English Poor Law History*, London, Frank Cass, 1963. Per un approccio giuridico, W.I. Jennings, *The Poor Law Code, and the Law of Unemployment Assistance* [1930], London, Charles Knight, 1936 e L. Charlesworth, *Welfare's Forgotten Past: A Socio-Legal History of the Poor Law*, London, Routledge, 2010, pp. 1-34.

[14] *Representation of the People (Second Reform) Act* [1867], 30 & 31 Vict., c. 102.

[15] A.V. Dicey, *Lectures on*, cit., lezione ottava, «il periodo del collettivismo», pp. 275-310.

[16] Il riferimento è all'*Elementary Education Act* [1870], 33 & 34 Vict., c. 75 e all'*Education Act* [1902], 2 Edw. 7, c. 42.

associazioni sindacali di cui al *Trade Union Act* (1871)[17] e la tutela contro gli infortuni sul lavoro del *Workmen's Compensation Act* (1897)[18].

Ciononostante, anche guardando a tali novità, si ha però l'impressione che l'azione sociale dello Stato non si smarchi da una logica paternalistica, dilagante anche (e soprattutto) nella Germania bismarckiana, che concedeva servizi e prestazioni unicamente al fine di prevenire la diffusione della conflittualità operaia incitata dall'associazionismo sindacale e dai nuovi socialismi. Non sembra pienamente distinguibile, quantomeno osservando il contenuto degli *statutes* e delle *parliamentary papers*, l'idea di concepire i diritti sociali come presupposto per il godimento dei diritti civili e politici: non si tratta di 'diritti' rivendicabili dal basso, bensì di 'concessioni' riconosciute dall'alto del predominio statuale, strumenti utili per tutelare lo Stato monoclasse e l'individualismo giuridico che ne costituiva il fondamento.

È corretto affermare che il collegamento tra democrazia e diritti sociali sia una concezione che va maturando nella seconda metà dell'Ottocento. Si consideri, segnatamente, il socialismo cristiano di John Ruskin[19] e la straordinaria influenza europea degli scritti di John Stuart Mill: in entrambi emerge l'esigenza di costruire un'assistenza avulsa da inclinazioni colpevolizzanti, in tal modo prospettando che l'intervento sociale dello Stato si muova in favore di un migliore esercizio delle libertà democratiche[20]. Con la 'libertà positiva' di Thomas Hill Green si propone inoltre, superando la nozione negativa ancora centralissima nella riflessione milliana, che l'interferire dello Stato nella sfera individuale sia indispensabile per il reale conseguimento dell'autodeterminazione individuale[21]; una teoria poi sviluppata, agli inizi del Novecento, da J.A. Hobson e L.T. Hobhouse superando i rischi monistici del modello greeniano attraverso la valorizzazione del pluralismo dei gruppi sociali[22].

Solo agli inizi del nuovo secolo, invero, tali idee tendono concretamente a erodere l'ordine individualistico: è allora che la proposta di riconoscere i diritti sociali come presupposto per il godimento dei diritti di libertà, lungi dal conoscere esclusivamente un riscontro teorico-filosofico, inizia a ricevere un'apprezzabile conferma legislativa. Come anticipato, il

---

[17] *Trade Union Act* [1871], 34 & 35 Vict., c. 31. Sul sindacalismo britannico in quegli anni, B. Webb, S. Webb, *History of Trade Unionism*, London, Longmans, 1894.

[18] Il *Workmen's Compensation Act* [1897], 60 & 61 Vict., c. 37 istituiva un regime di responsabilità quasi-oggettiva del datore di lavoro nei confronti dell'infortunio del lavoratore. Sul punto, W.R. Cornish, G.N. Clark, *Law and Society in England*, *1750-1950*, London, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 520-541 e D. Brodie, *A History of British Labour Law. 1867-1945*, Oxford, Hart, 2003, pp. 63-117.

[19] J. Ruskin, *Unto This Last* [1860], trad. it., *A quest'ultimo. Quattro saggi di socialismo cristiano*, Torino, Marco Valerio Edizioni, 2003.

[20] J.S. Mill pare superare la mentalità anti-burocratica di *On Liberty* [1859], trad. it., *Saggio sulla libertà*, Milano, Net, 2002, già nella *Autobiography* [1873], Oxford, Oxford University Press, 1924, qui citata nell'edizione arricchita dalla *Introduction* di H.J. Laski (pp. IX-XX) e, soprattutto, nei *Chapters on Socialism*, trad. it., *Il socialismo. Frammenti inediti*, Napoli, Anacreonte Chiurazzi, 1899, pp. 119-120; opera, rimasta incompiuta e pubblicata postuma nel 1879, che avrebbe dovuto completare la sua riflessione sul socialismo.

[21] Il lavoro in questo senso più esplicito è forse T.H. Green, *Lectures on the Principles of Political Obligation* [1888], trad. it., *L'obbligazione politica*, Catania, Giannotta, 1973.

[22] Fondamentali, per rivedere le convinzioni del vecchio liberalismo, i volumi di J.A. Hobson, *The Crisis of Liberalism* [1909], Brighton, Harvester Press, 1974 e L.T. Hobhouse, *Liberalism* [1911], trad. it., *Liberalismo*, Firenze, Vallecchi, 1995.

riferimento è, segnatamente, alle riforme *New Liberal* che, agevolate dal grande dibattito promosso dalla *Royal Commission on the Poor Laws* (1905-1909)[23], impiantano novità non trascurabili, certificano trasformazioni così capillari da modificare in modo sensibile l'assetto sociale dell'ordinamento.

Proponendosi di superare il paternalismo *Old Liberal*, dette riforme, oltre a tutelare l'azione sindacale, predisporre servizi assistenziali e sanitari in ambito scolastico, ampliare il meccanismo assicurativo contro gli infortuni sul lavoro, introducono – durante il governo Asquith – la pensione non contributiva per gli anziani indigenti dell'*Old Age Pensions Act* del 1908 e la citata assicurazione obbligatoria contro le malattie e la disoccupazione di cui al *National Insurance Act* del 1911[24].

Si noti che, ben diversamente dagli ideali bismarckiani che guardavano all'azione sociale dello Stato come mezzo utile a frenare lo sviluppo democratico[25], le riforme sono coerenti con la strategia del *People's Budget* del 1909 ad opera del Cancelliere dello Scacchiere Lloyd George e del Churchill *President of the Board of Trade*, le cui mire redistributive contro l'aristocrazia terriera determinano un'aspra crisi costituzionale conclusa solo con il noto *Parliament Act* del 1911; provvedimento che, limitando il potere legislativo della Camera alta, sembra mostrare come le riforme welfariste corrano in parallelo a un'evoluzione democratica dell'ordinamento contraria agli elitarismi dei *Lords*[26].

Nelle mire della legislazione *New Liberal*, inoltre, pare possibile intravedere, sia pur in modo embrionale, la recezione del *national minimum:* ideato dai coniugi Webb per assicurare un minimo nazionale di servizi e prestazioni riconosciuto sulla base della cittadinanza[27], il principio fabiano, in futuro ripreso e valorizzato nel piano Beveridge, sarà il principale strumento per il conseguimento di una mediazione giuridica tra le proposte liberali e socialiste[28].

Vero è che a seguito della prima guerra mondiale si assiste a trasformazioni epocali. Con la Grande guerra diviene eclatante la crescita degli apparati amministrativi, sono realmente percepibili le ambizioni redistributive dell'ordinamento, sono visibili le tendenze

---

[23] *Report of the Royal Commission on the Poor Laws* [Cd. 4499], 1909.

[24] *Old Age Pensions Act* [1908], 8 Edw. 7, c. 40 e *National Insurance Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 55. Per una visione d'insieme di tali riforme sono indispensabili M. Bruce, *The Coming of the Welfare State*, London, Batsford, 1968; D. Fraser, *The Evolution of the British Welfare State. A History of Social Policy since the Industrial Revolution*, London, Macmillan, 1973; J.R. Hay, *The Origins of the Liberal Welfare Reforms. 1906-1914*, London, Macmillan, 1975. Da segnalare anche il recente contributo di J. Cooper, *The British Welfare Revolution, 1906-14*, London, Bloomsbury, 2017 e la sintesi di M. Pugh, *State and Society. A Social and Political History of Britain since 1870*, London, Bloomsbury, 2022, pp. 169-204.

[25] Sul paternalismo bismarckiano, S. Kuhnle, A. Sander, *The Emergence of the Western Welfare State*, in F.G. Castles, S. Leibfried, J. Lewis, H. Obinger, C. Pierson (eds.), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2012, in particolare pp. 64-66.

[26] *Parliament Act* [1911], 1 & 2 Geo. 5, c. 13. Sul punto si rimanda a A. Torre, *Interpretare la Costituzione britannica. Itinerari culturali a confronto*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 279-280 e C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 218-224.

[27] Concettualizzato soprattutto in B. Webb, S. Webb, *Industrial Democracy*, trad. it., in Id., *Democrazia industriale: antologia degli scritti*, a cura di G. Berta, Roma, Ediesse, 1994.

[28] Si pensi al contributo di R.H. Tawney e, in particolare, alla sua *Equality* [1931], trad. it., in Id., *Opere*, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1975, pp. 531-798.

pluralistiche del *guild socialism*[29] e diviene presto inevitabile il riconoscimento del suffragio universale[30]; la Grande crisi e le ricette di John Maynard Keynes, oltre a confermare la prospettiva della *End of Laissez-Faire*[31], aprono i dibattiti sulla pianificazione e le prime concrete proposte in merito alla trasformazione della *National Health Insurance* in un *National Health Service*. Ed è proprio il dirigismo di matrice keynesiana a ispirare il passaggio da un modello assicurativo basato su logiche meramente contributive a un vero *Social Service State*, in cui i servizi sociali, finanziati attraverso la fiscalità generale, costituiscono l'emblema di una inedita forma statuale fondata su obiettivi inclusivi[32].

Sia pur straordinario laboratorio teorico, l'*interwar period* non produce però, quantomeno a livello istituzionale, un reale superamento delle novità introdotte prima della guerra. Si tratta, perlopiù, di dinamiche di «consolidamento»[33]: si guardi alla progressiva estensione a strati sempre più ampi di popolazione dello schema assicurativo contro la disoccupazione dei vari *Unemployment Acts*[34], alla predisposizione della pensione contributiva del *Widows'*, *Orphans' and Old Age Contributory Pensions Act* del 1925[35], alla definitiva abrogazione dei *poor law guardians* – di cui al *Local Government Act* del 1929[36] – in grado di produrre un definitivo svuotamento degli stigmi classisti della *Poor Law*.

È nel contesto della seconda guerra mondiale che si consuma la svolta. Il *Social Insurance and Allied Services Committee*, nominato nel giugno del 1941 per rispondere alla persistente frammentazione delle prestazioni e alla loro disorganica erogazione tramite una prova del bisogno (*means-test*) spesso aleatoria, suggerisce la costruzione di un sistema *from cradle to grave*, che all'insegna di un chiaro e lineare universalismo, accompagni tutta la vita del cittadino attraverso una capillare tutela previdenziale, assistenziale e sanitaria. In estrema sintesi, il *Beveridge Report* del 1942 prevede l'istituzione di una *National Insurance* ancor più generalizzata, basata su contributi e benefici tendenzialmente uguali per tutti i cittadini, nonché diretta a coprire ogni possibile evento in grado di compromettere la stabilità retributiva del lavoratore. Suggerisce altresì l'istituzione di un *National Health Service* interamente accessibile e completamente gratuito, nonché ipotizza la creazione di una *National Assis-*

[29] Si veda in particolare G.D.H. Cole, *Self-government in Industry* [1917], London, Bell, 1920.
[30] *Representation of the People (Fourth Reform) Act* [1918], 7 & 8 Geo. 5., c. 64 (maschile) e *Representation of the People (Equal Franchise) Act* [1928], 18 & 19 Geo. 5, c. 12 (femminile).
[31] J.M. Keynes, *The End of Laissez-Faire* [1926], trad. it., in Id., *La fine del Laissez-Faire e altri scritti*, a cura di G. Lunghini, Torino, Bollati Boringhieri, 1991.
[32] La rivoluzione del periodo fra le due guerre che assegna allo Stato un ruolo direttivo dell'economia è stata correttamente rivalutata da una parte della storiografia. Si pensi a W.G. Runciman, *Relative Deprivation and Social Justice. A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth-Century England*, trad. it., *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia sociale nelle classi lavoratrici*, Torino, Einaudi, 1972, pp. 75-124, M.A. Crowther, *Social Policy in Britain 1914-1939*, London, Macmillan, 1988, pp. 11-25 e A. Digby, *British Welfare Policy: from Workhouse to Workfare*, London, Faber and Faber, 1989, pp. 48-63. Cfr. anche A. Cawson, *Corporatism and Social Welfare. Social Policy and State Intervention in Britain*, London, Heinemann, 1982, pp. 1-15 e A. La Spina, *Il modello normativo del Welfare State. Teoria della social policy in Gran Bretagna*, Palermo-Sao Paulo, Palma, 1983.
[33] T.H. Marshall, *Social Policy in the Twentieth Century*, London, Hutchinson, 1975, p. 67.
[34] L'*Unemployment Insurance Act* [1920], 10 & 11 Geo. 5, c. 30 è il primo di una lunga serie di provvedimenti che, con una rideterminazione pressoché annuale, tentano di temperare gli effetti della disoccupazione estendendone la tutela assicurativa.
[35] *Widows'*, *Orphans' and Old Age Contributory Pensions Act* [1925], 15 & 16 Geo. 5, c. 70.
[36] *Local Government Act* [1929], 19 Geo. 5, c. 17.

tance dal carattere residuale, destinata ad abrogare le ultime rimanenze del *Poor Law Amendment Act* del 1834 ancora formalmente in vigore[37].

Dopo la vittoria elettorale contro un Churchill fresco del trionfo militare[38], il governo laburista di Clement Attlee recepisce buona parte delle proposte beveridgiane tramite il varo di un sistema quasi interamente universalistico di copertura previdenziale[39], la predisposizione di un'assistenza nazionale inclusiva e solidale[40], il libero (e inizialmente gratuito) accesso alle prestazioni sanitarie del *National Health Service*[41]. Non è un caso che proprio guardando all'*appointed day* del 5 luglio del 1948 – giorno nel quale tali *Acts* divengono congiuntamente operativi – Marshall immagini una *social citizenship* nella quale i diritti sociali, ora universalisticamente elargiti, risultano sostanzialmente equiparabili alle storiche libertà[42]. Ebbene, la recezione della architettura beveridgiana, fermissima nel rivendicare l'universalismo dei diritti sociali di natura essenziale, permette a Marshall di scorgere l'affermazione di una inedita forma di cittadinanza, ora declinabile secondo una precisa connotazione sociale: i *social rights*, forniti a tutti i cittadini in modo universalistico e indipendente dalle classi economiche o dalla posizione occupazionale, possono a ragione essere posti, almeno da un punto di vista normativo, sullo stesso piano teorico dei diritti civili e politici.

3. … e la loro mancata valorizzazione costituzionale

Se osservato nelle sue più profonde ricadute giuridiche, l'effettivo affermarsi della cittadinanza sociale avrebbe dovuto produrre un definitivo smantellamento del modello individualistico: ai diritti sociali avrebbe dovuto essere assegnata una pari dignità giuridica rispetto ai diritti di libertà, così costruendo una dogmatica capace di fornire, nei confronti dell'attività prestazionale dello Stato, un apparato di garanzie giuridiche simile a quello elaborato dal *Rule of Law*.

Alla luce delle riforme e del vasto programma di nazionalizzazioni promosso dal laburismo[43], la dottrina non potrà non accorgersi della necessità di aggiornare le tradizionali

[37] Per cogliere la proposta nella sua interezza, si rimanda al citato documento ufficiale *Report of the Inter-Departmental Committee on Social Insurance and Allied Services* [Cmd. 6404], 1942. Oltre a J. Harris, *William Beveridge: A Biography*, Oxford, Oxford University Press, 1977, si rimanda qui a P. Thane, *Foundations of the Welfare State*, London, Longman, 1996 e N. Timmins, *The Five Giants*: *A Biography of the Welfare State*, London, William Collins, 2017.

[38] Si osservi però che il governo di coalizione guidato da Churchill durante la guerra aveva già varato provvedimenti decisivi in materia di protezione sociale: si pensi alla grande riforma del sistema scolastico di cui all'*Education Act* [1944], 7 & 8 Geo. 6, c. 31 e al riconoscimento degli assegni familiari disposto ai sensi del *Family Allowances Act* [1945], 8 & 9 Geo. 6, c. 41.

[39] *National Insurance Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 67.

[40] *National Assistance Act* [1948], 11 & 12 Geo. 6, c. 29; legge che abroga, ora anche formalmente, la *New Poor Law* del 1834.

[41] *National Health Service Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 81.

[42] L. Marrocu, *Il contesto marshalliano*: *origine e sviluppo del Welfare State britannico*, in C. Sorba (a cura di) *Cittadinanza. Individui*, *diritti sociali*, *collettività nella storia contemporanea*, Padova, SISSCO, 1999, pp. 143-160.

[43] Oltre alla nazionalizzazione degli ospedali imposta dal citato *National Health Service Act*, tra il 1946 e il 1949, vengono trasformate in *public corporations,* tramite i relativi *Acts*, la Banca d'Inghilterra, l'industria del carbone, ferrovie, compagnie aeree e trasporti autostradali, elettricità, gas, ferro e acciaio: rispettivamente, *Bank of England Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 27; *Coal Industry Nationalisation Act* [1946], 9 & 10 Geo. 6, c. 59; *Transport Act* [1947], 10 & 11 Geo. 6, c. 49; *Electricity Act* [1947], 10 & 11 Geo. 6, c. 54; *Gas Act* [1948], 11 & 12 Geo. 6, c. 67; *Iron and Steel Act* [1949], 12, 13 & 14 Geo. 6, c. 72.

egorie costituzionali, iniziando a indagare il rapporto, in modo più analitico rispetto a quanto fatto nella hayekiana *Road to Serfdom* del 1944[44], tra la tradizione costituzionale e le straordinarie novità del *Welfare State.* Anche la scienza giuridica, accorgendosi della rivoluzione del secondo dopoguerra, tende finalmente a fotografare il nuovo panorama. È Lord Denning, nella sua *Freedom Under Law* del 1949, a notare l'inversione del modello, comprendendo che alla sacralità associata al binomio ottocentesco proprietà-contratto vanno ormai sostituendosi i propositi del nuovo Stato sociale: troppo vasto l'interventismo economico-sociale per non cogliere la sua capacità di travolgere la tradizione del *private law constitutionalism*[45].

È ancor più preciso il libro di Wolfgang Friedmann nel suo *Law and Social Change in Contemporary Britain* del 1951, mostrando come gli obiettivi del nuovo Stato novecentesco abbiano straordinariamente modificato la fisionomia degli istituti del *Common Law*: *property*, *contract e tort* sono realmente mutati alla luce dei numerosi *Acts* che, in taluni casi esplicitamente in altri surrettiziamente, ne hanno modellato i caratteri orientandoli a fini sociali e funzionalizzandoli all'interesse collettivo[46].

Certo, le voci critiche nei confronti del costituzionalismo diceyano sono databili sin dal primo dopoguerra, specie in quella *London School of Economics* diretta da Beveridge per quasi tutto l'*interwar period*. Almeno sin da *Authority in the Modern State* del 1919, Harold Laski aveva proposto, ispirandosi soprattutto alla teoria del giurista francese Léon Duguit, un approccio funzionalista che guardava al diritto come mezzo, concreto e oggettivo, di una complessiva 'funzione sociale' dei poteri pubblici, in cui lo Stato diveniva una *public service corporation*; una entità rivolta a offrire servizi nei confronti dei propri cittadini nel rispetto della democrazia emancipante e del pluralismo giuridico[47]. Le riflessioni di *Grammar of Politics* del 1925[48], inoltre, possono essere a ragione considerate l'origine di una inedita dottrina del diritto pubblico che, in esplicito contrasto al conservatorismo del *New Despotism* (1929) di Lord Hewart[49], influenza direttamente *Justice and Administrative Law* (1928) di Robson e *The Law of the Constitution* (1933) di Jennings[50]. Con Jennings, in particolar modo, la critica al *Rule of Law* diceyano è interamente perfezionata: ne emerge tutto l'anacronismo di un modello giuridico pensato per il *laissez-faire* ottocentesco, nel quale le funzioni amministrative di prestazione – un tempo assai limitate – non inquinavano il predominio del diritto ordinario delle Corti.

---

[44] F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* [1944], trad. it., *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011.
[45] A.T. Denning, *Freedom Under the Law* [1949], London, Stevens, 1986.
[46] W.G. Friedmann, *Law and Social Change in Contemporary Britain*, London, Stevens, 1951.
[47] H.J. Laski, *Authority in the Modern State*, New York, Yale University Press, 1919; da leggere contestualmente alla prima monografia Id., *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917.
[48] H.J. Laski, *Grammar of Politics* [1925], London, Allen & Unwin, 1938. Cfr. M. Loughlin, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 50, n. 1, 2021, pp. 251-281. Si veda inoltre, più in generale, M. Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 165 ss.
[49] G. Hewart, *The New Despotism* [1929], London, Benn, 1945.
[50] W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution* [1928], London, Stevens, 1951 e W.I. Jennings, *The Law and the Constitution* [1933], London, University of London Press, 1948.

«*If, then, the rule of law means only that powers must be derived from the law, all civilised States possess it. If it means the general principles of democratic government, it is unnecessary to mention it separately. If it means that the State exercises only the functions of carrying out external relations and maintaining order, it is not true. If it means that the State ought to exercise these functions only, it is a rule of policy for Whigs (if there are any left)*»[51].

Anche osservando il clamoroso sviluppo novecentesco dei *tribunals*, la scienza giuridica maggioritaria, ancora ciecamente legata alla tradizione, non riesce compiutamente a elaborare la necessità di rivedere, emendare, rielaborare, l'impostazione diceyana. È emblematica in questo senso la vicenda del *Report of Committee on Ministers' Powers* (1932)[52]: nata «*with the dead hand of Dicey lying frozen on its neck*»[53], la commissione sembra confidare nella ordinaria teoria costituzionale, inibendo così aggiornamenti di rilievo.

Fino al secondo dopoguerra, pur percependo i segni inequivocabili della crisi, la dottrina maggioritaria non pare proporre adattamenti teorici significativi. Solo i citati lavori di Denning e Friedmann riescono a interpretare un sentimento di riforma non più procrastinabile; idea presto recepita anche dal manuale *Principles of Administrative Law* di Griffith e Street. Ribadito che «*the keynote of nineteenth-century thought was individualism*», è ormai chiaro che «*a new and irresistible urge for social security has been born: freedom from want has become more important than freedom of property*»[54]. Ma ancora nel 1959, in anni di ormai pieno *consensus* circa le politiche del *Welfare State* e dell'economia mista, il costituzionalismo individualistico costituisce un irrinunciabile punto di riferimento. Riflettendo sul rapporto tra *Law and Opinion in England in the 20th Century*[55] e riprendendo il titolo del capolavoro diceyano del 1905, il volume collettaneo curato dal sociologo, allievo di Hobhouse, Morris Ginsberg, evidenzia quanto – dal pubblico al privato, dal civile al penale, dall'impresa alla famiglia, dal lavoro all'amministrazione[56] – l'irrompere del «collettivismo», che già a Dicey sembrava incrinare i postulati del suo modello, ne abbia infine demolito gli assunti.

I segnali rivolti a costruire un sistema pubblicistico emancipato dai costrutti dell'età liberale iniziano allora a essere distinguibili[57]. Il *Franks Report* (1957) costituisce un'importante cesura, giacché apre la via a una progressiva giuridicizzazione dell'attività amministrativ-

[51] W.I. Jennings, *The Law*, cit., p. 291.
[52] *Report of Committee on Ministers' Powers* [Cmd. 4060], 1932.
[53] W.A. Robson, *op. cit.*, p. 423.
[54] Così, nel 1952, proprio nella prima pagina della prima edizione di J.A.G. Griffith, H. Street, *Principles of Administrative Law*, London, Pitman, 1952. Si veda poi H. Street, *Justice in the Welfare State*, London, Stevens, 1968.
[55] Si veda in questo senso il saggio iniziale del curatore M. Ginsberg, *The Growth of Social Responsibility*, in Id. (ed), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, Stevens, 1959, pp. 3-26.
[56] Meritano in questo senso uno sguardo approfondito, sempre all'interno del volume curato da M. Ginsberg, *Law and*, cit., i saggi di D. Lloyd, *The Law of Associations*, pp. 99-115; Griffith, *The Law of Property (Land)*, pp. 116-142; O. Kahn-Freund, *Labour Law*, pp. 215-264; S.E. Karminski, *Family Law*, pp. 286-295, oltre al contributo sulla salute di R.M. Titmuss, *Health*, pp. 299-318.
[57] Si pensi anche a R.H.S. Crossman, *Socialism and the New Despotism*, in *Fabian Tract*, n. 298, 1956.

a[58] decisiva per incoraggiare una prima ricostruzione sistematica della materia[59]; ricostruzione fino ad allora inibita dall'avversione diceyana nei confronti della materia espressa, come è noto, nel celebre capitolo XII della *Law of the Constitution*[60]. L'edificarsi di una dogmatica giuridica attorno ai temi dell'amministrazione, poi completata nelle successive decadi[61], costituisce un'operazione fondamentale per legittimare le funzioni di prestazione che ancora non trovavano adeguata valorizzazione negli strumenti ordinari delle Corti. Non dissimile il processo – in tutto incompatibile con il modello diceyano e la ferma eguaglianza formale tipica della cornice liberale – di costruzione del *labour law*: fondamentali in questo senso i contributi di Otto Kahn-Freund[62] che, assegnando al diritto del lavoro una autonoma rilevanza, incentivano la costruzione di un inedito statuto giuridico per i diritti relativi alla previdenza e all'assistenza sociale.

Si noti inoltre che la reale diffusione di un dibattito circa il carattere precipuamente giuridico dei *social rights* pare muovere dalla *Carta sociale europea* del 1961 che, a seguito della ratifica da parte del Regno Unito, introduce nell'ordinamento d'oltremanica uno specifico riferimento normativo alla categoria 'diritti sociali' prima rinvenibile solo nella letteratura scientifica (perlopiù sociologica), proponendone così il radicamento nell'intreccio con l'internazionalismo del concetto di persona umana[63]. Arricchisce presto questo *right-based discourse* il lessico degli *human rights*[64]: più che dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani* del 1948, il discorso viene alimentato dalla accettazione britannica della giurisdizione della

[58] Il *Report of the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries* [Cmnd. 218], 1957 abbandona la storica diffidenza nei confronti dei *tribunals*, proponendone una razionalizzazione del procedimento e dei meccanismi di giustizia amministrativa sulla base di principi di «good administration», che si sostanziano, nello specifico, nell'esigenza di assicurare la «openness, fairness and impartiality», anche attraverso il controllo delle Corti circa le questioni di diritto.

[59] Il primo vero tentativo è quello di H.W.R. Wade, *Administrative Law*, trad. it., *Diritto amministrativo inglese*, Milano, Giuffrè, 1969.

[60] A.V. Dicey, *Introduction to*, cit., pp. 279-341.

[61] Dopo il celebre caso *Ridge v. Baldwin* [1964] A.C. 40, un nuovo equilibrio sarà concretamente visibile solo dopo l'*Order* 53 – *application for judicial review* – previsto dal *The Rules of the Supreme Court (Amendment No. 3) 1977* (SI 1977/1955): cfr. J.D.B. Mitchell, *The Causes and the Effects of the Absence of a System of Public Law in the United Kingdom*, in *Public Law*, 1965, pp. 95-118; M.E. Dimock, *Law and Dynamic of Administration*, New York, Praeger, 1980, pp. 3-14; B. Schwartz, *Lions Over the Throne. The Judicial Revolution in English Administrative Law*, New York, New York University Press, 1987, pp. 11-96; D.J. Galligan, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 251 ss.; P. Cane, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 1-19; C. Harlow, R. Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 317 ss.; T. Poole, *The Reformation of English Administrative Law*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 68, n. 1, 2009, pp. 142-168; J. Bell, *The Anatomy of Administrative Law*, Oxford, Hart, 2020, pp. 25-64.

[62] Le riflessioni, già avviate nell'articolo O. Kahn-Freund, *Labour Law*, cit., del 1959, sono state poi raccolte nel fondamentale Id., *Labour and the Law*, London, Stevens, 1972. Anche da un punto di vista istituzionale, inoltre, l'*Industrial Relations Act,* 1971, c. 72, produce un significativo cambio di passo nel disconoscere il non interventismo statuale nei rapporti lavoristici e nell'avviare i percorsi contemporanei della regolazione pubblicistica. Cfr. K.W. Wedderburn, *Common Law*, *Labour Law*, *Global Law*, in B. Hepple (ed.) *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 19-54.

[63] Cfr. C. Wilfred Jenks, *Law*, *Freedom and Welfare*, London, Stevens, 1963, pp. 1-32.

[64] Sul rapporto tra diritti umani e diritti sociali in Gran Bretagna, si rimanda a K.D. Ewing, *The Case for Social Rights*, in T. Campbell, J. Goldsworthy, A. Stone (eds.), *Protecting Human Rights. Instruments and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 323-337; tra «rights and social dimension» anche C. Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach*, Oxford, Hart, 2000, pp. 130-149.

Corte di Strasburgo nel 1966 e dai venti del Sessantotto; vero *turning point* in grado di catalizzare novità nel pensiero giuridico dalla portata certamente globalizzante[65]. E il lento affermarsi degli *human rights*, il cui processo verrà definito solo alla fine del secolo, tende a proporre uno spazio comune di solidarietà internazionale che suggerisce, sul terreno dei diritti propri della condizione umana, il potenziale superamento della distinzione tra cittadino e straniero.

Persino le incompletezze della lettura marshalliana paiono in potenza colmate nell'osservare il percorso che dal cittadino conduce alla persona: sanando le ambiguità di un'interpretazione che intendeva i diritti all'interno dei confini della nazionalità, la persona umana – e non il cittadino – diviene il centro gravitazionale dell'obbligazione giuspolitica. Valicando l'anglocentrismo marshalliano che caratterizza il saggio *Citizenship and Social Class*, in tutto rivolto a logiche insulari che non contemplano l'ipotesi che i diritti possano varcare i confini nazionali[66], non è errato sostenere che i valori emancipanti, orientati a una eguaglianza di opportunità intesa come completamento delle libertà, siano da interpretare guardando all'impianto personalista ordito sulla dignità umana e sul tessuto connettivo della solidarietà; con la conseguenza di fondare i diritti sociali non tanto sul requisito della cittadinanza, quanto piuttosto sulla mera «appartenenza ad una comunità»[67].

Eppure, lo sviluppo dei diritti umani, certo origine di prodigiose conquiste nel campo della parità di genere, nei rapporti familiari e lavoristici, nell'abbattimento di dinamiche discriminatorie e degradanti nei confronti del diverso, corre parallelo al percorso, altrettanto profondo per l'assetto ordinamentale dello Stato, della crisi del modello beveridgiano, del quale è possibile individuare i segnali di cedimento, quantomeno da un punto di vista giuridico, ben prima delle vicende petrolifere degli anni Settanta[68].

Ecco, ancora una volta, i caratteri del paradosso.

Da un lato un modello costituzionale che, assegnando – per quanto faticosamente – all'inclusione sociale un ruolo fondamentale per la determinazione della fisionomia dell'ordinamento, appare sempre più distante dall'originaria architettura diceyana, sia nelle sue più

---

[65] D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, in D. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.

[66] Si veda il saggio di T. Bottomore, nella ristampa di *Citizenship and Social Class*, London, Pluto Press, 1992, pp. 53-93 e R. Karatani, *Defining British Citizenship. Empire, Commonwealth and Modern Britain*, London, Frank Cass, 2003, pp. 15-38. Per l'esigenza di una vera universalità dei diritti costruita all'insegna della persona e non solamente del cittadino, L. Ferrajoli, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 587 ss.

[67] T.H. Marshall, *Citizenship and*, cit., p. 10. Come ricorda N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2008, p. 258, la proclamazione dei diritti umani, del resto, ha «tagliato in due il corso storico dell'umanità dal punto di vista del rapporto politico», producendo un'inversione della contrapposizione storica fra l'esclusione dello straniero e l'inclusione della protezione sociale. Cfr. A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, pp. 1-43.

[68] Fondamentale qui R.M. Titmuss, *Essays on the Welfare State*, trad. it., *Saggi sul "Welfare state"*, Roma, Edizioni lavoro, 1986. Si veda inoltre H. Glennerster, *British Social Policy since 1945*, Oxford-Cambridge, Blackwell, 1995, pp. 137 ss. e N. Harris, *Social Security Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 1-117. Cfr. anche le sintesi di G.F. Ferrari, *La sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 1981, pp. 936-1001 e S. Giubboni, *Il finanziamento della sicurezza sociale in Gran Bretagna*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 61, 1994, pp. 101-141.

alte implicazioni teoriche, sia nelle più pratiche ricadute di diritto pubblico, ora amministrative, ora giuslavoristiche.

Dall'altro un processo che, sin dai *Two Concepts of Liberty* (1958) di Isaiah Berlin ha rivendicato con forza l'impossibilità filosofica di configurare i diritti sociali come presupposto dei diritti di libertà, categorie tra loro distinte, inevitabilmente in contrasto e per nulla conciliabili entro il generale spirito solidaristico che il secondo dopoguerra era chiamato a promuovere[69]: del tutto coerenti con questa impostazione sono poi le riflessioni hayekiane che corrono da *The Constitution of Liberty* (1960) al secondo volume *The Mirage of Social Justice* (1976) di *Law, Legislation and Liberty*[70].

Il paradosso, impossibile non registrarlo, diviene macroscopico nei successivi decenni: l'azione dei governi Thatcher mostra come la dogmatica dei diritti sociali sia nettamente condizionata dall'irrompere di un nuovo modello «residuale» in tutto contrapposto a quello «istituzionale-redistributivo»[71] del secondo dopoguerra, dalla crisi dello Stato fordista, da un netto appiattimento delle aliquote fiscali, da una continua strategia di contenimento della spesa pubblica, dalla forza d'urto dell'ondata privatizzante[72]. È ora visibile la crisi dello Stato dirigista: sembra forgiarsi lo squilibrio fra lo Stato keynesiano, intatto nel suo valore programmatico, e il modello competitivo, nuova norma internazionale orientata al benessere collettivo[73]. E neanche la *Third Way* blairiana ha invertito la generale tendenza involutiva del *Welfare State*, stante la netta prevalenza di politiche di *workfare* che limitano l'accesso alle prestazioni sociali ad aspre condizionalità.

Perlopiù opposto è invece il processo volto, in parte in risposta alle privatizzazioni e alla necessità di regolare le funzioni di amministrazione indiretta, alla progressiva

---

[69] I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* [1958], in Id., *Liberty*, H. Hardy (ed.), trad. it., *Libertà*, Milano, Feltrinelli, 2005.

[70] F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty* [1960], trad. it., *La società libera*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007 e Id., *The Mirage of Social Justice* [1976], in Id., *Law, Legislation and Liberty*, trad. it., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, Il Saggiatore, 1994.

[71] R.M. Titmuss (et al.), *Social Policy. An Introduction*, London, Hyman, 1974, pp. 30-32, superando la tradizionale dicotomia tra modello bismarckiano e modello beveridgiano, divide infatti tra un *Institutional redistributive model of social policy*, organizzato attraverso servizi universalistici con una tassazione fortemente redistributiva, tra un modello occupazionale-meritocratico (*Industrial achievement-performance model*) in cui le prestazioni sociali sono condizionate al merito e all'occupazione, e un *Residual welfare model* nel quale lo Stato interviene solo allorquando il mercato e l'azione privata non soddisfino i bisogni più elementari. Per una analisi critica di tali partizioni G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity, 1990 e D. Garland, *The Welfare State. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

[72] Sulla contrapposizione tra il pensiero anti-collettivista e le dottrine che, nel corso del Novecento, hanno contribuito all'affermazione dello Stato sociale, V. George, P. Wilding, *Ideology and Social Welfare*, London, Routledge, 1985, soprattutto pp. 19-43 e 120-147.

[73] Sull'irrompere della concorrenza in Europa, si veda il volume curato da M. Freedland, S. Sciarra, *Public Services and Citizenship*, Oxford, Clarendon Press, 1998; S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 17-44; C. Joerges, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, vol. 30, n. 4, 2005, pp. 461-489; C. Offe, *Europe Entrapped*, Cambridge, Polity Press, 2016; M. Stolleis, *The European Welfare State – A Model Under Threat*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 46, 2017, pp. 17-39; B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, Il Mulino, 2020, pp. 211-225.

e di uno statuto di principi giuridici riservati agli organismi e servizi pubblici[74]. In modo ancor più evidente, la traiettoria dei diritti umani, oltre a consolidarsi nella cultura giuridica, culminerà, proprio durante il primo governo Blair, nello *Human Rights Act* del 1998[75]. Per certi versi, una *New British Constitution*[76]: nel porre fine a un dibattito pluridecennale circa l'incorporazione della CEDU nel diritto interno, il provvedimento determinerà un sostanziale slittamento della protezione dei diritti fondamentali dalla concezione 'privatistica' del *Common Law* inglese a quella 'pubblicistica' dello *Statute Law*, diminuendo così, anche solo indirettamente, il divario concettuale tra i diritti sociali (perlopiù radicati sulla sovranità del Parlamento) e i diritti di libertà (fondati sulla storica tradizione giurisprudenziale)[77].

Eppure, non sembra errato sostenere che l'irrompere dei diritti umani non abbia mitigato gli effetti della crisi dei *social rights*, i quali – come è stato suggerito – più che essere rinvigoriti dall'animo solidarista insito nel concetto di umanità, rischiano forme di individualizzazione del loro contenuto collettivistico e sono esposti al pericolo di essere di fatto rimpiazzati da una categoria – appunto gli *human rights* – certo indispensabile per costruire un'effettiva saldatura giuridica tra il sociale e le libertà, ma inevitabilmente meno sensibile nei confronti delle istanze di redistribuzione economica[78].

---

[74] Si assiste allo sviluppo di «*a body of legal doctrine closer to the concept of public service enshrined in other European legal systems. I do not wish to argue that this is a direct result of privatization itself. Rather, it has been due largely to the creation of regulators independent of government and enterprise, thus making some legal framework to structure relations inevitable*». Pertanto, «*it is clear that we are now seeing the beginning of the replacement of ineffective political controls over public enterprise by legal principles that include elements of social solidarity and rights of access to essential services. Privatization in the United Kingdom has given birth to some unexpected offspring*». Così, T. Prosser, *Privatization's Unexpected Offspring*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 63, n. 4, 2000, pp. 81-82. Per M. Hunt, *Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom*, in M. Taggart (ed.), *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, p. 26, «*the great irony is that, just as English courts are on the verge of articulating for themselves a version of constitutionalism which gives them a legitimate role in the protection of constitutional values in the administrative state, that state, as it has traditionally been conceived, is starting to disappear, as the political branches promote the private over the public*».

[75] *Human Rights Act*, 1998, c. 42.

[76] V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009, opera da leggere assieme a M. Fioravanti, *La Magna Charta nella storia del costituzionalismo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 45, 2016, pp. 67-86.

[77] Le diverse proposte per valorizzare il contenuto vincolante dei diritti sociali, abbozzate, oltre che da W.H. Beveridge, sin dall'opuscolo *Insurance for All and Everything*, London, Daily News, 1924, R.M. Titmuss, *Welfare "Rights", Law and Discretion*, in *The Political Quarterly*, vol. 42, n. 2, 1971, pp. 113-132 e T.H. Marshall, *The Right to Welfare and Other Essays*, London, Heinemann, 1981, sono state a lungo ignorate dalla scienza giuridica: un primo vero dibattito è in R. Beddard, D.M. Hill (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, London, Palgrave Macmillan, 1992 (si veda, in particolare, il saggio di R. Plant, *A Defence of Welfare Rights*, pp. 22-46). Solo a seguito dello *Human Rights Act* si è però realmente diffusa la teoria che, entro la sfera dei diritti umani, suggerisce un'equiparazione tra i diritti sociali e le storiche libertà: si pensi a K.D. Ewing, *Social Rights and Constitutional Law*, in *Public Law*, 1999, pp. 104-123, a I. Hare, *Social Rights as Fundamental Human Rights*, in B. Hepple (ed.), *op. cit.*, pp. 153-181 e J. King, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

[78] Su come lo *Human Rights Act*, per certi versi, non abbia agevolato il rilancio dei diritti sociali, ma semmai una loro parziale individualizzazione, E. Palmer, *The Role of Courts in the Domestic Protection of Socio-Economic Rights: The Unwritten Constitution of the UK*, in F. Coomans (ed.) *Justiciability of Economic and Social Rights. Experiences from Domestic Systems*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, pp. 129-171. Per un approccio di sintesi, F. Rosa, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2000, pp. 679-701; C. Martinelli, *op. cit.*, pp. 276-299; S. Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese*: *lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-31 e 170-183.

Il lungo e faticoso percorso di giuridicizzazione dell'attività sociale dello Stato visibile nel secondo Novecento, centralissimo per l'aggiornamento della vecchia tradizione costituzionale, non riesce compiutamente a creare le condizioni per stabilire, in concreto, una pari dignità giuridica tra diritti sociali e diritti di libertà; anzi, i primi restano, in misura maggiore rispetto alle esperienze continentali, legati più alla discrezionalità della politica che alle pratiche vincolate del diritto. Parimenti, la fragilità costituzionale della dogmatica dei *social rights* – ancora del tutto incomparabile con quella reputata solidissima, storicamente immanente, del *Rule of Law* – non ha certo sfavorito il rianimarsi dell'individualismo giuridico; riscoperta chiarissima da ormai molti decenni, anche nei suoi risvolti istituzionali, assieme all'irrompere dello Stato-concorrenza, all'arretramento dello Stato sociale, alla crisi della cittadinanza collettivistica[79].

[79] Sia consentito rinviare a L. Pacinotti, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service,* Milano, Giuffrè, 2023, pp. IX-XLIV e 235 ss.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-73c

costituzionalismo britannico e irlandese

Rapporti con l'Unione Europea

La questione nordirlandese alla luce di Brexit: quale futuro per Belfast?

Lidia Bonifati
Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università Commerciale Luigi Bocconi

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

La questione nordirlandese alla luce di Brexit: quale futuro per Belfast?**

di Lidia Bonifati*

Abstract (Ita): Il profondo impatto di Brexit e la nomina di una Prima Ministra nazionalista alla guida del governo in Irlanda del Nord hanno riacceso un dibattito politico e costituzionale complesso, legato a una possibile riunificazione dell'isola irlandese. Il presente contributo offre una prospettiva di ampio respiro sulla questione nordirlandese, ricostruendo il quadro storico-politico del particolare status costituzionale dell'Irlanda del Nord e ripercorrendo il delicato processo di negoziazione dell'accordo di recesso del Regno Unito dall'Unione Europea che ha visto Belfast nuovamente al centro. Infine, l'articolo si conclude con alcune riflessioni utili a interpretare il dibattito sul futuro dell'Irlanda del Nord e dell'isola irlandese, alla luce di alcune esperienze spesso richiamate come possibili esempi di riunificazioni nello spazio giuridico europeo.

Abstract (Eng): The profound impact of Brexit and the appointment of a nationalist First Minister to the Executive in Northern Ireland have reignited a complex political and constitutional debate related to a possible reunification of the Irish island. This article offers a wide-ranging perspective on the Northern-Irish question, reconstructing the historical-political framework of the peculiar constitutional status of Northern Ireland and tracing the delicate process of negotiating the withdrawal agreement of the United Kingdom from the European Union that saw Belfast once again at the center. Finally, the article concludes with some useful reflections to interpret the debate on the future of Northern Ireland and the Irish island in the light of some experiences often referred to as possible examples of reunifications in the European legal order.

Parole chiave: Irlanda del Nord – Brexit – riunificazione

Keywords: Northern Ireland – Brexit – reunification

Sommario: 1. Breve nota introduttiva; 2. Un primo inquadramento storico-giuridico; 3. L'Accordo di Belfast e il ruolo dell'Unione Europea; 4. L'impatto di Brexit: dal Backstop al Protocol on Ireland/Northern Ireland; 5. L'instabilità politica di Stormont e il Windsor Framework; 6. Riflessioni conclusive

1. Breve nota introduttiva

Un evento di portata storica come la recente nomina di Michelle O'Neill a Prima Ministra in Irlanda del Nord[1] ha riacceso il dibattito su una possibile riunificazione dell'isola irlandese, una questione politica complessa alla base delle rivendicazioni nazionaliste durante il conflitto nordirlandese consumatosi per oltre trent'anni. Tale dibattito si inserisce

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università Commerciale Luigi Bocconi

[1] R. Carroll, *Sinn Féin's Michelle O'Neill Appointed First Minister as Stormont Reconvenes*, in *The Guardian*, 3 febbraio 2024.

atto di Brexit sul territorio nordirlandese[2] così come sull'ordinamento britannico e irlandese[3]. Per inquadrare meglio del dibattito costituzionale corrente, il presente contributo intende offrire una prospettiva di ampio respiro sulla questione nordirlandese.

A tale scopo, la prima parte dell'articolo ricostruisce innanzitutto il quadro storico-politico, partendo dalla partizione dell'isola irlandese nel 1922, per poi passare al conflitto nordirlandese e ai primi tentativi di ristabilire la pace, e infine giungere alla conclusione dell'Accordo del Venerdì Santo del 1998 che ha posto fine ai c.d. *Troubles*[4]. Tale Accordo sarà analizzato in dettaglio, evidenziandone la natura costituzionale e sottolineando il ruolo fondamentale svolto dall'Unione Europea. Essa, infatti, ha fornito uno spazio politico e giuridico comune che non solo ha reso possibile il raggiungimento dell'Accordo, ma ha anche contribuito in modo determinante a mantenere la pace in Irlanda del Nord.

La seconda parte dell'articolo sarà invece dedicata all'esperienza di Brexit, analizzando l'impatto che il recesso del Regno Unito dall'UE ha avuto sull'Irlanda del Nord. In particolare, si porrà l'attenzione sulla particolare posizione di Belfast nel processo di negoziazione dell'accordo di recesso, concentrandosi sui tentativi e sulle proposte avanzate per ricomporre la questione nordirlandese ed evitare il ritorno a un confine rigido tra le due parti dell'isola. Inoltre, l'articolo esamina le vicende che hanno dominato la politica interna dell'Irlanda del Nord dall'avvento di Brexit alla creazione del nuovo governo nei primi mesi del 2024. Infine, si tenterà di proporre alcune riflessioni utili a contestualizzare il dibattito sul futuro di Belfast e dell'isola irlandese, facendo riferimento al quadro giuridico e demografico e alle esperienze offerte dal diritto comparato.

2. Un primo inquadramento storico-giuridico

Le questioni relative allo status dell'Irlanda del Nord affondano le loro radici nella storia ed è quindi necessario ripercorrere alcuni passaggi per comprendere il dibattito relativo a una possibile riunificazione irlandese. Dal 1801 al 1920, l'isola irlandese era parte integrante del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda, fino a quando il *Government of Ireland Act 1920* ha diviso l'isola in due parti: Irlanda del Nord, composta dalle sei contee nord-

[2] Sul punto si vedano per esempio C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit sull'Irlanda del Nord: Dal Backstop di Theresa May al Windsor Framework di Rishi Sunak*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2023, pp. 803-829; C. Murray, *Northern Ireland's Legal Order After Brexit*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 73, n. 2, 2022, pp. 1-7; C. Murray, *The Constitutional Significance of the People of Northern Ireland*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 108-128; L. Bonifati, *The Impact of Brexit on the Constitutional Status of Northern Ireland*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 1, 2019, pp. 209-224; E. Stradella, *L'Irlanda del Nord: Lo Specchio del Centralismo Britannico dalla Repressione alla Brexit, Attraverso la* Devolution «*Intermittente*», in *Federalismi.it*, n. 12, 2017, pp. 2-44; J. Doyle, E. Connolly, *Brexit and the Northern-Irish Question*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 139-160.

[3] Cfr. O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021; E. Tannam, *The Future of British-Irish Relations After Brexit*, in F. Fabbrini (eds.), *The Law and Politics of Brexit: Volume II*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 254-273.

[4] Sulla storia del conflitto nordirlandese, si rimanda a A. Edwards, *The Northern Ireland Troubles*, London, Bloomsbury, 2023; D. McKittrick, D. McVea, *Making Sense of the Troubles*, London, Penguin Books, 2012; P. Rose, *How the Troubles Came to Northern Ireland*, Cham, Palgrave, 2000.

ee dell'isola. La legge intendeva creare territori autonomi, ciascuno con le proprie istituzioni legislative ed esecutive, pur rimanendo parte del Regno Unito[5]. La successiva guerra d'indipendenza irlandese sfociò nell'Accordo Anglo-Irlandese, che istituì nel 1922 lo Stato Libero Irlandese (*Irish Free State*)[6], divenuto poi Repubblica d'Irlanda nel 1937, con l'adozione di una nuova costituzione[7]. Le tensioni che portarono alla creazione di uno Stato irlandese indipendente trovarono una traduzione nella vita politica e sociale dell'Irlanda del Nord, dove due comunità coesistevano nello stesso territorio, perseguendo obiettivi politici divergenti riguardo allo status costituzionale dell'Irlanda del Nord. Da un lato, infatti, gli unionisti, prevalentemente protestanti, rimasero fermi sostenitori dell'appartenenza dell'Irlanda del Nord al Regno Unito, mentre dall'altro i nazionalisti, in maggioranza cattolici, miravano alla riunificazione con il resto dell'isola in un'Irlanda unita.

Le spaccature nella società nordirlandese erano rafforzate dalla discriminazione sociale e istituzionale nei confronti della popolazione cattolica e dal sostanziale dominio politico degli unionisti nel Parlamento nordirlandese[8]. Nel 1968, all'inizio dei *Troubles*, le tensioni si acuirono drammaticamente e i tentativi di risolvere alcune delle questioni sociali e politiche non riuscirono a evitare lo scoppio della violenza. La situazione peggiorò ulteriormente nel 1969, quando vennero richieste le truppe britanniche per ristabilire l'ordine in Irlanda del Nord. Nel 1972, a causa del massiccio deterioramento della situazione, segnato dal drammatico episodio della *Bloody Sunday*[9], il Regno Unito decise di sospendere il Parlamento nordirlandese per imporre nuovamente il governo diretto di Londra (*direct rule*) sul territorio nordirlandese[10]. Il conflitto tra le due comunità, causato dalle azioni dei gruppi militari e paramilitari di entrambe le parti, è durato oltre trent'anni e ha avuto effetti devastanti in termini di perdite di vite umane e di numero di feriti[11].

Il primo tentativo di porre fine al *direct rule* per ripristinare l'autogoverno fu l'Accordo di Sunningdale[12] nel 1973, che prevedeva alcune forme di autonomia per l'Irlanda del Nord, introducendo per la prima volta meccanismi consociativi e una *Irish dimension* con il coinv-

[5] D. McKittrick, D. McVea, *op. cit.*, p. 4.
[6] Sulle reazioni europee e internazionali all'indipendenza irlandese, si vedano F. M. Carroll, *America and the Making of an Independent Ireland*, New York, New York University Press, 2021; M. B. Barry, *The Irish War of Independence as Seen by the International Press*, in *The Irish Times*, 3 giugno 2020; K. Stanbridge, *Nationalism, International Factors, and the "Irish Question" in the Era of the First World War*, in *Nations and Nationalism*, vol. 11, n. 1, 2005, pp. 21-42; M. Kennedy, *Ireland and the League of Nations*, Dublin, Irish Academic Press, 1996; N. Mansergh, *The Irish Question. 1840-1921*, London, Routledge, 1965, pp. 76-102.
[7] D. McKittrick, D. McVea, *op. cit.*, p. 4.
[8] D. McKittrick, D. McVea, *op. cit.*, p. 17.
[9] Cfr. G. Dawson, *Trauma, Place, and the Politics of Memory: Bloody Sunday, Derry, 1972–2004*, in *History Workshop Journal*, vol. 59, n. 1, 2005, pp. 151-178.
[10] Si veda D. C. Williamson, *Anglo-Irish Relations in the Early Troubles*, London, Bloomsbury, 2018.
[11] Sulla difficile eredità politica dei *Troubles*, si rimanda a D. Holder, *Avoiding the Legacy of Impunity*, in *Verfassungsblog*, 21 dicembre 2023; C. Mallory, S. Molloy, C. Murray, *Tort, Truth Recovery and the Northern Ireland Conflict*, in *European Human Rights Law Review*, n. 3, 2020, pp. 244-262; N. Ferguson, D. Halliday, *Collective Memory and the Legacy of the Troubles*, in J. R. Vollhardt (ed.), *The Social Psychology of Collective Victimhood*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 56-74; N. Gilmartin, *'Ending the Silence': Addressing the Legacy of Displacement in Northern Ireland's 'Troubles'*, in *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 15, n. 1, 2021, pp. 108-127; P. Lundy, M. Mcgovern, *Truth, Justice and Dealing with the Legacy of the Past in Northern Ireland, 1998-2008*, in *Ethnopolitics*, vol. 7, n. 1, 2008, pp. 177-193.
[12] M. Mulholland, *Northern Ireland. A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 79.

olgimento del governo irlandese negli affari interni dell'Irlanda del Nord, attraverso l'istituzione di un Irish Council. A causa del debole sostegno politico, l'Accordo crollò nel 1974 e la violenza si intensificò nuovamente poco dopo. Un nuovo tentativo di trovare una soluzione alla «questione nordirlandese» che vale la pena menzionare è l'Accordo Anglo-Irlandese[13], firmato nel 1985 dalla Premier britannica Margaret Thatcher e dal Primo Ministro irlandese (*Taoiseach*) Garret FitzGerald, il quale prevedeva che il governo irlandese avesse un ruolo consultivo negli affari interni dell'Irlanda del Nord. Entrambi gli accordi prevedevano che lo status costituzionale dell'Irlanda del Nord non sarebbe cambiato senza il consenso della popolazione, un principio fondamentale che sarà poi incluso nell'accordo che porrà fine ai *Troubles*. Il punto di svolta verso la conclusione della *long war* è stato il cessate il fuoco annunciato dall'IRA[14] nel 1994, quando le due parti coinvolte realizzarono reciprocamente che la guerra non poteva essere vinta solo con mezzi militari. Inoltre, due nuovi attori entrarono nei negoziati, cambiandone significativamente la direzione. Da un lato, Sinn Féin, il ramo politico dell'IRA[15], iniziò a impegnarsi per il successo di una soluzione pacifica, dall'altro gli Stati Uniti, al tempo guidati dal Presidente Bill Clinton, assunsero un ruolo attivo nella risoluzione del conflitto, nominando l'ex senatore George Mitchell a guida del processo di pace. Non sorprende che la presenza di Sinn Féin al tavolo dei negoziati incontrò notevoli resistenze da parte di molti partiti unionisti e forze lealiste, soprattutto dall'Ulster Unionist Party (UUP) e dal Democratic Unionist Party (DUP). Tuttavia, l'UUP guidato da David Trimble accettò di partecipare ai colloqui a condizione che i gruppi paramilitari si impegnassero a operare esclusivamente attraverso mezzi pacifici e democratici. Al contrario, il leader del DUP, Ian Paisley, abbandonò i colloqui, non accettando l'inclusione del Sinn Féin nel processo di pace[16]. Il senatore Mitchell dovette superare le divisioni interne al fronte unionista e le ulteriori uccisioni da parte di gruppi paramilitari, bloccando il tavolo dei negoziati. Con il fondamentale intervento diretto del governo britannico e di quello irlandese[17], il 10 aprile 1998 fu raggiunto l'Accordo di Belfast, anche chiamato Accordo del Venerdì Santo (*Good Friday Agreement*), sostenuto dai principali partiti unionisti e nazionalisti, ma fortemente osteggiato dal DUP. Dopo la firma del trattato, il 22 maggio 1998 l'Accordo fu sottoposto a referendum in entrambe le parti dell'isola, in quanto furono chiamati ad esprimersi non solo i cittadini nordirlandesi, ma anche quelli nella Repubblica d'Irlanda. I primi dovevano dichiarare o meno il loro supporto all'Accordo, mentre i secondi furono interpellati sulle modifiche costituzionali che la firma dell'Accordo, come vedremo, rendeva necessarie. In entrambe le

[13] M. Mulholland, *op. cit.*, pp. 117-119.
[14] Da parte repubblicana, il principale gruppo paramilitare era la Provisional Irish Republican Army (generalmente indicato come IRA o informalmente come Provos), risultato della scissione dell'IRA nel 1969 in Provisional e Official IRA. Da parte lealista, i gruppi più attivi erano l'Ulster Volunteer Force (UVF) e l'Ulster Defense Association (UDA).
[15] Durante i Troubles, da parte nazionalista/repubblicana, il braccio politico dell'IRA era Sinn Féin, mentre da parte unionista/lealista, il rappresentante politico dell'UDA era il Democratic Unionist Party (DUP) (cfr. D. McKittrick, D. McVea, *op. cit.*).
[16] D. McKittrick, D. McVea, *op. cit.*, p. 266.
[17] Cfr. D. Ó Beacháin, *From Partition to Brexit. The Irish Government in Northern Ireland*, Manchester, Manchester University Press, 2019, pp. 217-264.

consultazioni, l'esito fu positivo e una nuova importante pagina della storia costituzionale britannica e irlandese fu scritta[18].

3. L'Accordo di Belfast e il ruolo dell'Unione Europea

L'Accordo del Venerdì Santo del 1998 si sviluppa su tre filoni (c.d., *Strands*). Il primo filone (interno) riguarda le relazioni all'interno dell'Irlanda del Nord, con l'istituzione di una nuova Assemblea legislativa e di un Esecutivo, secondo principi consociativi[19]. Il secondo filone (nord-sud) regolava le relazioni all'interno dell'isola d'Irlanda, con l'istituzione del *North-South Ministerial Council*. Il terzo filone (est-ovest) riguardava le relazioni tra il Regno Unito e la Repubblica d'Irlanda, attraverso la creazione del *British-Irish Council* e del *British-Irish Intergovernmental Conference*. Già da questa sua impostazione è possibile notare la natura relazionale dell'Accordo, basato non solo su un nuovo assetto interno che regolasse i rapporti tra le comunità in Irlanda del Nord, ma anche su un sistema di relazioni intergovernative, sia all'interno dell'isola irlandese, sia tra Regno Unito e Repubblica d'Irlanda.

Sebbene siano molti gli aspetti dell'Accordo di Belfast che meritano di essere approfonditi, per lo scopo limitato di questo articolo è significativo concentrare l'attenzione su alcuni elementi. Il primo aspetto che vale la pena sottolineare è la rilevanza della *membership* europea sia per il Regno Unito sia per l'Irlanda nell'affrontare le tensioni in Irlanda del Nord. Non bisogna infatti dimenticare che il 1973, anno della firma dell'Accordo di Sunningdale, è stato anche l'anno che ha segnato l'ingresso di Regno Unito e Irlanda nella Comunità Economica Europea (CEE). Questo è un primo dato significativo, poiché il primo tentativo di risolvere il conflitto avvenne in un contesto in cui i governi che rappresentavano le due parti agivano come membri della stessa comunità sovranazionale, che forniva un quadro comune e un nuovo forum di discussione, negoziazione e mediazione[20]. D'altronde, Schiek descrive la stessa CEE come un «processo di pace basato sull'uguaglianza e sulla cooperazione dei suoi Stati Membri»[21], e osserva come, in questo nuovo contesto di cooperazione reciproca, il conflitto doveva (e poteva) essere superato. Secondo Schiek, infatti, all'epoca «l'ottimismo per l'efficacia del progetto di integrazione europea superava qualsiasi preoccupazione per il fatto che la CEE aveva appena acquisito due Stati Membri potenzialmente in guerra»[22]. Oltre a offrire un nuovo forum politico in cui disinnescare il

[18] Sul referendum sull'Accordo di Belfast, si veda per esempio G. Caravale, *Un Voto per la Pace? Il Referendum sul* Belfast Agreement *del 22 Maggio 1998*, in A. Torre, J. O. Frosini (a cura di), *Democrazia Rappresentativa e Referendum nel Regno Unito*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012, pp. 191-216.
[19] Sul modello consociativo adottato in Irlanda del Nord, si rimanda a J. Milligan, *Power-Sharing as a Means of Conflict Resolution: A Comparative Analysis of the Peace Processes in Northern Ireland and Cyprus*, in *IFF Paper Online*, n. 40, 2023, pp. 1-33; L. Bonifati, *Democrazie Consociative e Trattati di Pace: Un'Analisi Comparata tra Bosnia-Erzegovina, Irlanda del Nord e Macedonia del Nord*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019, pp. 2-20; J. McGarry, B. O'Leary, *The Northern Ireland Conflict: Consociational Engagements*, Oxford, Oxford University Press, 2004; B. O'Leary, *The Belfast Agreement and the British-Irish Agreement: Consociation, Confederal Institutions, a Federacy, and a Peace Process*, in A. Reynolds (ed.), *The Architecture of Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 293-357.
[20] Cfr. K. Hayward, *Defusing the Conflict in Northern Ireland*, in *EU Border Conflict Studies*, n. 2, 2004, pp. 2-31.
[21] D. Schiek, *Brexit on the Island of Ireland: Beyond Unique Circumstances*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 69, n. 3, 2018, p. 370.
[22] Ibidem.

conflitto, l'adesione al progetto europeo ha portato benefici dal punto di vista economico sia all'Irlanda che al Regno Unito, garantendo loro l'accesso a un mercato più ampio, ai fondi strutturali della CEE e ai fondi PEACE per la riconciliazione e la ricostruzione in Irlanda del Nord[23]. L'Unione Europea è diventata uno spazio comune, non solo dal punto di vista economico ma anche giuridico. Infatti, anche se l'Irlanda e il Regno Unito hanno un approccio dualista nei confronti del diritto internazionale, le corti di entrambi gli ordinamenti hanno recepito la dottrina dell'effetto diretto e della supremazia del diritto dell'UE sviluppata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e si sono impegnate in un ampio dialogo con quest'ultima. Questi elementi sovranazionali erano essenziali affinché i Trattati CEE diventassero giuridicamente vincolanti e una base affidabile per la cooperazione transfrontaliera[24]. Tuttavia, va notato che solo nel 1992, con l'adozione del *Community Customs Code*, è venuta meno la necessità di controlli al confine tra la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord, uno degli aspetti più delicati che animavano il conflitto. L'altro strumento per evitare i controlli frontalieri nell'UE (e quindi nell'isola irlandese) teoricamente sarebbe stato fornito dall'Accordo di Schengen, che però il Regno Unito decise di non ratificare; pertanto, l'Irlanda e il Regno Unito concordarono di adottare un accordo alternativo, ovvero la *Common Travel Area* all'interno dell'isola irlandese. In questo modo, i controlli alle frontiere diventarono superflui e potevano essere motivati solo da preoccupazioni relative alla sicurezza[25].

Il secondo aspetto rilevante è la natura costituzionale dell'Accordo di Belfast. Innanzitutto, l'Accordo, specialmente nel primo filone, affronta questioni costituzionali radicate nelle divisioni storiche tra unionisti e nazionalisti. Il primo *strand*, infatti, crea uno spazio politico comune, istituendo una «*democratically elected Assembly in Northern Ireland which is inclusive in its membership, capable of exercising executive and legislative authority, and subject to safeguards to protect the rights and interests of all sides of the community*»[26]. L'Assemblea è composta da 108 membri, eletti proporzionalmente con il sistema *Single Transferable Vote*, e le procedure previste dall'Accordo di Belfast prevedono una serie di clausole di salvaguardia «*to ensure that all sections of the community can participate and work together successfully in the operation of these institutions and that all sections of the community are protected*»[27]. Queste includono, per esempio, la distribuzione proporzionale delle cariche nelle commissioni e nei ministeri, così come l'istituzione di una *Equality Commission* per garantire parità di opportunità tra gruppi e l'impegno a rispettare (e a far rispettare) la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e ulteriori fonti di

[23] I *PEACE funds* dell'Unione Europea erano stati istituiti già qualche anno prima della firma dell'Accordo di Belfast, nel 1995. I primi due cicli di finanziamenti (1995-1999 e 2000-2006) sono stati finanziati dai fondi strutturali, mentre il terzo e quarto ciclo (2007-2013 e 2014-2020) sono stati finanziati dal Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (ERDF). Con il recesso del Regno Unito dall'Unione Europea nel 2020, il nuovo ciclo di finanziamenti per il periodo 2021-2027 (chiamati *PEACE PLUS funds*) è stato finanziato dal fondo di Cooperazione Territoriale Europeo all'interno dell'ERDF, a cui si aggiungono i co-finanziamenti da parte di Regno Unito e Irlanda.
[24] D. Schiek, *Brexit on the Island of Ireland*, cit., p. 372.
[25] D. Schiek, *Brexit on the Island of Ireland*, cit., p. 373.
[26] Accordo di Belfast, *Strand One*, 1.
[27] Accordo di Belfast, *Strand One*, 5.

lusione e di reciproca tutela delle comunità è costituito dai meccanismi di voto c.d. *cross-community*, propri della teoria consociativa[28]. Questi fanno sì che le decisioni e le leggi più significative siano approvate attraverso il c.d. *parallel consent*, cioè una maggioranza dei membri presenti e votanti che includa la maggioranza dei membri unionisti e dei membri nazionalisti presenti e votanti, oppure attraverso una maggioranza qualificata del 60% dei membri presenti e votanti che includa almeno il 40% dei membri unionisti e di quelli nazionalisti presenti e votanti. Il primo *strand* dell'Accordo prevede anche l'istituzione di un Esecutivo duale, guidato da un Primo Ministro e da un Vice-Primo Ministro, nominati tra i leader dei due principali partiti, e da dieci Ministri ripartiti proporzionalmente secondo il metodo d'Hondt[29]. Storicamente, ossia dall'istituzione dell'esecutivo nel 1998 fino al 2024, la carica di Primo Ministro ricadeva sul leader del principale partito unionista, mentre quella di Vice-Primo Ministro su quello del principale partito nazionalista. La particolarità dell'Esecutivo nordirlandese è costituita dal fatto che le due cariche sono solo nominalmente differenti ma sostanzialmente pari e reciprocamente vincolate. Infatti, il *Northern Ireland Act 1998*, che insieme al *Northern Ireland Assembly Act 1998* ha dato attuazione all'Accordo di Belfast nella legislazione britannica, prevede che ciascuno dei due membri dell'Esecutivo possa dimettersi in qualsiasi momento e, nel caso ciò accada, anche l'altro debba terminare il proprio mandato[30]. È importante sottolineare come questo particolare meccanismo sia stato spesso utilizzato a fini strategici da uno o l'altro membro dell'Esecutivo, creando una notevole instabilità politica in Irlanda del Nord. Infatti, analizzando la storia degli esecutivi nordirlandesi, dal 1998 al 2024, per circa la metà degli anni l'Irlanda del Nord si è trovata senza un Esecutivo nel pieno delle sue funzioni[31]. Ciò si è dimostrato particolarmente rilevante, come vedremo, durante il processo di negoziazione dell'accordo sul recesso del Regno Unito dall'UE, in quanto l'Esecutivo nordirlandese è stato disciolto nel 2017 per poi essere ristabilito solo nel 2020 con il *New Decade, New Approach*, un'intesa raggiunta dalle varie forze politiche con il sostegno di Londra e Dublino. Pertanto, nel pieno del processo negoziale, in assenza di un Esecutivo nordirlandese gli unici portavoce delle istanze di Belfast erano i deputati del DUP eletti a Westminster, i quali (sostenitori del *Leave*) reggevano la debole maggioranza parlamentare.

Un ulteriore aspetto dell'Accordo del Venerdì Santo che vale la pena sottolineare riguarda, come precedentemente accennato, i diversi risvolti di natura costituzionale che la firma dell'Accordo ha avuto tanto nell'ordinamento irlandese quanto in quello britannico[32]. Infatti, la Repubblica d'Irlanda ha dovuto modificare gli articoli 2 e 3 della propria Costituzione, relativi alle sue rivendicazioni sulle sei contee nordorientali e riconoscendo che qualsiasi cambiamento dello status costituzionale dell'isola dovrà avvenire esclusivamente

[28] Accordo di Belfast, *Strand One*, 5(d).
[29] Accordo di Belfast, *Strand One*, 14-25.
[30] Per tutti i dettagli sul funzionamento di questo meccanismo, si rimanda al *Northern Ireland Act 1998*, sezione 16B(1-3C) (così come sostituita nel 2007 dal *Northern Ireland (St. Andrews Agreement) Act 2007* e nel 2022 dal *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Act 2022*).
[31] Dal 1998, l'Irlanda del Nord si è trovata senza un Esecutivo dal 2002 al 2007 (con relativo ritorno del *direct rule* da parte di Londra), dal 2017 al 2020 e dal 2022 al 2024.
[32] Cfr. Annex A e B alle *Constitutional Issues* dell'Accordo di Belfast.

attraverso mezzi pacifici e con il consenso della maggioranza in entrambe le parti dell'isola[33]. Per il Parlamento di Westminster, invece, ciò ha comportato l'abrogazione della precedente legislazione relativa allo status costituzionale dell'Irlanda del Nord, in particolare della sezione 75 del *Government of Ireland Act1920*, con la promulgazione del *Northern Ireland Act 1998* e del *Northern Ireland Assembly Act 1998* al fine di stabilire gli aspetti istituzionali dell'Accordo di Belfast nella legislazione britannica[34]. Pertanto, insieme al *Northern Ireland Act 1998* e all'Accordo Britannico-Irlandese[35], l'Accordo di Belfast costituisce una fonte di quella che McCrudden e Halberstam definiscono la «Costituzione dell'Irlanda del Nord»[36], rafforzandone così la natura fondativa e la sua peculiare rilevanza. Nell'ordinamento britannico, l'adozione del *Northern Ireland Act 1998* si inseriva nel processo devolutivo in corso nel Regno Unito, imprimendo una direzione ulteriormente asimmetrica a un quadro già variegato[37]. Al di là delle particolari istituzioni di governo, in Irlanda del Nord le potestà legislative non si allineano alla bipartizione tra *reserved matters* e *devolved matters* già presente in Scozia e Galles, bensì seguono una suddivisione in tre macrocategorie. La prima è quella delle *transferred matters*, su cui la potestà legislativa è piena ed esclusiva del Parlamento nordirlandese, ma il cui elenco è stabilito da Westminster. La seconda è quella delle *reserved matters*, che spettano al Parlamento britannico con il possibile coinvolgimento di Stormont. Infine, le *excepted matters* sono quelle materie in cui vige la piena ed esclusiva competenza del Parlamento britannico.

Infine, l'ultimo elemento particolarmente significativo riguarda le modalità in cui l'Accordo di Belfast ha affrontato le questioni costituzionali al centro del conflitto. È infatti estremamente interessante notare come la tutela dei diritti sia stata considerata così cruciale da essere menzionata nelle *Constitutional Issues*, la sezione che precede il testo completo del-

[33] L'Annex B dell'Accordo di Belfast, in particolare, stabilisce che l'Art. 3 comma 1 della Costituzione irlandese sia modificato come segue: «*It is firm will of the Irish nation, in harmony and friendship, to unite all people who share the territory of the island of Ireland, in all the diversity of their identities and traditions, recognising that a united Ireland shall be brought about only by peaceful means with the consent of a majority of the people, democratically expressed, in both jurisdictions of the islands. […]*» (si veda anche C. McCrudden, *Northern Ireland, the Belfast Agreement, and the British Constitution*, in J. Jowell, D. Oliver (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 203).

[34] Cfr. C. McCrudden, *Northern Ireland,* cit., pp. 195-236.

[35] L'Accordo Britannico-Irlandese è un trattato internazionale allegato all'Accordo di Belfast, concluso tra il governo britannico e quello irlandese per riaffermare il reciproco impegno a sostenere l'Accordo di Belfast.

[36] C. McCrudden, D. Halberstam, *Miller and Northern Ireland: A Critical Constitutional Response*, in D. Clarry (ed.), *The UK Supreme Court Yearbook Volume 8: 2016-2017 Legal Year*, London, Appellate Press, 2018, p. 308.

[37] Sul processo devolutivo asimmetrico britannico, si rimanda a C. Martinelli, *Il Processo Devolutivo come Specchio delle Specificità Costituzionali del Regno Unito*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 4, 2018, pp. 393-410; C. Martinelli, *Territorial Asymmetries in the Comparative Landscape and the UK Devolution Process*, in *Gruppo di Pisa*, n. 2, 2020, pp. 505-524; J. McGarry, *Asymmetric Autonomy in the United Kingdom*, in M. Weller, K. Nobbs (eds.), *Asymmetric Autonomy and the Settlement of Ethnic Conflicts*, Philadelphia, University of Philadelphia Press, 2012, pp. 148-179; A. Torre, *Asimmetria Territoriale e Identitaria del Regno Unito nel Quadro Costituzionale della Brexit*, in F. Palermo, S. Parolari (a cura di), *Le Tendenze del Decentramento in Europa*, Napoli, Editoriali Scientifiche, 2022, pp. 45-99.

[38] Riecheggiando la stessa funzione dei preamboli costituzionali, si rimanda a J. O. Frosini, *Constitutional Preambles. At a Crossroads between Politics and Law*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012; a J. O. Frosini, *Constitutional Preambles: More than Just a Narration of History*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2017, n. 2, 2017, pp. 603-628.

a metà delle disposizioni relative allo status costituzionale, le parti concordarono sul fatto che il futuro dell'Irlanda del Nord dovesse essere lasciato nelle mani del popolo nordirlandese, riaffermando il principio del consenso e dell'autodeterminazione[39] e riconoscendo che «*the legitimacy of whatever choice is freely exercised by a majority of the people of Northern Ireland with regard to its status, whether they prefer to continue to support the Union with Great Britain or a sovereign united Ireland*»[40]. Nelle disposizioni successive, le parti affermano inoltre che, qualunque sia la scelta futura, «[...] *it will be a binding obligation on both Governments to introduce and support in their respective Parliaments legislation to give effect to that wish*»[41], stabilendo così che i governi dovranno accettare la volontà della maggioranza della popolazione dell'Irlanda del Nord. Le ultime due disposizioni, invece, riguardano il rispetto dei diritti fondamentali e i diritti di cittadinanza, affrontando chiaramente i fattori che hanno determinato la profonda frammentazione della società. In particolare, l'Accordo prevede un «*just and equal treatment for the identity, ethos, and aspirations of both communities*»[42] e la necessità di rispettare i diritti e le libertà fondamentali che sono stati violati per decenni, con l'obiettivo di fornire un terreno comune per una convivenza civile e pacifica. Inoltre, l'ultima disposizione relativa alla cittadinanza riconosceva il «*birthright of all the people of Northern Ireland to identify themselves and be accepted as Irish or British, or both, as they may so choose*»[43] e di conseguenza confermava che «*their right to hold both British and Irish citizenship is accepted by both Governments and would not be affected by any future change in the status of Northern Ireland*»[44].

4. L'impatto di Brexit: dal Backstop al Protocol on Ireland/Northern Ireland

In un contesto già molto complesso, in cui vigeva un delicato equilibrio politico, economico e sociale, la decisione del Regno Unito di recedere dall'Unione Europea[45] ha costituito un elemento di ulteriore difficoltà, oltre che fonte di profonde incertezze. Prima di passare all'analisi dell'impatto di Brexit sul territorio nordirlandese, va innanzitutto precisato che al referendum del 23 giugno 2016 la popolazione in Irlanda del Nord votò in maggioranza per il *Remain*, con il 56% dei consensi. Consapevoli dell'importanza della mutua appartenenza all'UE per continuare a dare piena implementazione all'Accordo di Belfast e per

[39] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(i)-(iii).
[40] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(i).
[41] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(iv).
[42] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(v).
[43] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(vi).
[44] Accordo di Belfast, *Constitutional Issues*, 1(vi).
[45] Per un'analisi del referendum sul recesso del Regno Unito dall'Unione Europea e delle relative implicazioni sull'ordinamento britannico, si rimanda a C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione Britannica. Come e Perché il Regno Unito è Uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023; C. Martinelli, *La Brexit come* «constitutional moment», in *Federalismi.it*, n. 10, 2022, pp. 2-33; C. Martinelli, *Le Ricadute di Brexit sugli Ordinamenti Territoriali del Regno Unito*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2, 2018, pp. 399-426; S. Douglas-Scott, *The Future of the United Kingdom After Brexit*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit: Volume II*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 235-253; D. Wincott, C. Murray, G. Davies, *The Anglo-British Imaginary and the Rebuilding of the UK's Territorial Constitution After Brexit – Unitary State or Union State?*, in *Territory, Politics, Governance*, vol. 10, n. 5, 2022, pp. 696-713; J. O. Frosini, *Dalla Sovranità del Parlamento alla Sovranità del Popolo. La Rivoluzione Costituzionale della Brexit*, Milano, Wolters Kluwer, 2020; G. Anthony, *Brexit and the Common Law Constitution*, in *European Public Policy*, vol. 24, n. 4, 2018, pp. 673-694; F. Fabbrini, *Brexit. Tra Diritto e Politica*, Bologna, Il Mulino, 2021.

godere dei relativi benefici in termini politici ed economici oltre che simbolici, i partiti nazionalisti si schierarono compattamente a favore del *Remain*, così come il tradizionale partito unionista Ulster Unionist Party e il partito trasversale Alliance Party of Northern Ireland. A favore del *Leave*, invece, si dichiararono il Democratic Unionist Party e il Traditional Unionist Voice, entrambi partiti unionisti, a cui si aggiunse il partito di sinistra neotrotzkista People Before Profit. Quando fu concluso l'Accordo di Belfast, l'appartenenza comune all'Unione Europea del Regno Unito e della Repubblica d'Irlanda era stata assunta come permanente e nessuno all'epoca poteva prevedere che uno dei due ordinamenti un giorno sarebbe giunto al recesso dall'UE. Brexit ha avuto un impatto drammatico su Belfast fin dai giorni successivi al referendum, alla luce del fatto che l'Irlanda del Nord sarebbe stata l'unica parte del Regno Unito a confinare con uno Stato Membro dell'UE e ciò normalmente avrebbe implicato l'istituzione di un nuovo confine rigido. Tuttavia, l'idea di ristabilire un tale confine, con controlli e posti di blocco, è stata immediatamente esclusa perché avrebbe potuto significare il riaccendersi delle tensioni del passato e un possibile ritorno della violenza in Irlanda del Nord. Inoltre, poiché l'Accordo del Venerdì Santo presupponeva l'appartenenza all'UE come permanente, un'altra preoccupazione riguardava il modo in cui mantenere lo spirito dell'Accordo, che derivava da una realtà di cooperazione all'interno di un'organizzazione sovranazionale volta a preservare una coesistenza pacifica. Rompendo il contesto condiviso fornito dall'appartenenza all'UE, Brexit ha avuto un effetto potenzialmente dirompente sul processo di pace, iniziato nel 1998 e tuttora in corso[46].

Analizzando più nello specifico il ruolo assunto dalla particolare posizione dell'Irlanda del Nord nel processo negoziale dell'accordo di recesso[47], è opportuno ricordare come la stessa invocazione dell'Art. 50 TUE da parte del Regno Unito fu più volte rimandata a causa di una serie di ricorsi che in sede giudiziaria contestavano la possibilità che il governo britannico potesse invocare l'Art. 50 TUE senza un precedente voto parlamentare e senza un

[46] Cfr. E. Connolly, J. Doyle, *Brexit and the Northern Ireland Peace Process*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit: Volume III*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 71-90.

[47] Per un'analisi approfondita, si rimanda a C. Murray, *Northern Ireland's Legal Order*, cit.; C. Murray, *Northern Ireland's Post-Brexit Governance Crisis: What to Do When the Post-1998 Centre Cannot Hold*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 75, 2024; S. De Mars, A. O'Donoghue, *Beyond Matryoshka Governance in the Twenty-First Century: The Curious Case of Northern Ireland*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 64-85; J. McMahon, *Northern Ireland and Brexit: Avoiding a Hard Border – EEA or a Special Protocol?*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, n. 21, 2017, pp. 1-15.

coinvolgimento delle assemblee devolute, ma avvalendosi delle proprie prerogative[48]. Il processo di negoziazione fu quindi avviato con non poche difficoltà e ben presto la questione dell'*Irish border*[49] si dimostrò essere una delle questioni più delicate e complesse su cui trovare un punto di contatto tra le necessità di Londra e di Bruxelles (oltre che di Dublino). L'allora Premier britannica Theresa May si trovò a dover gestire e conciliare un clima politico ancora in preda al caos generato dall'esito del referendum[50] e fu infine costretta ad abbandonare una iniziale (insostenibile) prospettiva secondo cui l'Irlanda del Nord si sarebbe dovuta allineare al resto del Regno Unito. Pertanto, la Premier si convinse a cercare una soluzione che rispondesse delle particolarità nordirlandesi, presentando caratteri giuridici necessariamente differenti dal resto della Gran Bretagna. Nella prima fase delle negoziazioni sull'accordo di recesso, si fecero strada diverse proposte per risolvere il nodo relativo al confine nell'isola irlandese, senza però riuscire a trovare il consenso delle parti. Infatti, l'iniziale proposta di far rientrare l'Irlanda del Nord nell'Unione Doganale con uno status differenziato rispetto al resto del Regno Unito così da creare una «*all-island economy*» incontrò le resistenze da un lato del DUP, da cui Theresa May dipendeva per mantenere la maggioranza in Parlamento, dall'altro di Scozia e Galles[51]. L'alternativa che vedeva la completa fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Doganale e dal Mercato Unico con l'istituzione di un'area di libero scambio tra Regno Unito e Unione Europea fu anch'essa respinta per la contrarietà di Dublino circa la creazione di un «confine tecnologico» tramite un sistema di telecamere. Infine, anche la prospettiva di una permanenza del Regno Unito sia nell'Unione Doganale sia nel Mercato Unico fu ritenuta inaccettabile dai sostenitori di Brexit a Westminster, soprattutto nel partito conservatore, e, come osserva Martinelli, tale soluzione sarebbe stata «in evidente contrasto con il significato del voto referendario»[52].

