numero 2/2024

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 2/2024 · volume 2
ISSN 3035-1839

Foreword

Roberto Toniatti — 8
Common Law Constitutionalism

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Aurélien Antoine — 32
The British Constitution, the Northern Ireland Protocol and the Windsor Framework

Colin R.G. Murray — 52
The Closer You Are, the Harder it Gets: Sinn Féin and the Reunification of Ireland

Giovanni Rizzoni — 63
La tutela dei diritti fondamentali in Irlanda del Nord fra Accordi del venerdì santo e Windsor Framework

Elettra Stradella — 86
Riflessioni sullo stato della devolution nell'Irlanda del Nord

Parlamento e Governo

Giuliana Giuseppina Carboni — 105
Il Governo Starmer e la juridification of politics

Giurisdizione costituzionale

Paolo Passaglia — 121
L'ordinamento britannico incubatrice del Judicial Review of Legislation?

Mario Serio — 137
Il sistema di garanzie giurisdizionali inglesi nei procedimenti di estradizione: il caso Assange

Angioletta Sperti — 159
La Corte Suprema del Regno Unito e i cittadini

Devoluzione e governo locale

Ylenia Maria Citino — 178
Costituzionalismo "off-shore" e insularità: la sovranità "limitata" delle Dipendenze della Corona Britannica

Alessandro Sorpresa 197
A volte ritornano: la rinascita della English Question

Libertà e diritti fondamentali

Cristina Gazzetta 211
Il costituzionalismo britannico alla prova della Shari'a: l'esperienza dei tribunali islamici nel Regno Unito

Elettra Stradella 233
Esperienze di pluralismo giuridico nel Regno Unito: l'applicazione del diritto islamico come strumento del multiculturalismo e la questione dell'eguaglianza

Rapporti con l'Unione Europea

Marina Castellaneta 259
Troubles Legacy Act: alla Corte europea dei diritti dell'uomo la verifica sulla compatibilità con la Convenzione

Teoria e storia costituzionale

Rosamaria Alibrandi 283
An Empire of Laws, not of Men. Il teorema harringtoniano della "repubblica"

Claudio Martinelli 301
La Corona e i Primi ministri: forma e sostanza della Costituzione britannica

Franco Sicuro 320
«Intelligenza» e «volontà» nella produzione legislativa. Noterelle a margine delle «Riflessioni sul Governo rappresentativo» di John Stuart Mill

Modello Westminster nel mondo

Rino Casella 338
Il Senato canadese tra una riforma impossibile e uno status quo problematico

Giacomo Mannocci 359
L'influsso britannico sul costituzionalismo giapponese

Osservatorio irlandese

Domenico Gabriele Nuzzolese 383
Le sfide della digitalizzazione nella Repubblica d'Irlanda

Colm O'Cinneide
LA 'Plebiscitary democracy'? Popular Sovereignty and Political Process Review in Ireland 396

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Luigi Maria Pepe
Recensione a John Pitcairn Mackintosh "The Devolution Of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism" 416

Laura Fabiano
Recensione a Robert Hazell e Bob Morris (eds.) The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared, Hart Publishing, 2020 434

Piercarlo Melchiorre
Recensione a A. Seldon, The Impossible Office? The History of the British Prime Minister, Cambridge University Press, 2021 441

Franco Sicuro
Recensione a J. Brennan, Contro la democrazia, Luiss University Press, Roma, 2023 446

So What? Le sorti della Brexit

Aurélien Antoine
So what? Le sorti della Brexit, II parte 452

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-28B

Foreword

Common Law Constitutionalism

Roberto Toniatti
Professore Emerito di Diritto Costituzionale Comparato
Università di Trento

COMMON LAW CONSTITUTIONALISM

di ROBERTO TONIATTI*

SOMMARIO: 1. La pluralità dei costituzionalismi nel prisma della comparazione; 2. Il *common law constitutionalism*: il modello; 3. La circolazione del modello: sviluppi, variazioni, indicatori; 4. Rilievi finali.

1. La pluralità dei costituzionalismi nel prisma della comparazione

Nello scenario globale del mondo contemporaneo, compito del giurista comparatista continua ad essere lo svolgimento di indagini sul fenomeno giuridico, finalizzate ad individuare i tratti connotativi tipici delle sue distinte epifanie, a registrarne somiglianze, differenze ed equivalenti funzionali, a selezionare i parametri (storici, ideologici e religiosi, di area territoriale, ed altri) in base ai quali procedere all'elaborazione di categorie tendenzialmente omogenee radicate in corrispondenti modelli storici e teorici, a determinare i modi, i tempi e le condizioni per la rispettiva circolazione.

In realtà, non si tratta solo della prosecuzione del compito originario, quanto piuttosto della capacità di cogliere l'occasione per un'ulteriore e più sofisticata valorizzazione del metodo comparato in ragione della moltiplicazione degli ordinamenti giuridici e dell'incremento della loro eterogeneità: si pensi solo alla crescente diffusione dei sistemi giuridici misti, alla sempre maggiore complessità dell'interazione fra diritto interno e diritto internazionale ed alla marcata espansione materiale di quest'ultimo, alla cruciale innovazione risultante dall'espansione del fenomeno giuridico sovrannazionale in Europa, in America latina e in Africa occidentale (anch'essi suscettibili di comparazione). Su tutti questi singoli profili – che di certo non esauriscono gli spunti tematici offerti dallo scenario globale qui evocato – incombe altresì l'influenza esercitata sulla dottrina comparatista dall'evoluzione della sempre più significativa ed assertiva presenza in campo giuridico del *Global South*.

Nel contesto del fenomeno giuridico, conviene segnalare uno specifico rilievo espresso, in particolare, dallo sviluppo di assetti innovativi di 'pluralismo costituzionale' – concetto che, in base a radicati canoni dogmatici tradizionali connessi alla sovranità – non potrebbe non essere qualificato come un ossimoro –, con il corollario del relativo impatto sul pregresso consolidamento di nozioni quali 'forme di governo' e di istituti quali la garanzia giurisdizionale *multilevel* dei diritti fondamentali.

Anche la Costituzione, quale fonte costitutiva primaria di un ordinamento giuridico e della sua identità, non è rimasta indenne dalle dinamiche della globalizzazione. Queste ultime, tuttavia, hanno prodotto non già la configurazione di un 'costituzionalismo globale' – ossia la condivisione planetaria del 'costituzionalismo' quale precisa filosofia giuridica e politica caratterizzata da propri contenuti indefettibili – bensì solo la manifestazione di un

* Professore emerito di Diritto costituzionale comparato nell'Università di Trento.

'fenomeno costituzionale globale', riconducibile alla prassi di adottare la denominazione della fonte fondamentale di un ordinamento giuridico, per lo più di natura statale[1].
Da qui la nota realtà di 'costituzioni senza costituzionalismo', ma anche la premessa per la praticabilità della ricostruzione di una pluralità di costituzionalismi: il radicamento del fenomeno costituzionale globale – quale mera prassi limitata ad una scelta nominale e ad una serie di contenuti descrittivi (ad esempio, dell'organizzazione istituzionale dell'ordinamento nazionale) ma non comprensiva di una ispirazione ideologica ed assiologica condivisa – non consente di adottare senza ulteriori opportune qualificazioni la stessa denominazione di 'costituzionalismo' per ogni fonte normativa fondamentale che non si richiami alla medesima ispirazione ideologica del costituzionalismo originario, di matrice euro-atlantica, elaborato teoricamente ed attuato storicamente in occasione delle Rivoluzioni inglese del 17° secolo e statunitense e francese del 18° secolo.
Si tratta di un costituzionalismo liberale, poi in parte evoluto in costituzionalismo sociale, indissolubilmente legato a nozioni quali 'stato di diritto' ('*rule of law*'), 'democrazia' e 'diritti umani' che rappresentano il nucleo essenziale della *Western legal tradition*[2], ulteriormente declinati attraverso concetti come '*limited government*', principio di separazione e *checks and balances* dei poteri, indipendenza e neutralità della magistratura, tutela delle minoranze ed altri che non possono considerarsi come un patrimonio effettivamente condiviso di ogni costituzionalismo.
La reale configurazione del fenomeno costituzionale globale conduce pertanto a distinguere fra 'pluralismo costituzionale' (attualmente tipico soprattutto del costituzionalismo europeo e comunque circoscritto al costituzionalismo europeo di matrice liberale) e 'pluralità dei costituzionalismi', quest'ultima nozione essendo riferibile al quadro planetario e alla differenziazione fra una tipologia articolata di fonti costituzionali di varia ispirazione ideologica (si consideri il costituzionalismo socialista – ancora vigente in Cina, ancorché con vaghe 'caratteristiche cinesi' –, o il costituzionalismo islamico, o ancora il costituzionalismo plurinazionale o altri).
Occorre riconoscere come in questo campo la globalizzazione non abbia prodotto un'omologazione mondiale priva di distinte radici culturali e come – per quanto l'estensione planetaria dei propri parametri ideologici possa apparire appetibile alla sensibilità occidentale – non sia sufficiente qualificare una Dichiarazione dei diritti dell'uomo come 'universale' perché essa lo sia (o lo diventi, o lo possa diventare) davvero.
In altre parole, l'attuale e perdurante esistenza di tanti 'costituzionalismi' non può non investire la dottrina del compito di studiarne e sistematizzarne le singole manifestazioni, di