---

[48] Il riferimento è alla ormai celebre sentenza *Miller I* ([2017] UKSC 5), si vedano G. Anthony, *Sovereignty, Consent, and Constitution: The Northern Ireland References*, in M. Elliott, J. Williams, A. Young (eds.), *The UK Constitution After Miller: Brexit and Beyond*, London, Hart Publishing, 2018, pp. 181-201; C. Graziani, *La Difesa Giurisdizionale della Prerogativa Parlamentare nel Quadro del Diritto Costituzionale Britannico (a Proposito della Brexit)*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2017, pp. 161-200. Sulla successiva sentenza *Miller II* ([2019] UKSC 41), si vedano invece G. Caravale, *Il Miller 2/Cherry case: La Corte Suprema Britannica si Afferma come Custode dei* constitutional principles, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019, pp. 2-11; F. Rosa, Power to Parliament: *La Corte Suprema Dichiara Illegittima e Nulla la Lunga Sospensione del Parlamento*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, pp. 2165-2170; G. F. Ferrari, *Miller II: Il Sindacato Giurisdizionale sulle Dinamiche della Forma di Governo Prende Definitivamente Piede a Londra?*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, pp. 2171-2174; C. Martinelli, *Downing Street vs. Westminster. Anatomia di un Conflitto Costituzionale: Dalla Premiership Johnson alla Sentenza Cherry/Miller (No. 2) della UKSC*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6, 2019, pp. 5-30.

[49] Sull'*Irish border*, si rimanda a M. Komarova, K. Hayward, *The Irish Border*, in *Oxford Research Encyclopedia of International Studies*, Oxford, Oxford University Press, 2021; K. Hayward, *The Pivotal Position of the Irish Border in the UK's Withdrawal Agreement from the European Union*, in M. Boyle, R. Paddison, P. Shirlow (eds.), *Brexit Geographies*, London, Routledge, 2020, pp. 238-254; C. Harvey, *The Irish Border*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit: Volume II*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 148-168.

[50] Cfr. F. Rosa, *Il Parlamentarismo Britannico dopo Brexit*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, pp. 777-788; G. Baldini, E. Bressanelli, E. Massetti, *Back to the Westminster Model? The Brexit Process and the UK Political System*, in *International Political Science Review*, vol. 43, n. 3, 2021, pp. 329-344.

[51] Cfr. C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., p. 812.

[52] C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., p. 812.

Un primo compromesso politico sullo status dell'Irlanda del Nord fu raggiunto grazie al c.d. *Backstop*, comparso per la prima volta nel luglio del 2018 nel documento noto come *Chequers Plan*, elaborato da Downing Street. Il *Plan*, contestato da alcuni importanti membri del governo, introduceva un principio secondo cui Regno Unito e Unione Europea avrebbero dovuto continuare a negoziare una soluzione per l'Irlanda del Nord fino al termine del periodo di transizione per l'applicazione dell'accordo di recesso. Il *Backstop*[53] faceva riferimento a una clausola di salvaguardia, per cui se non si fosse trovata una soluzione migliore per l'Irlanda del Nord entro la fine della transizione, sarebbe entrato in vigore il testo del *Withdrawal Agreement*[54] che le parti stavano negoziando e che sarebbe poi stato completato nel mese di novembre. Il testo al tempo prevedeva, oltre l'esistenza di un *Single EU-UK customs territory*, la permanenza della sola Irlanda del Nord nell'Unione Doganale, andando quindi a delineare un trattamento differenziato rispetto al resto del Regno Unito, a cui si sarebbero applicate solo alcune specifiche norme del Mercato Unico. Inoltre, questa prospettiva avrebbe implicato necessariamente una serie di controlli nello scambio di beni tra Irlanda del Nord e Gran Bretagna. Quando il testo del *Withdrawal Agreement 2018* fu completato e sottoposto alla votazione del Parlamento britannico nel mese di dicembre, il governo andò incontro a una pesante sconfitta. Il governo guidato da May, infatti, aveva sottovalutato le dinamiche interne alla maggioranza parlamentare, che vide molti conservatori *brexiteers* votare con l'opposizione contro l'accordo di recesso negoziato dal governo. Nonostante i tentativi di modifica, le successive votazioni confermarono un esito nettamente negativo e Theresa May diede le proprie dimissioni nella primavera del 2019.

L'avvento di Boris Johnson alla guida del partito conservatore e del governo britannico fu una svolta politica con importanti conseguenze giuridiche. Infatti, Johnson dichiarò immediatamente di voler riaprire il tavolo dei negoziati per ridiscutere ciò che riguardava lo status dell'Irlanda del Nord. In particolare, il Premier britannico lavorò alacremente per creare un consenso politico che consentisse di superare il *Backstop*, coinvolgendo direttamente il *Taoiseach* irlandese Leo Varadkar. Il risultato delle nuove negoziazioni sarà il *Withdrawal Agreement 2019*, il quale costituirà infine l'accordo di recesso (non senza ulteriori vicende). Pur riprendendo molti degli aspetti già negoziati da May, per quanto riguarda l'Irlanda del Nord l'Accordo introduceva un importante punto di discontinuità, ossia il superamento definitivo del *Backstop* e l'introduzione del *Protocol on Ireland/Northern Ireland*[55]. Il Protocollo confermava l'idea che l'Irlanda del Nord dovesse avere un regime diverso dal resto del Regno Unito, un punto fermo inevitabile per non far mancare il supporto ai principi dell'Accordo di Belfast e rispettare le particolarità dell'Irlanda del Nord. Sul piano degli scambi commerciali, il territorio nordirlandese risultava assimilato al resto della

[53] Sul *Backstop*, si vedano J. McMahon, *Avoiding the Backstop Solution: Northern Ireland and the EU Post-Brexit*, in *UCD Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, n. 5, 2018, pp. 1-16; D. Phinnemore, K. Hayward, *Brexit and the Backstop*, in *UK in a Changing Europe*, 7 novembre 2018.

[54] Cfr. D. Schiek, *The Island of Ireland and Brexit: A Legal-Political Critique of the Draft Withdrawal Agreement*, in *Queen's University Belfast School of Law Research Papers*, n. 5, 2018, pp. 2-15.

[55] Per un approfondimento sul Protocollo, si rimanda a F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit: Volume IV*, Oxford, Oxford University Press, 2022; C. McCrudden (ed.), *The Law and Practice of the Ireland-Northern Ireland Protocol*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022; K. Hayward, M. Komarova, *The Protocol on Ireland/Northern Ireland: Past, Present, and Future Precariousness*, in *Global Policy*, vol. 13, n. 2, 2022, pp. 128-37.

Repubblica d'Irlanda, disegnando virtualmente una sorta di «confine nel mare» (nello specifico nel Canale d'Irlanda) attraverso cui far transitare le merci, per scongiurare l'ipotesi di un confine rigido all'interno dell'isola. Inoltre, il Regno Unito richiese l'inserimento di una clausola all'interno del Protocollo, che istituisse «il diritto della popolazione dell'Irlanda del Nord, attraverso i propri rappresentanti, a poter manifestare periodicamente il proprio consenso o dissenso rispetto al concreto funzionamento dell'accordo»[56]. Come già osservato da Martinelli, la clausola si allineava perfettamente all'impostazione e allo spirito dell'Accordo del Venerdì Santo fondato sul principio del consenso[57]. Secondo tale disposizione, l'Assemblea di Stormont avrebbe potuto esprimersi sull'Accordo a partire dal quarto anno dopo la fine del periodo transitorio; in caso di esito negativo, il Protocollo sarebbe rimasto in vigore per altri due anni, per poi essere rinegoziato. Inoltre, è bene notare che il Protocollo interveniva su un tema particolarmente sensibile, ossia la tutela dei diritti umani nell'era post-Brexit[58]. Infatti, una delle principali preoccupazioni riguardava il fatto che i diritti derivati dal quadro giuridico europeo (in particolare quelli derivati dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE) dopo Brexit non sarebbero più stati tutelati nel Regno Unito, e quindi nemmeno in Irlanda del Nord, diventando particolarmente preoccupante in settori come l'uguaglianza, il diritto antidiscriminatorio e i diritti di cittadinanza[59], dove il diritto dell'UE aveva fornito un fondamentale quadro giuridico comune. Il *Protocol*, all'Art. 2[60], prevede che il governo britannico si debba impegnare a tutelare i diritti e l'uguaglianza dei cittadini nordirlandesi così come erano garantiti dall'Accordo di Belfast. Questa disposizione fa sì che i cittadini in Irlanda del Nord continuerebbero a vedersi riconosciuti tutti quei diritti precedentemente tutelati dal diritto europeo (specialmente per quanto riguarda il diritto antidiscriminatorio) anche in caso il Regno Unito decidesse di apportare cambiamenti alla propria legislazione in materia di diritti umani[61].
Nonostante un processo parlamentare non privo di difficoltà, lo *European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* fu promulgato il 23 gennaio 2020[62]. Il compimento della Brexit il 31 gennaio 2020 non portò però alla fine delle difficoltà relative alla posizione dell'Irlanda del Nord. Infatti, negli ultimi mesi del 2020, nel corso delle negoziazioni di un *UK-EU*

[56] C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., p. 816.
[57] Ibidem.
[58] Cfr. C. McCrudden, *The Good Friday Agreement, Brexit, and Rights*, in *A Royal Irish Academy – British Academy Brexit Policy Discussion Paper*, 2016, pp. 3-14; C. Murray, A. Deb, *op. cit.*; C. Harvey, *Brexit, Human Rights and the Constitutional Future of these Islands*, in *European Human Rights Law Review*, 2018, pp. 10-12; B. Gormally, *Human Rights and the Ireland/Northern Ireland Protocol*, in *Brexit Institute Blog*, 21 luglio 2021.
[59] C. Harvey, *Brexit, Human Rights*, cit., p. 10.
[60] Cfr. C. Murray, A. Deb, *Article 2 of the Ireland/Northern Ireland Protocol: A New Frontier in Human Rights Law?*, in *European Human Rights Law Review*, n. 6, 2023, pp. 608-625.
[61] Sui tentativi di riforma dello *Human Rights Act 1998* da parte del governo britannico, si rimanda a E. Gabriele, *Il Bill of Rights Bill e gli altri Tentativi di Riforma dello Human Rights Act nell'Ordinamento Britannico*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6, 2022, pp. 132-156.
[62] Per un'analisi approfondita del *Withdrawal Agreement* e della relativa implementazione, si rimanda in particolare a D. Schiek, *Brexit and the Implementation of the Withdrawal Agreement*, in F. Fabbrini (ed.), *The Law and Politics of Brexit. Volume III*, Oxford, Oxford University Press, 2021, pp. 49-70. Sul ruolo della Corte Suprema del Regno Unito nel primo biennio dopo l'approvazione dell'*Agreement* si veda A. Torre, P. Martino, *La Giurisprudenza Della Corte Suprema Del Regno Unito Nel Biennio 2020-2021*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 5, 2021, pp. 2339-2377.

Trade and Cooperation Agreement, Johnson sottopose al Parlamento britannico l'*Internal Market Bill*, il quale conteneva una clausola che di fatto cancellava quanto previsto nel *Protocol*. Il governo di Londra utilizzò l'Art. 16 del Protocollo come pretesto giuridico, in quanto esso consentiva alle parti di sospendere alcune delle norme contenute nel Protocollo qualora le ritenessero «in grado di determinare importanti difficoltà di ordine economico, sociale o ambientale»[63]. Un'operazione simile fu replicata dal Premier nel giugno del 2022 quando presentò il *Northern Ireland Protocol Bill 2022-23*, il quale avrebbe consentito al governo la disapplicazione unilaterale di alcune parti del Protocollo, qualora lo ritenesse necessario. Ciò avrebbe bloccato quindi gli effetti diretti del Protocollo sull'ordinamento britannico, primo fra tutti la natura *enforceable* in sede giudiziaria. Per quanto questi due tentativi si dimostrarono entrambi fallimentari, essi contribuiscono a consolidare l'idea che Johnson avesse sfruttato il *Protocol* come via d'uscita più efficace per raggiungere il Brexit Day, per poi cercare di boicottarlo[64].

5. L'instabilità politica di Stormont e il *Windsor Framework*

L'Irlanda del Nord tornava dunque al centro del dibattito politico, in una fase segnata da una profonda instabilità politica anche a Stormont. Il DUP, infatti, non aveva mai accettato il compromesso raggiunto con il Protocollo, ritenendo politicamente inaccettabile qualsiasi trattamento giuridico che avvicinasse l'Irlanda del Nord più a Dublino che a Londra. L'entrata in vigore del Protocollo e le concrete difficoltà applicative riscontrate dai cittadini nella vita quotidiana resero l'avversione del DUP ancora maggiore, al punto di aprire una nuova crisi politica nell'Esecutivo nel febbraio 2022, a circa due anni dalla crisi precedente che, come già ricordato, aveva lasciato l'Irlanda del Nord senza Esecutivo dal 2017 al 2020. Il maggio successivo si tennero inevitabilmente nuove elezioni e per la prima volta nella storia politica nordirlandese dal voto emerse una maggioranza cattolica-nazionalista, con Sinn Féin come primo partito[65]. Le trattative per la formazione di un nuovo Esecutivo si rivelarono subito complesse, nonostante Westminster avesse approvato il *Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concerns) Act 2022*, il quale allungava i tempi entro cui i partiti nordirlandesi potevano raggiungere un compromesso per costituire l'Esecutivo. Infatti, inizialmente il tempo previsto era di 14 giorni, mentre il disegno di legge prolungava tale periodo a quattro cicli da sei settimane ciascuno, che si sarebbero rinnovati automaticamente in caso le forze politiche non avessero trovato alcun accordo. Eppure, le condizioni politiche erano talmente compromesse che le parti non riuscirono a raggiungere alcun accordo e il Secretary of State for Northern Ireland fu costretto a sottoporre al Parlamento britannico una nuova proposta che prolungasse ulteriormente i tempi di formazione dell'Esecutivo. Le conseguenze di Brexit sull'Irlanda del Nord hanno avuto pert-

[63] C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., p. 819.
[64] C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., p. 820.
[65] Per un'analisi del voto, si rimanda a J. Doyle, *A Historic Northern Ireland Election*, in *Brexit Institute Blog*, 9 maggio 2022. Inoltre, di particolare interesse sono le osservazioni di Connolly e Doyle sulle dinamiche elettorali che hanno portato alla perdita di voti da parte del DUP a favore dell'Alliance Party (scelto dagli elettori più moderati) e del Traditional Unionist Voice (scelto dagli elettori più conservatori) (cfr. E. Connolly, J. Doyle, *Brexit and the Northern Ireland Peace Process*, cit., pp. 81-82).

anto un effetto profondo sulla vita politica dell'Irlanda del Nord, creando una spaccatura che si era a lungo cercato di ricomporre.

L'arrivo di un nuovo Primo Ministro a Downing Street, Rishi Sunak, ha contribuito a superare lo stallo, intervenendo sulle criticità emerse dall'applicazione concreta del Protocollo, in termini di burocratizzazione e difficoltà nel commercio. Una volta stabilita anche in sede giudiziaria la legittimità del *Protocol*[66], le nuove trattative tra Londra e Bruxelles hanno portato al raggiungimento del c.d. *Windsor Framework* il 27 febbraio 2023[67]. Nonostante si tratti di una rivisitazione degli accordi del 2019, alcuni capisaldi sono rimasti invariati al fine di soddisfare le inevitabili specificità del contesto nordirlandese, come il confine virtuale nel mare (e non nell'isola irlandese) e l'appartenenza dell'Irlanda del Nord a due *single markets* (europeo e britannico). Ciò su cui il *Framework* interviene riguarda principalmente la libera circolazione di alcune merci, la sburocratizzazione degli adempimenti necessari per il commercio e la facilitazione delle procedure doganali. In tal senso, la principale innovazione introdotta dal *Framework* è l'istituzione di due regimi doganali distinti in base alla destinazione dei beni. Da un lato, la *Green Lane* fu delineata come canale privilegiato per le merci prodotte nel Regno Unito e destinate all'Irlanda del Nord, riguardanti i beni di largo consumo e utilizzo e l'accesso ai medicinali, che in questo modo non vengono sottoposti a controlli aggiuntivi ma sono sottoposti agli standard di sicurezza in vigore nel resto del Regno Unito. Dall'altro lato, invece, la *Red Lane* definiva il regime doganale per le merci destinate alla Repubblica d'Irlanda (e quindi al *single market* europeo) e pertanto soggette a procedure doganali e controlli sanitari previsti dall'Unione Europea. Il *Framework* però non interviene solo su un piano prettamente economico ma anche istituzionale, con l'introduzione del c.d. *Stormont Brake*[68]. Questo nuovo meccanismo procedurale, infatti, consente ai membri dell'Assemblea nordirlandese di intervenire in caso di eventuali danni al loro territorio. Attraverso lo *Stormont Brake*, si conferisce ai parlamentari di Stormont la capacità di bloccare l'applicazione di eventuali cambiamenti decisi dalle istituzioni europee e riguardanti il *Framework*, qualora li ritenessero svantaggiosi per la vita quotidiana dei cittadini nordirlandesi. Ricalcando la procedura della *Petition of Concern* introdotta dall'Accordo di Belfast[69], se almeno 30 membri dell'Assemblea nordirlandese, appartenenti a due

[66] Il riferimento è all'importante sentenza della Corte Suprema del Regno Unito dell'8 febbraio 2023 ([2023] UKSC 5) in cui la Corte respinge all'unanimità le richieste dei ricorrenti, i quali sostenevano l'illegittimità del Protocollo (cfr. C. Martinelli, *Le Conseguenze della Brexit*, cit., pp. 822-824).

[67] È interessante notare che il raggiungimento del *Windsor Framework* è stato possibile anche grazie alla struttura di *governance* prevista dal *Withdrawal Agreement*. Infatti, l'art. 164 istituisce la c.d. *Joint Committee*, un organo responsabile dell'implementazione dell'accordo di recesso, mentre l'art. 165 prevede la creazione di una Commissione specifica per l'implementazione del Protocollo (cfr. C. Murray, N. Robb, *From the Protocol to the Windsor Framework*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 74, n. 2, 2023, pp. 395-415; D. Schiek, *Brexit and the Implementation of the Withdrawal Agreement*, cit., pp. 50-55).

[68] Sulla reale efficacia dello *Stormont Brake*, si vedano le posizioni critiche espresse da Green e Peers (cfr. D. A. Green, *Is the "Stormont Brake" an Instrument or an Ornament? And does it Matter?*, in *The Law and Policy Blog*, 28 febbraio 2023; S. Peers, *Just Say No? The New "Stormont Brake" in the Windsor Framework*, *EU Law Analysis*, 5 marzo 2023).

[69] La *Petition of Concern* introduce in Irlanda del Nord il diritto di veto, istituto tipico dei sistemi consociativi presente in ordinamenti quali il Belgio e la Bosnia ed Erzegovina (cfr. A. McCulloch, *The Use and Abuse of Veto Rights in Power-Sharing Systems: Northern Ireland's Petition of Concern in Comparative Perspective*, in *Government and Opposition*, vol. 53, n. 4, 2018, pp. 735-756).

o più partiti (secondo la logica *cross-community*), chiedono l'attivazione dello *Stormont Brake*, si aprirà automaticamente una fase istruttoria per valutare la portata dei cambiamenti introdotti dalla normativa europea e del relativo impatto sull'Irlanda del Nord. Al termine di questa fase, Stormont sarà chiamato a votare secondo le già menzionate procedure *cross-community*, al fine di garantire un supporto ampio e trasversale. In tal caso, il *Framework* prevede che il Regno Unito possa porre il veto circa l'applicazione di tale normativa al territorio nordirlandese. Una volta risolto il nodo sul *Protocol* e dopo due anni di strenuo ostruzionismo da parte del DUP, nel gennaio del 2024 le forze politiche nordirlandesi sono riuscite a trovare un accordo sulla formazione di un nuovo Esecutivo, che per la prima volta vede una Prima Ministra nazionalista, Michelle O'Neill (leader di Sinn Féin), e una Vice-Prima Ministra unionista, Emma Little-Pengelly (esponente del DUP).

6. Riflessioni conclusive

Come abbiamo visto, l'esperienza di Brexit ha avuto un impatto profondo sulle dinamiche politiche interne dell'Irlanda del Nord e sul proprio futuro. In particolare, l'esito del referendum del 2016 che ha visto la maggioranza della popolazione nordirlandese favorevole alla permanenza nell'UE, la peculiare posizione dell'Irlanda del Nord che emerge dall'accordo di recesso, il quale attraverso il confine nel mare delinea una sorta di «dimensione irlandese», e soprattutto la maggioranza nazionalista ottenuta alle ultime elezioni[70] con la conseguente nomina di O'Neill a Prima Ministra hanno riacceso il dibattito circa una possibile riunificazione dell'isola irlandese[71]. Data la complessità dell'intricata questione nordirlandese, è tutt'altro che facile trarre delle conclusioni che siano in grado di delineare con certezza il futuro di Belfast. Eppure, è possibile avanzare alcune annotazioni conclusive che permettono di riflettere su alcuni aspetti significativi.

Innanzitutto, è necessario interrogarsi su come una riunificazione dell'isola potrebbe avvenire. Dalla prospettiva del diritto costituzionale britannico, a differenza del caso scozzese, in cui un referendum sull'indipendenza dal Regno Unito si fonda sull'accordo tra i governi di Londra e Edimburgo circa il percorso normativo da seguire in assenza di un quadro giuridico definito, la riunificazione dell'isola irlandese è esplicitamente contemplata dal *Northern Ireland Act 1998*. In particolare, la possibilità di un referendum sulla riunificazione

[70] Si segnalano in particolare le analisi di alcuni commentatori sulla distribuzione demografica del voto e sulle relative prospettive di riunificazione dell'isola irlandese (si veda O. Doyle, *The Irish Unification Debate After the Northern Ireland Assembly Elections*, in *Brexit Institute Blog*, 19 maggio 2022).

[71] Per una discussione approfondita sulla riunificazione irlandese, si rimanda a M. Basset, C. Harvey, *Making the Case for Irish Unity in the EU*, Brussels, European Parliament, 2022; O. Doyle (ed.), *Constitutional Dimensions of Irish Unifications*, in *IACL-AIDC Blog Symposium*, 2020; O. Doyle, D. Kenny, C. McCrudden, *The Constitutional Politics of a United Ireland*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 129-152; C. Harvey, *Let «the People» Decide: Reflections on Constitutional Change and «Concurrent Consent»*, in *Irish Studies in International Affairs*, vol. 32, n. 2, 2021, pp. 382-405; K. Hayward, M. Komarova, *Has Brexit Changed the Irish Border Question?*, in D. Bell, L. O'Dowd (eds.), *Northern Ireland Beyond 100*, Cork, Cork University Press, 2024; C. Murray, A. O'Donoghue, *Unity in Diversity? Constitutional Identities, Deliberative Processes and a «Border Poll» in Ireland*, in *King's Law Journal*, vol. 34, n. 2, 2023, pp. 340-368; B. O'Leary, *Making Sense of a United Ireland*, Dublin, Sandycove, 2022; J. Rooney, *The Minority Rights Implications of Irish Unification*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 153-172.

(*border poll*) è prevista già dal paragrafo 1 della sezione 1 sullo status dell'Irlanda del Nord, in cui si dichiara che «*Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section in accordance with Schedule 1*»[72]. Ulteriori dettagli circa la procedura sono forniti dal paragrafo successivo, in cui si legge che «*if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*»[73]. Eppure, appare evidente come tali riferimenti generino notevoli difficoltà interpretative, in particolare circa le modalità di attivazione del referendum e la discrezionalità del Secretary of State for Northern Ireland. Infatti, lo Schedule 1 del *Northern Ireland Act 1998* prevede che «*the Secretary of State shall exercise the power under paragraph 1 if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland*»[74]. Tuttavia, non è specificato su quali parametri si debba misurare la probabilità che la maggioranza dei cittadini si esprima a favore della riunificazione. A tal proposito, Whysall ha avanzato alcune ipotesi che possano fornire dei validi indicatori per chiamare un *border poll*, come le preferenze espresse in sondaggi di opinione, una maggioranza cattolica in termini demografici sancita da un censimento, una maggioranza nazionalista nell'Assemblea legislativa, oppure ancora un voto nell'Assemblea che richieda un referendum[75]. Come già osservato da Martinelli, tutte queste ipotesi lasciano «ampio margine di discrezionalità politica al governo britannico»[76]. Inoltre, simili incognite si pongono anche dall'altro lato dell'isola, in quanto nel quadro costituzionale irlandese non è specificato quale tipologia referendaria andrebbe applicata in caso di referendum per la riunificazione[77]. Pertanto, dal punto di vista giuridico, emerge come la possibilità di una riunificazione richiederà inevitabilmente un ulteriore sforzo interpretativo per evitare ambiguità e tutelare la volontà dei cittadini nordirlandesi di esprimersi sul futuro dell'Irlanda del Nord.

Un altro punto che vale la pena sottolineare riguarda importanti osservazioni di carattere politico e soprattutto demografico, affatto secondarie per il futuro dell'isola. Infatti, Connolly e Doyle rilevano come in Irlanda del Nord il numero di cittadini che si identifica come irlandese sia aumentato in modo costante nel tempo, ma è interessante notare come, fino al 2016, ciò non si sia tradotto in maggiori richieste di riunificazione dell'isola[78]. Infatti, in molti cittadini di identità irlandese accettavano pacificamente di lasciar evolvere la questione relativa allo status costituzionale dell'Irlanda del Nord in modo naturale all'int-

[72] Northern Ireland Act 1998 – Section 1 "Status of Northern Ireland", paragraph 1.
[73] Northern Ireland Act 1998 – Section 1 "Status of Northern Ireland", paragraph 2.
[74] Northern Ireland Act 1998 – Schedule 1 "Polls for the Purpose of Section 1", paragraph 2.
[75] A. Whysall, *A Northern Ireland Border Poll*, London, The Constitution Unit UCL, 2019, pp. 6-7.
[76] C. Martinelli, *Bilanci Costituzionali e Prospettive Referendarie alla Luce di Brexit. Lezioni dalla Prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, p. 774.
[77] Per una prospettiva irlandese sulla riunificazione dell'isola, si rimanda a O. Doyle, *Processes for Irish Unification: Perspectives from Irish Constitutional Law*, in *IACL-AIDC Blog*, 20 febbraio 2020.
[78] E. Connolly, J. Doyle, *Brexit and the Northern Ireland Peace Process*, cit., p. 85.

erno del quadro fornito dall'Accordo del Venerdì Santo[79]. Il referendum del 2016, invece, ha generato un drastico cambiamento nelle opinioni sulla riunificazione. Da un lato, una schiacciante maggioranza di nazionalisti irlandesi ha iniziato a manifestare la propria volontà di votare a un *border poll* in un arco temporale di cinque o dieci anni e un'ampia maggioranza sarebbe disposta a votare a favore della riunificazione se il referendum si tenesse ora. Dall'altro lato, anche il gruppo più moderato che si trova al centro tra i due poli (unionista e nazionalista) ha cambiato le proprie posizioni ed è passato dall'essere contrario al *border poll* a essere favorevole a un referendum tra cinque anni. In generale, Connolly e Doyle osservano come anche i moderati ora siano molto più a favore della riunificazione che contro[80] e questi dati dovranno essere tenuti in considerazione in futuro per dare attuazione al principio del *consent* alla base dell'Accordo del 1998. Sicuramente, è fondamentale ricordare che Brexit e le successive evoluzioni politiche che hanno portato Sinn Féin alla maggioranza abbiano riacceso un dibattito che non riguarda solo la dimensione giuridica e politica, ma anche (e soprattutto) la società civile.

Infine, è utile richiamare alcune esperienze nel diritto comparato che sono state invocate come possibili esempi di riunificazione, tenendo conto in particolare dell'impatto che la ridefinizione dei confini avrebbe sull'applicazione del diritto europeo. Infatti, sia O'Leary[81] che Skoutaris[82] fanno riferimento alla riunificazione della Germania come precedente di successo, in cui l'applicazione dell'*acquis* fu estesa alla Germania Est secondo l'accordo raggiunto dal Consiglio Europeo di Dublino del 1990, anche se a differenza del caso nordirlandese, nella Germania Est l'*acquis* non era mai stato applicato prima della riunificazione. Un altro esempio, anche se non di successo ma quantomeno di regolamentazione di una possibile riunificazione di uno Stato Membro nello spazio giuridico europeo, è costituito da Cipro. Infatti, l'Art. 4 del Protocollo n. 10 su Cipro dell'*Act of Accession 2003* prevede una procedura semplificata che permette all'UE di adattarsi ai termini dell'accordo di riunificazione. Per quanto siano casi e contesti in parte differenti dall'Irlanda del Nord, Skoutaris osserva come entrambi dimostrino che l'ordinamento europeo sia abbastanza flessibile da adattarsi agli inevitabili attriti che una riunificazione potrebbe creare[83].

Ciò che è auspicabile, al di là delle forme e procedure che determineranno il futuro dell'Irlanda del Nord, è che l'intero processo sia guidato dallo stesso spirito che ha portato alla conclusione dell'Accordo di Belfast, con un ampio coinvolgimento dei governi di Regno Unito, Irlanda e Irlanda del Nord, così come di tutte le parti politiche interessate e della società civile, a prescindere dalla loro rilevanza istituzionale. A tale scopo, uno spazio di discussione potrebbe essere costituito dalle strutture di relazioni intergovernative previste dal *Good Friday Agreement*, sfruttando la natura intrinsecamente «relazionale» del *North-South Ministerial Council*, del *British-Irish Council* e del *British-Irish Intergovernmental Conference*. In

[79] G. Gordon, "*Catholic majority now possible" in NI by 2021*, in *BBC News*, 19 aprile 2018.
[80] E. Connolly, J. Doyle, *Brexit and the Northern Ireland Peace Process*, cit., p. 85.
[81] Cfr. B. O'Leary, *Making Sense of a United Ireland*, cit., pp. 41-64.
[82] Cfr. N. Skoutaris, *Accommodating Secession Within the EU Constitutional Order of States*, in *Virginia Journal of International Law*, vol. 64, n. 2, 2024, pp. 328-331.
[83] N. Skoutaris, *op. cit.*, p. 330.

a delle conseguenze che un cambiamento dello status costituzionale dell'Irlanda del Nord potrebbe avere sul futuro del popolo nordirlandese, con l'obiettivo di tutelare il pluralismo politico e identitario e preservare una pace così faticosamente raggiunta.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-571

costituzionalismo britannico e irlandese

Teoria e storia costituzionale

Costruire l'interesse della «Nazione» in Parlamento. Edmund Burke e il libero mandato parlamentare

Franco Sicuro
Dottore di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Costruire l'interesse della «Nazione» in Parlamento. Edmund Burke e il libero mandato parlamentare**

di Franco Sicuro*

Abstract (Ita): Il contributo intende ragionare intorno alla concezione burkeana della rappresentazione degli interessi della «Nazione» in Parlamento, elaborata nel contesto storico-politico dell'Inghilterra di Giorgio III Hannover. Per questa via, il lavoro propone un confronto tra la concezione burkeana della rappresentanza nazionale senza vincolo di mandato e la – di poco successiva – concezione francese della rappresentanza della «nazione», per interrogare, infine, l'(in-)attualità della riflessione burkeana sul divieto di mandato imperativo.

Abstract (Eng): The paper aims to investigate the Burkean conception of the representation of the «Nation» in Parliament within the historical-political context of England by George III Hannover. In this way, the work compares the Burkean conception of freedom of parliamentary mandate and the French conception of the representation of the «nation». Finally, the work reflects on the (in-)topicality of Burkean reflection on the freedom of parliamentary mandate.

Parole chiave: Edmund Burke; libertà del mandato parlamentare; rappresentanza politica

Keywords: Edmund Burke; freedom of parliamentary mandate; political representation

1. Edmund Burke e la libertà del mandato parlamentare nell'Inghilterra di Giorgio III

«Formulare un'opinione è diritto di ogni uomo. Quella degli elettori ha il suo peso, è degna di rispetto e un rappresentante deve sempre rallegrarsi di ascoltarla e tenerla nella massima considerazione. Tuttavia, istruzioni con carattere obbligatorio, mandati cui il membro del Parlamento sia tenuto ciecamente e implicitamente ad obbedire, a votare e a sostenere, anche se contrari alla limpida convinzione del suo giudizio e della sua coscienza, queste sono cose affatto sconosciute alle leggi di questa terra, e che nascono da un fraintendimento fondamentale di tutto lo spirito e il tenore della nostra costituzione»[1].

È con queste celebri argomentazioni che Edmund Burke, pensatore complesso e uomo politico vissuto nell'età di Giorgio III Hannover (1760-1820)[2], veniva tratteggiando il contenuto fondamentale di quel principio del libero mandato parlamentare che, sul piano

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Dottore di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] * Dottore di ricerca in Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bari. E. Burke, *Speech to the Electors of Bristol (1774)*, brano riportato – con il titolo «No al mandato imperativo» – in D. Fisichella (a cura di), *La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 66.

[2] Sull'inestricabile connessione tra le riflessioni burkeane e le vicende politico-istituzionali che connotarono il regno di Giorgio III Hannover si veda A. Torre, *Edmund Burke nell'Inghilterra di Giorgio III: politica, costituzione e forma di governo*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 29/I semestre 2015 – *Il pensiero di Edmund Burke. Costituzionalismo ereditato e costituzioni rivoluzionarie*, Macerata, Edizioni Università Macerata, 2015, pp. 13-45. Come sottolinea l'A., durante il sessantennio di Giorgio III Hannover, «il pensiero di Burke si espresse molto chiaramente a favore della necessità costituzionale di limitare il monarchismo e di restituire dignità all'istituzione parlamentare» (p. 15).

giuridico-formale, costituisce, ancora oggi[3], l'architrave della «situazione»[4] rappresentativa di cui sono titolari gli eletti nelle Assemblee legislative[5].

«Il Parlamento», infatti, proseguiva Burke rivolgendosi agli elettori di Bristol in occasione della dichiarazione ufficiale della sua elezione nel 1774, «non è un congresso di ambasciatori di interessi diversi ed ostili, che ciascuno deve sostenere come agente o avvocato contro altri agenti o avvocati». Il Parlamento è «un'assemblea deliberativa di una nazione, con un solo interesse, quello della comunità, ove non debbono essere gli scopi o i pregiudizi locali a guidare le decisioni, ma il bene comune che nasce dalla ragione generale». Se è vero, infatti, che gli elettori scelgono «un rappresentante», questi, una volta eletto, diviene «un membro del Parlamento»[6], chiamato a contemperare le istanze «di una ricca città commerciale» (com'era Bristol) con gli interessi «vari, multiformi e intricati» di «una ricca nazione commerciale», la quale è a sua volta «parte di un grande impero» che si estende «fino ai più lontani confini orientali e occidentali»[7].

[3] Come ha evidenziato C. Martinelli, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2018, pp. 3-4, «tutte le Costituzioni contemporanee hanno conservato» il principio del libero mandato parlamentare «proprio perché coessenziale alle dinamiche costituzionali e perché la sua negazione comporterebbe il ritorno a forme di rappresentanza premoderna di matrice feudale» (p. 3).

[4] Sulla distinzione concettuale tra «rapporto» e «situazione» rappresentativa non può che rinviarsi a D. Nocilla – L. Ciaurro, *Rappresentanza politica*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Varese, Giuffrè, 1967, spec. pp. 556-567, i quali hanno fatto notare che «tutte le tesi, per le quali la rappresentanza si definisce come mera situazione di potere del rappresentante, spostano verso quest'ultimo la sovranità, nel senso di attribuirgliene l'esercizio in modo completo e definitivo, restandone tutt'al più al rappresentato l'astratta titolarità, e sono perciò incompatibili con il principio della sovranità popolare, proprio perché la volontà popolare ipotetica e l'interesse pubblico, che quest'ultima persegue, altro non sarebbero rispettivamente che la volontà dello stesso rappresentante e l'interesse pubblico così come da quest'ultimo interpretato» (p. 560). Al contrario, per le teorie che postulano la preminenza del «rapporto» sulla «situazione» rappresentativa, «rappresentanza politica ed elezione popolare si legano inscindibilmente: un organo è rappresentativo perché è elettivo e perché, in quanto tale, deve interpretare, esprimere ed attuare le tendenze spirituali e la volontà reale del popolo. (…)», di modo che «il nodo centrale della teoria della rappresentanza è costituito dalla relazione tra elettore ed eletto» (p. 565).

[5] Per quanto, nella realtà parlamentare contemporanea, le Assemblee legislative non possano che funzionare in base ai gruppi, non già ai singoli eletti "liberi" rappresentanti della «Nazione» senza vincoli di mandato. Di talché, come ha evidenziato A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, Cacucci, 2019, p. 292, ragionando intorno alla necessità costituzionale di ricondurre ad unità il rapporto tra partiti politici e gruppi parlamentari, il riconoscimento della rilevanza giuridica di tale rapporto, tale da scongiurare la formazione di gruppi puramente parlamentari in corso di Legislatura, potrebbe rinvenire nel divieto di mandato imperativo il proprio «limite costituzionale "ultimo"», dato dall'esclusione – *de iure condito* – di ipotesi di decadenza automatica o di revoca dalla carica per quei parlamentari che intendano rappresentare la «Nazione» in modo divergente dalle direttive impartite dalla forza politica grazie al cui sostegno hanno conseguito il seggio. Il divieto di mandato imperativo, dunque, non fungerebbe da astratta garanzia della pressoché totale irresponsabilità degli eletti, ma fungerebbe da usbergo costituzionale della loro libertà a fronte di (pur fisiologiche) direttive di partito.

[6] E. Burke, *op. cit.*, p. 66.

[7] E. Burke, *op. ult. cit.*, p. 67. «Tutti questi interessi così vasti», specifica il pensatore *dublinese*, «vanno messi in conto, confrontati, se possibile conciliati».

Nella loro veste di «parlamentari di un libero paese», all'interno di «una grande e antica monarchia»[8], i rappresentanti della «nazione» devono dunque «sacrificare il proprio riposo, i propri piaceri e le proprie soddisfazioni» alle «opinioni» e ai «desideri» dei loro elettori. Ma non la propria «opinione imparziale», il loro «maturo giudizio», espressione di «illuminata coscienza». Queste, infatti, sono qualità che non derivano dal «gradimento» elettorale, «e neppure dalla legge o dalla costituzione. Esse sono un dono affidatogli dalla Provvidenza», del cui «abuso» ciascun membro del Parlamento «è gravemente responsabile»[9].

Senza dubbio, le argomentazioni di Burke devono essere collocate in un contesto storico-politico in cui il consolidamento delle prerogative del Parlamento veniva minacciato dalla riacquisita intraprendenza politica della monarchia guidata da Giorgio III Hannover e dal tentativo, «per lo più di effimera durata»[10], di consolidare la *premiership* germinata con il *whig* Robert Walpole. A ciò si aggiunga il non certo rasserenante – dalla prospettiva di Burke – scenario internazionale, in cui oltre a quella *American War*[11] che aveva suscitato l'interesse e la non celata benevolenza del politico di Dublino, con il risultato però di rinfocolare le critiche rivoltegli dalla *constituency* di Bristol minacciata dalla crisi americana[12], si affacciava la Rivoluzione francese, la cui ideologia e i cui metodi d'azione suscitarono le caustiche *Reflections* del 1790[13] e un'irrimediabile frattura tra il *whiggismo* conservatore e quello "progressista" guidato da Fox.

Ciò premesso, provare a (ri)leggere il Burke teorico del libero mandato parlamentare non è affatto semplice. Non solo perché elevato è il rischio di indossare le lenti della contemporaneità per indagare una realtà che, pur nella sua complessità, è alquanto distante dalle attuali condizioni storico-materiali di progressiva erosione della centralità dei Parlamenti a favore di quella funzione «governativa» capace di meglio garantire la stabilità dei poteri

[8] E. Burke, *op. ult. cit.*, pp. 67-68. In quanto «parlamentari di una grande e antica monarchia», spiegava ai propri elettori Burke, «dobbiamo tutelare religiosamente i veri diritti legali del sovrano, i quali costituiscono la chiave di volta che tiene unito il nobile e saldo arco del nostro impero e della nostra costituzione. Una costituzione fondata su un equilibrio di poteri è sempre qualcosa di assai delicato.»

[9] E. Burke, *op. ult. cit.*, p. 66. Cosicché, argomentava ancora Burke, «il vostro rappresentante vi deve non solo la sua opera, ma anche il suo giudizio: e vi tradisce, invece di servirvi, se lo sacrifica alla vostra opinione».

[10] A. Torre, *op. cit.*, p. 14.

[11] A tal proposito, U. Bruschi, *"A business somewhat delicate": Edmund Burke e la questione americana dall'abrogazione dello Stamp Act all'indipendenza*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, *cit.*, p. 105, ha sottolineato che il Burke «vicino ai rivoluzionari americani» non parlerà mai – «ed è indicativo» – di *American Revolution*, ma «sempre» di *American War*.

[12] Certamente, quello di Bristol non era un *pocket borough* come quelli di Wendover e di Malton, da cui un Burke già in rotta con i *New Whigs* avrebbe ottenuto il seggio dopo il 1780.

[13] E. Burke, *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia e sulle relative deliberazioni di alcune società di Londra in una lettera indirizzata a un galantuomo di Parigi dall'Onorevole Edmund Burke (1790)*, traduzione italiana a cura di M. Respinti, Roma, Ideazione Editrice, 1998.

economico-finanziari globali[14]. Ulteriori complicazioni si disvelano, poi, allorché si tenti di individuare un *continuum* nel pensiero burkeano su rappresentanza e libero mandato a fronte di eventi sì rilevanti per la storia costituzionale e parlamentare, eppure tanto distanti nella loro collocazione geografica e nelle ragioni che ne hanno alimentato il moto e la memoria[15]. Avvenimenti rivoluzionari e repliche reazionarie con le quali Burke fu costretto a misurarsi non solo come pensatore di stampo "liberal-conservatore"[16], ma anche come rilevante esponente degli *Old Whigs*[17].

E così, in tutti i suoi *Discorsi*, così come nelle *Reflections* e negli *Speeches* sulle agitazioni delle colonie americane, un dato può però ritenersi costante: il profondo radicamento delle sue argomentazioni nella realtà costituzionale e parlamentare britannica tratteggiata dalla *Glorious Revolution* del 1688 e costruita attorno alla sovranità del *King in Parliament*. Ed è, dunque, da questa prospettiva che si indagherà la concezione burkeana della libertà del mandato politico, dacché è proprio in tale nucleo fondativo dell'assetto dei poteri costituiti che si genera e si alimenta la principale linea distintiva tra il costituzionalismo britannico[18] e la via francese alla modernità politico-costituzionale. Entrambe, tuttavia, accomunate dall'individuazione del «punto di fuga» della libertà degli eletti riuniti in Parlamento.

2. **Rappresentanza della «Nazione» e rappresentanza «virtuale»**

[14] E tanto, a detrimento della «partecipazione», mediata dagli istituti rappresentativi, nei processi gius-generativi. Come ha sottolineato F. Pizzolato, *Partecipazione e partecipazionismo nello Stato democratico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2023, pp. 11-12, «l'accresciuta interdipendenza politico-economica, per non tradursi in sottrazione secca di ambiti consistenti dell'autonomia democratica, sarebbe dovuta essere compensata o almeno accompagnata da equivalenti forme di presenza e di controllo popolare sulla scena sovranazionale, circostanza che non si è verificata, se non in misura limitata, per il contesto eurounitario».

[15] Sulla rilevanza della «memoria» nell'argomentazione giuridico-costituzionale si veda M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2022, pp. 80 ss.

[16] Come ha evidenziato C. Martinelli, *L'eredità di Edmund Burke nel pensiero liberale e conservatore del Novecento*, in *Giornale di Storia Costituzionale*, cit., p. 203, il pensiero burkeano è «difficile da catalogare dentro schemi rigidi. (…) cerchi il liberale e allora devi un po' occultare il conservatore; se vuoi l'individualista devi omettere il tradizionalista; e viceversa». Cionondimeno, l'A. ritiene di scorgere «le vere radici del suo conservatorismo» nella «difesa delle antiche libertà degli inglesi, del loro sistema di governo, improntato alla costante ricerca di equilibri e bilanciamenti, proprio per evitare che qualunque soggetto della nazione possa prendere il sopravvento per imporre un proprio disegno, sia esso il Re (…), il Parlamento (…) o il Popolo» (p. 191).

[17] È ancora A. Torre, *op. cit.*, p. 25, a rilevare che «è sulla scorta di una fedele adesione alla storia d'Inghilterra e delle realizzazioni costituzionali che ne erano derivate attraverso una lenta evoluzione delle strutture portanti del suo diritto e del suo governo, che si comprendono la spontanea simpatia riservata agli inglesi nelle colonie americane (tra i quali operavano molti sinceri *whigs*) e l'irriducibile ostilità verso le idee e gli esecrati eccessi dei rivoluzionari francesi e per i simpatizzanti inglesi del giacobinismo, la sua difesa del *whiggismo* classico a fronte delle deviazioni del tempo presente, e – in ultima analisi – il suo sincero, radicato conservatorismo il cui impianto anti-ideologico ed aperto alle possibilità del progresso istituzionale fa sì che la sintonia con Burke sia rivendicata anche da molti liberali» (p. 25).

[18] Come ha argomentato U. Bruschi, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la Glorious Revolution e il Great Reform Act*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 19, quella della *Unwritten Constitution* britannica è «l'idea di una Costituzione che si manifesta nella concretezza della Storia e non nelle affermazioni di principio, pur inebrianti, o nella predisposizione di regole del gioco destinate ad essere modificate solo con un procedimento più o meno rigido, di una costituzione che di tanto in tanto, nella sua evoluzione secolare, pone dei punti fermi, ma che li lascia alle spalle come fari nella nebbia (…), di una costituzione che per lo più si muta flettendosi plasticamente secondo la necessità del momento, duttile e pragmatica».

Se «nella maggior parte degli Stati d'Europa l'unità politica fu opera dell'assolutismo dei principi», in Inghilterra essa si elaborò attraverso la lotta condotta dal Parlamento contro la monarchia «come titolare dell'unità nazionale, cioè politica», fonte primigenia della peculiare «forma di esistenza» assunta dallo Stato britannico a seguito del *Bill of Rights* del 1689. In quel documento, infatti, il Parlamento emergeva «come il rappresentante dell'unità politica dell'Inghilterra»[19], da perseguire mediante la «ragione» e il «giudizio» di rappresentanti chiamati a rendere espliciti gli interessi delle proprie *constituencies*, senza tuttavia risultare ad essi giuridicamente vincolati. Ossia, ad articolare un processo di *reductio ad unum* di una volontà nazionale non già imposta dall'"alto" da un'entità metafisica – la «nazione» – in aperta rottura con la storia costituzionale, come sarà nella Francia rivoluzionaria, ma costruita attraverso la mediazione di notabili locali in funzione oppositiva alla volontà di quel *Patriot King*[20] incarnato da Giorgio III ed alle istanze propriamente democratiche intanto diffusesi nella realtà sociale.

La libertà del mandato parlamentare, invocata da Burke dinanzi agli elettori di Bristol, non può, tuttavia, considerarsi una vera e propria novità nel linguaggio politico britannico, sol che si pensi a quanto affermato da *sir* Edward Coke negli *Institutes of the Lawes of England* del 1628. «Sebbene ciascuno sia scelto da una particolare contea o mandamento», sosteneva l'ex *Lord Chief Justice*, il rappresentante «svolge il suo ufficio per l'intera nazione». Allo stesso modo, il 26 maggio 1733, il *London Journal* di Robert Walpole ebbe modo di sottolineare l'impossibilità per i cittadini di «comandare» gli eletti, scelti proprio perché aventi «attitudini e integrità sufficienti per fare il loro dovere». Al più, in perfetta aderenza con il paradigma rappresentativo che sarà poi incorporato nel costituzionalismo liberale "classico", ai *constituents* non restava, «quando il tempo del loro (degli eletti, n.d.r.) ufficio è scaduto, di scegliere altri rappresentanti»[21]. Circostanza, questa, che – com'è noto – farà dire a Jean Jacques Rousseau che «il popolo inglese crede di essere libero, ma si sbaglia di grosso; lo è soltanto durante l'elezione dei membri del parlamento; appena questi sono eletti, esso torna schiavo, non è più niente. Nei brevi momenti della sua libertà, l'uso che ne fa merita di fargliela perdere»[22].

Ed è sempre sul *London Journal* di Robert Walpole, questa volta del 15 dicembre 1733, che veniva ripresa l'opinione del *whig* radicale Algernon Sidney, attivo nella politica inglese del '600, a detta del quale «ciascun mandamento non costituisce un corpo distinto, avente in

[19] Le citazioni sono tratte da C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1928, trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 69-72.

[20] Evidente, qui, il richiamo al *pamphlet* redatto dal Visconte Bolingbroke che, come ha sottolineato A. Torre, *op. cit.*, p. 17, influirà significativamente sullo «spirito» e sulle «modalità di azione del sovrano». Sul punto, il rinvio non può che essere alle *Letters on the spirit of Patriotism: on the Idea of a Patriot King, and on the State of Parties, At the Accession of King George I*, London, 1749.

[21] Le citazioni di sir Edward Coke e del *London Journal* di Robert Walpole sono tratte da D. Fisichella, *op. cit.*, p. 7.

[22] Per l'Autore *Du contrat social*, infatti, «la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta; o è essa stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo». Sul punto, si veda dunque J.J. Rousseau, *Du contrat social, ou Principes du droit politique (1762)*, consultato nella ed. it. degli *Scritti politici*, Torino, UTET, 1970, p. 801.

se stesso un potere sovrano, ma è membro di quel grande organismo che comprende l'intera nazione»[23]. Prima ancora che con Coke e con il radicale Sidney, però, la concezione burkeana del libero mandato s'incunea in una linea di pensiero che rimonta (almeno) a William Blackstone ed alla rilevanza da questi attribuita all'interesse del «*whole realm*» e del «*common wealth*» quali intrinseci parametri dell'istituzione parlamentare[24].

Cionondimeno, al fine di scongiurare indebite mistificazioni talora di facile approdo nella ricostruzione di principi e regole fondative del costituzionalismo liberale, moderno e contemporaneo, sembra doveroso evidenziare che la realtà parlamentare britannica non fu di certo scevra dall'invocazione della questione dei mandati e dall'emersione di situazioni propriamente conflittuali[25]. Per lungo tempo, infatti, non mancarono – sol che si pensi alle argomentazioni dei *Levellers*[26] – proposte di introdurre più sicure forme di mandato, giuridicamente vincolante per gli eletti, al fine di ricondurre l'ordinamento britannico nell'alveo del metodo propriamente «democratico» di produzione normativa e amministrazione del *Commonwealth*. E così, mentre Oltreoceano la critica antifederalista si indirizzò sulla necessità di riconquistare elementi di «vicinanza», intesa in «senso sociale»[27], tra eletti ed elettori, l'alleanza tra nobiltà e borghesia[28] fece sì che, in Gran Bretagna, fosse la mistura tra regole consuetudinarie e gradualità delle trasformazioni socio-istituzionali a selezionare un'*élite* capace di costruire un'unità politica di più alto livello rispetto alle (inevitabili) fratture sociali, così da garantire quelle libertà che avrebbero scongiurato il lockeano «app-

[23] Anche tale citazione è tratta da D. Fisichella, *op. cit.*, p. 8. Più nello specifico, nei suoi *Discourses concerning Government*, Sidney evidenziò che il potere dei delegati «is not therefore for Kent or Sussex, Lewes or Maidstone, but for the whole nation, that the Members, chosen in those places, are sent to serve in Parliament. (…) They are not strictly and properly obliged to give account of their actions to any, unless the whole body of the Nation». Nel far ciò, come ha evidenziato M. Fioravanti, *Controllare il potere. Il mandato imperativo e la revoca degli eletti (XVIII-XX secolo)*, Roma, Viella, 2020, p. 58, «Sidney anticipò di quasi un secolo la concettualizzazione sulla *whole nation* di William Blackstone».

[24] Nei *Commentaries on the Laws of England*, infatti, William Blackstone rimarcò che «every member, though chosen by one particular district, when elected and returned, serves for the whole realm. For the end of his coming thither is not particular, but general; not barely to advantage constituents, but the common wealth; (…). And therefore, he is not bound, like a deputy in the United Provinces, to consult with, or take the advice, of his constituents upon any particular point, unless he himself thinks it proper or prudent so to do».

[25] Sulla dimensione costituzionale dei «conflitti», cfr. G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

[26] Sul punto, è ancora M. Fioravanti, *op. cit.*, p. 57, a sottolineare che «già nei dibattiti di Putney era emersa la contrapposizione, che sarebbe divenuta sempre più centrale e scottante, tra proprietà e rappresentanza, tra diritti sulle cose e quelli della persona. Se i *Levellers*, i primi fautori della democrazia diretta in tempi moderni, avevano difeso proprio l'idea del mandato imperativo come strumento di controllo nelle mani del popolo, la posizione dominante, che si sviluppò durante il Seicento inglese e che avrebbe caratterizzato il liberalismo conservatore durante l'Ottocento, fu quella secondo la quale la rappresentanza censitaria era un utile antidoto sia all'assolutismo regio che alle istanze democratiche: le decisioni politiche dovevano essere prese solo dai proprietari terrieri».

[27] Sulle complesse questioni sollevate dagli antifederalisti durante la Convenzione di Filadelfia e sull'ideologia repubblicana che, attraverso le argomentazioni (soprattutto) di Madison alla fine si imporrà nella realtà costituzionale statunitense, si veda ancora B. Manin, *op. cit.*, pp. 114-146.

[28] In tal senso, E. Fischel, *Storia della Costituzione inglese*, I, Milano, Corona e Caimi, 1866, pp. 156-157, ha sottolineato i numerosi rapporti instauratisi tra le due Camere dei Lords e dei Comuni.

ello al Cielo»[29] da parte di una collettività estromessa dal godimento dei diritti civili e politici.

Se questo è vero, emerge, sin da ora, un dato storico-politico destinato ad attraversare il susseguirsi degli avvenimenti che dal XVI secolo britannico giungeranno sino alla contemporaneità parlamentare. Ovverosia, la capacità del libero mandato di assolvere funzioni di volta in volta differenti a seconda del contesto politico-normativo e dell'assetto dei rapporti politico-economici. A guardar bene, infatti, il Parlamento inglese ha tradizionalmente rappresentato il luogo deputato a rendere esplicito il conflitto tra la Corona e i dignitari del regno, al fine di raggiungere tra loro una soluzione compromissoria capace di scongiurare elementi di rottura prodromici di una degenerazione istituzionale. È in questa prospettiva, allora, che il libero mandato apparve funzionale a consolidare la centralità dell'organo parlamentare, a partire (almeno) dall'ordinanza con cui Edoardo I riunì il Parlamento nel 1295. Da tale torno della storia, infatti, il principio di origine romana del *Quod omnes tangit ab omnibus tractari et approbari debet* si andò intrecciando con la dottrina della *plena potestas*[30], la quale, pur se inizialmente funzionale al consolidamento dei poteri monarchici, consentirà poi la graduale evoluzione dell'assetto sociopolitico medievale nel costituzionalismo liberale imperniato sulle sovrastrutture teorico-concettuali della rappresentanza nazionale senza vincolo di mandato[31].

In questo scenario, l'assemblaggio dei grandi interessi del regno veniva garantito dal carattere personale assunto dal rapporto di fiducia tra gli eletti e i propri *constituents*, da cui i primi si distinguevano per censo e «livello sociale». Le elezioni apparivano, allora, funzionali alla scelta di «notabili» chiamati a rappresentare l'interesse nazionale non già in base «a fattori (…) politici», ma in ragione della loro «posizione sociale a livello locale»[32], così da consolidare l'indipendenza del Parlamento rispetto alla Corona e allo stesso «popolo». Solo se economicamente indipendenti, infatti, gli eletti avrebbero potuto sottrarsi alle lus-

[29] J. Locke, *Trattato sul governo*, Roma, Editori Riuniti, 1997, p. 173.

[30] Sul punto, inevitabile è il rinvio alle raffinate riflessioni di B. Manin, *Principi del governo rappresentativo (1997)*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 98-99, il quale sottolinea come il principio del «consenso» dei governati, dischiuso dalla regola del QOT, sia andato progressivamente a sostituirsi al tradizionale (allora) metodo «democratico» dell'estrazione a sorte dei cittadini chiamati a ricoprire delle cariche pubbliche. Come sottolinea il politologo francese, infatti, «invocare il principio QOT non implicava che il consenso dei governati fosse l'unica o la principale fonte di legittimità, una differenza basilare rispetto alle assemblee rappresentative moderne. Piuttosto, significava che un desiderio dall'"alto" doveva ottenere l'approvazione dal "basso" per diventare una direttiva pienamente legittimata che comportava degli obblighi» (p. 99). Emerse, in tal modo, «una nuova concezione della cittadinanza: i cittadini adesso erano visti principalmente come fonte della legittimità politica, anziché come individui che potevano desiderare ricoprire una carica in prima persona» (p. 104).

[31] Come ha mirabilmente evidenziato H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 153, quella della «rappresentanza politica» è una «finzione» che consente di realizzare l'«ordinamento statale», sebbene essa non sia essenziale ai fini della definizione della «natura del parlamentarismo». Questa, infatti, secondo il Maestro praghese, «può definirsi anche senza il bisogno di ricorrere alla finzione della rappresentanza e, se ne può giustificare il valore anche solo come specifico mezzo tecnico sociale per la creazione dell'ordinamento statale». Sulla complessità del pensiero kelseniano in tema di rappresentanza politica e parlamentarismo, cfr. A. Gusmai, *Appunti a margine del Kelsen "parlamentarista", teorico di una concezione realistica della democrazia*, in *PasSaggi Costituzionali*, n. 1, 2021, pp. 255-272.

[32] B. Manin, *op. cit.*, pp. 226-227.

inghe della Monarchia e della corte e a quelle dei facoltosi elettori locali, in modo tale da porsi realmente come quella «aristocrazia naturale», «parte integrante fondamentale di ogni grande corpo giustamente costituito», in cui Burke rinveniva il necessario antidoto da opporre alla consegna del potere «nelle mani della moltitudine», ossia «alla mancanza di controllo, all'assenza di regole, all'assenza di qualsiasi direzione duratura»[33].

Origina da qui, poi, lo sforzo interpretativo, non privo di mistificazioni, volto a celare la dimensione giuridico-privatistica del rapporto rappresentativo – l'essere gli eletti espressione organica di determinate realtà sociali – al di sotto di quella propriamente politico-pubblicistica, in cui la prima continua a riaffiorare alla stregua di una «*reliquia*»[34]. Ed infatti, al di là delle rassicuranti categorie con cui la lenta evoluzione storica viene talvolta interpretata, nella Gran Bretagna del XVII secolo il mandato non si trasformò *ex abrupto* da "vincolato" in "libero"[35], ma assunse gradualmente connotazioni funzionali alle crescenti rivendicazioni di autonomia – o «sovranità»[36] – del Parlamento rispetto alla Monarchia. Come è emerso dalle parole rivolte dal neoeletto Burke alla *constituency* di Bristol, infatti, l'eletto non cesserà di ricercare il consenso dei propri elettori, pur senza sentirsi ad essi vincolato sul piano giuridico. In altri termini, l'interesse della «nazione» deliberato in Parlamento resta ancorato a fattori storico-sociali, espressione della funzione propriamente rappresentativa assolta dagli eletti, pur se proiettata verso quell'imparzialità necessaria a rafforzare le prerogative parlamentari al cospetto del potere monarchico.

---

[33] E. Burke, *Appeal from the New to the Old Whigs (1791)*, in Id., *Burke's Politics*, New York, 1949, p. 393.

[34] Così, M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon – F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del Convegno (Milano, 16-17 marzo 2000)*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 111. Pur essendo entrambe «finzioni», e «nonostante gli ulteriori aspetti comuni», l'A. precisa però che esse «sono radicalmente diverse».

[35] Come ha ben evidenziato G. Ferrara, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1998, p. 37, «la tesi che la rappresentanza nei parlamenti medievali potesse essere di tipo privatistico, fondandosi sul mandato imperativo, è peraltro smentita dall'esistenza della *plena potestas* che consentiva la possibilità stessa della contrattazione tra rappresentanti e monarca su tributi fiscali e spese militari, altrimenti impossibile, e garantiva al sovrano che infatti la richiedeva, l'adempimento da parte delle comunità rappresentative degli accordi intervenuti nei parlamenti».

[36] Per quanto, il riferimento a tale «categoria» fondativa della modernità costituzionale non appaia di certo scevro da criticità sullo stesso piano del «potere». A tal proposito, nel richiamare la riflessione foucaultiana sul «potere», A. Gusmai, *Il "fantasma" della sovranità*, in A. Pérez Miras – E.C. Raffiotta – G.M. Teruel Lozano – F. Vecchio (a cura di), *Sovranità e rappresentanza. Stato, autonomie territoriali e processi di integrazione sopranazionale*, Napoli, ES, 2018, p. 42, ha sottolineato che, nella realtà contemporanea, «caratterizzata, come la precedente società medievale, da una evidente frantumazione del potere politico in più livelli ordinamentali e da una influenza, su tali ordinamenti, di poteri oligarchici economico-finanziari, non si vede come si possa continuare a presupporre giuridicamente l'esistenza della sovranità (di qualsivoglia tipologia) senza correre il rischio di cadere in astratte speculazioni che di certo non aiutano a comprendere la realtà». Pertanto, «per il diritto pubblico, (…), a rilevare dovrebbero essere i poteri senza alcuna altra fuorviante specificazione. Men che meno quella di "sovrani". Ma per far ciò servirebbe un atto onesto ed umile della scienza giuridica: quello di ammettere che la "sovranità", per come da essa partorita e poi nel tempo congeniata, non sia morta semplicemente perché è una grande narrazione mai vissuta nella realtà, un'ipocrisia. Ammettere esplicitamente, dunque, che la sua immagine carica di suggestioni, a mo' di un fantasma, in definitiva continui a non morire nella dogmatica giuridica perché, come tutte le cose che non esistono nella concretezza del mondo reale, essa ha pur sempre la possibilità – se conveniente – di ambire all'eternità nelle fantasie della mente umana» (p. 44). Dello stesso A., cfr. altresì Id., *Sovranità e «microfisica del potere»*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2016, pp. 107-135.

Non a caso, quindi, gli anni che intercorrono tra il primo *Reform Bill* del 1832 e il secondo del 1867 sono stati altresì definiti come «gli anni d'oro del Mp privato»[37], ossia di colui che veniva eletto per rappresentare macro-interessi contrapposti da conciliare in Parlamento[38]. In effetti, è nell'intreccio tra fiducia, moralità e «saggezza derivata dall'esperienza», piuttosto che nel linguaggio «astratto, aprioristico e intellettualistico dei *philosophes* francesi», che Burke scorgeva la matrice di un interesse che «ha una concretezza (…) impersonale e indipendente»[39]. In altri termini, se la «nazione» rivoluzionaria parigina invocherà la rappresentanza senza vincolo di mandato al fine di far coincidere i propri interessi – la propria «volontà» – con quelli della neonata Repubblica, il richiamo burkeano alla «ragione generale del tutto» rivela un'altra, possibile, storicamente evidente, declinazione del principio del libero mandato, rivolta al riconoscimento della «sovranità» del Parlamento nel *mixed government*[40].

Ed è pur sempre in questa direzione interpretativa che s'inserisce la complessa concezione burkeana della rappresentanza «virtuale» degli interessi di quelle comunità escluse dal diritto di voto e non aventi una diretta o adeguata rappresentanza parlamentare. Com'è noto, Burke ragionò sulla rappresentanza «virtuale» dei cattolici irlandesi e dei coloni americani criticando la loro esclusione dalla piattaforma rappresentativa «effettiva», la quale rendeva impossibile il recupero dei loro interessi in via «virtuale»[41] a causa della mancata condivisione delle loro «ragioni» da parte dei rappresentanti della «nazione» riuniti nella *House of Commons*. Di talché, con riferimento specifico ai coloni americani, ma con argomentazioni estendibili ai cattolici irlandesi, Burke non esitò a definire la loro situazione alla stregua di una vera e propria «schiavitù», data l'«assenza di libertà» conseguente alla privazione di una rappresentanza financo «virtuale»[42]. Con il risultato di indebolire il tessuto sociale pluralista che sosteneva, attraverso l'amalgama di fiducia e tradizione, le *English liberties* e la *Unwritten Constitution*.

---

[37] Secondo la definizione di S. Beer, *British Modern Politics. Parties and Pressure Groups in the Collectivist Age*, London, Faber & Faber, 1982, pp. 37-40.

[38] Come ha sottolineato A. Torre, *op. cit.*, p. 28, nella concezione burkeana della libertà del mandato politico non mancavano di certo «componenti di carattere elitista che erano funzionali a una visione aristocratica dell'esercizio della politica e, in ultima analisi, dell'intero sistema di governo a base parlamentare».

[39] H.F. Pitkin, *Il concetto di rappresentanza (1972)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017, rispettivamente p. 249 e p. 247. Ragionando intorno alla concezione burkeana della rappresentanza politica, P. Chiantera-Stutte, *Fiducia, interesse e consenso: riflessioni sulla rappresentanza in Edmund Burke*, in *Giornale di Storia costituzionale*, cit., pp. 121-122, «la fiducia (…) è consustanziale all'idea di governo rappresentativo, ma anche al principio di accountability che regola le relazioni istituzionali e la formazione del consenso. Fiducia, sovranità e responsabilità costituiscono per Burke i fondamenti di un modello politico, che si sviluppa in modo profondamente differente da Locke e dal contrattualismo».

[40] Ed infatti, S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, Firenze University Press, 2004, p. 35, sottolinea come «le norme sul divieto di mandato, dietro le idealità di cui si sono spesso ammantate, hanno sempre celato interessi materiali storicamente diversi: dapprima quello del Sovrano di vedersi approvate le sue proposte, senza che i rappresentanti all'uopo convocati dovessero renderne conto ai loro committenti; poi, con la Rivoluzione inglese, quello del Parlamento di sostituirsi al Re; infine, dopo la Rivoluzione francese, quello della borghesia d'identificare la sua volontà con quella della Nazione e/o dello Stato, facendosene unica ed esclusiva interprete».

[41] Su tali complesse vicende, cfr. ancora H.F. Pitkin, *op. cit.*, pp. 253 ss.

[42] A tal proposito, si vedano le argomentazioni di Burke nella Mozione di conciliazione con le colonie, in Id., *Scritti politici*, Torino, UTET, 1968, pp. 96-100.

Tuttavia, a prescindere dalle aporie logiche in cui tale ragionamento è parso incagliarsi[43], insistere sulla rappresentanza «virtuale» acquistava per Burke un senso solo nelle griglie concettuali di una rappresentanza deputata alla conciliazione dei grandi interessi della «nazione», e non già di micro-interessi, personali o di categoria, che gli eletti dovevano sì rappresentare in Parlamento per soddisfare la volontà della propria *constituency*, ma senza sentirsi ad essi giuridicamente vincolati al momento della deliberazione dell'interesse «nazionale». In altre parole, per Burke il parlamentare deve risultare rappresentativo, ossia capace di dare espressione agli interessi della collettività anche al di là della logica elettorale. Per far ciò, è però necessario conservare, sul piano giuridico, la sua libertà rispetto al collegio di elezione e garantire quelle condizioni che consentano la scelta di rappresentanti capaci di proiettare l'interesse nazionale oltre quelli emersi come prevalenti in sede elettorale[44]. All'esito di consimili astrazioni, ecco che, per Burke, la rappresentazione degli interessi in Parlamento può – almeno in parte – prescindere dalla competizione elettorale, purché quest'ultima abbia previamente consentito la selezione di rappresentanti capaci di «ragione» e «giudizio», quali precondizioni per individuare «il bene comune che nasce dalla ragione generale».

In definitiva, quello di Burke sul libero mandato non fu uno *Speech* "nuovo" nel contesto parlamentare e costituzionale britannico[45], in cui «le origini degli istituti rappresentativi si innestavano sul ceppo delle strutture cetuali e si collegavano intimamente al tessuto pluralistico della società»[46]. Cionondimeno, esso contribuì a rinsaldare le prerogative ("sovrane") del Parlamento rispetto al Monarca ed allo stesso «popolo», la cui volontà doveva essere sapientemente filtrata dall'«opinione» e dal «giudizio» degli eletti al fine di non assecondare gli eccessi da essa potenzialmente derivanti.

3. L'interesse «nazionale» britannico e la «Nazione» rivoluzionaria francese

Anche a causa di un'«evidente sopravvalutazione delle potenzialità innovative di quelle istituzioni dell'*ancien régime* (…) che avrebbero potuto porre le premesse di una trasforma-

[43] Su cui ha particolarmente insistito J. Hogan, *Elections and Representation*, 1945, p. 160.
[44] È ancora H.F. Pitkin, *op. cit.*, p. 266, ad aver evidenziato che Burke «considera l'interesse allo stesso modo in cui oggi noi concepiamo un dato scientifico: una manifestazione che semplicemente è, completamente indipendente dai desideri e dall'opinione, da ciò che ci piace o meno. Ciò implica, da un lato, che l'interesse può essere determinato da qualunque rappresentante sufficientemente intelligente e onesto e, dall'altro lato, che i suoi elettori non potranno che accettarlo. Qualsiasi persona sufficientemente intelligente e imparziale, avendo il tempo necessario per pensarci, concorderà con tale determinazione, semplicemente perché così è. L'eventualità di un disaccordo prolungato tra rappresentante ed elettori può determinarsi unicamente se il rappresentante è corrotto o incompetente».
[45] In tal senso, A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, ES, 2018, p. 61, ha evidenziato che «Ben prima del noto *Speech to electors of Bristol* di Burke del 1774, che espresse una convinta perorazione del principio di libertà del mandato, l'autonomia del rappresentante rispetto ai propri elettori, (…), aveva già trovato riconoscimento nelle concrete prassi parlamentari inglesi. In questo celebre testo, si trovano, poi, espresse con chiarezza le ragioni che giustificano il divieto di mandato imperativo, (…)».
[46] P. Ridola, *Le trasformazioni della rappresentanza politica*, in Id., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 64.
[47] A. Torre, *op. cit.*, p. 34.

e delle vicende rivoluzionarie francesi. Come anticipato, infatti, il politico di Dublino non dismise il paradigma della *Glorious Revolution* per interpretare le notizie che giungevano dalla capitale francese; paradigma, invero, incentrato su una "rivoluzione" – se così può, peraltro, definirsi – che «non part[iva] dal popolo, ma [era] il prodotto di un sostanziale accordo fra tutte le forze politiche – *Tories* e *Whigs* – impegnate ad effettuare una transizione indolore», diretta a ripristinare «le libertà costituzionali» e a consentire «al re di abdicare e di lasciare il posto a un nuovo sovrano»[48]. Quanto di più distante, dunque, dalla logica "costitutiva", e al contempo inevitabilmente "distruttiva" delle istituzioni e delle gerarchie ereditate dall'*Ancien Régime*, che animava i rivoluzionari parigini, intenzionati a sostituire le oligarchie allora al potere con il «Terzo Stato», la cui egemonia economica voleva ora trasfondersi nella «formale» prevalenza istituzionale[49].

E così, per allontanare lo "spettro" di un'estensione del metodo e del linguaggio della Rivoluzione anche Oltremanica, Burke non indugiò ad affermare che «nei loro arrangiamenti politici gli uomini non hanno il diritto di ignorare completamente il benessere della generazione presente»[50]. Come a sottolineare, ancora una volta, l'assurdità, sul piano costituzionale, di eventi traumatici per il perpetuo e graduale divenire di un tessuto di rapporti (*i.e.* di gerarchie) economico-sociali in cui le *English liberties* rinvenivano la propria più alta garanzia istituzionale. Ci si imbatte, qui, in uno dei "luoghi" più significativi per la scienza costituzionale, pur se talvolta celato al di sotto di un asfissiante positivismo costituzional-legislativo: la rilevanza metodologica della «storia» nel divenire della realtà costituzionale e, per quel che qui più rileva, il rapporto della Costituzione con la «storia costituzionale». A ben vedere, infatti, oltre al drastico superamento dei corpi intermedi e alle degenerazioni socio-istituzionali che seguirono la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, ad orientare le critiche rivolte da Burke ai *révolutionaires* fu soprattutto la loro intenzione di consacrare la propria "volontà" all'interno di una Costituzione scritta e rigida, germinata dall'aspirazione borghese di ottenere, «con l'appoggio più o meno strumentale di parte della nobiltà e del clero e le illusioni del popolo minuto», il «diritto di interpretare la sovranità della "nazione"»[51]. Ed infatti, sarà proprio il concetto di sovranità nazionale a consentire, sul piano giuridico-formale, il repentino superamento di quell'assetto dei rapporti che aveva concretato la "situazione" costituzionale francese sino al 1789. Cosicché, prima ancora della «storia politica inglese», è «alla rivoluzione francese» che «conviene guardare» per «cogliere il distacco della rappresentanza moderna da quella medievale»[52].

Nell'atto costituente di un nuovo ordinamento Burke scorse, dunque, le possibili degenerazioni di quel concetto di «nazione» che Emmanuel Joseph Sieyès, sottraendolo alla

[48] P. Chiantera-Stutte, *op. cit.*, p. 117.
[49] Sugli eventi rivoluzionari cfr. le dense riflessioni di A. de Tocqueville, *L'antico regime e la Rivoluzione*, Milano, Rizzoli, 1996.
[50] E. Burke, *Ricorso dai nuovi agli antichi Whigs (1791)*, in Id., *Scritti politici*, cit., p. 463. Sulla rilevanza delle «generazioni future» nell'argomentazione giuridica, cfr. le considerazioni attuali di R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, Franco Angeli, 2008.
[51] G. Zagrebelsky, *Immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionale*, Torino, Einaudi, 1979, p. 7.
[52] G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 2018, p. 287.

ria tradizionale funzione anti-assolutistica[53], riteneva al contrario matrice incessante di ordine costituzionale. Secondo l'abate, infatti, non era possibile «imporre una Costituzione alla nazione. La nazione è preesistente a tutto, è l'origine di tutto. La sua volontà è sempre conforme alla legge, è la legge stessa». Non c'è spazio, dunque, per alcun tipo di «forma positiva» in grado di imbrigliare la volontà costituente della «Nazione», la quale «è tutto ciò che è in grado di essere per il solo fatto di esistere. Non dipende dalla sua volontà attribuirsi più diritti di quanti ne abbia»[54]. Come è stato autorevolmente argomentato, quando a prevalere è l'atto di codificazione costituzionale, «il rapporto con la storia costituzionale è di totale separazione», dacché il «diritto costituzionale codificato in un testo» esprime una «natura (…) razionale e volontaria», al cui cospetto la «storia costituzionale» non potrebbe che apparire «arazionale (se non irrazionale) e involontaria, o "naturale"». In altri termini, il «compito pratico» assegnato alla Costituzione scritta creata dal potere costituente, espressione della volontà della «nazione», «consiste esattamente nello spegnimento delle forze autonome della storia costituzionale e nella loro riduzione a oggetti di una meccanica politica obiettiva»[55]. A differenza di quella evocata nel Parlamento britannico, la «nazione» della *Constituante* non si ergeva come usbergo della continuità storico-politica, ma tale continuità intendeva interrompere.

Ed è proprio contro la "degenerazione" costituzionale realizzata dal potere costituente in spregio della «storia costituzionale» che si scaglierà il Burke delle *Reflections*. Con la precisazione, necessaria al fine di evitare possibili – talora facili – fraintendimenti, che, nella critica degli avvenimenti rivoluzionari parigini, il politico di Dublino sarà animato, non solo dal rispetto della "sacralità" della «tradizione» che alimenta l'assetto costituzionale britannico, ma anche da considerazioni di carattere più prosaico, ben visibili nell'opposto giudizio che lo stesso Burke diede del «diritto costituzionale» – pur sempre scritto e «razionale» – partorito dalla Convenzione di Filadelfia. Non senza contraddizioni, dunque, il *whig* Burke non si fece promotore della fissità ordinamentale, ma si batteva affinché le pur necessarie innovazioni fossero mediate dalla «ragione» e dal «giudizio» dei notabili rappresentanti riuniti in Parlamento. A differenza della plurisecolare tradizione britannica,

---

[53] Come ha messo in evidenza P.P. Portinaro, *Stato*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 124-125, «neutralizzata la guerra di religione dallo Stato sovrano, al pluralismo medievale delle *nationes* non subentra nel discorso storico-politico dell'età dell'assolutismo una concezione unitaria della nazione quanto piuttosto un fondamentale dualismo, che riproduce ancora la struttura dualistica della costituzione per ceti. Dopo le mitologie, in funzione anti-imperiale e anti-papale, dell'origine troiana della nazione francese, la storia nazionale francese si sdoppia – Foucault ha proposto di questa traiettoria ideologica un'interpretazione suggestiva – in una versione aristocratica e in una versione monarchica, in una genealogia germanica e in una genealogia romana».

[54] «Nel primo periodo essa possiede tutti i diritti di una nazione, nel secondo li esercita, e nel terzo ne fa esercitare ai propri rappresentanti quanto è necessario al mantenimento ed al buon ordine della comunità. Se si esce dall'ordine di queste idee semplici, non si fa che cadere da un'assurdità all'altra». Così, E.-J. Sieyès, *Per volontà della nazione*, in D. Fisichella (a cura di), *op. cit.*, pp. 80-81, brani tratti da E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le tiers état?*, edizione italiana a cura e con introduzione di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 1972.

[55] «L'improvvisazione della storia – questa è l'aspirazione dei costituenti – ceda allora di fronte alla pianificazione della costituzione, intesa come il copione obbligato per attori che, da allora in poi, non possono più improvvisare ma devono recitare a soggetto». Così, G. Zagrebelsky, *Intervento*, in P. Grossi (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive. Firenze, 6-7 novembre 1992*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 181.

infatti, una volta superato il sistema dei mandati, il *Corps législatif* non si limiterà, tuttavia, a ricercare soluzioni di compromesso tra i grandi interessi dei committenti dei deputati e delle realtà locali, ma, attraverso la teoria della sovranità nazionale[56], «una sovranità dal titolare diffuso nel tempo ed introvabile nello spazio»[57], sarà in grado di assorbire la complessità dei rapporti sociali nell'astratta e unificante idea dell'interesse generale[58].

Ad ogni modo, a voler limitare le nostre riflessioni al "solo" divieto di mandato imperativo, quel che è certo è che i rivoluzionari parigini non inventarono il concetto di «nazione»[59], ma lo piegarono, istituzionalizzando sul piano giuridico, al fine di spazzare via quei corpi intermedi che, anche attraverso il meccanismo dei mandati, avevano a lungo limitato l'assolutezza del potere monarchico. Non può essere un caso, allora, che, già il 23 giugno 1789, Luigi XVI – e, si badi, non l'Assemblea nazionale – «dichiara che nelle successive deliberazioni degli Stati generali non sarà consentito che i quaderni o i mandati possano mai essere considerati imperativi: dovranno essere semplici istruzioni affidate alla

[56] Come ha evidenziato, nell'alveo di celebri riflessioni schmittiane, N. Zanon, *op. cit.*, p. 71, «la stessa teoria della sovranità nazionale, che ricopre il complessivo assetto dei poteri scaturito dalla costituzione del 1791, aveva essenzialmente una funzione negativa e uno scopo dilatorio. Essa veniva a non indicare con precisione a quale dei due soggetti, re o assemblea, spettasse davvero la sovranità».

[57] Secondo la pregnante definizione datane da G. Ferrara, *La forma dei parlamenti*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, Torino, Einaudi, 2001, p. 1196.