[1] In proposito si rinvia a R. TONIATTI, *Comparing Constitutions in the Global Era: Opportunities, Purposes, Challenges, 2019 Casad Comparative Law Lecture*, in *Kansas Law Review*, 2019, p. 693 ss.
[2] Tale nucleo costituisce il fondamento assiologico, triplice ed unitario, del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea, oltre che dei loro stati membri (almeno prima delle dinamiche illiberali di *democratic backsliding*), in un rapporto (sia *bottom-up* che *top-down*) di omogeneità reciprocamente condizionato nell'ambito del *Western constitutionalism*. Si veda in proposito A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

individuare i parametri che ne definiscono i caratteri e di osservare il contesto della circolazione dei rispettivi modelli.

Questa prospettiva di ricerca potrà pertanto assumere quale proprio oggetto di analisi comparata le diverse concezioni della Costituzione quali risultano formalizzate nella pluralità dei rispettivi testi normativi che portano – ovviamente, nelle diverse lingue – la stessa denominazione. Si tratta di un contributo preliminare che il diritto positivo può dare in vista di una ricerca più matura e completa.

Fra i parametri idonei ad impostare una classificazione dei distinti costituzionalismi può adottarsi anche la rispettiva famiglia giuridica. Può ritenersi, infatti, che la concezione della Costituzione sia fortemente collegata e possa anzi ritenersi essere una proiezione della concezione del diritto posto alla base dell'ordinamento, in tanto in quanto – almeno – della Costituzione si abbia una concezione giuridica e le si conferisca un valore prescrittivo e non meramente descrittivo. Si riconosce, di conseguenza, l'esistenza di una connessione ontologica fra la famiglia giuridica dell'ordinamento e la configurazione della sua Costituzione, con un'evidente inversione del rapporto di primogenitura: la norma fondamentale, pertanto, da premessa idealmente condizionante si rivela essere, in realtà, una conseguenza materialmente condizionata, una derivazione, un prodotto rilevabile e qualificabile *a posteriori*[3].

Un'ipotesi di particolare interesse in questa prospettiva di indagine si rivela essere lo studio del *common law constitutionalism*, ossia il fenomeno costituzionale quale risulta dal rapporto fra la famiglia giuridica di sistema e la configurazione della Costituzione dei distinti ordinamenti retti dal *common law*. L'ipotesi di fondo della presente riflessione, dunque, è che la Costituzione degli ordinamenti nei quali il *common law* regge l'ordinamento giuridico – sia pure in un sistema ibrido o misto – corrisponda a paradigmi formali e materiali propri e distinti rispetto a quelli riconducibili ad analoghe Carte espressive di altre famiglie giuridiche[4].

L'interesse per l'ipotesi di ricerca qui sopra indicata può essere suggerito da più di un motivo.