[58] In questa prospettiva, G.U. Rescigno, *Costituzione italiana e stato borghese*, Torino, Savelli, 1975, p. 109, ha sottolineato che «la borghesia non aveva alcun timore che in esso (nel Parlamento, n.d.r.) sedessero rappresentanti infedeli alla propria classe, che il Parlamento non fosse docile strumento dei bisogni della borghesia. Ma la borghesia come classe, proprio perché doveva dominare su tutta la società, temeva a ragione l'insorgere di particolarismi e di divisioni, temeva che la concorrenza, legge di vita dell'economia borghese, si trasferisse nel dominio politico, divenendo in tal modo fattore di disgregazione e di distruzione. La borghesia come classe doveva difendersi dai singoli borghesi, l'interesse collettivo borghese doveva prevalere sull'interesse individuale, il capitale collettivo doveva dominare sui singoli capitali. Ecco perché nasce il divieto di mandato imperativo. I migliori rappresentanti politici della borghesia debbono potersi accordare e decidere senza dover rispondere ai singoli potentati economici che li appoggiano».

[59] Come hanno fatto notare V. Crisafulli – D. Nocilla, *Nazione*, in *Enc. giur.*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 787, «quello di "nazione" non è, originariamente e di per sé, un concetto proprio della scienza giuridica, come lo sono invece (o lo sono anche) quelli – secondo varie possibili concezioni, distinti ma connessi, o addirittura equivalenti – di "popolo" e di "stato" (…). Lo diventa, però, ai più circoscritti fini della giurisprudenza dommatica quando l'ordinamento giuridico, che si assume a punto di riferimento, ad esso faccia diretto o indiretto richiamo: com'è il caso del nostro ordinamento, dove la parola nazione (con le locuzioni derivate) è presente fin nel testo della Costituzione formale, oltre che in una fitta serie di disposizioni legislative anche sorte in epoca remota, ma in larga parte tuttora vigenti. (…). Ma se, dunque, sul terreno della dommatica giuridica, il problema è di determinare che cosa di volta in volta stia a significare "nazione", tuttavia, poiché la parola (se non altro) è mutuata da altre scienze e dallo stesso linguaggio comune, nemmeno sarebbe possibile, nel procedere all'indagine, prescindere del tutto dall'elaborazione dottrinale dell'idea e del fatto nazione ad opera di sociologi, storici e politologi, né dalle suggestioni che questa "falsa idea chiara", come argutamente è stata chiamata, ha non di meno esercitato sui sentimenti e convincimenti collettivi, e perciò, in fin dei conti, sulla concreta azione politica di gruppi ed individui, almeno a partire da un determinato periodo storico, tra la fine del secolo XVIII e durante tutto il secolo XIX». A parlare di «falsa idea chiara» di «Nazione» è stato H. Hauser, *Le principe des nationalités*, I, Paris, 1919. Sul concetto di «Nazione», praticamente sterminata è la produzione scientifica (non soltanto propriamente giuridica). Pertanto, inter alia, si veda almeno P. Carrozza, *Nazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, Utet, 1995 e C. De Fiores, *Nazione e Costituzione*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2005.

coscienza e al libero parere dei deputati di cui si è operata la scelta»[60]. L'invocazione della volontà costituente della «nazione» contribuiva, infatti, ad accentrare l'assetto dei poteri nell'attesa che la questione dell'effettiva spettanza della «sovranità», se alla monarchia o all'Assemblea nazionale, fosse concretamente risolta. E tanto, non poteva che rivelarsi un'opportunità offerta dalla «storia» alla stessa Monarchia, prima ancora che ai rivoluzionari. Soltanto l'8 gennaio 1790, dunque più di sei mesi dopo dall'ordinanza del sovrano, la *Costituante* abolirà i mandati imperativi perché «contrari alla natura del Corpo legislativo, che è essenzialmente deliberativo»[61].

Da questa prospettiva, ben si comprende l'avversione burkeana verso la metodologia rivoluzionaria diretta ad imporre, nella realtà politico-sociale, la volontà del «Terzo stato». O, il che è lo stesso, a distruggere consolidati assetti di potere nel nome delle abbacinanti promesse della *Déclaration des Droits de l'Homme*, così surrogando la prudente «ragione storica» con la geometrica «ragione astratta»[62], incarnata dalla nuova ideologia dell'eguale libertà degli individui che compongono la «nazione». E così, pur condividendo l'avversione verso l'istituzione di forme di mandato imperativo, il concetto di «nazione» tratteggiato da Burke dinanzi agli elettori di Bristol appariva decisamente lontano da quello costruito dalla borghesia in protesta nella Francia di fine XVIII secolo: il primo, rivolto a conciliare i grandi interessi che sostenevano il regno e l'impero, nel rispetto di una concezione organicistica della società e della pluralità dei soggetti politici che, in Parlamento, si riuniscono per deliberare «l'interesse dell'intera comunità» (il *common wealth*); il secondo, diretto ad alimentare un processo in cui «il terzo stato, che coincide con la nazione intera, *si fa Stato*», così tuttavia facendo perdere «totalmente di senso politico l'antica parola di stato (…) e tutto ciò che caratterizzava le diversità nella convivenza politica degli uomini»[63], sostituita da un unico soggetto politico chiamato a generare artificialmente una Costituzione scritta che predetermini l'assetto dei futuri rapporti sociali. Da un lato, dunque, «nazione» come forza di resistenza rispetto all'interventismo monarchico e alle istanze di partecipazione

[60] Il testo dell'art. 6 dell'ordinanza regia del 23 giugno 1789 è tratto da N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 46, secondo il quale è «forte la tentazione di considerare l'ordinanza regia come il vero atto di abolizione della pratica del mandato imperativo: il riferimento alla coscienza e alla libera opinione dei deputati appare da questo punto di vista molto suggestivo». Si tratta, infatti, di un momento decisivo sia per gli sviluppi successivi della Rivoluzione dell'89, sia per la concettualizzazione della rappresentanza politica come istituto connotato dalla libertà del mandato conferito agli eletti.

[61] La decisione dell'Assemblea costituente francese dell'8 gennaio 1790 sottolinea, infatti, che «(i mandati imperativi sono contrari, n.d.r.) alla libertà di voto di cui ciascuno dei suoi membri deve godere per l'interesse generale, al carattere dei suoi membri che non sono rappresentanti del dipartimento – ma della Nazione, infine alla necessità di subordinazione politica delle diverse sezioni della nazione al corpo dell'intera nazione, nessuna assemblea di elettori potrà né inserire nel risultato delle elezioni, né scrivere separatamente alcun mandato imperativo: non potrà nemmeno caricare i rappresentanti di alcuna istruzione vincolante o mandato specifico». Gli atti della *Constituante* sono disponibili sulla pagina istituzionale dell'Assemblée nationale francese, nella sezione *Histoire*.

[62] Evidenzia tale contrapposizione U. Bruschi, *"A business somewhat delicate"*, cit., p. 105.

[63] Nel far ciò, «il popolo viene a prendere qui quella caratterizzazione di omogeneità e di indifferenza politica (la differenza ha spazio solo nella sfera sociale) che d'ora in poi lo caratterizzerà». Così, G. Duso, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all'agire politico dei cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2022, p. 59.

amento giuridico-costituzionale che «non ha un passato ma ha – o fa – solo futuro»[64].
Nel denunciare la possibile degenerazione totalitaria del concetto di «nazione» alimentato dagli ideologi francesi, Burke incontrò le feroci critiche dei *Whigs* radicali e di altri esponenti della cultura anglosassone, tra cui spiccava il nome di Jeremy Bentham[65]. In verità, come pure si è anticipato, le *Reflections* apparvero, sin da subito, in singolare contrasto con il giudizio apertamente favorevole dato dallo stesso Burke alle vicende rivoluzionarie americane, in cui, al pari di quanto veniva realizzandosi nella capitale francese, la borghesia in protesta si diede una Costituzione scritta, istituzionalizzandosi sul piano giuridico-formale. Probabilmente, anche per la contestualità tra «osservatore» e divenire delle vicende storico-politiche, Burke non comprese la sostanziale continuità ideologica, radicata nell'individualismo come matrice della legittimità di un potere "nuovo", che attraversava le due Rivoluzioni. E tanto, fors'anche per l'affinità culturale che lo legava alle rivendicazioni dei coloni della Corona inglese, le cui rimostranze – al pari di quelle dei cattolici irlandesi – parvero a Burke espressione del doveroso ristabilimento di una corretta rappresentanza di popolazioni che reclamavano pur sempre tradizionali *English liberties*, misconosciute dal ricorso a forme di tassazione «*without representation*». Per di più, il persistente richiamo alla Repubblica, in luogo di forme di organizzazione del potere propriamente democratiche, non poteva che intercettare il consenso del politico di Dublino, così come, tutt'al contrario, l'ispirazione rousseauviana di talune affermazioni dei rivoluzionari parigini si rivelò del tutto incompatibili con la concezione storico-evolutiva del politico *dublinese*. Epperò, identico era l'anelito verso la consacrazione di una Costituzione scritta, diretta a sottrarre le vicende socio-politico-economiche all'irrazionalità dei fattori storico-concreti per ricondurle sotto la "luminosa" geometria della ragione illuminista. O, per usare le parole di un altro grande antagonista dei *révolutionaires*, intentare «il prodigioso spettacolo di iniziare intieramente daccapo e di trarre dal pensiero la costituzione di un grande Stato effettivo, col sovvertimento di tutto ciò che esiste e che è dato, e di voler porre a base di esso, semplicemente, la pretesa razionalità»[66].
A ciò si aggiunga che, a connotare in senso negativo il giudizio che Burke diede delle vicende rivoluzionarie parigine contribuì certamente la rapida diffusione di forme di organizzazione in gruppi politici che, come nel caso del *club* giacobino, sembrarono financo as-

[64] Così, ancora, G. Zagrebelsky, *Intervento*, in P. Grossi (a cura di), *op. cit.*, p. 196, il quale evidenzia come un simile modo di interpretare la Costituzione, tipico delle «concezioni costituzionali della Rivoluzione», le Costituzioni «non hanno e non vogliono avere una storia alle loro spalle ma si propongono di fare la storia nel loro futuro. Le norme costituzionali rivoluzionarie sono precisamente delle pre-iscrizioni, sono delle accumulazioni preventive di futuro, non sono post-iscrizioni o accumulazioni di esperienze del passato».
[65] Il quale, tuttavia, «a partire dal 1793, quando iniziò ad avvertire una crescente delusione per la tragica piega che stavano assumendo gli eventi francesi in conseguenza dell'avvento del Terrore, (…) finì per manifestare una profonda avversione per quelle che considerava ormai – al pari di Burke – le astratte, pericolose e sovversive affermazioni retoriche dei rivoluzionari». A ricordarlo è P. Rondini, *Edmund Burke e la cultura giuridica inglese del tardo Settecento*, in *Giornale di Storia costituzionale*, cit., p. 135.
[66] G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2023, p. 257.
[67] Così, P. Ignazi, *Partito e democrazia. L'incerto percorso della legittimazione dei partiti*, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 57.

alizzata, in gruppi politici dell'unica Camera rappresentativa[68] non poteva, infatti, che riproporre la questione dei mandati, a lungo invocati da esponenti giacobini imbevuti dell'ideologia del «*peuple*» in rivolta. Quanto di più lontano dall'idea di rappresentanza del "notabile" Burke, incardinata su quell'ideologia del «*trusteeship*»[69] funzionale ad evitare che «il rappresentante popolare (…) nell'espressione delle sue idee e nelle sue azioni» sia vincolato al «servizio alla Corona» quale «unico asilo dell'uomo di Stato»[70].

4. Sull'(in-)attualità delle riflessioni burkeane sul libero mandato parlamentare

Ragionare intorno al concetto di rappresentanza politica senza vincolo di mandato enucleato da Burke solleva questioni le più disparate, tutte estremamente rilevanti sul piano costituzionale. A partire, lo si è visto, dallo stesso rapporto tra Costituzione scritta e storia costituzionale, tra «volontà» costituente e realtà storico-politica, tra codificazione giuridico-formale e gradualità delle trasformazioni politico-sociali.

A voler restringere un contesto sì vasto di riflessioni alla "sola" questione della libertà del mandato politico, nella sua difesa della *Unwritten Constitution* e della centralità delle funzioni parlamentari, Burke finì per esaltare una concezione della rappresentanza politica che, nelle sue stesse premesse teorico-concettuali, palesava – già nel XVIII secolo – elementi di contrasto con le teorie contrattualiste che andavano occupando la modernità costituzionale. L'enfasi burkeana sulla centralità del Parlamento quale luogo di rappresentazione del tessuto pluralistico della società e di ricerca di una sintesi tra i grandi interessi della «nazione» si scontrerà, infatti, con l'avvento del nuovo soggetto della politica moderna e contemporanea: l'individuo e la sua «eguale» libertà, unica fonte di legittimazione del processo di formazione dell'impalcatura statale. Sarà Thomas Hobbes, com'è troppo noto per potersi in questa sede ulteriormente dilungare, a delineare la strategia di consolidamento «razionale» dell'assetto socio-istituzionale che, dai singoli «autori» risale sino agli «attori» della produzione normativa, la cui funzione rappresentativa legittima l'imposizione del comando alla collettività rappresentata, presunta «autrice» delle stesse leggi[71]. Un sì «razionale» assetto dei poteri costituiti non potrà che rivelarsi funzionale alla creazione dell'impalcatura statal-liberale ed alla limitazione dell'energia democratica risalente "dal basso". In questo rinnovato scenario politico-costituzionale, in cui la logica della «sovranità»

[68] Sull'ontologica organizzazione in gruppi delle Assemblee elettive moderne e contemporanee si veda A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare*, cit.
[69] Ad evidenziarlo è M. Calamo Specchia, *Burke e la Rivoluzione in Francia, ovvero la sublimazione del* panta rei, in *Giornale di Storia costituzionale*, cit., p. 82.
[70] E. Burke, *Speech at Bristol*, cit., p. 1780, citato da P. Chiantera-Stutte, *op. cit.*, p. 127.
[71] Inevitabile qui il rinvio ai Capitoli XVI e XVII del *Leviatano* di Thomas Hobbes.

s'intreccia con quella della «rappresentanza»[72], alcuni istituti sì cari a Burke – come il divieto di mandato imperativo – sopravvissero formalmente, ma – come si è anticipato – videro al contempo mutare la loro premessa teorica. Non più, infatti, «un conservatorismo comunitarista e anti-individualista»[73], ma l'individualismo proprietario funse da matrice di legittimazione di quel potere parlamentare che, proprio perché deputato alla produzione delle leggi fittiziamente imputate alla collettività rappresentata, veniva chiamato ad orientare l'azione del potere «esecutivo».

La concezione burkeana della rappresentanza politica fu, poi, rapidamente superata anche a causa dell'estensione del suffragio elettorale realizzato con il *Great Reform Act* con cui, nel 1832, Lord Grey abolì i "borghi putridi", riformando la stessa rappresentanza parlamentare[74].

Ancora. Mandando avanti le lancette della Storia, il delineato meccanismo hobbesiano di produzione del potere legittimo incontrerà un elemento di complicazione, contro il quale lo stesso Burke si era ripetutamente scagliato nelle *Reflections* del 1790: l'avvento delle «fazioni», come dispregiativamente le definiva il politico di Dublino, ossia di quelle organizzazioni propriamente partitiche che, al di fuori del Parlamento, inizieranno ad orientare e vincolare l'azione degli eletti riuniti nell'Assemblea legislativa. La diffusione di gruppi politico-partitici condurrà, infatti, già nel XIX secolo, a superare la figura del libero rappresentante della «Nazione» a tinte notabiliari cui guardava Burke, sostituendola con quella del rappresentante eletto attraverso la mediazione partitica e da questi, per il tramite dei gruppi, indirizzato nelle proprie attività parlamentari. Una realtà sì complessa, che in Inghilterra ha financo condotto – nel 2015 – ad introdurre il *Recall of MPs Act* al fine di rimediare alla *crisis of confidence* dell'elettorato rispetto ai partiti tradizionali[75], non sembra potersi interpretare attraverso la costruzione teorica elaborata dal Burke, il quale, cionondimeno, continua ad essere considerato "attuale" allorché si tenti di esaltare, talora acriticamente, la libertà del mandato politico rispetto all'indispensabile mediazione partitica.

Forse perché, quelle burkeane, sono argomentazioni funzionali a conservare una «forma» al di sotto della quale la «sostanza» del rapporto rappresentativo può consentire l'irre-

[72] Di contrario avviso sembra essere D. Nocilla, *Il libero mandato parlamentare*, in Aa.Vv., *Annuario 2000. Il Parlamento*, Atti del XV Convegno annuale dell'A.I.C., Padova, Cedam, 2001, pp. 50-51, a detta del quale «*il principio del divieto di mandato imperativo ha* (…) *una storia diversa ed autonoma da quella del principio della sovranità popolare* e l'intreccio tra questi due principi è solo occasionale, in quanto l'uno attiene alle regole per il funzionamento delle Assemblee, mentre l'altro, invece, alla determinazione della forma di Stato. Esse, infatti, si sovrappongono nel momento stesso in cui viene in questione il problema della democrazia rappresentativa, nella quale la funzione unificante del popolo – non più ente ideale, ma quale esiste nella concreta realtà – è assolta da organi elettivi, che agiscono in modo necessariamente autonomo ed indipendente dall'elettorato».

[73] Di cui Burke, secondo Robert Nisbet, citato da C. Martinelli, *L'eredità di Edmund Burke*, cit., p. 202, era «il capostipite ideologico». Il lavoro di Nisbet qui richiamato è Conservatorismo: sogno e realtà, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012.

[74] «Ma quale sarebbe stata», si chiede allora A. Torre, *op. cit.*, p. 37, l'«opinione» di Burke dinanzi a tali riforme destinate a tracciare «la trasformazione del Regno Unito in senso liberale?».

[75] Sul punto, si veda, tra gli altri, G. Caravale, *L'approvazione della prima procedura di recall a dieci anni dallo scandalo del rimborso spese dei deputati e la "crisis of confidence" verso la classe politica britannica*, in *Nomos – Le attualità nel diritto*, n. 1, 2019.

entari) emersione di interessi di categoria o di gruppi di pressione[76]? Fermiamoci qui, anche per evitare di utilizzare categorie burkeane al di fuori della realtà politico-costituzionale in cui sono germinate ed in cui, sola, esse paiono poter assolvere la propria funzione storico-materiale. L'Inghilterra di Giorgio III Hannover, verso il cui protagonismo politico era necessario consolidare la «sovranità» del Parlamento, anche al fine di anestetizzare quell'intraprendenza popolare che, "dal basso", per il tramite dei partiti, andrà rapidamente occupando la modernità parlamentare e costituzionale.

[76] Tanto è vero che, di fronte ad argomentazioni volte a difendere in fatto, piuttosto che (anche) in teoria, la libertà del mandato politico, «non ci si saprebbe sottrarre al dubbio se, nell'attuale condizione sociale ed economica di capacità autorealizzativa diretta degli interessi, la forma del libero mandato, che si vorrebbe ripristinare contro il mandato imperativo di partito, non sia per l'appunto la via per il compimento e la realizzazione nella sostanza del mercato degli interessi in parlamento». Così, G. Zagrebelsky, *La sovranità e la rappresentanza politica*, in Aa.Vv., *Lo stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive. Atti del convegno*, Roma, 30 giugno – 2 luglio 1993, Milano, Giuffrè, 1994, p. 85.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-45b

costituzionalismo britannico e irlandese

Teoria e storia costituzionale

Il fascino discreto della monarchia, dalla stampa alla rete

Giulio Enea Vigevani
Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

Marco Cecili
Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Il fascino discreto della monarchia, dalla stampa alla rete***

di Giulio Enea Vigevani*, Marco Cecili**

Abstract (Ita): Il contributo mira a ricostruire il rapporto tra l'opinione pubblica e la monarchia britannica. In questa prospettiva, si è tentato di inquadrare la nascita e lo sviluppo di una comunicazione diretta tra la Monarchia e il popolo, con l'emersione di un nuovo legame tra opinione pubblica e Corona, sconosciuto nei secoli precedenti. Dividendo l'analisi a seconda del mezzo di comunicazione e dell'uso fattone dai sovrani, si è partiti dalla stampa (e dalla Regina Vittoria) e, attraverso radio e televisione, si è giunti all'attualità, cioè ai social network, protagonisti di questi primi decenni del XXI secolo. Il filo rosso che lega tutte queste trasformazioni sembra quello del sempre maggiore avvicinamento della Corona al singolo cittadino attraverso l'utilizzo dei media.

Abstract (Eng): The essay aims to reconstruct the relationship between public opinion and the British Monarchy. In this perspective, an attempt has been made to frame the birth and development of direct communication between the Monarchy and the people, with the emergence of a new relationship between public opinion and the Crown, unknown in previous centuries. Dividing the analysis according to the medium of communication and the use made of it by the Sovereigns, we started with the press (and Queen Victoria) and, through radio and television, we arrived at the present day, i.e. the social networks, protagonists of these first decades of the 21st century. The red thread linking all these transformations seems to be that of the increasing proximity of the Crown to the individual citizen through the use of the media.

Parole chiave: Monarchia; opinione pubblica; mezzi di comunicazione

Keywords: Monarchy; public opinion; media

Sommario: 1. L'opinione pubblica nel costituzionalismo moderno: quale ruolo per la Corona?; 2. Vittoria e la prima Regina al tempo dei media; 3. La Radio tra Giorgio V e VI. La nascita della BBC; George V's Silver Jubilee and the BBC, in www.bbc.co.uk; 4. Elisabetta II, un lungo regno seguendo le trasformazioni dei media; 5. Internet e la Monarchia nel XXI secolo; 6. In conclusione

1. L'opinione pubblica nel costituzionalismo moderno: quale ruolo per la Corona?

Il concetto di opinione pubblica può costituire oggetto di studio sotto un duplice approccio: dal punto di vista della pubblicità del processo di formazione della stessa (con particolare riferimento al rapporto con i pubblici poteri) oppure relativamente al carattere pubblico dei contenuti oggetto di discussione[1].

È innegabile che per valutare la democraticità di un ordinamento[2] sia fondamentale verificare lo stato di salute del rapporto tra potere e opinione pubblica, che tradizionalmente si esprime da un lato attraverso la pubblicità dei procedimenti decisionali e dall'altro attraverso la creazione di un flusso di comunicazione tra rappresentati e rappresentanti, mediato dagli strumenti di comunicazione, in grado di orientare le decisioni politiche.

*** Contributo sottoposto a double blind peer review. Il presente saggio è destinato ad essere pubblicato, con modificazioni, in un successivo volume sulla Monarchia britannica edito da Wolters Kluwer, di prossima pubblicazione.

* Professore Ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

** Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca

[1] * Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca. ** Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Milano-Bicocca. N. Matteucci, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 421.

[2] Basti pensare al *Democracy Index* che annualmente viene stilato.

Per la scienza costituzionalistica è sempre più importante riflettere sulle attuali caratteristiche dell'opinione pubblica e su come queste ultime inevitabilmente influenzino la consistenza e la qualità del dibattito politico e culturale. Sotto questo punto di vista, il ruolo della Monarchia nel sistema costituzionale britannico è centrale, visto che è sicuramente oggetto dell'attenzione dell'opinione pubblica, ma è allo stesso tempo un fattore di impulso della discussione pubblica su temi centrali della vita sociale, pur nel generale rispetto del principio di neutralità che contraddistingue l'operato dei Sovrani.

Il rapporto tra Corona e popolo ha sempre avuto un tratto speciale. Come già osservò Bagehot, «*la ragione principale per cui la monarchia è una forma di governo solida sta nel fatto che si tratta di un sistema comprensibile. La maggior parte delle persone lo comprendono ed è raro trovare in tutto il mondo qualcos'altro che si capisca altrettanto bene. Si è spesso affermato che gli uomini sono guidati dalla loro immaginazione, ma sarebbe più giusto dire che sono governati dalla debolezza della loro immaginazione. La natura di una Costituzione, l'attività di un'assemblea, il gioco dei partiti, la formazione invisibile di un'opinione dominante, sono fatti complessi, difficili da capire e facili da fraintendere. Ma l'azione di una singola volontà e il comando di una singola persona sono cose facilmente comprensibili: tutti sono in grado di capirle e nessuno può mai dimenticarle*»[3].

L'importanza della "comunicazione" del Sovrano, quindi, è emersa già nelle prime trattazioni costituzionalistiche moderne, ma è evidente che in tale ambito giochi un ruolo determinante anche lo sviluppo dei mezzi di comunicazione. In effetti, come si vedrà, la Corona è stata in grado di avvicinarsi sempre di più al popolo proprio attraverso l'utilizzo dei *media*, permettendo di far conoscere, innanzitutto, la fisionomia del Sovrano, prima diffusa quasi esclusivamente con le monete o con qualche ritratto, fino a riuscire a parlare direttamente alla popolazione attraverso la radiodiffusione, senza considerare che oggi ogni cittadino può conoscere le vicende quotidiane della Casa Reale attraverso i giornali popolari e i *social network*.

Si è, in altri termini, progressivamente sviluppato un modello di comunicazione, certamente orientato dagli *spin doctors* di Buckingham Palace, nel quale *media* e cittadini sembrano più interessati alla vita dei reali che al modo in cui essi esercitano le loro attribuzioni costituzionali. Un modello che ha condotto a un giornalismo poco incline a esercitare la sua funzione di controllo del potere e semmai orientato a una narrazione "rosa"[4].

In questa prospettiva, si tenterà di inquadrare la nascita e lo sviluppo di una comunicazione diretta tra la Monarchia e il popolo, con l'emersione di un nuovo rapporto tra opinione pubblica e Corona, sconosciuto nei secoli precedenti. Dividendo l'analisi a seconda del mezzo di comunicazione e dell'uso fattone dai Sovrani, si partirà dalla stampa (e dalla Regina Vittoria) e, attraverso radio e televisione, si arriverà ai *social network*, protagonisti di questi primi decenni del XXI secolo, tanto da essere stati, forse più ancora della BBC, il principale mezzo di comunicazione utilizzato per avere informazioni sulla morte della Reg-

[3] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 69.
[4] Per una lettura critica, si veda R. Mosey, *Monarchy and the media*, in *The British Monarchy*, UK in a Changing Europe- The Constitution Unit, Londra, 2023, pp. 71 ss., disponibile all'indirizzo *web www.ucl.ac.uk/constitution-unit/news/2023/apr/new-report-british-monarchy*.

ina Elisabetta II, sull'incoronazione di Carlo III e sulle più recenti vicende sulla salute dei Windsor.

2. Vittoria e la prima Regina al tempo dei *media*

La nascita dei giornali nel Regno Unito avviene nel XVII secolo. Infatti, nel 1665 appare il primo periodico, la *Oxford Gazette*[5], anche se solo nel 1702 nasce il primo quotidiano, il *Daily Courant*[6]. Ma è soprattutto nel XIX secolo che la stampa si sviluppa in modo costante e diviene economicamente accessibile anche alla piccola borghesia, tanto da far sostenere a Hegel che «*il giornale è la preghiera del mattino dell'uomo moderno*».

Il periodo vittoriano, situato nella storia britannica tra circa il 1820 e il 1914, coincide approssimativamente (ma non precisamente) con il regno della Regina Vittoria (1837–1901)[7].

Questo è un evidente caso in cui la storia pone dei parametri entro i quali collocare una discussione e dotarla d'unità, anche se le epoche vengono individuate in termini del tempo percepito piuttosto che di quello strettamente cronologico[8].

Questo periodo è caratterizzato da una società stratificata, un aumento del numero degli aventi il diritto di voto, una crescente presenza dello Stato e una forte crescita economica, oltre allo *status* della Gran Bretagna come la maggiore potenza al mondo. Durante l'epoca vittoriana, la Gran Bretagna era una Nazione culturalmente vivace e ricca sia nel campo della letteratura (tra i molti Alfred Tennyson, Charlotte ed Emily Brontë, Charles Dickens, Bram Stoker, oltre a Oscar Wilde e George Bernard Shaw dalla vicina Irlanda) sia dell'arte (si pensi ai preraffaelliti) e con una forte stabilità istituzionale. In tutto ciò Vittoria ha avuto un ruolo piuttosto modesto: altri governavano la politica del Paese e le sue idee non erano certo indirizzate al progresso. Tuttavia, per un Paese disorientato dal proprio impetuoso cambiamento, Vittoria ha rappresentato la stabilità, la continuità, il perdurare rassicurante delle tradizioni. Così Vittoria è diventata l'emblema di un Paese e di un'epoca.

Il XIX secolo, come detto, almeno per la storia inglese, è dominato dalla figura della Regina Vittoria, che salì al trono il 20 giugno 1837, meno di un mese dopo il suo diciottesimo compleanno e vi restò sino alla sua morte nel 1901[9]. Dopo la forte instabilità a seguito

[5] M. Harris, A.J. Lee (eds.), *The Press in English Society from the Seventeenth to Nineteenth Centuries*, Fairleigh Dickinson University Press, Vancouver, 1986, pp. 11 ss.
[6] J. Grant, *The Newspaper Press*, Vol. I, Tinsley Brothers, Londra, 1871, pp. 87 ss.
[7] Si rinvia a R. Marx, *La regina Vittoria e il suo tempo*, il Mulino, Bologna, 2001.
[8] J. Black, *Eighteenth-Century Britain*, Palgrave Macmillan, Londra, 2008. Un esempio concreto di tale lettura si ha con Eric Hobsbawm (*The Age of Extremes*, Penguin, Londra, 1994), il quale definisce il XX il "secolo breve", collocandolo tra gli anni 1918 e 1991 (tra la fine della Prima Guerra Mondiale e il crollo dell'Unione Sovietica), mentre David Blackbourn individua il XIX secolo tra la Rivoluzione Francese e il 1918 (*The Long Nineteenth Century: A history of* Germany, 1780-1918, Oxford University Press, Oxford, 1997).
[9] Vittoria era figlia di Edoardo, quarto figlio di Giorgio III, e della principessa tedesca Vittoria di Leiningen, la quale, incinta, compì il lungo e scomodissimo viaggio dalla Germania in Inghilterra per garantire che la figlia nascesse sul suolo britannico, condizione necessaria affinché potesse avere possibilità di accedere al trono. Alexandrina Victoria, fin da bambina, fu guardata a vista dalla madre e dall'ambizioso segretario Sir John Conroy, che sperava che la madre assumesse la reggenza nel caso che Guglielmo IV morisse prima del diciottesimo compleanno della erede al trono. Vittoria fu educata con un codice rigidissimo di comportamento ed etichettato come *The Kensington System*.

della morte di Giorgio III e IV e del settennato di Guglielmo IV, divenne regina, quindi, una giovane donna, politicamente lontana dagli eccessi degli zii che l'avevano preceduta, legandosi idealmente alle aspettative della borghesia che avevano circondato la principessa Carlotta, unica figlia di Giorgio IV, morta prematuramente a causa di un parto.
Laetitia Landon descrisse l'ascesa al trono di Vittoria come l'avvento di un «*regno primaverile*»[10] e furono diffuse molte stampe, tutte con una forte idealizzazione di Vittoria. La rivista popolare *Figaro* di Londra ironizzò che John Bull (l'equivalente inglese dello Zio Sam negli Stati Uniti), fosse così felice di essere governato da Vittoria che si sarebbe tagliato le orecchie se la Sua Maestà lo avesse richiesto[11].
Vittoria rappresentò indubbiamente sia un'ondata di freschezza sia una difesa dell'istituzione monarchica rispetto ai venti rivoluzionari che stavano spirando in Europa. La Regina incarnò quello che potremmo definire un "populismo reale". Uno degli elementi più sorprendenti del sentimento intorno a Vittoria nei primi anni del suo regno era il modo in cui veniva concepita l'immagine della Regina, con la crescita di una cultura "visiva" e della stampa orientata al commercio, tanto che si sostenne che in quel periodo si soffriva di un attacco di "*Queenphobia*"[12].
Il punto chiave, infatti, è che la Regina Vittoria è stata una delle più importanti beneficiarie della fiorente e nuova attività della stampa e della grafica[13]. Negli anni Trenta dell'Ottocento, infatti, vi fu una grande espansione del commercio sia delle stampe individuali sia dei periodici illustrati. La litografia, insieme all'incisione su legno e su acciaio, divenne sempre più diffusa. L'introduzione dell'incisione su acciaio negli anni Venti dell'Ottocento aveva contribuito a far nascere nuovi fenomeni editoriali (es. annuali letterari) e permise la diffusione di stampati in gran parte della società. Particolarmente importante durante quel periodo fu anche la riscoperta dell'incisione su legno, un mezzo ideale per fornire illustrazioni a basso costo, ma di alta qualità.
Oltre a questi cambiamenti nella riproduzione grafica, i primi anni Trenta del XIX secolo videro la nascita della letteratura popolare e tale espansione significò che l'immagine di Vittoria fosse disponibile attraverso un'ampia gamma di mezzi di comunicazione, che spaziava dai diorami a semplici immagini, fino ad arrivare ai quotidiani e a libricini tematici. Durante il regno di Vittoria, inoltre, si registrarono altre trasformazioni che coinvolsero i mezzi di comunicazione, come lo sviluppo della fotografia e, come detto, dei quotidiani, che non furono, però, uno strumento antimonarchico e clandestino come in molti casi nel resto d'Europa, ma permisero la nascita di un giornalismo professionalizzato, piuttosto conformista specie nei confronti della Corona e senza generalmente velleità di rovesciamento dello *status quo*.

---

[10] *To Victoria,* ora in *Flowers of Loveliness; Twelve Groups of female figures, emblematic of flowers*, Ackermann, New York-Londra, 1838.
[11] *The Queen Riding the Bull*, in *Figaro in London*, 20 January 1838.
[12] *Editorial,* in *Cleave's London Gazette and Satirist of Variety*, 28 ottobre 1837.
[13] I. Christie, *'A very wonderful process': Queen Victoria, photography and film at the* fin de siècle, in M. Merk (ed.) *The British monarchy on screen*, Manchester University Press, Manchester, 2016, pp. 22-23 ricostruisce la passione personale di Vittoria e di Albert per la fotografia, tanto che al Castello di Windsor era presente una "camera oscura".

La diffusione delle immagini della Sovrana in ogni livello della società fu accompagnata dalla costruzione dell'immagine pubblica di Vittoria. La modernità della figura della Regina influenzò la rappresentazione mediatica della Corona, tanto che riviste come il *Punch*, lo *Spectator* e il *Penny Satirist* furono i fautori della nascita di una "monarchia mediatica". Ad esempio, il *Figaro* di Londra definì l'apertura del Parlamento da parte di Vittoria nel 1837 come uno "spettacolo reale", concepito in termini di sfarzo, sottolineando il ruolo stesso di Vittoria, rappresentata come una celebrità, la protagonista della rappresentazione in atto[14].

Inoltre, all'apice del suo Regno, la Regina Vittoria rappresentava probabilmente la donna borghese ideale e la sua famiglia era una rappresentazione fedele di quella tradizionale[15]. Ciò fu possibile anche grazie all'aiuto del marito, il Principe Albert, e della loro famiglia in continua crescita a causa delle numerose gravidanze[16]. Fu centrale la volontà di Vittoria di rappresentare la madre domestica della classe media, anche nella sua chiara accettazione (almeno in pubblico) del pensiero dominante nel XIX secolo, cioè che per una donna fosse opportuno sottostare all'autorità dei mariti[17].

Il matrimonio, inoltre, fu visto positivamente dall'opinione pubblica, che riteneva opportuno che la Regina si sposasse, affinché anche l'influenza maschile avesse potuto indirizzare le sue scelte, poiché era considerato non solo preoccupante, ma anche insolito che una donna, persino una Regina, prendesse decisioni autonomamente[18]. Un'altra ragione per cui il loro matrimonio piacque fu l'adorazione reciproca tra i coniugi: a differenza dei precedenti matrimoni combinati, forzati da esigenze politiche, questo fu un successo grazie a una simpatia quasi istantanea tra i due[19]. Il matrimonio era quello, quindi, di una coppia felicemente sposata, rappresentando un esempio da seguire nella società borghese del XIX secolo. Tuttavia, è importante ricordare che il rapporto tra Vittoria e Albert non fu sempre facile.

Ci furono, infatti, molte sfide nel loro matrimonio, spesso dovute all'innegabile superiorità di Vittoria in quanto Regina. Vittoria può aver mostrato di approvare lo stile di vita borghese e il modo in cui ci si aspettava che la moglie borghese vivesse, ma si potrebbe sostenere che, sebbene Vittoria incoraggiasse la posizione della donna borghese, ella si trovava in un ruolo unico come Regina, che le permetteva di affermare la sua autorità quando lo ritenesse necessario[20]. Pertanto, poiché realisticamente l'autorità di Vittoria contraddiceva le aspettative di una moglie borghese che doveva rimanere obbediente e sottomessa al mar-

[14] *The Royal Actresses Debut*, in *Figaro in London*, 25 novembre 1837 («*If it be true that 'all the world's a stage', we suppose that Kings and Queens must be tip-top performers; stars engaged at heavy salaries, to play the leading business of this terrestrial hemisphere, Victoria has come out, in the character not only of a lady actress, but as a manageress on her own account*»).
[15] R.J. Mundhenk, L. McCracken Fletcher, *Victorian Prose: an Anthology*, Columbia University Press, New York, 1999, p. 270.
[16] La Regina Vittoria e il Principe Alberto ebbero ben nove figli.
[17] Si pensi anche al cognome paterno che venne dato ai loro figli.
[18] Al contrario, come noto, la Regina Elisabetta I non si sposò e regnò per ben 45 anni.
[19] D. Goodwin, S. Sheridan, *Victoria and Albert. A Royal Love Affair*, St. Martin's Press, New York, 2017, *passim.*
[20] T. Whittle, *Victoria and Albert at Home*, Routledge, Londra, 2023, *passim.*

ito, si potrebbe dire che è sì diventata un'icona della classe media, ma non è mai stata davvero una moglie borghese.

Dopo la morte di Albert, iniziò una diffusa e crescente insoddisfazione per il mancato adempimento dei doveri pubblici da parte della Regina[21]. Il Principe morì a soli 42 anni e la vedovanza della Regina durò ben 40 anni, che trascorse per gran parte a Osborne House, sull'isola di Wight. Lo spirito monarchico iniziò, quindi, a calare, soprattutto perché la Regina era effettivamente scomparsa dalla vita politica, tanto da far emergere alcune tendenze repubblicane[22]. Il lutto di Vittoria assunse una tale profondità e durata che per il popolo era difficile comprenderne le ragioni.

Con il passare del tempo, Vittoria fu incoraggiata a riprendere una vita pubblica e a soddisfare la richiesta di un monarca più "operativo": vi era la necessità che fosse vista regnare. Con l'aiuto decisivo del Primo Ministro Disraeli, Vittoria cominciò a riemergere dal suo triste "esilio" e tornò a occupare nuovamente una posizione di rilievo per l'opinione pubblica britannica. Negli ultimi trent'anni della sua vita riprese ad apparire in pubblico, anche se sempre in abiti da lutto, e la sua popolarità risalì, specie in occasione del suo giubileo d'oro nel 1887 e di quello di diamante nel 1897[23].

Quando Vittoria morì, il 22 gennaio 1901, la Nazione sembrò quasi intorpidita dalla perdita di una Regina il cui regno era sembrato quasi eterno. Come si notò, infatti «*la grande maggioranza dei suoi sudditi non aveva mai conosciuto un momento in cui la Regina Vittoria non avesse regnato su di loro*»[24]. L'impatto su una ampia parte del popolo britannico fu di un profondo senso di perdita, tanto che «*un lutto attonito aveva travolto il Paese*»[25]. Un treno speciale trasportò la salma della Regina a Victoria Station e durante il tragitto ci furono infiniti gesti di deferenza. Il percorso della salma da Victoria Station a Paddington fu fiancheggiato da una folla silenziosa, tanto che ampia parte della popolazione visse quel momento come una tragedia personale. Stanley Weintraub affermò, infatti, che «*persino le prostitute camminavano per le strade di Londra vestite a lutto, e gli spazzini portavano la crespa sulla scopa*»[26] e il Primo Ministro Salisbury descrisse Vittoria come «*una specie di barometro del popolo*»[27].

La Regina Vittoria regnò in un'epoca decisiva per lo sviluppo della politica inglese in senso democratico e per l'espansione dell'Impero britannico. Vittoria sembra essere riuscita a mantenere un livello di energia, insieme a un senso di ottimismo, che contagiò l'intera popolazione inglese. Un particolare orgoglio nazionale era legato al nome di Vittoria e l'Inghilterra "vittoriana" abbracciò in pieno (almeno in pubblico) l'etica proposta della Regina e l'immagine dei suoi valori familiari. Alla fine del suo regno Vittoria era diventata espressione delle salde virtù della sua epoca, dei valori della famiglia, dell'integrità della

[21] E.T. Williams, M. Veldman, *Widowhood of Victoria*, in *www.britannica.com*.
[22] C. Matthew (ed.), *The Nineteenth Century: The British Isles 1815-1901*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 122.
[23] *The London Gazette*, 14 marzo 1898 (in *www.thegazette.co.uk/London/issue/26947/data.pdf*).
[24] I. Jack, *Ambivalence about the Queen seems modern – but it's actually a Victorian feeling*, in *www.theguardian.com,* 28 maggio 2022.
[25] *Ibidem.*
[26] *The Public Image of Queen Victoria*, in *www.allempires.com.*
[27] Sul punto si veda C. Comstock Weston, *Lord Salisbury: Conservative Political Leader and Preeminent Politician in Victorian England*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 142, n. 1, 1998, pp. 74-80.

parola data e della sincera disapprovazione della leggerezza. Come ha notato David Cannadine, l'Inghilterra vide «*il riemergere di Vittoria negli ultimi decenni del suo regno come icona pubblica, simbolo nazionale e totem imperiale*»[28].
Alla sua morte, la posizione della monarchia era salda, anche grazie all'idea che Vittoria aveva dato di sé, sfruttando gli emergenti *media* dell'epoca[29] per fornire un'immagine sempre diversa di se stessa: da giovane portatrice di freschezza e di una nuova politica a madre e moglie devota, fino a rappresentare, durante gli ultimi anni, la stabilità della Nazione ed essere considerata la matriarca delle monarchie europee (anche perché gran parte dei sovrani europei a inizio del XX erano imparentati tra loro attraverso Vittoria) e la guida della grande famiglia britannica sparsa per il mondo.

3. La Radio tra Giorgio V e VI. La nascita della BBC

Dopo la Prima guerra mondiale la radio iniziò a essere usata anche per la radiodiffusione circolare, cioè l'uso che a noi è familiare: la trasmissione di programmi sonori da parte di apposite stazioni emittenti da ascoltare tramite apparecchi riceventi. Guglielmo Marconi già nel 1896 si era recato nel Regno Unito per illustrare ai tecnici del Ministero delle Poste britannico le qualità del suo telegrafo senza fili[30], antenato, in qualche modo, della radio moderna. Il primo servizio regolare di trasmissioni prese avvio nel 1920 nel Regno Unito e poco dopo, nel 1923, nacque come *Company*, cioè un'impresa privata, e trasformata in *Corporation* nel 1927, la *British Broadcasting Company* (BBC), che, ancora oggi, è il più antico, prestigioso e "imitato" *broadcaster* pubblico.
Le fasi iniziali della produzione radiofonica furono contrassegnate da un forte controllo da parte delle autorità, chiaramente preoccupate dagli usi del nuovo mezzo di comunicazione. Molti esponenti politici ritenevano che la radiodiffusione dovesse essere regolata, mirando a garantirne l'autonomia da quei gruppi di pressione privati che, a vari livelli, potevano in qualche modo influenzarla. Le richieste per sviluppare un servizio radiofonico a uso civile aumentarono considerevolmente con la fine della Prima guerra mondiale, sospinte dall'entusiasmo dei fautori della nuova tecnologia e dalle prospettive di guadagno dei produttori di apparecchi radiofonici.
Anche se la produzione delle apparecchiature riceventi fu lasciata al settore privato, il Governo incaricò il Ministero delle Poste di coordinare la gestione del servizio di radiodiffusione circolare, affinché venisse garantita la sicurezza militare del Paese e si certificasse l'esclusione dalle trasmissioni di programmi ritenuti scabrosi o offensivi[31].

---

[28] D. Cannadine, *The Context, Performance and Meaning of Ritual: The British Monarchy and the 'Invention of Tradition' c. 1820-1977*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, pp. 101-164.
[29] Nel 1888 fu registrata la voce della Regina, ma ci si trovava agli albori di questo sistema. Oggi tale registrazione è facilmente rinvenibile su *Youtube* e grazie a interventi di eliminazione dei rumori è possibile conoscere la voce della Sovrana.
[30] S. Amore, *Telegrafo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. XV, UTET, Torino, 1999, p. 245.
[31] M. Hibberd, *Il grande viaggio della BBC. Storia del servizio pubblico britannico dagli anni Venti all'era digitale*, RAI-ERI, Roma, 2005, p. 27.

Nel frattempo, la BBC – costituita da un consorzio di costruttori di apparecchi radiofonici il cui scopo era quello di trasmettere programmi per incentivare il pubblico all'acquisto degli apparecchi stessi, ma non di fare profitti direttamente attraverso i programmi trasmessi – rimase di proprietà privata. La prima BBC, infatti, fu finanziata da una tassa applicata a tutti i nuovi apparecchi radiofonici venduti dalle società che partecipavano al consorzio e da un canone di abbonamento al servizio. La reputazione della BBC, divenuta, come detto, il 1° gennaio 1927 una *Corporation* pubblica, si consolidò ulteriormente a partire dal 1932, anno in cui John Reith, il "leggendario" direttore generale che riteneva che il servizio pubblico dovesse godere di assoluta indipendenza dal potere politico, convinse Re Giorgio V (che possedeva un buon numero di apparecchi con i quali seguiva le varie trasmissioni in modo assiduo) a tenere il primo discorso alla Nazione in occasione del Natale, un appuntamento presto diventato tradizionale.
Si trattò di un momento molto importante per i rapporti tra la BBC, la Monarchia e il popolo britannico, che offrì l'opportunità alla maggior parte delle persone di ascoltare per la prima volta la voce del Sovrano, che entrò direttamente nelle case dei britannici nel mondo. Il giubileo d'argento di Giorgio V, nel 1935, fu il primo grande evento mediatico seguito dalla BBC[32]

George V's Silver Jubilee and the BBC*, in *www.bbc.co.uk

, che rafforzò la sua immagine di garante dell'interesse nazionale e dei valori tradizionali. Questa linea editoriale, però, non sempre era apprezzata dall'ampia fascia di popolazione che si identificava nella *working class* di estrazione operaia e impiegatizia. Come ha dimostrato il massmediologo Stuart Hood, negli anni Venti e Trenta la BBC realizzò diversi programmi banali e decisamente poco coraggiosi[33], tanto che negli anni Trenta, il 60% degli ascoltatori radiofonici si sintonizzava durante il fine settimana sulle stazioni commerciali francesi, che trasmettevano programmi più attraenti rispetto a quelli proposti dalla BBC[34].
Con la morte di Giorgio V la successione reale fu trasmessa radiofonicamente per la prima volta e permise un'immediata conoscenza della notizia, superando per celerità l'annuncio dato attraverso la stampa. Inoltre, si registrarono le prime immagini del funerale reale, trasmettendo e diffondendo momenti molto importanti per la Nazione. Anche l'abdicazione di Edoardo VIII vide protagonisti i nuovi mezzi di comunicazione. Il Sovrano, il 10 dicembre 1936, firmò l'atto di abdicazione dal trono d'Inghilterra in favore del fratello Albert. Il suo regno durò quasi un anno e alla fine dovette arrendersi e abdicare giacché il Re del Regno Unito, come noto, è per diritto capo della Chiesa d'Inghilterra e questa non poteva approvare la decisione del Sovrano di sposare l'americana Wallis Simpson divorz-

32

33 M. Hibberd, *op. cit.*, p. 60.
34 Per un'analisi della lunga storia della BBC si veda M. Hibberd, *op. cit.*, *passim* e G.E. Vigevani, *I media di servizio pubblico nell'età della rete. Verso un nuovo fondamento costituzionale, tra autonomia e pluralismo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 63-110. Una visione più critica è in T. Mills, *The BBC: Myth of a Public Service*, Verso Books, Londra, 2016.

iata, risposata e ancora legata da un vincolo matrimoniale. Lo stesso Edoardo VIII diede l'annuncio via radio e furono preparate notizie video da diffondere nei cinema.
L'incoronazione di Giorgio VI, quindi, fu la prima ad essere trasmessa in maniera capillare[35], ma fu soprattutto l'annuncio dell'entrata in guerra a rappresentare, come ben ricorda il film di Tom Hooper del 2010 "*Il Discorso del Re*"[36], un evento centrale nel rapporto tra Monarchia e mezzi di comunicazione di massa in quegli anni. Il 3 settembre 1939, infatti, Giorgio VI tenne uno storico discorso radiofonico, preparato a lungo e con minuzia per evitare ogni indecisione nella resa per la balbuzie del Sovrano. Ancora oggi viene ricordato come uno dei momenti chiave della recente storia europea, affrontato con grande dignità e partecipazione da un Re "che non si era preparato per esserlo", ma che anno dopo anno divenne un punto di riferimento per i britannici, conquistando l'ammirazione dei sudditi con i suoi discorsi radiofonici pieni di *pathos* e di speranza per l'avvenire.

4. Elisabetta II, un lungo regno seguendo le trasformazioni dei *media*

Il forte legame tra la Regina Elisabetta e i *media* è stato chiaro fin dalla giovinezza dell'allora Principessa, visto che a soli sei anni, nella sua *nursery* era stato installato un apparecchio giocattolo, che, prontamente battezzata *Radio Baby*, si diffuse anche tra le famiglie più abbienti. L'uso istituzionale del mezzo, però, iniziò già all'età di quattordici anni con il suo primo discorso radiofonico. Era il 13 ottobre del 1940 e parlò a tutti i bambini del Commonwealth[37], molti dei quali erano stati evacuati dalle città per sfuggire ai bombardamenti tedeschi. Il suo messaggio alla Nazione, assieme alla sorella Margaret, fu trasmesso dalla BBC durante la *Children's Hour*, lo spazio dedicato ai più piccoli. L'allora "erede presuntiva al trono"[38] si rivolse direttamente ai minori dell'Impero, considerando che «*a centinaia siete stati costretti a lasciare le vostre case, a separarvi dai vostri genitori. Non vi dimenticheremo*», aggiungendo che «*io e mia sorella Margaret Rose vi siamo vicine, perché sappiamo per esperienza cosa significa essere lontani dalle persone che amiamo di più*», evidenziando che alla fine della guerra «*sarà compito vostro, voi bimbi di oggi, rendere il mondo di domani un luogo migliore e più felice*»[39].
In occasione del Natale 1952 venne trasmesso il suo primo messaggio radiofonico in qualità di Regina ai sudditi britannici. Ella aveva solo 26 anni ed erano passati solo pochi mesi dalla morte del padre[40]. Ma se va individuato uno strumento che si lega al lungo regno di Elisabetta, questo è senza dubbio la televisione.
Tra il 1951 e il 1958 i salari reali aumentarono del 20% e la percentuale di lavoratori che possedeva una casa di proprietà passò dal 32% al 39%, mentre tra il 1951 e il 1964 il

[35] Esistono video e immagini dell'incoronazione di Giorgio V, ma ovviamente la diffusione fu ridottissima.
[36] Grazie al *film* conosciamo la figura di Lionel Logue, logopedista australiano che fu vicino a Giorgio VI durante la sua incoronazione a Westminster e, soprattutto, nella preparazione del testo contenente l'annuncio della dichiarazione di guerra alla Germania.
[37] La Regina Elisabetta ha sempre tenuto in considerazione il suo ruolo nel Commonwealth. Per G. Treves, *Il Commonwealth britannico,* Edizioni di Comunità, Milano, 1950, p. 102 «*La Corona è sempre stata considerata come la chiave di volta su cui appoggia l'arco del Commonwealth, e spesso anche il suo solo vincolo giuridico, in quanto i suoi Stati hanno diversi Parlamenti e diversi Governi, ma hanno lo stesso Sovrano*».
[38] In caso di nascita di un figlio maschio, infatti, avrebbe perso la possibilità di succedere al trono.
[39] *Wartime broadcast* 1940, in *www.royal.uk/wartime-broadcast-1940*.
[40] *Christmas Broadcast* 1952, in *www.royal.uk/queens-first-christmas-broadcast-1952*.

ero di apparecchi televisivi aumentò da 1 a 13 milioni. Nel secondo dopoguerra, infatti, l'entrata in scena della televisione ridisegnò gli assetti della radiodiffusione di servizio pubblico, anche se servì del tempo. Lo stile delle prime trasmissioni televisive, infatti, ricalcò i principi già consolidati con la radio. Nonostante la guerra avesse determinato una certa diversificazione delle trasmissioni, con il tentativo di prestare più attenzione al pubblico di estrazione popolare, il registro predominante della programmazione della BBC era ancora elitario e tendeva a privilegiare i temi della cultura nazionale e dell'educazione.

L'evento che rese esplicito il potenziale della televisione riguardò, però, ancora una volta la Monarchia: l'incoronazione della Regina Elisabetta II, avvenuta nel 1953, raccolse davanti agli schermi un pubblico stimato in 23 milioni di spettatori, pari alla metà dell'intera popolazione britannica. Questo evento, trasmesso in diretta il 2 giugno 1953, è stato quello che più di ogni altro ha reso la televisione un mezzo di comunicazione davvero di massa, segnando la nascita dell'uso generalizzato della televisione in Europa, ma al tempo stesso, la modernizzazione della Monarchia. La copertura dell'evento da parte della BBC comprendeva telecamere installate per la prima volta all'interno dell'Abbazia di Westminster, anche su suggerimento del Principe Filippo, per mostrare l'incoronazione. La Regina acconsentì a questa novità, anche superando le critiche di una parte più restia dell'amministrazione, rivelando la volontà della Monarca di restare al passo con i tempi.

Nel 1957 si tenne poi il primo messaggio reale di Natale in televisione[41], tanto che la Regina affermò «*twenty-five years ago my grandfather broadcast the first of these Christmas messages. Today is another landmark because television has made it possible for many of you to see me in your homes on Christmas Day*». La Regina auspicò, quindi, che «*I very much hope that this new medium will make my Christmas message more personal and direct*», ponendo le basi di uno storico ravvicinamento comunicativo tra la Corona e la popolazione *(«It is inevitable that I should seem a rather remote figure to many of you. A successor to the Kings and Queens of history; someone whose face may be familiar in newspapers and films but who never really touches your personal lives. But now at least for a few minutes I welcome you to the peace of my own home*»).

I primi anni del regno elisabettiano videro, come detto, anche lo sviluppo della televisione commerciale. La legge sulla televisione del 1954 (*Television Act*) suggellò la nascita di un sistema federale di imprese televisive regionali, denominato ITV (*Independent Television*), finanziato dalla pubblicità. La ITV aveva l'obbligo di trasmettere una programmazione diversificata, tra cui un notiziario quotidiano e una serie di programmi a produzione regionale. La televisione commerciale ereditò la tradizione del servizio pubblico di radiodiffusione e per questo si ritiene che «*ITV venne creata a immagine e somiglianza della BBC*»[42]. In effetti, le nuove compagnie televisive commerciali erano sottoposte a un quadro normativo concepito per garantire la realizzazione di un servizio pubblico, piuttosto che di un profitt-

[41] *Christmas Broadcast 1957*, in *www.royal.uk/christmas-broadcast-1957*.
[42] J. Seaton, *The BBC under threat*, in J. Curran, J. Seaton, *Power without Responsibility. The Press and Broadcasting in Britain,* Routledge, Londra, 2010, p. 159.

o per i proprietari privati. Nonostante ciò, la fase del monopolio e della "dittatura culturale" della BBC poteva considerarsi chiusa per sempre[43].

L'organizzazione del nuovo sistema di radiotelevisione commerciale era stata concepita come risposta alle accuse di eccessiva attenzione nei confronti di Londra. Per prima cosa, l'ITV fu strutturata, come detto, in un sistema di tipo "federale", che prevedeva la partecipazione di diverse società regionali, ciascuna con il compito di produrre programmi destinati in gran parte ai rispettivi pubblici locali. L'emittente garantiva, tuttavia, un servizio nazionale di informazione condiviso tra le diverse sedi regionali – ITN, *Independent Television News* – e una fascia di programmazione comune nell'orario di massimo ascolto. In secondo luogo, si stabilì che ITV fosse finanziata esclusivamente tramite la vendita di spazi pubblicitari. Fu scelto questo modello di finanziamento per evitare, almeno teoricamente, qualunque competizione diretta tra il canale commerciale e la BBC, che contava su una fonte economica completamente estranea alla pubblicità[44].

Con l'avanzare del tempo e con la "rivoluzione" culturale e sociale degli anni Ottanta emerse sempre più un giornalismo legato al c.d. *gossip*, che vide nelle "vicende reali" un oggetto d'elezione[45]. La vita privata della famiglia reale fu oggetto di attenzione quasi morbosa da parte dei c.d. *tabloid* e degli *show* televisivi, ma è innegabile che questo interesse era alimentato dalle vicende che videro protagonisti i figli della Regina, visto che quest'ultima difficilmente si poneva al centro di polemiche o scandali[46].

I primi anni Novanta furono forse tra i più complessi nella lunga vita della Regina Elisabetta anche per quanto concerne i rapporti con i media, tanto che essa stessa definì il 1992 come un "*annus horribilis*" (non solo perché il castello di Windsor fu colpito da un incendio)[47]. In quegli anni, ben tre dei suoi quattro figli divorziarono, mettendo la Corona britannica in difficoltà, visto lo stretto legame con la Chiesa anglicana. Il 19 marzo 1992 fu dato l'annuncio della separazione del Principe Andrea da Sarah Ferguson, proseguita il 23 aprile con il divorzio della Principessa Anna da Mark Phillips, e culminata a giugno con le anticipazioni del libro *Diana. Her true Story*, cioè un dettagliato catalogo di

[43] L'ITV iniziò a trasmettere nell'area di Londra il 22 settembre 1955, ma ci vollero quattro anni prima che il servizio fosse disponibile in tutto il territorio delle Isole Britanniche. Sul punto, cfr. *The End of the Monopoly. 1. Acts of Parliament*, in A. Briggs, *The History of Broadcasting in the United Kingdom. Volume Four. Sound and Vision,* Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 966-968.

[44] *Ibidem*. La rete di proprietà pubblica, ma finanziata soprattutto attraverso le entrate pubblicitarie, è *Channel Four*.

[45] Anche l'arte è stato un campo in cui l'immagine della Regina è diventato un oggetto di rappresentazione, si pensi paradigmaticamente alle opere di Andy Warhol. Anche in ambito musicale la Regina è stata spesso citata, sul punto si rinvia a F. Prisco, *«The Queen is dead», il controverso rapporto tra Elisabetta II e il rock inglese*, in *www.ilsole24ore.com*, 9 settembre 2022. Emblematica in questo senso la censura nel 1977 da parte della BBC e dell'*Independent Broadcasting Authority* del singolo dei Sex Pistols *God Save the Queen*, brano assai irriverente nei confronti della Sovrana, pubblicato proprio in occasione del giubileo d'argento della Regina.

[46] Nei primi anni di regno si realizzò anche il caso legato alla relazione tra la Principessa Margaret e Peter Townsend. A causa del *Royal Marriages Act* del 1772, infatti, poiché Margaret aveva meno di 25 anni era necessario che la Regina desse la sua approvazione al matrimonio della sorella. Ma Elisabetta II era anche capo della Chiesa d'Inghilterra, ed essendo Townsend divorziato, non poté concedere l'autorizzazione al *royal wedding*, visto che pochi anni prima Edoardo VIII aveva abdicato pur di sposare la divorziata Wallis Simpson.

[47] L'episodio numero 5 della stagione 4 della nota serie "*The Crown*" si intitola proprio "*annus horribilis*".

recriminazioni matrimoniali nel quale la Principessa del Galles definiva se stessa «*un agnello sacrificale portato al macello il giorno del suo matrimonio*»[48], tanto che a dicembre 1992 fu annunciato il divorzio tra Carlo e Diana.

È interessante notare come la catena di divorzi coinvolse anche il matrimonio della Principessa Anna con il suo primo marito, Mark Phillips, celebrato il 14 novembre 1973 nell'abbazia di Westminster davanti a 500 milioni di spettatori nel mondo, divenendo uno dei primi *royal wedding* seguiti dalla classe media attraverso la televisione e i rotocalchi. Particolarmente "movimentato" fu anche il matrimonio tra il Principe Andrea con Sarah Ferguson, visto che quest'ultima fu al centro di uno scandalo giornalistico: fu fotografata in *topless* a Saint Tropez in compagnia del miliardario texano John Bryan. La fine della relazione tra il Principe Carlo e Diana, i quali si erano sposati il 29 luglio 1981 davanti a 750 milioni di spettatori, merita di essere ricordata anche per l'uso assai sofisticato e spregiudicato dei *media* da parte di entrambi, al fine di conquistare la fiducia dell'inglese medio e screditare l'ex coniuge.

Fu la morte di Diana, avvenuta il 31 agosto 1997, a rappresentare la più profonda frattura mediatica tra la Regina Elisabetta e il popolo britannico. La morte della "Principessa del popolo", come l'aveva definita l'allora Primo ministro Tony Blair[49], sconvolse i sudditi del Regno Unito e mise a dura prova il protocollo di corte. La Regina, rispettosa della tradizione, gestì la situazione con evidente difficoltà. Mentre un fiume di persone depositava mazzi di fiori per Diana davanti ai cancelli di Buckingham Palace e attendeva in coda, per ore e ore, per firmare i libri di condoglianze a St. James Palace, Elisabetta rimase con la famiglia nel castello scozzese di Balmoral[50]. Lo iato tra il Palazzo e il popolo può essere riassunto con un singolo episodio: su Buckingham Palace non fu issata la bandiera a mezz'asta, visto che il protocollo vuole che questa non venga innalzata quando la Regina è assente. Elisabetta uscì dall'impasse decidendo di rientrare a Londra e di presenziare ai funerali che sarebbero stati pubblici (ma non di Stato), come Blair aveva consigliato. Non solo: la bandiera reale, rompendo la prassi, sventolò a mezz'asta sul pennone più alto di Buckingham Palace. Solo il 5 settembre 1997 la Sovrana parlò ai sudditi e ricordò Diana in diretta televisiva. Il giorno dopo due miliardi e mezzo di persone nel mondo seguirono in diretta le esequie di Diana[51], trasformandole in uno degli eventi televisivi più visti della storia, coinvolgendo in prima persona personaggi dello spettacolo, associazioni umanitarie e l'intera popolazione, che nella *England's rose*[52] vedevano un punto di riferimento.

Durante la "Settimana dei fiori"[53] fu fondamentale il ruolo delle testate giornalistiche e dei *media*: giravano in tutto il mondo articoli sulle presunte cause dell'incidente, nei quali erano accusati principalmente i paparazzi, visto che Diana fu, sin dal matrimonio con il

[48] A. Morton, *Diana. Her True Story*, Michael O'Mara Books, Londra, 1992.
[49] T.M. Collins, *Tony Blair,* Lerner Publishing Group, Minneapolis, 2005, p. 68.
[50] Una delle tante persone che si trovava a Londra nei giorni immediatamente successivi alla morte della Principessa affermò che «*Penso che la Regina dovrebbe essere qui a Londra, con i suoi sudditi. Questa è la sua Nazione, e dovrebbe sapere quello che la sua gente pensa riguardo a Diana*» Documentario *The Story of Diana*, 2017, min 65.
[51] J. Urry, *Global complexity*, Polity Press, Cambridge, 2002, p. 134.
[52] Come definita da Elton John, riadattando per i funerali la canzone *Candle in the Wind*.
[53] Chiamata così perché migliaia di persone si recarono a Kensington Palace e a Buckingham Palace a deporre fiori.

Principe Carlo, vittima di un'attenzione mediatica fuori dal normale. Charles Spencer, uno dei fratelli di Diana, lo stesso 31 agosto disse che «*Non è il tempo per recriminazioni, ma per la tristezza. Comunque, ho sempre creduto che alla fine la stampa l'avrebbe uccisa. Ma neanch'io potevo immaginarmi che avrebbero giocato un ruolo così diretto nella sua morte, come sembra*»[54].
Anche dopo la sua morte ella non cessò di essere oggetto d'attenzione e rimase al centro del dibattito pubblico e se la figura di Diana è ancora oggi conosciuta e oggetto di venerazione, è anche grazie al giornalismo e ai *media* che hanno raccontato in ogni particolare la sua vita. È innegabile «*come la morte di Diana cambiò completamente i media britannici*»[55], ma aumentò la consapevolezza della centralità della protezione della *privacy* nelle società contemporanee. Dopo quei giorni, la questione della riservatezza personale, che prima dell'accaduto era praticamente assente, fu posta al centro del dibattito pubblico, sino all'entrata in vigore del *Protection from Harassment Act* (PHA), che ne rafforzò la tutela.

5. Internet e la Monarchia nel XXI secolo

La rivoluzione digitale e l'esplosione dei *social network* ha inevitabilmente apportato cambiamenti significativi nei modi di comunicare, tanto che già nel 2007, un *social network* veniva definito «*as web-based services that allow individuals to construct a public or semi-public profile within a bounded system, articulate a list of other users with whom they share a connection, and view and traverse their list of connections and those made by others within the system*»[56]. Alla base del successo di questi nuovi strumenti vi è proprio la possibilità di rendere visibili e utilizzabili le proprie reti sociali, coinvolgendo anche le istituzioni, che si mettono, così, direttamente in contatto con i cittadini.
Anche la Monarchia britannica non è rimasta immune. Fino a qualche anno fa, i membri della famiglia reale non potevano possedere profili personali sui *social network*, ma dal 2012 le cose sono cambiate. La *Royal Family* può contare su alcuni canali ufficiali, come un sito internet, una pagina *Facebook*, profili *Twitter*, *Instagram* e *LinkedIn*. In particolare, il profilo *Instagram* "*The royal family*", aperto il 26 marzo 2013, conta ad oggi 13,2 milioni di *follower* e segue solo 74 profili, tra famigliari e associazioni reali (mentre su *Facebook* i *follower* sono 6,6 milioni[57]). Trascurando le vicende legate ai rapporti tra il Principe Harry e la famiglia reale, che meriterebbero approfondimenti ulteriori visto il ruolo decisivo dei *media*[58], al ruolo della Regina durante la cerimonia d'apertura delle Olimpiadi 2012, ai vari festeggiamenti per i giubilei della Regina Elisabetta (da ultimo quello di platino, ad esempio si pensi al video con l'orso Paddington), un nuovo rapporto tra *social* e Monarchia è diventato evidente alla morte della Regina Elisabetta e all'incoronazione di Carlo III.

---

[54] Documentario *The Story of Diana*, 2017, 62 min.
[55] K. Samuelson, *How Diana's Death Changed the British Media*, in *Time Magazine*, 27 Agosto 2017.
[56] D.M. Boyd, N.B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, in *Journal of computer-mediated communication*, vol. 13, n. 1, 2007, p. 211.
[57] Dati al 12 dicembre 2023.
[58] Come noto dopo il matrimonio Harry e Meghan hanno deciso di allontanarsi dalla famiglia reale, anche trasferendosi negli Stati Uniti, fino a essere estromessi dalla stessa. Da sottolineare che anche un'intervista a Oprah Winfrey ha creato un grande scandalo.

Quando la Regina Elisabetta II è spirata, l'8 settembre 2022, le ricerche sul *web* sulla Sovrana hanno raggiunto numeri altissimi in tutto il mondo, come mostrano i dati raccolti su *Google Trends*.

L'annuncio sui *social* è stato senza dubbio più diffusivo (anche se meno solenne) rispetto sia a quello tradizionale arrivato dalla *BBC,* che pure aveva già da ore modificato la sua programmazione a reti unificate come vuole il protocollo minuziosamente previsto, *sia ovviamente al comunicato ufficiale affisso ai cancelli di Buckingham Palace.*

Del resto, la cosiddetta *Operation London Bridge*, cioè il piano dettagliato di azioni in caso di decesso della Sovrana, pare fosse stato aggiornato qualche anno fa, includendo anche le istruzioni per i siti e i *social network* collegati alla Corona e al governo inglese. Un cambiamento non di poco conto, che non stupisce se si guarda al rapporto privilegiato che la Regina ha avuto col mondo dei *media* (è sufficiente ricordare che nel marzo 1976, quando il sistema *Arpanet*, la rete di computer che sarebbe diventata internet, arrivò al *Royal Signals and Radar Establishment* di Malvern, in Inghilterra, ella fu la prima a inaugurare quella connessione e divenne curiosamente il primo capo di Stato ad aver mai inviato una *mail*[59]).

Anche l'incoronazione di Carlo III, avvenuta il 6 maggio 2023, è stata un banco di prova per il nuovo Sovrano e per il suo rapporto con i mezzi di comunicazione, non essendo mai stato particolarmente amato. Più di 20 milioni di persone nel Regno Unito si sono sintonizzate per assistere all'incoronazione, ma la cerimonia ha attirato molti meno spettatori rispetto al funerale di sua madre. Secondo i dati forniti *dall'Audience Research Board*, l'evento ha raggiunto il picco di 20,4 milioni subito dopo mezzogiorno, quando il Re è stato incoronato, ma ha avuto una *performance* inferiore rispetto anche al matrimonio del Principe William e di Catherine Middleton (con 24 milioni di spettatori nel Regno Unito).

Re Carlo, certamente consapevole di avere grandi responsabilità agli occhi dei suoi sudditi, ha pianificato la cerimonia nei minimi dettagli, ridimensionando il protocollo, tanto che l'evento è durato circa un'ora in meno rispetto al 1953, e coinvolgendo al concerto celebrativo al Castello di Windsor molti artisti, tra cui Katy Perry, Lionel Richie e i Take That (ma alcuni artisti, tra cui Adele e Ed Sheeran, hanno deciso di declinare l'invito a esibirsi), forse anche per avvicinarsi ai gusti della società e modernizzando l'idea dell'"incoronazione", trasformandola in una vera festa nazionale. Appare interessante che l'incoronazione, oltre a essere festeggiata in città con coccarde ed eventi speciali (es. alcuni *afternoon tea* dedicati), è stata un evento *social tout court*, dove la convergenza tra i mezzi di comunicazione è stata completa, basti pensare che è stata preparata anche una *playlist* ufficiale su *Spotify*.

L'incoronazione di Re Carlo potrebbe essere stata, infine, un momento di passaggio per l'impiego della tecnologia negli eventi reali. Con il crescente utilizzo della realtà virtuale, le persone hanno potuto vivere la cerimonia di incoronazione in modo "immersivo", quasi fossero presenti di persona nell'Abbazia, tanto che l'uso delle reti 5G e di altre tecnologie ha consentito una condivisione e una comunicazione in tempo reale, come mai prima d'ora. Secondo l'analisi di *Talkwalker*, un'applicazione che misura anche il *sentiment* delle

[59] *La regina Elisabetta fu il primo sovrano a inviare una email nel 1976*, in *www.ansa.it*, 9 settembre 2022.

conversazioni *online* (ad eccezione, però, dei prodotti *Meta*), i termini "*King Charles*" e "*coronation*" sono stati postati complessivamente 1,8 milioni di volte. Nel Regno Unito, il 37% dei *post* su Re Carlo erano positivi e solo il 13% negativi, mentre quelli relativi all'incoronazione sono stati il 35% positivi contro il 25% di negativi. Quasi nove *post* su 10 (87%) sull'incoronazione nel Regno Unito provenivano dall'Inghilterra, con circa il 60% proveniente da Londra. In effetti, è stato notato che la valutazione dell'incoronazione variava tra le quattro nazioni del Regno Unito, visto che in Scozia il *sentiment* netto – cioè, la differenza tra la percentuale di *post* positivi e quelli negativi – è stato solo del 14%.

Merita almeno un cenno una vicenda relativa all'incoronazione che, però, ha fatto emergere un rapporto mai istituzionalizzato: la censura o la pressione da parte di Buckingham Palace sui *media*. In effetti, per quanto riguarda l'incoronazione del 2023, l'azione degli uffici reali è stata diretta sia a impedire alcune riprese (come quelle dell'unzione, che è il momento più sacro della cerimonia) sia a sottolinearne addirittura il *copyright* o a vietare filmati già trasmessi[60]. Come ha dichiarato John Ryley, che è stato capo di *Sky News*, «*the royal spin doctors had the opportunity to censor any pictures from the coronation before they could be replayed on the day…and the royal spin doctors dictated which clips of the footage could be shown in future broadcasts in what they called with an Orwellian phrase: 'a perpetuity edit'*»[61].

Certamente il fatto che le televisioni sottopongano, attraverso accordi segreti, il materiale a Buckingham Palace per l'approvazione prima dell'uso pone dubbi sull'indipendenza editoriale delle testate, almeno relativamente alla copertura degli eventi reali. Lo stesso Ryley ha ammesso che in passato era stato fornito un elenco di domande allo *staff* dell'allora Principe Carlo prima di un'intervista, sottolineando che «*if a viewer had interrogated us about whether that was entirely in keeping with our core values of being honest with our audiences it would have been hard to mount a robust defence. Imagine submitting a list of questions to a top politician or business leader. Maybe in a puppet state*»[62], denunciando, infine, un atteggiamento troppo supino e compiacente da parte dei *media* tradizionali, anche relativamente ad alcune tematiche (es. l'assenza di un'imposta nella successione della Regina Elisabetta o la non applicazione della tassazione generale sulle plusvalenze del Ducato di Cornovaglia).

L'incoronazione è arrivata in un periodo di riflessione sociale e mediatica sulla Monarchia ed è stato ritenuto inopportuno organizzare una cerimonia sfarzosa durante una crisi economica. In effetti, i dati relativi all'apprezzamento dell'incoronazione fanno emergere ancora i *cleavage* che hanno accompagnato la politica britannica in questi anni fin dal referendum scozzese e poi emersi anche nella *Brexit*[63], coinvolgendo forse per la prima volta la Corona.

---

[60] R. Mosey, *op. cit.,* p. 72.
[61] *British TV 'allowed monarchy to censor coverage of king's coronation*, in *www.theguardian.com*, 14 settembre 2023.
[62] *Ibidem*.
[63] Per una ricostruzione sull'ampio tema della *Brexit* si rinvia, ad esempio, a C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica*, Giappichelli, Torino, 2023 e a F.F. Pagano, *Le cronache della Brexit: il Parlamento, il Governo, il Monarca (e le Corti) nella fase di "transizione" dell'ordinamento costituzionale del Regno Unito*, in *Federalismi*, n. 20, 2019.

Il ruolo del nuovo Sovrano sarà quello di evitare che l'assenza di una figura importante e stabile come quella della Regina Elisabetta possa allargare il conflitto culturale e sociale[64], con il rischio di espansione del sentimento antimonarchico. Una prima differenziazione rispetto alla Regina Elisabetta sembra emergere nel discorso di Natale del 2023. Carlo III ha deciso di sottolineare la necessità di una sempre maggiore solidarietà nella società moderna, dando, però, una forte connotazione religiosa a tutto il messaggio[65]. In effetti, sembra che il Sovrano abbia deciso di riaffermare senza remore, ma con rispetto, il significato religioso del Natale e i numerosi riferimenti alla Natività sono stati utilizzati per sostenere sia la solidarietà tra uomini e donne[66] sia la tutela dell'ambiente, fornendo nuova linfa ai valori tradizionali della cultura europea, considerandoli, però, come presupposti per le importanti esigenze della contemporaneità.
Ad inizio 2024, infine, è stato reso noto che a seguito di un ricovero per un'altra operazione è stato diagnosticato un cancro a Re Carlo[67], su cui, però, è stato mantenuto il riserbo. Anche in questa occasione è emersa la volontà di un dialogo diretto della Corona con la società sia per evitare dietrologie sia perché lo stato di salute del capo dello Stato assurge a

---

[64] Anche l'intervento, discreto, ma efficace, della Regina fu decisivo per la vittoria del no al referendum sull'indipendenza della Scozia nel 2014. Si ricordi, in particolare, la presenza della Regina a Balmoral in quei giorni, con la partecipazione a eventi popolari e l'invito a ponderare bene gli esiti del voto. Sul punto anche C. Martinelli, *La Corona britannica nelle trasformazioni costituzionali e nel quadro del Commonwealth*, in *il Filangieri. Quaderno 2023. Capo dello Stato e forme di governo. Vent'anni di trasformazioni*, Jovene, Napoli, 2023, pp. 67-73.

[65] *The King's Christmas Broadcast 2023*, in *www.royal.uk/news-and-activity/2023-12-25/the-kings-christmas-broadcast-2023*. Ad esempio, si pensi al passaggio «*Because out of God's providence we are blessed with much, and it is incumbent on us to use this wisely. However, service to others is but one way of honouring the whole of Creation which, after all, is a manifestation of the Divine. This is a belief shared by all religions. To care for this Creation is a responsibility owned by people of all faiths and of none. We care for the Earth for the sake of our children's children*» o a «*During my lifetime I have been so pleased to see a growing awareness of how we must protect the Earth and our natural world as the one home which we all share. I find great inspiration now from the way so many people recognise this – as does the Christmas Story, which tells us that Angels brought the message of hope first to shepherds. These were people who lived simply amongst others of God's creatures. Those close to Nature were privileged that night*».

[66] *Ibidem*, «*And at a time of increasingly tragic conflict around the World, I pray that we can also do all in our power to protect each other. The words of Jesus seem more than ever relevant: 'do to others as you would have them do to you.' Such values are universal, drawing together our Abrahamic family of religions, and other belief systems, across the Commonwealth and wider world. They remind us to imagine ourselves in the shoes of our neighbours, and to seek their good as we would our own*».

[67] Nello stesso periodo la Principessa del Galles si è sottoposta a un'operazione chirurgica, costringendola a restare per un periodo lontana dagli impegni ufficiali. Inoltre, all'inizio di marzo, anche la Regina Camilla ha sospeso per qualche settimana, sembra per la stanchezza a seguito dell'aumento degli impegni a causa della malattia del marito, ogni attività istituzionale. Queste situazioni, soprattutto se comparate con la tempra della Regina Elisabetta, hanno posto dei dubbi sulla tenuta concreta della Monarchia. Per L. Ippolito, *Kate Middleton malata, il cancro di re Carlo, la regina Camilla «in pausa»: stiamo assistendo alla dissoluzione della famiglia reale britannica?*, in *www.corriere.it*, 4 marzo 2024 («*Una monarchia invisibile: la famiglia reale britannica sta scomparendo davanti agli occhi dei sudditi e se è vero, come diceva Elisabetta, che la Corona "deve essere vista per essere creduta", c'è da chiedersi se non stiamo assistendo alla improvvisa dissoluzione dell'istituzione stessa. Al momento, re Carlo è un'immagine virtuale, la regina Camilla si è messa in ferie e l'erede al trono William appare e scompare per stare al fianco della principessa Kate, misteriosamente convalescente lontana dagli occhi di tutti.* […] *La misura del collasso della famiglia reale l'ha data l'immagine dei Windsor in arrivo al funerale di Costantino di Grecia, la settimana scorsa: a guidarli c'era un sogghignante principe Andrea, affiancato dalla (più o meno) ex moglie Sarah Ferguson. Che due personaggi in disgrazia come loro si mettano in pubblico a fare gli alfieri della monarchia la dice lunga sullo stato delle cose. E la sventura sembra accanirsi: appena qualche giorno fa si è appreso che il marito di Lady Gabriella, la cugina di Carlo figlia del principe Michael di Kent, si è misteriosamente suicidato con un colpo di pistola alla testa. Una tragedia tenuta sottovoce che però getta un'ombra funesta su tutta la saga reale. I sudditi osservano attoniti, come se si stessero svegliando, storditi, da una fiaba senza lieto fine. E ora il rischio è che la monarchia si dissolva non con un'esplosione, ma con un sospiro*»).

interesse generale. Inoltre, la Corona ha voluto trasmettere un messaggio sociale, visto che si auspica la «*public understanding for all those around the world who are affected by cancer*»[68]. Questo è un esempio di come la comunicazione della famiglia reale britannica stia attraversando un cambiamento significativo sotto il regno di Carlo III.

Questo nuovo approccio è evidente nell'esplicita divulgazione di informazioni sulla salute del Sovrano, in contrasto con la precedente tendenza alla vaghezza sotto il regno di Elisabetta II. Sembra dai primi dati che Carlo III prediliga un approccio più trasparente e diretto con i *media*. L'adozione di strategie di comunicazione più moderne, come l'anticipo delle notizie ai giornalisti e l'assunzione di personale con esperienza nei tabloid (es. Tobyn Andreae), indica una tendenza all'apertura di una comunicazione diretta con il pubblico.

Bisogna almeno accennare, però, alla vicenda relativa alla diffusione di un'immagine "ritoccata" della Principessa del Galles. La fotografia ha suscitato molto interesse perché, nelle settimane precedenti alla sua pubblicazione, Kate è stata sottoposta a un intervento chirurgico e sono stati sollevati dei dubbi sul suo reale stato di salute. L'immagine la ritraeva sorridente insieme ai figli, ma poche ore dopo le principali agenzie di stampa del mondo hanno deciso di rimuoverla dai loro archivi fotografici, motivando la decisione col sospetto che fosse stata modificata. La stessa Kate ha dovuto ammettere che «*come molti fotografi amatoriali faccio occasionalmente esperimenti di ritocco delle foto*»[69], scusandosi pubblicamente su *X*[70] e prendendosi personalmente la responsabilità dell'accaduto (anche se permangono legittimi dubbi).