In primo luogo, lo studio del *common law constitutionalism* consente di arricchire la comprensione della famiglia giuridica di riferimento anche attraverso gli strumenti offerti dal suo diritto costituzionale quale corpo normativo materialmente specializzato – ossia, quale forma della *constitutional matter* – ancorché privo di ulteriori qualificazioni di natura formale. Nello stesso tempo, il *focus* conduce lo studioso di formazione di *civi law* ad acquisire una maggiore familiarità con il ragionamento nel settore del *constitutional law* in termini e

[3] In tale prospettiva si rinvia ad una prima riflessione in R. TONIATTI, *Common law constitutionalism: priorità e continuità della famiglia giuridica nel testo delle costituzioni derivate*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Scritti in memoria di Rodolfo Sacco*, Torino, Utet, 2024, vol. II, p. 1705 ss.

[4] Le prospettive dischiuse da tale ipotesi sollecitano anche una rinnovata riflessione sulla tassonomia delle famiglie (o tradizioni) giuridiche, rispetto alla quale sembra essersi affievolita una più che apprezzabile vivacità propositiva della dottrina. Rilevante ed auspicabile sarebbe anche un contributo in materia da parte dei comparatisti del diritto pubblico, sulla scia dell'autorevole contributo di A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, II ed., 1998.

con categorie differenziate rispetto ad analogo ragionamento svolto nel contesto del costituzionalismo europeo continentale.

Ricordiamo alcune autorevoli osservazioni in argomento, riferite alla percezione di Edmund Burke che, benché strettamente legate ad aspetti coevi della Rivoluzione francese, mantengono la loro pertinenza ed attualità anche con riguardo a profili sistematici strutturali: in base alla premessa – manifestata al suo interlocutore francese – per la quale «*your new constitution is the very reverse of ours in its principle*» – si enuncia palesemente l'orientamento di quella cultura di diritto costituzionale a privilegiare l'evoluzione nella continuità e si precisa come la *Glorious Revolution* del 17° secolo «*was made to preserve our ancient, indisputable laws and liberties, and that ancient constitution of government which is our only security for law and liberty*»[5]. Laddove, possiamo annotare, la Rivoluzione francese (e, poi, quella bolscevica) aveva inteso fare una *tabula rasa* dell'ordinamento giuridico del passato.

Il riferimento di Burke alla priorità delle dinamiche evolutive della storia costituzionale inglese e britannica viene ulteriormente sottolineato[6], senza peraltro disattendere l'esigenza del sistema di garantire anche il proprio cambiamento (ma) per via 'naturale'[7].

I pregi dell'esperienza britannica di 'governo limitato' (ripristinato dalla *Glorious Revolution*) – rispetto al quale le tentazioni del potere assoluto monarchico vengono valutate alla stregua di una parentesi storicamente circoscritta – sono motivo di (impietosa) comparazione[8].

numero 1/2024

Ulteriori ragioni sostengono l'interesse per l'ipotesi di ricerca qui delineata.

Dal punto di vista metodologico, infatti, la riflessione sul *common law constitutionalism* rappresenta un ulteriore rilevante esercizio di analisi comparata non solo nei confronti di altre categorie di costituzionalismo, ma anche all'interno del suo stesso ambito, tenuto conto delle diversità delle sue manifestazioni, a partire dalla presenza (o meno) di un testo scritto, dalla previsione (o meno) di una procedura aggravata per la revisione di *entrenched provisions*,

---

[5] Si veda E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France […] in a letter intended to have been sent to a gentleman in Paris*, London, 2nd ed., 1790, in F.M. TURNER (ed.), *Rethinking the Western Tradition*, New Haven and London, Yale University Press, 2003. Le citazioni sono, rispettivamente, da p. 159 e p. 27.

[6] Si veda: «*You will observe, that from Magna Charta to the Declaration of Right, it has been the uniform policy of our constitution to claim and assert our liberties, as an entailed inheritance derived to us from our forefathers, and to be transmitted to our posterity; as an estate specially belonging to the people of this kingdom, without any reference whatever to any other more general or prior right*»; ed altresì: «*Thus, by preserving the method of nature in the conduct of the state, in what we improve, we are never wholly new; in what we retain, we are never wholly obsolete*», *ibid.*, p. 29.