Questo evento ha messo in crisi la credibilità della famiglia reale, visto che sono state riproposte le teorie cospirative sulle condizioni della principessa, il cui stato di salute è stato tenuto gelosamente riservato per mesi. Per questo parte dell'opinione pubblica ha ritenuto non più affidabili le notizie che arrivano da Kensington Palace[71], sottolineando, quindi, un "obbligo di verità" che dovrebbe pesare sulla famiglia reale, andando in controtendenza rispetto alle scelte del Sovrano in merito alle sue condizioni di salute e al rapporto con l'opinione pubblica.

Il 22 marzo 2024, attraverso il canale ufficiale di *Instagram*, la Principessa del Galles ha comunicato di avere un cancro e di aver iniziato un ciclo di chemioterapia preventiva in attesa di un intervento chirurgico. Tale annuncio è sembrato necessario per tentare di evitare che il caos creato dalla foto modificata potesse allontanare ancora di più la famiglia reale dall'opinione pubblica. Sembra necessario sottolineare, però, un passaggio relativo al bilanciamento tra un "dovere" di trasparenza da parte della *Royal Family* e un diritto alla riservatezza, almeno per la salvaguardia degli affetti familiari. Kate, infatti, ha sottolineato

---

[68] *A statement from Buckingham Palace*, in *www.royal.uk*, 5 febbraio 2024.

[69] R. Picheta, *Princess of Wales apologizes for editing Mother's Day photograph*, in www.*edition.cnn.com*, 11 marzo 2024.

[70] Il *tweet* dell'11 marzo diffuso attraverso *X* era «*Like many amateur photographers, I do occasionally experiment with editing. I wanted to express my apologies for any confusion the family photograph we shared yesterday caused. I hope everyone celebrating had a very happy Mother's Day. C.*».

[71] P. De Carolis, *Kate Middleton, dopo la foto ritoccata la France Presse «declassa» Kensington Palace: «Fonte non più affidabile»*, in www.corriere.it, 14 marzo 2024.

o per loro, e per rassicurarli che starò bene. […] *La famiglia ora ha bisogno di tempo, spazio e privacy. Il mio lavoro mi ha sempre portato un profondo senso di gioia e non vedo l'ora di tornare quando potrò, ma per ora devo concentrarmi sul recupero completo*».

6. In conclusione

Nell'era dei *social media* e in questa peculiare contingenza storica, dove si vede acuirsi in Europa la sfiducia dell'elettorato nei confronti delle istituzioni politiche e del sistema tradizionale dei partiti, il Regno Unito sembra rappresentare, almeno per alcuni aspetti, un'eccezione di stabilità. Il sistema elettorale e la figura del Sovrano potrebbero essere tra le ragioni di questa particolarità.

La Corona ha complessivamente amplificato la propria autorevolezza con i nuovi mezzi di comunicazione, arrivando direttamente ai cittadini. Lo stesso ambito dei discorsi del Sovrano, rivolti (direttamente o indirettamente) all'opinione pubblica, vengono diffusi attraverso i *social network* gestiti dalla stessa *Royal Family*, presentando elementi di accessibilità, conoscenza, diffusione e amplificazione mai sperimentati in precedenza.

Quella della Corona appare, allo stato attuale, quasi l'unica pedagogia costituzionale realizzabile, pur nel suo carattere episodico e asistematico, poiché generato dalle "occasioni" di riflessione o dall'intervento su tematiche di pubblico interesse. Questi interventi sono incentrati soprattutto sulle esigenze di tutela del sentimento nazionale, prefigurandosi stabili fin dai tempi della Regina Vittoria, anche se con differenze dovute alla personalità di ciascun Sovrano. In questo senso, si può sostenere che la Corona abbia complessivamente contribuito alla formazione di una "opinione pubblica costituzionale": vale a dire, di quel complesso di conoscenze e consapevolezze minime attraverso le quali non solo si costruisce la coscienza nazionale, ma si creano anche le premesse per lo sviluppo di un dibattito pubblico in cui gli elementi di pluralismo possano collocarsi all'interno di un quadro di principi condivisi.

Come ha segnalato Bagehot, però, il rapporto tra opinione pubblica e famiglia reale è sempre stato presente, visto che essa «*riconduce l'orgoglio della regalità al livello della vita quotidiana*»[72] e «*addolcisce la politica con la provvidenziale aggiunta di elementi cortesi e gradevoli. Introduce negli affari del governo elementi irrilevanti, ma che parlano "al cuore degli uomini" e impegnano i loro pensieri*»[73]. Oggi pubblicizzare l'attività e il messaggio della Corona sembra essere un nuovo modo di servirla. Basti pensare che Claire Popplewell, che ha supervisionato per la BBC la copertura dell'incoronazione di Carlo III è stata insignita del *Royal Victorian Order* dal Re, come riconoscimento del suo lavoro nel coordinamento per il servizio pubblico del giubileo di platino di sua madre[74]. Questa onorificenza viene concessa a coloro che hanno servito il Monarca e a differenza della maggior parte delle altre onorificenze, che vengono assegnate su raccomandazione del governo, i destinatari di questo premio vengono selezionati personalmente dal Sovrano.

---

[72] W. Bagehot, *op. cit.*, p. 72. Sembra simbolico, ad esempio, che anche i nomi dei mezzi di trasporto siano spesso legati alla Corona, si pensi alle linee della *tube* londinese *Victoria*, *Jubilee* ed *Elizabeth*.
[73] *Ivi*, p. 73.
[74] *Revealed: royal family has power to censor BBC coronation coverage*, in *www.theguardian.com,* 5 maggio 2023.

Il Regno Unito è uno degli esempi di democrazia maggiormente funzionanti e ha al proprio interno un'istituzione – quella monarchica – che può apparire anacronistica, in cui poteri e privilegi di un'epoca lontana vengono tramandati a un'unica famiglia, che si fa tutrice della storia, della tradizione britannica e di un'idea di "anglicità", mentre sembra nel tempo aver sempre più perduto il ruolo di guida morale della Nazione[75]. Questo sembra confermare la capacità della Corona di adeguarsi ai cambiamenti politici e sociali, tanto che la Monarchia, per questa evoluzione "periodizzata"[76], può essere definita un'istituzione "camaleonte".

Secondo i sondaggi Ipsos Mori più del 75% della popolazione britannica non vuole modificare la forma di stato attualmente vigente[77] e la percentuale anti-monarchica è rimasta pressoché invariata negli ultimi cinquant'anni: 18% nel 1969, 18% nel 1993, 19% nel 2002 e 17% nel 2016, tanto che i sondaggisti l'hanno descritta come «*probabilmente la tendenza più stabile mai misurata*»[78]. Sembra che a far sì che la Corona resti stabile, come detto, sia il fatto che essa si fa promotrice del sentimento nazionale, nonostante i numerosi scandali che negli anni si sono susseguiti. Sarà interessante comprendere quanto inciderà la successione[79], visto che la Regina Elisabetta era nettamente in testa nel gradimento nazionale, mentre Carlo è sempre stato nelle retrovie[80], anche se la malattia del Sovrano potrebbe cambiare l'atteggiamento dell'opinione pubblica, anche quella più critica.

Il filo rosso che lega l'uso dei *media* da parte dei Sovrani negli ultimi due secoli è senza dubbio legato a un avvicinamento con il popolo, senza perdere, però, il ruolo di guida sopra le parti che ormai contraddistingue la Corona inglese, mantenendo, però, le tradizioni che la Corona tende a custodire. Riprendendo la celebre serie *The Crown* «*Non è razionale la Monarchia, né democratica, né logica, né giusta.* […] *Le persone non vengono a Palazzo per vedere ciò che vedono a casa. Quando vengono per un'investitura o per una visita ufficiale, quando ci sfiorano vogliono la magia e il mistero. Vogliono l'arcano, l'eccentricità, il simbolismo e il trascendentale. Vogliono sentirsi come se fossero in un altro mondo. Questo è il nostro dovere: sollevare le persone e trasportarle in un altro reame, non gettarle a terra e ricordare loro ciò che già hanno*»[81].

Parole che in fondo ricordano quelle di Umberto II, quando, pur con qualche ipocrisia, comprese che «*la Repubblica si può reggere col 51%, la Monarchia no. La Monarchia non è un partito. È un istituto mistico, irrazionale, capace di suscitare negli uomini incredibile volontà di sacrificio. Deve essere un simbolo caro o non è nulla*»[82]. Ma la nostra dinastia aveva trasportato gli italiani non

[75] *Ivi*, p. 83 afferma che «*le virtù della Regina Vittoria e quelle di Giorgio III sono penetrate profondamente nel cuore del popolo*». Oggi basti pensare ai turbolenti matrimoni reali e alle vicende personali dei membri della Casa Reale, ad esempio si pensi al Principe Edoardo.
[76] Sul punto A. Torre, *Regno Unito*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 93.
[77] Dati in *Ipsos.com*.
[78] M.J. Smith, S. Klimczuk-Massion, *The Enduring Crown Commonwealth: The Past, Present, and Future of the UK-Canada-ANZ Alliance and Why It Matters*, Rowman & Littlefield Publishers, Londra, 2023, p. 266.
[79] Sul punto si rinvia a C. Martinelli, *God save the King: la Monarchia britannica dal secondo al terzo millennio*, in *DPCE Online*, n. 3, 2022; Idem, *La Corona britannica*, cit., pp. 73-76.
[80] Ipsos, *Attitudes towards the Royal Family*, marzo 2021.
[81] *The Crown*, stagione 6, episodio 6 (*Ruritania*).
[82] L'affermazione fa parte di un dialogo tra Umberto II e il giornalista Luigi Barzini ed è riportata in L. Paladin, L.A. Mazzaroli, D. Girotto, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 92, nota 26.

in un altro reame ma nell'abisso, con la monarchia britannica ciò non è accaduto, né allora, né poi.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-af1

Teoria e storia costituzionale

The University of Glasgow: a University for the World

Anton Muscatelli
Principal and Vice-Chancellor, University of Glasgow

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

The University of Glasgow: a University for the World**

di Anton Muscatelli*

Abstract (Ita): L'anno 2023 ha segnato il trecentenario della nascita di Adam Smith, padre dell'economia moderna e dell'economia politica, un gigante dell'Illuminismo scozzese e uno dei più famosi ex allievi e professori dell'Università di Glasgow. Questo articolo esplora la relazione di Smith con l'Università di Glasgow e come l'Università ha plasmato il rapido sviluppo dell'istruzione superiore in Scozia e la Gran Bretagna, in un periodo in cui il commercio e l'industria nascente portarono un enorme sviluppo economico e cambiamenti sociali. In seguito presentiamo come lo sviluppo dell'Università di Glasgow nel XXI secolo traccia un percorso simile all'illuminismo del XVIII secolo, centrato sull'interdisciplinarità e sulla collaborazione tra le varie discipline accademiche, mirata all'impatto sociale della ricerca universitaria.

Abstract (Eng): The year 2023 marked 300 years since the birth of Adam Smith, father of modern economics and political economy, a giant of the Scottish Enlightenment and one of the University of Glasgow's most famous alumni and professors. This paper explores Smith's relationship with the University of Glasgow and how he shaped the rapid development of higher education in Great Britain at a time when trade, commerce and early industry were booming, bringing great wealth and societal changes. It addresses a dynamic period for the University of Glasgow which created new disciplines and innovations linked to a vibrant external environment and evaluates how this translates to the University's activity in the 21st century.

Parole chiave: Economia; Università; illuminismo

Keywords: Economics; University; Enlightenment

Sommario: Introduction; Adam Smith and the University of Glasgow; The Contemporary University of Glasgow

Introduction

Last year, in 2023, we celebrated the tercentenary of the birth of one of the University of Glasgow's most famous alumni and professors, Adam Smith. Adam Smith was one of the giants of the Scottish Enlightenment, but he also exemplifies a period of rapid development of higher education in Scotland and Great Britain. This corresponded to the rapid societal changes linked to the development of trade and commerce and early industry which brought great wealth to Britain and ultimately led to the first industrial revolution. It was a dynamic period for the University of Glasgow which created new disciplines and new professorships linked to that vibrant external environment.

In many respects, the 21st Century is seeing a similar period of exciting change at the University of Glasgow. As I will set out below, the University is developing its physical and academic environment to adapt to the changing needs of society. We are increasingly bringing together the Arts, Humanities and Social Sciences[1] with the so-called STEM subjects (Science, Technology, Engineering and Medical Sciences) by changing our res-

** Contributo pubblicato senza peer review per la chiara fama dell'autore, ex art. 2, comma 5, del Codice etico.

* Principal and Vice-Chancellor, University of Glasgow

[1] * Contributo non sottoposto a *peer review* e pubblicato per chiara fama dell'autore, ai sensi dell'art. 2, comma 5 del Codice etico. ** Principal and Vice-Chancellor, University of Glasgow. These have been recently labelled as the SHAPE disciplines by the British Academy (https://www.thebritishacademy.ac.uk/this-is-shape/).

earch spaces and through the development of cross-cutting research themes, and by developing our teaching methods in both our undergraduate and postgraduate courses.
In the next section, we will highlight how Adam Smith's time as Professor in the University provides an interesting backdrop to the modern University. Following that we highlight how, over the last decade, our response to the challenges of the 21st Century (economic, societal and environmental) have created a response from our university community. Increasingly our strategy is defined by the positive impact which we have on the world, including our civic community. Our students and our colleagues see the importance of what we do through the prism of that impact, which includes the United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs)[2].

As an economist and a social scientist, I see this evolution of the University in the 21st Century as a very exciting prospect. In a university in which societal, economic and environmental impact matters, the social scientist feels entirely at home. Our academics in fields ranging from economics to political science, to the law and the arts and humanities are central to our future research themes. Science and technology of course matter greatly to our progress and indeed our survival as humankind in this century. But none of that scientific and technological change can be applied without an understanding of its societal impact, or indeed the understanding of what it means to be human. As we shall see, this was also central to the University of Glasgow as seen through the eyes of Adam Smith and his contemporaries.

Adam Smith and the University of Glasgow

Adam Smith was born in Kirkcaldy in proximity of his date of baptism on 5th June 1723. He showed great academic talent at the Burgh School of Kirkcaldy, and studied mathematics, history, Latin and writing. He joined the University of Glasgow at the age of 14 as a student. He then moved to Oxford in 1740 (Balliol College) as a Snell Scholar – a scholarship which still exists today linking the University of Glasgow with Balliol College Oxford.
Although less is known about his time at Oxford, we know from his famous book The Wealth of Nations[3] that he was critical of the quality and style of teaching at Oxford. It is likely that this was linked to the stimulating atmosphere which he had enjoyed at the University of Glasgow. At the University of Glasgow Adam Smith was able to study under the guidance of Francis Hutcheson and Robert Simpson, some of the leading academic scholars of their day. He studied logic, metaphysics, maths, Newtonian physics, and moral philosophy.
In particular, he had a strong personal link to Francis Hutcheson, who is considered to be one of the fathers of the Scottish Enlightenment and was a great influence on both Smith and David Hume. Hutcheson held the Chair of Moral Philosophy at the University of

[2] These were set as part of the United Nations 2030 Agenda for Sustainable Development – see https://sdgs.un.org/goals.
[3] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Glasgow Edition, Oxford, Oxford University Press/Liberty Fund, 1776.

Glasgow, in succession to Gershom Carmichael, and became the first professor to lecture in English rather than Latin. In addition, his force of personality made him an inspiring lecturer and orator not only within the University and in public lectures. Indeed, Smith referred to his mentor as «the never to be forgotten Hutcheson»[4].

Hutcheson led reform of teaching at the University of Glasgow, but he was also a strong supporter of reform more generally, arguing for freedom of expression and criticising privilege. He wanted to understand how society worked and who for, so that he could make it better, a view that Smith inherited. Hutcheson is also often dubbed the 'Father of the Scottish Enlightenment,' applying new methods and philosophies shaped by this new generation of thinkers. This period, with Smith and his friend David Hume as students of Hutcheson, marked the beginnings of Glasgow's – and Scotland's – Enlightenment. As a teacher, Adam Smith had a great reputation. As Keynes (1938) put it:

«Apart from his own master Hutcheson, Adam Smith was perhaps the first and greatest who have taught a modern subject in a modern way…»[5].

Smith was one of the central figures of the Scottish Enlightenment. He knew and was friends with all of the main figures. His closest friends were David Hume; Joseph Black the chemist who discovered Carbon Dioxide and Latent Heat; and the father of modern Geology, James Hutton. Among his fellow students were Tobias Smollett, the famous novelist who studied medicine; Rev. Alexander Carlyle, the noted diarist; Gavin Hamilton, the famous painter. Smith was also schoolfriends with the politician James Oswald of Dunnikier and with the famous architect Robert Adam who designed Culzean Castle and Bute House – now residence of Scotland's First Ministers.

Smith was a member of the main Enlightenment clubs and societies where ideas were exchanged and theories developed. He was also deeply interested in what the Scots called 'improvement', the practical application of science and technology to improve the lives of the population. This approach flows through to our activities as a University today, leveraging our research strengths for the benefits of the communities we serve[6].

In 1751, Smith was invited to return to the University of Glasgow as a Professor of Logic, but in 1752 took on the Chair of Moral Philosophy, previously held by his mentor. He published the first edition of the Theory of Moral Sentiments in 1759 based on his lectures[7]. He also held senior administrative positions at the University, responsible for the purchases of library books, and the recruitment and retention of staff. Indeed, our University Library still holds many of the books which Smith purchased and which give an insight into his very diverse interests. Today, the University Library still holds several of Smith's purchases, including a copy of Diderot's Encyclopédie.

Adam Smith's interests spanned the academic disciplines, and he lectured on history, language as well as philosophy and jurisprudence. He is seen as the father of modern political economy and economics, in part because he thought about economic forces in a systematic way.

[4] See I.S. Ross, *The life of Adam Smith*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
[5] J.M. Keynes, *Adam Smith as Student and Professor*, in *Economic History*, vol. 4, n. 13, 1938, pp. 33-46.
[6] See https://www6.gla.ac.uk/explore/adamsmith300/explorelearn/life/biography/.
[7] A. Smith, *Theory of Moral Sentiments, Glasgow Edition*, Oxford, Oxford University Press/Liberty Fund, 1759.

In 1776, Smith published the first edition of An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. The work sought to explore, through historical and contemporary examples, what made or caused nations to be wealthy. Much of this discussion investigated the influence of commerce upon contemporary society, for better and for worse.

The influence of Smith's thought through The Theory of Moral Sentiments, The Wealth of Nations, and the few other writings which still survive such as his Lectures on Jurisprudence is still current today, nearly three centuries later. It is impossible to provide a short account of the ways in which his thought has influenced not only economics, but the social sciences as a whole. A short guide to his thinking is provided by my colleague Chris Berry[8]. Jesse Norman's recent biography usefully places his contribution in the context of the Scottish Enlightenment[9].

In a recent special issue[10] of the National Institute Economic Review to commemorate "Adam Smith at 300", a number of economists highlight important ways in which Smith's thought still pervades economics today. His principles of taxation and trade are still frequently referred to in modern theory. But much more widely as this special issue demonstrates, Smith speaks to wider issues of trust in society, and in understanding phenomena such as colonialism.

One of the most striking themes in the Wealth of Nations is of course Britain's relationship with its rebellious colonies in North America. Smith couched his economic arguments in the context of the contemporary issues of his day, including his interest in the "American question"[11]. This is a really good example of how he focused on economic issues as interdependent with political and international relations issues: his was very much a political economy perspective. His analysis of the problem which Britain faced in the late 1770s tells us that he would have been very alert to the interdependence we face in 2024 between our international relations and our economic future in the UK.

As I pointed out in a lecture in Kirkcaldy Auld Kirk in 2023, Smith also speaks to important contemporary debates around productivity and education[12].

In my lecture I touch on the issue of technology and how Smith might have viewed this today. Of course, technological improvements both in agriculture and early 18th Century industrial society were different from what we have witnessed in the 20th and 21st Century. As a sophisticated thinker, who understood the impact of technological progress in early industrial society, I have no doubt he would have understood the skills-biased nature of technological progress and the issues of labour-capital substitution as highlighted[13] by Autor, Goldin and Katz and Acemoglu and Johnson.

[8] C. J. Berry, *Adam Smith: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
[9] J. Norman, *Adam Smith: What he Thought and Why it Matters*, London, Allen Lane, 2018.
[10] *National Institute Economic Review*, Vol. 265, 2023.
[11] David Hume chastised Smith for the delay in publishing the Wealth of Nations by saying that «If you wait for the fate of America to be decided you may wait long…». He eventually published the first edition in 1776.
[12] See R. Mullin, C. Smith, R. Mochrie, *Adam Smith: The Kirkcaldy Papers*, Kirkcaldy, Adam Smith Global Foundation, 2023.
[13] See D. Autor, C. Goldin, L.F. Katz, *Extending the Race between Education and Technology*, in *NBER Papers in Economics*, n. 26705, 2020, and D. Acemoglu, S. Johnson, *Power and Progress*, New York, Basic Books, 2023.

Indeed, the fact that Smith thought of capital as both produced assets (such as buildings and machinery which facilitate and abridge labour) and non-produced assets (such as land improvement and human capital) suggests that he would have paid a lot of attention to how both investment in fixed and in human capital might constrain economic growth.

He would no doubt have been fascinated by the 21st Century productivity problem faced by many advanced economies, especially in Europe. Indeed, given the similarities which Smith noted between investments in human capital and in physical capital and technology, I wonder what he might have said in 2024 about our European debates on skilled immigration? It's almost impossible to speculate, but I suspect his dislike for arbitrary government controls would have suggested that countries like the UK might have had to consider how its attitudes towards constraining immigration hold back our economy.

Smith's natural 'liberal' attitude to systems of political economy would have made him an interesting actor in this policy debate. I think of Gary Becker's "Adam Smith Address" in 1992 in which he argued that for the US education and labour force quality play a key role in economic growth and global competitiveness[14]. Becker argued forcefully that the US must improve the quality of its labour force including increasing the inflow of more skilled workers, as well as improving education. Although colleagues will also suggest that Smith was a great advocate of the importance of social cohesion, and so might not have ignored this dimension if he was commenting today.

This fundamental understanding also highlights the sophisticated nature of Smith's thinking. He doesn't just look at issues from a single, ideological, viewpoint. Indeed, his whole approach to moral philosophy in the Theory of Moral Sentiments (part III ch.1.6) is based on the 'impartial spectator'. Smith believed that for us to understand our own moral conduct one must imagine what our conduct looks like to a disinterested spectator as an external judge.

But more importantly he would have been very concerned by forces threatening social and economic cohesion in modern democracies. I have little doubt that he would have been interested in what modern economists discuss around the importance of institutions which favour the emergence and sustenance of social norms and a cohesive civil society. The WoN is full of conditional discussions on a gradualist approach to policy-making. Smith would have put above all the importance of defending the stability of our liberal democracy and its institutions.

Beyond his academic contribution to his own disciplines, Smith was also known to move in the most intellectual social circles of his era and was a key influencer of his time. Biographers of Smith remark that he met anyone who was anyone in the 18th century: Benjamin Franklin, Voltaire, Quesnay, Turgot, playwright Dr Johnson, Sir Joshua Reynolds, Edmund Burke. Smith also acted as a policy adviser to the government and was hailed by William Pitt the Younger, the Earl of Shelburne, and the abolitionist William Wilberforce, as an expert on economic matters.

[14] See G.S. Becker, *The Adam Smith address: education, labor force quality, and the economy*, in *Business Economics*, vol. 27, n. 1, 1992.

Renowned engineer James Watt, another of Glasgow's famous alumni, was also a contemporary of Smith. Indeed, it was thanks to Smith's negotiation skills and position at the University that Watt was able to establish a workshop, allowing the development of scientific instruments and inventions, as well as the improvement of his steam engine.
Above all, Smith was a huge proponent of collaboration and a great supporter of his academic peers. While his own field of study focused more on philosophy, political economy and economics, he raised funds for a University observatory, a botanical garden, and a modern laboratory for chemists William Cullen and Joseph Black. Smith paved the way for a series of world-leading scholars, inventors, thinkers, creatives in Glasgow – Lord Kelvin (whose bicentenary we will celebrate throughout 2024), John Boyd Orr, James McCune Smith, John Logie Baird, Jocelyn Bell Burnell. Smith's legacy and the impact he had on the Scottish Enlightenment remain relevant for our University to this day, more than 300 years on.

The Contemporary University of Glasgow

The Scottish Enlightenment believed that science, learning and education would help banish superstition, ignorance and bigotry. They believed that the light of learning would improve society and help us lead happier and more fulfilled lives. To this day, our vision and activities as a University are very much shaped by these principles.
Without seeking to minimise the obstacles and challenges we have faced, we have sought to build on the legacy Smith left behind. As Smith and Hutcheson before him advocated, the University should be reformed and progressive, and there is much that can be done by our institution and our academics to better understand privilege and make society a fairer place. Indeed, it was Smith who wrote in The Wealth of Nations Book I that, «No society can surely be flourishing and happy, of which the far greater part of the members are poor and miserable.»[15] As a University we are seeking to embrace and drive change, while we remain steadfastly loyal to our civic and historic roots.
One way we have sought to do this, is by aligning much of our activity as a University to the 17 United Nations' Sustainable Development Goals (SDGs). The SDGs were adopted by all UN Member States as part of the Sustainable Agenda for 2030 and are a global pursuit to end poverty, halt the climate emergency and improve the lives and prospects of every human being[16]. Universities in and of themselves are drivers of sustainable development through their education, research, innovation and wider activities in the communities they serve. They provide the knowledge, skills and space for critical debate needed to solve the transnational challenges which the SDGs seek to address. Indeed, as this piece has highlighted, before the SDGs had even been conceived, the University and its leading figures had already been advancing the civic mission since the period of Enlightenment.
Furthermore, by taking on board the aims of the SDGs, this has allowed the University to think more creatively and strategically about how we can support sustainable development and measure our impact. While Smith and his peers were benchmarked by their academic

[15] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, cit., p. 96.
[16] See https://sdgs.un.org/2030agenda.

r standard. Not only do we need to demonstrate the strength of our outputs when it comes to research, but we are rightly expected to be able to demonstrate a much broader portfolio of activity and impact.

As a research-intensive University, assessing our research performance using bibliometric data has provided a useful exercise to understand where our contribution might be strongest. In 2023, Glasgow was ranked 13th overall in the world in the Times Higher Education (THE) Impact Rankings for the contribution the University has made to the 17 UN SDGs[17]. Glasgow also placed 2nd in the UK and 1st in Scotland, performing 2nd overall in the world for SDG 11 concerned with sustainable cities and communities and 6th in the world for SDG 16, concerned with peace, justice and strong institutions. The University of Glasgow was not an early adopter of the THE Impact Rankings. We wondered how one could use a mix of qualitative data (mainly driven by case studies) and quantitative data measuring evidence of a university's contribution to each SDG. Initially, and incorrectly, we saw this measurement exercise as a way of mapping our activities onto the UN SDGs. In essence as a way of characterising our research, teaching and outreach activities in terms of the sustainable development goals. But this has been turned on its head: our strategies across the board are now being driven by the outcomes measured against the SDGs. More and more of our academics now consider how their work impacts on the SDGs and importantly they are feeling inspired, they are keener to collaborate and they are seeing the value of their work for society in real time, just as Smith and his peers did 300 years ago.

Increasingly we do not just want to be recognised as one of the best Universities in the world (as measured by conventional performance metrics), but we want to be the best university for the world.

For example, for SDG 1 (No Poverty), Glasgow researchers in the MRC/ CSO Social & Public Health Sciences Unit have led a national campaign to highlight austerity measures implemented in the UK. The study reports that an additional 335,000 deaths were observed across Scotland, England and Wales between 2012 and 2019 as a result of the measures which cut billions of pounds from public services and social security systems. It found that the loss of support caused by these cuts has resulted in people being swept up by a rising tide of poverty, poor housing, poor nutrition, poor health and social isolation, ultimately leading to premature deaths[18].

For SDG 11 (Sustainable Cities & Communities), the University's Centre for Sustainable, Healthy & Learning Cities & Neighbourhoods is working with eight research partners from seven Asian and African countries to conduct largescale household surveys in urban neighbourhoods in 14 cities. This survey is being used by researchers and governments to broaden understanding of the challenges facing local communities in the world's megacities. At home in the city of Glasgow, to address SDG 11 the University is also leading the development of the Glasgow Riverside Innovation District (GRID), focused on driving

[17] See https://www.timeshighereducation.com/impactrankings.
[18] See https://www.gla.ac.uk/news/archiveofnews/2022/october/headline_885099_en.html.

sustainable economic development in an area of the city synonymous with Glasgow's shipbuilding history but which has faced decades of industrial decline and deprivation.

For SDG 15 (Life on Land), the University recently celebrated the planting of 20,000 trees across 11 hectares at our Cochno Farm and Research Centre, as part of ongoing efforts to be a leading institution in sustainability. The University's Centre for Sustainable Solutions also launched the 'UrbanByNature' Scottish hub in collaboration with Glasgow City Council. This capacity-building programme is focused on promoting exchange among cities, researchers, SMEs and NGOs to build bridges with the nature-based solutions communities across Europe, Asia, Latin America and other interested regions.

Beyond the SDGs, the University has adapted its size and shape enormously since the time of Smith. We have invested over £1 billion in the development of the University campus, including our £116 million Mazumdar-Shaw Advanced Research Centre (ARC), the beating heart of cross-disciplinary research collaboration at the University. The ARC brings together academics at all stages of their careers to work together on key themes – from global sustainable development and digital chemistry to quantum technology and creative economies. It is a priority for our institution to offer opportunities to co-create knowledge and this includes working in partnership with private and public sector bodies across the world, and creating spaces on our University Estate which are designed to facilitate collaboration. Our programme of campus development has also seen us invest in the Clarice Pears Building, the new home for our School of Health and Wellbeing, focused on bringing together expertise from a range of disciplines to address major and complex health inequalities. In December 2023, the University also opened its new Adam Smith Business School and Postgraduate Taught Hub, named in honour of Smith and designed to foster the next generation of economists and innovators.

Focusing on impact through the SDGs does not mean investing less or focusing less on our disciplinary research. In the UK all universities' research is regularly evaluated across all disciplines every 6-7 years through what used to be known as the Research Assessment Exercise and is now known as the Research Excellence Framework (REF). In REF2021, the University of Glasgow was ranked the top University in Scotland in terms of research quality as measured by grade-point average; we were also ranked in the top 10 universities in the UK.

In terms of size, the University has also grown to become a major economic powerhouse within the UK, contributing £4.4bn annually to the UK economy. We are a major employer in the region, providing more than 1% of all jobs within and more than 12% of all jobs within the education sector. We are proud to welcome students from 140 countries and our student headcount stands at around 38,000. This growth is in line with our peers in the prestigious UK Russell Group, but importantly we have been able to diversify our student population, welcoming international students to our city whilst retaining and expanding our commitment to widening access for students in Glasgow.

Like Smith, we also understand the significant value of collaboration outside of our own University. For example, we are a founding member of Universitas[21], an international grouping of universities dedicated to setting worldwide standards for higher education. The University is also a founding member of The Guild of European Research-Intensive

Universities[19], is a partner to organisations such as the African Research Universities Alliance (ARUA), and also recently joined the CIVIS Alliance of European Civic Universities[20]. Glasgow, together with our European partners is leading research clusters to ensure greater collaboration between Europe and Africa. Despite Brexit, the University of Glasgow has been determined to maintain our links with universities and other institutions in the EU.

In the 21st Century University, publicly-funded research and impact go hand-in-hand. Public funding and research funding for universities are being squeezed and global competition is higher than it has ever been. This demands our sector steps up its game and makes clear the wider benefits universities can bring. In the business world, many more corporates are moving their focus to triple bottom line performance (financial, environmental and societal metrics). Similarly, universities are focused on a wider set of priorities which move from single-discipline research towards collaboration across disciplines and impact. As a University, we are focusing on those cutting-edge technologies which have the potential to boost the nation's productivity: life sciences, quantum, semiconductors, VR/XR, hydrogen. We are also working closely with our peers across the sector to understand where we can best combine our research strengths. For instance, in January 2024 we launched the Scotland Beyond Net Zero partnership with the University of Edinburgh which aims to help the country meet – and go beyond – its ambition of achieving net zero by 2045. This new coalition will see our two universities partner with fellow universities across Scotland to catalyse action and empower government, policymakers, organisations and industry to make informed change. This new venture will combine our strengths and address key challenges linked with the climate emergency, including clean energy, storage, decarbonisation, green transport, community empowerment and climate justice.

Finally, like Smith, we continue to be concerned today with how we deliver an excellent learning and teaching environment. As Universities we are responsible for teaching our students to have a global outlook and to develop a rigorous scientific mindset. We must provide students with the critical thinking skills and tools to challenge inconsistencies, particularly in the era of Artificial Intelligence. As with the period of Enlightenment, we see it as our duty to encourage the expression, creativity and ambitions of the generations of students who pass through our doors. We have invested significantly in a Learning and Teaching Strategy which seeks to ensure Glasgow delivers well-rounded graduates, equipped with the knowledge and skills needed to make a difference in their chosen career paths and to change the world. This has included investment in physical assets such as our James McCune Smith Learning Hub for undergraduates and a Postgraduate Taught Hub, but equally it has seen us invest in the student experience and in enabling infrastructure targeted especially at widening access into education. For example, we recently launched a suite of Sanctuary Scholarships available for applicants who are refugees, asylum seekers or those fleeing forced migration. We also launched our James McCune Smith PhD Scholarships to fund Black UK domiciled students to undertake PhD research

[19] See https://www.the-guild.eu.
[20] See https://civis.eu/en/discover-civis/the-civis-alliance.

at the University. Smith was hugely passionate about the value of education and we continue to uphold this principle to this day.

In summary, the University of Glasgow experienced a major renaissance during the Scottish Enlightenment, and this formed the foundations for its subsequent successes in the British scientific and industrial revolution. What is striking to me is how the approaches taken during that time, when key figures like Adam Smith made the University's history, still resonate strongly today.

Looking to the future, we intend to remain at the forefront of innovation and use our broad-based research to provide a strong foundation for economic development in our own city and beyond. Indeed, we estimate the University's economic impact totals around £4.4bn annually, with 42% of this generated by research activities[21]. We want to grow this impact and we have taken an active decision to further integrate our research with our wider University activity by launching Glasgow Changing Futures (GCF), an initiative committing us to integrate research, innovation, education, partnerships and influence to advance solutions to local, national and global societal challenges.

Furthermore, we are advancing our plans for the Glasgow Riverside Innovation District (GRID), a 770-acre site which hosts a vast amount of vacant and derelict land. Fundamental to our vision for GRID is the development of brownfield sites to deliver mixed-use developments, which include housing, commercial space, social infrastructure and public realm improvements. At present (and as part of the development of the University's £38M Precision Medicine Living Laboratory), the University is developing a Health Innovation Hub which will be built adjacent to the Queen Elizabeth University Hospital, one of Europe's largest acute medicine hospitals, which will create a space for academia, industry and the National Health Service to collaborate on the innovative solutions needed to address some of the major health challenges we face, from chronic disease to polypharmacy. Importantly, the GRID also covers a large area of the city with some of the highest levels of multi-deprivation in the UK and some of the most complex and challenging health issues and health inequalities in Scotland. The so-called 'triple helix' approach which exists between the University of Glasgow, the NHS and industry already within the Glasgow City Region provides an ideal platform to build existing collaborations and projects in R&D, at the same time offering an opportunity to create new partnerships and test new research approaches. Therein exists an opportunity to create a 'quadruple helix' of activity, integrating patients and the local community into these research collaborations. Overall, this means the geographical area encompassing GRID could provide the ideal environment for the University to combine its strengths in research with the strengths of the institutions already based in the local area, to make a real impact on the communities we serve. Like Smith and his peers, we are concerned with the improvement of society through innovation.

In many respects as we look at the University of Glasgow's research base in the 21st Century, we take inspiration from that period of the Enlightenment. We remain one of

[21] See https://www.gla.ac.uk/explore/economicimpact/.

the world's top Universities as recognized by international rankings. But above all, we are determined to be the best University for the world.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-143

Teoria e storia costituzionale

Una macchina che non poteva andare da sola: The 1790 owner's manual for civil government-as-a-machine

Peter Aschenbrenner
National Convenor (US) for the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Una macchina che non poteva andare da sola: The 1790 owner's manual for civil government-as-a-machine**

di Peter Aschenbrenner*

Abstract (Ita): Edmund Burke pubblicò nel 1790 le sue Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia. Nello stesso anno compariva la risposta di Catharine Macaulay, col titolo di Osservazioni sulle riflessioni sulla Rivoluzione in Francia del Right Hon. Edmund Burke. Burke sosteneva che uguali diritti politici avrebbero destabilizzato il sistema, le strutture e le istituzioni di una società politica; Macaulay sosteneva che un allargamento dell'elettorato attivo sarebbe stato compatibile con «il livello di ordine più elevato». Discuterò quattro profili: (a) Quale sia il livello ottimale di mutamento delle istituzioni in una società politica; (b) Se gli elettori debbano avere uguali diritti politici, o se il voto di ciascuno debba essere commisurato alla sua ricchezza; (c) Macaulay propugnava «un vero e proprio governo popolare». Che ruolo hanno avuto, nel dibattito tra Burke e Macaulay sull'implementazione di questo «principio popolare», la cultura politica britannica o quello che stava accadendo in Francia? (d) Quali dati, ricavabili dalla produzione legislativa della Camera dei Comuni, hanno un impatto sulla questione: un «governo popolare» destabilizzerebbe le istituzioni di una società politica? Per rispondere all'ultima domanda esaminerò a titolo d'esempio i progetti di legge in materia di trasporti varati nelle sessioni VI e VII del 16° Parlamento (1789-90; 1790). Nelle mie osservazioni finali noterò come gli studiosi, a partire da William Blackstone, hanno ricavato schemi di dati dall'attività legislativa (e da altre attività ufficiali) e ne hanno estratto dei modelli, al fine di portare la cultura politica a confrontarsi con questa domanda: qual è il livello ottimale di mutamento in una società politica?

Abstract (Eng): Edmund Burke published his 'Reflections on the Revolution in France' in 1790. Catharine Macaulay's reply (also published in 1790) appeared under the title 'Observations on the Reflections of the Right Hon. Edmund Burke, on the Revolution in France'. Burke argued that equal political rights would destabilize systems, structures and institutions in political society. Macaulay argued that extending the franchise would be consistent with «the highest degree of order». I discuss four issues: (a) What was the optimum rate of change for institutions in political society? (b) Should voters have equal political rights or should each person's vote be weighted according to his wealth? (c) Macaulay advocated «truly popular government». What role did British political culture or current events in France play as Burke and Macaulay debated the issue of implementing the «popular principle» she advocated? (d) What data from the legislative output of the House of Commons can be brought to bear on this question: would «popular government» destabilize institutions in political society? To address the last question I sample transportation projects enacted in the 6th and 7th Sessions of the 16th Parliament: 1789-1790, 1790. In concluding remarks I note that investigators, beginning with William Blackstone, have gathered patterns of data from legislative (and other official) output and extracted patterns from this data, for the purpose of bringing political culture to bear on the question: what is the optimum rate of change in political society?

Sommario: Table of contents: 1. Working the great machine of government; 2. There was no general agreement on the necessity for reform; 3. We compensate, we reconcile, we balance; 4. He that has five hundred pound; 5. Too arduous to be accomplished; 6. Who gave these conventions their authority?; 7. An unfinished bridge; 8. A contrivance of human wisdom; 9. Concluding remarks; 1. Working the great machine of government; 2. There was no general agreement on the necessity for reform; 3. We compensate, we reconcile, we balance; 4. He that has five hundred pound; 5. Too arduous to be accomplished; 6. Who gave these conventions their authority?; 7. An unfinished bridge; 8. A contrivance of human wisdom; 9. Concluding Remarks

Table of contents: 1. Working the great machine of government; 2. There was no general agreement on the necessity for reform; 3. We compensate, we reconcile, we balance; 4. He that has five hundred pound; 5. Too arduous to be accomplished; 6.

** Contributo sottoposto a double blind peer review. My thanks to Dott. Ugo Bruschi for soliciting this project and providing comments.

* National Convenor (US) for the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions

Who gave these conventions their authority?; 7. An unfinished bridge; 8. A contrivance of human wisdom; 9. Concluding remarks

1. Working the great machine of government

It was a popular way to engage the interest of a reader. When John Adams took up his pen to join the transatlantic debate over the Stamp Act (January 1766), he directed his readers' attention to *«the essentials and fundamentals of a clock»*[1]. Signing his essay as the 'Earl of Clarendon' — the author of *The History of the Rebellion and Civil Wars in England* (1702-1704) — Adams questioned whether *«the same reasoning is not applicable in all its parts to government. For government is a frame, a scheme, a system, a combination of powers for a certain end, namely the good of the whole community»*[2]. Thomas Jefferson appealed to the machine metaphor in his not-very-subservient message to King George III. The King *«will think we have reason to expect, when he reflects that he is no more than the chief officer of the people, appointed by the laws, and circumscribed with definite powers, to assist in working the great machine of government, erected for their use, and, consequently, subject to their superintendence»* (July 1774)[3].

The machine metaphors that Adams and Jefferson employed emphasized regularity. Readers were invited to appreciate patterns of official behavior as if human intervention (in the operation of the machinery) could be disregarded or taken up once the machinery had been installed and set to running. Here is the best known of these rhetorical flourishes. In 1888 the American essayist and poet James Russell Lowell declared: *«After our Constitution got fairly into working order it really seemed as if we had invented a machine that would go of itself»*[4]. (a) If the reader were to take a seat in the gallery overlooking a parliamentary assembly — watching members speaking and voting — what she would observe is government at work. In real time, bills and resolutions are being crafted and, if the assembly adopts them, they will be printed in a highly stylized form. Statutory text consists of semi-regimented sentences. The authors of these texts have drilled down to a highly concrete level of detail. Statutory text spells out the rights and duties of public officials (by title) and inhabitants (by community of economic interest). Conditions precedent and subsequent are made explicit. (b) When a participant in public discourse proposes a plan for a new government or to reform an existing government, the reader is being offered statements at

[1] * Peter J. Aschenbrenner is the National Convenor (US) for the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions. His most recent monograph *New State-Making in the Pacific Rim, 1850-1974: Gold, Silver, Oil, Greed and Government* (*Lexington Books*) will be published this summer (2024). My thanks to Dott. Ugo Bruschi for soliciting this project and providing comments. Comments and corrections to aschenbrenner.historian@gmail.com. J. Adams, *Earl of Clarendon to William Pym*. See https://www.ewing.k12.nj.us/cms/lib6/NJ01001291/Centricity/Domain/122/The_Earl_of_Clarendon_-to_William_Pym.pdf. [Adams's three essays were published in Boston (January 13 and 27, 1766); Adams's reply in Boston was directed to letters appearing in London; one of Pym's letters was reprinted in Boston.]

[2] Ibid.

[3] T. Jefferson, *Draft of Instructions to the Virginia Delegates in the Continental Congress (MS Text of A Summary View, &c.)*, in *Founders Online, National Archives*. See https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-01-02-0090.

[4] J.R. Lowell, *The Independent in Politics: an Address delivered before the Reform Club of New York, April 13, 1888*, New York, G.P. Putnam's Sons, 1888, pp. 16-17. See https://www.loc.gov/resource/gdcmassbookdig.independentinpol00lowe/?sp=32&st=image.

a very high level of abstraction. Details are missing in action. When two authors cross swords — in print — huge gaps in their arguments appear and make apples-to-apples comparisons difficult. Readers are induced to 'go all in' by embracing one grab-bag of ideological preferences or its competitor.

Edmund Burke published his 'Reflections on the Revolution in France' in 1790[5]. Catharine Macaulay's reply (also published in 1790) appeared under the title 'Observations on the Reflections of the Right Hon. Edmund Burke, on the Revolution in France'[6]. Burke's essay runs over 160,000 words; Macaulay's essay runs 17,000 words. In this essay, Macaulay goes first and Burke responds, contrary to the order in which their essays were published in pamphlet form. (a) These authors crossed swords in 1770: I refer to Burke's 'Thoughts on the Cause of the Present Discontents'[7] and Macaulay's response 'Observations on a Pamphlet, Entitled, Thoughts on the Cause of the Present Discontents'[8]. I assume Burke gained some familiarity with Macaulay's arguments on that occasion. (b) Burke declared that he composed his 'Reflections' in response to a sermon of Dr. Richard Price preached at Old Jewry. As Burke explains in the 'Reflections', *«On the forenoon of the 4th of November last, Doctor Richard Price, a non-conforming minister of eminence, preached at the dissenting meeting-house of the Old Jewry, to his club or society, a very extraordinary miscellaneous sermon, in which there are some good moral and religious sentiments, and not ill expressed, mixed up in a sort of porridge of various political opinions and reflections»*[9]. Macaulay also credits Price's sermon as the origin of Burke's 'Reflections': *«Dr. Price, whose animated love for mankind and the spread of general happiness, moved him to express the effusion of his patriotick sentiment, in a sermon preached the 4th of Nov. 1789, at the dissenting meeting house in the Old Jewry, is censured by Mr. Burke in severe, and even acrimonious terms»*[10]. (c) At least two of Macaulay's arguments have gained nearly complete acceptance: (i) constituency districts (electing members of a national parliamentary assembly) should contain roughly equal numbers of voters and (ii) the right to vote should be extended to all adult citizens[11]. It seems fair to give Burke his chance to rebut Macaulay's arg-

[5] E. Burke, *Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event, in a Letter Intended to be Sent to a Gentleman, In Paris*, London, printed for J. Dodsley in Pall-Mall, 1790. I use the Payne edition appearing at oll.libertyfund.org/title/canavan-select-works-of-edmund-burke-vol-2. The reader should click on 'Downloads' to access the Payne edition with original pagination in single brackets []. The OLL 'Payne edition' is sourced to Selected Works (Oxford, Clarendon Press, 1874-1878; John Payne, ed.; 3 vols). Archive.org offers Burke's 1st edn. online at https://dn790004.ca.archive.org/0/items/reflections00burkuoft/reflections00burkuoft.pdf.

[6] C. Macaulay, *Observations on the Reflections of the Right Hon. Edmund Burke, on the Revolution in France, in a letter to the Right Hon. the Earl of Stanhope*, London, printed for C. Dilly in the Poultry, 1790. I use the edition that appears at https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/1664/Macaulay_0885.pdf. My pagination is drawn from that source. I did not transcribe the italics in Macaulay's text; I lack confidence that Macaulay directed her printer to employ them. The US edition (Boston, 1791) of Macaulay's essay has also been posted online. The employment of italics in the US edition does not align with the 1790 British edition. Another reason to dispense with italics.

[7] London, printed for J. Dodsley, in Pall-Mall, 1770, 3rd edn.

[8] London, printed for Edward and Charles Dilley in the Poultry, 1770, 'The Fourth Edition, Corrected'.

[9] E. Burke, *op. cit.*, p. 12.

[10] At p. 4.

[11] I refer to 'extension of the franchise' as a concept that includes reconfiguration of parliamentary constituency boundaries.

uments since — over the last two hundred years — his arguments in favor of wealth-weighted voting rights have been abandoned.

2. There was no general agreement on the necessity for reform

The year 1790 offered stark contrasts in political developments in Great Britain and France. A spectacular public event in Paris celebrated the progress of the French Revolution (14 July 1790): 300,000 people watched as Louis XVI swore to uphold the constitution (which was not to be completed until 3 September 1791). *«Queen Marie Antoinette held up the young dauphin, who was dressed in the uniform of the National Guard, to thunderous applause»*[12]. *«Malgré le mauvais temps, la foule est enthousiaste»*[13]. Louis XVI refused his assent to the new constitution, was promptly tried, convicted and decapitated (via the guillotine, 21 January 1793) and a few days later, the French Republic declared war on Great Britain (1 February 1793)[14]. The war — with intermissions — dragged into the next century, ending with the battle of Waterloo (18 June 1815).

In Great Britain's 1790 general election (June-July) voters returned MPs supporting William Pitt with a potential majority of roughly 150. *«Upon the whole»*, he remarked, *«I have no doubt of our being considerably stronger than in the last Parliament»*[15]. The next General Election would take place in 1796. Two features of British votarian mechanics (my phrase) required, but did not receive, legislative attention. The boundaries of constituency districts (employed to elect MPs) were malapportioned and only a small number of voters enjoyed the elective franchise: 190,000 in the interval 1790-1801[16]. The 'borough' of Old Sarum is frequently cited as the worst case. Edward Porritt nails this down, drawing on an American visitor's eye-witness report: *«this spot, containing about sixty acres, without one house on it, unless I am misinformed, sends two members to Parliament»*[17].

- In 1788 Commons enacted 28 Geo. 3, c. 36 *«An Act for the better securing the rights of Persons qualified to vote at County Elections»*; *«proper registers of freeholders to be by law established»*. This significant (threshold) legislation would create electoral rolls for eligible voters before writs of election were issued. This reform was repealed in the session following. 29 Geo. 3, c. 18.
- In 1785 Pitt's government moved for leave to bring in a bill designed to redistribute seats from the *«rotten boroughs»* to London and the counties. MPs defeated the motion

[12] See https://www.worldhistory.org/Festival_of_the_Federation/.
[13] See https://gallica.bnf.fr/essentiels/repere/fete-federation-1790.
[14] See https://origins.osu.edu/milestones/january-2018-execution-louis-xvi.
[15] See https://www.historyofparliamentonline.org/volume/1790-1820/member/pitt-hon-william-1759-1806.
[16] See https://www.historyofparliamentonline.org/search/node/electivefranchise.
[17] E. Porritt assisted by A.G. Porritt, *The Unreformed House of Commons*, Cambridge, at the University Press, 1903; 2 vols., pp. 35-36. The Porritts drew on the *Letters and Journal* of Samuel Curwen, an American visitor to Great Britain (1775-1783). Were the Porritts reminding their British readers that, beginning in 1790, the US government conducted a nation-wide decennial census? This enumeration enabled Congress to reapportion seats in the House of Representatives every ten years. 1 Stat. 253, c. 23, Act of April 1, 1792: 'An Act for apportioning Representatives among the several States, according to the first enumeration'.

— to *«amend the representation of the people of* England *in Parliament»* — 174-248[18]. John Ehrman makes light of his hero's defeat. *«His failure in this instance owes a good deal to his success elsewhere. He did not try again»*[19].

I refer to Julian Hoppit's *Patterns of Parliamentary Legislation, 1660-1800*[20]. As of 1789 rather than conceiving *«the parliamentary history of the eighteenth century … largely in terms of parties, ministries, constitutional battles and "great men"»*, Hoppit recommends the following approach: *«it is time for someone to drill down to a more concrete level of analysis»*. To further background the reader, I draw on the concluding chapter of Sheila Lambert's *Bills and Acts*. Lambert concentrates on the progress — paralyzed — in the House of Commons at the end of the 18th c[21]. She concludes that 18th c. *«parliamentarians clung to their old ways»*:

> *«More attempts at general reforming legislation were made than the century is usually given credit for. But faced with the increasing complexity of political and economic life, a piece-meal approach was preferred. There was no general agreement on the theoretical necessity for reform; little possibility that the bureaucratic structures involved could, practically, be established, much less accepted»*[22].

To recap: As of 1790 one European government is enjoying a wild excess of revolutionary zeal in refashioning organic arrangements. Another European government lacks any serious interest in reforming the votarian mechanics that would put candidates into office, out of office or send them back into office. Lambert attributes this paralysis, in part, to the fact that MPs of the time *«clung to their old ways»*[23].

3. We compensate, we reconcile, we balance

How did Burke and Macaulay see the proper rate of change in political society? I begin with Macaulay.

> *«If any thing which may be thought defective is left for the wisdom of future legislators to correct, the constitution must remain defective, as future reformers will find their difficulties increase, instead of being diminished, by time. The reason is plain; for that which constitutes the defects in all governments, are those principles in them which support a partial interest, to the injury of a public one; and the prescription of time with the politic use of power, has been found an irresistible barrier to every important part of reformation in the ordinary course of things»*[24].

Burke's position follows:

> *«By a slow but well-sustained progress, the effect of each step is watched; the good or ill success of the first, gives light to us in the second; and so, from light to light, we are conducted with safety through the whole series. We see, that the parts of the system do not clash. The evils latent in the most promising contrivances are provided for as they arise. One advantage is as little as possible sacrificed to another. We compensate, we reconcile,*

[18] *Journals of the House of Commons*, 40:863, 18 April 1785.
[19] J. Ehrman, *The Younger Pitt*, Vol. I: *Years of Acclaim*, New York, E.P. Dutton, 1969, p. 227.
[20] J. Hoppit, *Patterns of Parliamentary Legislation, 1660-1800*, in *The Historical Journal*, n. 39/1, Mar. 1996, p. 131.
[21] S. Lambert, *Bills and Acts, Legislative Procedure in Eighteenth-Century England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971.
[22] S. Lambert, *op. cit.*, p. 189.
[23] S. Lambert, *op. cit.*, p. 189.
[24] C. Macaulay, *op. cit.*, pp. 30-31.

> *we balance. We are enabled to unite into a consistent whole the various anomalies and contending principles that are found in the minds and affairs of men. From hence arises, not an excellence in simplicity, but one far superior, an excellence in composition. Where the great interests of mankind are concerned through a long succession of generations, that succession ought to be admitted into some share in the councils which are so deeply to affect them. If justice requires this, the work itself requires the aid of more minds than one age can furnish»*[25].

Neither Burke nor Macaulay referred to William Blackstone's survey on the rate of change in organic arrangements. He gathered this material within the final chapter of Book IV of his *Commentaries on the Laws of England* (1765–1769)[26]. Blackstone titled the essay in chapter 33 'Of the Rise, Progress and Gradual Improvements, of the Laws of England'[27]. The sixth and last of Blackstone's surveys (from 1688 to 1765) gathered data from 16 Acts of Parliament, four instances of executive acquisition of power and 15 instances of judicial reform. Blackstone used this data to review the *«successive mutations at different periods of time»*[28]. In this interval Blackstone's survey gathered 35 changes in 77 years. This works out to one instance of 'organic change' (my term) or 'mutation' (Blackstone's) every 2.2 years. Blackstone's survey furnished the reader with *«an historical review of the most remarkable changes and alterations, that have happened in the laws of England»*[29].

I score the debate over the rate of change at 6-4 in Burke's favor. If the rate of change has (previously) logged 'mutations' at one every two years (more or less), then one would not be surprised that a slow but steady attention to *«gradual improvements»* should be maintained as the optimum rate of change[30]. Macaulay, however, speculates that the *«difficulties of … future reformers increase»* if reforms are *«left for the wisdom of future legislators»*[31]. Blackstone would counter that, if partial reforms win popular favor, then there is no reason to suppose that future *«gradual improvements»* would not also invite public support. Here, one may employ hindsight: extension of the franchise and reform of constituency districts proceeded, from 1832 to 1928, via three interim measures: those of 1867, 1884/1885 and 1918. Macaulay should have placed more confidence in the public's acceptance of these reforms once the first step had been taken. This rate of change does not precisely follow the pattern that Burke endorsed: *«a slow but well-sustained progress»*. As for Macaulay's prediction that *«difficulties* [in electoral reform] *will increase, instead of being diminished, by time»,* this does not align with Blackstone's rate of change. Proponents of electoral reform faced considerable challenges in 1790s. I refer to Charles Grey's attempt to induce Commons to refer his 1793 bill to committee — defeated 282 against 41 — which foreshadowed the 1797 defeat of Grey's second reform plan: leave to bring in a bill lost by 256 against 91[32].

---

[25] E. Burke, *op. cit.*, pp. 200-201.
[26] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago (IL.), University of Chicago Press, 1979; ed. S.N. Katz; facsimile reprint of the 1st edition, Oxford, printed at the Clarendon Press, 1765-1769; 4 vols.
[27] W. Blackstone, *op. cit.*, pp. 400-436.
[28] W. Blackstone, *op. cit.*, p. 400.
[29] W. Blackstone, *op. cit.*, p. 400.
[30] W. Blackstone, *op. cit.*, p. 400.
[31] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[32] *Journals of the House of Commons*, 48:749, 7 May 1793 and *Journals of the House of Commons*, 53:616, 26 May 1793. On these occasions, Pittite adherents opposed reform.

4. He that has five hundred pound

I turn now to the competing views of Macaulay and Burke on the elective franchise: should inhabitants (excluding paupers) have equal political rights (her view) or should political rights be weighted according to wealth (his view)? As to reform of the elective franchise in France, Macaulay declared:

> *«A qualification to the right of election in the first instance, is placed at the low rate of the price of three days labour; the qualification of being elected into the* Commune*, is the amount of ten days labour; and that of being elected a deputy to the* National Assembly*, is only one mark of silver»*[33].

Macaulay was quick to argue that this electoral reform would be consistent with *«the highest degree of order»*, without arguing that it would stabilize political society[34]. *«This plan, in theory at least, promises to unite the highest degree of* freedom *with the highest degree of* order*: it extends the right of election* to every man who is not a pauper*, and as such by living on the* alms *of society, cannot reasonably have a* right *to enjoy its political privileges»*[35].

Burke makes the question turn on stabilization. How can you give men equal voting power, he asks, if the rich are few in number while most of the nation's inhabitants are poor?

> *«The contest between the rich and the poor is not a struggle between corporation and corporation, but a contest between men and men; a competition not between districts but between descriptions. It would answer its purpose better if the scheme were inverted; that the votes of the masses were rendered equal; and that the votes within each mass were proportioned to property»*[36].

Unsurprisingly, Burke rethreads Aristotle's doubts on this point.

> *«If I recollect rightly, Aristotle observes, that a democracy has many striking points of resemblance with a tyranny. Of this I am certain, that in a democracy, the majority of the citizens is capable of exercising the most cruel oppressions upon the minority, whenever strong divisions prevail in that kind of polity, as they often must; and that oppression of the minority will extend to far greater numbers, and will be carried on with much greater fury, than can almost ever be apprehended from the dominion of a single sceptre»*[37].

This sets the stage for Burke's argument that wealth-weighted participation in political society is essential for its institutions to achieve the minimum level of stability.

> *«I readily admit (indeed I should lay it down as a fundamental principle) that in a republican government, which has a democratic basis, the rich do require an additional security above what is necessary to them in monarchies. They are subject to envy, and through envy to oppression»*[38].

The contrast seems straightforward. Macaulay advocates (what moderns would term) one man, one vote, while Burke responds with weighted voting.

> *«Let us suppose one man in a district (it is an easy supposition) to contribute as much as an hundred of his neighbours. Against these he has but one vote. If there were but one representative for the mass, his poor neighb-*

[33] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[34] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[35] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[36] E. Burke, *op. cit.*, p. 210.
[37] E. Burke, *op. cit.*, pp. 147-148. See Aristotle, *Politics,* 1295b33 and 1281a12-28. These passages align with Burke's fear that the poor will use their voting power to confiscate wealth from their neighbors.
[38] E. Burke, *op. cit.*, p. 209.

> *ours would outvote him by an hundred to one for that single representative»*[39].

With an important caveat — drawing on hindsight — this debate scores to Macaulay. You can't have citizen armies conscripted en masse, to fight opposing national forces (levied in like manner) without extending the franchise. The US extended the right to vote to adult white males substantially before the outbreak of the US Civil War (1861-1865)[40]. In the case of World War I, the UK extended the franchise to all men and a substantial number of women, via the Representation of the People Act (1918)[41]. Macaulay would have hoped for a better reason to enfranchise males. The battle of Valmy [20 September 1792] brought French citizen-soldiers and regular troops into combat against professional armies. That event signaled that enfranchisement of adult males was inevitable. *«From this place and from this day forth»*, an observer of the battle J.W. Goethe observed, *«commences a new era in the world's history»*[42].

The rich want to out-vote the poor to defend their wealth. Fair enough; you can't argue with Aristotle's logic. One should expect people, by economic class, to vote their interests. But the rich also want the poor to join the nation's mass armies and fight for the economic status quo: put crudely, the rich want the poor to fight for the rich to stay rich. Macaulay 7, Burke 3.

5. Too arduous to be accomplished

Burke and Macaulay missed the opportunity to introduce political culture as a serious factor enabling/disabling political society's transition to a *«truly popular government»*[43]. What *«Burke endeavours to establish in his elaborate "Reflections on the French Revolution", is the incompatibility of a truly popular government with the human constitution»*[44]. At this point Macaulay should have tackled two questions: (a) what are the features of a national political culture that suggest that transition to a *«popular government»* in Great Britain is feasible? (b) how would a technocratically-inclined scholar or politician identify these features?

Macaulay could have argued that: if a nation's inhabitants (minus paupers) have resolved that the nation should extend political rights to all of its citizens, then that political will counts for something. She draws on the following events in France (1789-1790):

> *«This address … contained a language the best adapted to sooth the personal afflictions of the king. Not the smallest hint was given, than any ill conduct in his Majesty had provoked the people to emancipate themselves from his power; it thanked him for his concurrence with their wishes; it represented their liberty as the necessary*

[39] E. Burke, *op. cit.*, p. 210.
[40] D. Ratcliffe, *The Right to Vote and the Rise of Democracy, 1787—1828*, in *Journal of the Early Republic*, n. 33/2, Summer 2013, pp. 219-254 [adult white male suffrage well-established in the US by 1828].
[41] 7 & 8, Geo. 5, c. 64, 6 February 1918 [property qualification for men abolished; woman suffrage granted to voters over 30 with a modest property qualification]. See https://www.parliament.uk/about/living-heritage/transformingsociety/electionsvoting/womenvote/parliamentary-collections/collections-the-vote-and-after/representation-of-the-people-act-1918/.
[42] See https://www.frenchempire.net/battles/valmy/ The reputation of French arms post-Valmy established that governments that drafted young men to fill the ranks of its citizen-armies would — sooner or later — extend voting rights to these citizen-soldiers.
[43] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 35.
[44] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 35.

consequence of their enlightened spirit, not of their sufferings under his administration»[45].

As of November 1790 this whitewash is unconvincing; before the fall of the Bastille — 14 July 1789 — much more violent anti-monarchical sentiment was in circulation. Burke, for his part, is unwilling to blame French political culture. *«The legislators who framed the antient republics knew that their business was too arduous to be accomplished with no better apparatus than the metaphysics of an undergraduate, and the mathematics and arithmetic of an exciseman. They had to do with men, and they were obliged to study human nature»*[46]. The reason that Burke pulls his punches is obvious. Assume that French political culture enjoys a revolutionary upheaval — once a century or two, the latest being 1789-1790; so do the British. I refer to events in the intervals 1642-1652 and 1688-1689. Burke has no argument with British advocates for equal political rights unless he can, drilling down to historical details, show that British political culture, because it was tainted with an appetite for political equality, then indulged un-British tendencies. Burke would be hard pressed to make such an argument. Given British events in the 17th c. it would be hard to argue that — as of November 1790 — the norms of British political culture were resistant to the siren-song of political equality.

6. Who gave these conventions their authority?

At this point, I impose my framing on three points that follow. I begin with Macaulay's brief but effective dismissal of pre-history as a source of a nation-state's authority.

> *«For if we say that lawful governments are formed on the authority of conventions, it will be asked, who gave these conventions their authority? If we grant that they derived their authority from the assent of the people, how came the people, it will be said, to exert such an authority at one period of society, and not at another*[47]*?»*

If you suppose that the *«authority of convention»* could found a nation-state, then whatever founds the *«authority of conventions»*, must continue to have that power after the nation-state was founded. Moreover, *«no abuse of their power can take away their right, because their right exists in the very constitution of things»*. Concluding this passage, she identifies this *«authority of convention»* and the underlying *«assent of the people»* with the *«will of the people»*[48].

Macaulay concedes that a nation-state's inhabitants could bring the nation-state to collapse — through the inhabitants' *«abuse of their power»* — but the inhabitants' power to create and the power to destroy organic arrangements exist *«in the very constitution of things»*[49]. To recap: Macaulay does not rely on a nation's pre-history. There is no distant, remote or even immediate past that discloses how and why political society is organized. If an opponent argues that popular government, however defined, would enable *«abuse of power»*, that claim, she would argue, sweeps too broadly. There is no form of government that, by virtue of its organic arrangements, is immune from abusing its power.

[45] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 23.
[46] E. Burke, *op. cit.*, p. 218.
[47] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 38.
[48] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 39.
[49] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 38.

> *«It is on the basis of industry alone, the only principle which exactly squares with a native right, and not on rent-rolls, that the legislature has formed the rights of representation; and this on such liberal principles, that every man who has activity and industry, may qualify himself as to the matter of property, for a seat in the legislative assembly»*[50].

Macaulay does not explain, in detail, how political society is able to stabilize itself, which she terms the *«highest degree of order»*[51]. We are assured that developments in France are trending in that direction, thanks to the Assemblée attempting to

> *«regulate the rights of election in such a manner, as whilst it secured to the citizens at large this invaluable blessing, it should provide for the public tranquillity»*[52].

At least the reader can be confident that she's taken the goal of stabilization (or avoiding destabilizing arrangements) seriously. Speaking of the Assemblée's plan for the new French constitution:

> *«This plan, in theory at least, promises to unite the highest degree of freedom with the highest degree of order»*[53].

On the negative side of the equation, Macaulay declares that privilege is a deadweight loss, denying that *«that there is an inherent right attached to privileged persons to make laws for the community»*[54].

Burke discusses the subject of a nation-state's pre-history, going back to a *«great primæval contract of eternal society»*. In quoting the passage below, I draw on the 1st edn. of Burke's 'Reflections'[55].

> *«Each contract of each particular state is but a clause in the great primaeval contract of eternal society, linking the lower with the higher natures, connecting the visible and invisible world, according to a fixed compact sanctioned by the inviolable oath which holds all physical and all moral natures, each in their appointed place»*[56].

In this passage Burke called on the stabilizing effect of a *«fixed compact sanctioned by … inviolable oath»*. That is, the unequal distribution of wealth[57]. By whatever means you acquired your wealth, through hard work or thanks to family wealth (your reward for picking the right parents), Burke argued that private wealth should define your rights and duties in political society. On Burke's account, the wealthier classes would have the right to veto any program which called for the rich to pay for benefits to be distributed to the less wealthy. In other words, unequal wealth would supply the guardrails required to keep MPs from following the French Revolution into the proverbial roadside ditch. To support these

[50] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 38.
[51] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[52] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[53] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 31.
[54] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 38.
[55] E. Burke, 1st edn. See https://dn790004.ca.archive.org/0/items/reflections00burkuoft/reflections00burkuoft.pdf. The passage quoted appears at p. 144.
[56] The place in the OLL online edition where this text should appear (but doesn't) is at p. 114. The text (I have quoted above) also appears in the 2nd edn. (available via Hathi Trust) and also in the OLL print edition of the Payne edition of the 'Reflections'.
[57] E. Burke, *op. cit.*, p. 144; 1st edn. See previous note.

claims, Burke brings in the following partnership metaphor. Burke singles out the respective capital accounts of two partners: on the balance sheet the ratio of entries is 1:2000.

> *«He that has but five shillings in the partnership, has as good a right to it, as he that has five hundred pound has to his larger proportion. But he has not a right to an equal dividend in the product of the joint stock»*[58].

In this passage Burke has put *«the great primaeval contract»* behind him; his attention now centers on stabilizing political and civil society. *«Government»*, Edmund Burke declared, *«is a contrivance of human wisdom to provide for human wants»*[59]. What's the principal threat to stabilization? The *«state ought not to be considered as nothing better than a partnership agreement in a trade of pepper and coffee, callico or tobacco, or some other such low concern, to be taken up for a little temporary interest, and to be dissolved by the fancy of the parties»*[60]. Burke's argument for stabilization — to protect the state from being *«dissolved by the fancy of the parties»* — rests on his case for unequal political rights based on wealth[61]. Burke would argue that deferred satisfaction is presumptively unmanageable: *«By having a right to every thing they want every thing»*[62].
And this brings in Burke's conclusion, which — at the same level of abstraction as the *«great primaeval contract»* — explains that distribution of economic benefits can only destabilize political and civil society.

> *«[Government] is to be looked on with other reverence; because it is not a partnership in things subservient only to the gross animal existence of a temporary and perishable nature. It is a partnership in all science; a partnership in all art; a partnership in every virtue, and in all perfection»*[63].

I recap this discussion. As for Macaulay: She does not give us a word picture of how a political society — recognizing the equal political rights of all its inhabitants — can maintain a level of stability in the face of popular demands that the parliamentary assembly distribute economic benefits.
As for Burke, drawing on his remarks and recasting them: He would contend that minimal (limited, modest) distribution of economic benefits will reduce expectations that inhabitants have *«a right to every thing»*[64]. Equal political rights would break down the resistance of lawmakers; they would then open the floodgates of benefit distribution, conducting themselves as if everyone has a right to everything.

---

[58] E. Burke, *op. cit.*, p. 69. I offer the following additional points regarding the voting rights of the 5s. partner, given the state of 18th c. partnership law. (a) The 5s. partner had no right to put more money into the partnership (technically, to increase the balance of his individual capital account) without obtaining the consent of the other partners. (b) Burke is correct: voting (at a general partnership meeting) is weighted according to the respective balances in the partners' capital accounts. (c) Combining points 1 and 2: the 5s. partner has no political rights other than the rights other general partners grant him. (d) Assume a surplus of £1 million in the partnership's current account at the end of the year. The 5s. partner can look forward to a £500 dividend. (I'm rounding to make this easier; there are only two partners.) The 5s. partner has no right to 'merge' this dividend with the 5 shillings in his capital account, thereby boosting his capital account by £500 and obtaining equal political rights.
[59] E. Burke, *op. cit.*, p. 69.
[60] E. Burke, *op. cit.*, pp. 113-114.
[61] E. Burke, *op. cit.*, p. 70.
[62] E. Burke, *op. cit.*, pp. 113-114.
[63] E. Burke, *op. cit.*, pp. 113-114.
[64] E. Burke, *op. cit.*, p. 70.

Neither argues that the pre-history of a nation-state is a helpful resource in day-to-day governing. These concepts are not resources that guide lawmakers in their attempts to (more) effectively deliver benefits and alleviate burdens. On this ground, Burke and Macaulay agree that there is a connection between how the lawmakers won their seats and how much in the way of economic benefits inhabitants will acquire.

7. An unfinished bridge

The 6th Session of the 16th Parliament (of Great Britain) gathered for the first time on 20 November 1788 and adjourned on 10 August 1789. Of 110 Acts of Parliament adopted in that session, 44 acts were devoted to transportation improvements. The count breaks down as follows: 34 statutes addressed road projects, 3 provided for harbors and a lighthouse, with a single bill completing a bridge project; 6 acts addressed navigation and canal projects[65]. The 7th Session of the 16th Parliament opened on 21 January 1790; dissolution took place on 10 June 1790, in anticipation of the 1790 General Election. These are the totals for the last session: 115 bills were enacted into law, with 46 acts providing for transportation projects. The subtotals are: 31 road projects, a bridge, a ferry and 13 navigation and canal projects[66].

To recap: in the two sessions of the Parliament of Great Britain (opened and adjourned) before Burke published his 'Reflections', almost half of the House of Commons's legislative output was devoted to transportation projects. Going from the titles listed in the *Consolidated Table of Statutes*, each improvement project benefited a community of economic interest none of whose members were also members of a second community of economic interest that received a benefit in the same session. A computer-aided map would reveal if Alphaville's road project and Betaville's navigation project could be considered as a single unit of a national transportation network. A transportation network could be designed top-down. Experts could design these routes to promote maximum productivity gains within given budget constraints (national and local). On the other hand, the House of Commons could respond — ground-up — to demands for project legislation as these 'wants' were articulated in petitions directed to that body.

Based on my samplings in the *Consolidated Table of Statutes* and two volumes of the Journals of the House of Commons[67], I suggest the following: of the 90 communities — which Commons benefited in two sessions, that is, in 1788-1790 — 44 got something in 1788-1789, nothing in 1790 while 46 communities got nothing in 1789 and something in 1790. The reader motoring the A1 to Edinburgh may exit at the Edinburgh Road roundabout and backtrack a few hundred meters to Cockburnspath. This will take the traveler to a bridge over a small stream; the bridge was unfinished, at least in 1788. In the 6th session, Parliament released £1000 from the Treasury's escheat accounts *«towards completing and finishing the Bridge»* (29 Geo. 3, c. 42). Another case: in 1789 the River Tamar offered an unb-

[65] *Journals of the House of Commons*, vol. 44.
[66] *Journals of the House of Commons*, vol. 45.
[67] *Consolidated Table of Statutes*, Part I, London, TSO, 2005.

ridged waterway to those in Plymouth wishing to do business in Torpoint and vice versa. To answer this need Parliament (in the 7th Session, 1790) granted the Earl of Mount Edgecumbe (and his business partner) the right to *«establish and maintain a common ferry … between a certain place north of Plymouth dock»* and Torpoint (30 Geo. 3, c. 61). I suggest that the beneficiaries of these two improvements belong to mutually exclusive communities of economic interest; to falsify this claim, investigation would have to find some household or business with simultaneous operations in both Berwick (Scotland) and Cornwall (England). Put another way: if you want a ferry in Plymouth, you must patiently wait your turn. The residents of Cockburnspath will get their bridge in 1789-1790 while your ferry project is deferred to 1790. I will connect these two phenomena of political culture — (a) demands for economic benefits and (b) deferred satisfaction — in the section following.

8. A contrivance of human wisdom

In this section I draw on the essay of Daron Acemoglu and James A. Robinson, *Why Did the West Extend the Franchise? Democracy, Inequality, and Growth in Historical Perspective*[68]. The authors employ concepts that are (virtually) identical to those appearing in Burke's 'Reflections' and Macaulay's 'Observations'. In brief: they traffic in economic reasoning, political science, revolution, political culture, elites and their counterpart non-elites. Two causal links in 'Why Did the West' shed light on the difficulties that challenged both Burke and Macaulay. Acemoglu and Robinson state their first claim as follows:

> *«The nineteenth century was a period of fundamental political reform and unprecedented changes in taxation and redistribution. Britain, for example, was transformed from an "oligarchy" run by an elite to a democracy. The franchise was extended in 1832 and then again in 1867 and 1884, transferring voting rights to portions of the society with no previous political representation»*[69].

Acemoglu and Robinson highlight the following causal link: *«If democratization is likely to lead to increased taxation and redistribution … why should the elite extend the franchise? Our answer is that the elite were forced to extend the franchise because of the threat of revolution»*[70].

Acemoglu and Robinson offer a second argument (the inverse of the first) which they pursue less aggressively: *«Rising inequality often associated with industrialization increases social unrest and induces democratization»*[71].

Summed up: Acemoglu and Robinson conjecture that elites must have reasoned that (a) if the franchise were to be extended, the non-elites would get *«increased taxation [of the elites] and redistribution of benefits [thereby funded]»*, but (b) if the elites were to delay extension of the franchise, industrialization would bring in *«rising inequality»*. The resulting *«social unrest»*

[68] In *The Quarterly Journal of Economics*, n. 115/4, Nov. 2000, pp. 1167-1199.
[69] D. Acemoglu and J.A. Robinson, *op. cit.*, p. 1167.
[70] D. Acemoglu and J.A. Robinson, *op. cit.*, p. 1168; the authors employ the phrase *«threat of revolution»* on 21 more occasions.
[71] D. Acemoglu and J.A. Robinson, *op. cit.*, p. 1168.

would stimulate elites to extend the franchise[72]. What follows are my comments on Burke and Macaulay, employing the points made by Acemoglu and Robinson.

1. Burke's fear that the House of Commons (under the influence of the French revolution) will become a 'low concern' — delivering economic benefits on demand — can be readily nested within the claims that Acemoglu and Robinson advance. Assume many communities of economic interest in Great Britain were enjoying the heady pleasures of gaining economic benefits such as increased access to pepper and coffee. Members of these communities might agitate for even more economic benefits. If these demands were unsatisfied, the resulting *«social unrest»* would reliably stimulate demands for increased political rights. This might play out as follows: *«Thanks for the pepper and coffee but now extend the franchise, so that all inhabitants can vote themselves more of these (and like) benefits»*. To sharpen Burke's point: even a modest distribution of economic benefits is the first step down the slippery road to collapse of British political society. In other words, the ultimate source of the benefits is irrelevant. Even if Lord and Lady De Luxe continue to enjoy the same level of benefits, the mob's demands for economic benefits will trigger their demand for political rights.
2. Burke's citation to Aristotle nails a point that Macaulay does not address. If the franchise is extended, isn't this an invitation to the new non-elite voters (now a majority of the electorate) to redistribute the wealth of the rich to the poor? Put another way, Macaulay needs an argument based on British political culture to backstop her claim that the franchise should be extended and that franchise extension will — somehow — not disturb social 'order'[73]. Macaulay does the best she can with the evidence available. The French revolution had not yet gone off the rails, at the time she published her 'Observations' in November 1790.
3. At this point Aesop's fable — featuring the Goose's Golden Eggs — may be deployed. I summarize the story in the margin[74]. If it is the case that many communities of economic interest in Great Britain are accustomed to widespread distribution of unequal economic benefits, then the incremental 'egg a day' program may be seen — through the lens of British political culture — as preferable to the revolutionary 'kill the goose' program.
4. Transportation projects are unequal economic benefits. In this essay I have noted that, in the two sessions of Parliament immediately preceding publication of their essays, the House of Commons voted a total of 90 projects[75]. The majority of these projects did not involve significant public funding; the benefit involved was the approval of Parliament for the route (as dictated by statute). Would a revolutionary parliament operating a distribution system as a supermarket or other *«low concern»* (Burke's

[72] D. Acemoglu and J.A. Robinson, *op. cit.*, p. 1168; the authors employ the phrase *«social unrest»* on 13 more occasions.
[73] See note 34 above.
[74] See https://read.gov/aesop/091.html. A goose, laying a golden egg every morning, inspired her owner to kill the goose today to get tomorrow's supply of eggs. There being no opposing voices to warn him of the folly of this crime, he discovered that he had killed the source of his wealth.
[75] See text at p. 13 above.

term) do a better job of addressing the transportation needs of individual communities in Great Britain? Is the pattern of 40 or so transportation projects distributed nationwide (per year) better than taking a chance on French-style top-down modelling of a national road network? Are promises (to be fulfilled tomorrow) better because bigger? The baseline is *«gradual improvements»* delivered at the reliable pace of one-a-week.

5. While Macaulay is silent on this point, Burke addresses this point, at least in general terms. Revolutionary assemblies do a poor job of governing; they allow women *«lost to shame, who, according to their insolent fancies, direct, control, applaud, explode [male lawmakers]»*. Do revolutionary assemblies possess the competence to wrangle the details of the Donnington to Southall Canal, 28 Geo. 3, c. 73 and the Cromford Canal, 29 Geo. 3, c. 74 into the statute books? Burke's assessment of French competence is entirely negative: lawmakers *«act like the comedians of a fair before a riotous audience»*[76]. More precisely, one might say that Burke is casting, in a negative light, the capacity of lawmakers to resist popular demands.
6. I attempt a reconciliation of all four authors. (a) The extent to which reforms in political society can get out of alignment if they must be coherent with political culture is marginal. The French 'great leap forward' is bound to fail because British political culture likes the 'egg a day' pace more than 'killing the goose'. If it takes generations — from Blackstone's 1688/1689 start date for *«gradual improvements»* to the Reform Act (1832)'s expansion of the franchise — then that's how long it takes. (b) However, reform can be 'out in front' (my phrase) of political culture to a modest degree. This is because political culture can absorb small-scale changes. Implementation of Macaulay's 'popular principle' — if dialed back to a slower rate of change — could arguably be successful, assuming that extensions of the franchise were limited, sporadic or both[77]. This would also count as a success in Burkean terms: *«no revolutionary outbursts please, we're British»*[78].

9. Concluding Remarks

I refer back to the surveys of William Blackstone and Julian Hoppit. At two different levels of abstraction, these authors furnish examples of pattern-discovering; their purpose is to frame inquiry into British political culture. Blackstone's survey covers 77 years (1688-1765) and targets *«gradual improvements»* or *«successive mutations»* (his terms). I make Blackstone's target a bit more precise: in my terms his survey reveals the rate of change in successive *«organic arrangements»* (my term)[79]. Hoppit surveys 'Patterns of Parliamentary Legislation, 1660-1800' (the title of his essay)[80]. One of Hoppit's key assumptions follows: *«the volume of*

[76] E. Burke, *op. cit.*, p. 81.
[77] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 22.
[78] Quel horreur! See https://en.wikipedia.org/wiki/No_Sex_Please,_We're_British. Half the fun was watching London audiences enjoy the show at the Garrick; personal reminiscence, 1984.
[79] J. Hoppit, *op. cit.*, p. 111.
[80] See note 20 above.

legislation is the outcome of the demand for acts and the capacity or willingness of parliament to meet that demand»[81]. Hoppit concludes that his survey *«provides the best means of detailing and initially exploring the general nature of what was, in effect, a revolution in parliament»*[82]. He dates this *«revolution to the Glorious Revolution»*, events of 1688-1689. Blackstone likewise regards the *«revolution in 1688»* as pivotal. A revolution was avoided. These events open the sixth interval in which large-scale, substantive changes in political society attract his attention[83].