[7] In tal senso: «*A state without the means of some change is without the means of its conservation. Without such means it might even risk the loss of that part of the constitution which it wished the most religiously to preserve*», *ibid.*, p.19. Per contrasto, l'esperienza giacobina francese viene dipinta – in un'ottica del tutto conservatrice (che sembra idonea a proiettare un'eco nella perdurante riluttanza britannica alla razionalizzazione costituzionale dell'eguaglianza e dei diritti sociali – come «*that monstrous fiction, which, by inspiring false ideas and vain expectations into men destined to travel in the obscure walk of laborious life, serves only to aggravate and embitter that real inequality, which it never can remove*», *ibid.*, p. 32.

[8] Si veda l'affermazione secondo la quale: «*The power, however, of the House of Commons, when least diminished, is as a drop of water in the ocean, compared to that residing in a settled majority of your National Assembly. That assembly, since the destruction of the orders, has no fundamental law, no strict convention, no respected usage to restrain it. Instead of finding themselves obliged to conform to a fixed constitution, they have a power to make a constitution which shall conform to their designs. Nothing in heaven or upon earth can serve as a control on them*», *ibid.*, p. 38.

dalla formalizzazione (o meno) di una disciplina per il controllo giurisdizionale di costituzionalità.

Si tratta di caratteri distintivi molto rilevanti in una prospettiva sistematica, poiché, da un lato, essi segnano la distanza degli sviluppi interni al *common law constitutionalism* rispetto all'originario modello britannico e tuttavia, dall'altro, essi rivelano non solo la propria compatibilità con la famiglia giuridica di *common law* ma, anzi, indicano la loro suscettibilità di adeguamento ad alcune istanze sistemiche di quella tradizione giuridica. Chiari indicatori in tal senso sono, ad esempio, l'assenza di un assetto di *judicial review* concentrato in un solo organo *ad hoc* (con l'eccezione dell'ordinamento sudafricano), i limiti dell'efficacia sospensiva *inter partes* (e non abrogativa, *erga omnes*) delle pronunce di incostituzionalità, la configurazione della funzione e dell'organo della pubblica accusa in campo penale, ed altri.

Si consideri, del resto, come ad un rapporto di iscrizione al *common law constitutionalism* siano riconducibili ordinamenti così vari ed appartenenti a contesti geopolitici così differenziati come gli Stati Uniti d'America, ordinamenti di (ex)-*Dominions* quali Australia, Canada, Ghana, India, Irlanda, Kenya, Nigeria, Nuova Zelanda, Sri Lanka, Sud Africa, Tanzania, Zambia e molti altri ordinamenti dell'Africa, dei Caraibi e dell'Oceania[9].

Da ultimo, giova considerare come una ricerca così impostata offre l'opportunità di porre in evidenza sia il pluralismo strutturalmente insito all'interno della *Western legal tradition*, sia anche come e quanto quest'ultima sia tributaria del *common law constitutionalism*.

numero 1/2024

Da quest'ultimo punto di vista, in particolare, sia sufficiente richiamare l'influenza esercitata sul costituzionalismo continentale originario − sin dall'opera di Montesquieu − da concetti fondamentali quali 'monarchia costituzionale' (che aveva ispirato già la Costituzione francese del 1791) ovvero, ancora oggi, quale 'forma di governo parlamentare (e, più di recente, di 'forma governo del Primo ministro' a sua volta tradotta anche come 'forma di governo del Cancelliere') o anche quale la originaria configurazione tripolare dell'organo legislativo (*King in Parliament*) che ha ispirato la natura giuridica dell'atto regio di sanzione delle leggi parlamentari (ben diversa dalla promulgazione presidenziale quale atto dovuto)[10].