What Blackstone and Hoppit offer is an antidote to any author's bland assurances that the *«improvements of [French] national assembly are superficial; their errors, fundamental»*[84]. To the same tenor but, if possible, in worst taste: *«I wish my countrymen rather to recommend to our neighbours the example of the British constitution, than to take models from them for the improvement of our own»*[85]. Of all authors to trade in breezy generalizations, this is not what readers should expect from someone who (by then) had spent almost 25 years of his 30-year career in the House of Commons (1765-1794)[86]. There is more to be said about Burke than appears in Brooke's annotation in the *History of Parliament Trust* website, which in passing notes that Burke's *«reform legislation [in the early 1780s] passed the House with little difficulty»*[87]. Holdsworth's *History of English Law* lists 12 Acts of Parliament in his census of Burkean reforms[88]. I have counted another 5. *«These enactments may be taken as an attempt to frame and bolster the trust relationship between members and their constituency electorates. The principal method employed was the regulation of dual office-holding; this was supplemented by nascent attempts to enact a measure of campaign finance reform»*[89]. That these statutes are highly technical in nature merits more than passing mention in the *History of Parliament* and *Dictionary of National Biography* annotations[90].

Here's why.

If a British author has acquired and refined technical expertise in the composition of legislation, readers are entitled to hear what his French counterparts are doing wrong at a concrete level of analysis. We get something along those lines: Burke relates the following fact situation: a peasant *«first brings his corn to market»* and is cheated by the local magistrate who *«obliges him to take the assignat* [the revolution's paper money] *at par»*[91].

> *«When he goes to the shop with this money, he finds it seven per cent. the worse for crossing the way. This market he will not readily resort to again. The townspeople will be inflamed! they will force the country-people*

[81] J. Hoppit, *op. cit.*, p. 125.
[82] J. Hoppit, *op. cit.*, p. 110.
[83] W. Blackstone, *op. cit.*, p. 433.
[84] E. Burke, *op. cit.*, p. 292.
[85] E. Burke, *op. cit.*, pp. 292-293.
[86] See https://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/burke-edmund-1729-97.
[87] E. Burke, *op. cit.*, pp. 292-293.
[88] W. Holdsworth, *A History of English Law*, London, Methuen, 1903-1938; 17 vols. inc. Index; vol. 10, pp. 520-526.
[89] P.J. Aschenbrenner, *British and American Foundings of Parliamentary Science*, Abingdon-on-Thames, Routledge, 2017, pp. 62-63.
[90] See J. Brooke, *Burke, Edmund (1729-97), of Beaconsfield, Bucks.*, https://www.historyofparliamentonline.org/volume/1754-1790/member/burke-edmund-1729-97 and P. Langford, *Burke, Edmund (1729/30–1797), politician and author*, in *Oxford Dictionary of National Biography*. 23 Sep. 2004; Accessed 7 Jun. 2024. https://www-oxforddnb-com.ezproxy.unibo.it/view/10.1093/ref:odnb/9780198614128.001.0001/odnb-9780198614128-e-4019.
[91] E. Burke, *op. cit.*, p. 229.

> *to bring their corn. Resistance will begin, and the murders of Paris and St. Dennis may be renewed through all France»*[92].

This instance of subpar French revolutionary lawmaking suggests that a more detailed critique might challenge one of Burke's central points. Assignats are debt instruments, technically speaking. Burke is unhappy that there exists a secondary market in French paper currency and also that the (market) value of assignats varies. Fair enough. Had the French followed the British example, they would have created a government agency under the sonorous title 'Commissaires pour la Réduction de la Dette Nationale'. If the French lawmakers (in 1790) had followed the British example (from 1786), the former would have legislated that the *«monies [of the Commissaires] shall be applied by the said commissioners in payments for the purchase of publick annuities below par»*[93].

This point goes off in two directions. First, if Burke had read the *Lois, et Actes du Gouvernement* — as they came off the press in August 1789 — he could have engaged his readers in an apples-to-apples comparison of British and French lawmaking[94]. He balked his fire when it came to the French government's failure to legislate price supports to maintain the value (in the secondary market) of its debt instruments. Second: Burke owed his readers a review, even if concentrated, of some instances of French lawmaking. I supply another apples-to-apples comparison that Burke could have taken into account. I refer to the opening volume of the *Bulletin des Lois* (published in 1806) and Titre XIV 'De la Suppression des anciens offices et tribunaux' which addresses a variety of garden-variety issues in bureaucratic management of public pathways, canals and public works.

> *«Article IV. Requests and disputes regarding the settlement of compensation due to individuals, in respect of land taken or excavated for the construction of paths, canals or other public works, will likewise be brought, by way of conciliation, before the district directorate, and may then be sent to the departmental directorate, which will ultimately resolve them, in accordance with the estimate that will be made by the justice of the peace/juge de paix and his assessors»*[95].

This very humble piece of legislative handiwork may be compared with the following text, drawn from the Public Highways Act, 13 Geo. 3, c. 78 (1773):

> *«Section XXI. That where any Footway shall be diverted [through lands belonging to a different owner than the previous footway] the Damage occasioned by such old Footway to the lands through which it lay … shall be adjudged … and the Money at which such Damages shall be assessed shall be applied in making Satisfaction to the Owner or Owners of the Land through which such new Footway shall be made».*

If Burke had engaged in a detailed analysis of the deficiencies of French revolutionary lawmaking, it might have tempered his taste for thundering: *«The improvements of the national*

---

[92] E. Burke, *op. cit.*, p. 229.
[93] 26 Geo. 3, c. 31, National Debt Reduction Act (1786); see also P.J. Aschenbrenner, *op. cit.*, p. 149.
[94] According to the Bibliothèque Nationale de France website issues of the 'Lois, et Actes du Gouvernement' were published in pamphlet form as the Assemblée adopted new legislation. In November 1790 Burke would have had access to these pamphlets. However, for use in this essay, I refer to the 1806 edition of the first volume which is also titled 'Lois, et Actes du Gouvernement' and now known as the Bulletin des Lois. The title page of the first volume includes the following additional data: 'Tome Ier, Août 1789 à Septembre 1790'. See https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k30566583.
[95] *Bulletin*, cit., pp. 407-408.

assembly are superficial; their errors, fundamental»[96]. Worse, Burke does not pursue the following line of attack: he's not going to argue that day-to-day British legislative product is better than the output of their French counterparts.

Assume that Burke did offer his sage counsel to French members of the *Assemblée*: *«see here, I can see that there are a lot of issues in French government that call for reform, but you're not going about this the right way. Here's how to fix what's gone wrong up to July 1789»*. Such an essay would sink out of sight. No one would trumpet Burke as the founder of 'modern conservatism'. We have Emily Jones's study *Edmund Burke and the Invention of Modern Conservatism* — her title previews her thesis — to make this point. British opinion-makers in the 19th c. settled on Burke's 'Reflections' as a vessel that could carry any water. It is the lack of detail that makes the 'Reflections' readable. His 'Reflections' does not reflect any significant hard work on the author's part. If Burke had any serious ambitions to critique the output of European parliamentary assemblies, he could have directed his readers to John Hatsell's *Precedents of Proceedings* (3 volumes published by 1790)[97]. Burke failed to engage his readers with details exposing the organic (constitutional) side of the equation, as well as on the programmatic (legislative) side. Burke had a great deal to contribute to public discourse on these two subjects. By 1790, he had served a quarter-century in the House of Commons and authored an entire tranche of significant and highly technical pieces of reform legislation. In getting his hands dirty with the details Burke would then have challenged Macaulay (and those in agreement with her) to engage Burke on ground that he could dominate. What posterity would have had in hand (if Burke had done his homework) would be an apples-to-apples comparison of the competence of these two national parliamentary assemblies: the House of Commons and the *Assemblée nationale constituante*. By the same token I fault Macaulay: it was her job to get her hands on issues of the *Lois, et Actes du Gouvernement* and the counterpart volume of the *Public Statutes* and compare and contrast outputs.

That brings us back to 'una macchina che non poteva andare da sola'. What was the 'machine that would go of itself'[98]? (a) Expectations that the wants (of some number of communities) would, over time, receive programmatic attention, (b) with the expectations (of other communities) deferred but not ignored for so long as to stimulate insurrection, (c) so that decade after decade the House of Commons's distribution of unequal economic benefits would facilitate (d) the eventual reform of the elective franchise — Representation of the People Act, 2 & 3 Will. 4, c. 45, 7 June 1833 — just in time (e) for the Great Western Railway Act — 5 & 6 Will. 4, c. 107, 1 August 1835 — to open up a new species of economic demands that communities could make on the House of Commons[99]. I have light brushed a few inconvenient facts like the riots in Bristol (1831). In these disturbances, according to an account of 3 November 1831, *«a very great number must have lost their lives, of which we can obtain no account»*. To be sure, French revolutionary appetite for violence (1789-

[96] E. Burke, *op. cit.*, pp. 292-293.
[97] See https://www.precedentsofproceedings.com/.
[98] J. R. Lowell, *op. cit.*, pp. 16-17. See https://www.loc.gov/resource/gdcmassbookdig.independentinpol00-lowe/?sp=32&st=image.
[99] See https://www.nationalarchives.gov.uk/education/resources/what-caused-the-1832-great-reform-act.

1790, 1830) — to say nothing of the Terror (1793-1795) — puts Bristol (and British) rioting in a much rosier light[100]. If the 'machine that could go of itself', over time, accommodates demands for organic change, one causal factor might be the stable appetite of communities of economic interest for reliably delivered economic benefits.

That's really all I'm saying in this essay. The burden of going forward — a lawyerly phrase — fell on Edmund Burke. It was his job to counter Price and Macaulay by pointing out that British political culture's acceptance of Blackstonian *«gradual improvements»* in the organic affairs of political society — one every 2.2 years — was stimulated, fed and satisfied by steady deliveries of programmatic benefits. Instead, Burke employed the internal inconsistencies, self-inflicted errors and outright missteps of French political culture to attack British advocates of a *«bill of rights»* whose first sentence declared that British inhabitants have the right *«To choose our own governors»*[101].

> *«I wish my countrymen rather to recommend to our neighbours the example of the British constitution, than to take models from them for the improvement of our own»*[102].

That's the level of abstraction that suits Burke and that breezy level of generalization most certainly suits those who find Burke congenial to their tastes. Is data-driven analysis anathema to public and scholarly discourse? Is it to be avoided at all costs? Blackstone managed it and quite nicely, thank you. Macaulay should have done it and she had no excuses as an historian *not* to get into the details. My essay offers no exciting thesis. A bridge here, a ferry there, roads, canals, navigation projects. In 1776 Adam Smith described *«good roads, canals, and navigable rivers [as] the greatest of all improvements»*[103]. Distribution of these benefits doesn't seem to add much to our understanding of British political culture. But these distributions enabled Great Britain to make its way forward, without revolution, and — just to irritate the shade of Edmund Burke — a riot every now and then dispersed by a proverbial and Napoleonic *«whiff of [urban] grapeshot»*[104].

In the end, why did it matter that the French took a great leap forward (in 1789-1790) but fumbled the follow-on sorting of equal political rights while the British muddled their way to the same goal through the long long 19th c.? Macaulay's *«popular principle»* became reality in the United Kingdom, without a bloody revolution, thanks to the Hohenzollern dynasty's bloodthirsty appetite for world war[105]. This makes Edmund Burke right; he cautioned against extending the franchise. That is, until British foreign policy required millions of citizen-soldiers to serve in one of Britain's many continental wars. At that point, British hostility to joining the French *«gang of usurpers, who reign ... over the face of this our miserable world»*

---

[100] According to the National Archives website, noted above: *«There was a fear in government that unless there was some reform there might be a revolution instead. They looked to the July 1830 revolution in France, which overthrew King Charles X and replaced him with the more moderate King Louis-Philippe who agreed to a constitutional monarchy».*
[101] E. Burke, *op. cit.*, pp. 18, 19, 20, 21. Burke paraphrases Macaulay's expression *«an original right in the people to chuse their governors»*: C. Macaulay, *op. cit.,* p. 6.
[102] E. Burke, *op. cit.*, p. 293.
[103] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1976; R.H. Campbell, A.S. Skinner and W.B. Todd, eds.; the 'Glasgow' edn., p. 163.
[104] See https://library.brown.edu/cds/napoleon/napoleon1.html.
[105] C. Macaulay, *op. cit.*, p. 22.

disappeared[106]. The UK and France liberated Europe from German domination … for about two decades.

[106] E. Burke, *op. cit.*, p. 16.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-cc3

Modello Westminster nel mondo

Federal Representative Democracy In Australia: British, American and Swiss

Nicolas Aroney
Professor of Constitutional Law, University of Queensland

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Federal Representative Democracy In Australia: British, American and Swiss**

di Nicolas Aroney*

Abstract (Ita): È opinione diffusa che la costituzione australiana sia una sintesi tra l'approccio britannico e quello americano al tema del governo. Questo articolo mostra come le idee federali canadesi, tedesche e soprattutto svizzere furono utilizzate anche dagli autori della Costituzione australiana, adattandole in una forma ritenuta adatta alle condizioni e alle aspettative australiane. In particolare, la Costituzione svizzera offriva due idee influenti: il referendum e l'esecutivo conciliare. Gli australiani sono stati tra i primi al mondo a utilizzare il referendum come mezzo per ratificare una Carta costituzionale, con implicazioni di vasta portata per la progettazione del sistema federale australiano. Anche se il modello conciliare dell'Esecutivo non è stato adottato, esso ha influenzato la struttura del Senato australiano in maniera alquanto significativa. Con il successivo sviluppo del voto proporzionale, il Senato australiano ha costituito un'importante innovazione nel modello di governo parlamentare.

Abstract (Eng): It is conventional wisdom that the Australian constitution is a unique synthesis of British and American approaches to government. This article shows how Canadian, German and especially Swiss federal ideas were also utilised by the framers of the Australian Constitution, adapting them into a form considered suitable to Australian conditions and expectations. In particular, the Swiss constitution offered two influential ideas: the referendum and the conciliar executive. The Australians were among the first in the world to use the referendum as means of ratifying a constitution, with far-reaching implications for the design of the Australian federal system as a whole. While the conciliar executive was not adopted, it influenced the design of the Australian Senate in ways that have also proven highly significant. With the later development of proportional voting, the Australian Senate has become a very important Antipodean innovation of parliamentary government.

Parole chiave: formula elettorale proporzionale; governo rappresentativo; referendum

Keywords: proportional voting; representative government; referendum

1. Introduction.

It is the conventional wisdom that the Australian constitutional system is a unique synthesis of the British and American systems and theories of government. As the now famous remark puts it, 'the waters of the Thames and the Potomac both flow into Lake Burley Griffin'[1]. The Australian Constitution is not, however, simply a 'cut-and-paste job'[2], nor a 'Washminster mutation'[3]. It is the result of more complex and careful deliberation than either of these descriptions imply. It is the consequence of what usually happens when new constitutions are formed as a result of reflection, discussion and debate. When drafting a

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professor of Constitutional Law, University of Queensland

[1] See G. Winterton, *Monarchy to Republic: Australian Republican Government*, Oxford, Oxford University Press, 95. J. Killen, *Book Review*, in *Australian Journal of Politics & History* 33(2), 1987, 144, points out that Lake Burley Griffin, the artificial lake that lies at the centre of the federal capital, Canberra, was of course not completed until 1963, long after the Australian Constitution was enacted into law in 1900.

[2] J. Williams, *Click Go The Shears: The Reception of Constitutional Models and Australian Constitutional Theory*, Paper presented at *Constitutionalism,* 1999; G. Craven, *A Liberal Federation and a Liberal Constitution*, in J. Nethercote (eds.), *Liberalism and the Australian Federation*, Leichhardt, Federation Press, 2001, 61.

[3] See E. Thompson, *The 'Washminster' Mutation*. *Politics* 15(2), 1980, 32.

ture, and their own history, experience and values. They endeavour to meld this learning into a coherent, practicable whole, while at the same time adopting those compromises that are necessary to secure sufficient political support for the constitution-making project. This is precisely what the framers of the Australian Constitution sought to do.

The Constitution of the Commonwealth of Australia came into force in 1901 through a process that was, by the standards of the time, considered to be progressively democratic[4]. The delegates to the two Federal Conventions (1891 and 1897-8) at which the Constitution was drafted were ordinary politicians, nominated by the colonial Parliaments to the first Convention, and most of them directly elected to the second Convention. This meant that the discussion in the two Conventions had much of the character of ordinary parliamentary debate, with the usual doses of florid rhetoric, rancorous invective and hyperbolic exaggeration[5]. There was plenty of ignorance on display, and not a few mistakes of fact and misinterpretations of data. And yet, the delegates took the task of drafting a new constitution very seriously. Most of them made every effort to be constructive, many expressed themselves carefully and thoughtfully, and several demonstrated they were very learned.

The most knowledgeable and diligent among the founders undertook careful studies of the constitutions of those countries most likely to assist them in the task of fashioning a federal constitution[6]. They read the state of the art literature[7]. They tried to understand the practical workings of the constitutional models that recommended themselves for adoption[8]. And they thought hard about how best to integrate the models into a coherent workable whole, appropriate for Australian conditions[9]. As a document that had to secure the agreement not only of the delegates, but also the voters in the six Australian colonies, the draft constitution that emerged necessarily contained compromises between conflicting interests. The framers knew this. They knew that the draft contained tensions between

[4] See H. Irving, *To Constitute a Nation: A Cultural History of Australia's Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 8-11. The point is not that the process was democratically inclusive, for women and many indigenous people were excluded from having a direct role in voting for delegates to the Federal Conventions and voting in the ratifying referendums in most of the Australian colonies.

[5] Eg. A. Deakin, *The Federal Story: The Inner History of the Federal Cause*, ed. Herbert Brooks. Melbourne, Melbourne University Press, 1944.

[6] R. Baker, *A Manual of Reference to Authorities for the Use of the Members of the National Australasian Convention*, Melbourne, E. A. Petherick and Co., 1891; J. Quick, *A Digest of Federal Constitutions.* Queanbeyan, J. B. Young; 1896; R. Garran, *The Coming Commonwealth: An Australian Handbook of Federal Government*, Sydney, Angus and Robertson, 1897; S. Griffith, *Notes on Australian Federation: Its Nature and Probable Effects*, Brisbane, Edmund Gregory, Government Printer, 1896.

[7] See J.A. La Nauze, *The Making of the Australian Constitution*, Melbourne, Melbourne University Press, 1974, 335-361; L.F. Crisp (eds.), *Federation Fathers*, Melbourne, Melbourne University Press, 1990.

[8] N. Aroney, *A Commonwealth of commonwealths: Late nineteenth century conceptions of federalism and their impact on Australian federation*, in *The Journal of Legal History* 23(3), 2002, 253.

[9] N. Aroney, *Imagining a Federal Commonwealth: Australian conceptions of federalism*, in *Federal Law Review*, 30(2) 2002, 265.

competing principles they were not quite able to resolve by negotiation[10]. For this is what a constitution born out of vibrant democratic contestation must necessarily be[11].

The particular form of parliamentary government to be established by the Australian Constitution was a focal point of debate at the Federal Conventions. It was also probably the most conspicuous point at which the framers of the Constitution constructed a synthesis of British and American political ideas and practices[12]. However, to describe the Australian system simply as an amalgamation of these two models does not do justice to the many subtle modifications, adaptations and compromises that were involved. Indeed, unless the influence of other models – the German, the Canadian and especially the Swiss – is taken into account, the course of debate and the Constitution that resulted are likely to be misunderstood.

2. **A Federal Parliament.**

The Parliament of the Commonwealth of Australia is deliberately described in the Australian Constitution as a 'Federal Parliament'[13], a term which reflects the governing idea that the Constitution was meant to bring a 'federal commonwealth' into being[14]. The term 'federal commonwealth' seems first to have been used by Samuel Griffith[15] and can almost certainly be traced to James Bryce's highly influential book, *The American Commonwealth* (1889)[16]. Bryce's influence upon the framers of the Australian Constitution is well known[17]. His basic idea was that the American political system is best understood as consisting of 'a Commonwealth of commonwealths, a Republic of republics, a State which, while one, is nevertheless composed of other States even more essential to its existence than it is to theirs'[18]. Bryce was here echoing a conception of the federal commonwealth which had been previously described by Baron Montesquieu in his famous *De l'esprit des Lois*, first published in 1748. Montesquieu had said that a 'federal republic' arises when:

---

[10] See B. Galligan, J. Warden, *The Design of the Senate*, in G.J. Craven (eds.), *The Convention Debates 1891-1898*, Sydney, Legal Books, 1986.

[11] *Attorney-General (Cth) v Colonial Sugar Refining Co Ltd* (1913) 17 Commonwealth Law Reports 644, 652-3 (Lord Haldane).

[12] E. Thompson, *The 'Washminster' Mutation*, in *Politics* 15(2), 1980, 32.

[13] Australian Constitution, s. 1.

[14] Commonwealth of Australia Constitution Act 1900 (UK), preamble, s. 3. See J.A. La Nauze, *The Name of the Commonwealth of Australia*, in *No Ordinary Act: J.A. La Nauze on Federation and the Constitution*, in H. Irving, S. Macintyre (eds.), Melbourne, Melbourne University Press, 2001; N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The Making and Meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 1-11.

[15] S. Griffith, *Convention Debates*, *Sydney*, 1891, 523. The bare term 'commonwealth' was first used by Henry Parkes. See J.A. La Nauze, *Ib.*, 158-72.

[16] There was also a hint of the idea of a federal commonwealth in Edward Freeman's influential essay, 'Presidential Government' (1886, 392). On Bryce and Freeman and their influence in Australia, see J.S.F. Wright, *Anglicizing the United States Constitution: James Bryce's Contribution to Australian Federalism*, in *Publius: The Journal of Federalism* 31(4), 2001, 107; N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth*, cit., 78-92.

[17] J.A. La Nauze, *Ib.*, 158-172.

[18] J. Bryce, *The American Commonwealth*, 2nd ed. London, Macmillan, 1889, 332.

several smaller States agree to become members of a larger one, which they intend to form. It is a kind of assemblage of societies, that constitutes a new one, capable of increasing by means of new associations till they arrive at such a degree of power as to be able to provide for the security of the united body. … As this Government is composed of small Republics, it enjoys the internal happiness of each, and with respect to its external situation, it is possessed, by means of the association, of all the advantages of large Monarchies[19].

The influence of this idea can be traced in a line from Montesquieu, via the framers of the American Constitution, to those who drafted the Australian Constitution in the late nineteenth century. Alexander Hamilton—although the sincerity of his attachment to the idea may be doubted—adopted Montesquieu's definition of the federal republic in one of his letters to the *Independent Journal*, calculated to convince voters in the State of New York to ratify the proposed Constitution and soon thereafter republished in the collection of 85 essays which we now know as *The Federalist Papers*[20]. In turn, Hamilton's essay (*Federalist No. 9*) was cited by Thomas Just in a little known, but highly significant, compendium which he prepared for the delegates to the Federal Convention of 1891 on the order of the government of Tasmania, and most probably on the instructions of the Tasmanian Attorney-General, Andrew Inglis Clark[21].

Thomas Just's book contained a variety of extracts from various important writings deliberately arranged, it seems, to guide the reader in a certain direction. Most conspicuous among these were a number of extracts from *The Federalist Papers*, including Hamilton's *Federalist No. 9* and James Madison's *Federalist No. 39*. In Just's presentation, these extracts seemed to provide appropriate guidance on almost all the important issues relating to Australian federation, apparently on the premise that 'the Constitution of the United States was framed under similar circumstances to those which should mark the formation of the Constitution of United Australasia'[22]. Just used Madison, Hamilton and Montesquieu to present the idea that a federation is essentially an 'assembly of States' which is at the same time itself a 'State', and in which the several States are constituent members, entitled to separate representation in the institutions of the federal government and an exclusive sphere of 'sovereign' power over their own internal affairs[23]. The idea was persuasive. It was reflected in the draft constitution which Inglis Clark prepared in 1891[24], it was repeated in the draft constitution that emerged under Samuel Griffith's

[19] C.L. de Secondat – Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, trans Nugent, T. New York, Hafner, 1949, I-IX.
[20] See C. Rossiter, *The Federalist Papers,* New York, New American Library of World Literature, 1961.
[21] See T. Just, *Leading Facts connected with Federation*, Hobart, The Mercury Office, 1891; J.A. La Nauze, *The Making of the Australian Constitution*, Melbourne: Melbourne University Press, 1974.
[22] T. Just, *op. ult. cit.*, 33. See also 33-4, 37-8, 44, 49-7.
[23] T. Just, *op. ult. cit.*, 37.
[24] See J. Reynolds, *Clark's American Sympathies and His Influence on Australian Federation*, in *Australian Law Journal* 32: 62, 1958; J. Williams, *'With Eyes Open': Andrew Inglis Clark and Our Republican Tradition*, in *Federal Law Review* 23: 149, 1995.

leadership at the end of the Federal Convention of 1891, and it persisted throughout the deliberations of the Convention of 1897-8 despite concerted efforts on the part of a determined minority to deconstruct it[25].

As the framers of the Australian Constitution understood it, the federal character of the Australian Parliament was expressed in two important ways, largely similar to the manner in which the American and Swiss federal legislatures were also constructed. Firstly, the legislative power of the Commonwealth was constitutionally limited, extending only to the specific topics enumerated in the Constitution (Australian Constitution, ss 51 and 52), in contrast to the broad legislative powers of the States, which were to 'continue' subject to the Constitution (Australian Constitution, ss 106 and 107). Secondly, the Federal Parliament consisted of the Queen, the Senate and the House of Representatives. This tri-partite structure resembled that of the British Parliament, except that the two houses of the Australian Parliament were designed to give effect to the federal character of the Commonwealth by providing, as in the United States and Switzerland, that the people of the States are represented in the Senate and the people of the Commonwealth are represented in the House of Representatives (Australian Constitution, ss 7 and 24).

The framers of the Australian Constitution deliberately used the term 'Senate' rather than 'Legislative Council' or 'House of Lords'. The term was derived from the Constitutions of the United States and Canada, although the deeper origin of the term, as the Australians well knew, was the Senate of ancient Rome[26]. The terms used in Switzerland for the corresponding institution were *Conseil des Etats* (French) or *Ständerat* (German), meaning 'Council of States'[27]. The corresponding term, 'state's house', was often used by the Australians in relation to the Senate. Like the American and Swiss models, the Australian Senate is based on the equal representation of each of the Australian States (Australian Constitution, s 7). The Australians knew about the Canadian and German systems, where 'representation' of the constituent Länder and Provinces in the second chamber was not equal, nor directly or popularly elected[28]. They also knew about the competing interpretations of the federal foundations of the American Constitution that had been advanced by figures such as John C Calhoun and Daniel Webster[29]. Some of the

[25] This minority appealed to the alternative, much more nationalist reading of the United States Constitution advanced in works such as J. Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law. Boston*, Ginn and Co., 1890.

[26] See J. Quick – R. Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Sydney, Angus and Robertson, 1901, 415.

[27] R. Baker, *A Manual of Reference to Authorities*, cit.; F.O. Adams – C.D. Cunningham, *The Swiss Confederation*, London, Macmillan, 1889.

[28] See R. Baker, *op. ult. cit.*; J. Bluntschli, *The Theory of the State*, trans D. G. Ritchie, P. E. Matheson and M. A. Lodge, Oxford, Clarendon Press, 1885; J. Bourinot, *Federal Government in Canada*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1889; G. Smith, *Canada and the Canadian Question*, cit. On the influence of German state theory in Australia, see N. Aroney, *The Influence of German and Swiss State-Theory on Late Nineteenth Century British, American and Australian Conceptions of Federalism*, in *International and Comparative Law Quarterly* 59, 2010, 669.

[29] See R. Baker, *op. ult. cit.*, cit., and Id., *Federation*, Adelaide, Scrymgour and Sons, 12.

Australians wanted representation in the Senate to be broadly proportional to population, but they were outvoted by those who considered equal representation in the Senate and proportionate representation in the House of Representatives to be more appropriate in a 'federal commonwealth', understood as a 'commonwealth of commonwealths', or a 'compound republic'[30].

The Australians departed from the American model, however, in several important respects. The Federal Convention that had been held in 1891 consisted of delegates chosen by the colonial Parliaments. Much like the American federal convention that was held in Philadelphia in 1787, it proposed the establishment of a federal constitution in which the State Parliaments would play a key role in ratifying the constitution, choosing representatives to sit in the federal Senate and approving any proposed amendments to the constitution in the future. For various reasons, the draft constitution that emerged in 1891 did not secure sufficient support. However, a revitalised federation movement re-emerged in 1895 when colonial leaders agreed to a constitution-making process which involved a more direct role for the people of each colony. According to this new process, delegates to the second Federal Convention would be directly elected by the voters in each colony and the draft constitution prepared by the Convention would be submitted to the voters in each colony for approval at a referendum (*Official Report of the Federation Conference Held in the Court-House, Corowa*, 1893, 27).

The Australians drew on the Swiss example but extended it. The Swiss Constitution of 1848 had been ratified by a majority of cantons (15½ in favour, 6½ opposed), each canton deciding in accordance with its own constitutional traditions, some of them using representative institutions, others forms of direct democracy, such as the ancient *Landsgemeinde* then practiced in the cantons of Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell-Inner Rhodes and Appenzell-Outer Rhodes[31]. The Constitution of 1848 provided that it could be amended only by a referendum in which the proposal was approved by a majority of voters in the federation, as well as a majority of voters in a majority of cantons, and in 1874 extensive constitutional revisions were approved by a majority of voters in a majority of cantons (14½ in favour, 7½ opposed)[32]. The Australians adapted these aspects of the Swiss Constitution to their own circumstances. Most importantly, because what was being proposed was a federation of mutually independent, self-governing colonies, it was widely accepted that only those colonies that agreed to unite would become part of the federation, as had been the case in the United States[33]. The ratification of the Australian Constitution therefore rested on the principle of unanimity among the

[30] See J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, New York, Little, Brown and Co., 1891, 518-519; C. Sharman, *Australia as a Compound Republic*, in *Politics* 25(1), 1990, 1; G. Maddox, *'Australian Democracy and the Compound Republic'*, in *Pacific Affairs* 73(2), 2000, 193.
[31] See G. Thürer, *Free and Swiss: The Story of Switzerland*, R P Heller and E Long trans. London, Oswald Wolff, 1970, 113.
[32] *Ib.*, 124.
[33] See *Convention Debates, Adelaide* 1897, 50–51 (Charles Kingston).

colonies[34]. Consistent with this principle, it was agreed that each colony would, as a self-governing political community in its own right, enact its own Enabling Act authorising the appointment of delegates to the Federal Convention and providing that the draft constitution prepared by the Convention would be submitted to the voters in each colony for approval. While the constitution would then be submitted to the British Parliament for formal enactment, the formative process and the substantive content of the constitution was determined entirely by the Australians themselves[35]. Approaching the matter in this way, the Australians went considerably further than the Canadian colonies, which had federated in 1867. While the elected representatives of the Canadian colonies had negotiated the general terms of a proposed federal union and had formulated these in a series of resolutions, the *British North America Act 1867* (UK) was drafted in Britain, enacted by the British Parliament, and did not confer on the Canadians a local power to amend it. Canadians remained dependent upon the British Parliament for amendments to the *British North America Act* until it was patriated in 1982 pursuant to the *Canada Act 1982* (UK) and the *Constitution Act 1982* (UK). Most of the Australian framers believed that the United States and Switzerland were better models than Canada in these respects (eg, *Conference Debates, Melbourne* 1890, 108-10, 133-8)[36].

The decision in Australia that the voters in each colony would play a direct role in the ratification of the Constitution had a far-reaching effect on the deliberations of the framers of the Constitution at the second Convention in 1897-8. It contributed to their decision to provide that the Senate would be directly elected by the voters of each State rather than chosen by the State Parliaments (Australian Constitution, s 7), an innovation which predated the adoption of direct election of the American Senate by some thirteen years (Zywicki 1997). Consistent also with the 'popular' foundations of the Constitution, the Australians similarly decided, following the Swiss model, that amendments to the Constitution ought to be approved by a 'dual' referendum in which the approval of a majority of voters in the Commonwealth as a whole as well as a majority of voters in a majority of States would be required (Australian Constitution, s 128). The simultaneous involvement of the people of the Commonwealth and the peoples of the States was seen as the most appropriate way of amending the constitution of a federal commonwealth. As Charles Kingston, Premier of South Australia, put it, these elements, understood as a coh-

[34] This principle of unanimity remains fundamental to the Australian Constitution. Amendments to the boundaries of a State or to its representation in the federal Parliament can only occur with the consent of the people of that State (s 128, para 5). The *Australia Acts 1986* (UK) and (Aust), by which the British Parliament abdicated its authority to legislate for Australia, can only be amended with the unanimous approval of the Commonwealth and State Parliaments (s 15). The Australian version of the *Australia Act 1986* was itself enacted pursuant to s 51(xxxviii), which authorises the federal Parliament to exercise the powers of the British Parliament within Australia, but only 'at the request or with the concurrence of the Parliaments of all the States directly concerned'.

[35] See J. Quick – R. Garran, *The Annotated Constitution*, cit., 96-98.

[36] See J. Quick, *A Digest of Federal Constitutions,* Queanbeyan, J. B. Young, 1896, 59-60.

erent whole, were the 'democratic essentials of a Federal Constitution'[37].

Although many of the Australians continued to speak and write as if the Senate would represent the 'interests' of the States (eg, *Convention Debates, Sydney* 1891, 89-90)[38], the direct election of the Senate by the people of the States meant that it would inevitably reflect the diverse political interests of the voters in the States, rather than those of the State Governments (as in Germany) or the State Legislatures (as in the United States)[39]. It is often observed in this respect that the Australian Senate has failed in its purpose to 'represent the States', largely because it is dominated by party politics rather than regional allegiances. It is argued that there are very few if any examples where the Senate has adopted a view different to the House of Representatives on a matter in which the concerns of the States were opposed to the interests of the Commonwealth as a whole[40]. It has also been argued that the Senate has failed to be a forum where the smaller States are protected from the larger States. Many who make these points consider the construction of the Senate as a 'states' house' to be a failure, or a mistake[41].

Several points can be made about this line of criticism of the Australian Senate. The first is that although party politics has dominated, the Senate has still provided opportunity for senators to advocate for the interests of their constituents at a state level[42] and it has ensured that even when one of the major parties performs so poorly in the House of Representatives that it has no or very few representatives from a particular State, it will secure at least some representatives in the Senate[43]. Moreover, although party discipline means that divergent State interests are rarely if ever expressed in votes on the floor of the house, there is ample opportunity for them to be of influence within the parliamentary caucus of each party[44].

The second point is that although, as noted, some of the framers continued to talk as if they expected the Senate to represent the interests of the States in an institutional sense, there were several who recognised that direct election of the Senate meant that its rationale must lie, rather, in the idea that structuring the Parliament in this way would enable it to be a means of integrating the diverse 'peoples' of the Australian colonies into 'one people' in a manner that would nonetheless continue to respect the distinct identity of the

---

[37] See C. Kingston, *The Democratic Element in Australian Federation,* Adelaide, J.L. Bonython and Co., 1897, 8-10.

[38] J. Quick – R. Garran, *The Annotated Constitution*, cit.

[39] See H. Evans – R. Laing, *Odgers' Australian Senate Practice*, 13th ed. Canberra, Department of the Senate, 2012, 2-4.

[40] See G. Sawer, *Federation under Strain*, Melbourne, Melbourne University Press, 1977, 128.

[41] See L. Crisp, *Australian National Government*, Melbourne, Longmans, 1973.

[42] C. Sharman, *The Representation of Small Parties and Independents in the Senate*, in *Australian Journal of Political Science* 34(3), 1999, 353; B. Costar – J. Curtin, *Rebels with a Cause: Independents in Australian Politics*, Sydney, UNSW Press, 2004, ch. 3.

[43] C. Sharman, *The Australian Senate as a States House*, in *Politics* 12(2), 1977, 68-69.

[44] See P. Joske, *Australian Federal Government*, Sydney, Butterworths, 1976, 75-77, and P. Howell, *The Strongest Delegation, The South Australians at the Constitutional Convention of 1897-98*, in *The New Federalist* 1-44, 1988.

people of each constituent State. John Downer of South Australia put this most clearly when he pointed out that so long as the Parliament was constructed 'fairly', meaning with equal representation of the States in the Senate and representation in proportion to population in the House of Representatives, then 'state rights will come very little into these matters, and the results will be highly satisfactory, because we shall know that we really have become so much one people that these smaller considerations never occur to anybody at all'[45]. The observation of John Winthrop Hackett, a Western Australian delegate to the Convention of 1891, had been similar. He said:

«[T]he main function of the Senate … [is] to cement these isolated communities together, to make a dismembered Australia into a single nation, … to convert the popular will into the federal will … to give full voice to the wishes of the populace, but, at the same time, to take care before that voice issues forth as the voice of Australia that it shall be clothed with all the rights and duties of the federal will (*Convention Debates, Sydney* 1891, 280)»

The idea was that a successful Senate would be marked by a sense of unity and national purpose which would mean that senators from particular States need not always or even usually vote in blocs but would, rather, be involved individually in national policy debate, and might even be aligned with political parties. Equality of representation would ensure that the people of each State would be given the security of knowing that, having voluntarily entered the federation as 'equal partners', they would continue to be represented equally as 'a people' in at least one house of the federal Parliament[46]. This security of tenure would free them to engage in national debate in a non-sectarian manner, knowing that they would continue to be entitled to that equal share of representation which befits an independent political community, and would remain free to use this 'voice' if ever their sectional interests were seriously or unambiguously in jeopardy. In this sense, equal representation in the Senate would serve to unify rather than divide the nation.

The third point is that although it may have been naïve for the framers to have expected that the Senate would not be dominated by party politics revolving mostly around national issues and national policy debate, it is clear that a sizable number of the framers were distrustful of parties and would have preferred to construct a constitutional system in which the operation of political parties would be muted and constrained, if it could not be eliminated altogether[47]. In their view, party government was closely associated with parliamentary responsible government in its Westminster form, and many of them believed that responsible government of this kind was simply incompatible with federalism[48].

[45] *Convention Debates, Sydney* 1897, 269; see also *Convention Debates, Adelaide* 1897, 539, 646, 665.
[46] Similarly to the United States, the equal representation of an Original State in the Parliament cannot be altered unless the people of that State approve of it: Australian Constitution, s 128, para 5.
[47] Eg, *Convention Debates, Sydney* 1897, 185 (Henry Dobson), 584, 677-8 (John Cockburn).
[48] Eg, *Convention Debates, Sydney* 1891 (John Hackett).

rnment tended to coalesce[49]. They wanted a federal system in which the states' house would be just about as powerful as the lower house and they did not necessarily want a Federal Executive Government that would be chosen only by the lower house. However, as will be seen, while the United States offered a model of how an alternative system might be constructed, Australian opponents of Westminster-style responsible government did not look to the United States, but rather to Switzerland, for inspiration.

3. **Responsible Government.**

In the lead up to federation, five of the six Australian colonies had been governed for almost half a century under local systems of parliamentary responsible government modelled broadly on the Westminster system as it operated in the United Kingdom[50]. Under such systems, while the executive power of government is vested in the Queen and exercised by a Governor appointed by the Queen, in the ordinary course of events the practical exercise of governing power occurs strictly on the advice of a Premier and other Ministers of State who collectively have the confidence of the lower house of the Parliament and are able to guarantee financial supply to the Crown in the form of taxation revenues and the appropriation of moneys from consolidated revenue to be expended by the Government[51].

Responsible government in this general form was what the Australians were used to and, as one might expect, there were many who wished to adopt such a system for the new Federal Government in Australia, as had occurred in Canada[52]. However, remarkably, there was also a significant number who disagreed. These delegates, such as Samuel Griffith, Richard Baker and John Cockburn, believed that genuine federalism requires not only a Senate in which the States are equally represented, but also a states' house which has powers equal, or near-equal, to those of the House of Representatives—no matter what consequences this might have for the traditional British idea that only the lower

---

[49] See J.A. Cockburn, *'Should the Cabinet System be Changed?'*, in *Review of Reviews* 6, 1895, 399, and H. Willoughby, *Australian Federation: Its Aims and Its Possibilities: With a Digest of the Proposed Constitution, Official Statistics, and a Review of the National Convention*, Melbourne, Sands and McDougall Ltd, 1891, 64; 74. Already by the 1890s, organised parties (indeed, a two-party system) and party discipline had begun to emerge: see T. Moore – S. Bourke – G. Maddox, *'Australia and the Emergence of the Modern Two-Party System'*, in *Australian Journal of Politics and History* 44(1), 1998, 7.

[50] The exception was the colony of Western Australia, which did not secure local parliamentary responsible government until 1890. On these aspects, see B. Saunders, *Responsible Government and the Australian Constitution: A Government for a Sovereign People*, Oxford, Hart Publishing, 2023, ch. 3; R.D. Lumb, *The Constitutions of the Australian States*, 5th ed., Brisbane, University of Queensland Press, 1992, ch. 4; A.C.V. Melbourne, *Early Constitutional Development in Australia,* Brisbane, University of Queensland Press, 1963; W.G. McMinn, *A Constitutional History of Australia*, Oxford University Press, 1979; J. Quick – R. Garran, *The Annotated Constitution*, cit., 38-47.

[51] See J. Quick – R. Garran, *op. ult. cit.*, 702; G. Lindell, *Responsible Government*, in P. D. Finn (ed), *Essays on Law and Government, Vol 1*, Sydney, Law Book Co, 1995; N. Aroney – P. Gerangelos – J. Stellios – S. Murray, *The Constitution of the Commonwealth of Australia: History, Principle and Interpretation*, Melbourne, Cambridge University Press, 2015, 422-425.

[52] See C. Moore, *1897: How the Fathers Made a Deal*, Toronto, McClelland & Stewart Inc., 1997, and J. Ajzenstat – P. Romney – I. Gentles, *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 2003.

house should have significant financial powers[53]. As one delegate from Queensland put it, a Senate designed along these lines would be necessary to prevent 'the tyrannic exercise of the power of temporary majorities' formed within the House of Representatives[54].

To propose such an idea was to depart substantially from Westminster. But because they saw value in ensuring that the Executive remained continually responsible to the Parliament, most of the Australians did not wish to create a presidential republican system along the lines of the American separation of powers as applied to the Executive and the Legislature (eg, *Convention Debates, Sydney* 1891: 323 (Henry Parkes)). So the key question became one of how a powerful Senate might be combined with a form of responsible government. It was here that Switzerland provided an attractive model, as it suggested that a Federal Executive Council might be composed of members chosen by both houses of the Legislature. Adapting the idea to Australian circumstances, Richard Baker, with the support of several others (e.g., *Convention Debates, Sydney* 1891: 102 (Downer), 122 (Bird), 135 (Smith), 162 (Kingston), 277-80 (Hackett); *Convention Debates, Adelaide* 1897: 193 (Dobson), 211-4 (Downer)), proposed that the Federal Executive should be conciliar in form, and that it should consist of three members chosen by the House of Representatives and three by the Senate. The idea was that the Federal Executive Council would be drawn from both houses of Parliament, a system that would combine the strengths and avoid the weaknesses of the American and the British systems respectively. In particular, because it would be unlikely that one party perspective would control both houses, the Executive Council would usually consist of members of more than one party. In other words, coalition government would be encouraged, and the tendency to strict party discipline ordinarily generated by Westminster systems would be greatly moderated if not eliminated altogether (*Convention Debates, Sydney* 1891: 439-40, 465-6; *Convention Debates, Sydney* 1897: 728-9)[55].

Thus, although the debate in Australia can fairly be characterised as a battle between those who favoured parliamentary responsible government and those who favoured a powerful federal Senate[56], there is a real sense in which it was actually a debate between two competing conceptions of both federalism and responsible government. On one hand, there was the view that federalism is exhausted by a constitutional division of powers between the Commonwealth and the States adjudicated by independent courts, and

[53] See B. Galligan – J. Warden, *The Design of the Senate*, in *The Convention Debates 1891-1898*, edited by Gregory J. Craven. Sydney, Legal Books, 1986; B. Galligan, *A Federal Republic: Australia's Constitutional*, in *System of Government*, Melbourne, Cambridge University Press, 1995; J. Uhr, *Deliberative Democracy in Australia: The Changing Place of Parliament*, Cambridge, Cambridge University Press, 77-81, 1998; N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth*, cit.

[54] *Convention Debates, Sydney* 1891, 106 (Andrew Thynne).

[55] See R. Baker, *The Executive in a Federation*, Adelaide: C. E. Bristow, Government Printer, 1897.

[56] Eg. B. Galligan, *A Federal Republic: Australia's Constitutional. System of Government*, Melbourne, Cambridge University Press, 1995, 75-90; J.M. Ward, *The State and the People: Australian Federation and Nation-Making 1870-1901*, Sydney, Federation Press, 2001, 95-99.

does not require equality of representation of the States in a co-equal Senate[57]. This was a view which combined easily with the belief that the federal government ought to be responsible to the House of Representatives alone, conceived as the chamber in which the people of the Commonwealth as a whole would be represented in proportion to their respective populations in each State[58]. On the other hand, there was the view that federalism required not only the equal representation of the States in the Senate, but also a powerful Senate which played a co-equal role in the formation and accountability of governments, as Baker and others had argued. Given that control over finance is the key tool used by Parliaments to hold Governments to account, the point of difference between these two positions quickly became focussed on the respective powers of the two houses of the Parliament, especially over financial bills[59].

This debate largely concerned the respective powers of the two houses to initiate, to amend and to reject bills imposing taxation or appropriating government funds for expenditure. The compromise at which the Australians eventually arrived was that the House of Representatives would have sole responsibility for the initiation of such bills, and that while the Senate would have no power to make amendments to such bills it would otherwise have the same powers as the House, including power to reject or refuse to pass such bills[60]. In the terms of this compromise, proponents of a Westminster-style government were able to secure the principle that the House would have control over the initiation of financial bills and would not have to deal with attempts by the Senate to interfere with the details of the budget. Reflecting on this result, some argue that the proponents of the traditional conception of responsible government prevailed[61]. However, this is to overlook the fact that the framers were acutely aware that the power proposed to be given to the Senate to refuse to pass the supply bills was a highly significant one, for it could be used to bring down a Government. While no one could know exactly how the system would operate in practice, the framers plainly understood that they had created a system which had this potential[62]. Within these parameters the practices of parliamentary responsible government were left to develop, however they might. What actually developed was a system of responsible government based on the lower house which has been punctuated from

[57] See AV. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 5th ed. London, Macmillan, 1897, 131-141. See also *Convention Debates, Sydney* 1891: 79, 82 (Alfred Deakin); *Convention Debates, Adelaide* 1897: 171-8, 660 (Isaac Isaacs); *Convention Debates, Sydney* 1897: 303-313 (Isaac Isaacs).

[58] See *Convention Debates, Adelaide* 1897: 641-9 (Henry Higgins); *Convention Debates, Sydney* 1897: 259-65, 345-51 (Henry Higgins).

[59] See G. Winterton, *Parliament, the Executive and the Governor-General: A Constitutional Analysis*, Melbourne, Melbourne University Press, 1983, 1-17 and 71-75; B. Galligan – J. Warden, *The Design of the Senate*, cit.; N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth*, cit., 237-239.

[60] Australian Constitution, s. 53.

[61] Eg., J.M. Ward, *The State and the People*, cit., 98.

[62] J. Quick – R. Garran, *The Annotated Constitution*, cit., 214 and 216-217; H.B. Higgins, *Essays and Addresses on the Australian Commonwealth Bill*, Melbourne, Atlas Press, 1900, 16; A. Piddington, *Popular Government and Federalism*, Sydney, Angus and Robertson, 1898, 6-8.

time to time by threats of the Senate to refuse to pass supply. These threats became a reality in 1975, setting in train a course of events that culminated in the highly controversial dismissal of the Government by the Governor-General[63].

The events of 1975 – the Senate's refusal to pass the supply bills and the Governor-General's dismissal of the Prime Minister – are seen by critics as a betrayal of parliamentary responsible government. An array of changes to the system were proposed at the time to ensure that the same course of events could not happen again. Some argued that the Constitution should be amended to remove the Senate's power to refuse to pass supply (Constitutional Commission 1998, 9). Others have proposed constitutional or legislative provisions that would authorise the government to continue to spend money at the same level as previously approved until the stand-off between the upper house and the government is resolved[64]. Others suggest that the real problem was the capacity of the Senate to force an election for the House of Representatives without necessarily facing a full election itself, and they propose constitutional amendments that would either establish fixed terms for the lower house or provide that an upper house which refuses supply and forces an election must also face the voters itself[65].

Significantly, the Senate has never again exercised the power, nor even threatened to do so, and minor parties who hold the balance of power in the Senate have foresworn it. It may turn out, therefore, that the events of 1975 were a momentary aberration. For the truly significant function of the Senate in recent times has arguably been more constructive, and has turned on a quite different Antipodean innovation, namely the adoption of a single transferable vote system in the Senate and the flourishing committee system that has developed as a result. In this context, there remain strong arguments in favour of preserving the powers of the Senate in relation to financial bills because the capacity to refuse supply is the ultimate means by which governments can be held to account[66].

4. **Proportional Voting.**

The first federal election in Australia, held in 1901, was conducted on the basis of the electoral rules of each of the constituent States[67]. The first Commonwealth Parliament, exercising powers conferred upon it by the Constitution[68], enacted the *Commonwealth Electoral Act 1902*, which established a comprehensive federal electoral system. In relation

[63] See G. Sawer, *Federation under Strain*, cit., and L.J.M. Cooray, *Conventions, the Australian Constitution and the Future*, Sydney, Legal Books, 1979.
[64] See S. Bach, *Platypus and Parliament: The Australian Senate in Theory and Practice*, Department of the Senate, 2003, 303-305.
[65] See H. Evans, *Constitutionalism and Party Government in Australia*, Occasional Paper No. 1, in *Australasian Study of Parliament Group*, 1988, 58-59.
[66] See S. Bach, *Platypus and Parliament*, cit., 306, and B. Stone, *The Australian Senate: Strong Bicameralism Resurgent*., in J. Luther – P. Passaglia – R. Tarchi (ed.), *A World of Second Chambers*, Milano, Giuffrè, 2006, 578-579.
[67] See Australian Constitution, ss 8-10, 29-31.
[68] *Ibid*.

to the Senate, the Act originally provided for a multiple-member plurality 'block-vote' system in which voters were presented with a list of candidates and were required to cast a ballot for as many candidates as there were seats to be filled[69]. The required number of candidates who obtained the most votes in each State were elected as senators. With the development of disciplined political parties early in the twentieth century, this method of election tended to encourage a two-party system which often produced landslide victories for one party and frequently enabled the winning party to gain majorities in both the House of Representatives and the Senate, weakening the role of the Senate as an effective House of Review[70]. This tendency became even more marked when 'preferential block Voting' was instituted for the Senate in 1919[71], with one party sometimes securing virtually all the Senate seats in one election, only to lose most of them in the next[72].

As early as 1902, the Government of the first Prime Minister of Australia, Edmund Barton, proposed adoption of a proportional electoral system based on a 'single transferrable vote'[73]. Such a system had been advocated by figures such as Catherine Helen Spence, Andrew Inglis Clark and Edward Nanson, who drew on the earlier work of Thomas Hare and John Stuart Mill. At the second Federal Convention in 1898, Patrick Glynn presented a petition for the adoption of the 'Hare-Spence' system to be adopted especially for the election of senators, and Alfred Deakin, Edmund Barton and Richard O'Connor went to some effort to ensure that the Constitution would allow a system of proportional representation to be implemented[74]. However, when under Barton's government a proposal for proportionate representation was introduced into the Senate in 1902 it was rejected. The arguments recapitulated much of the debate that had occurred at the Federal Conventions of the 1890s when the composition and powers of the Senate were being considered. Richard O'Connor argued that a 'block voting system' would enable a particular political party to secure control of the Senate by attracting the highest number of votes relative to all other parties even though a majority of voters actually voted against that party, and he pointed out that this would give the successful party a kind of 'absolute power', while 'a large number of the electors [would] go unrepresented altogether'. While 'the majority decision must rule', he argued that the minority has 'a right to be heard', so

[69] The Senate originally consisted of six senators for every Original State: Australian Constitution, s 7.
[70] For example, as a result of the 1910 election the Labor Party secured 43 of 75 House of Representatives seats and 22 of 36 Senate seats, and as a result of the 1914 election the Labor Party secured 42 of 75 House of Representatives seats and 31 of 36 Senate seats.
[71] For example, as a result of the 1919 election the Nationalist Party secured 37 of 75 House of Representatives and 35 of 36 Senate seats, and as a result of the 1946 election the Labor Party secured 43 of 74 House of Representatives and 33 of 36 Senate seats.
[72] See D. Farrell – I. McAllister, *The Australian Electoral System: Origins, Variations and Consequences*, Sydney, UNSW Press, 2006, 41.
[73] D. Farrell – I. McAllister, *op. ult. cit.*, 29-36.
[74] *Convention Debates, Adelaide* (1897) 673 (Deakin, O'Connor); *Convention Debates, Melbourne* (1898) 1-2 (Glynn), 1927 (Barton).

that the Parliament can be 'a true reflex of the opinion of the people'[75]. O'Connor was conscious that this was contrary to the British system, in which 'first past the post' voting enabled responsible governments to be formed on the basis of decisive majorities in the House of Commons. Opponents of proportional voting for the Senate, such as Josiah Symon and John Downer, argued that it would undermine the operation of the Westminster system of parliamentary responsible government in Australia because it would enable the Senate to compete with the House of Representatives as the chamber to which the government would be responsible[76]. The fear that proportional representation might 'altogether paralyze responsible government modelled upon the British system' seemed to convince a majority in the Senate to reject the proposal[77].

While dissenting views continued to be expressed, especially by backbenchers from both sides of politics and representatives of the smaller States[78], proportional representation in the Senate was successfully resisted by the leaders of the major parties for almost half a century. It was not until 1948 that this changed, when members of the government of Prime Minister Ben Chifley, foreseeing they would lose the next election, concluded that proportional representation in the Senate would enable them to place a check on the incoming government of Prime Minister Robert Menzies[79]. As John Uhr has observed, the changes 'were not designed to encourage minor parties but to redress the imbalance between the major parties'[80].

The change in voting system, first implemented in the federal election of 1949, had a pronounced effect, with the number of seats won by each party thereafter much more closely reflecting the popular vote received by that party. At the 1949 election, the available senate seats were shared between the major parties (the Labor Party and the Liberal-Country Party coalition)[81]. Over time, several minor parties secured seats: the break-away Democratic Labor Party in the 1950s, 60s and 70s, the Australian Democrats in the 1970s, 80s, 90s and 2000s, and the Greens since the 1990s, along with a host of other minor parties and independents. Given that today each State is currently represented by twelve Senators[82], half of which are re-elected every three years, a candidate for election

[75] J. Uhr, *Why We Chose Proportional Representation*, in M. Sawer – S. Miskin (eds), *Representation and Institutional Change: 50 Years of Proportional Representation in the Senate*, Papers on Parliament No. 34, Canberra, Department of the Senate, 1999, 18-19.
[76] J. Uhr, *op. ult. cit.*, 19-20.
[77] J. Uhr, *op. ult. cit.*, 20.
[78] J. Uhr, *op. ult. cit.*, 23.
[79] See G.S. Reid – M. Forrest, *Australia's Commonwealth Parliament, 1901-1988: Ten Perspectives*, Melbourne, Melbourne University Press, 1989, 99.
[80] J. Uhr, *Why We Chose Proportional Representation*, cit., 7.
[81] The Labor Party secured 45.24 per cent of Senate seats (19 of 42) with 44.89 per cent of the first preference vote, while the Liberal and Country Parties secured 54.76 per cent of Senate seats (23 of 42) with 50.41 per cent of the first preference vote.
[82] In 1948 the number of senators for each State was increased from six to ten, and in 1983 it was increased to twelve.

her through primary votes received or the distribution of preferences. This ensures that candidates from each political party and independents secure representation in the Senate at a level which is reasonably proportionate to their popular preferential vote. In practice, neither of the two major political groupings, the Labor Party and the Liberal-National Party coalition, usually secures a majority in the Senate, leaving the 'balance of power' to minor party and independent senators[83]. Moreover, the total number of minor party and independent senators has increased. At present, the number of minor party and independent senators is a total of 19 (out of 76).

One of the principles of the single transferable vote system as it operates in Australia is that each voter has the opportunity to indicate his or her preferences among the full range of individual candidates for election. While this is an important means by which the system gives voters control over the effect of their vote, it places them under the burden of choosing among a very long list of candidates. Voting has been compulsory in Australia since 1924, and the electoral laws are framed to encourage voters to distribute their preferences among all the candidates[84]. This can be a very daunting task[85]. Given that this has the potential to result in a high proportion of informal votes, in 1984 a modified open party list system was adopted which enabled voters to choose between voting once for a particular party and accepting that party's pre-nominated preference flows or persevering with the virtual requirement of indicating a preference for every single candidate. Over 95 percent of voters now choose to vote by party rather than by indicating full preferences. However, this change to the system has enabled registered political parties to shape the flow of voter preferences. This encourages the major, minor and micro parties to engage in strategic negotiations over preference flows prior to each federal election. The result is a fiendishly complex voting system, manipulated extensively by the parties, which 'herds voters into accepting arranged preference deals that voters have little hope of understanding'[86]. Further reforms are needed, but the system at least has the merit of producing Senates that roughly reflect the voting preferences of the people.

The fact that Governments formed in the House of Representatives do not normally have majorities in the Senate has invigorated the role of the Senate both in reviewing proposed

[83] See C. Bean – M. Wattenberg, *Attitudes Towards Divided Government and Ticket-splitting in Australia and the United States*, in *Australian Journal of Political Science* 33(1), 1998.

[84] The voting instructions state that voters must fill in every square, but the savings provisions of the Act only require that preferences among 90% of the candidates be expressed and allow a maximum of three sequencing errors: *Commonwealth Electoral Act 1918 (Aust), ss 239, 270.*

[85] At the most recent federal election in 2013, there were a total of 110 candidates for election to the Senate for the State of New South Wales.

[86] A. Green, *By Accident Rather Than Design – a Brief History of the Senate's Electoral System*, in *Antony Green's Election Blog*, ABC Elections, 2015.

legislation and scrutinising Government policy and administration[87]. One of the prime means by which these functions have been pursued by the Senate has been through a vigorous committee system. The modern committee system in the Senate is usually dated from 1970, with the establishment of seven legislative and general purpose standing committees and five estimates committees to examine the annual estimates of departments in a more orderly and effective manner[88]. A further important step was taken in 1994, when committee chairs were regularly allocated to non-Government senators and the composition of the committees more closely reflected the composition of the Senate itself[89]. The role of Senate committees in reviewing bills was further extended in 1989 when it was decided that proposed laws would systematically be referred to the relevant committee in the Senate[90]. Presently the Senate refers more than 60 percent of all bills— most of them initiated by the Government in the House of Representatives—to a committee for close consideration[91]. In addition, one of the oldest of the Senate's committees, the Standing Committee for the Scrutiny of Delegated Legislation (originally the Regulations and Ordinances Committee), has the task of scrutinising all delegated legislation[92]. There is also a statutory Joint Committee on Human Rights which was recently established to examine proposed laws, enacted laws and legislative instruments for compatibility with human rights[93]. Although the Australian Senate does not have quite the same standing and power of its American counterpart[94], these developments have made the Australian Senate one of the most powerful and effective upper houses among Westminster-derived systems[95].

5. **Conclusions.**

The framers of the Australian Constitution knew that once a constitution is enacted it operates in an ever-evolving political context that cannot be entirely anticipated or cont-

[87] See R. Mulgan, *The Australian Senate as a "House of Review"*, in *Australian Journal of Political Science* 31(2), 1996, 199; J. Uhr, *Deliberative Democracy in Australia: The Changing Place of Parliament*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998 and Id., *Generating Divided Government: The Australian Senate*, in S. Patterson – A. Mulgan (ed.) *Senates: Bicameralism in the Contemporary World*, Columbus, Ohio State University Press, 1999.
[88] See H. Evans – R. Laing, *Odgers' Australian Senate Practice*, cit., 446.
[89] This was temporarily reversed between 2006 and 2009, coinciding with the usual event of the Government coalition parties securing a majority in the Senate. See S. Ashe, *Reform of the Senate Committee System: Evolving Back to the Past?*, in *Australasian Parliamentary Review* 21(2), 2007, 53-54; H. Evans, *The Case for Bicameralism*, in N. Aroney – S. Prasser – J.R. Nethercote (eds), *Restraining Elective Dictatorship: The Upper House Solution?,* Perth, University of Western Australia Press, 2008, 73-7.
[90] See H. Evans – R. Laing, *Odgers' Australian Senate Practice*, cit., 446.
[91] H. Evans – R. Laing, *op. ult. cit.,* 309.
[92] See H. Evans – R. Laing, *op. ult. cit.,* 456.
[93] Human Rights (Parliamentary Scrutiny) Act 2011 (Cth).
[94] The American Senate, unlike the Australian, has the very important function of ratifying international treaties and confirming executive and judicial appointments: United States Constitution, Art II, Sec 2, para 2.
[95] See S. Bach, *Platypus and Parliament*, cit., chs. 6 and 7, and B. Stone, *The Australian Senate*, cit.

rolled[96]. Australia's system of parliamentary government is a good example. In the minds of the framers of the Constitution parliamentary responsible government was a relatively novel and evolving system of government. The fundamental settings they laid down in the Constitution were intended to set the parameters of what might be lawfully possible, but within these broad parameters, they knew that the system of government would evolve in unpredictable ways. Responsible government consisted of a set of practices that were inherently changeable no matter how much they might seem to have coalesced into a set of firmly established conventions and expectations. It was therefore both unwise, and a category mistake, they thought, to try to spell out the system in excessive detail. What was important was to get the constitutional basics right and let the system evolve as it would.

Did they get the fundamentals basically right? More than a century of relatively stable, peaceful democratic government suggests they certainly could have done much worse. Did they anticipate how the system would evolve? Not entirely. Although they knew that Westminster-style responsible government would mean 'party government', they did not quite foresee the development of two highly disciplined sets of political parties that would dominate Australian politics through their control of the House of Representatives. Those among the Constitution's framers who expected the Senate to represent the political interests of the States were largely mistaken. Nonetheless, a majority clearly intended the Senate to be a powerful institution—almost as powerful as the House—and in achieving this outcome they were undoubtedly successful, even if the power and influence of the Senate today is premised not only on its constitutional powers but also on its proportional electoral system and its vibrant committee system. In this respect the Senate has made the Australian system of parliamentary government more consensus-oriented than it would otherwise have been. Speaking generally, it is fair to say that the system today exhibits the advantages of Westminster responsible government by enabling Governments to be formed in the House of Representatives which are collectively responsible for reasonably coherent and fiscally responsible sets of policies, while it also ensures that Government performance and specific legislative proposals are subjected to close scrutiny by multi-partisan committees in the Senate. Although Richard Baker was not able to convince a majority of his colleagues that the Federal Executive Government should be elected by both houses of Parliament, he found them willing to grant the Senate near-equal powers with the House of Representatives, even though this posed a challenge to the traditional conception of the Westminster system of parliamentary responsible government. The net effect of this was to make the Australian system more like the Swiss system, at least as far as the Parliament was concerned. The Executive Government is still formed on the basis of support in the House of Representatives, but the Senate plays an important role, not only in reviewing proposed legislation, but also in holding the Government to account. As a

[96] See R. Baker, *Federation*, cit., 1897, and A.I. Clark, *Studies in Australian Constitutional Law*, Melbourne, Charles F Maxwell, 1901, 21.

consequence, it seems, not only the waters of the Thames and the Potomac, but also those of the Aare, flow into Lake Burley Griffin.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-c54

Modello Westminster nel mondo

Australia Votes 'No' to Constitutional Recognition of its First Peoples

Jock Gardiner
Dottorando di Ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Australia Votes 'No' to Constitutional Recognition of its First Peoples**

di Jock Gardiner*

Abstract (Ita): Il 14 ottobre 2023 il popolo australiano ha votato no al riconoscimento della propria popolazione indigena all'interno della Costituzione Australiana. Seppur traumatico per molti al di fuori dell'Australia, ciò non è stata una sorpresa per coloro che hanno seguito la campagna, né per coloro che hanno interesse per la storia della diseguaglianza e discriminazione indigena in Australia. Pertanto, lo scopo di questo contributo è fornire un contesto al risultato referendario, dando a coloro che hanno meno familiarità con l'ordine costituzionale australiano una breve introduzione sul retroterra storico e politico che ha portato all'indizione del referendum su questo tema, e approfondendo le radici politiche, sociali e costituzionali di questo risultato.

Abstract (Eng): On 14 October 2023, the Australian public voted 'No' to recognising its Indigenous population in the Australian constitution. While a shock to many outside Australia, it was not such a surprise to those who followed the campaign, nor to those who have an interest in the history of Indigenous disadvantage and discrimination in Australia. As such, the purpose of this article is to provide context to the referendum result. To give those less familiar with the Australian constitutional order a brief introduction to the historical and political background to the decision to call a referendum on this issue, and to consider some of the political, social, and constitutional ramifications of the outcome.

Parole chiave: diritto costituzionale; democrazia liberale; referendum; popoli indigeni; diritti delle minoranze

Keywords: constitutional law; liberal democracy; referenda; indigenous peoples; minority rights

Sommario: Introduction; Conclusion

Introduction

Australia, the oft' forgotten continent at the bottom of the planet, and my home, held a referendum on 14 October 2023 on the question of whether its First Peoples, the Aboriginal and Torres Strait Islander peoples, should be formally recognised in the Australian Constitution. The result was a decided 'No', with every state and territory as well as the overall popular vote going against the proposed amendment[1]. While a shock to many outside Australia, public opinion polls suggested throughout the campaign that the referendum was unlikely to end with a positive outcome[2]. Part of the purpose of this article, therefore, is to provide readers who may be unfamiliar with the Australian political and constitutional scene some additional context to the result – to provide historical background, set out the wording of the question put to the Australian people, and provide a taste of the arguments run by the 'Yes' and 'No' campaigns.

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Dottorando di Ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna

[1] Australian electoral commission, '*National Results*', https://results.aec.gov.au/29581/Website/ReferendumNationalResults-29581.htm, accessed 1 February 2024.

[2] N. EVERSHED & J. NICHOLAS, '*Voice referendum poll tracker: latest results of polling on support for yes and no campaign*' The Guardian Australia, 13 October 2023 <https://www.theguardian.com/news/datablog/ng-interactive/2023/oct/13/indigenous-voice-to-parliament-referendum-2023-poll-results-polling-latest-opinion-polls-yes-no-campaign-newspoll-essential-yougov-news-by-state-australia> accessed 1 February 2024.

As you will no doubt observe as you make your way through this piece, while the constitutional question put to the Australian people had a specifically Australian flavour, the nature and tone of the campaign and its aftermath speak to the wider challenges other liberal democracies face around the world when it comes to issues such as: the conveying of complex information to a disengaged electorate; dealing with matters of indigeneity in former colonies; the effectiveness of campaigns that weaponise misinformation; and the benefits and pitfalls of constitutional referenda mechanisms designed to make constitutional change very difficult. Therefore, in addition to providing context to the result, there will be a brief discussion of some of the structural questions that have been raised, post the campaign, that relate to the global discourse on the future of constitutional democracies more generally.

In terms of structure, the article will first address the history of the relationship between Indigenous Australians and the Constitution of Australia. It will then go on to lay-out the process that led to the posing of the referendum question put to the Australian people. There will then be a discussion of the conduct of the campaign, and brief analysis of the result. The final section will explore some of the political, social, and constitutional ramifications flowing from the result, with a couple of comments in summation to conclude.

2. Brief history of the relationship between Indigenous Australians and the Australian Constitution

The Indigenous peoples of Australia have inhabited the Australian continent for approximately 65,000 years[3]. Indigenous Australians possess the oldest continuous living culture in the world, with 145 surviving indigenous language groups (of approximately 250 pre-settlement)[4], complex systems of customary law[5], art, spiritual traditions, and land management practices[6]. Prior to colonisation, it is estimated that the Indigenous population of Australia, at various times, numbered in the millions[7].

In 1770, Captain Cook, on behalf of the British Crown, landed in what is now known as Sydney. A British flag was planted, with the whole of the east coast claimed and named 'New South Wales'. Despite Cook and his crew encountering Indigenous people on their voyage up the east coast of the Australian continent, they relied-upon the legal doctrine of terra nullius (land belonging to no one) to justify their declaration of possession[8]. The doctrine of terra nullius, a mix of Locke-ian economic and Blackstone-ian legal principles,

[3] S. Mawson, *The Deep Past of Pre-Colonial Australia*, in *The Historical Journal* 1477, vol. 64, n. 5, 2020, p. 1478.
[4] N.M Nakat, *Indigenous languages and education: Do we have the right agenda?*, in *The Australian Educational Researcher*, vol. 51, n. 4, 2023 https://doi.org/10.1007/s13384-023-00620-0, accessed 1 February 2024.
[5] R. Mclaughlin, *Some Problems and Issues in the Recognition of Indigenous Customary Law* in *Aboriginal Law Bulletin*, vol. 3, n. 82, 1996.
[6] H. Ross, E. Young, L. Liddle, *Mabo: An Inspiration for Australian Land Management*, in *Australian Journal of Environmental Management*, vol. 1, n. 1, 2018.
[7] C.J.A. Bradshaw et al (eds.), *Stochastic models support rapid peopling of late Pleistocene Sahul*, in *Nature Communications*, vol. 12, n. 244, 2021.
[8] R.J. Miller, J. Ruru, L. Behrendt, T. Lindberg, *The Doctrine of Discovery in Australia*, in Id. et al (eds.), *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, Oxford, Oxford University Press, 2010, Chapter 6.

contended that if the indigenous people of a territory failed to possess discernible legal or agricultural systems, then these people could be determined to be living in a state of nature, with no established claim to the land they occupy[9]. Consequently, this land could 'legitimately' be claimed by a colonial power and settled without the need for a treaty with the indigenous occupants[10]. This legal fiction then served as the basis for the establishment of a penal colony in Sydney in 1788.

The period between 1788 and Australia's federation in 1901 was defined by colonial expansion and Indigenous decline. By the time of the constitutional conventions in the late 19th century, in states such as Tasmania, close to 100 per cent of the Indigenous population had been wiped out by disease, dispossession and frontier conflict[11]. Similar instances of conflict, cultural destruction, dispossession and population decline occurred in the various other states that came into being throughout the 19th century[12]. Given this background, it is no surprise that Indigenous Australians were excluded from the constitutional conventions that took place in the 1890s, and that no mention is made of their existence in the preamble to the final document signed by Queen Victoria in 1900. Indeed, as originally drafted, the constitution provided that Indigenous people were to be subtracted from the total number of Australians counted as part of the national census, which informed the determination of the allocation of House of Representatives seats and the raising and distribution of taxes[13].

While there have been positive political and constitutional developments with respect to the treatment of Indigenous Australians in the past 122 years – a referendum in 1967 removed the abovementioned exclusion and gave the federal parliament the right to make laws for the benefit of Indigenous Australians[14], and a High Court decision in 1992 rejected the legal fiction of terra nullius and established native title rights for Indigenous Australians –[15] progress has been slow and chequered. The right to vote in Federal elections was not granted to all adult Indigenous Australians until 1962 (in Queensland the right to vote in state elections was not granted until 1965)[16]. Anti-discrimination legislation was passed at the Federal level in 1975 (the Racial Discrimination Act), but it took many of the states and territories decades to pass similar laws: Queensland (1991), Northern Territory (1996) and Tasmania (1998). Indeed, the 2023 referendum was not the first refe-

[9] R. Webb, *The Birthplace of Native Title – From Mabo to Akiba*, in *James Cook University Law Review*, vol. 23, 2017, pp. 31-32.
[10] T. Libesman, *Dispossession and Colonisation*, in L. Behrendt, C. Cunneen, T. Libesman, N. Watson, *Aboriginal and Torres Strait Islander Legal Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1-19.
[11] See a good explanation of the concept in the landmark High Court decision, *Mabo v Queensland* (No 2) [1992] HCA 23.
[12] R. Taylor, *Genocide in Van Diemen's Land (Tasmania)*, in N. Blackhawk, B. Kiernan, B. Madley, R. Taylor, *The Cambridge World History of Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, Chapter 20.
[13] E. Arcioni, *Excluding Indigenous Australians From 'The People': A Reconsideration of Sections 25 and 127 of the Constitution*, in *Federal Law Review*, vol. 40, n. 3, 2012, p. 2.
[14] E. Arcioni, *op. cit.*
[15] *Mabo v Queensland* (No 2) [1992] HCA 23.
[16] P. Hamilton, *60th Anniversary of Aboriginal and Torres Strait Islander Citizens being granted the right to vote in Federal elections*, in *Parliamentary Library of Australia*, 2022, pp. 1-3.

rendum posing a question relating to the constitutional recognition of Indigenous Australians. In 1999, the Australian public voted down a proposal to amend the preamble to the Constitution to include a statement of recognition. There has been change, but it has been gradual and hard fought.

Part of the impact of this chequered political and constitutional history on the lives of Indigenous Australians is reflected in the gulf that has long existed between the wellbeing indicators of Indigenous and non-Indigenous Australians. As at the time of the 2023 referendum, the average life expectancy of Indigenous Australians was 8.6 years less than that of non-Indigenous Australians[17]. Nearly half of all Indigenous men over 15 years of age have been formally charged by the police for some form of criminal offence[18]. The Indigenous incarceration rate was 14 times that of non-Indigenous Australians[19], making them the most incarcerated people in the world[20]. High school completion rates among Indigenous Australians were between 6 and 50 per cent lower than those of non-Indigenous Australians depending on geographical location[21]. The unemployment rate for Indigenous Australians was four-times higher than that of non-Indigenous Australians[22]. While most of these figures are an improvement on the situation that existed decades prior, they are indicative of the human cost of discrimination and dispossession.

3. Immediate context to the referendum campaign and designing the referendum question

The road to the 2023 referendum was a long one. Beginning in 2007 on the back of a speech delivered by former Prime Minister John Howard[23], there was an exhaustive bipartisan consultation and reporting process during the tenures of different governments, which included: the establishment of an Expert Panel on Recognising Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples in the Constitution (2010); a Parliamentary Joint Select Committee Inquiry on Constitutional Recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander People (2013-15); the First Nations Constitutional Convention and associated 'Regional Dialogues', which resulted in the 'Uluru Statement from the Heart' (2017); a further Joint Select Committee on Constitutional Recognition Relating to Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples (2018); the Indigenous Voice co-design process (2019 –

[17] Australian Institute of Health and Welfare, *Aboriginal and Torres Strait Islander: Health Performance Framework Summary Report 2023*, Canberra, Summary Report, 2023, p. 21.
[18] Ibid, p. 59.
[19] Ibid.
[20] A. Leigh, *The Second Convict Age: Explaining the Return of Mass Imprisonment in Australia*, in Australian National University Centre for Economic History, Discussion Paper n. 2020-01, 2020, p. 12.
[21] National Indigenous Australians Agency, *Closing the Gap Report 2020*, Report, Department of Prime Minister and Cabinet, 2020, pp. 37-44.
[22] National Aboriginal Commission Controlled Health Organisation, *The Nature and Extent of Poverty in Australia*, Submission to the Australian Senate, February 2023, p. 5.
[23] J. Howard, *The right time: constitutional recognition for Indigenous Australians*, Speech to the Sydney Institute, 11 October 2007.

2021); followed by a further committee and consultation process in the immediate lead-up to the vote in 2023[24].

In the end, the question put to the Australian public centred on the message contained in the Uluru Statement from the Heart, which was that Indigenous people wanted recognition in the form of a constitutionally enshrined Voice to Parliament. The wording of the proposed amendment was scrutinised by a Referendum Working Group, which included a constitutional expert sub-group, made up of Australia's most eminent constitutional scholars. While there was some disquiet over the insertion of 'executive government' in addition to 'parliament' as the two branches to whom the Voice could provide advice, a clear consensus of legal opinion coalesced around the appropriateness of representations being made to the branch that is responsible for undertaking the detailed policy formulation and implementation work[25].

As per the established process of holding a referendum in Australia, the final text of the proposed constitutional amendment was passed by the Federal Parliament before going to the general electorate for a vote, with the wording of the new chapter reading as follows[26]:

Aboriginal and Torres Strait Islander Voice

«*In recognition of Aboriginal and Torres Strait Islander peoples as the First Peoples of Australia:*

1. there shall be a body, to be called the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice;

2. the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice may make representations to the Parliament and the Executive Government of the Commonwealth on matters relating to Aboriginal and Torres Strait Islander peoples;

3. the Parliament shall, subject to this Constitution, have power to make laws with respect to matters relating to the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice, including its composition, functions, powers and procedures.»

The binary 'Yes'/'No' question put to the people on 14 October 2023 (also agreed to by the Parliament) read as follows:

«*A Proposed Law: to alter the Constitution to recognise the First Peoples of Australia by establishing an Aboriginal and Torres Strait Islander Voice.*

Do you approve this proposed alteration?»

In essence, the proposal was to insert a new chapter into Australia's constitution. This chapter included a statement recognising Indigenous Australians as the First Peoples, and wording that would establish a new institution called 'Aboriginal and Torres Strait Islander Voice'. While the Voice would be constitutionally enshrined, the Federal Parliament would maintain ultimate authority over the composition, functions, powers, and procedures of the institution. The purpose of the Voice, as set out in the proposed

[24] An overview of the process leading up to 2023 can be found in S. Mcnicol, J. Haughton, *Indigenous Constitutional Recognition and Representation*, in Parliamentary Library Briefing Book, 2022, https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_departments/Parliamentary_Library/pubs/BriefingBook47p/IndigenousConstitutionalRecognitionRepresentation, accessed 1 February 2024.

[25] Parliament of Australia, *Advisory Report on the Constitutional Alteration (Aboriginal and Torres Strait Islander Voice) 2023*, Joint Select Committee on the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice Referendum, May 2023, pp. 17-19.

[26] *Constitution Alteration (Aboriginal and Torres Strait Islander Voice) Bill 2023* (Cth).

amendment, was to provide solicited and unsolicited advice to the Government (ministers and their departments) on policy issues and legislative proposals specifically relating to the lives and experiences of Indigenous Australians[27].

4. **The referendum process in Australia**

Voting in Australia is compulsory[28]. Under section 128 of Australia's Constitution, for a referendum to be successful, a double majority must be obtained – a majority of the overall population of the country, and a majority of the people in a majority of the states. Australia has six states and two territories. Interestingly, despite over 500,000 Australians living in the Northern Territory (where indigenous Australians make up a significant portion of the population) and the Australian Capital Territory (the city of Canberra) their votes only count towards the national vote.

Given these procedural hurdles, the task was always going to be a difficult one for the 'Yes' campaign. Indeed, prior to the defeat of 2023 referendum, only 8 of the last 44 referenda had been successful[29]. Since 1937 there have been five referenda that won national majorities but failed to win a majority of the states[30]. The most recent successful amendment related to the imposition of a mandatory retirement age for judges amongst other technical tweaks (1977). The most recent defeat was on the question of whether Australia should become a Republic (1998). No referendum has been successful without bipartisan political support.

5. **The campaign**

After 16 years of relatively consistent bipartisanship on the issue of Indigenous constitutional recognition, the beginning of the campaign was marred by the opposition coalition parties, the Liberal and National Parties, coming out against the concept of the Voice[31]. Given the abovementioned history regarding the importance of bipartisanship to achieving a successful referendum result, there was some discussion as to whether the referendum should go ahead[32]. In the end, the Prime Minister and his Government decided that as the referendum had been an election commitment, and given the modesty of the proposal, that the referendum would continue as planned[33]. Indeed, once the legislation est-

[27] For a good overview, see N. Aroney, P. Gerangelos, *Submission to the Joint Select Committee on the Aboriginal and Torres Strait Islander Voice Referendum*, in *SSRN*, 2023, https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4558329, accessed 1 February 2024, pp. 2-5.
[28] *Commonwealth Electoral Act 1918*, s 245(1).
[29] H. Hobbs, *A First Nations Voice to Parliament*, in *Verfassungsblog*, 2023, https://verfassungsblog.de/a-first-nations-voice-to-parliament/, accessed 1 February 2024.
[30] P. Williams, *Historical Referendums and constitutional change*, in *Griffith University Law School Blog*, 2023, https://enlighten.griffith.edu.au/historical-referendums-and-constitutional-change/, accessed 1 February 2024.
[31] M. Ortolan, *Peter Dutton opposes the voice to parliament – but not all Liberal leaders agree*, in *ABC News Online*, 4 September 2023, https://www.abc.net.au/news/2023-09-05/peter-dutton-voice-to-parliament-yes-no-vote-referendum/102797582, accessed 1 February 2024.
[32] J. Guenzler, *PM slams Liberals; 'absurd' proposal to delay the Voice referendum*, in *National Indigenous Times*, 4 April 2023, https://www.abc.net.au/news/2023-09-05/peter-dutton-voice-to-parliament-yes-no-vote-referendum/102797582, accessed 1 February 2024.
[33] J. Guenzler, *op. cit.*

ablishing the referendum process and question had passed the Parliament, the referendum had to be held within a specified period.