Nella medesima prospettiva, possono elaborarsi alcune valutazioni in ordine al debito che la cultura costituzionale maturata a fondamento dell'ordinamento dell'Unione europea ha contratto con la cultura giuridica di *common law* nel riconoscere e, a lungo, ad accettare il ruolo cruciale ed esclusivo della giurisdizione comunitaria nella garanzia dei diritti fondamentali − nel silenzio del diritto positivo − quali principi generali del diritto

[9] Per un'interessante rappresentazione visiva della diffusione del *common law* nel mondo, anche in un rapporto di contestuale coesistenza con altre tradizioni giuridiche, si rinvia al sito del progetto di ricerca Jurisglobe. Si tratta, in particolare, di sistemi di *common law* e di sistemi misti così articolati: (i) *common law* e *civil law*; (ii) *common law*, *civil law* e diritto consuetudinario; (iii) *common law* e diritto islamico; (iv) *common law* e diritto consuetudinario; (v) *common law*, diritto islamico e diritto consuetudinario; (vi) *common law*, *civil law*, diritto islamico e diritto consuetudinario; (vii) *common law* , diritto ebraico e diritto islamico.

[10] È palese la riproduzione materiale della formula britannica nello Statuto Albertino che, dopo aver statuito che «Il Re solo sanziona le leggi e le promulga» (art. 7), si riferisce ai "tre organi legislativi" nell'art. 56 («Se un progetto di Legge è stato rigettato da uno dei tre poteri legislativi, non potrà più essere riprodotto nella stessa sessione»).

dell'Unione risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri a titolo di equivalente funzionale del principio di rule of law[11].
In altre parole, il *common law constitutionalism* e la cultura da esso elaborata si sono rivelati in grado di costruire un'esperienza storica di influenza e condizionamento non solo all'interno del circuito degli ordinamenti ad esso ispirati ma anche al suo esterno.

2. Il *common law constitutionalism*: il modello

Il *common law constitutionalism* esprime il riflesso che la cultura giuridica di *common law* ha prodotto sul piano storico e concettuale dell'organizzazione istituzionale del potere e della definizione della conseguente condizione giuridica degli individui nell'ordinamento che ne risulta. L'esperienza inglese e britannica ha dimostrato, altresì, di possedere un potenziale di flessibilità e di capacità di adattamento idoneo ad essere trasferito in altri contesti ad essa collegati e, pur in presenza di condizioni assai varie e del tutto diverse, a modellarne ed influenzarne gli assetti giuridici e costituzionali[12].
Conviene sottolineare come la costante interazione fra storia e cultura abbia manifestato la combinazione che si è rivelata in grado di guidare la progressiva e graduale evoluzione dell'ordinamento nel corso dei secoli, con una significativa fase di cesura radicale nel corso della seconda metà del 17° secolo – dalla decapitazione del Re Carlo I (1649) e dalla

numero 1/2024

[11] Sia permessa la lunga citazione: «L'originalità dell'ordinamento, *la sua derivazione da un processo in corso anziché da una puntuale manifestazione di volontà normativa di un potere costituente* e l'effettività di cui quell'ordinamento gode sono tutti elementi di sistema che, a nostro giudizio, ben si prestano ad una trattazione della materia secondo il metodo del diritto costituzionale comparato ed in base alle categorie che esso riesce ad identificare. Fra queste, in particolare, la giustiziabilità intrinseca dei diritti fondamentali – che può anche prescindere dal diritto positivo, pur in un quadro di *checks and balances* (che ne esce anzi rafforzato in quanto suscettibile anch'esso di garanzia intrinseca sotto il profilo della ragionevolezza) e che la giurisdizione di costituzionalità è in grado di svolgere in virtù della sua stessa esistenza funzionale –, ci è parsa essere un elemento connotativo del diritto comunitario il quale, anche in ragione della condivisione della medesima dinamica presente in ordinamenti costituzionali statuali, ci sembra dimostrare il possesso di profili di riconoscibilità quale autentico diritto costituzionale dell'UE. La dinamica esaminata si presta ad essere ricostruita sistematicamente attraverso la mutuazione, dalla tradizione giuridica di *common law,* del principio di *rule of law*, di cui occorre riconoscere l'esistenza di *un equivalente funzionale* – per il quale non è ancora stata individuata la formula lessicale propria – nei caratteri tipici dello Stato costituzionale di diritto e dell'ordinamento comunitario; *tale equivalente funzionale si potrebbe identificare nella propensione a conferire alla giurisdizione di costituzionalità un ruolo incisivo nella definizione progressiva del diritto costituzionale dell'ordinamento quale dato normativo reale*»: R. TONIATTI, *Il principio di* rule of law *e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione Europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2002 (i corsivi sono aggiunti).
[12] È del tutto condivisibile il giudizio conclusivo sul costituzionalismo britannico, secondo il quale «*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. 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 constitution, 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*». Così P. NORTON, *Constitutional Developments in the United Kingdom. The Adaptability of the Westminster System*, *Foreward*, in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 1, 2024, p. 7 ss.