Spearheaded by a range of Indigenous leaders and the Federal Labor Government, the 'Yes' campaign focused its attentions on the substance of the proposed constitutional amendment, emphasising the advisory nature of the Voice, the continued supremacy of the parliament, and the potential for the institution to engender more extensive and streamlined indigenous input into the policy making process. The amendment was pitched as a unifying moment for Australia[34]. A necessary and modest first step towards the eventual development of a treaty between the Commonwealth Government and Indigenous Australians.

The 'No' campaign was split between 'Progressive No' and 'Conservative No' groupings. The Conservative No campaign was the more substantial of the two no campaigns. Those on the Progressive No side argued that the proposal didn't go far enough. That Australia's constitutional efforts should be focused on treaty formation rather than the establishment of an advisory body within the confines of what they contend to be a colonial constitution. Those on the Conservative No side adopted the tactic of sowing doubt and confusion in the electorate, capitalising on the relative lack of constitutional knowledge/experience of the average Australian. They adopted the campaign slogan: «*if you don't know, vote no*»[35]. Led by two prominent Indigenous Australians that are members of the major conservative parties, the proposed constitutional amendment was attacked for: being an elitist idea that would insert race-based division into the constitution; the potential for it to increase the level of bureaucracy in Indigenous affairs; the potential for the Voice to provide advice on issues other than those specifically relating to Indigenous Australians (Defence policy, for instance); the potential for ongoing litigation on the powers of the Voice; and the fact that the constitutional amendment was too brief, meaning the electorate couldn't really know what they were voting for if they voted in favour. A summary of the formal arguments of both sides of the campaign can be found in the official referendum booklet produced by the Australian Electoral Commission[36].

At every stage of the campaign, it was as if the two sides were referring to completely different constitutional proposals. This played into the hands of those opposed to the amendment, as the tenor of the debate was aggressive, divisive, and confused. The lack of general constitutional knowledge in the public allowed the Conservative No campaign to run blatantly false constitutional claims in support of their position. For instance, one of their cut-through arguments centred on the proposition that the Australian constitution is

[34] Yes23, *Why vote yes?*, in *Yes23 Referendum Campaign*, https://www.yes23.com.au/vote_yes, accessed 1 February 2024.

[35] H. Manns, *Voice referendum: "If you don't know, vote no" – an old slogan for modern politics*, in *Monash University 'Lens'*, 24 October 2023, https://lens.monash.edu/@politics-society/2023/10/24/1386245/voice-referendum-if-you-dont-know-vote-no-an-old-slogan-for-modern-politics, accessed 1 February 2024.

[36] Australian Electoral Commission, *Referendum booklet*, https://www.aec.gov.au/referendums/files/pamphlet/referendum-booklet.pdf, accessed 1 February 2024.

non-asymmetric by design (blind to difference)[37]. They argued that to recognise Indigenous Australians by creating a new chapter and establishing the Voice would insert difference into a document that currently, according to them, is completely neutral when it comes to the creation and distribution of power. Of course, like most federations, the Australian constitution and political system possesses a range of inbuilt formal and informal asymmetrical features: State and Territory Senate representation is not proportionate to population; Territory Parliaments can have their legislative decisions overridden by the Federal Parliament while this cannot be done to the States; and there is a clear vertical fiscal imbalance between the States and Territories and the Federal Government (the former having more of the responsibilities and the latter more of the taxation power). The Conservative No argument also ignored the fact that Indigenous Australians were deliberately excluded from being a part of the drafting of the original document. Difference is baked into the text and context of the Australian Constitution as it currently stands.

6. **The result**

With voter turnout for the referendum sitting at 90 per cent, the outcome on the night was decisive[38]. All six of Australia's states recorded a majority 'No' vote, with the Australian Capital Territory the only jurisdiction to record majority support for the proposed amendment (which, as explained, didn't count towards the state-based component to the double majority). The Australia-wide vote split 60 per cent against and 40 per cent in favour of the proposal. The 'No' vote was highest in rural and regional Australia. The 'Yes' vote the highest in the inner metropolitan regions of Sydney and Melbourne[39].
Interestingly, due to the concentration of Indigenous populations in certain geographical locations, post-referendum analysis suggests that in those communities with majority Indigenous populations there was a clear vote in favour of the referendum proposal[40]. This being the case, as most Indigenous Australians live in metropolitan areas, it is difficult to extrapolate such a finding to the entire Indigenous Australian population[41].

7. **Social, Constitutional and Political Ramifications**

The referendum outcome for those Indigenous Australians who played an active part in the 'Yes' campaign, many of whom have long been involved in the struggle for Indigenous rights in Australia, has been profound. A period of mourning was announced immediatel-

[37] A. Twomey, *A Frozen Constitution in a Sunburnt Country*, in *Verfassungsblog*, 14 November 2023, https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/15/going-by-no-voice-campaigns-arguments-federation-itself-would-have-been-defeated>.
[38] Australian Electoral Commission, *2023 federal referendum*, https://www.aec.gov.au/Elections/referendums/2023.htm, accessed 1 February 2024.
[39] N. Biddle, M. Gray, I. McAllister, M. Qvortrup, *Detailed analysis of the 2023 Voice to Parliament referendum and related social and political attitudes*, in *ANU Centre for Social Research and Methods*, Executive Summary, 2023.
[40] N. Biddle, M. Gray, I. McAllister, M. Qvortrup, *op. cit.*, pp. 23-24.
[41] N. Biddle, M. Gray, I. McAllister, M. Qvortrup, *op. cit.*

y after the result was announced[42]. While victory was never certain, the conclusion drawn by many of the 'Yes' supporters is that if a proposal as modest in scale and scope as the one put to the Australian people cannot be passed, then there is little hope for the rest of what the Uluru Statement from the Heart called for: treaty and truth telling. This being the case, it must be recognised that not all Indigenous Australians were in favour of the proposal, and that the justifications offered by those who voted against the proposal are varied and complex – general wariness of constitutional change, racial prejudice, confusion, different conceptions of equality and equity, and the general mood of the electorate towards the government of the day[43]. This means that it is difficult to draw concrete conclusions regarding the broader ramifications of the result for the reconciliation process in Australia.

Following on from the above, while undoubtedly a setback to efforts to bridge the divide between Indigenous and non-Indigenous Australians, it has long been a feature of the Australian Federation that when either the states or the federal jurisdiction is dragging the chain on more progressive social, political, and economic causes, the other jurisdiction(s) tend to pick-up the slack. To this end, it is worth noting that state and territory-based Voices to Parliament exist in Victoria and the Australian Capital Territory, with South Australia launching its own model in 2024. It is also worth noting that Victoria, New South Wales, Queensland and South Australia have amended their state constitutions to recognise the Indigenous peoples living in their jurisdictions[44]. In addition to the creation of State and Territory-based advisory bodies, much work has also been done at this level to advance the process of negotiating treaties between these jurisdictions and their Indigenous constituents: Victoria is expected to start treaty negotiations in 2024, New South Wales has committed to a path to treaty negotiations, as have the governments of Queensland, South Australia, and Tasmania. Although Western Australia has not committed to treaty negotiations, the Noongar native title claim, signed in 2015, covering 200,000 square kilometres of that State, has been referred to as Australia's first Indigenous treaty[45].

From a constitutional perspective, various scholars have raised important questions about the extent to which the current model for the holding of referenda remains sound. With only 8 successful referenda out of the last 45 (including the 2023 result), Professor Twomey, for instance, has suggested that the amendment process set out in the

[42] C. Sibthorpe, *Voice to Parliament: Indigenous leaders enter 'week of mourning' following referendum result*, in *News Online*, 14 October 2023, https://www.news.com.au/national/politics/voice-to-parliament-indigenous-leaders-enter-week-of-mourning-following-referendum-result/news-story/2a8e5636afae6407268ebf97f8039938, accessed 1 February 2024.
[43] N. Biddle, M. Gray, I. McAllister, M. Qvortrup, *op. cit.*, above fn 38.
[44] B.F. Gussen, *A comparative Analysis of Constitutional Recognition of Aboriginal People*, in *Melbourne University Law Review*, vol. 40, 2017, pp. 877-978.
[45] H. Hobbs, G. Williams, *The Noongar Settlement: Australia's First Treaty*, in *Sydney Law Review*, vol. 40, n. 1, 2018, p. 1.

Constitution has left Australia with an immovable constitutional document[46]. While recognising the necessary inbuilt protections against majoritarian attempts at radical constitutional change, Professor Twomey argues that formal constitutional change is fundamental to the health of any constitutional order[47]. Indeed, that without it, we risk not only ending up with a foundational legal document lacking in legitimacy for a large minority of Australians, but also a system that is more and more reliant on informal, non-democratically determined change (convention), or, creative judicial interpretation to make that document work in our contemporary world[48]. In the new era of social media-driven news and opinion consumption, with a polarised, non-civically minded portion of the polity willing to weaponise misinformation for electoral gain, Professor Twomey suggests that if the current political climate were to be applied to the time in which the federation debates were taking place, it is possible that Australia would never have federated, and we would still be living in «*six squabbling British colonies*»[49].

The chilling effect of the result on other floated constitutional reforms is an additional important flow-on effect of the 2023 referendum. At the last election the now Labor Government promised to give Australians another opportunity to consider the question of whether Australia should become a republic. Because of the 2023 result, it looks highly unlikely that a constitutional change as big as this will be put to the Australian public in the foreseeable future, leaving the King of the United Kingdom as Australia's Head of State[50]. Indeed, a number of basic, long-proposed constitutional reforms will likely remain on the backburner, including: removing the prohibition against dual citizens from being able to serve in parliament (Australia being one of the most multicultural countries in the world); setting parliamentary term limits (the Prime Minister has almost complete discretion as to when an election can be called within the maximum three year term); requiring elections for the House of Representatives and the Senate to take place at the same time; recognising the office of Prime Minister (despite having the power to call an election, the position doesn't even feature in the Constitution); removing the 'Races Power' as a specific policy domain (race being a scientifically redundant concept), amongst a host of others[51].

Another important constitutional and political consideration to have arisen out of the referendum campaign, is that of the appropriateness of putting questions relating to the

[46] A. Twomey, *Changing the Australian Constitution is not easy. But we need to stop thinking it's impossible*, in *The Conversation*, 27 May 2022, https://theconversation.com/changing-the-australian-constitution-is-not-easy-but-we-need-to-stop-thinking-its-impossible-183626, accessed 1 February 2024.

[47] A. Twomey, *Reforming Australia's Federal System*, in *Federal Law Review*, vol. 36, n. 1, 2008.

[48] A. Twomey, *op. cit*. Also see, S. Stephenson, *The Challenge for Courts in a Moderately Rigid Constitution*, in *Melbourne University Law Review*, vol. 44, n. 3, 2021.

[49] A. Twomey, *Going by no voice campaign's arguments, federation itself would have been defeated*, in *The Guardian online*, 15 October 2023, https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/15/going-by-no-voice-campaigns-arguments-federation-itself-would-have-been-defeated, accessed 1 February 2024.

[50] A. Twomey, *A Frozen Constitution in a Sunburnt Country*, in *Verfassungsblog*, 14 November 2023, https://www.theguardian.com/commentisfree/2023/oct/15/going-by-no-voice-campaigns-arguments-federation-itself-would-have-been-defeated>.

[51] D. Elder, *House of Representatives Practice*, in *Australian House of Representatives*, 7th edn, 2018, Chapter 1, 'Constitutional alteration'.

recognition and protection of specific minority groups to a majority vote; or in this case, a double-majority vote. Here, in effect, the question rejected by the Australian public was: should Indigenous Australians be recognised in the constitution in the form they have asked to be recognised? While the method followed is the only one available to effect constitutional change in Australia, it facilitated the unfortunate scenario of a majority determination being made as to the 'rightful' place of Indigenous Australians in our foundational legal document. Similar such issues were raised with respect to the non-binding plebiscite held in 2016 on the question of whether Australia should legalise same sex marriage, which saw a more positive outcome for that yes campaign. These kinds of group specific campaigns would potentially be less of a feature of the Australian constitutional and political order if a universal bill or charter of rights was put before the Australian people and passed (Australia has neither). Such a debate would likely be focused on the moral virtues associated with the granting of rights, rather than on the worthiness of certain groups being the major beneficiaries of their protection[52].

Conclusion

The result on 14 October 2023 is but another example of what seems to be an established feature of democratic politics across the globe in the 21st century: the difficulty of engaging an electorate in the task of meaningful, thought-through constitutional reform. While formal constitutional change is meant to be difficult, it should not be, as it has become in Australia, near impossible. Without an achievable mechanism for formal constitutional amendment, we run the risk of further fraying the relationship between the electorate and the elected, as we rely more and more on our judges and politicians to decide how to fill the gaps that inevitably emerge between what our foundational legal documents say and how they are interpreted and implemented over time. Indeed, ironically, the anti-majoritarian justification for making formal constitutional change so difficult, can be viewed as having the effect of further feeding a political climate that has been exploited by populists around the world. This is because, without a constitutional order possessing a release valve, we risk seeing majoritarian pressures boiling over and coalescing around calls for more radical non-constitutionally enshrined means of change.

While Australia is seemingly some way off what has been described above, there is no doubting that for many Indigenous Australians, the rejection of such a modest proposal will lead to more radical calls for reform. The Australian Constitution, as it stands, is an ahistorical document, imposed on the Australian community, part of whom, although present at the time of its drafting, were both explicitly prevented from participating in its creation and were harmed by its contents. The ongoing reforms at the State and Territory levels to actively engage Indigenous Australians in policy making and treaty formation may go some way to quelling the simmering anger and despondency flowing from the refe-

[52] Drawing on the work of B. Harris, *Constitutional Reform as a Remedy for Political Disenchantment in Australia: The Discussion We Need*, Sydney, Springer, 2020.

rendum result, but given the symbolic potency of Australia's foundational legal document, this is unlikely to be enough.

While a rather glib final remark given the ramifications of the result for many, there is much to be learned from the referendum result for Australians and non-Australians alike, whether they be political scientists, constitutional scholars, or those engaged in ethnographic and historical studies. Here's hoping that we harness these lessons and put them to use, to make sure future attempts at much needed constitutional change are more successful than the one that was attempted on 14 October 2023.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-87e

costituzionalismo britannico e irlandese

Osservatorio irlandese

Il “riformismo conservatore” del sistema sanitario irlandese

Simone Pitto
Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università di Genova

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Il "riformismo conservatore" del sistema sanitario irlandese**

di Simone Pitto*

Abstract (Ita): Lo studio esamina l'evoluzione del sistema sanitario irlandese, collocando le riforme nel contesto storico-costituzionale del paese e delle diverse risposte europee alla pandemia. Le riforme irlandesi recenti sono state influenzate dalla crisi finanziaria del 2008 e dall'emergenza da Covid-19, che ha colpito un paese ancora in ripresa. Prima della pandemia, l'Irlanda aveva avviato un ripensamento del sistema sanitario con l'Agenda Sláintecare 2017, un piano volto a introdurre un sistema di accesso generalizzato fondato sulla necessità clinica. La sua attuazione ha però subito vari ritardi. Il Recovery Plan del 2021 ha enfatizzato la digitalizzazione e l'efficienza economica, puntando a rivitalizzare il precedente iter di riforma. La politica sanitaria irlandese mantiene così l'agenda di riforme anteriore alla pandemia senza sostanziali modifiche volte a prevenire future crisi. La sfida principale resta l'attuazione delle riforme ed il coordinamento tra diverse strategie normative.

Abstract (Eng): The paper examines the evolution of the Irish healthcare system, situating the reforms within the country's historical and constitutional context and the various European responses to the pandemic. Recent Irish reforms have been influenced by the financial crisis of 2008 and the Covid-19 emergency, which impacted a nation still in recovery. Prior to the pandemic, Ireland initiated a rethinking of its healthcare system with the Sláintecare Agenda 2017, a plan aimed at introducing a generalized access system based on clinical need. However, its implementation has faced significant delays. The 2021 Recovery Plan emphasized digital transformation and economic efficiency, aiming to revitalize the previous reform process. Thus, Irish healthcare policy continues to follow the pre-pandemic reform agenda without substantial modifications aimed at preventing future crises. The principal challenge remains the implementation of the reforms and the coordination among various regulatory strategies.

Parole chiave: Sistema sanitario; Sláintecar; Emergenza pandemica; Costituzione irlandese

Keywords: Healthcare system; Sláintecare; Covid-19 Pandemic; Irish Constitution

Sommario: Introduzione

Introduzione

Il presente scritto si propone di analizzare l'evoluzione del sistema sanitario della Repubblica d'Irlanda negli ultimi decenni, inquadrando le riforme adottate nel contesto storico-costituzionale di tale ordinamento e nell'ambito delle diverse risposte normative approntate dagli ordinamenti europei a seguito della pandemia da Covid-19.

Dal punto di vista storico, il sistema irlandese presenta profili di rilevante peculiarità per quanto riguarda l'articolazione del sistema sanitario ed un percorso evolutivo recente marcato da altrettanti tratti distintivi, specie se rapportato a quello del "vicino" Regno Unito, ma anche ad altre esperienze dell'Europa continentale.

L'evoluzione legislativa del sistema sanitario negli ultimi anni è stata influenzata dall'incidenza di molteplici crisi, in particolare da quella economico-finanziaria del 2008 e, più recentemente, da quella pandemica. Oltre alla tragica perdita di vite umane, l'emergenza COVID-19 ha avuto un forte impatto sull'economia e sulla società irlandese, con un picco

** Contributo sottoposto a double blind peer review. Il presente contributo riprende, approfondendole e integrandole, alcune delle considerazioni riportate nello studio S. Pitto, *Irish Healthcare between the Sláintecare and the Recovery and Resilience Plan*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2024.

* Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico Comparato, Università di Genova

di infezioni riscontrato nel 2021[1]. La pandemia ha colpito un paese che si stava ancora riprendendo da precedenti difficoltà finanziarie e si trovava ad affrontare anche le fasi finali della *Brexit*, con l'abbandono da parte del Regno Unito del mercato unico e dell'unione doganale[2].

Gli ospedali e le unità di terapia intensiva irlandesi, nella fase emergenziale, sono stati sottoposti a forti pressioni[3], sebbene non al livello di altri Paesi europei[4]. In un sistema già caratterizzato da una rilevante presenza del settore privato nella sanità, ciò ha contribuito a rendere più pervasive le interazioni tra attori pubblici e privati.

Ma il caso irlandese è particolarmente interessante anche da una prospettiva comparatistica: diversamente da altre esperienze europee, la pandemia ha colpito un paese che, già prima dell'emergenza, aveva avviato un profondo dibattito per una riforma sanitaria complessiva confluito nell'adozione dell'Agenda *Sláintecare* 2017, un piano a lungo termine destinato a rivoluzionare l'assistenza sanitaria irlandese[5].

Nonostante l'ingente spesa sanitaria *pro-capite*, infatti, in Irlanda sono state denunciate da anni difficoltà e problematiche strutturali del sistema sanitario, tanto da condurre il Prof. Martin Curly, esperto in sistemi sanitari dell'Università di Maynooth, a sostenere in un articolo del 2023 sull'*Irish Times*[6] che «tra tutti i sistemi sanitari globali, quello irlandese è forse il canarino nella miniera di carbone», alludendo alla fragilità del sistema sanitario

[1] ** Il presente contributo riprende, approfondendole e integrandole, alcune delle considerazioni riportate nello studio S. Pitto, *Irish Healthcare between the Sláintecare and the Recovery and Resilience Plan*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2024. L'emergenza COVID-19 in Irlanda ha portato a un numero totale di casi confermati pari a oltre 1,7 milioni ed un totale di decessi pari a oltre 9000 casi. Cfr. https://covid19ireland-geohive, secondo dati basati sulle cifre ufficiali fornite dall'Health Protection Surveillance Centre (HPSC) e dall'Health Service Executive (HSE), aggiornati all'autunno 2023. Secondo il Piano di ripresa e resilienza irlandese, «nel 2020, il governo irlandese ha erogato quasi 16,8 miliardi di euro in interventi di spesa diretta in risposta agli impatti della pandemia, attraverso sostegni quali il pagamento per la disoccupazione pandemica, il regime di integrazione salariale per l'occupazione e il regime di integrazione salariale temporanea, e il regime di sostegno alle restrizioni COVID (...) Nel bilancio 2021 sono stati previsti altri 12 miliardi di euro di spesa».

[2] Dati i suoi stretti legami commerciali con il Regno Unito, si tratta di un fattore di non secondaria importanza considerato che l'Irlanda è stata, senza dubbio, uno dei Paesi che maggiormente ha risentito dal punto di vista economico della *Brexit*. Sull'argomento si veda la nota del Parlamento europeo «Brexit: conseguenze per l'Irlanda» secondo cui «L'Irlanda è il paese membro che sarà più colpito dalla *Brexit*».

[3] Fin dalle prime fasi della pandemia, il governo ha stipulato accordi con cliniche private per far fronte all'elevata domanda di ricoveri. Cfr. S. Burke, S. Barry, *et al.*, *Slaintecare-a ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, in *Health Policy*, n. 122, 2018, 1278-1282.

[4] Tra questi, in particolare, Spagna e Italia, dove la sofferenza degli ospedali è stata drammatica in molte fasi della pandemia. Cfr. J. Mercille, *Ireland's takeover of private hospitals during the COVID-19 pandemic*, in *Health Economics, Policy and Law*, n. 17, 2022, pp. 232-237.

[5] Sul punto si vedano le considerazioni di cui *infra* al par. 5.

[6] M. Curley, *Ireland's health system is one of the lowest performing in the northern hemisphere*, in *The Irish Times*, n. 21, 2023.

nazionale[7]. Malgrado la riconosciuta presenza di medici e strutture eccellenti, secondo lo studioso, *«il sistema sanitario irlandese è uno dei meno performanti dell'emisfero settentrionale»*[8].

Se questo è il bilancio a seguito della pandemia e delle precedenti crisi del sistema, va osservato che il cambiamento già in corso nel modello sanitario irlandese a seguito dell'adozione dell'Agenda *Sláintecare* 2017 pare suscettibile di essere ulteriormente alimentato dagli ingenti fondi del *Next Generation* EU. Il piano, lanciato dalla Commissione nel luglio 2020, ha previsto un pacchetto di finanziamenti complessivamente pari a 750 miliardi di euro destinati a sostenere la ripresa degli Stati membri dell'UE dopo l'emergenza pandemica[9].

Malgrado l'unicità del disegno del *Next Generation* UE, le risposte dei diversi Stati membri – affidate ai piani nazionali di ripresa e resilienza – sono state piuttosto diversificate, specie nel settore sanitario.

In generale, tutti i Paesi dell'UE hanno dovuto attivare misure urgenti di sanità pubblica e riorganizzare i servizi sanitari nazionali per contenere la diffusione del Covid-19. In alcuni casi, tuttavia, la crisi pandemica e i piani nazionali di ripresa hanno agito da catalizzatori per il cambiamento e lo sviluppo dell'organizzazione dei servizi sanitari e dei sistemi sanitari in generale, talora promuovendo un mutato ruolo del settore privato[10].

In termini generali, è stato individuato un primo tipo di risposta da parte di quei sistemi che hanno colto l'occasione per avviare una ristrutturazione generale dei sistemi sanitari nazionali all'indomani della pandemia (ad esempio, l'Italia e, in parte, la Francia)[11]. Dall'altro lato, un secondo gruppo di paesi europei più "conservatori" ha preferito optare per

[7] Il Prof. Curly muoveva da una classificazione del 2021 del CEO World Ranking che poneva l'Irlanda all'ottantesimo posto per rendimento del sistema sanitario, in coda a numerosi paesi europei. La classificazione tiene conto di fattori quali la qualità degli operatori sanitari, delle strutture e dell'accessibilità alle cure e ai farmaci. Va peraltro rilevato che la stessa classificazione, aggiornata al 2024, vede invece l'Irlanda risalita al sesto posto nella classifica, documentando un miglioramento significativo delle prestazioni del sistema sanitario. I criteri utilizzati per tale *ranking*, peraltro, non appaiono di immediata individuazione. Altre classificazioni più trasparenti come il *ranking* di Statista, realizzato a partire da indici internazionali come il *Global Health Security Index* e lo *Universal Health Coverage Index* (entrambi curati dalla OMS), pongono l'Irlanda al 23° posto nella classificazione (aggiornata al 2023), anche in questo caso dietro numerosi paesi europei tra cui Svezia (9° posto), Germania (13° posto), Italia (17° posto), Francia (20° posto) e Austria (22° posto) ma davanti, tra gli altri, a Spagna (26° posto) e Regno Unito (34° posto).

[8] M. Curley, *op. cit.*, *passim*. Gli indici dell'OMS sopra indicati peraltro, non sembrano descrivere, almeno dai rilevamenti più recenti, un quadro a tinte così fosche o quantomeno indicano un miglioramento rispetto al 2021.

[9] I fondi del *Next Generation* EU sono destinati a sostenere i sistemi sanitari colpiti dall'emergenza sanitaria, ma anche ad investire in iniziative improntate alla sostenibilità e alla promozione della resilienza economica e la digitalizzazione dei servizi pubblici, affrontando al contempo le disparità sociali ed economiche esacerbate dalla pandemia. Più nel dettaglio, il pacchetto consiste in 390 miliardi di euro di sovvenzioni e 360 miliardi di euro di prestiti agli Stati membri. Per un'introduzione si veda B. De Witte, *The European Union's Covid-19 Recovery Plan: The Legal Engineering Of An Economic Policy Shift*, in *Common market law review*, n. 3, 2021, pp. 635-681 e R. Porras, J. María, *EU Next Generation-Europe's recovery and resilience plan: a revolution in economic governance of EU*?, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2021, pp. 821-852.

[10] R. Balduzzi, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. "Pietre miliari" per un confronto*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 4, 2021, pp. 39-55.

[11] Cfr. R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia. Le "lezioni" di alcuni Piani nazionali di ripresa e resilienza*, in *DPCE Online*, n. 1, 2023, pp. 417 ss.

un semplice rafforzamento del sistema sanitario, senza apportare modifiche strutturali alle sue caratteristiche principali (ad esempio, la Germania).

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, la prima parte del presente scritto cercherà di ricostruire il contesto storico-costituzionale irlandese rilevante per comprendere i caratteri principali del sistema sanitario di tale ordinamento. La seconda parte del contributo analizzerà invece il dibattito sulle riforme di tale sistema a partire dalla crisi finanziaria del 2008 fino ad arrivare al piano *Sláintecare* del 2017. Nelle sezioni successive verrà indagato l'impatto della pandemia sul sistema e la risposta costituita dall'*Irish Recovery and Resilience Plan* e, nell'ultima parte, si confronteranno gli aspetti chiave delle riforme irlandesi con altri piani di ripresa europei, cercando di analizzare le tendenze in atto e collocare la risposta dell'EIRE all'interno delle classificazioni generali poc'anzi evocate[12].

2. **Costituzione irlandese e sistema sanitario**

La Costituzione irlandese del 1937 è l'unica carta costituzionale adottata tra le due guerre attualmente ancora in vigore in Europa[13]. Il testo costituzionale combina elementi delle dottrine liberaldemocratiche con le matrici del costituzionalismo del *Commonwealth*[14] e un'ampia influenza culturale del cattolicesimo[15].

Nel contesto di questo studio, va innanzitutto notato che la Costituzione irlandese appartiene al gruppo di costituzioni prive di riferimenti espliciti ad un diritto alla salute generalizzato. Infatti, essa non riconosce alcun obbligo specifico di garanzia della salute dei cittadini a carico dello Stato[16]. L'unico riferimento potenzialmente rilevante è contenuto nell'articolo 45, secondo cui lo Stato è chiamato a garantire che la salute dei lavoratori non venga abusata nelle attività lavorative[17]. La disposizione è inclusa nella sezione dedicata ai

[12] Dal punto di vista metodologico, lo studio delle riforme irlandesi prenderà in considerazione soprattutto la letteratura irlandese e britannica e l'analisi dei documenti ufficiali emessi dalle autorità irlandesi e dalle istituzioni dell'Unione Europea.

[13] D.K. Coffey, *Drafting the Irish Constitution, 1935-1937 Transnational Influences in Interwar Europe*, Cham, Palgrave, 2018, p. 281.

[14] Apprezzabile, specialmente, in relazione alle istituzioni parlamentari.

[15] Ciò si riscontra ad esempio nel Preambolo, secondo cui: «*Nel nome della Santissima Trinità, da cui proviene ogni autorità e a cui, come fine ultimo, devono essere riferite tutte le azioni sia degli uomini che degli Stati, noi, popolo di Éire, riconoscendo umilmente tutti i nostri obblighi verso il nostro Divino Signore, Gesù Cristo, che ha sostenuto i nostri padri attraverso secoli di prove, ricordando con gratitudine la loro eroica e incessante lotta per riconquistare la legittima indipendenza della nostra Nazione, e cercando di promuovere il bene comune, con la dovuta osservanza della Prudenza, della Giustizia e della Carità, in modo che la dignità e la libertà dell'individuo possano essere assicurate, il vero ordine sociale raggiunto, l'unità del nostro Paese restaurata e la concordia stabilita con le altre nazioni, adottiamo, promulghiamo e diamo a noi stessi questa Costituzione*». Cfr. J.M. Kelly *et al*, *The Irish Constitution*, Dublin, Tottel, 2006, pp. 49 ss.

[16] Resta salva la garanzia dell'integrità fisica. Questa, a partire dal caso *Ryan v. Attorney General* [1965] IR 345, viene intesa come diritto a non veder la salute individuale pregiudicata dall'azione statale. Cfr. J.M. Kelly *et al*., *op. cit*., p. 1420.

[17] *Verbatim*: «*Lo Stato si sforzerà di assicurare che la forza e la salute dei lavoratori, uomini e donne, e la tenera età dei bambini non siano abusate e che i cittadini non siano costretti dalla necessità economica a intraprendere attività inadatte al loro sesso, età o forza*». Cfr. J.M. Kelly (ed.), *op. cit*. e O. Doyle, *The Constitution of Ireland: a Contextual Analysis*, Oxford, Hart, 2018, pp. 1-3, che hanno notato tra le peculiarità della Costituzione irlandese «l'enfasi sulla distintività nazionale del nuovo Stato e la sua fiducia nel ricco patrimonio intellettuale dell'insegnamento sociale cattolico».

"Principi Direttivi della Politica Sociale", che sono intesi come disposizioni politiche rivolte al Parlamento nazionale irlandese (*Houses of theOireachtas*)[18].

L'assenza di riferimenti generali alla salute e al sistema sanitario nella Costituzione irlandese non sorprende se si considera il clima culturale in cui fu adottata la Costituzione del 1937[19] ma anche la coeva situazione globale con riguardo alla tutela costituzionale della salute[20]. Nondimeno, vale la pena notare che negli anni precedenti alla pandemia e in particolare dopo l'insorgenza della Covid-19, si è sviluppato un certo dibattito in dottrina a favore dell'inserimento di un emendamento costituzionale per proteggere la salute dei cittadini[21].

In questo contesto, il sistema sanitario irlandese ha mantenuto elementi in comune con altre democrazie europee stabilizzate, uniti ad alcuni non trascurabili elementi di peculiarità.

Nonostante l'innegabile influenza iniziale del Regno Unito, di cui l'Irlanda ha fatto parte fino al 1921, il modello sanitario dell'Irlanda indipendente ha segnato fin dall'inizio una certa distanza da quello inglese, favorita dalla pervasiva influenza del cattolicesimo nell'intero sistema costituzionale[22].

La Repubblica d'Irlanda non ha dato rilievo prioritario alla materia sanitaria dal punto della spesa pubblica e dell'impegno finanziario, almeno fino al 1970, pur ottenendo negli anni Quaranta alcuni notevoli successi negli sforzi per sradicare la tubercolosi. Risale a questa prima fase una pietra miliare nell'evoluzione sanitaria del Paese costituita dall'istit-

[18] Secondo D.K. Coffey, *op. cit.*, 241, la disposizione fu influenzata dall'Enciclica papale del 1931 "*Quadragesimo Anno*", ma anche dalla Sezione V della Costituzione del *Reich* tedesco del 1919.

[19] Cfr. P. Biscaretti di Ruffia, *La Costituzione dell'Irlanda (Eire)*, Firenze, Sansoni, 1946, D.K. Coffey, *op. cit.*, pp. 281 ss. e O. Doyle, *op. cit.*, pp. 22 ss.

[20] Secondo un'indagine statistica, solo il 14% delle costituzioni dei 193 Paesi dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, esaminate nel periodo compreso tra il 2007 e il 2011, includeva riferimenti al diritto alla salute pubblica. Solo il 9% dei Paesi dell'Assemblea generale, inoltre, tutela il diritto all'assistenza medica gratuita, mentre un numero maggiore di costituzioni include l'assistenza medica (38%) e la salute in generale (36%). Si veda J. Heymann, A. Cassola, A. Raub, L. Mishra, C*onstitutional rights to health, public health and medical care: the status of health protections in 191 countries*, in *Global Public Health*, n. 6, 2013, pp. 639 ss.

[21] Si veda O. Bartlett, *Does Ireland need a constitutional right to health after the COVID-19 pandemic*?, in *Northern Ireland legal quarterly*, n. 2, 2022, pp. 365-379. La riflessione sulla revisione della Costituzione irlandese è peraltro proseguita, con riguardo ad altre tematiche, anche in tempi recenti. Nel marzo 2024 si sono infatti svolti due referendum costituzionali in merito a due proposte di revisione. La prima puntava ad estendere il concetto di famiglia per includere nella Costituzione anche le relazioni durature al di fuori del matrimonio. La seconda, invece, puntava ad abrogare il riferimento al ruolo della donna nella vita domestica («*life within the home*»), previsto dall'art. 41 della Costituzione. Con la netta vittoria del "no" ad esito delle consultazioni referendarie, la Costituzione irlandese rimane immutata.

[22] Si veda R. Barrington, *Health, Medicine and Politics in Ireland 1900-1970*, in *Dublin: Institute of Public Administration*, Dublin, 1987. Come hanno notato altri studiosi, data la debolezza del governo post-indipendenza e la scarsità di risorse, «la Chiesa cattolica colmò la maggior parte delle lacune nelle prestazioni sociali, tra cui la sanità, l'istruzione e il mantenimento dei poveri (all'epoca l'Irlanda era per circa il 95% cattolica)». Cfr. P.H. Heavy, *The Irish Healthcare System: A Morality Tale*, in *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, n. 28, 2019, p. 4.

uzione del Ministero della Salute nel 1947[23].

Il contesto sociopolitico irlandese in materia di sanità, in una fase di profondo ripensamento a livello europeo, si è da subito mostrato freddo rispetto alle idee di riforma dei sistemi sanitari dell'epoca. Il rapporto *Beveridge* del 1942[24], in particolare, raccomandava un sistema completo di assicurazioni sociali e un Servizio sanitario nazionale chiamato ad offrire assistenza sanitaria gratuita a tutti i cittadini, senza barriere finanziarie[25]. Malgrado tracce della conoscenza del Rapporto *Beveridge* possano essere rintracciate anche in Irlanda, una proposta simile per un sistema sanitario completo nel paese ha incontrato una forte opposizione da parte della professione medica e del Dipartimento delle Finanze. Una delle obiezioni più comuni era che l'idea di un'assicurazione sociale universale – vista come una politica di *welfare* globale – non fosse essenzialmente sostenibile per l'Irlanda[26].

Di contro, la graduale evoluzione della politica sanitaria e sociale in Irlanda ha portato a un servizio sanitario a due livelli ("*two-tiers system*")[27]. Si tratta di un complesso sistema di servizi pagati con sovvenzioni pubbliche, uniti ad una combinazione di piani di assicurazione sanitaria statali e privati per la maggior parte dei servizi sanitari[28]. Per quanto riguarda le strutture ospedaliere, inoltre, il sistema degli ospedali pubblici, la maggior parte dei quali sono anche universitari, risulta supportato in misura non trascurabile dalle cliniche private[29].

Il modello così delineato ha subito nel tempo diversi interventi di riforma. Tra i principali e più recenti, vanno ricordati in particolare l'*Health Act* del 1970[30] e l'*Health Act* del 2004[31], il quale ha istituito l'*Health Service Executive*[32]. Occorre rilevare che la *governance* del sistema sanitario irlandese è attualmente di competenza Dipartimento della Salute, così come l'assegnazione dei fondi, mentre l'*Health Service Executive* (HSE), organismo governativo supervisionato dal Dipartimento della Salute, è incaricato della gestione dei servizi sanitari e sociali finanziati con fondi pubblici.

Nel complesso, l'accesso all'assistenza sanitaria in Irlanda si basa su una commistione tra pubblico e privato, anche se si può affermare che il sistema sanitario irlandese non risulta

[23] B. Harvey, *Evolution of health services and health policy in Ireland*, Dublin, Combat Poverty Agency, 2007, pp. 4 ss.
[24] *Report on Social Insurance and Allied Services*, UK Parliamentary Archives, BBK/D/495, 1942.
[25] Su questo tema si veda D. Béland *et al.*, *Translating social policy ideas: The Beveridge report, transnational diffusion, and post-war welfare state development in Canada, Denmark, and France*, in *Social policy & administration*, n. 2, 2022, pp. 315-328.
[26] Cfr. B. Harvey, *op. cit.*, pp. 4-5.
[27] S. Connolly, M.A. Wren, *Universal health care in Ireland-what are the prospects for reform*?, in *Health Systems & Reform*, n. 5.2, 2019, pp. 94-99.
[28] B. Harvey, *op. cit.*, p. 5.
[29] P. Heavy, *op. cit.*, pp. 276-30.
[30] Cfr. B. Harvey, *op. cit.*, *passim*.
[31] L'*Health Act* è reperibile all'indirizzo https://www.irishstatutebook.ie/eli/2004/act/42/enacted/en/html.
[32] B. Harvey, *op. cit.*, pp. 5-6.

caratterizzato da un accesso universale alle cure primarie ospedaliere[33].

Una componente importante (circa il 69%) dei servizi sanitari è finanziata dai contribuenti[34] mentre la restante parte è coperta da assicurazioni mediche private (circa il 13%)[35] e pagamenti effettuati direttamente dai beneficiari dei trattamenti sanitari (c.d. "*out-of-pocket payments*")[36].

Dato l'ingente costo complessivo per l'utenza, già con l'*Health Act* del 1970, è stata introdotta una forma di assistenza per una platea ridotta di utenti a basso reddito e anziani grazie alla previsione di agevolazioni. Una prima tipologia consiste nella *medical card* che consente l'accesso all'assistenza sanitaria pubblica senza costi aggiuntivi e con costi limitati per i farmaci[37]. Le GP *visit cards*, concesse a una minoranza di persone in base all'età o al reddito, permettono invece di evitare il pagamento delle visite presso i medici generalisti di base ("*general physicians*")[38].

In questo contesto, non sorprende che la copertura assicurativa privata sia diffusa e in costante crescita, raggiungendo circa il 53% della popolazione residente in Irlanda nel 2021[39]. Il sistema assicurativo privato è caratterizzato dalla presenza di un'Autorità pubblica per l'assicurazione sanitaria, istituita nel 2001, che ha il compito di regolamentare il mercato. Generalmente, le polizze assicurative private forniscono l'accesso alle cure mediche sia negli ospedali privati che in quelli pubblici.

Di conseguenza, un paziente che desidera accedere al sistema sanitario può prima consultare un medico di base (a proprie spese o tramite un'assicurazione privata salvo il possesso di una *card*), che può poi indirizzare il paziente ad altri specialisti.

In caso di urgenza, i pazienti possono accedere al sistema di assistenza emergenziale dell'ospedale locale. Nella maggior parte dei casi, però, saranno tenuti a pagare le prestazioni

[33] Si veda M.A. Wren, S. Connolly, *A European late starter: lessons from the history of reform in Irish health care*, in *Health Economics, Policy and Law*, 14, 2019, pp. 355-373.

[34] Gli studiosi sostengono che la componente di finanziamento fiscale risulta diminuita a seguito della crisi finanziaria del 2008. Cfr. M. Wren, S. Connolly, N. Cunningham, *An examination of the potential costs of Universal Health Insurance in Ireland*, Dublin, 2015, disponibile in www.esri.ie/publications/an-examination-of-the-potential-costs-of-universal-health-insurance-in-ireland.

[35] Ciò garantisce anche un accesso preferenziale all'assistenza sanitaria, come osservato da M.A. Wren, S. Connolly, *A European late starter*, cit., p. 357.

[36] Cfr. M.A. Wren, S. Connolly, *A European late starter*, cit., p. 357, ove si riportano i dati dell'*Irish Central Statistics Office* aggiornati al 2016.

[37] Chiunque viva in Irlanda per almeno un anno può fare domanda per il rilascio di una *medical card*.

[38] Inoltre, gli onorari delle visite sono stabiliti direttamente dagli operatori sulla base di una tariffa di mercato. La GP *card* consente, tuttavia, vantaggi più ridotti della *medical card*, atteso che restano a carico dell'utente i costi per i farmaci e gli altri servizi.

[39] Si veda la *consumer survey* dell'*Health Insurance Authority* "*A review of Private Health Insurance in Ireland 2021*". Va inoltre ricordato che l'Irlanda è un paese oggetto di interesse per molte multinazionali grazie al favorevole regime fiscale. Applica infatti per l'imposta sulle società un'aliquota pari a circa il 12,5%, circostanza che contribuisce ad indicare il Paese come un paradiso fiscale europeo. Si veda R. Dacher, *Hamiltonian shifts in state aid and the coming breakdown of the internal market: can the European union survive its covid-19 response?*, in *Cardozo Int'l & Comp. L. Rev., fall*, 2021, p. 13.

(direttamente o tramite la propria assicurazione), salvo siano in possesso di una *card*[40].
I pazienti con assicurazione privata hanno accesso al sistema sanitario privato, ove i servizi sono forniti a prezzi di mercato, potendo generalmente beneficiare di tempi di cura più rapidi anche negli ospedali pubblici. Gli altri pazienti (quelli senza tessera sanitaria) accedono al sistema sanitario pubblico, dove la qualità del servizio è generalmente inferiore e più lenta[41]. Tuttavia, anche i beneficiari della tessera sanitaria sperimentano spesso una qualità più limitata dei servizi resi in regime di assistenza pubblica e devono attendere più a lungo per molti trattamenti.
Negli ultimi decenni, il *two-tiers system* irlandese è stato consolidato dal crescente ricorso alle assicurazioni private e dall'aumento dei relativi premi assicurativi[42]. L'Irlanda si è infatti posizionata tra i primi posti nell'Unione Europea per la spesa assicurativa privata nel settore sanitario[43].
Questo modello si è rivelato distinto dalle principali alternative europee rappresentate dal modello Bismarck, basato sul "principio assicurativo", e dal modello *Beveridge*. In breve, mentre nel modello *Bismarck*, basato sul paradigma dell'assicurazione sanitaria sociale (SHI), i residenti sono obbligati a sottoscrivere un'assicurazione sanitaria fornita da assicuratori pubblici o privati, i modelli ispirati al sistema *Beveridge* sono universalistici e finanziati con fondi pubblici, con servizi sanitari solitamente forniti a spese della fiscalità generale (ad esempio Italia, Spagna, Regno Unito)[44].
Sebbene i due sistemi abbiano mostrato una certa convergenza negli ultimi decenni[45], è d'uopo rilevare che l'Irlanda può difficilmente collocarsi all'interno dei confini di un sin-

[40] Le *medical card* sono lo strumento principale per fornire un accesso diffuso ai servizi sanitari ai beneficiari a basso reddito. Secondo dati aggiornati al 2017, le tessere mediche hanno coperto circa il 35% della popolazione irlandese: si veda lo studio del Centre for Health Policy and Management, Trinity College Dublin, "*Pathways Indicators*", in www.tcd.ie/medicine/health_policy_management/research/current.
[41] Cfr. M.A. Wren, *Unhealthy State: Anatomy of a Sick Society*, Dublin, New Island, 2003, pp. 140 ss. Per una chiara spiegazione del sistema sanitario in Irlanda e del suo costo medio si veda l'esempio fornito da S. Thomas, *op. cit.*, p. 292: *verbatim*: «La popolazione può essere divisa in due categorie, determinate dall'Health Act del 1970. Nella categoria 1 ci sono le persone con tessera sanitaria concessa attraverso il General Medical Scheme (GMS), che viene assegnata principalmente sulla base del basso reddito, dopo un severo test sui requisiti (...) Nella categoria 2 versano coloro che non hanno ottenuto una *medical card*, stimati intorno al 64% della popolazione nel 2016, che di conseguenza devono pagare i prezzi di mercato per l'accesso al medico di base (...) Ad esempio, i pazienti pagano in media 52,50 euro per ogni visita dal medico di base e fino a 144 euro al mese per la prescrizione di farmaci. Mentre tutti hanno diritto all'assistenza ospedaliera pubblica, coloro che rientrano nella categoria 2 pagano 100,00 euro per ogni visita al pronto soccorso (senza l'invio di un medico di base) e 80,00 euro al giorno (con un tetto di dieci giorni all'anno) per le cure ospedaliere (cioè, 800,00 euro all'anno)».
[42] P. Heavy, *op. cit.*, p. 5.
[43] In particolare, al secondo posto dopo la Slovenia secondo T. Thomas, *op. cit.*, p. 295.
[44] Sui vantaggi e i limiti dei modelli si veda D. Béland, *et al.*, cit., pp. 315-328.
[45] Secondo T. Hoctor, *Beveridge Or Bismarck? Choosing The Nordic Model In British Healthcare Policy 1997–C.2015*, London, Routledge, 2021, ciò è dovuto al fatto che entrambi i sistemi hanno affrontato sfide simili e, segnatamente, l'espansione della domanda di assistenza sanitaria, un invecchiamento marcato della popolazione e l'incremento di disturbi sanitari dovuti ad uno stile di vita scorretto.

i pubblici e privati[46] e combina elementi di entrambi i modelli di sistema sanitario, portando gli studiosi a discutere sull'unicità del caso irlandese[47]. Alla luce della recente evoluzione, tuttavia, vale la pena notare che la particolarità del sistema irlandese risiede a ben vedere nel fatto che si tratta di «uno dei pochi sistemi ad alto reddito che non ha compiuto progressi significativi verso l'assistenza sanitaria universale»[48].

3. **La crisi della sanità in Irlanda e lo *Sláintecare***

Già prima della crisi pandemica, alcuni autori avevano ipotizzato l'esistenza di tracce di crisi nel sistema sanitario irlandese dovute, tra l'altro, alla carenza di posti letto, di medici, alla lunghezza delle liste d'attesa e agli standard qualitativi più scadenti rispetto agli altri Paesi dell'UE[49].

Le misure di austerità adottate in seguito alla crisi finanziaria del 2008 sembrano aver contribuito alla riduzione del personale e della capacità di spesa pubblica in materia sanitaria[50]. Il calo della spesa è stato anche una conseguenza degli elevati costi unitari dei servizi sanitari e dei farmaci rispetto ai valori riscontrabili in altri Paesi[51]. D'altra parte, va considerato che la spesa sanitaria irlandese in percentuale del PIL nel 2019 è stata stimata a circa il 6,7%, a fronte di una media europea pari al 10,9%[52].

Tuttavia, è nei primi anni dopo la crisi finanziaria del 2008 che si può fissare il momento centrale per l'emersione di una strutturata riflessione su una riforma globale del servizio sanitario nazionale in Irlanda[53]. Nel marzo 2011, il nuovo governo irlandese presieduto da Enda Kenny del *Fine Gael* in coalizione con il partito laburista si è impegnato a riformare il sistema sanitario. La spinta alla riforma è stata alimentata dalla diffusa insoddisfazione dell'opinione pubblica per le misure di austerità attuate dopo la crisi finanziaria, la quale

---

[46] Cfr. P. Heavy, *op. cit.*, p. 7, secondo il quale «il sistema privato si basa sul pubblico: la scuola di medicina è fortemente sovvenzionata dal governo; la formazione iniziale dei medici avviene in gran parte negli ospedali pubblici; i medici del sistema privato di solito svolgono contemporaneamente un lavoro nel sistema pubblico».

[47] Secondo M.A. Wren, S. Connolly, *op. cit.*, p. 356, ciò può essere dovuto anche alla combinazione unica nel caso irlandese di "cattolicesimo e politica medica" a cui è possibile aggiungere l'influenza del costituzionalismo di *common law*.

[48] Si veda S. Thomas, S. Barry, B. Johnston, R. Siersbaek, S. Burke, *Embracing and Disentangling from Private Finance*: *The Irish System*, in B. Thomas (ed.), *Is Two-Tier Health Healthcare the Future*?, Ottawa, University of Ottawa Press, 2020, p. 292.

[49] M.A. Wren, *Unhealthy state: Anatomy of a Sick Society*, Dublin, New Island, 2003, pp. 16 ss.

[50] Vale la pena notare che la principale fonte di finanziamento (cioè, la fiscalità generale) ha registrato una costante contrazione a partire dal 2004. Cfr. S. Thomas, *op. cit.*, p. 292.

[51] Id., pp. 293 ss.

[52] La spesa sanitaria pro-capite è tuttavia più vicina alla media dell'UE. Cfr. B. Turner, *Putting Ireland's health spending into perspective*, in *The Lancet*, n. 391, 2018, pp. 833-834. Si vedano anche le statistiche dell'Unione europea in https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Healthcare_expenditure_statistics#:~:text=All%20of%20the%20remaining%2014,and%20Romania%

[53] Su questo dibattito si veda *inter alios* S.A. Burke, C. Normand, *et al.*, *From universal health insurance to universal healthcare? The shifting health policy landscape in Ireland since the economic crisis*, in *Health Policy*, n. 3, 2016, pp. 235-240. Sulle ripercussioni della crisi finanziaria sulla garanzia dei diritti si veda invece E. Ceccherini (a cura di), *I diritti al tempo delle crisi*. *Nuove esigenze di ponderazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, *passim*.

ha colpito duramente l'economia irlandese tra il 2008 e il 2014. Ma anche dal riscontro delle scarse prestazioni dei servizi sanitari, nonché in ragione dell'aumento dei costi e dell'allungamento dei tempi di attesa.

È in questo contesto che la coalizione composta dal *Fine Gael*, il partito di centro-destra, e dal Partito Laburista Irlandese ha avanzato la proposta concreta di istituire un servizio sanitario universale che superasse il sistema a due livelli e desse priorità all'accesso in base al bisogno medico (*medical need*)[54].

Un primo passo in tal senso è costituito dall'adozione di Libro bianco sull'assistenza sanitaria universale nel 2014[55]. Esso mostra l'impegno a sostituire il sistema con un modello sanitario a "binario unico" (*single-tier system*), sostenuto da un'assicurazione sanitaria universale. Questo nuovo sistema doveva fornire un'assistenza integrata, sicura, tempestiva ed efficiente, più vicina al domicilio del paziente, con un sistema di priorità basato sui principi della parità di accesso alle cure e del bisogno medico piuttosto che sulla capacità di pagamento.

La proposta riecheggiava tratti dei sistemi di tipo bismarckiano uniti a caratteristiche simili ai modelli di assicurazione sanitaria universale a contribuzione eterogenea[56].

La campagna elettorale per le elezioni generali del 2016 ha visto un certo *favor* trasversale tra le varie componenti politiche (e l'opinione pubblica) per una riforma orientata ad un modello di assistenza sanitaria universale, benché in termini piuttosto vaghi[57].

Dopo le elezioni, nel 2017 viene pubblicato un ambizioso rapporto specifico sulla riforma sanitaria denominato *Sláintecare*[58], redatto da una commissione parlamentare rappresentativa di diversi schieramenti politici[59]. Il rapporto testimonia un accordo trasversale sulla riforma sanitaria, delineando un primo piano decennale strutturato per la trasformazione complessiva del sistema sanitario irlandese[60].

---

[54] Cfr. S.A. Burke, C. Normand, *et al.*, *op. cit.*, pp. 235-240. Va sottolineata anche l'influenza del contesto internazionale e del clima culturale su questa scelta. Nel 2005, l'Irlanda e altri Stati membri dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) hanno assunto un forte impegno a raggiungere la copertura sanitaria universale. Cfr. S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, cit., pp. 1283 ss.

[55] Disponibile al sito web https://www.imo.ie/policy-international-affair/overview/White-paper-on-Universal-Health-Insurance.pdf.

[56] In questa prima fase, la piena attuazione del piano di riforma era prevista per il 2019. Cfr. S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, in *Health Policy*, n. 122, 2018, pp. 1278-1282.

[57] Dopo le elezioni generali del febbraio 2016 per il rinnovo del *Dáil Éireann*, il partito *Fine Gael* del primo ministro Enda Kenny è riuscito a mantenere il maggior numero di seggi, anche se il governo di coalizione composto da *Fine Gael* e laburisti ha perso la maggioranza assoluta in Parlamento. Cfr. M. Gallagher, M. Marsh, *The election in context, in* M. Gallagher (ed.), *How Ireland Voted 2016*, London, Palgrave, 2016, *passim*.

[58] Rapporto del Comitato sul futuro della salute (Rapporto *Sláintecare*) disponibile su https://data.oireachtas.ie/ie/oireachtas/committee/dail/32/committee_on_the_future_of_healthcare/reports/2017/2017-05-30_slaintecare-report_en.pdf.

[59] Il Comitato sul futuro dell'assistenza sanitaria era composto da membri di tutti i partiti politici e ha tenuto diverse audizioni e consultazioni pubbliche.

[60] Si veda V. Byers, *Health Care for All in Ireland? The Consequences of Politics for Health Policy*, in *World Medical & Health Policy*, n. 1, 2017, pp. 138-151.

L'obiettivo principale del piano può essere sintetizzato nell'istituzione di un'assistenza sanitaria universale che garantisca «servizi sanitari e sociali popolari, promozionali, preventivi, primari, curativi, riabilitativi e palliativi a tutta la popolazione irlandese, assicurando un accesso tempestivo a servizi di qualità, efficaci e integrati sulla base del bisogno clinico»[61].

Il piano è stato strutturato in cinque sezioni basate sulle proposte ricevute[62] e cioè «Profilo della salute della popolazione»[63], «Diritti e accesso all'assistenza sanitaria»[64], «Assistenza integrata»[65], «Finanziamento»[66] e «Attuazione»[67].

[61] Cfr. p. 55 del Rapporto e S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, cit., pp. 1280 ss.

[62] Si veda la pagina 14 del Rapporto.

[63] Ove si evidenzia la necessità di perseguire politiche di salute pubblica che diano priorità al benessere degli individui e riducano le disparità in materia di salute.

[64] La sezione raccomanda di stabilire per legge un chiaro diritto all'assistenza sanitaria universale. Questo obiettivo dovrebbe essere perseguito attraverso l'emissione di una *card* che consenta l'accesso ai servizi sanitari, tra cui la sanità pubblica, la prevenzione e l'assistenza primaria. Cfr. S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, cit., pp. 1280 ss.

[65] La sezione sottolinea l'importanza dell'assistenza integrata, che allinea i servizi sanitari lungo tutto l'arco della vita e consente agli individui di gestire la propria salute. La visione alla base di questa sezione è che «Un servizio sanitario nazionale per il XXI secolo deve raggiungere il "triplice obiettivo" dei sistemi sanitari migliorando l'assistenza, migliorando la salute e riducendo i costi». Si veda la pagina 18 del Rapporto.

[66] Secondo la sezione, il finanziamento del sistema sanitario dovrebbe avvenire attraverso un Fondo sanitario nazionale. Le risorse necessarie per finanziare questo fondo dovrebbero provenire dalla fiscalità generale, nonché da imposte e prelievi a destinazione vincolata. Questa soluzione è stata concepita alla luce della consapevolezza che la tassazione e l'assicurazione sanitaria sociale «sono forme superiori di finanziamento del sistema sanitario rispetto all'affidamento sui pagamenti esterni o sulle assicurazioni sanitarie private». Nondimeno, secondo il rapporto «la tassazione, pur essendo la principale fonte di finanziamento dell'assistenza sanitaria in Irlanda, non ha raccolto fondi sufficienti e sostenuti per fornire il diritto all'assistenza, gratuita al punto di erogazione». L'intenzione degli autori del rapporto è di provvedere, nel tempo, ad una riduzione della dipendenza dai pagamenti privati, con conseguente aumento della percentuale di finanziamento pubblico.

[67] La sezione sottolinea l'importanza di un'efficace attuazione delle politiche, partendo dallo studio di esperienze internazionali e nazionali. Si rimarca l'opportunità di istituire un Ufficio per l'attuazione del programma, onde evitare che «questo non sia solo un altro rapporto sul settore sanitario che non viene attuato».

Sono stati inoltre identificati otto principi fondamentali che dovrebbero guidare la transizione sanitaria[68].

In sintesi, la finalità principale apprezzabile all'interno dello *Sláintecare* è quella di intervenire su alcune delle principali problematiche strutturali dell'assistenza sanitaria in Irlanda. Si tratta, tra l'altro, della lunghezza delle liste d'attesa, dei costi elevati di prestazioni e farmaci e dell'assenza di un'adeguata assistenza comunitaria. Il tutto superando il sistema a doppio binario in favore di un modello sanitario unico fondato sulla necessità clinica piuttosto che sulla capacità reddituale dei pazienti.

Ma la visione dello *Sláintecare* si accompagna anche all'idea di un necessario decentramento del servizio sanitario che privilegi il bisogno clinico anche sul piano dell'assegnazione delle risorse. Sotto tale profilo, il piano prevede anche l'introduzione di sei nuove strutture sanitarie a carattere regionale nell'ambito dell'*Health Service Executive* (HSE)[69]. Tali organismi dovranno occuparsi della pianificazione ma anche della distribuzione dei finanziamenti assistenziali nelle aree di competenza[70].

Alla prova dei fatti, tuttavia, l'attuazione dello *Sláintecare* già prima della pandemia ha mostrato ripetuti ritardi e, in generale, progressi lenti e scadenze non rispettate[71], malgrado l'implementazione di organismi finalizzati a facilitarne l'attuazione come lo *Sláintecare Programme Office* (SPO) e lo *Sláintecare Implementation Advisory Council* (SIAC)[72].

La valutazione dottrinale sul piano è piuttosto polarizzata. È stato giudicato positivamente l'impegno ad eliminare i costi di accesso per alcuni servizi sanitari, come le cure primarie, nonché a garantire tempi di attesa conformi agli standard internazionali e un accesso tempestivo. Parimenti oggetto di rilievi prevalentemente positivi è stato il proposito di eliminare l'assistenza privata dagli ospedali pubblici e la previsione dell'opzione di un pagamento

[68] Questi includono i principi di: *Engagement*, il quale richiede la costruzione della fiducia pubblica e politica nel piano per la creazione di un sistema sanitario pubblico reattivo e paragonabile a quello di altri Paesi europei; *Nature of Integrated Care*, che garantisce che tutte le cure siano prioritarie per i pazienti; *Timely Access*, che prescrive la necessità di fornire un accesso tempestivo a tutte le cure sanitarie e sociali sulla base della necessità medica; *Free care*, che prevede l'offerta di cure gratuite e basate sulle esigenze cliniche dei pazienti piuttosto che sulla loro capacità di pagamento; *Cost-Effective Care*, che incoraggia l'accesso alle cure ed al livello di servizio più appropriato ed economicamente vantaggioso per il paziente, promuovendo il ruolo della prevenzione nelle politiche di salute pubblica; *Enabling Environment*, secondo cui si dovrebbe garantire che il personale del servizio sanitario sia adeguato, dotato di buone risorse e debitamente supportato; *Public Interest Spending*, un principio guida che raccomanda che i fondi pubblici siano utilizzati esclusivamente per il bene pubblico e, infine, *Accountability and Governance*, secondo il quale la responsabilità e la buona *governance* del sistema sanitario dovrebbero costituire la sua finalità primaria. Si veda sul punto S. Thomas, B. Johnston, S. Barry, R. Siersbaek, S. Burke, *Sláintecare implementation status in 2020: Limited progress with entitlement expansion*, in *Health Policy*, n. 3, 2021, pp. 277-283.

[69] Si tratta delle HSE «Dublin and Midlands», «Dublin and North East», «Dublin and South East», «Mid West», «West and North West», e «South West». Cfr. https://about.hse.ie/health-regions/.

[70] K. Schulmann, et al., *The role of governance in shaping health system reform: a case study of the design and implementation of new health regions in Ireland, 2018–2023*, in *BMC Health Services Research*, n. 24.1, 2024, p. 3.

[71] S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, cit., pp. 1281 ss.

[72] Quest'ultimo è stato successivamente sciolto.

itazioni principali del doppio accesso alle cure pubbliche[73]. Anche il passaggio a un trattamento basato sulle esigenze cliniche è stato prevalentemente oggetto di plauso[74].

Tuttavia, sono state evidenziate alcune limitazioni e carenze del piano. Tra queste, i costi associati al rimborso di alcune prescrizioni e farmaci nonché l'attenzione orientata alla riduzione o all'eliminazione delle tariffe solo per determinati tipi di assistenza piuttosto che alla fornitura di un accesso generalizzato alle cure[75].

È stato così rilevato che lo *Sláintecare* «pur fornendo un consenso politico, un piano e una strategia per raggiungere un sistema a un solo livello, in alcuni casi non riesce a raggiungere l'ideale dell'UHC [*Universal Healthcare* N.d.R.], a cui tutti i piani tendono in qualche misura»[76].

4. **Dopo la "tempesta": la risposta alla pandemia e il *Recovery plan* (IRRP)**

Le prime infezioni da COVID-19 in Irlanda sono state confermate nel febbraio 2020, mentre il primo decesso risale all'11 marzo. Complessivamente, ad agosto 2021, circa 350.000 persone (intorno al 7,1% della popolazione) avevano ricevuto una diagnosi positiva di COVID-19 attraverso i test di laboratorio[77].

Nel marzo 2020, l'Irlanda ha iniziato ad attuare misure di contenimento. Queste includevano la chiusura delle scuole, la limitazione degli assembramenti pubblici e la chiusura delle attività commerciali. Nel marzo 2020 sono state poi emanate misure limitative a livello nazionale che imponevano agli individui di rimanere entro due chilometri dalle proprie abitazioni. Tali restrizioni hanno iniziato a venir meno durante l'estate 2020.

Una nuova ondata ha in seguito colpito l'Irlanda nell'ottobre 2020, accompagnata da nuove restrizioni, pur se meno severe. Il picco dell'infezione è stato però raggiunto nel gennaio 2021, quando l'Irlanda ha registrato un tasso di infezione *record* di 921 casi settimanali ogni 100.000 persone[78].

Di fronte al quadro pandemico, va considerato che la Costituzione della Repubblica d'Irlanda del 1937 non conteneva alcuna disposizione specifica per regolare le emergenze sanitarie. L'unico riferimento a regimi straordinari si trova nell'articolo 28.3.3 della Costituz-

---

[73] Cfr. S. Thomas, B. Johnston, S. Barry, R. Siersbaek, S. Burke, *op. cit.*, pp. 278-279 e L. Marron, S. Burke, P. Kavanagh, *Changes in the use of acute hospital care in Ireland during the first wave of the COVID-19 pandemic in 2020*, in *HRB Open Research*, n. 4, 2022.

[74] Cfr. S. Barry, *et al.*, *Sláintecare – A ten-year plan to achieve universal healthcare in Ireland*, cit., pp. 1281 ss.

[75] Limitate sono anche le disposizioni relative all'assistenza domiciliare e all'assistenza sanitaria a domicilio.

[76] S. Thomas, B. Johnston, S. Barry, R. Siersbaek, S. Burke, *op. cit.*, p. 279.

[77] Questo dato si è rivelato leggermente inferiore alla media europea, pari all'8,2%. Cfr. https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_ir_english.pdf. Inoltre, il tasso di mortalità è risultato inferiore di circa un terzo rispetto alla media europea. È importante considerare anche l'età media della popolazione irlandese: 38,8 anni nel 2022, mentre l'età media dell'UE era di 44,4 anni e quella italiana di 48 (Eurostat demography of Europe 2023 edition in https://ec.europa.eu/eurostat/cache/digpub/demography/).

[78] Cfr. https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_ir_english.pdf e A. Greene, *Ireland's Response to the Covid-19 Pandemic*, in *Verfassungsblog*, 11 aprile 2020.

ione che, pur menzionando la «*public safety*», nella lettura prevalente è riferito a conflitti bellici[79].

Nella Repubblica irlandese, a differenza di altri sistemi, non è stata neppure emessa alcuna dichiarazione formale di emergenza a seguito dello scoppio della Covid-19 per giustificare le disposizioni eccezionali introdotte e le corrispondenti "tensioni" nell'ambito della "costituzione materiale"[80], nonché per garantire i diritti individuali e le prerogative dell'*Oireachtas*[81].

La risposta irlandese alla COVID-19 è stata quindi coordinata dall'Ufficio del Primo Ministro, insieme al Dipartimento della Salute e all'HSE. Nel gennaio 2020 è stato istituito un comitato nazionale di emergenza per la salute pubblica, presieduto dal *Chief Medical Officer* e da altri esperti. Il comitato ha lavorato in stretta collaborazione con un altro organismo centrale di gestione delle crisi, il *National Crisis Management Team* e il *Crisis Communications Group* dell'HSE[82]. Un ulteriore comitato speciale di gabinetto trasversale sul COVID-19, presieduto dal Primo Ministro, è stato inoltre costituito con funzioni di coordinamento, per garantire una risposta governativa sinergica.

Come molti altri ordinamenti, anche il governo irlandese ha diffuso diverse linee guida per fornire chiarezza ai cittadini, alle imprese e agli operatori sanitari sulle misure emergenziali[83]. Vi è stato inoltre un utilizzo diffuso di sistemi di tracciamento dei contagi[84].

Il governo irlandese ha inoltre attuato diverse misure per migliorare la capacità di risposta del personale sanitario durante la pandemia. Il numero di dipendenti a tempo pieno all'interno dell'HSE è stato aumentato da 119.000 a 130.000 tra il 2019 e il 2021, e ulteriori misure hanno comportato un aumento delle ore di lavoro per il personale *part-time* e la riassunzione di medici in regime di pensionamento[85].

Anche il piano di vaccinazione ha svolto un ruolo chiave nel ridurre la mortalità e nella gestione della pandemia. La campagna di vaccinazione è stata lanciata nel dicembre 2020, dando priorità ai gruppi vulnerabili attraverso un ordine di somministrazione basato sull'età. Alla data dell'agosto 2021, in Irlanda erano state già somministrate più di 6,8 milioni di dosi di vaccino, con una percentuale vicina al 70% della popolazione totale che

---

[79] Cfr. A. Greene, *op. cit.*, p. 2, O. Doyle, cit., pp. 99 ss. e G. Sardi, *L'emergenza sanitaria da Covid-19 nella Repubblica d'Irlanda. Strumenti giuridici per contrastare la pandemia e conseguenze problematiche sulla protezione dei diritti fondamentali*, in *DPCE Online*, 2, 2020, pp. 1813 ss.

[80] Per riprendere un'espressione diffusa di C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998. Per un'introduzione generale si veda J. Colón-Ríos, *"The Material Constitution", Constituent Power and the Law*, Oxford, Oxford Academic, 2020.

[81] A. Greene, *op. cit.*, pp. 3 ss.

[82] I *corpus* normativi più rilevanti emanati in questo periodo sono stati il *Public Interest Act* 2020 e l'*Emergency Measures in the Public interest (Covid-19) Act 2020*.

[83] Cfr. https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_ir_english.pdf.

[84] Il cosiddetto *Ireland Covid Tracker*. Cfr. S. Burke, S. Thomas, R. Siersbaek, *Ireland's response to the coronavirus pandemic*, cit., *passim*.

[85] B. Kennelly, *et al.*, *The COVID-19 pandemic in Ireland: An overview of the health service and economic policy response*, in *Health Policy Technol.*, n. 4, 2020, pp. 419-429.

aveva ricevuto due dosi[86].

In questo contesto, nell'ambito del già citato *Next Generation EU*, il governo irlandese ha elaborato il proprio piano di ripresa (*National Recovery and Resilience Plan* 2021, di seguito anche "IRRP"), con un pacchetto di riforme del valore di circa 1 miliardo di euro fino al 2026[87]. Il piano, presentato alla Commissione europea il 29 maggio 2021, ha ricevuto rilievi positivi dalle istituzioni eurounitarie.

Un primo elemento da mettere in evidenza riguarda la scelta del governo irlandese di non optare per la richiesta di sostegno finanziario sotto forma di prestiti, motivata, tra l'altro, dall'elevato livello del debito pubblico dopo la crisi finanziaria[88].

In nuce, la strategia di ripresa irlandese ha cercato di facilitare una ripresa sostenibile, responsabile dal punto di vista ambientale e tecnologicamente avanzata, in linea con l'approccio complessivo alla ripresa economica perseguito dal paese, supportato da un sostanzioso piano di sviluppo nazionale da 165 miliardi di euro per il periodo 2021-2030. Conformemente alle condizioni del *Recovery and Resilience Facility*, il piano ha destinato almeno il 37% della spesa a iniziative legate al clima e il 20% a investimenti e riforme digitali. In particolare, il 41,9% delle risorse è stato destinato a iniziative ambientali e il 31,5% ad azioni tecnologiche[89]. Inoltre, l'IRRP ha affrontato le criticità economiche identificate nelle raccomandazioni specifiche dell'UE destinate all'Irlanda con il Piano di ripresa economica[90], sviluppato attraverso una consultazione pubblica piuttosto diffusa[91].

Complessivamente, le sovvenzioni ricevute dall'Irlanda sono state relativamente ridotte (circa lo 0,3% del PIL 2019) rispetto alla media UE pari al 5,2% del PIL. Anche per tali ragioni, si è stimato un limitato impatto diretto sugli indicatori macroeconomici dell'Irland-

[86] Cfr. https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_ir_english.pdf.

[87] L'Irlanda riceverà circa 915 milioni di euro in sovvenzioni dal *Recovery and Resilience Facility*. Il piano è disponibile all'indirizzo https://www.gov.ie/en/publication/d4939-national-recovery-and-resilience-plan-2021/.

[88] Si veda A. Eustace, *National Recovery and Resilience Plan: Ireland*, in *Italian Labour Law e-Journal*, n. S.I. 1, 2022, p. 2.

[89] Si veda lo studio del Parlamento europeo "*Next Generation EU (NGEU) delivery – How are the Member States doing?*" disponibile all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698848/EPRS_BRI(2021)698848_EN.pdf.

[90] Cfr. https://health.ec.europa.eu/system/files/2021-12/2021_chp_ir_english.pdf.

[91] Secondo il Piano, è stato istituito un particolare canale di discussione con le parti sociali e gli *stakeholder*, come sindacati e rappresentanti dei datori di lavoro. La politica del lavoro sembra peraltro essere la principale area di interesse della consultazione. Cfr. A. Eustace, *op. cit.*, p. 18.

a. La Commissione europea ha in particolare indicato un aumento intorno allo 0,3-0,5% del PIL irlandese entro il 2026[92].

Nelle intenzioni dei redattori, l'IRRP dovrebbe rafforzare ulteriormente la capacità del sistema sanitario di fornire servizi sanitari efficienti ed efficaci.

Un punto chiave del piano riguarda l'avanzamento dell'agenda strategica di riforma sanitaria dello *Sláintecare*, con l'impegno a migliorare l'accesso all'assistenza comunitaria e a ridurre gradualmente la presenza dell'assistenza sanitaria privata negli ospedali pubblici. A tal fine, il piano prevede diverse azioni tra cui (i) l'attuazione dello *Sláintecare consultant contract*, (ii) l'esecuzione dell'accordo GP 2019 tra la Irish Medical Organization e l'HSE per rafforzare l'assistenza comunitaria, anche attraverso un programma di gestione delle malattie croniche (CDM) e (iii) l'attuazione del programma *Enhanced Community Care*, in particolare tramite la creazione di reti sanitarie comunitarie operative[93].

L'IRRP ha anche delineato un nuovo quadro contrattuale per i medici consulenti che impediva loro di esercitare al di fuori del sistema sanitario pubblico, con l'apparente intenzione di investire nella qualità dei servizi sanitari pubblici rispetto a quelli privati. Un altro passo rilevante riguarda stato l'espansione dei servizi di assistenza primaria per affrontare le prestazioni insufficienti e le inefficienze dei costi del sistema sanitario irlandese, che erano in parte dovute alla pratica dei consulenti di dividere il loro tempo tra la sanità pubblica e il più redditizio settore privato. D'altra parte, lo stanziamento di 75 milioni di euro per le iniziative di "*eHealth*" era, tra l'altro, destinato ad aumentare l'uso della tecnologia nella prescrizione e nella gestione dei farmaci dei pazienti, contribuendo altresì a sostenere gli operatori sanitari che forniscono servizi nella comunità e a domicilio[94].

Le raccomandazioni specifiche per paese dell'UE a cui fa riferimento il piano irlandese si concentrano principalmente sul miglioramento dell'accesso all'assistenza sanitaria e sull'aumento dell'efficacia dei costi delle strutture sanitarie. In effetti, nelle raccomandazioni specifiche per l'Irlanda del luglio 2020, il Consiglio ha evidenziato l'esistenza di squilibri macroeconomici, principalmente legati agli elevati livelli di debito pubblico e privato.

Nonostante gli sforzi in corso per l'attuazione dello *Sláintecare*, il Consiglio ha rilevato che, da un punto di vista strutturale, il sistema sanitario irlandese continua a lottare con problemi di efficienza, adattabilità, resilienza e accessibilità[95]. A tal fine, l'impatto che ci si

[92] Gli effetti indiretti derivano dal potenziamento economico dell'UE e dall'impatto transfrontaliero. Si veda lo studio del Parlamento europeo "N*ext Generation EU (NGEU) delivery – How are the Member States doing?*", in https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698848/EPRS_BRI(2021)698848_EN. Le disposizioni del Piano relative alla salute rientravano principalmente nella componente n. 3 del programma, che prevedeva la «ripresa sociale ed economica e la creazione di posti di lavoro». Tra queste spicca la Priorità 3.9. intitolata «Progredire nell'agenda strategica di riforma dell'assistenza sanitaria definita nell'ambito di Sláintecare, impegnandosi nell'attuazione di tre iniziative che migliorerebbero l'accesso alle cure nella comunità e avvierebbero il processo di rimozione dell'assistenza sanitaria privata dagli ospedali pubblici».

[93] Si veda la pagina 29 dell'INRRP.

[94] A. Eustace, *op. cit.*, p. 4.

[95] Si veda la pagina 9 della relazione "*Next Generation EU (NGEU) delivery – How are the Member States doing?*" in www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698848/EPRS_BRI(2021)698848_EN.pdf.

aspetta dall'attuazione del piano irlandese comprende un miglioramento dell'accessibilità e dei tempi di somministrazione delle prestazioni sanitarie[96].

L'impostazione generale del piano, ad ogni modo, sembra suggerire la volontà delle autorità irlandesi di utilizzare la ripresa post-pandemia e i finanziamenti eurounitari del *Next Generation* come un'opportunità per dare impulso all'attuazione della riforma *Sláintecare.*

Malgrado il consenso sull'assistenza sanitaria universale in Irlanda abbia subito un consistente incremento negli ultimi anni ed a seguito dell'emergenza pandemica, una riforma profonda del sistema sanitario irlandese pare ancora in una fase iniziale e, sicuramente, è presto per un bilancio. Nondimeno, alcuni cambiamenti erano già stati attuati nel periodo immediatamente successivo alla pandemia. Tra questi, l'aumento generale dei *budget* per la sanità, l'introduzione degli *Individual health identifiers* (IHI), indicatori della situazione individuale dei pazienti, e l'aumento dei posti letto ospedalieri, tutti provvedimenti adottati in risposta alla pandemia. Inoltre, va osservato che il finanziamento per l'attuazione dello *Sláintecare* durante la pandemia ha superato per ammontare tutti gli stanziamenti degli anni precedenti[97].

Anche sul fronte del personale sanitario, vale la pena notare che dopo la riduzione del personale medico riscontrata durante e dopo la crisi finanziaria del 2008 – che ha raggiunto l'8,1% al suo picco – l'aumento del personale è stato particolarmente accelerato durante il periodo COVID-19. In meno di due anni, è stato infatti riscontrato un incremento pari all'8,9%, che corrisponde a circa 10.000 risorse[98].

Il ruolo primario di *Sláintecare* (piuttosto che del *Recovery Plan*) per il futuro della politica sanitaria irlandese sembra essere confermato anche dall'approvazione di un nuovo piano di attuazione denominato 2021-2023 *Sláintecare Strategic Implementation Strategy and Action Plan*[99].

Il piano mira a concentrare gli sforzi principalmente su due linee di iniziative. La prima, denominata «Migliorare l'accesso sicuro e tempestivo alle cure e promuovere la salute e il benessere», dovrebbe promuovere l'adozione di misure preventive e l'aumento della capacità di raggiungere gli obiettivi di *Sláintecare*, soprattutto in termini di tempistica dell'assistenza sanitaria.

Il secondo programma, dal titolo «Affrontare le disuguaglianze nella salute», invece, dovrebbe concentrarsi sulla creazione di un'assistenza sanitaria universale, attuata grazie ad

---

[96] Si veda la Decisione di esecuzione del Consiglio sull'approvazione della valutazione del piano di ripresa e resilienza per l'Irlanda del 16.7.2021 (COM/2021/419 definitivo) e A. Eustace, *op. cit.*, p. 5.

[97] S. Burke, *et al.*, *Building health system resilience through policy development in response to COVID-19 in Ireland: From shock to reform*, in *The Lancet Regional Health-Europe*, n. 9, 2021, *passim*. Il dato è però conforme alla tendenza degli ordinamenti europei all'aumento della spesa sanitaria in tale periodo.

[98] Cfr. F. Padraic, *et al.*, *Implications for health system reform, workforce recovery and rebuilding in the context of the Great Recession and COVID-19: a case study of workforce trends in Ireland 2008–2021*, in *Human Resources for Health*, n. 20.1, 2022, pp. 1-11.

[99] Il documento è stato pubblicato l'11 maggio 2021 ed è disponibile all'indirizzo https://www.gov.ie/en/publication/6996b-slaintecare-implementation-strategy-and-action-plan-2021-2023/.

undici progetti associati[100].

5. **Le riforme sanitarie irlandesi e le altre esperienze europee**

L'impatto della pandemia e la risposta all'emergenza sanitaria hanno costituito un importante *stress test* per la resilienza dei sistemi costituzionali. La gestione emergenziale si è rivelata un compito difficile per il legislatore in diverse aree e specialmente all'atto di effettuare un bilanciamento tra il diritto alla salute ed altri diritti e interessi sociali ed economici[101].

Un'altra preoccupazione centrale, a livello generale, è stata quella di garantire la separazione dei poteri nella fase di gestione dell'emergenza, durante la quale l'esecutivo ha spesso assunto un ruolo pervasivo, pur controbilanciato dalla presenza di esponenti del mondo scientifico e dei comitati tecnici. Inoltre, negli Stati decentrati, le emergenze sanitarie sono state talvolta accompagnate da una centralizzazione delle funzioni, che talora ha condotto a conflitti tra i diversi livelli di governo[102].

Date queste premesse, può osservarsi che il piano irlandese sembra essersi basato sull'idea che le autorità irlandesi abbiano gestito la pandemia in modo adeguato e, pertanto, fosse opportuno concentrarsi sull'attuazione del programma di riforma definito nello *Sláintecare*, piuttosto che riorganizzare il sistema sanitario *ex novo*[103]. Ciò può essere meglio compreso confrontando il piano irlandese con altri piani di risanamento nel contesto europeo.

Un primo elemento peculiare riguarda l'assenza dell'assistenza sanitaria come componente autonoma o ideale pilastro del Piano irlandese. L'IRRP prevede infatti 3 componenti principali: la componente 1, intitolata «Avanzamento della transizione verde», punta a rafforzare gli investimenti per la sostenibilità delle attività economiche e la transizione verde dell'Irlanda. La seconda, denominata «Accelerare ed espandere le riforme e la trasformazione digitale», ha posto la digitalizzazione al centro dell'agenda politica, al fine di mo-

---

[100] Tra gli altri si segnalano: Progetto 1 – Sviluppo di un Masterplan per l'assistenza ai cittadini; Progetto 2 – Attuazione del programma *Sláintecare Healthy Communities*; Progetto 3 – Sviluppo di aree sanitarie regionali; Progetto 4 – Attuazione della politica e del piano d'azione sull'obesità: 2016 – 2025.

[101] Cfr. V. Piergigli, *Corti costituzionali e diritti ovvero l'onda lunga della risposta istituzionale all'emergenza sanitaria. Quali prospettive per il post-pandemia*?, in *DPCE Online*, n. 1, 2023, R. Balduzzi, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia*, cit., pp. 39-55.

[102] Questo è accaduto ad esempio nel caso italiano ma anche in quello spagnolo. Si vedano su questi aspetti *ex multis* N.C. Steytler (ed.), *Comparative Federalism and Covid-19*, London, Taylor & Francis, 2022, L. Cuocolo (a cura di), *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19: una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020, pp. 46 ss., R. Tarchi, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, M.C. Pérez Sánchez, *Derecho de Excepción, Constitución y Covid 19. Luces y Sombras Del Estado de Alarma En El Contexto Actual*, in *Política y sociedad*, n. 2, 2022.