proclamazione del *Commonwealth of England* sotto Oliver Cromwell quale suo *Lord Protector* (1653-1658) – sino alla *Glorious Revolution* (1688-89) che ripristinò definitivamente il primato del Parlamento sulla Corona.

Una sintetica ricostruzione della cultura costituzionale di *common law* può trarre giovamento da una breve precisazione preliminare sul significato giuridico delle espressioni verbali.

Nel linguaggio corrente, intatti, il termine 'costituzione' è un sostantivo che indica, generalmente, il fatto oggettivo e il modo di essere della struttura essenziale di un organismo. Nel linguaggio giuridico e politico, invece, il termine 'costituzione' acquista un ulteriore significato tecnico-specialistico e viene riferito alla struttura essenziale della comunità politica organizzata e dunque al suo assetto istituzionale e alle norme che ne prescrivono i rapporti con i cittadini. In tal senso, il termine è applicabile ad ogni *polity*, – a partire, ad esempio, dalla tribù di una popolazione indigena per arrivare ad un'unione sovrannazionale – e prescinde da requisiti di forma, essendo del tutto conoscibile e comprensibile da parte dei suoi componenti. Più in particolare, con riferimento alla figura organizzativa dello stato moderno, il termine indica, oltre alla struttura istituzionale essenziale, anche l'atto normativo che la 'costituisce', ossia che ne determina e ne prescrive i contenuti e il relativo valore, il significato, i destinatari, la revisione, ed altro. In altre parole, in senso generale, la costituzione di uno stato può qualificarsi come fatto normativo che si autolegittima e prescinde dall'atto costituente, mentre, in senso specifico, l'atto costituente si identifica con la Costituzione. Il termine 'costituzione' diviene tipico e acquisisce il privilegio di essere scritto (preferibilmente, con un'iniziale maiuscola). Ma, in proposito, la cultura costituzionale britannica mantiene una propria peculiarità.

Storicamente, infatti, mentre l'evoluzione del pensiero di filosofia politica del 18° secolo e le rivoluzioni liberali degli Stati Uniti e della Francia hanno determinato il 'costituzionalismo' come l'ideologia per entonomasia di organizzazione politica dello stato e qualificato la 'Costituzione' come il suo atto fondativo tipico, imprescindibile ed in forma scritta, la rivoluzione inglese del 17° secolo – fatta salva la breve parentesi dell'*Instrument of Government*, rimasto in vigore dal 1653 al 1656[13] – si è indirizzata verso obiettivi di forma del tutto distinti. Sicché, allora come oggi, nel Regno Unito il significato del termine '*constitution*', anche nel contesto giuridico, può essere assai prossimo al suo valore corrente e, di conseguenza, di '*constitution*' si parla in conformità con un'accezione che, nel contesto comparato, risulta essere, in parte, più elementare e, per altra parte, più sofisticata, segnatamente sia come 'struttura essenziale', sia come il complesso eterogeneo delle fonti che individuano, delimitano e disciplinano la '*constitutional matter*'[14], senza tuttavia accedere

[13] L'atto, di portata costituzionale, aveva istituito il *Protectorate* e in questo breve periodo fu inteso legittimare il regime di Oliver Cromwell, con il titolo (vitalizio ma non ereditario) di *Lord* Protettore del *Commonwealth*, in presenza di un Parlamento monocamerale.