[103] Invero, il ruolo di supporto del Piano rispetto all'attuazione di *Sláintecare* è stato sottolineato dal Consiglio nella decisione di esecuzione sull'approvazione della valutazione del piano di ripresa e resilienza per l'Irlanda del 2021. In tale decisione, l'istituzione europea ha affermato che «L'efficacia dei costi, l'accessibilità e la resilienza del sistema sanitario dovrebbero essere affrontati anche dal RRP. Una misura di riforma dovrebbe sostenere l'attuazione di *Sláintecare*, un'importante iniziativa di riforma sanitaria nazionale a lungo termine attualmente in corso, che mira a realizzare un moderno sistema sanitario universale a un solo livello in cui tutti hanno uguale accesso ai servizi in base al bisogno e non alla capacità di pagare».

ico e creazione di posti di lavoro», è stata dedicata a mitigare l'impatto sociale ed economico della pandemia in Irlanda, con l'obiettivo primario di facilitare il reinserimento della forza lavoro e di preparare i cittadini ad affrontare le sfide economiche future. Di contro, l'impegno per una «Riforma dell'assistenza sanitaria» compare solo come ultimo sottoobiettivo (n. 3.9) della Componente 3, indicando l'intenzione del governo irlandese di proseguire l'agenda strategica di riforma sanitaria definita nell'ambito di *Sláintecare*.

Tale scelta ha marcato la distanza del caso irlandese da altri piani di ripresa europei, nei quali le riforme sanitarie costituivano una componente prioritaria. È il caso, tra gli altri, dell'Italia, con la Missione 6 del PNRR, della Slovacchia con l'Area 4 del suo Piano di ripresa, della Finlandia con la Linea 4 del suo Piano di ripresa e resilienza dedicata alla salute e ai servizi sociali, della Repubblica Ceca, della Romania e della Grecia.

In effetti, il Piano italiano di ripresa e resilienza (PNRR), pur muovendo dall'idea di una valutazione complessiva dell'adeguatezza della risposta italiana alla pandemia, come nel caso irlandese, prevedeva una serie di obiettivi di ristrutturazione dei servizi sanitari alla luce di alcuni aspetti evidenziati dalla pandemia[104]. In sintesi, la strategia dell'Italia ruotava attorno al miglioramento delle infrastrutture sanitarie a livello regionale e allo sfruttamento del potenziale delle tecnologie sanitarie digitali[105]. Un punto comune riguarda il problema del personale e delle risorse umane per i servizi sanitari, emerso sia nel caso italiano[106]. Inoltre, il PNRR italiano sembra condividere con quello irlandese l'intenzione di investire sull'*E-Health*. Tuttavia, mentre la digitalizzazione dei servizi sanitari pare una delle principali preoccupazioni del piano irlandese, nel piano italiano questa assume un ruolo secondario[107].

La digitalizzazione dei servizi sanitari risulta invece particolarmente valorizzata anche nel *recovery plan* francese. Il *Plan pour la reprise et la résilience de la France* include la salute e la resilienza economica, sociale e istituzionale come pilastri della strategia di ripresa ma, soprattutto, prevede massicci investimenti nella sanità pubblica e l'adozione di una strategia naz-

[104] Si fa riferimento, tra l'altro, a significative disparità territoriali nell'erogazione dei servizi, in particolare per quanto riguarda la prevenzione e la cura sul territorio, all'inadeguata integrazione tra servizi ospedalieri, servizi territoriali e servizi sociali e agli elevati tempi di attesa per l'erogazione di alcune prestazioni. Cfr. p. 225 del PNRR e G. Razzano, *La missione salute del PNRR. Le cure primarie, fra opportunità di una "transizione formativa" e unità di indirizzo politico e amministrativo*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 2, 2022, pp. 1-36; B. Perego, *PNRR e Salute nella dinamica della forma di Stato*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2023, pp. 99-113.

[105] Cfr. R. Balduzzi, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Pietre miliari per un confronto,* cit., *passim* e D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *La salute "intelligente": eHealth, consenso informato e principio di non discriminazione*, in *federalismi.it*, n. 34, 2022, pp. 127-151.

[106] Cfr. R. Balduzzi, *Il diritto alla salute durante e dopo la pandemia. Pietre miliari per un confronto,* cit. pp. 39-55.

[107] Si veda la Missione 6 "Salute" della componente 1 del PNRR italiano intitolata «Reti di prossimità, strutture e telemedicina per l'assistenza sanitaria di comunità», nonché il Decreto Ministeriale 77/2022. Su questo tema si veda *amplius* R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia*, cit., 420 e D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *op. cit.*, pp. 127-151.

ionale per le riforme sanitarie[108]. La modernizzazione degli ospedali e delle strutture residenziali per anziani e disabili costituisce un altro punto chiave del piano francese, che pare invece sviluppato in misura ben inferiore nella strategia di ripresa irlandese. Un interessante elemento comune tra il piano francese e il processo irlandese di approvazione dello *Sláintecare* riguarda invece la consultazione periodica degli *stakeholder* e, in alcuni casi, della generalità dei cittadini sulle principali decisioni di politica sanitaria nazionale. L'esperienza francese ha infatti evidenziato il ruolo svolto in questo contesto dal *Ségur de la santé*, un organo semipermanente sulla politica sanitaria. Di contro, un'analoga consultazione degli *stakeholder* nazionali e dei cittadini sembra mancare nel contesto italiano[109].

Sotto altro profilo, come nel caso dell'Italia, il governo francese ha approvato misure strutturali e investimenti ritenuti essenziali per una forte integrazione di tutte le diverse componenti dei sistemi sanitari al fine di evitare futuri collassi e garantire la resilienza dei servizi sanitari. Tra i meccanismi di integrazione tra sanità ospedaliera e sanità territoriale si possono menzionare i *soins hospitaliers*, ovvero i ricoveri di breve e media durata negli ospedali pubblici, e i *soins de ville*, ovvero i servizi sanitari erogati da professionisti del settore al di fuori del ricovero o del collocamento in strutture sanitarie e sociali, indicate anche come *établissements médico-social*[110].

Mentre uno sforzo simile sembra essere assente nel piano irlandese, l'obiettivo di raggiungere un sistema sanitario integrato rafforzando il legame tra la sanità pubblica e le istituzioni socio-sanitarie pubbliche e private può essere apprezzato nell'ambito delle iniziative finanziate dal Fondo per l'integrazione *di Sláintecare.* Secondo un recente rapporto pubblicato il 20 luglio 2022, dal 2019[111], il fondo ha stanziato ingenti risorse per sostenere più di cento progetti guidati dall'*Health Service Executive* (HSE) e da ONG, principalmente incentrati sulla transizione dei servizi sanitari alla comunità, esemplificando le migliori pratiche nella gestione delle malattie croniche e nell'assistenza extraospedaliera agli anziani[112]. Sebbene il rapporto evidenzi il possibile impatto positivo di questi progetti sul sistema sanitario, tra l'altro in ragione della riduzione dei ricoveri ospedalieri e delle visite al pronto soccorso, va osservato che il risultato di queste iniziative difficilmente potrà sortire un eff-

[108] Cfr. https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=76326F03-443F-4B0E-9C33-BB5CA147E1F7&filename=PNRR%20- 20Synth%C3%A8se%20%28FR%29.pdf. Si veda P. Bisciari, W. Gelade, W. Melyn, *Plans nationaux de relance et de résilience de la France et de ses principaux pays voisins*, in *Revue française d'économie*, n. 36.3, 2021, pp. 19-64. Per un'introduzione al sistema francese si veda A. Laude, B. Mathieu, D. Tabuteau, *Droit de la santé*, Paris, Presses, 2009.

[109] Cfr. R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia*, cit., 421 ss.

[110] R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia*, cit., 421-422.

[111] Il rapporto è disponibile sul sito https://www.gov.ie/en/publication/025e7-slaintecare-integration-fund-end-of-programme-report-2022/.

[112] Un obiettivo del piano, d'altronde, era la responsabilizzazione degli individui ad assumere un ruolo attivo nella gestione della propria salute e la promozione di approcci innovativi all'assistenza sanitaria.

etto decisivo per il raggiungimento della resilienza del sistema sanitario, date le risorse limitate utilizzate, specie al confronto con l'esperienza francese[113].

Anche il piano di ripresa tedesco (DARP)[114] sembra presentare analogie con gli obiettivi generali del piano irlandese. Condivisa è innanzitutto l'idea di una risposta complessivamente positiva alla pandemia da parte del sistema sanitario tedesco. Pertanto, sono altre le questioni cui è attribuito un rilievo preminente all'interno del piano tedesco, come la transizione ecologica e la decarbonizzazione. Di contro, l'idea della necessità di un ripensamento ovvero di una profonda riforma del sistema sanitario tedesco sembra mancare nel DARP. Naturalmente, ciò non impedisce al piano di stanziare risorse per il rafforzamento del sistema sanitario e, in particolare, per lo sviluppo della capacità di resistere e gestire future crisi sanitarie[115].

Non sorprende, quindi, che anche il piano della Germania abbia posto l'accento sulla digitalizzazione dei servizi sanitari (altro elemento in comune con il caso irlandese) e sugli investimenti in risorse digitali per gli ospedali e le strutture sanitarie[116].

6. **Osservazioni conclusive**

Segnali di difficoltà del sistema sanitario irlandese e di ripensamento della sua organizzazione si sono riscontrati ben prima della pandemia. Le criticità emerse sono state sia "culturali" che funzionali, incidendo sulla qualità dei servizi sanitari e facendo emergere problemi come la carenza di posti letto, la mancanza di medici, le lunghe liste d'attesa e, in generale, una marcata disuguaglianza nell'accesso. L'Irlanda ha così intrapreso un percorso di riforma globale del proprio sistema sanitario già prima della pandemia. Se il momento iniziale di tale percorso va riscontrato all'indomani della crisi finanziaria del 2008, l'impegno dell'Irlanda verso una copertura sanitaria universale ed il superamento del sistema a due livelli è emerso lentamente ma chiaramente a partire dal secondo decennio degli anni Duemila e, in particolare, con il Libro Bianco del 2014. Il rapporto *Sláintecare* del 2017 ha poi condensato queste tendenze in un piano decennale di trasformazione del sistema sanitario irlandese, enfatizzando l'obiettivo di garantire una copertura universale e l'accesso basato sulle necessità cliniche, ottenendo peraltro un ampio consenso trasversale.

---

[113] Sul Fondo di integrazione *Sláintecare* si veda M. Farrell, *Leading an innovative approach to prevention, community care and integration of care in Ireland*, in *International Journal of Integrated Care (IJIC)*, n. 22, 2022, *passim*.

[114] Conosciuto come DARP – *Deutscher Aufbau- und Resilienzplan*. Si veda per un'introduzione generale U. Villani Lubelli, *La pandemia del Covid-19 in Germania: le istituzioni sanitarie e politiche della Repubblica Federale alla prova dell'emergenza*, in *Res Publica: rivista di studi storico politici internazionali*, 1, 2021, pp. 195-205, L. Sandberg Päivi, M. Ruffert, *Next Generation EU and its constitutional ramifications: Una valutazione critica*, in *Common Market Law Review*, n. 59.2, 2022.

[115] Cfr. J. Hacker, *National Recovery and Resilience Plan: Germany, in Italian labour law e-journal*, n. 1S, 2022. Non pare invece riscontrabile, diversamente dal caso tedesco, una particolare sensibilità per la prevenzione di future emergenze sanitarie nel piano irlandese.

[116] Si veda in particolare la componente 5.1. del DARP e R. Balduzzi, *Diritto alla salute*, cit., pp. 421-422 secondo cui la scelta operata dal DARP va chiaramente nella direzione che il potenziamento del Servizio Sanitario Pubblico in una dimensione sostenibile debba dare chiara priorità alle infrastrutture digitali.

Considerando l'ambizioso programma politico dello *Sláintecare*, i commentatori hanno accolto con favore alcuni elementi nel progetto di riforma in corso ma hanno anche riconosciuto margini di miglioramento nel raggiungimento di un sistema sanitario efficiente, oltre che rispetto ad aspetti critici come i costi di prescrizione dei farmaci e l'accesso limitato alle cure. Tuttavia, già prima della pandemia, l'attuazione dello *Sláintecare* si è rivelata difficile e lenta, mostrando un paese che, allo scoppio dell'emergenza da Covid-19, era ancora lontano dal raggiungere l'ideale di un accesso universale alle cure.

La risposta irlandese all'emergenza è stata quindi attuata nell'ambito di un sistema sanitario ancora improntato sul tradizionale modello a due livelli (*two-tiers system*). Come in molti altri Paesi, l'esecutivo ha agito da protagonista in questa fase, con ampi poteri per gestire l'epidemia[117]. Le principali aree di intervento durante la prima fase della pandemia si sono concentrate sul controllo del contagio, sulle risorse per l'assistenza residenziale e sui *test* e il trattamento della malattia[118], mentre in seguito gli sforzi del governo sono stati orientati principalmente sulle politiche vaccinali. Nel complesso, considerando i limiti di capacità degli ospedali pubblici prima della pandemia[119], il sistema sanitario irlandese è stato in grado di resistere alla pandemia, mostrando risultati compatibili con la media dei Paesi dell'UE, soprattutto per quanto riguarda le terapie intensive, nonostante alcuni limiti legati alla capacità delle strutture sanitarie[120]. Va inoltre sottolineato l'utilizzo di soluzioni innovative per la gestione emergenziale, soprattutto nel campo della tracciabilità dei contagi.

In questo contesto, il Piano nazionale irlandese di ripresa e resilienza del 2021 (IRRP) ha scelto di dare priorità agli investimenti digitali, alla ripresa economica e all'azione per il clima piuttosto che alla promozione di un cambiamento significativo nella politica sanitaria irlandese. L'IRRP ha potenziato l'assistenza sanitaria ma, nonostante gli investimenti legati alla pandemia e l'aumento del personale, i principali obiettivi di politica sanitaria sono stati finalizzati all'avanzamento dell'attuazione del precedente programma di riforma *Sláintecare* e agli investimenti nella digitalizzazione dei servizi sanitari piuttosto che ad ulteriori riforme strutturali, anche per prevenire eventuali nuove emergenze sanitarie[121].

In conclusione, la politica sanitaria delle autorità irlandesi, anche a seguito del *Recovery plan*, sembra presentare caratteristiche comuni ad entrambi gli approcci delineati nell'int-

[117] Soprattutto in seguito agli emendamenti all'*Health Act* del 1947 che consentono al governo di adottare disposizioni speciali ritenute utili a prevenire la diffusione della malattia infettiva, comprese, tra l'altro, le limitazioni ai viaggi. Cfr. G. Sardi, *op. cit.*, p. 1817 e A. Greene, *op. cit.*, *passim*.

[118] Si veda N. O'Leary, L. Kingston, *et al.*, *COVID-19 healthcare policies in Ireland: A rapid review of the initial pandemic response*, in *Scand J Public Health*, 49, 2021, pp. 713-720.

[119] C. Keegan, A. Brick, et al., *How many beds? Capacity implications of hospital care demand projections in the Irish hospital system*, 2015-2030, in *Int J Health Plann Mgmt*, 2019.

[120] B. Walsh, C. Keegan, A. Brick, S. Lyons, *How is Ireland's healthcare system coping with coronavirus*?, in https://www.economicsobservatory.com.

[121] Secondo il piano, peraltro, gli investimenti sulla digitalizzazione avrebbero comportato anche il miglioramento dell'accesso all'assistenza comunitaria e la riduzione dell'offerta di cure private negli ospedali pubblici, in linea con le raccomandazioni dell'UE per aumentare l'accessibilità e l'efficacia dell'assistenza sanitaria.

roduzione, se confrontato con altre risposte pubbliche alla pandemia e con i piani di ripresa europei[122]. Da un lato, sembra avvicinarsi alla risposta dei paesi che hanno deciso di muoversi verso un semplice rafforzamento del sistema sanitario, piuttosto che optare per una profonda riorganizzazione del sistema sanitario[123]. L'analisi condotta nelle sezioni precedenti ha mostrato che, negli obiettivi e nelle priorità generali del piano irlandese, le disposizioni dedicate all'assistenza sanitaria hanno avuto un ruolo secondario, soprattutto se confrontate con le priorità previste in altri piani (ad esempio l'Italia). Tuttavia, mentre in alcuni paesi di questo gruppo, come la Germania, tale scelta costituiva il risultato di una valutazione positiva rispetto alla risposta complessiva del sistema sanitario alla pandemia e della necessità di prepararsi a eventuali future crisi epidemiche e pandemiche, il caso irlandese – pur senza negare un bilancio complessivamente positivo della risposta del sistema alla pandemia – ha mostrato alcune peculiarità degne di nota.

Come osservato, infatti, la pandemia e il *Recovery plan* in Irlanda si intrecciano ad un radicato processo di riforma già in corso verso un sistema sanitario fondato sull'accesso universale basato sul bisogno clinico. Non sorprende, quindi, che l'IRRP sia stato visto essenzialmente come un'opportunità per accelerare l'attuazione della riforma in corso *dello Sláintecare* – il quale si trovava già in fase di stallo prima della pandemia – piuttosto che come un'occasione per ridisegnare una nuova strategia di politica sanitaria. In questo "riformismo conservatore" che ha caratterizzato il Piano irlandese e l'ulteriore Strategia di attuazione e piano d'azione per lo *Sláintecare* 2021-2023, alcuni tra i primi commentatori hanno visto un'opportunità concreta per rinvigorire il lento processo di attuazione dell'agenda delle riforme sanitarie. È stato così notato che «l'investimento dell'Irlanda nel suo sistema sanitario ha prodotto il potenziale per ripristinare e ringiovanire il programma di riforma *di Sláintecare*, il tutto nel bel mezzo di una pandemia globale. Realizzare, sfruttare e mantenere tutti i cambiamenti positivi ottenuti finora è un'ulteriore sfida per il sistema sanitario irlandese»[124].

Al contempo, la lezione della pandemia, diversamente da quanto avvenuto in Germania, non pare aver spinto le autorità irlandesi ad intervenire sul piano della resilienza del sistema sanitario di fronte a possibili nuove crisi[125].

Può inoltre osservarsi che la moltiplicazione di diverse strategie politiche e piani d'azione potrebbe accompagnarsi al rischio di complicare l'effettiva attuazione di una riforma

[122] Il riferimento è, come indicato in introduzione, ad un primo gruppo di ordinamenti che hanno colto l'occasione della pandemia per promuovere una ristrutturazione dei sistemi sanitari (Italia, Francia) ed un secondo gruppo di paesi europei più "conservatori" che hanno preferito optare per un semplice rafforzamento del sistema sanitario, senza apportare modifiche strutturali alle sue caratteristiche principali.
[123] Cfr. R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia*, cit., pp. 417 ss.
[124] S. Burke, *et al.*, *Building Health System Resilience Through Policy Development*, cit., *passim*.
[125] Malgrado si possa argomentare che la garanzia di un accesso universale costituisca di per sé un miglioramento della resilienza del sistema. Cfr. S. Burke, *et al.*, *Building Health System Resilience Through Policy Development*, cit., *passim*.

ale in assenza di adeguati strumenti di integrazione e coordinamento[126]. Di tali strumenti non sembra esservi traccia nell'IRRP, così come non viene menzionata la necessità di adottare un approccio globale e multidisciplinare all'assistenza sanitaria, secondo il noto approccio «*One Health*», almeno nella relativa sezione del *Recovery Plan*[127].

Ad ogni modo, rispetto al bivio di fronte al quale si trovava l'Irlanda prima all'inizio degli anni 2010 quando nel paese ci si chiedeva se mantenere il *two-tiers system* ovvero promuovere un sistema di copertura sanitaria universale fondata sulla necessità clinica, gli sviluppi recenti sembrano indicare che il paese ha definitivamente intrapreso questa seconda via, con il piano nazionale di ripresa che funge da catalizzatore per i cambiamenti in corso, sebbene ancora nelle fasi iniziali di attuazione[128].

[126] Considerando gli ultimi anni e oltre ai piani già ricordati, vanno citati anche il Piano d'azione nazionale in risposta all'emergenza COVID-19, il *Resilience and Recovery* 2020-2021: *Plan for Living with COVID-19* e il Piano d'azione strategico *Healthy Ireland* 2021-2025.

[127] R. Balduzzi, *Diritto alla salute e sistemi sanitari alla prova della pandemia*, cit., pp. 417 ss. Tale approccio, tuttavia, è stato recentemente preso in considerazione in altri piani nazionali settoriali per la salute delle autorità irlandesi, come il *Second One Health National Action Plan on Antimicrobial Resistance* 2021-2025 dell'Irlanda. Per un'introduzione generale all'approccio *One health* si veda il numero speciale n. 3/2022 di *Corti Supreme e Salute* e B.R. Evans, F.A. Leighton, *A History of One Health*, in *Rev Sci Tech.*, n. 2, 2014, pp. 413-420.

[128] In questo senso si vedano le osservazioni di S. Burke, *et al.*, *Building Health System Resilience Through Policy Development*, cit., secondo cui «il Covid-19 offre ai governi un'opportunità unica per costruire la resilienza del sistema sanitario. I bassi tassi di interesse in Europa e lo status di priorità del settore sanitario creano una finestra di opportunità. L'avanzamento delle riforme in un momento di shock è un segno di resilienza trasformativa del sistema sanitario. Inoltre, migliorare il funzionamento di un sistema sanitario e garantire l'accesso universale è di per sé un fattore di resilienza del sistema sanitario. Sono necessarie ulteriori ricerche per comprendere le strategie ottimali per portare avanti le riforme e la costruzione della resilienza in caso di shock in diversi Paesi» (traduzione libera dell'autore).

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-ea2

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

What's in a name? That which we call Royal Prerogative…". Tempi e (ri)forme della prerogativa regia nel Regno Unito (a proposito di R. Hazell-T. Foot, Executive Power. The Prerogative, Past, Present and Future, Oxford, Hart Publishing, 2022)

Daniele Camoni
Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

What's in a name? That which we call Royal Prerogative…". Tempi e (ri)forme della prerogativa regia nel Regno Unito (a proposito di R. Hazell-T. Foot, Executive Power. The Prerogative, Past, Present and Future, Oxford, Hart Publishing, 2022)**

di Daniele Camoni*

Abstract (Ita): Il presente articolo affronta – alla luce delle suggestioni provenienti dall'ultimo volume di Robert Hazell e Timothy Foot – il tema della Royal Prerogative nell'ordinamento costituzionale del Regno Unito. A partire da una breve definizione introduttiva dei suoi caratteri formali, l'attenzione sarà concentrata sulle declinazioni concrete che essa ha sperimentato nel corso della storia, guardando in particolare ad alcuni profili istituzionali che ne hanno rappresentato lo svolgimento (la nomina del Primo Ministro, lo scioglimento parlamentare anticipato, la promulgazione delle leggi, la ratifica dei trattati internazionali, la prorogation della Camera dei Comuni). Infine, si guarderà alla possibilità di sistematizzarne (o addirittura riformarne) alcuni aspetti strutturali, senza modificarne i contenuti.

Abstract (Eng): The essay aims – looking at the suggestions coming from the latest book by Robert Hazell and Timothy Foot – at analysing the topic of the Royal Prerogative in the United Kingdom. Starting from a brief definition of its formal characteristics, attention will be paid to the concrete developments it has experienced throughout history, looking in particular at the way this power has been applied in some fundamental areas of constitutional law (the appointment of the Prime Minister, the early parliamentary dissolution, the royal assent of laws, the ratification of international treaties, the prorogation of the House of Commons). Finally, some remarks will be made on the possibility of "codifying" (or even reforming) some structural aspects of the Royal Prerogative, without changing its contents.

Parole chiave: Prerogativa regia; Costituzione britannica; riforme

Keywords: Royal Prerogative; British Constitution; reforms

Sommario: Premessa: dalla sostanza alla forma; Cfr. C. Martinelli, Le radici del costituzionalismo, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 75-76. In questo senso, l'approccio è "conservatore" nel senso più letterale del termine, quale «difesa e salvaguardia della lunga tradizione su cui si fondano la British constitution e tutti i capisaldi dell'identità nazionale […] rimandando all'autorevolezza delle istituzioni e allo spirito attorno a cui era stata costruita la nazione» (C. Martinelli, I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente, in Osservatorio costituzionale, n. 1, 2016, p. 9).; Cfr. A. Osti, Il Dissolution and Calling Act 2022 e l'abrogazione del Fixed-term Parliaments Act 2011: Niente di nuovo sul fronte occidentale, in Osservatorio costituzionale, n. 3, 2022, pp. 122-135 e O. Chessa, Il Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 e l'illusione dei viaggi nel tempo, in Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n. 2, 2022, pp. 177-190; Per M. Detmold, The Proper Denial of Royal Assent, in U.K. Const. L. Blog, 5 September 2019, «if you take away the Prime Ministerial power of advice, you take away the power of the Queen to act as a constitutional monarch: she has no interest or view of her own, and therefore can only act on advice»; cfr. anche R. Craig, Could the Government Advise the Queen to Refuse Royal Assent to a Backbench Bill?, in U.K. Const. L. Blog, 22 January 2019; A.V. Dicey, op. cit., pp. 3-4. Per M. Elliott, Can the Government veto legislation by advising the Queen to withhold royal assent?, in www.publiclawforeveryone.com, 21 January 2019, «consistently with the historical context in which it first emerged, the royal assent convention ensures that Parliament enjoys constitutional primacy in matters of law-making, and that the monarch's legal power to interfere in such matters by withholding royal assent is effectively neutralised by a convention that requires the granting of such assent»; Cfr. J. King, Can Royal Assent to a Bill Be Withheld If So Advised by Ministers?, in U.K. Const. L. Blog, 5 April 2019; 3. Cambiare tutto per non cambiare niente? Le (non) riforme della Royal Prerogative

** Contributo sottoposto a double blind peer review.
* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Milano

Premessa: dalla sostanza alla forma

Il volume di Robert Hazell[1] e Timothy Foot, *Executive Power. The Prerogative, Past, Present and Future* (Oxford, Hart Publishing, 2022), ricostruisce in modo magistrale i complessi profili sottesi all'istituto della *Royal Prerogative* nell'ordinamento britannico[2]

Per una comparazione delle istituzioni monarchiche e dei loro poteri, cfr. R. Hazell, B. Morris (eds.), The Role of Monarchy in Modern Democracy. European Monarchies Compared, Oxford, Hart Publishing, 2020. Con riferimento ai Paesi del Commonwealth, vedi anche A. Twomey, The Veiled Sceptre: Reserve Powers of Heads of State in Westminster Systems, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.

, sia in una dimensione "statica" – la "forma" della prerogativa, l'inquadramento di sistema e le incertezze sulla titolarità – sia nella successione dinamica di eventi, momenti di crisi ed evoluzione che ne caratterizzano l'essenza più profonda.

È noto che il primo profilo di complessità risiede nelle incertezze di una definizione in grado di riassumere la struttura di tale potere (da solo e nel rapporto con gli altri poteri dello Stato), il suo detentore effettivo e gli obiettivi che esso persegue[3]: come evidenziato dal Ministero della Giustizia in un *Report* del 2009 – in un periodo storico che, per coincidenza, sarebbe stato prodromico di importanti cambiamenti – «*the existence and extent of the power is a matter of common law, making the courts the final arbiter of whether or not a particular type of prerogative power exists*»[4].

In via di approssimazione, è possibile inquadrare la *Royal Prerogative* come insieme di competenze (di origine convenzionale)[5] detenute ed esercitate formalmente dal Sovrano e poco a poco transitate – in parallelo ai mutamenti della forma di Stato e governo[6] – nella sfera di controllo "sostanziale" del Governo e, soprattutto, del Primo Ministro[7]. Nell'odierno *Westminster model*, l'intreccio tra forma della prerogativa e sostanza dell'esercizio –

---

[1] *Professor of Government and the Constitution* presso il *Department of Political Science* dello *University College* di Londra e fondatore del *Constitution Unit* (1995), *think tank* indipendente specializzato nello studio ed elaborazione di proposte di riforma della *British Constitution*.

[2]

[3] Cfr. S. Payne, *The Royal Prerogative*, in S. Payne, M. Sunkin (eds.), *The Nature of the Crown: a legal and political analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 77-110.

[4] Ministry of Justice, *Review of the Executive Royal Prerogative Powers: Final Report* (15 October 2009), §27.

[5] Per comodità argomentativa, si utilizzerà l'espressione "convenzione" guardando all'accezione britannica in senso ampio (*convention*, comprensiva di convenzioni e consuetudini costituzionali), nella prospettiva secondo cui, in relazione alle «*non-legal rules of the British constitution […] it was assumed that those rules were all of one type, invariably termed constitutional conventions*» (R. Brazier, *The Non-Legal Constitution: Thoughts on Convention, Practice and Principle*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, n. 43(3), 1992, p. 264); negli stessi termini, già A.V. Dicey, *An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1915, p. 277, distingueva tra «*the 'law of the constitution' […] and the 'conventions of the constitution', which consisting […] of customs, practices, maxims, or precepts which are not enforced or recognised by the Courts, make up a body not of laws, but of constitutional or political ethics*». Nella dottrina italiana, F. Rosa, *Convenzioni costituzionali, prassi, corti e novazioni legislative. Un percorso di diritto comparato fra Regno Unito e Italia*, in *DPCE online*, n. speciale, 2021, p. 326, propende per «abbandonare la difficile strada della classificazione in un tema così 'vischioso' e […] considerare unitariamente le regole non giuridiche rilevanti ai fini dello studio della costituzione».

[6] Cfr. U. Bruschi, D. Rossi, *What is the English Constitution? The Answer of John James Park in the Crucial Year 1832*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2012, pp. 293-328.

[7] Sull'evoluzione della figura del Primo Ministro, vedi A. Seldon, *The Impossible Office? The History of the British Prime Minister*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

subordinato all'*advice*[8] del Primo Ministro che ne assume la responsabilità, giacché il Capo dello Stato «*can do no wrong*»[9] – apre scenari stimolanti sul piano della riflessione costituzionale e delle vicissitudini politiche che ne sono causa ed effetto.

Il carattere formale delle diverse formule, a partire da quelle enunciate da Blackstone e Dicey, impone di leggerne i contenuti alla luce dell'evoluzione istituzionale e giurisprudenziale sulla quale si regge(va) un ordinamento tanto stabile in termini strutturali quanto mutevole nelle sue evoluzioni storiche. Così, il primo allude a poteri stringenti che «*the King enjoys alone, in contradistinction to others, and not to those he enjoys in common with any of his subjects*»[10]; il secondo, identifica in termini più ampi la prerogativa regia come «*the remaining portion of the Crown's original authority, and it is therefore […] the name for the residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown, whether such power be in fact exercised by the King himself or by his Ministers*»[11].

Sul punto, le descritte ricostruzioni si inseriscono nel solco – tutt'altro che di sterile esegesi linguistica – relativo a quale sia effettivamente «*the concept of the Crown*»[12], vale a dire il potere monarchico come persona-istituzione nel suo agire pubblico (e, in misura minore, privato) ovvero quello esecutivo nella più solenne dimensione formale, comprensiva del Capo dello Stato, dei componenti del Governo e della Pubblica Amministrazione. Accanto alle definizioni di Blackstone e Dicey – strutturate secondo l'esclusività originaria o discrezionale del potere regio, da un lato e del suo carattere residuale, quale "ritaglio di competenze" a partire dall'esercizio della sovranità parlamentare, dall'altro – è stata identificata una "terza via", secondo cui «*the prerogative […] includes not only […] 'the prerogative in the narrow sense', that is those ancient prerogative rights which the courts have recognised as unique to the Crown, but also the freedom which the government has to do anything that is not prohibited by law*»[13].

Ci si trova quindi davanti ad una sorta di incertezza strutturale, quasi auto-rassicurante: con parole di Maitland, «*the Crown is a convenient cover for ignorance: it saves us from asking difficult questions, questions which can only be answered by study of the statute book*»[14]. Allo stesso tempo, tuttavia, non è possibile accontentarsi di questa indefinizione, come ammonisce Maitland quando afferma che «*if you are told that the Crown has this power or that power, do not be content until you know who legally has the power – is it the king, is it one of his secretaries: is this power a prerogative power or is it the outcome of statute?*»[15].

I tentativi classificatori dimostrano che le difficoltà di inquadramento di tale ventaglio di poteri risiedono nella volatilità delle sue accezioni, nella assenza di unanimità dottrinale

[8] Ricostruisce tale funzione A. Torre, *"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, n. 4, 2019, p. 3108, discorrendo di «residuo dell'antica funzione feudale, riservata ai baroni nel quadro di un rapporto di officium-beneficium, di assistere il monarca con il proprio consiglio nell'esercizio dei suoi poteri, e oggi concentrata nel Primo Ministro che da Walpole in poi è diventato, nella maggior parte dei casi e oggi in una forma pressoché codificata dalla convenzione, l'unico, il costituzionale e, si spererebbe, il migliore assistente del monarca nella valutazione degli affari di Stato della cui materiale conduzione ha la massima responsabilità».

[9] Cfr. J.L. Malcolm, *Doing No Wrong: Law, Liberty, and the Constraint of Kings*, in *Journal of British Studies*, n. 38, 1999, pp. 161-186.

[10] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1979, p. 111.

[11] A.V. Dicey, *op. cit.*, pp. 282-283.

[12] C. Saunders, *The Concept of the Crown*, in *Melbourne University Law Review*, n. 38, 2015, pp. 873-896 e J. Howell, *What the Crown may do*, in *Judicial Review*, n. 15(1), 2010, pp. 40 ss.

[13] B.V. Harris, *The 'Third Source' of Authority for Government Action*, in *Law Quarterly Review*, n. 108, 1992, 626.

[14] F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, p. 418.

[15] *Ibid*.

per una definizione unitaria e nella carenza di una elencazione "definitiva" delle declinazioni in cui si estrinseca la prerogativa regia[16]. Riprendendo Lord Reid nel caso *Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate*, occorre muoversi in una prospettiva differente che, partendo dalla storia costituzionale quale specchio dei mutamenti nel tempo, permetta di comprendere «*how [the prerogative] was […] used in former times and how has it been used in modern times*»[17].

In questa prospettiva, Hazell e Foot dedicano volutamente poco spazio alla speculazione sulle configurazioni teoriche e definizioni astratte della prerogativa[18], riservando amplissimo rilievo alle sue origini e ricadute pratiche, in una realtà costituzionale caratterizzata da «un'estrema configurazione di concretezza»[19]. La dimensione istituzionale della *Royal Prerogative* è fin da subito esplicitata attraverso il riferimento alla centralità del potere esecutivo, con particolare attenzione alla preminenza del Primo Ministro, essendo «*executive autonomy the thread which runs through every chapter in this book*»[20], sebbene la sua applicazione si intrecci di continuo sia con l'esercizio discrezionale del potere legislativo, sia con quello giudiziario (più vincolato, in termini di *self-restraint*, rispetto alle decisioni dei poteri politici).

In particolare, il rapporto tra i tradizionali poteri dello Stato – *rectius*, tra Governo e Parlamento, da un lato e tra Governo e Magistratura, dall'altro – rivela una relazione biunivoca, da potere a potere. Per un verso, la *Royal Prerogative* si è posta sin dalle origini come colonna portante della *British Constitution* e della sua forma di Stato e di governo, intorno alla quale sono state modellate sia le funzioni delle Camere del Parlamento di Westminster (secondo la formula della *sovereignty of Parliament*), sia quelle del potere giudiziario e del suo possibile sindacato sugli atti di provenienza governativa. Per l'altro, tale influenza ha prodotto significativi effetti "di ritorno", avendo la progressiva espansione di questi poteri determinato un continuo riassestamento della prerogativa – a seconda delle circostanze politico-giuridiche – e l'esigenza di ricalibrarne il punto di equilibrio rispetto ai nuovi e più penetranti ruoli di Parlamento e potere giudiziario.

In questi termini, nell'ambito dell'evoluzione delle relazioni tra potere esecutivo e parlamentare emerge l'esistenza di una suggestiva contrapposizione tra *Whitehall* (a prevalenza del Governo) e *Westminster model* (a prevalenza del Parlamento, in particolare della Camera dei Comuni)[21], con riferimento a «*from where that power derives its legitimacy, and to whom it is accountable*»[22]. Il rapporto tra la *Royal Prerogative* in senso sostanziale e gli altri poteri segue così il tipico andamento di un fluido che oscilla tra più vasi comunicanti: a maggiore dilatazione della prima corrisponde un proporzionale restringimento degli altri e viceversa, con altrettante ricadute sull'intera architettura costituzionale e l'equilibrio tra poteri. In questo senso, la fluidità della prerogativa si riflette ed è influenzata dalla duttilità del ruolo del Primo Ministro e dal modo in cui esso è interpretato dal suo titolare, poiché «*the office of*

[16] Cfr. F.F. Pagano, *Evoluzione del modello Westminster ed equilibrio dei rapporti tra Governo e Parlamento nell'ordinamento britannico attraverso la lente della "royal prerogative"*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 2, 2019, pp. 78-144. Per un tentativo definitorio, Public Administration Select Committee, *Taming the Prerogative: Strengthening Ministerial Accountability to Parliament*, Fourth Report of Session 2003-04, HC 422, 16 March 2004, §§5-8.
[17] [1965] AC 75, p. 101.
[18] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, pp. 18-19.
[19] A. Torre, *Interpretare la Costituzione britannica*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 225.
[20] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 8.
[21] Cfr. D. Howarth, *Westminster versus Whitehall: What the Brexit Debate revealed about an Unresolved Conflict at the Heart of the British Constitution*, in O. Doyle, A. McHarg, J. Murkens (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 217-238.
[22] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 7.

prime minister is what its holder chooses and is able to make of it»[23].
Infine, la dimensione storico-temporale dell'istituto è evidenziata dalla concatenazione tra le fasi cronologiche che ne hanno scandito il passato, ne segnano il presente e ne possono influenzare il futuro, il che rivela la piena vitalità e le costanti trasformazioni che la *Royal Prerogative* sperimenta in modo quotidiano, soprattutto nella più stretta contemporaneità. Nonostante la minuziosità tecnica della narrazione, il volume è solo in apparenza un'analisi particolareggiata ed "isolata" di un singolo strumento (pluriforme nelle diverse epoche storiche, forme ed applicazioni), riflettendo piuttosto una lettura estesa e trasversale – nonché in divenire – della *British Constitution*.
L'opera muove da un istituto specifico per ragionare sulla vastità e profondità del modello costituzionale britannico, obbligando il giurista "continentale" a cambiare la sua *forma mentis* (dalla disposizione scritta alla sua applicazione, passando attraverso la prassi) e a ragionare "fin da subito" su prassi sviluppatesi nel corso dei secoli, secondo un flusso ininterrotto, in assenza di norme positive, rispetto alle quali si impone *a posteriori* una "razionalizzazione" che parte dall'esperienza concreta per giungere alla costruzione sistematica conseguente. A partire da tali suggestioni, l'obiettivo del presente articolo è ragionare a proposito di alcune articolazioni della *Royal Prerogative*, al fine di dimostrare che i profili formali della sua (apparente) indefinizione – perfettibili, in alcuni aspetti – si tengono con quelli concreti della sua applicazione ed evoluzione, grazie al collante delle *conventions* che da sempre sostengono il costituzionalismo britannico.

2. **Le mille declinazioni della *Royal Prerogative***

Non è casuale che, seguendo l'impostazione sopra descritta, il libro in commento si apra con la richiesta al Sovrano di *prorogation* della Camera dei Comuni da parte del Primo Ministro Boris Johnson (28 agosto 2019)[24] – nel mezzo dello stallo parlamentare per l'approvazione degli *EU Withdrawal Bills*, a seguito del referendum *Brexit* (23 giugno 2016) – e alle sentenze susseguitesi sul punto e culminate nella pronuncia *Miller II* (o *Miller/Cherry*)[25] della Corte Suprema[26].
Le tortuose vicende della *Brexit* percorrono l'intera trama del volume e le declinazioni della *Royal Prerogative* – nell'intreccio tra Esecutivo (potere di attuazione), Legislativo (organo di indirizzo politico) e Giudiziario (potere di controllo della costituzionalità e legalità) – spaziando dalla nomina del Primo Ministro alla *dissolution* di Westminster, dal *Royal Assent* sulle leggi al sindacato parlamentare sui trattati internazionali, dalla *prorogation* della Camera dei Comuni al ruolo delle Corti, sempre in bilico tra *self-restraint* e attivismo giudiziario. Le vicende giuridico-costituzionali che hanno circondato la fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea hanno così avuto il merito di gettare «*a terrible spotlight on this dark and dusty corner*»[27], aprendo il dibattito – prima riservato alla sola speculazione accademica – al confronto politico-parlamentare e finanche sociale.

[23] H.H. Asquith, *Fifty Years of Parliament*, vol. II, London, 1926, p. 185.
[24] G. Cowie, A. Cygan, *The Prorogation Dispute of 2019: one year on*, House of Commons Library, Briefing Paper Number 9006, 24 September 2020 e G. Cowie, *Prorogation of Parliament*, House of Commons Library, Briefing Paper Number 8589, 11 June 2019.
[25] Cfr. *R (Miller) v The Prime Minister* e *Cherry v Advocate General for Scotland*, [2019] UKSC 41.
[26] Vedi G. Caravale, *Il* Miller 2/Cherry case: *la Corte suprema britannica si afferma come custode dei* constitutional principles, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019.
[27] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 4.

In termini generali, il discorso si inserisce nel quadro dell'attivazione del meccanismo di recesso dall'UE (art. 50 TUE)[28], il quale rivela la cornice del conflitto tra i poteri dello Stato e funge da lente privilegiata per l'osservazione della *Royal Prerogative* in momenti di "stress" istituzionale. Da una parte, lo scontro politico è rappresentato dalla contrapposizione tra i citati modelli Westminster – «*the classic model of responsible government*»[29], nel quale il Governo è responsabile nei confronti del Parlamento e dal quale deriva la sua responsabilità – e Whitehall, qui simboleggiato dal rifiuto del Governo guidato da Theresa May di sottoporre l'implementazione del risultato referendario (frutto della volontà popolare) alla ratifica di una Camera dei Comuni considerata "ostile".
Dall'altra, il dibattito si è intrecciato con i confini dell'intervento del potere giudiziario, il quale ha sciolto il nodo gordiano della questione – con la celebre sentenza *Miller I* della Corte Suprema – dichiarando che l'abbandono britannico dell'UE implica «*a unilateral action by the relevant constitutional bodies which effects a fundamental change in the constitutional arrangements of the United Kingdom*»[30], come tale bisognoso di un ineludibile intervento parlamentare.
Il volume si snoda secondo due direttrici che, pur incrociandosi in più momenti, mantengono una propria autonomia. La prima è rappresentata, ancora una volta, dall'esercizio delle convenzioni costituzionali: in questa prospettiva, Hazell e Foot coniugano l'origine pratica delle diverse sfaccettature della *Royal Prerogative* con le evoluzioni che esse hanno sperimentato nell'applicazione da parte delle istituzioni interessate.
In parallelo, la seconda si riferisce alle riforme che potrebbero essere adottate in futuro. In questa sede, il concetto di "riforma" deve essere interpretato nella migliore tradizione del costituzionalismo d'Oltremanica, non necessariamente quale rottura radicale "di contenuto" rispetto al passato e stravolgimento dello *status quo*, bensì come *regulation* volta a sistematizzare, codificare in forma scritta (anche legislativa) e, se necessario, "ritoccare" in modo selettivo condotte già affermatesi nella pratica e destinate a sopravvivere a lungo[31]

Cfr. C. Martinelli, *Le radici del costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 75-76. In questo senso, l'approccio è "conservatore" nel senso più letterale del termine, quale «difesa e salvaguardia della lunga tradizione su cui si fondano la *British constitution* e tutti i capisaldi dell'identità nazionale [...] rimandando all'autorevolezza delle istituzioni e allo spirito attorno a cui era stata costruita la nazione» (C. Martinelli, *I fondamenti costituzionali del conservatorismo inglese e statunitense: la praticabilità di una comparazione eloquente*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2016, p. 9).

. Gli autori, infatti, non mettono mai in discussione l'*an* della *Royal Prerogative*, quanto piuttosto il suo carattere in alcuni aspetti troppo indefinito («*fuzziness*»)[32] e l'assenza di una minima definizione scritta – legislativa o di positivizzazione della prassi – che, preservandone la flessibilità che deriva dal suo essere *unwritten*, ne consolidi i caratteri strutturali e ne definisca indici di prevedibile applicabilità.

[28] C. Martinelli, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023.
[29] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 7.
[30] *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, §78.
[31]
[32] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, pp. 291 e 301.

Entrando nel merito di alcune sue articolazioni, la loro successione rivela un approccio pragmatico. A fronte della distinzione storica tra prerogative personali del Sovrano (*Monarch's personal prerogatives* o *reserve powers*: nomina e revoca del Primo Ministro e dei Ministri; scioglimento e *prorogation* parlamentare; promulgazione e veto delle leggi) e prerogative dei Ministri del Governo (*prerogative powers of the Executive*: potere di dichiarare guerra; sottoscrizione dei trattati; regolamentazione del *Civil Service*; nomina di cariche pubbliche; disciplina dei passaporti ed esercizio del potere di grazia), l'analisi complessiva è calata in una realtà temporale – dalla seconda metà del Novecento ai giorni nostri – nella quale non è mai in contestazione il loro esercizio da parte del Governo.

La mancata ricostruzione della transizione dalla monarchia costituzionale sorta sulle basi della *Glorious Revolution* a quella parlamentare – rivendicata con l'affermazione secondo cui «*where we have written about the past, it has mostly been about the last 30-40 years*»[33] – non è d'ostacolo per comprendere «*how much autonomy the executive should have to wield that power; with what degree of supervision (if any) from Parliament or the courts; or (more rarely) from the monarch*»[34].

Con riferimento alle declinazioni della prerogativa e al loro interfacciarsi con gli altri poteri, è doveroso ragionare quantomeno su quattro di queste: la nomina del Primo Ministro e, in via uguale e contraria, lo scioglimento della Camera dei Comuni (in relazione ai poteri del Sovrano); la sottoscrizione e sindacato dei trattati internazionali (con riferimento al ruolo del Parlamento); la *prorogation* della Camera dei Comuni, quale recentissimo emblema della *justiciability* di atti sostanzialmente governativi e del ruolo delle Corti (attivista o di *self-restraint*) rispetto a questi ultimi.

Le esigenze (moderate) di riforma e/o regolazione "selettiva" della *Royal Prerogative* sono altresì analizzate attraverso un suggestivo ricorso alla comparazione rispetto alla sua evoluzione nei modelli di *Common Law* – nonché parti del *Commonwealth*, sul piano istituzionale – di Australia, Canada e Nuova Zelanda. Rileva, sul punto, un'omogeneità costituzionale riferibile al substrato giuridico-culturale di «elementi identificanti comuni»[35] (seppur non del tutto identici a quelli del Regno Unito), all'analogia della forma di governo parlamentare ed all'identità (formale e, in parte, sostanziale) delle articolazioni della prerogativa, necessaria per una sistematizzazione utile a livello britannico.

L'uso del metodo comparato si rivela interessante anche in relazione all'interpretazione di alcuni *reserve powers* in ordinamenti a Costituzione rigida e scritta (Danimarca, Francia, Germania, Giappone, Norvegia e Stati Uniti). In termini generali, l'analisi di competenze quali lo scioglimento dell'Assemblea legislativa, la promulgazione e veto delle leggi, la dichiarazione di guerra e l'impiego delle Forze Armate e, infine, la sottoscrizione dei trattati (tutte "filtrate" attraverso il ruolo del Parlamento, tra diritto positivo e prassi) è funzionale alla dimostrazione che – nonostante le profonde differenze – «*all constitutions have gaps and silences*»[36] e che la presenza di norme di legge scritte e in apparenza precise non risolve in modo definitivo la persistenza di ambiguità, criticità e incertezze applicative.

Anche in questo caso, la ricostruzione di tali competenze funzionali è sviluppata – a partire dalle disposizioni costituzionali e di legge – con particolare attenzione al ruolo giocato dal Legislatore rispetto all'esercizio della prerogativa da parte del potere esecutivo, alle

[33] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 290.
[34] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 7.
[35] G. de Vergottini, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, CEDAM, 2022, p. 46.
[36] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 245.

convenzioni sviluppatesi nella pratica e ad alcune fattispecie che rivelano come questi poteri sono stati interpretati.

2.1. Il Sovrano e la nomina del Primo Ministro in contesti di *Hung Parliament*

Con riferimento alle indicate declinazioni britanniche della prerogativa, assume innanzitutto rilievo la nomina del *Prime Minister* in contesti – del tutto eccezionali – di *Hung Parliament*, laddove, cioè, nessun partito riesca ad ottenere la maggioranza assoluta[37]. Non essendo in questo caso applicabile la regola secondo cui il Sovrano nomina Primo Ministro il *leader* del partito che abbia ottenuto la *overall majority*, in prossimità delle elezioni del 2010 il *Cabinet Office* elaborò una bozza sull'argomento che sarebbe confluita nel *Cabinet Manual* (2011).

In tal modo, per la prima volta sono stati codificati – attingendo al precedente *Cabinet Manual* della Nuova Zelanda – i tre grandi principi convenzionali sui quali si fonda la risoluzione di tali situazioni "inattese": I) il *continuity principle*, secondo cui il Primo Ministro in carica rimane tale fino a quando, all'indomani delle elezioni, non emerga una personalità in grado di ottenere la fiducia della Camera dei Comuni; II) il *caretaker principle*, in forza del quale il Governo "dimissionario" deve limitarsi alla gestione degli affari correnti (senza adottare decisioni che possano compromettere o "vincolare" *pro futuro* l'azione del nuovo Esecutivo); III) il *confidence principle*, sulla cui base il Primo Ministro che non goda più della fiducia parlamentare deve dimettersi o chiedere lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni[38].

Ancora una volta, convenzioni e precedenti si intrecciano, anche se è possibile identificare un filo conduttore. Sul punto, il *Cabinet Manual* suggerisce che il Governo uscente debba rimanere in carica con l'obiettivo di vagliare – alla luce dei risultati elettorali – la possibilità di conformare una maggioranza parlamentare; viceversa, dovrà dimettersi «*if it becomes clear that it is unlikely to be able to command that confidence and there is a clear alternative*»[39].

In questo senso, ad esso è attribuita una sorta di "diritto alla prima mossa" che, in parallelo, sottrarrebbe il Sovrano dall'imbarazzo di compiere una scelta in ogni caso portatrice di ricadute politiche, subordinando invece la sua decisione alla esclusiva volontà del corpo elettorale[40]. Si tenga presente che, in assenza di un Governo dotato di *overall majority*, la continuità istituzionale è comunque rappresentata da un *minority government* la cui legittimazione politica è confermata dal voto parlamentare all'indomani del *King's Speech*, il quale fa le veci (ad ogni *State Opening of Parliament*) della tradizionale mozione di fiducia delle forme

[37] Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, tale situazione si è verificata in tre occasioni (febbraio 1974, 2010 e 2017). Cfr. M. Altomare, *Gli* hung Parliaments *nell'esperienza del Regno Unito e in alcuni ordinamenti del Commonwealth*, in *Nomos*, n. 3, 2016; R. Hazell, A. Paun (eds.), *Making Minority Government Work. Hung Parliaments and the Challenges for Westminster and Whitehall*, London, The Constitution Unit-The Institute for Government, 2009 e D. Butler, *Governing without a majority. Dilemmas for hung Parliaments in Britain*, London, Collins, 1983.

[38] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 28.

[39] *The Cabinet Manual*, October 2011, 14, §2.12. In termini più stringenti, per R. Hazell (in House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Lessons from the process of Government formation after the 2010 General Election*, Fourth Report of Session 2010–11 Vol. I, HC 528, 28 January 2011, Q133), «*it is the duty of the incumbent Prime Minister to remain in office until it is clear who can command confidence in the new Parliament*».

[40] Si discute sulla possibilità che un Primo Ministro dimissionario possa "suggerire" al Sovrano il suo successore: A. Twomey, *op. cit.*, pp. 121-122, ricorda che, quando Churchill si dimise (1955), ritenne opportuno non indicare alcun candidato. Viceversa, nel 1957 Eden suggerì alla Regina di nominare Rab Butler come suo successore (sarà preferito Macmillan, più gradito ai vertici del partito Conservatore) e lo stesso fece Macmillan nel 1963, proponendo con successo Douglas-Home.

di governo parlamentari. È infatti prassi consolidata che un voto negativo – ovvero al momento dell'adozione del *Finance Bill* annuale – comporti un obbligo (politico) di dimissioni[41].

Laddove, invece, il partito del Primo Ministro uscente non abbia ottenuto neppure la maggioranza relativa in sede elettorale, deve ritenersi che l'azione del Sovrano sia ancor più subordinata agli equilibri e accordi dei partiti: attribuire l'incarico di formare Governo ad una formazione non vittoriosa alle elezioni (per quanto espressione dell'Esecutivo in carica) potrebbe infatti incidere in modo improprio sulle dinamiche politiche, influenzandone gli svolgimenti successivi. Si consideri quanto accaduto all'indomani delle elezioni generali del 28 febbraio 1974, quando i Laburisti ottennero 301 seggi ed i Conservatori (guidati dal Primo Ministro in carica Heath) 297; in terza posizione arrivò il Partito Liberale con 14 seggi[42]. Elisabetta II conferì l'incarico al *leader* laburista Wilson solo dopo le dimissioni di Heath, determinate dal suo infruttuoso tentativo di formare un governo di coalizione con i Liberali ed un appoggio "esterno" (*confidence and supply*) dell'*Ulster Unionist Party* nord-irlandese. Deve quindi ritenersi che la decisione del Sovrano sia stata dettata da una combinazione tra la decisione di riservare al Primo Ministro uscente l'onore e onere della "prima scelta" e, soprattutto, la presentazione, da parte di Heath, di un progetto di coalizione che avrebbe potuto avere ragionevole successo[43].

Ciononostante, all'indomani delle elezioni del 2010 – vinte dai Conservatori con 306 seggi, rispetto ai 258 dei Laburisti – la regola descritta sembra essere stata in parte modificata, affermandosi la prassi secondo cui il diritto ad iniziare le consultazioni spetta al partito che ha ottenuto la maggioranza relativa, anche qualora esso non sia espressione del *Premier* in carica. In questo modo, il Primo Ministro uscente Brown (laburista) «si è dimesso senza attendere la riunione del nuovo Parlamento per cercare di ottenerne la fiducia, dopo che il leader dei Liberal-democratici aveva ritenuto che solo il partito di maggioranza relativa avesse il diritto di formare il nuovo Esecutivo, cioè il Partito Conservatore di David Cameron»[44].

In ordine al "destino" del Primo Ministro in situazioni di *Hung Parliament*, si è così oscillato dal suo mantenimento in carica fino all'intervento di un voto di sfiducia (sostanziale)[45], alle dimissioni immediate[46] o "rinviate" al mancato conseguimento di una maggioranza parlamentare post-elettorale[47], per arrivare a sporadiche soluzioni di *confidence and supply*[48] e all'inedito accordo di coalizione tra Conservatori e Liberaldemocratici nel 2010. Fatta salva quest'ultima eccezione e quelle dei governi di emergenza nazionale nel corso delle due Guerre mondiali[49], l'esito è sempre stato quello della formazione di Governi "monocolore" e privi di maggioranze "strutturali"[50], in omaggio alla massima di Benjamin Disraeli

[41] L'ultimo riferimento corre alla rinuncia del Primo Ministro *Tory* Baldwin all'indomani della mancata approvazione del *King's Speech* il 21 gennaio 1924.
[42] Cfr. D. Butler, D. Kavanagh, *The British General Election* of *February 1974*, London, Palgrave Macmillan, 1975.
[43] Cfr. R. Brazier, *Government Formation from a Hung Parliament*, in *Public Law*, 1986, pp. 387-406.
[44] M. Altomare, *op. cit.*, p. 8.
[45] Baldwin nel 1924 (cfr. *supra*, nota 42).
[46] Baldwin nel 1929.
[47] Heath nel 1974 e Brown nel 2010.
[48] Asquith nel 1910 (a seguito delle elezioni di gennaio e dicembre) e May nel 2017.
[49] Guidati da Asquith (1915-1916), Lloyd George (1916-1922), Chamberlain (1939-1940) e Churchill (1940-1945).
[50] Cfr. R. Hazell, A. Paun, *Hung Parliaments and the Challenges for Westminster and Whitehall: How to Make Minority and Multiparty Governance Work*, in *The Political Quarterly*, n. 81(2), 2010, 213-227.

(Primo Ministro nel 1868 e 1874-1880) secondo cui «*England does not love coalitions*»[51].

2.2. Lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni: *back and forth (and back again)*

Sul fronte opposto della *dissolution* (anticipata) della Camera dei Comuni, l'ultimo quindicennio del Ventunesimo secolo è stato scenario di importanti cambiamenti normativi. Sino al 2011, la convenzione consolidata – a partire dall'introduzione di una durata fissa della legislatura con il *Septennial Act 1715* (poi integrato dal *Parliament Act 1911*) – era rappresentata dalla presenza di un potere di scioglimento sostanziale nelle mani del Primo Ministro, formalizzato attraverso l'*advice* al Sovrano e privo di limiti materiali[52]. Sul piano storico-politico, merita attenzione anche il riferimento ai *Lascelles Principles* del 1950, in ordine alle ipotesi – teoriche – nelle quali il Sovrano avrebbe potuto (nell'interpretazione del Segretario privato di Re Giorgio VI, Alan Lascelles) rifiutarne la dissoluzione[53].

Con la riforma costituzionale del *Fixed-Term Parliaments Act* del 2011 (FTPA), si è assistito ad un trasferimento di tale prerogativa dal *Premier* alla Camera dei Comuni, ammettendosi la *dissolution* solo a maggioranza dei due terzi della Camera dei Comuni o in caso di *motion of no confidence* nei confronti del Primo Ministro e mancata investitura di un nuovo *Premier* nei quattordici giorni successivi.

Infine, si è ritornati ad una reviviscenza della prerogativa regia – ora rafforzata attraverso la sua traduzione in legge – a fronte dell'adozione del *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022* (voluto dal Governo Johnson), il quale ha previsto una riproposizione del modello anteriore all'adozione del FTPA e ha altresì formalmente stabilito la non-giustiziabilità di tale potere da parte delle Corti[54]

Cfr. A. Osti, *Il* Dissolution and Calling Act 2022 *e l'abrogazione del* Fixed-term Parliaments Act 2011: *Niente di nuovo sul fronte occidentale*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3, 2022, pp. 122-135 e O. Chessa, *Il* Dissolution and Calling of Parliament Act 2022 *e l'illusione dei viaggi nel tempo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2022, pp. 177-190

.

Con riferimento allo scioglimento derivante da una mancata investitura successiva a una *motion of no confidence*, peraltro, non si può escludere che un Primo Ministro in carica – supportato da una *parliamentary majority* coesa – possa chiedere alla propria maggioranza di proporre una mozione di sfiducia e non votare a suo favore, al fine di ottenere in modo

[51] Commons Hansard, HC Deb 16 December 1852, vol. 123, col. 1666.

[52] Cfr. C. Martinelli, *Formazione del Governo e scioglimento del Parlamento nel processo evolutivo del modello Westminster: regole convenzionali, norme scritte e prassi politica*, in *Il Filangieri – Quaderno 2018*, 2019, pp. 7-47 e *Le* constitutional conventions *per la* dissolution *della* House of Commons *nell'evoluzione della forma di governo britannica*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 18, 2009, pp. 255-291.

[53] Cfr. A. Lascelles, *Dissolution of Parliament: Factors in Crown's Choice*, in *The Times* (London, 2 May 1950): «*It can be properly assumed that no wise Sovereign – that is, one who has at heart the true interest of the country, the constitution, and the Monarchy – would deny a dissolution to his Prime Minister unless he were satisfied that: (1) the existing Parliament was still vital, viable, and capable of doing its job; (2) a General Election would be detrimental to the national economy; (3) he could rely on finding another Prime Minister who could carry on his Government, for a reasonable period, with a working majority in the House of Commons*».

[54]

strategico la convocazione di elezioni anticipate[55]. Così facendo, si determinerebbe il ritorno ad un potere (governativo) di scioglimento dell'Assemblea "a freddo" – come accadeva prima del FTPA – seppur in forma indiretta: fuoriuscito dai portoni di Westminster, infatti, il potere sostanziale di scioglimento rientrerebbe dalla finestra, attraverso un utilizzo anomalo della prerogativa[56].

Sul piano comparato, il riferimento corre agli stratagemmi impiegati dai Cancellieri tedeschi Kohl (1982) e Schröder (2005), quando entrambi si fecero negare la fiducia dalla propria maggioranza con l'obiettivo di ottenere dal Presidente federale lo scioglimento (di fatto obbligato) del *Bundestag* e la celebrazione di elezioni[57]. In entrambe le fattispecie, il *Bundesverfassungsgericht* confermò la costituzionalità dell'utilizzo spurio della questione di fiducia, giustificato dalle contingenti circostanze politiche (rispettivamente, la volontà dei gruppi parlamentari affinché fossero indette nuove elezioni, a seguito della sfiducia del Cancelliere in carica e l'esistenza di una situazione di instabilità all'interno del Governo).

Nel caso del Regno Unito, quali soluzioni sarebbero disponibili a fronte di un *advice* al Sovrano di questo tipo? Potrebbe questo essere "impugnato" in sede giurisdizionale, in ragione di una possibile *unlawfulness*?[58]. La questione (in realtà non più attuale, a seguito della riforma del 2022) rivela comunque le difficoltà interpretative che il diritto costituzionale britannico può essere chiamato a fronteggiare – come rivelato dai dibattiti nelle Commissioni parlamentari presso la Camera dei Comuni[59] e quella dei Lord[60] – in relazione ad atti "politicamente connotati".

Deve ritenersi che la Corte Suprema non avrebbe potuto in alcun modo censurarne l'applicazione, per quanto esso riveli uno sviamento rispetto alla *ratio* originaria della riforma di sottrarre la prerogativa al Primo Ministro e situarla nelle mani della Camera bassa. Infatti, l'esercizio dell'*advice* si fonda su un atto parlamentare, coperto dalla guarentigia dell'art. 9 del *Bill of Rights*, secondo cui «*proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament*»[61]: esiste, pertanto, una previsione normativa che sottrae tale atto a qualsiasi sindacato giurisdizionale.

Sul punto, non sembra quindi che avrebbe potuto trovare applicazione la giurisprudenza enunciata nel caso *Miller II*, laddove la giustiziabilità della *prorogation* è stata ancorata al

---

[55] Tale possibilità – evocata dal Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *The Role of Parliament in the UK Constitution Interim Report. The Status and Effect of confidence motions and the Fixed-Term Parliaments Act 2011*, 11 December 2018, HC 1813, 2017-2019, pp. 11-12 – è stata suggerita anche da P. Norton, *From flexible to semi-fixed: the Fixed-term Parliaments Act*, in *Journal of International and Comparative Law*, n. 1, 2014, p. 217.

[56] *Contra*, O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2015, p. 845, secondo cui «lo scioglimento non può più essere la sanzione eventualmente comminata alla *House of Commons* da un Primo Ministro ormai privo di *appeal* politico o comunque ormai sprovvisto del seguito maggioritario cui aspirava».

[57] Tale utilizzo della questione di fiducia è stato giudicato legittimo dal Giudice delle Leggi con sentenze del 16 febbraio 1983 e 25 agosto 2005.

[58] Sul sistema delle fonti che consacra il potere (formale) del Sovrano di scioglimento, cfr. P. Costanzo, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari. Teoria e pratica dello scioglimento dalle origini al parlamentarismo razionalizzato*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 199, nota 73.

[59] House of Commons Political and Constitutional Reform Committee, *Fixed-term Parliaments Bill*, Second Report of Session 2010–11, 10 September 2010, HC 436, pp. 9 ss.

[60] House of Lords Select Committee on the Constitution, 8th Report of Session 2010–11, *Fixed-term Parliaments Bill*, 16 December 2010, HL Paper 69, pp. 36 ss.

[61] Cfr. T. Erskine May, *Parliamentary Practice*, London, LexisNexis, 2019, §13.12: «*The primary meaning of proceedings, as a technical parliamentary term, which it had at least as early as the 17th century, is some formal action, usually a decision, taken by the House in its collective capacity […] Business which involves actions and decisions of the House are clearly proceedings*».

o di non trovarsi in presenza di un «*proceeding in Parliament*»: non vi era, in quel caso, una decisione della Camera sulla quale i suoi membri fossero stati chiamati a votare in quanto sviluppo dell'attività di un'Assemblea rappresentativa.

2.3. Il *Royal Assent* e l'impossibilità costituzionale del potere di veto

In ordine al potere di promulgazione (*Royal Assent*), è noto che l'ultimo rifiuto risale al 1708, quando la Regina Anna non promulgò lo *Scottish Militia Bill*, temendo che – a fronte di una possibile alleanza tra invasori francesi e ribelli giacobiti – la popolazione scozzese potesse divenire parte della rivolta e sovvertire l'unità politico-territoriale del Regno[62]. Il dubbio è duplice: potrebbe il Primo Ministro fornire un *advice* negativo al Sovrano, obbligandolo a rifiutare l'assenso ad una legge approvata dal Parlamento? Al contrario, potrebbe il Sovrano non ottemperare a tale "consiglio", procedendo comunque alla promulgazione?

Per un verso, la dottrina più "conservatrice" ritiene che il *Royal Assent* – quale declinazione della *Royal Prerogative* – debba sempre sottostare all'indicazione dell'*advice* e "conformarsi" ad essa, imponendosi il rispetto della convenzione costituzionale che sottrae al Sovrano qualsiasi potere che, in forma decisoria, possa incidere sull'indirizzo politico: ritenere altrimenti significherebbe retrocedere al modello monarchico pre-parlamentare, subordinando il Parlamento al potere regio[63]

Per M. Detmold, *The Proper Denial of Royal Assent*, in U.*K. Const. L. Blog*, 5 September 2019, «*if you take away the Prime Ministerial power of advice, you take away the power of the Queen to act as a constitutional monarch: she has no interest or view of her own, and therefore can only act on advice*»; cfr. anche R. Craig, *Could the Government Advise the Queen to Refuse Royal Assent to a Backbench Bill?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 22 January 2019

.

Per l'altro, si è evidenziata una possibile contraddizione rispetto al principio della sovranità parlamentare, compendiato nella sintesi diceyana del «*right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*»[64]

A.V. Dicey, *op. cit.*, pp. 3-4. Per M. Elliott, *Can the Government veto legislation by advising the Queen to withhold royal assent?*, in *www.publiclawforeveryone.com*, 21 January 2019, «*consistently with the historical context in which it first emerged, the royal assent convention ensures that Parliament enjoys constitutional primacy in matters of law-making, and that the monarch's legal power to interfere in such matters by withholding royal assent is effectively neutralised by a convention that requires the granting of such assent*»

. Infatti, ove il Governo dovesse così "consigliare" il Sovrano, lo stesso si arrogherebbe un potere di veto rispetto all'esercizio dell'attività legislativa che minerebbe i fondamenti della

[62] Una sintesi dell'evoluzione storica di tale prerogativa in A. Buratti, *Veti presidenziali. Presidenti e maggioranze nell'esperienza costituzionale statunitense*, Roma, Carocci, 2012, pp. 31-34.
[63]
[64]

Costituzione. Ciò è tanto più vero laddove si consideri che il *Royal Assent* si configura come «*an essential underpinning of the principle of parliamentary sovereignty*»[65], con il conseguente obbligo di sanzione delle leggi adottate dal Parlamento.
L'apparente contrapposizione tra questi due principî è stata risolta da altra dottrina attraverso un'abile operazione di *distinguishing* sul piano letterale e sistematico. In primo luogo, si è sostenuto che la convenzione in tema di *advice* non trova applicazione, poiché la formula rituale della promulgazione non la richiede[66] ed il Sovrano agisce come ultima appendice del meccanismo istituzionale della *Crown-in-Parliament* (come tale sottratto al circuito del "consiglio" governativo)[67]

Cfr. J. King, *Can Royal Assent to a Bill Be Withheld If So Advised by Ministers?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 5 April 2019

.
Ne deriva che le due convenzioni operano su piani distinti e, pur essendo entrambe espressione del principio democratico, riflettono i poteri di un Monarca per mezzo delle decisioni di un organo eletto in forma indiretta, da un lato e la volontà legislativa di un'istituzione rappresentativa direttamente scelta dal corpo elettorale, dall'altro[68]. In questo senso, «*the duty of the Monarch is to give assent – irrespective of the advice of her Ministers. There is no room for discretion. On its best interpretation, this is what the convention requires: if the Monarch were to accept the advice of her Prime Minister on this issue, she would be acting unconstitutionally*»[69].
A mo' di chiosa conclusiva, si riscontra una differenza non secondaria rispetto all'implementazione del potere di *prorogation*: in quest'ultimo caso, si discute delle ragioni sottese all'*advice* governativo (sempre doveroso per procedere alla chiusura formale della sessione parlamentare), mentre nella promulgazione si tratta di comprendere innanzitutto se l'*advice* in quanto tale abbia diritto di cittadinanza costituzionale.

2.4. Cenni sul ruolo del Parlamento nella ratifica dei trattati internazionali

In relazione alla conduzione della politica estera, sottoscrizione e ratifica dei trattati internazionali, lo sviluppo della prerogativa regia è stato declinato in relazione ai momenti temporali in cui il Parlamento può intervenire – prima del negoziato o dopo quest'ultimo ma prima della ratifica – ed all'evoluzione del suo potere sostanziale di controllo sulla politica governativa in materia[70].
Una prima modalità di supervisione parlamentare è riconducibile alla *Ponsonby Rule* del 1924 (dal nome del *Parliamentary Under-Secretary of State for Foreign Affairs*, Arthur Ponsonby), in forza della quale il primo Governo MacDonald si impegnava a sottoporre alle Camere

[65] A.V. Dicey, *op. cit.*
[66] «*Be it enacted by the King's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows…*».
[67]
[68] Cfr. M. Elliott, *Can the Government veto legislation*, cit. e T. Poole, *The Executive Power Project*, in *www.lrb.co.uk*, 2 April 2019.
[69] N. Barber, *Can Royal Assent Be Refused on the Advice of the Prime Minister?, in U.K. Const. L. Blog*, 25 September 2013.
[70] A. Lang, *Parliament's Role in Ratifying Treaties,* House of Commons Library Briefing Paper 5855, 17 February 2017.

a sessione parlamentare[71]. Tale convenzione rimase in vigore – in via di prassi – dal 1929 al 2009, salvo alcune "correzioni" intervenute per escludere dal controllo determinate fonti (le leggi contro la doppia imposizione fiscale nel 1981 e gli *Explanatory Memoranda* allegati ai trattati nel 1997).

Con l'adozione del *Constitutional Reform and Governance Act* (CRAG) del 2010 – patrocinato dal Governo Brown, in una più ampia prospettiva di "parlamentarizzazione" della prerogativa[72] – la *Ponsonby Rule* fu "tradotta" in un vero e proprio *statutory scheme* legislativo. Ciononostante, per un verso il CRAG si è limitato a confermare il già limitato potere del Parlamento (in particolare, della Camera dei Comuni) «*to* delay *ratification, not to veto it*»[73]; per l'altro, il quadro dei trattati soggetti a tale regolazione è divenuto ancor più ristretto a quello disegnato in origine dalla *Ponsonby Rule*. In tale prospettiva, «*parliamentary powers over ratification were enhanced, albeit no right was afforded to parliament to amend treaties or be involved in treaty negotiation*»[74].

Ancora una volta, sono state le circostanze fattuali della *Brexit* a determinare un incremento contingente delle prerogative parlamentari. Lo dimostrano il ruolo attivo giocato in proposito dagli *European Union Committee* e *International Agreements Committee* (quest'ultimo, nato come *sub-committee* del primo e divenuto poi autonomo) della *House of Lords*[75]; l'adozione dei *Grieve Amendments* presentati allo *European Union (Withdrawal) Bill* del 2018, con la conseguente necessità di una ratifica della Camera dei Comuni sugli Accordi di recesso e la "cattura" del controllo dell'agenda parlamentare, sempre da parte della *House of Commons*, ai fini dell'approvazione di una legge sui rapporti tra Regno Unito e UE all'indomani della *Brexit*.

Per Hazell e Foot, tuttavia, permane l'esigenza di apportare riforme in tre grandi aree di intervento, sulla scia dell'insegnamento di Bagehot, secondo cui «*treaties are quite as important as most law, and to require the elaborate assent of representative assemblies to every word of the law, and not to consult them even as to the essence of the treaty, is prima facie ludicrous*»[76].

In primo luogo, è necessario che il potere legislativo incida «*in scrutiny during the negotiation of treaties*»[77], attraverso un maggior coinvolgimento delle Commissioni parlamentari, nonché una loro maggior specializzazione in materia e di collaborazione a livello bicamerale[78].

In seconda battuta, si impone un intervento «*in scrutiny after negotiations but before ratification*»[79], prolungando il periodo di scrutinio (ventuno giorni), sostituendo il *negative resolution model* (secondo cui la mancata disapprovazione equivale a ratifica) con un *affirmative resolu-*

[71] La convenzione si applicava solo ai trattati bisognosi di ratifica formale, come confermato nel 1957 dal *Foreign Secretary* Selwyn-Lloyd: «*the Ponsonby Rule applies only to instruments which require ratification. Mr. Ponsonby made it clear that it did not apply to conventions of a purely technical character which are not subject to ratification*» (Hansard, HC Deb 4 December 1957, vol 579, col. 370).
[72] Cfr. Ministry of Justice, *The Governance of Britain*, July 2007, CM 7170.
[73] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 105.
[74] L. Cladi, *Damned If You Do and Damned If You Don't: The Use of Prime Ministerial Discretion and the Royal Prerogative*, in *Parliamentary Affairs*, 75, 2022, p. 180.
[75] Cfr. Eleventh Report from the House of Lords European Union Committee, *Treaty scrutiny: working practices*, HL 97 (2019-21), §§19-32.
[76] W. Bagehot, *The English Constitution,* 2nd ed., London, 1872, p. xxxix.
[77] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 111.
[78] Cfr. House of Commons Liaison Committee, *Fourth Report: The Effectiveness and Influence of the Select Committee System*, HC 1860 (2017-19), §84 e Joint Committee on the Draft Constitutional Renewal Bill, *First Report*, HL 166 HC 551 (2007-08), §238.
[79] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, pp. 113 ss.

o" a *power of veto* "effettivo". Un'indicazione analoga era stata prospettata nel 2019 dal *Constitution Committee* della *House of Lords*, per il quale «*the current mechanisms available to Parliament to scrutinise treaties through CRAG are limited and flawed. Reform is required to enable Parliament to conduct effective scrutiny of the Government's treaty actions*»[80].

Infine, l'incisività dell'intervento parlamentare si intreccia con le complessità irrisolte della questione territoriale, sollecitando un nuovo quadro di rapporti «*in the relationship between central and devolved governments and Parliaments*»[81], in particolare attraverso un maggior coinvolgimento delle *Devolved Administrations* delle quattro Nazioni del Regno.

2.5. La *prorogation* della Camera dei Comuni: una controversia inedita ma ben risolta

Con riferimento alla *prorogation* della Camera dei Comuni – vale a dire, la breve sospensione dell'attività parlamentare tra la chiusura di una sessione e l'apertura di quella successiva – tale istituto non aveva mai costituito oggetto di alcuna controversia nel Regno Unito (a differenza di quanto accaduto in più occasioni in Canada)[82], almeno fino al 28 agosto 2019. In tale data, infatti, il Primo Ministro Johnson chiese (formalmente) al Sovrano – nel mezzo delle turbolenze parlamentari per l'approvazione dell'Accordo di recesso dall'UE – una sospensione di cinque settimane, molto più lunga rispetto al termine abituale. Le ragioni della controversia sono presto dette: a fronte di un termine per l'approvazione di tale Accordo fissato al 31 ottobre 2019, la mossa di Johnson fu interpretata come un tentativo di imbavagliare un Parlamento "riottoso", poiché non in sintonia con la linea sulla *Brexit* del suo Governo, forzando le prassi parlamentari per il raggiungimento di un obiettivo politico[83].

In particolare, è possibile individuare un "filone" giurisdizionale scozzese ed uno inglese. Nel primo caso, la proposizione di un ricorso presso la *Outer House of the Court of Session* era rigettata, ritenendosi che la questione in esame fosse una «*high policy and political judgment*»[84]. La decisione era riformata dalla *Inner House of the Court of Session*, la quale dichiarava la giustiziabilità dell'atto e l'illegittimità dell'*advice*[85]. Nel secondo, la *Queen's Bench Division* presso la *High Court* adottava la stessa interpretazione dei giudizi scozzesi in primo grado, affermando che gli atti impugnati «*were inherently political in nature and there are no legal standards against which to judge their legitimacy*»[86].

In sede di appello – a titolo di composizione di giurisprudenze contrastanti – la Corte Suprema ha confermato all'unanimità che il potere di *prorogation* era "giustiziabile" e il suo esercizio (*rectius*, l'*advice* del Primo Ministro al Sovrano) doveva considerarsi illegittimo, poiché «*ha[d] the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parl-*

[80] Twentieth Report from the House of Lords Constitution Committee, *Parliamentary Scrutiny of Treaties*, HL 345 (2017-19), §33, 30 April 2019.
[81] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, pp. 116 ss.
[82] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 57 ss.
[83] Cfr. C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019, pp. 10 ss. Sulla gestione di alcuni passaggi parlamentari, sia consentito rinviare a D. Camoni, *La* House of Commons *britannica all'epoca di John Bercow: una difesa costituzionale dello* Speaker, in *DPCE online*, n. 3, 2020, pp. 3089-3115.
[84] [2019] CSOH 70, p. 10.
[85] [2019] CSIH 49.
[86] [2019] EWHC 2381 (QB), §51.

iament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive»[87].

Sul punto, si deve guardare all'oggetto del sindacato (a margine della sua esperibilità), ai confini del *judicial review* ed al rapporto tra principio dell'irresponsabilità regia ed esercizio di poteri politici da parte dell'organo che dispone di fatto della prerogativa. In assenza di un organo giudiziario che funga da giudice costituzionale secondo i parametri "continentali" e di un elenco tassativo di atti sindacabili, il controllo della Corte Suprema si inserisce nell'alveo della duttilità della *British Constitution*: a fronte della insindacabilità giurisdizionale diretta della *Royal Prerogative* – formalizzata attraverso un *Order in Council* – l'unica alternativa disponibile era sottoporre a giudizio l'*advice* del Primo Ministro.

In questo modo, la Corte riesce a tenere insieme l'irresponsabilità (ed insindacabilità) dell'atto sovrano, il dogma della sovranità parlamentare ed il rispetto dei principî giuridico-costituzionali che orientano l'attività del potere esecutivo. Con fine umorismo britannico, si è affermato che «*the judgment amounts to nothing more than an affirmation and application, albeit in a politically fraught context, of orthodox constitutional law*»[88].

I giudici sono stati, infatti, molto attenti nell'evidenziare che il giudizio non atteneva all'esercizio *per se* della prerogativa, bensì alla sua estensione ed applicazione: ne deriva che il controllo sull'*advice* era necessario al fine di tracciare il confine «*between the prerogative on the one hand and the operation of the constitutional principles of the sovereignty of Parliament and responsible government on the other hand*»[89]. Ma v'è di più, giacché il principio-cardine della sovranità parlamentare non solo fungeva da limite rispetto all'applicazione "politica" della prerogativa regia, bensì pervadeva la stessa nella sua duplice veste di *parliamentary sovereignty* e «*parliamentary accountability (that the government is accountable to parliament)*»[90], evitando di «intaccare […] il nucleo di legittimità del potere della regalità di cui oggi materialmente dispone il moderno premier»[91].

Attraverso un controllo che, in assenza di regole e schemi di giustizia costituzionale, appare quasi kelseniano – con un Giudice "risolutore" dei conflitti tra poteri – la Corte Suprema ha salvaguardato la tutela della "forma" (la *Royal Prerogative* come elemento che razionalizza la flessibilità del sistema) rispetto all'applicazione della "sostanza" (potere di indirizzo politico e sovranità del Parlamento). In parallelo, essa ha armonizzato il potere decisorio di *advice* con una tradizione millenaria di poteri che, sfumati sul piano formale e (solo in apparenza) indefiniti, contribuiscono a plasmare l'essenza del sistema costituzionale britannico di principi, istituzioni e competenze.

3. Cambiare tutto per non cambiare niente? Le (non) riforme della *Royal Prerogative*

Ripercorsi in breve alcuni sviluppi della *Royal Prerogative* tra principi teorici e applicazioni pratiche, nella parte conclusiva del libro gli Autori riassumono specifiche proposte di rifor-

[87] [2019] UKSC 41, §50. Cfr. A. McHarg, *The Supreme Court's Prorogation Judgment: Guardian of the Constitution or Architect of the Constitution?*, in *Edinburgh Law Review*, n. 24(1), 2020, pp. 88 ss.
[88] M. Elliott, *The Supreme Court's judgment in Cherry/Miller (No.2): A New Approach to Constitutional Adjudication*, *www.publiclawforeveryone.com*, 24 September 2019.
[89] [2019] UKSC 41, cit., §52.
[90] S. Fowles, *Cherry/Miller: What's Next?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 26 September 2019.
[91] A. Torre, *"Serial Miller"*, cit., p. 3108.

e, sia sul piano della (più penetrante) disciplina legislativa[92]. In questo senso, se è vero che la forza della prerogativa è data dal fatto che essa «*can evolve and adapt to changing circumstances*», è vero anche che sconta la debolezza di non essere "coercibile", funzionando come tale «*only so long as political actors consider them to be binding*»[93]. A prescindere dalla soluzione adottata, l'esigenza di una "positivizzazione" della *Royal Prerogative* rivela il cruccio da sempre latente, quello di una «*inherent tension between the need to grant powers to the executive and the competing interest in limiting the extent of such powers in the name of the rule of law*»[94].

Soffermando l'attenzione su alcune declinazioni della prerogativa, è possibile affermare che, in termini trasversali, la tendenza sembra essere quella di una regolazione progressiva, seppur attentamente ponderata a seconda delle circostanze delle diverse fattispecie. Nel caso della nomina del Primo Ministro, una razionalizzazione si è avuta a partire dall'adozione del *Cabinet Manual* nel 2010; rispetto ad esso, è stata altresì proposta l'introduzione di un voto di fiducia preventivo ed espresso della Camera dei Comuni (speculare a quello di sfiducia per destituire un *Premier*).

Con riferimento allo scioglimento anticipato del Parlamento e alla *prorogation*, Hazell e Foot patrocinano la tesi in forza della quale tali decisioni dovrebbero essere assunte – in ossequio al *Westminster model* – dalla Camera dei Comuni, in tal modo sottraendole ad un sindacato giurisdizionale e garantendo una maggiore stabilità sul piano politico, economico e sociale.

In relazione alla sottoscrizione e ratifica dei trattati internazionali, il quadro delle proposte di riforma formulate si inserisce nel contesto di una maggiore parlamentarizzazione dei procedimenti, con l'obiettivo di evitare che la Camera dei Comuni sia mero ratificatore di decisioni già assunte dall'Esecutivo. A tal fine, sarebbe auspicabile una maggior collaborazione tra Esecutivo e Legislativo nella negoziazione dei trattati, nonché un rafforzamento dello scrutinio intra-parlamentare e una riforma dei regolamenti d'Assemblea (*Standing Orders*) che permetta alle Camere una più intensa incisività nella determinazione e votazione degli ordini del giorno.

In conclusione, il volume in commento è un'eccellente sintesi del senso della *British Constitution*. Nel descritto contesto, per un verso la *Royal Prerogative* funge da caleidoscopio utile a cogliere le sfaccettature di un sistema plurisecolare di convenzioni e "comportamenti" istituzionali stratificati nel tempo che, nonostante i formalismi e le peculiarità che li caratterizzano, mutano a seconda dei cicli politici e del momento storico.

Per l'altro, alla luce della concretezza degli eventi che da questi traggono origine, la prerogativa non può essere interpretata in termini netti e unitari o incasellata in categorie dogmatiche predeterminate – essendo «*too sprawling and varied to be susceptible to one-size-fits-all solutions*»[95] – trovando conferma l'affermazione secondo cui «*the fascination of the prerogative […] is that they never reach a steady state*»[96].

La prerogativa regia rappresenta quindi la quintessenza del modo d'essere del costituzionalismo britannico lungo i secoli di storia che lo hanno condotto sino ai giorni nostri[97]:

[92] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, pp. 290 ss.
[93] *Ivi*, p. 292.
[94] M. Cohn, *Non-Statutory Executive Powers: Assessing Global Constitutionalism in a Structural-Institutional Context*, in *International & Comparative Law Quarterly*, n. 64, 2015, p. 67.
[95] R. Hazell, T. Foot, *op. cit.*, p. 301.
[96] *Ivi*, p. 302.
[97] N. Cox, *The Royal Prerogative and Constitutional Law: A Search for the Quintessence of Executive Power*, Oxford, Routledge, 2020.

uno strumento nato a fronte di un agire divenuto convenzione vincolante e regolato sulla base dell'azione sempre più espansiva delle Corti, del Parlamento e dei vari attori istituzionali coinvolti ma mai del tutto "codificabile" in termini continentali, secondo quella *Britishness* che rende da sempre il Regno Unito orgogliosamente differente da qualsiasi altra Nazione.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-4c7

costituzionalismo britannico e irlandese

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a A. Kavanagh, The Collaborative Constitution, Cambridge, Cambridge University Press, 2024

Giammaria Milani
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università di Siena

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Recensione a A. Kavanagh, The Collaborative Constitution, Cambridge, Cambridge University Press, 2024**

di Giammaria Milani*

Abstract (Ita): La recensione del libro The Collaborative Constitution di Aileen Kavanagh mette in luce l'approccio originale a un tema tradizionale del costituzionalismo contemporaneo, qual è il rapporto tra garanzia dei diritti e separazione dei poteri, affrontato nella nuova prospettiva del costituzionalismo collaborativo.

Abstract (Eng): The review of the book The Collaborative Constitution by Aileen Kavanagh highlights the original approach to a traditional topic of contemporary constitutionalism, that is the relationship between guarantee of rights and separation of powers, addressed by the new perspective of collaborative constitutionalism.

Parole chiave: Separazione dei poteri; diritti fondamentali; costituzionalismo collaborativo

Keywords: Separation of powers; fundamental rights; collaborative constitutionalism

The Collaborative Constitution di Aileen Kavanagh rappresenta un importante contributo allo studio dei principi più fondamentali del costituzionalismo. «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»; con questa previsione cristallina, nel 1789, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino fissava le coordinate ideologiche del costituzionalismo liberale, riprese poi con diverse declinazioni ma con immutata valenza anche nell'epoca del costituzionalismo democratico.

Il libro che si commenta indaga proprio su questo fondamentale e tradizionale pilastro del costituzionalismo, analizzando il rapporto che esiste e/o dovrebbe esistere tra separazione dei poteri e garanzia dei diritti. L'analisi proposta dall'Autrice si concentra in tal senso sulla risposta alla domanda posta in apertura: «*Which branch of government should we trust to protect rights in a democracy?*».

La risposta parte dalla decostruzione e ricostruzione del quadro teorico di riferimento.

La *pars destruens* dell'analisi è dedicata alla critica delle due categorie che hanno costituito in tempi ora più risalenti ora più recenti l'orizzonte concettuale di riferimento per lo studio del rapporto tra separazione dei poteri e garanzia dei diritti.

In primo luogo, la prospettiva manichea, che vede confrontarsi due approcci speculari: il primo, sostenuto dai «*champions of courts*», secondo i quali i giudici sono «*Herculean heroes in a 'forum of principle'*» che si oppongono ai «*rights-infringing legislature*»; il secondo, adottato dai «*defenders of democracy*», in ragione del quale la protezione dei diritti è demandata ai legislatori in quanto «*supremely dignified, diverse and deliberative forum*», etichettando invece i giudici come «*the enemies of the people*». Una prospettiva che, in entrambi i casi, si rivela inconcludente secondo l'Autrice, in quanto poco realistica e quindi scarsamente efficace nel descrivere una realtà in cui la garanzia dei diritti è una comune responsabilità di tutti gli organi costituzionali.

In secondo luogo, la prospettiva dialogica, che solo apparentemente rappresenta un superamento dell'approccio precedente. La categoria del dialogo, che ha incontrato una notevole fortuna nel dibattito scientifico costituzional-comparatistico degli ultimi venti anni, rappresenterebbe infatti una metafora nel migliore dei casi fuorviante e nel peggiore addirittura pericolosa. Da un lato, essa comporta una «*oversimplification of the complex institutional roles of courts and legislatures*», con ciò confondendo il contributo necessario ma distinto che corti e legislatori dovrebbero dare e infatti danno alla garanzia dei diritti. Dall'altro lato, non riuscendo a stabilire a chi spetti l'ultima parola nel dialogo, essa diventa una metafora «*malleable enough to*

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato, Università di Siena

encompass a picture of both an emboldened legislature and a chastened court, or a chastened legislature and an emboldened court» e «*a vague placeholder for any conceivable type of interaction between the branches of government across time and space*».

Superando anche questo fallace approccio, l'Autrice definisce la *pars construens* della sua analisi, proponendo un nuovo orizzonte concettuale nell'immagine del *collaborative constitutionalism*. Quest'approccio supera quello manicheo nella misura in cui riconosce a tutti gli organi costituzionali un ruolo nella garanzia dei diritti, ma anche quello dialogico, affermando la necessità di prendere consapevolezza della distinzione di ruoli e funzioni che caratterizzano governi, parlamenti e corti nell'assolvere questa cruciale responsabilità. Nel presentare questa categoria, l'Autrice non si limita al cosa, ma si sofferma anche sul come, che evidentemente rappresenta un aspetto fondamentale da considerare, affermando che la relazione tra gli organi deve funzionare e di fatto funziona «*in a spirit of comity and collaboration … constructive engagement and mutual respect*».

Poste, nella parte I, queste solide premesse, il libro si articola nelle successive tre parti in un percorso che esplora il contributo fornito da Governo, Parlamento e magistratura alla garanzia dei diritti. L'analisi segue alcune linee metodologiche chiaramente delineate dall'Autrice che vale la pena qui evidenziare in quanto rappresentano un importante valore aggiunto dell'opera.

In primo luogo, e non potrebbe essere altrimenti, l'analisi è svolta in maniera dinamica, mettendo concretamente in luce i momenti cruciali nell'ambito dei quali, nello svolgere ciascuno le proprie funzioni, gli organi costituzionali sono naturalmente coinvolti nella comune missione della garanzia dei diritti.

In secondo luogo, ma i due aspetti sono collegati, lo studio si sviluppa con un approccio cronologico, o, per meglio dire, costituzionalmente cronologico. Per questo motivo, dice l'Autrice, non è un caso che si parta dalla politica, ovvero da Governo e Parlamento, dal momento che è in queste sedi che in primo luogo si realizza o si dovrebbe realizzare la garanzia dei diritti, mentre i giudici intervengono sempre a cose fatte, opponendosi alle azioni o colmando le inazioni degli organi politici.

In terzo luogo, infine e come conseguenza di quanto adesso osservato, l'approccio seguito è di tipo contestuale, concentrandosi sull'ordinamento del Regno Unito e su come in questo ordinamento Governo, Parlamento e magistratura collaborano nella garanzia dei diritti, con alcune incursioni in sistemi costituzionali del Commonwealth utili a integrare il discorso e a verificare le tesi proposte.

Quest'ultima scelta appare necessitata dal tipo di analisi proposta, che essendo orientata a definire concrete istanze di garanzia dei diritti in maniera dinamica e cronologica non può che concentrarsi su un singolo ordinamento. L'analisi contestuale, peraltro, si fonda su un più ampio apparato teorico, di maggiore respiro comparato, cui è dedicata la menzionata parte I del libro. L'Autrice si impegna in ogni caso nel giustificare la sua scelta, soffermandosi in particolare sul perché questa sia ricaduta proprio sul Regno Unito.

Il primo argomento, quasi paradossale, come sottolineato dall'Autrice, è la mancanza nell'ordinamento britannico di una Costituzione codificata e, al contrario, la presenza di norme costituzionali non scritte dall'elevato peso specifico; queste ultime, si sottolinea, rappresentano lo strumento privilegiato per un buon funzionamento di una *collaborative constitution* e perciò meritano una speciale attenzione, che risulta particolarmente fruttuosa nel contesto del Regno Unito.

Il secondo argomento è nondimeno rappresentato dalla vigenza nel Regno Unito, dal 1998, dello *Human Rights Act*, il quale da un lato ha smussato alcuni aspetti più problematici dell'eccezionalismo costituzionale britannico e dall'altro sembra aver posto le basi per un funzionamento particolarmente efficace della *collaborative constitution*, fornendo un importante ventaglio di casi studio utili a verificare le tesi dell'Autrice.

Utilizzando le categorie elaborate da Ran Hirschl per definire i diversi possibili approcci agli studi costituzionali comparati, più che un «*single country study*» si sarebbe di fronte a un «*prototypical case study*». In tal senso, «*Unlike the cases chosen in most freestanding, insular, single-country studies of constitutional law, prototypical cases serve as exemplars of other cases with similar characteristics. The thinking is that theories that apply in prototypical cases are likely to apply in other analogous cases*» (R. Hirschl, *Comparative Matters*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 256). Questo approccio sarebbe confermato dall'Autrice, nella misura in cui afferma di fondare la sua analisi «*on democratic constitutional orders, whose salient features include a general adherence to the principles of democracy, the separation of powers, the protection of rights, and the rule of law*».

Si assume, in tal senso, che il *collaborative constitutionalism esista o debba esistere* in tutti quegli ordinamenti che condividono siffatti principi fondamentali del costituzionalismo democratico. Ciò che introduce un importante banco di prova per verificare la solidità del metodo utilizzato dall'Autrice, la quale esprime nell'introduzione e in altre parti del volume il carattere ad un tempo prescrittivo e descrittivo del modello collaborativo. A tali condizioni, l'approccio può convincere nella misura in cui, come in un frangente risulta chiaramente esplicitato, il *collaborative constitutionalism* è «*descriptively defensible and normatively attractive*». Come a dire che il suo ambito di operatività è descrittivamente più ristretto di quanto sia prescrittivamente auspicabile. In altre parole ancora, la dimensione descrittiva dell'opera sembra cogliere al meglio le vicende costituzionali del Regno Unito (e forse di altri ordinamenti) avvicinando l'approccio seguito a quello del "*single country studies*", mentre la dimensione prescrittiva risulta potenzialmente molto più ampia e inserirebbe a pieno il volume nell'ambito dei «*prototypical case studies*».

In ogni caso, la scelta appare inevitabile e fortunata nella misura in cui permette di testare la valenza del modello collaborativo nella pratica costituzionale, che coinvolge i principali organi costituzionali, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, nella garanzia dei diritti fondamentali.

Nell'analizzare, innanzitutto, il contributo in tal senso fornito da Parlamento e Governo (parte II), l'Autrice mette in discussione la natura monolitica di tali organi, sia dal punto di vista funzionale che strutturale, evidenziando come la complessità istituzionale che li caratterizza faccia gioco alla loro naturale predisposizione collaborativa in materia di diritti fondamentali. In questa parte inizia ad emergere uno dei punti di forza del libro, che in alcuni passaggi sembra proporsi come un'analisi di *fact checking* o addirittura di *debunking* costituzionale, sfatando quei falsi miti che nel passato hanno permesso la diffusione della prospettiva manichea prima e dialogica dopo.

Il Governo, in tale ottica, non è il male e non è invisibile. Certamente, osserva l'Autrice, «*The protection of rights is only one political consideration amongst many, and not always the most important one at that*», e tuttavia l'analisi della pratica costituzionale mostra un impegno costante del Governo nella garanzia dei diritti: in tal senso, lo *Human Rights Act*, nel richiedere al ministro proponente un disegno di legge di produrre una dichiarazione di compatibilità o non compatibilità di tale proposta con i diritti umani, non snatura le funzioni del Governo, ma ne esplicita il ruolo di prima istanza (almeno cronologicamente) nella garanzia dei diritti. Ciò è tanto più vero, come argomenta l'Autrice, se si considera il Governo per quello che nella realtà è, vale a dire un «*plural Executive*», che include ministri, funzionari, agenzie e consulenti, variamente connessi internamente ed esternamente da rapporti di accountability formale e sostanziale.

Il Parlamento, allo stesso modo, «*Rather than being a univocal actor with a singular focus, the legislature is a multi-faceted institution made up of multiple component parts, each with distinct institutional interests, aims and incentive*». In questa prospettiva, il ruolo stesso del Parlamento andrebbe rivisitato e nella pratica esso, più che il produttore o il creatore della legge, sarebbe l'organo deputato a controllare le proposte di legge presentate dal Governo, che monopolizzando l'iniziativa legislativa di fatto definisce in gran parte il contenuto della legge. Grazie alla struttura complessa e alla sua posizione di controllore, il Parlamento svolge al meglio la sua funzione di garante

dei diritti fondamentali nel procedimento legislativo, a ciò dando un contributo fondamentale in particolare tramite l'azione della *Joint Committee on Human Rights*, sede privilegiata per vagliare la compatibilità tra le priorità politiche trasposte nei disegni di legge e i diritti fondamentali.

D'altro canto, la magistratura, alla quale è dedicato il prosieguo dell'analisi (parte III), non è quell'organo isolato dal circuito democratico e rappresentativo che da solo si fa carico della difesa dei diritti fondamentali, ma è piuttosto un attore importante in un'impresa collaborativa in cui, arrivando per seconda, corregge se e quando necessario l'azione politica rendendola compatibile con la tutela dei diritti.

Il ruolo dei giudici, in tal senso, è sussidiario e incrementale, naturalmente improntato al *self-restraint*, come già evidente da alcune tecniche interpretative e decisorie tradizionalmente utilizzate anche al di fuori del Regno Unito (proporzionalità, moniti, avvertimenti, interpretazioni adeguatrici) e come reso esplicito anche in questo caso dallo *Human Rights Act*. L'impegno collaborativo si sostanzia infatti adesso nella possibilità riconosciuta alle Corti di vertice di pronunciare una dichiarazione di incompatibilità tra una legge e i diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti umani, *extrema ratio* da cui non deriva l'invalidità o la disapplicazione di una norma, ma un invito al circuito della decisione politica a intervenire per garantire i diritti fondamentali.

Giungendo a chiudere il cerchio (parte IV), l'Autrice analizza quindi come Parlamento e Governo reagiscono, nella pratica, a siffatte dichiarazioni di incompatibilità emesse dalle Corti, nel momento ovvero di più stretto contatto tra gli organi costituzionali coinvolti nella garanzia dei diritti. È in questo frangente che sembra prendere maggiormente corpo la dimensione collaborativa alla base della teoria proposta dall'Autrice.

L'analisi dei pochi casi in cui sono state emesse dichiarazioni di incompatibilità, oltre a mostrare una certa prudenza delle Corti a ricorrere a tale strumento, pone infatti in evidenza la tendenza della politica ad adeguarsi alle posizioni espresse dai giudici, non già in virtù di un preteso dialogo tra pari, ma in forza di una vera e propria convenzione costituzionale in costruzione basata sulla collaborazione, intesa in realtà come tradizionale fondamento del costituzionalismo democratico.

In tal senso va letta la conclusione del volume, che è ancora una volta una chiamata all'impegno di tutti (attori costituzionali, ma anche studiose e studiosi) a preservare il capitale costituzionale rappresentato dalle norme di «*comity, collaboration and constitutional fair play*», unico modo per garantire la sostenibilità nel tempo del costituzionalismo democratico. In un'epoca, come segnalato all'inizio del volume, in cui la *collaborative constitution* vive sotto la minaccia del populismo autoritario e del decadimento democratico, l'Autrice ci consegna una rinnovata consapevolezza di quello che è non soltanto un bene da proteggere, ma anche uno strumento indispensabile per affrontare i sempre più diffusi e preoccupanti fenomeni di regressione costituzionale.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-1-01-f28

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a J. García Oliva, E. Hall, Constitutional Culture, Independence and Rights: Insights From Quebec, Scotland, and Catalonia, University of Toronto Press, 2023

Giuseppe Naglieri
Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 1/2024

Recensione a J. García Oliva, E. Hall, Constitutional Culture, Independence and Rights: Insights From Quebec, Scotland, and Catalonia, University of Toronto Press, 2023**

di Giuseppe Naglieri*

Abstract (Ita): La recensione del volume "Constitutional Culture, Independence, and Rights: Insights from Quebec, Scotland, and Catalonia" di Javier García Oliva ed Hellen Hall pone in rilievo il lavoro considerevole di ricostruzione sul piano storico-costituzionale e giuridico delle sorti della Scozia, del Quebec e della Catalogna, l'analisi approfondita del concetto di cultura costituzionale, calato nelle questioni della secessione, nonché l'interessante esame della regolamentazione di alcuni diritti, tra cui i diritti linguistici nelle dinamiche statali e sub statali nelle quattro esperienze oggetto di comparazione.

Abstract (Eng): The review of the book "Constitutional Culture, Independence, and Rights: Insights from Quebec, Scotland, and Catalonia" by Javier García Oliva and Hellen Hall, brings to light the meticulous work of reconstruction on the historical-constitutional and legal levels of Scotland, Quebec, and Catalonia. The book delves deep into the concept of constitutional culture, offering a rich and insightful analysis of the regulation of various rights, including linguistic rights, within the state and sub-state dynamics of these three regions.

Parole chiave: Secessione; Cultura costituzionale; diritti

Keywords: Secession; Constitutional Culture; Rights

"Constitutional Culture, Independence, and Rights: Insights from Quebec, Scotland, and Catalonia" di Javier García Oliva e Helen Hall appare fin da subito un'opera articolata ed essenziale che esplora con dovizia di particolari le complesse interazioni tra la cultura costituzionale e le traiettorie dei movimenti indipendentisti in Quebec, Scozia e Catalogna. Attraverso un'analisi profonda e multidisciplinare, gli autori si addentrano nelle complessità delle culture costituzionali di questi paesi, illuminando come tali culture influenzino e siano influenzate dai movimenti indipendentisti e come tale interazione a sua volta influenzi la tutela dei diritti.

Gli autori stabiliscono le premesse del loro studio con una originale e chiara esposizione della nozione di cultura costituzionale, dagli stessi già anticipata in un saggio precedente del 2020[1] e tutt'altro che nuova al dibattito costituzionalistico mondiale, ed anzi, prevalentemente oggetto di analisi negli Stati Uniti[2]. Gli autori intendono la cultura costituzionale come l'insieme delle pratiche, delle credenze, dei valori e delle aspettative che riguardano il modo in cui la Costituzione di una società viene interpretata, vissuta e mantenuta dalle istituzioni e dai cittadini. La cultura costituzionale è, per gli autori, non solo il prodotto del formante normativo e delle strutture formali, ma anche delle tradizioni non scritte, delle norme sociali e delle interpretazioni comuni che formano la comprensione collettiva e individuale della costituzione in una determinata società; è un concetto dinamico, in continua evoluzione, e risponde agli sviluppi sociali, politici ed economici; è un concetto multidimensionale, giacché incapsula la complessità delle interazioni umane all'interno di una società; influenza, dunque, l'interpretazione, la protezione e la limitazione dei diritti.

** Contributo sottoposto a double blind peer review.

* Ricercatore di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] J. García Oliva, H. Hall, *Peoples and Sovereignty: Constitutional Law Lessons from Greenland and Denmark*, in *Public Law*, n. 2, 2020, p. 345.

[2] E. Kaspar, Q. Vieregge, *The United States Constitution in Film: Part of Our National Culture*, Lanham, Lexington Books, 2018; J. Mazzone, *The Creation of a Constitutional Culture*, in *Tulsa Law Review*, vol. 40, 2005, p. 683.

Ma c'è di più: gli autori riconoscono come, negli stati plurinazionali e composti, esisterà, ed è utile e necessario analizzarla, una cultura costituzionale propria, distinta da quella nazionale, che ha certamente degli effetti sull'origine dei movimenti indipendentisti, sui loro *claim* e sulle vicende successive.

Con l'obiettivo di riannodare le riflessioni sull'impatto della cultura costituzionale nei tre paesi che fungono da *case studies*, dopo il primo capitolo, che attentamente discorre del concetto e della rilevanza della storia, della religione, dell'identità culturale nella sua costruzione, gli autori aprono una lunga riflessione atta a rilevare, attraverso un lungo excursus storico distinto per paesi, l'evoluzione della cultura costituzionale della Scozia, della Catalogna e del Québec rispetto alla storia dei paesi cui attualmente questi appartengono, giacché «non solo le strutture e le esperienze collettive del presente sono incardinate nel passato, ma le narrazioni comuni hanno una potente influenza nella formazione e nel mantenimento dell'identità».

Le tre trattazioni muovono, volutamente, da momenti storici diversi, individuati, dagli autori, quali i momenti più significativi nell'origine e nell'affermazione dell'identità nazionale in ciascuno degli ordinamenti oggetto di analisi.

Con riguardo alla Scozia, l'analisi storica prende le mosse fin dalla metà del dodicesimo secolo, con la finalità di rimarcare come *«the experience of Scotland differed radically from that of the lands that eventually became England and Wales, given that the greater part of this territory was never brought within the ambit of the Roman Empire».*

Distinguendo tra l'età medievale, la prima età moderna e l'avvento della riforma protestante, per giungere all'*Act of Union* del 1707 e all'età moderna, gli autori enfatizzano il rilievo della cultura scozzese e, soprattutto, della religione cattolica e protestante rispetto all'anglicanesimo, nel radicarsi di due identità assai divergenti tra Scozia e Inghilterra, che, se inizialmente parevano essersi quantomeno avvicinate nell'età vittoriana, in favore di una comune *Britishness*, si sono di nuovo progressivamente allontanate con la caduta dell'impero britannico[3]; certo, in tale quadro non mancano riflessioni sulla complessità sociale della Scozia, percorsa da profondo risentimento tra protestanti e cattolici, mai sopito, nemmeno nell'attualità, come pure sulle ostilità degli scozzesi verso l'Inghilterra e gli inglesi che pur in quella fase di avvicinamento, rimanevano vive.

Rispetto alla Catalogna, pur muovendo gli autori da una disamina della storia del territorio catalano fin dal medioevo, l'analisi più interessante e utile ai fini dello studio prende avvio con l'unificazione dei regni di Castiglia e Aragona all'epoca di Ferdinando e Isabella e con gli avvenimenti dei secoli successivi (diciassettesimo e diciottesimo) soprattutto con riguardo all'analisi evolutiva dello *status* della Catalogna e degli altri territori di lingua catalana (Valencia e Aragona) e dei loro *fueros* nell'ambito della monarchia asburgica prima e borbonica poi. Gli autori pongono bene in rilievo come, nel corso della guerra di successione spagnola[4], il Principato di Catalogna dapprima appoggiò il pretendente borbonico al trono, Filippo V, in cambio del mantenimento dei *fueros* catalani risalenti al XII secolo, dell'attribuzione di un porto franco a Barcellona e di licenze per commerciare con il continente americano, per poi spostarsi a sostenere le pretese dell'arciduca Carlo d'Austria. Le due dinastie rappresentavano visioni diverse dell'economia (il liberismo anglo-olandese contro il protezionismo francese), della gestione del potere (il proto-confederalismo viennese contro la centralizzazione assolutista di matrice francese), della società (l'egemonia della borghesia mercantile da un lato e i privilegi dell'aristocrazia agricola e di

[3] J. Elliott, *Scots and Catalans: Union and Disunion*, Yale, Yale University Press, 2018, pp. 265-267.
[4] J. Falkner, *The War of the Spanish Succession 1701–1714*, Barnsley, Pen and Sword, 2015, pp. 194-217.

corte)[5]. È in tale scontro culturale, nel quale le istituzioni catalane si erano mosse da una parte all'altra nel tentativo di conservare antichi privilegi e di ottenerne di nuovi, che invece la Catalogna perderà le sue istituzioni storiche e con ciò la sua autonomia: con la vittoria di Filippo V si assisterà all'adozione, non senza intento punitivo, dei noti *decretos de nueva planta*, con i quali, rispetto al principato catalano, si abolivano le Cortes e il Consejo de Ciento, si sostituiva il viceré con un governatore, si introduceva lo spagnolo castigliano come lingua ufficiale, si riformava la ripartizione territoriale.
La trattazione storica sulla Catalogna prosegue con l'età repubblicana e il riconoscimento dell'autonomia alla *Generalitat*, con le vicende della guerra civile spagnola e, per cenni, con la repressione della cultura e della lingua catalana nella dittatura franchista.
Terminando la trattazione storica con il Québec, gli autori ripercorrono l'evoluzione della provincia a partire dalle esplorazioni del francese Jacques Cartier sino alla colonizzazione avvenuta con Samuel de Champlain e alla fondazione della città di Québec. Si enfatizza la politica di apertura agli indigeni portata avanti da Richelieu – pur nell'ambito di un sistema di governo coloniale modellato sulla Compagnia delle Indie olandese – che consentiva i matrimoni misti e, agli indigeni, di acquisire tutti i diritti dei cittadini francesi.
Gli autori, dopo avere descritto nel dettaglio il passaggio dal modello Richelieu a quello introdotto nel 1663 con il *conseil souverain*, ben più accentrato e governato da Parigi, passano, non senza attenzione alla riflessione sul ruolo della religione cattolica e dei vescovi, alle ragioni e agli esiti della guerra dei sette anni tra Gran Bretagna e Francia, a seguito della quale gli inglesi acquisivano il controllo del Québec con il Trattato di Parigi del 1763.
Ai fini dell'analisi sulla cultura costituzionale e sul suo impatto sul movimento indipendentista gli autori ben rilevano come, sebbene la visione iniziale degli inglesi fosse quella di trasformare la colonia in un territorio autenticamente britannico, con il diritto, la religione e le istituzioni inglesi, questi dovettero progressivamente ridimensionare le proprie ambizioni, introducendo, con il Québec Act del 1774, il diritto civile francese e autorizzando il culto della religione cattolica romana. Ciononostante, il diritto pubblico rimase quello inglese, e, al posto di una assemblea elettiva, le funzioni legislative ed esecutive erano esercitate da un *Council for the Affairs of the Province of Québec*, nominato dalla Corona. Ben rilevano gli autori gli effetti della rivoluzione americana sull'allora colonia britannica, che divenuta rifugio per i coloni lealisti inglesi, che si installarono soprattutto nell'Ontario, lasciando ai francofoni i territori dell'est. Un tale assetto territoriale, linguistico e religioso fu cristallizzato dalla madrepatria nel *Constitutional Act* del 1791, che divise il Québec in Alto Canada (appunto corrispondente ai territori dell'Ontario) e Basso Canada, francofono.
Accanto al Consiglio regio la legge affiancò, in entrambe le province, le prime assemblee rappresentative da cui, progressivamente, presero avvio i primi moti di protesta verso il Regno Unito, in ragione dei privilegi accordati ai protestanti e alla minoranza inglese. Tale movimento, guidato dal *Parti canadien,* che conservava la maggioranza nell'assemblea, non ebbe però, almeno nel breve termine, i risultati sperati: agli inizi dell'Ottocento, a seguito di una rivolta guidata da Joseph Papineau, le autorità britanniche giunsero a sospendere la Costituzione, nominando Lord Durham governatore del British North America.

[5] J. Albareda Salvadó, *La guerra de sucesión de España*, Editorial Crítica, Barcelona, 2010.

È sotto il governo di Durham, con l'*Act of Union* del 1840 e poi con il più noto *British North America Act* del 1867, che avviene dapprima la riunificazione delle due province nell'unica provincia del Canada, con conseguente creazione di un'unica assemblea legislativa con egual numero di seggi per ciascun territorio (nonostante la zona francofona avesse una popolazione superiore per un terzo rispetto al *West Canada*) e poi la riunione di Canada, *Nova Scotia* e *New Brunswick* in una federazione, con il vecchio territorio dell'East Canada che diveniva formalmente la Provincia del Québec; l'intento era chiaro, vale a dire diluire la rappresentanza della regione francofona e così l'influenza dei suoi rappresentanti in assemblea.

Pienamente in linea con la loro riflessione sull'incidenza del formante culturale, gli autori pongono in rilievo come l'identità culturale e linguistica francese sia rimasta intatta a seguito dell'unificazione, grazie al ruolo delle istituzioni religiose[6] e della famiglia, centrali nella sua trasmissione: per lunghi anni gli inglesi hanno continuato ad essere percepiti come oppressori stranieri[7], a maggior ragione quando, progressivamente, iniziava a crescere un senso di identità pan-canadese.

Nei paragrafi successivi gli autori conducono una analisi che passa per la Prima guerra mondiale e la grande depressione, per giungere ai governi conservatori in Quebec del secondo dopoguerra.

Nel terzo capitolo, intitolato *"Contemporary Constitutional Framework and Culture"* gli autori riannodano le narrazioni storiche del capitolo precedente, conducendo il lettore sino all'attuale quadro costituzionale che regola, nei tre ordinamenti, lo status delle tre entità substatali oggetto di analisi.

Per ciascun ordinamento, sono posti in rilievo 1) il tipo di stato, analizzando nel dettaglio i profili più rilevanti dell'assetto territoriale; 2) la distribuzione dei poteri tra lo Stato e le entità sub-statali; 3) l'esercizio del potere legislativo; 4) l'esercizio del potere esecutivo; 5) l'esercizio del potere giudiziario.

Ciascuna trattazione è ben ancorata agli elementi storici descritti nel secondo capitolo e porta quell'analisi sino agli anni più recenti: per la Scozia sono presenti i più recenti dibattiti su *IndyRef2,* per la Catalogna si discorre delle più recenti iniziative volte a garantire l'indulto ai *leader* separatisti condannati.

Originale, pur allontanandosi dall'analisi sui movimenti separatisti in senso stretto, appare l'idea alla base del quarto capitolo: scegliendo quattro ambiti che non formano direttamente parte del dibattito sulla secessione (i diritti dei minori, la lingua e l'istruzione, la religione e i diritti concernenti il genere e la sessualità) gli autori intendono dimostrare come la differente cultura costituzionale tra stato ed entità sub-statali abbia un impatto nel riconoscimento e nello sviluppo di taluni diritti, sia nel dibattito politico che nel contenzioso giurisdizionale.

Particolarmente interessante appare la riflessione sull'uso della lingua catalana e francese a tutti i livelli di istruzione in Catalogna e Québec: l'obiettivo comune delle due entità sub-statali è quello di preservare la propria lingua minoritaria a livello statale, con buona pace delle minoranze linguistiche (non francesi e non catalane) nel loro territorio. Una tale condizione non si riproduce in Scozia, dove invece la *distinctiveness* linguistica è rappresentata dal Gaelico e dallo *Scots*, che non sono lingue parlate correntemente e non sono legate strettamente al movimento indipendentista.

[6] M. Haan, *Studying the Impact of Religion on Fertility in Nineteenth-Century Canada: The Use of Direct Measures and Proxy Variables*, in *Social Science History*, vol. 29, 2005, p. 373.
[7] D. Anastakis, *Death in the Peaceable Kingdom*, Toronto, University of Toronto Press, 2015, p. 51.

Il volume si chiude ripercorrendo, alla luce dell'analisi sugli attuali quadri regolatori (capitolo 3) e sulle implicazioni della cultura costituzionale sui diritti, enfatizzando proprio tale concetto: secondo gli autori, la cultura costituzionale riflette e plasma gli ecosistemi legali. Ciononostante, appare ancora oggi un concetto trascurato dalla dottrina.
La cultura costituzionale e la sovranità statuale interagiscono nella protezione dei diritti fondamentali: la cultura costituzionale di una nazione, che comprende sia le norme giuridiche che le aspettative sociali, influisce profondamente sulla comprensione e l'applicazione dei diritti fondamentali. Questa influenza è particolarmente evidente in contesti caratterizzati da tensioni separatiste.
L'analisi evidenzia anche l'importante ruolo della sovranità statale nella definizione e nell'applicazione dei diritti fondamentali. Le modifiche alla sovranità, come quelle derivanti da processi di secessione, possono alterare significativamente il quadro giuridico dei diritti, spostando l'equilibrio tra i diritti individuali e collettivi e tra diverse parti della popolazione.
Le riflessioni tratte dai casi di studio offrono spunti preziosi per un dialogo costituzionale globale, suggerendo che le esperienze di queste regioni possono fornire lezioni importanti per altre aree del mondo che affrontano sfide simili concernenti la diversità culturale, il pluralismo giuridico e la revisione costituzionale. Le implicazioni di questi casi studio sono rilevanti per la formulazione di politiche.
Le conclusioni del libro esplorano con acume le intricate relazioni tra cultura costituzionale, diritti fondamentali e processi di secessione nelle democrazie liberali. Gli autori segnalano come le aspirazioni indipendentiste, spesso radicate in profonde convinzioni politiche e identitarie, persistano e influenzino il dibattito pubblico, mantenendo viva la questione dell'autonomia come elemento di dignità e riconoscimento statale.
Nel contesto dei movimenti secessionisti, emerge chiaramente che la legittimità di tali aspirazioni deve poggiare su un consenso democratico ampio e ben informato. Prendendo in esame i casi del Québec e della Scozia, gli autori enfatizzano come ogni passo verso la secessione deve essere considerato con grande cautela, data la portata delle sue implicazioni sui diritti collettivi e sull'ordine costituzionale esistente.
La discussione si incentra poi sul concetto di sovranità, spesso percepito in termini binari, che gli autori ritengono riduttivo. Propongono invece di considerare la sovranità come uno spettro, che offre la possibilità di configurazioni flessibili e dinamiche. Questo approccio, secondo Keating, consente ai cittadini di identificarsi contemporaneamente con più identità nazionali, gestendo le tensioni tra autonomia e appartenenza senza necessariamente arrivare a soluzioni di separazione definitiva.
Emerge qui, tuttavia, il tema del conflitto tra identità sovrapposte, il cui esempio tipico si dà in Québec. Questo senso di identità primaria influisce significativamente sulla percezione e sull'accettazione dell'autorità federale o statale, rendendo complesse le dinamiche di governo.
Beauregard, citando il lavoro di Kymlicka, ritiene che le identità sovrapposte possano coesistere, pur con conflitti significativi[8], soprattutto in contesti dove l'identità nazionale è fragile e fortemente regionalizzata. Questo, a sua volta, alimenta il nazionalismo a livello sub-statale e amplifica le aspirazioni indipendentiste.
Concludendo, gli autori non mirano a fornire una risposta definitiva sull'impatto della secessione sulla protezione dei diritti. Piuttosto, mettono in guardia contro una visione

[8] D. Beauregard, *Cultural Policy and Industries of Identity: Quebec, Scotland and Catalonia*, London, Palgrave Macmillan, 2018, p. 80.

eneizzante e suggeriscono che i cambiamenti nella cultura costituzionale influenzino diversamente i vari interessi in gioco. Sottolineano l'importanza di un'analisi approfondita e di un dialogo aperto sui valori costituzionali, che possa rafforzare il principio unitario, ma anche il diritto all'autodeterminazione, mantenendo un equilibrio tra le diverse esigenze e aspirazioni all'interno di una società democratica.
In conclusione, il volume di Javier García Oliva e Helen Hall offre un'analisi penetrante su come la cultura costituzionale influenzi i movimenti indipendentisti in Québec, Scozia e Catalogna, aprendo così ad una analisi futura che replichi gli stessi elementi teorici in altri contesti di secessione. Aderendo alla visione dottrinale che trascende la dicotomia tradizionale della sovranità[9], gli autori concordano per una sua visione più elastica e dinamica, indispensabile per decifrare le complessità delle società moderne, soprattutto di fronte alle sfide della secessione, che richiedono un consenso democratico profondo e ponderato, necessario per garantire l'integrità dei diritti tanto collettivi quanto individuali. Impegnata nel contesto storico e culturale dei casi studiati, l'opera invoca una riflessione critica sulle implicazioni delle dinamiche costituzionali in contesti di frizione identitaria e politica.

[9] M. Keating, *Plurinational Democracy: Stateless Nations in a Post-Sovereignty Era*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 18.

numero 1/2024

ISSN 3035-1839

costituzionalismo britannico e irlandese

What now? Le sorti della Brexit

What now?
Le sorti della Brexit
Prima parte

a cura di **Aurélien Antoine**
Professore di Diritto Pubblico
Università Jean Monnet di Saint-Étienne

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 1/2024

WHAT NOW?
LE SORTI DELLA BREXIT

PRIMA PARTE

a cura di AURÉLIEN ANTOINE*

PRESENTAZIONE: Per gentile concessione del prof. Aureliene Antoine viene pubblicata, nei primi due numeri della Rivista, una raccolta di brevi contributi sul tema Brexit. Si tratta di ventidue editoriali che costituiscono la totalità della rassegna, curata dall'Obersavatoir du Brexit, che ha seguito pedissequamente i passaggi cruciali del recesso del Regno Unito dall'Unione Europea.
Brexit è stata e tuttora dimostra di essere un complesso di processi —giuridici, politici, economici, sociali— destinato a essere studiato ancora per lungo tempo da diverse scienze e in particolare da quella costituzionalistica, non solo britannica poiché si tratta del primo caso di recesso dall'Unione, dal momento della sua previsione nei trattati UE con il trattato di Lisbona, nonché per le molte implicazioni che hanno attraversato trasversalmente ogni luogo del diritto costituzionale britannico: le relazioni fra governo e parlamento, quelle fra governo centrale e governi devoluti, il revival di ventate separatiste mai sopite —con particolare riferimento a quella scozzese—, la tutela costituzionale di diritti e liberà (di quelli concernenti l'asilo, la cittadinanza, la circolazione in particolare), il ruolo —in un ordinamento privo di una Costituzione scritta e rigida— della Corte Suprema, tanto nelle devolution issues che nelle dinamiche tra poteri inuna forma di governo antica, solida, ma intricata com'è quella britannica.
Di tutte queste vicende gli editoriali di Aureliene Antoine portano traccia e consegnano a questa Rivista la possibilità di farsi veicolo, nel contesto scientifico italiano, dell'analisi della Brexit. Non solo un episodio costituzionalmente rilevante, ma un fascio di vicende dal vivido sapore costituzionale, destinate, come spesso è accaduto a segnare la storia costituzionale del Regno e a rappresentare punto d'osservazione scientifica inevitabile per la comparatistica, in grado di modellare simili o avversi processi in altri tempi e altri contesti.

INTRODUCTION: By courtesy of Prof. Aureliene Antoine, a collection of brief contributions on Brexit is being published in the first two issues of the Review. It consists of twenty-two editorials, edited by the Obersavatoir du Brexit, which has closely followed the crucial steps of the United Kingdom's withdrawal from the European Union. Brexit has been and still proves to be a complex of processes –legal, political, economic, social– meant to be studied for a long time to come by different sciences and in particular by constitutionalism, since it marks the first case of withdrawal from the Union, and for the many implications that have traversed across every place of British constitutional law: the relations between Government and Parliament, those between central and devolved governments, the revival of never-silenced separatist winds –with particular reference to the Scottish one–, the constitutional protection of rights and freedoms (of those concerning asylum, citizenship, and movement in particular), the role –in a system without a written and rigid Constitution– of the Supreme Court, both in devolution issues and in the dynamics between powers in an ancient, solid, but intricate form of government as the British one is.
Of all these events Aureliene Antoine's editorials bear traces and deliver to this Review the possibility of becoming a vehicle, in the Italian academic context, of such a complex process with still open implications, which represented not only a constitutionally relevant episode, but a set of events with a vivid constitutional flavor, designed, as has often been the case, to mark the constitutional history of the Kingdom and to represent an inevitable scientific point of observation for comparatists, capable of shaping similar or adverse processes in other times and other contexts.

* Professore di Diritto Pubblico nell'Università Jean Monnet di Saint-Étienne

WHAT NOW? N. 1

La première semaine de février a été marquée par l'adoption par la Chambre des Communes du projet de loi autorisant le Gouvernement à notifier à l'Union européenne l'intention du retrait du Royaume-Uni en vertu de l'article 50 du TFUE. Bien que le texte ait été rapidement débattu, les échanges ont été riches et parfois mémorables comme en témoignent les envolées lyriques proeuropéennes du conservateur Ken Clarke. Le Parlement n'aura toutefois pas saisi l'occasion pour imposer des garde-fous et obtenir des précisions satisfaisantes de la part du Gouvernement. Le livre blanc n'est, en effet, pas d'un grand secours pour connaître la stratégie détaillée de la Première ministre, Theresa May. Il convient toutefois de reconnaître que la situation inédite de la sortie d'un État de l'Union européenne rend particulièrement difficile l'établissement d'un plan d'action préconçu.

Le pragmatisme légendaire des Britanniques apparaît aussi comme un frein.

Durant cette semaine, les débats se sont cristallisés sur plusieurs problèmes sans qu'aucune solution se dessine clairement :

- le déroulement des discussions avec l'Union européenne ;
- les frontières entre les deux Irlande ;
- le traitement du cas écossais et les modalités de participation des entités dévolues au futur accord avec l'Union européenne ;
- les modalités du suivi des négociations par le Parlement ;
- le contenu du Great Repeal Bill et les modalités de la transition juridique ;
- l'avenir de la City ; les questions énergétiques et environnementales.

La Chambre des Lords doit désormais se saisir du projet de loi. L'intention de retrait pourra être notifiée par Theresa May au Conseil européen début ou fin mars. Ce sera alors les 60 ans du traité de Rome. Une bien triste façon de célébrer le projet communautaire à l'égard duquel Jean-Claude Juncker ne dissimule pas son pessimisme. Si le président de la Commission n'est pas réputé pour son optimisme et reste connu pour son inclination à la mélancolie, ses propos accordés à une radio allemande sur l'incapacité des États membres à demeurer unis sont loin d'être dénués de fondements. Finalement, avec le Brexit, les Britanniques auront-ils accéléré une déliquescence inéluctable de l'utopie européenne ? Tout comme Jean-Claude Juncker, nous ne le souhaitons pas. Encore faut-il que l'Union européenne réagisse à la hauteur de l'événement par un accord sur un nouveau projet politique fondé sur l'exercice de compétences dites « régaliennes ». Outre la monnaie, il est temps qu'une défense et une action extérieure communes émergent en sus d'une politique migratoire crédible et cohérente devant éviter les drames humains que nous connaissons à l'heure actuelle.

WHAT NOW? N.2

Alors qu'en France, les rapports entre le politique et le juridique font l'objet de

vives discussions, les débats actuels sur le Brexit démontrent que le Royaume-Uni a acquis une réelle maturité sur cette question. Il suffit, pour s'en rendre compte, de relire le jugement Miller de la Cour suprême, en particulier le passage relatif à la convention de la Constitution régissant les rapports entre Westminster et les administrations dévolues (la convention Sewel). Une convention de la Constitution est une norme politique qui ne saurait fonder un recours juridictionnel et être appréciée par un tribunal sur le terrain de la légalité. Dans leur décision, les onze juges suprêmes ont exclu l'appréciation du respect par le gouvernement de la convention concernée en rappelant ce qui relève, en droit, de la compétence d'une juridiction et ce qui incombe aux pouvoirs législatif et exécutif : les juges ne sont « ni les parents ni les gardiens des conventions politiques ; ils en sont, au mieux, des observateurs. En tant que tels, ils peuvent reconnaître le caractère opératoire d'une convention politique dans le contexte d'un contentieux visant à trancher une question de droit, mais ils ne peuvent pas en juger l'application et la portée, car ce sont des aspects qui relèvent de la sphère politique. » L'exemple britannique permet alors de comprendre comment le politique et le juridique cohabitent pacifiquement, sans faire l'objet d'une opposition systématiquement stérile. L'intérêt des conventions de la Constitution est grand : elles établissent un frontière entre le juridique et le politique, ce qui n'exclut pas la nécessité de respecter des règles rigoureuses de comportement que Dicey qualifiait d'éthiques et de morales. Lorsque ces conventions deviennent insuffisantes, le droit « strict » prend le relai. C'est exactement ce que le Royaume-Uni a connu avec le scandale des notes de frais des parlementaires. Longtemps régies de façon conventionnelle, elles n'ont pas empêché les excès. La classe politique britannique a connu une vague de démissions forcées sans précédent. Une loi créant une autorité indépendante chargée de contrôler l'utilisation de deniers publics par les parlementaires a ensuite été adoptée. Dans l'esprit des citoyens, le non-respect des conventions en l'espèce avait beaucoup choqué, car ce n'est pas parce que la norme était politique qu'elle devait être moins contraignante qu'une règle juridique.

Pour revenir au cas du Brexit, la Cour suprême rappelle implicitement qu'il appartient aux institutions, dans le cadre de la convention Sewel, de s'accorder sur les modalités des relations entre le Gouvernement et les parlements dévolus dans le cadre du processus de sortie de l'Union européenne. Et, faute d'accord, le conflit pourrait se résoudre, soit sur le terrain politique (c'est-à-dire par la consultation des peuples écossais et nord-irlandais), soit par la norme juridique, le Parlement pouvant adopter un amendement au European Union (Notification of Withdrawal) Bill afin que les administrations dévolues soient intégrées au processus de sortie de l'UE (solution totalement exclue pour l'heure).

Le régime constitutionnel britannique s'avère solide, car il est fortement normé.

Au Royaume-Uni, et contrairement à la France, la question n'est pas tant de savoir s'il convient d'opposer la légitimité politique à la légitimité juridique. L'essentiel réside plutôt dans le respect des règles du jeu, quelles qu'elles soient. Ce qui, il est vrai, est un trait culturel outre Manche qui n'est pas partagé par la France.

WHAT NOW? N. 3

À titre liminaire, nous souhaitons apporter tout notre soutien à nos amis britanniques pour l'événement tragique qu'ils ont connu à Londres le 22 mars dernier. Il est plus que jamais nécessaire de rester unis face à de tels actes et de rappeler que la solidarité entre les peuples demeure le meilleur rempart contre la violence du monde.

Ce troisième numéro arrive avec une semaine de retard qui s'explique par une actualité sans cesse renouvelée depuis le 6 mars. Deux faits ont marqué ces vingt derniers jours : l'adoption définitive par le Parlement du European Union (Notification of Withdrawal) Bill qui a reçu le royal assent le 16 mars et les tensions entre Theresa May et Nicola Sturgeon, le Premier ministre écossais, qui souhaite accélérer le processus vers un nouveau référendum sur l'indépendance de l'Écosse.

Après la bataille parlementaire, il est donc temps de faire un premier bilan d'étape sur l'état des troupes politiques. Sondages après sondages, le parti conservateur domine outrageusement les intentions de vote, allant jusqu'à devancer les travaillistes de 19 points début mars (16 points dans la dernière enquête de YouGov, principal institut de sondage Outre-Manche). Autrement dit, rien n'entame la popularité du nasty party. Les parlementaires, en particulier les lords, ont pourtant démontré que le gouvernement de Theresa May naviguait à vue sur l'océan d'incertitudes qui se profile devant lui. Comment expliquer que les conservateurs arrivent à se maintenir à flots contre vents et marées ? La raison est relativement claire : le naufrage doctrinaire des travaillistes. Tiraillés entre une vision datée du parti portée par leur leader Jeremy Corbyn, et les héritiers du New Labour, ils ne sont pas en mesure de figurer comme une alternative crédible aux tories. Au royaume des aveugles, les borgnes sont rois… Plus largement, l'état du parti travailliste et son incapacité à construire un projet européen sont les révélateurs de la crise de la sociale démocratie, voire des gauches en Europe. Quelles que soient les opinions de chacun, l'absence d'alternative valable aux programmes conservateurs de plus en plus droitiers n'est pas une bonne chose pour le débat démocratique et la construction de l'avenir de l'Europe. Seule l'Allemagne semble faire exception à cet égard avec la campagne législative qui s'annonce et qui opposera Angela Merkel à Martin Schultz, deux personnalités fortement attachées à l'idéal européen.

Dans ce contexte, il n'est guère étonnant de constater la volonté de Nicola Sturgeon d'accélérer le mouvement vers l'indépendance. Traditionnellement attaché à l'Union européenne et à la

sociale démocratie, le SNP s'oppose frontalement à la direction que prend le Royaume-Uni de Theresa May. Si les sondages indiquent que les Écossais ne sont pas (encore) prêts à voter en faveur de la sécession, l'autisme dont fait preuve la Première ministre britannique pourrait avoir raison de l'union. Toutefois, si l'Écosse devenait in fine indépendante, ce ne serait pas forcément une bonne nouvelle pour l'Union européenne. Quand bien même serait elle motivée par l'attachement des Écossais à la construction communautaire, l'indépendance apparaîtrait comme un fâcheux précédent favorable aux revendications d'autres nationalismes en Europe.

La responsabilité de la classe politique britannique est grande dans la crise européenne et britannique actuelle. Le gouvernement conservateur et l'opposition travailliste sont bien loin de faire honneur à l'Histoire du Royaume-Uni qui est celle d'une nation qui fut pendant plusieurs siècles une puissance d'équilibre au sein de l'Europe et le seul rempart contre le nazisme en Europe au début de la Seconde Guerre mondiale.

WHAT NOW? N. 4

Et si, depuis le 23 juin 2016, nous nous permettions enfin une once d'optimisme ? Depuis la lettre de Mme May notifiant l'intention du retrait des Britanniques de l'Union européenne, la tendance pessimiste mue par le dépérissement de l'Europe politique semble connaître une légère inflexion. Deux explications convainquent d'un soubresaut pro-européen salvateur à l'occasion du début des négociations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. La première se situe du côté de Bruxelles et de Strasbourg. Après la réception de la missive britannique, Donald Tusk a formulé des lignes directrices tout à fait claires quant à certaines demandes de Mme May : il est hors de question d'envisager un quelconque accord commercial sans que plusieurs questions politiques majeures soient réglées durant les négociations sur le Brexit, en particulier celles de la frontière irlandaise et du statut des citoyens européens. L'Union européenne affiche ainsi explicitement le primat d'objectifs politiques (mais aussi budgétaires avec le solde de tout compte dû par le Royaume-Uni à l'ue) sur la raison économique. L'unité des États membres sur ces problématiques est pour l'instant sans véritables failles. Elle a pu être appréciée lors du vote d'une résolution par le Parlement européen sur les grandes orientations qu'il souhaite voir défendues lors des négociations. Le document s'inscrit dans le droit fil des lignes directrices. La très large majorité de députés qui a adopté le texte témoigne de la difficulté qu'auront les Britanniques à jouer sur les divisions entre les États membres pour faire prévaloir leurs intérêts.

La seconde série de motifs qui soutient un vent d'optimisme pour l'Europe se trouve à Londres. Les précisions (relatives) du livre blanc relatif au Great Repeal Bill tendent à contredire ce que suggère l'intitulé même du Projet qui est volontairement trompeur pour calmer les

ardeurs des Brexiters. Affiché comme une loi d'abrogation, le texte posera pourtant le principe du maintien de l'acquis législatif issu de l'Union européenne jusqu'à ce que des lois nationales (dont le GRB luimême) viennent abroger explicitement telle ou telle législation d'origine européenne. En outre, le document de Whitehall accepte que les juridictions nationales continuent de se référer à la jurisprudence de la CJUE sur les actes juridiques d'origine européenne, même « nationalisés » par le GRB. À ces éléments modérant l'idée d'un Brexit vu comme une rupture brutale avec l'Union, s'ajoute l'évidence juridique suivante : tant que le Royaume-Uni n'est pas parvenu à un accord avec l'ue, il continue d'en faire partie.

De nombreux analystes avaient prévu ce contexte politique et juridique pour remettre en cause la vision simpliste du Brexit promue par les populistes. L'argument d'hier est devenu une réalité d'aujourd'hui, amenant une radicalisation du UKIP qui estime désormais que le retrait aurait dû se faire unilatéralement sans passer par l'article 50. L'absurdité de cet argument, notamment par rapport à la culture légaliste et internationaliste du Royaume-Uni, est révélatrice d'une crise du parti anti-UE qui ne parvient toujours pas à se remettre de son succès. Il est savoureux de constater que, pour l'heure, les pires ennemis des populistes, ce sont eux-mêmes. D'ailleurs, le caractère fallacieux de leurs arguments commence à alerter les peuples. Le cas néerlandais en est un exemple. Espérons que les Français les suivent dans 15 jours. Mais évitons de pêcher par excès d'optimisme…

WHAT NOW? N. 5

Ce qui devait advenir advint. En provoquant des élections anticipées le 8 juin prochain, Mme May a, certes, saisi le moment opportun pour renforcer sa majorité, mais elle se conforme aussi à la logique institutionnelle. Il y a quelques mois, nous avions soutenu que le référendum n'avait pas donné un mandat au Gouvernement de Mme May pour mener les négociations du Brexit. Le 23 juin 2016, les Britanniques n'ont fait qu'émettre un avis consultatif. Ils ne se sont pas exprimés sur les modalités de sortie de l'Union européenne. Ils ne se sont pas non plus prononcés en faveur d'une majorité présentant un programme clair de conduite des négociations. Les élections générales du 8 juin vont donc permettre de faire un choix entre plusieurs propositions partisanes. Les conservateurs dominant outrageusement les sondages, il ne fait guère de doute que l'issue sera favorable pour Mme May et à l'idée selon laquelle le Brexit sera irréversible. Par conséquent, le Premier ministre prend peu de risques et son pari ne devrait pas bouleverser les équilibres actuels. L'événement suscite toutefois trois réflexions.

Tout d'abord, une défaite, même improbable, n'est pas à exclure. Les retournements de l'électorat ne sont pas exceptionnels, comme ce fut le cas en 2015 avec la victoire inattendue des conservateurs ou en 1970 lorsque Edward

Heath battit le travailliste Harold Wilson alors favori. Il faut noter que, avant le 8 juin, un autre scrutin se tiendra en Angleterre. Le 4 mai, les premières élections métropolitaines vont se dérouler pour six collectivités anglaises (dont le Grand Manchester et la région de Liverpool). Si les conservateurs ne triomphent pas à la hauteur de leurs espérances, une dynamique pourrait être brisée. Ensuite, le choix de Mme May ne mettra pas fin aux difficultés politiques internes issues du Brexit : l'avenir de l'Irlande du Nord (qui connaît, par ailleurs, une grave crise politique), les velléités indépendantistes écossaises, et le sort de Gibraltar. Enfin, l'Union européenne n'a pas grand-chose à craindre de cette élection, dès lors qu'elle continue d'afficher son unité et une ligne politique déterminée en ce qui concerne les priorités des discussions à venir. Mme May disposera simplement d'une relative tranquillité sur le front parlementaire, même si, depuis environ un an, les chambres auraient pu être plus gênantes pour l'Exécutif dans le processus en cours. C'est d'ailleurs le regret que nous pouvons émettre. Alors que les MPs auraient pu provoquer ces élections bien avant par le recours aux moyens du Fixed-term Parliaments Act de 2011 censé revaloriser le Parlement, c'est tout compte fait le Premier ministre qui déclenche une dissolution stratégique et réduit les Communes à une chambre d'enregistrement. L'incapacité du Parlement à profiter du jugement Miller qui lui était favorable avait déjà marqué une certaine faiblesse. Plus que jamais, le Brexit contribue à évaluer l'impuissance du Parlement et la nécessité de repenser les mécanismes d'équilibre des pouvoirs. En parallèle, Mme May se « thatchérise » progressivement dans un mouvement que certains constitutionnalistes outre-Manche qualifient de « présidentialiste ». Toutefois, l'histoire nous apprend que le collectif peut se retourner contre son chef. En 1990, isolée dans ses certitudes, Margaret Thatcher avait dû quitter le pouvoir sous la pression de son propre parti qui n'appréciait guère le raidissement de sa politique européenne. Parions que, si Mme May ne parvient pas à un accord satisfaisant avec l'UE aux yeux des conservateurs, son destin pourrait épouser celui de son illustre prédécesseur. Le triomphe attendu le 8 juin prochain sera alors vite oublié.

WHAT NOW? N.6

Les contrariétés s'amoncellent ces dernières semaines pour les fervents défenseurs du Brexit. Le symbole de cette mauvaise passe est Jean-Claude Juncker s'exprimant en français plutôt qu'en anglais lors d'une conférence de presse à Florence le 5 mai. Non sans provocation, il a affirmé que l'anglais était « lentement mais sûrement, en perte de vitesse en Europe ». Plus substantiellement, deux événements ont pour effet d'isoler un Royaume-Uni dont le Gouvernement peine à comprendre qu'une position de force en politique intérieure ne se traduit pas par une situation similaire sur la scène européenne. La feuille de route des négociations, particulièrement contraignante pour les Britanniques, a été

adoptée à l'unanimité et sans aucune difficulté par les 27. Surtout, les élections législatives néerlandaises et la présidentielle française ont mis au jour les lacunes de l'euroscepticisme. La victoire d'Emmanuel Macron est vue par les brexiteers, tel Nigel Farage, comme un danger, car elle porte au pouvoir un homme favorable à l'orientation stricte - sans être punitive - adoptée par les institutions de l'Union dans les futures discussions avec le Royaume-Uni. En outre, cette élection annonce une relance du partenariat franco-allemand. Il faut espérer qu'il sera d'une nature distincte de l'entente Blair-Schröder qui fut construite en 1999 et qui a orienté le projet européen vers une vision plutôt néolibérale au-delà même des années 2000.

Le seul réconfort pour Mme May et son équipe est à trouver du côté du succès annoncé lors des élections générales du 8 juin prochain. À cet égard, les scrutins locaux qui se sont tenus le 4 mai outreManche ont révélé une domination des conservateurs qui ont siphonné le réservoir de voix du UKIP. Seuls les indépendantistes écossais résistent à la vague bleue.

Ce premier succès électoral qui en annonce un second est en réalité dû à la faiblesse du Labour et à l'incapacité du UKIP de tirer profit du Brexit - preuve, une fois de plus, que les populistes sont toujours plus efficaces dans la dénonciation que dans la construction. En aucun cas les résultats de mai et les projections de juin traduisent une adhésion claire des citoyens à la conception toujours obscure de Mme May sur la tactique à adopter en vue des discussions avec l'UE. Plus encore, les Britanniques commencent à afficher leur circonspection face au Brexit. Pour la première fois, fin avril, un sondage a montré qu'une courte majorité des personnes interrogées considérait que la sortie de l'Union n'était pas un bon choix. Les récents indicateurs économiques de l'Office des statistiques nationales publiés le 28 avril dernier expliquent sans doute ce premier retournement de l'opinion. Le ralentissement de la croissance est acté pour le premier semestre 2017, tandis que le pouvoir d'achat des consommateurs est déjà bien entamé avec l'affaiblissement de la Livre sterling.

Si le retour en arrière semble n. 1/2024 inenvisageable pour l'heure, l'évolution du contexte européen, de la situation économique et les difficultés des négociations qui ne disparaîtront pas avec le triomphe de Mme May prévu le 8 juin pourraient prochainement produire un revirement spectaculaire de la stratégie menée jusqu'alors.

WHAT NOW? N. 7

Les événements tragiques de Manchester et la campagne électorale pour les élections du 8 juin prochain semblent avoir réduit l'attention portée au Brexit. Bien évidemment, la sortie du Royaume-Uni de la construction communautaire est centrale dans les programmes électoraux et a largement occupé le débat à distance qui a opposé les leaders des partis conservateur et travailliste le lundi 29 mai. Toutefois, la campagne est

surtout marquée par les tergiversations de Mme May relatives à sa proposition controversée du mécanisme de financement des soins aux malades d'Alzheimer. À cela s'ajoute une campagne terne qui ne permet pas de dissiper les doutes sur la stratégie de négociation avec l'Union européenne. Face au risque d'une victoire étriquée empêchant les conservateurs d'obtenir la majorité absolue aux Communes, Mme May a durci le ton sur le sujet toujours porteur de l'immigration et sur sa volonté de mettre fin aux négociations avec l'UE si les États membres persistaient dans leur « agressivité ». Ces vieilles recettes argumentatives bien connues des populistes sont une preuve supplémentaire de la vacuité du projet conservateur pour les négociations à venir. Il n'est pas certain que M. Corbyn, le chef de file des travaillistes, soit plus au clair sur la question, mais son parti est au moins déterminé à parvenir à un accord avec l'UE. Il est regrettable que le scrutin du 8 juin ne donne pas lieu à des échanges à la hauteur de l'enjeu du Brexit. Les effets négatifs du choix exprimé par les citoyens le 23 juin 2016 ne cessent de se multiplier, tandis que le contexte international est particulièrement défavorable aux Britanniques.

Sur le plan des conséquences économiques néfastes, plusieurs entreprises ont révélé craindre l'avenir après des résultats annuels décevants. Tel est le cas de Ryanair ou de quelques sociétés financières qui souhaitent s'installer sur le Continent (tout comme une part croissante de particuliers qui ont sollicité des passeports auprès des États membres de l'UE, notamment l'Irlande). En outre, de plus en plus d'investisseurs se détournent du marché britannique (comme dans le secteur de l'immobilier). Les résultats macroéconomiques témoignent du changement de conjoncture qui pourrait s'avérer durable : une croissance faible ou nulle en 2018, un déséquilibre de la balance commerciale, et un ralentissement de la consommation.

Le contexte international est tout aussi inquiétant pour les Britanniques. Dans un premier temps, Mme May a cru à la solidité des liens entre Londres et Berlin et au soutien indéfectible de M. Trump qu'elle avait rapidement rencontré. La suite des événements n'a fait que prouver sa méprise. Angela Merkel affiche une réelle hostilité face à la position intransigeante de Mme May. Lors du G7, la France et l'Allemagne ont ainsi soutenu une ligne claire et déterminée à l'encontre du Royaume-Uni. Quant au locataire de la Maison-Blanche, il a avoué une inquiétude en raison des répercussions potentielles du Brexit sur l'emploi aux États-Unis.

À quelques jours du scrutin du 8 juin, les analyses produites par l'Observatoire se confirment : Mme May n'est pas à la hauteur du défi qu'elle doit relever. Gestionnaire de son avance dans les sondages, elle fait fi de son isolement à l'international et fait mine de sous-estimer la tâche immense qui l'attend et qui, pourtant, nécessiterait du courage et une vaillance churchillienne. Peut-être pourraitelle songer à cette phrase

d'Athéna s'adressant à Ulysse dans l'Odyssée d'Homère : «L'audace vaut mieux en toute affaire quand on veut réussir, surtout à l'étranger».

WHAT NOW? N. 8

La semaine à venir marquera le premier anniversaire du référendum sur le Brexit. Le bilan après ces douze mois est des plus contrastés.

Le flegme légendaire de nos voisins d'outre Manche est une qualité rudement mise à l'épreuve depuis un an. L'optimisme des premiers mois affiché par Mme May a laissé place à l'inquiétude sur tous les fronts. Politiquement, la situation est plus que jamais incertaine. Le hung Parliament qui résulte des élections du 8 juin 2017 (survenues bien trop tard pour tirer toutes les conséquences institutionnelles du Brexit) affaiblit considérablement l'autorité de Mme May dont les jours semblent comptés au 10 Downing Street si elle n'amende pas ses choix. Socialement, le Royaume-Uni est de plus en plus fracturé par des mécanismes de solidarité nationale contestés du fait de leurs dysfonctionnements. Le succès relatif de Jeremy Corbyn, pourtant vivement critiqué pour des opinions passablement archaïques, découle directement de ce climat social conflictuel. Sous l'angle territorial, les tensions avec l'Écosse ne sont pas apaisées, tandis que l'avenir de l'Irlande du Nord est toujours menaçant. L'alliance entre les tories et les unionistes utlra-conservateurs nordirlandais n'augure certainement pas d'une solution rapide à la crise que connaît cette partie du royaume. Last but not least, les perspectives économiques n'ont rien de rassurantes avec une croissance qui commence à ralentir et une inflation de moins en moins contrôlée. Ce qui laisse songeur, c'est que la plupart des Britanniques ne saisissent pas que cet état du Royaume-Uni, s'il existait avant juin 2016, a été considérablement aggravé par le Brexit. Pire encore, aucun parti ou responsable politique ne paraît capable de sortir de l'ornière dans laquelle les citoyens se sont eux-mêmes placés. En ajoutant à cela les tragédies qui se sont multipliées depuis plusieurs mois, cette année écoulée s'inscrit au panthéon des anni horribiles pour les sujets de la Reine Elizabeth II. Le contexte actuel n'est pas non plus sans rappeler les années 1970 de triste souvenir.

Ce noir tableau ne saurait complètement enténébrer les quelques éclaircies sur la scène continentale. Certes, la relance crédible d'un projet européen plus politique et plus démocratique est loin d'être acquise. Nombre de sociétés européennes sont tout aussi fracturées que le Royaume-Uni. La France, à cet égard, n'a guère de leçons à donner. Toutefois, la progression des populismes est stoppée dans plusieurs États, au moins pour un temps qu'il faut rapidement exploiter pour rétablir la confiance entre les gouvernants et les citoyens. En outre, le couple francoallemand est plus en phase depuis l'élection d'Emmanuel Macron qui a affiché, avec Angela Merkel, une ligne ferme face à MM. Trump et Poutine. Enfin, les 27 font preuve d'une

unanimité sur le Brexit qui était loin d'être acquise a priori.

S'il venait à perdurer, le contraste qui est en train de s'instaurer entre le déclin britannique et la stabilité européenne pourrait aboutir à changer au moins partiellement les exigences de Whitehall. De nouveau, les modèles norvégien et suisse de partenariat avec l'Union européenne sont évoqués, quitte à mettre de côté les promesses des conservateurs sur la libre circulation et la juridiction de la Cour de Justice. Nous n'en sommes pas encore là, mais il est indispensable de laisser la porte ouverte à toutes les options. Au regard des multiples rebondissements que nous avons connus depuis un an, bien malin sera l'analyste qui produira de justes prévisions.

WHAT NOW? N. 9

«Pourquoi le fier Été devrait-il parader/Avant que les oiseaux aient sujet de chanter ?/ Pourquoi me réjouir d'une naissance avortée ?/ À Noël, je ne désire pas plus la rose/ Que je ne souhaite la neige quand Mai étale ses floraisons ;/ J'aime chaque chose quand elle est de saison./ Pour vous mettre à l'étude, il est déjà trop tard,/ C'est grimper sur le toit pour ouvrir la porte basse.» Voici des vers shakespeariens que pourrait méditer Mme May. Après un an de tergiversations et de coups de théâtre politiques et juridiques, elle doit penser légitimement qu'il est sans doute venu le temps d'un repos bien mérité. Malheureusement, 43 ans d'union ne se règlent pas du jour au lendemain et l'horloge tourne pour reprendre les propos de Michel Barnier. Le temps de l'étude étant passé, celui de l'action est donc venu. Pourtant le Gouvernement britannique, malgré la publication de son projet de loi de retrait de l'Union européenne le 13 juillet 2017, n'est toujours pas au clair quant à l'orientation qu'il a choisie pour le Brexit. Plus les jours, les semaines et les mois passent, moins Mme May n'a de raison de parader. Son hard Brexit, qui n'a jamais été très crédible, pourrait ne pas voir le jour, car les mises en garde se multiplient. L'opposition travailliste s'offusque des incertitudes qui pèsent sur les droits sociaux des citoyens ; les autorités dévolues prédisent un « clash » constitutionnel ; le Civil service craint le chaos réglementaire ; le président du National Audit Office chargé de suivre les dépenses publiques est sorti de sa réserve pour critiquer le flou gouvernemental ; des diplomates pointent à nouveau les risques de l'absence d'accord ; les agences de notation (certes, pas toujours dignes de confiance) s'inquiètent de l'avenir économique du Royaume-Uni ; et les experts alertent le Gouvernement quant à la catastrophe qui attend le nucléaire civil si la libre circulation des marchandises était abolie. Nous cessons là l'énumération des derniers maux sortis de la boîte de Pandore qu'est le Brexit et dont ses partisans commencent tout juste à en comprendre les risques. Dans une interview au Guardian, le futur leader des Libéraux-démocrates, Vince Cable, accuse à juste titre les Brexiteers de se voiler la face devant l'amoncellement des mauvaises nouvelles.

L'incapacité du Gouvernement à fixer un cap et l'entêtement puéril des Brexiteers impliquent que le Parlement assume pleinement ses fonctions législatives et de contrôle du Gouvernement. C'est la condition sine qua non pour introduire du crédit et de la rationalité aux orientations peu rassurantes de Mme May. Si la Chambre des Lords endosse déjà la part de responsabilité qui lui revient, les membres des Communes doivent, en revanche, s'engager plus efficacement dans le débat. Après avoir laissé passer l'occasion du European Union (Notification Withdrawal) Bill, les MPs favorables au soft Brexit et ceux qui y sont opposés doivent pouvoir s'entendre. Une stratégie transpartisane peut contraindre Mme May à faire des concessions sur les droits fondamentaux, l'accès au marché unique, la juridiction de la Cour de Justice et le reliquat budgétaire dû à l'Union. Il en va également de la survie du Parlement dans le processus du Brexit. Il doit être fort lors de l'adoption inévitable après l'autorisation de Westminster de « clauses Henry VIII » qui permettront au Gouvernement d'édicter des textes ayant valeur de loi. Dans un contexte parlementaire qui est peu favorable au Premier ministre, l'incapacité des différents courants « anti-hard Brexit » à faire front serait tout aussi condamnable que l'attitude irréaliste de leurs adversaires. Pour le Parlement, il n'est pas encore trop tard pour se mettre à l'étude.

WHAT NOW? N. 10

Pendant tout l'été, les chaînes de télévision au Royaume-Uni comme en France ont multiplié la diffusion de documentaires sur les 20 ans de la disparition de la princesse de Galles. Aujourd'hui comme hier, ces hommages n'ont guère d'intérêt substantiel, sauf lorsqu'ils s'attardent sur la modernisation de la monarchie britannique. En revanche, l'évocation de cette période de la fin du XXe siècle nous renvoie à un Royaume ouvert sur l'Europe, en pleine expansion économique, leader mondial du soft power, et dirigé par un Premier ministre plébiscité. La cool Britannia triomphait au son des musiques de Blur et d'Oasis. Vingt ans après, ceux qui ont connu cette période ne peuvent que constater un déclin qui a été considérablement accéléré, voire provoqué par le Brexit. Les événements de l'été, que nous avons résumés sur le site de l'Observatoire, ont encore démontré que le Gouvernement britannique n'est toujours pas en mesure d'affronter le mur de difficultés qui se dresse devant lui. Certains analystes, parmi lesquels nous retrouvons de nombreux négociateurs européens, prédisent un accident diplomatique imminent.

Le retour des inquiétudes, après la volonté d'apaisement manifestée à l'occasion du lancement des négociations, n'est justifié que partiellement. S'il nous paraît certain que l'obtention d'un accord en octobre est hautement improbable, il convient d'admettre que les Britanniques n'ont pas totalement fait du surplace. La publication de documents ministériels sur la stratégie de négociation dans la torpeur du mois d'août fait montre d'une évolution, certes insuffisante pour Michel

Barnier, mais notable au regard des positions affichées par Mme May au début de l'année. L'idée d'un hard Brexit s'éloigne de plus en plus. La discrétion de Boris Johnson ces dernières semaines et la pondération des interventions de Michael Gove depuis qu'il occupe le ministère de l'Environnement, rendent de moins en moins audibles les arguments des hard Brexiteers.

Une première étape est donc franchie. Elle n'en est pas moins tardive et ne s'est pas traduite par des avancées réellement concrètes. La position de force des Européens dans les discussions qui en résulte, quand bien même manifesterait-elle la solidarité entre les États membres, pourrait même commencer à poser problème. Tout négociateur sait que la domination excessive d'une partie sur l'autre préfigure souvent des accords peu satisfaisants, voire pas d'accord du tout. À un moment ou à un autre, l'Union européenne devra procéder à quelques concessions sans pour autant renier les priorités de son agenda. Par exemple, deux dossiers pourraient faire l'objet d'assouplissements : la facture pour solde de tout compte et la juridiction de la Cour de Justice. En ce qui concerne le premier sujet, aucune évaluation incontestable n'a été produite. L'administration britannique et le Cabinet, à mots couverts, ont admis que le Royaume-Uni devra régler une somme de plusieurs milliards d'euros. Les Européens doivent désormais faire une proposition raisonnable qui ne pourra atteindre les 100 milliards d'euros parfois évoqués. Le second sujet est juridiquement plus problématique, mais il doit trouver une réponse à court terme. À ceux qui pensent que le Brexit ne connaîtra d'issue que dans le droit positif se trompent. Le caractère inédit du processus en cours impliquera nécessairement des solutions politiques et juridiques nouvelles, y compris pour la compétence de la Cour de Justice. La raison en est simple : le droit transitionnel qui finira par émerger ne pourra qu'induire la création d'institutions ad hoc accompagnant le Brexit.

WHAT NOW? N. 11

Michel Barnier, après avoir salué l'esprit plus constructif qui émanait du discours de Mme May le 22 septembre dernier, a insisté sur la nouvelle dynamique qui s'est ouverte lors de l'inauguration du 4e round de négociation. Il n'en demeure pas moins que le processus est lent, trop lent. Le groupe de pilotage sur le Brexit du Parlement européen l'a encore rappelé dans une résolution du 3 octobre. L'offre britannique sur les droits des citoyens européens est de bonne volonté, mais le document commun aux deux parties publié au cours du 4 e round indique que de nombreuses zones d'ombre demeurent. Sur la nécessité de discuter dès à présent d'une phase de transition avant tout retrait effectif, David Davis s'est une fois de plus heurté à une fin de non-recevoir. La task force campe sur ses positions : cet aspect ne saurait être abordé sans que les questions du solde de tout compte et la situation de la frontière nord-irlandaise soient également réglées. Pour plusieurs observateurs, dont Peter Hain, l'ancien ministre travailliste chargé

notamment de l'Irlande du Nord de 2005 à 2007, le Royaume-Uni devrait renouer avec les principes qui ont fait la qualité de sa diplomatie : tisser un lien personnel avec les partenaires, être clair, instaurer la confiance, et faire preuve de créativité. Ces qualités peuvent aussi inspirer les Européens. Qu'il s'agisse des Britanniques principalement et des négociateurs de l'Union accessoirement, force est d'admettre que les conditions pour que les discussions soient productives ne sont pas réunies.

Les rapports entre les différentes parties sont certes cordiaux, mais ils restent distants. David Davis a été nommé pour son soutien au Brexit lors du référendum. Il n'est pas spécialement réputé pour ses qualités de diplomate, bien qu'il ait été responsable des questions européennes dans le Gouvernement de John Major il y a de cela plus de vingt ans. La promotion de ce vieux cacique conservateur au rang de négociateur en chef pour le Brexit et sur qui plane l'ombre de l'extravagant ministre des Affaires étrangères, Boris Johnson, n'était peut-être pas le meilleur choix. Les Européens semblent avoir réfléchi de la même façon en retenant le Français Michel Barnier qui n'a pas une grande carrière diplomatique et dont la connaissance du Royaume-Uni et de sa langue est relative. Dans de telles conditions, l'établissement d'un lien personnel qui permettrait une entente fraternelle paraît improbable.

Le manque de clarté est cependant le principal grief à formuler à l'encontre du Gouvernement britannique. L'Observatoire s'en fait régulièrement l'écho sans qu'il soit nécessaire d'y revenir. En parallèle de ces critiques bien légitimes, l'équipe de négociateurs européens n'est pas totalement exempte du même reproche. Certes, les objectifs et l'agenda de l'Union européenne sont limpides. Toutefois, les approches concrètes ne sont pas légion. L'Union européenne ne parvient pas à déterminer le montant exact de la facture pour solde de tout compte. Elle n'est pas non plus très constructive en ce qui concerne la recherche d'une solution pour la question irlandaise. Les lignes directrices de la task force ressemblent à celles du gouvernement britannique: beaucoup de déclarations d'intention (pérennisation de l'accord du Vendredi saint et de la zone commune de voyage), mais la problématique du contrôle des flux de citoyens européens transitant par l'Irlande reste sans issue.

Progressivement, faute de concessions réciproques et d'un esprit véritablement constructif de part et d'autre, créer une relation de confiance paraît bien difficile. Les Britanniques, mal préparés, sont dominés pour l'instant par les Européens. L'idée selon laquelle David Davis pourrait jouer des dissensions entre États membres pour négocier s'éloigne à l'heure actuelle. Incapable d'inspirer la confiance de son propre peuple sur le Brexit, le Gouvernement se retrouve dans une position similaire avec les Européens. Nous pouvons dès lors comprendre pourquoi certaines personnalités comme Guy Verhofstadt laissent croire que le Brexit est un dossier accessoire pour l'Union qui doit avancer sur d'autres

sujets. Il y a même une certaine satisfaction de la part des proEuropéens de voir qu'un retrait de l'UE s'apparente à un chemin de croix plutôt qu'à une promenade de santé.

Dans ce contexte, la créativité collective ne peut être au rendez-vous, malgré les appels légitimes en ce sens de Mme May à Florence. Nous partageons son opinion quant à la nécessité d'être inventif face à cet événement inédit qu'est le Brexit, mais encore faut-il y réfléchir sérieusement. La radicalité de la position européenne - tout à fait compréhensible au demeurant - selon laquelle aucun autre sujet ne sera abordé avant que les dossiers irlandais, continent est bien révolu…

des citoyens européens et de la facture britannique ne soit réglés, ne permet pas d'envisager un quelconque progrès dans l'immédiat. La précarité de la situation de Mme May à la tête du Gouvernement est aussi un frein majeur pour construire un plan crédible pour les deux à quatre années à venir. Lorsque l'on est en permanence dans le calcul politique pour sauver son poste, servir l'intérêt général de son pays à long terme est effectivement compliqué.

Le temps des riches heures de la diplomatie européenne où se réunissaient des Metternich, Talleyrand, Cavour et Jenkinson pour discuter du destin du

ISSN 3035-1839

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839

I contributi editi dalla rivista sono soggetti alla **licenza Creative Commons BY-NC-ND**, che consente la distribuzione libera dell'opera per soli scopi non commerciali, purché si mantenga la citazione dell'autore e che vieta qualsiasi adattamento e modifica del lavoro senza l'autorizzazione dell'autore.

redazione@rivistacbi.it

Devolution club