[14] Ricordiamo che l'espressione "leggi in materia costituzionale" appartiene al lessico delle Disposizioni preliminari del codice civile italiano del 1942 che, in regime di costituzione flessibile, richiedevano di essere interpretate in chiave sistematica (art. 2: «La formazione delle leggi e l'emanazione degli atti del Governo aventi forza di legge sono disciplinate da *leggi di carattere costituzionale*»; art. 3: «Il potere regolamentare del Governo è disciplinato da *leggi di carattere costituzionale*».

al significato tipico sopra indicato, di matrice statunitense e francese e successivamente circolato in Europa continentale e poi nel mondo. La Costituzione esiste, evidentemente, ma non esiste un unico documento storico che ne sia il simbolo esclusivo dotato di un'aura quasi sacrale.

Sicché, come ben noto, la C*onstitution* del Regno Unito non solo non risulta da un unico testo scritto, adottato in forma solenne e identificabile con un atto storico puntuale, ma è il risultato di una pluralità di fonti collegate alle contingenze storiche e fra loro non necessariamente omogenee, quali norme di *common law*, che ancora definiscono, in particolare la figura del monarca e i suoi *prerogative powers*, norme di *customary law*, che disciplinano, fra l'altro, il funzionamento del Parlamento, norme di *statutory law*, di produzione politica – queste ultime, in virtù del principio di *parliamentary supremacy*, dotate di un'efficacia suprema idonea ad eliminare e riformare le prime, al punto che il principio in parola parrebbe potersi qualificare come garantito da una clausola del tutto informale di *entrenchment* –, con il completamento delle *conventions of the constitution*, norme di natura politica, non giustiziabili, produttive di sanzioni politiche nell'ipotesi di violazione, espressione consolidata dell'autonomia normativa delle istituzioni e della reciproca interazione.

In altre parole, nell'esperienza costituzionale del Regno Unito la nozione di '*constitutional matter*' è di particolare rilievo e di certo esistono un contenzioso ed una giurisprudenza in materia costituzionale.

La Corte Suprema, nel caso Miller 2, così sintetizza la ricostruzione della Costituzione del Regno Unito: «*Although the United Kingdom does not have a single document entitled "The Constitution", it nevertheless possesses a Constitution, established over the course of our history by common law, statutes, conventions and practice. Since it has not been codified, it has developed pragmatically, and remains sufficiently flexible to be capable of further development. Nevertheless, it includes numerous principles of law, which are enforceable by the courts in the same way as other legal principles. In giving them effect, the courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context*»[15].

In base a tali precisazioni può risultare più agevole proseguire in questa riflessione e procedere ad una qualificazione dell'ordinamento giuridico britannico e della sua *Constitution* quale può ricavarsi in modo non esaustivo con un breve richiamo ad alcuni caratteri di sistema.

In primo luogo, in comparazione con il costituzionalismo europeo continentale, osserviamo la portata recessiva della riconducibilità delle fonti normative ad atti di volontà politica e la preferenza accordata alla storia, allo svolgimento di percorsi evolutivi progressivi, fondati su premesse di gradualità e riluttanti ad affidarsi a soluzioni di rottura. In parziale deroga,

[15] Si tratta della pronuncia in *R (Miller) v The Prime Minister* and *Cherry v Advocate General for Scotland* del 2019 (nota anche come Miller 2). La citazione è dal punto 39.

tuttavia, si pone il rilievo anche formale di una serie di atti di natura pattizia – a cominciare dalla *Magna Charta* del 1215 – che ha costellato la storia costituzionale dell'ordinamento.
In secondo luogo, si consideri come – anche in conseguenza di quanto testé osservato – uno sviluppo ispirato alla continuità storica degli assetti normativi sia stato affidato prioritariamente alla giurisprudenza ed alla sua propensione a 'dire' il diritto trovandolo nella *law of the land*, in conformità con il principio di *rule of law*. Il principio del precedente vincolante conferma la propensione dell'ordinamento alla continuità del proprio procedere, nel presupposto dell'affidabilità del formante giurisprudenziale.
Chiaramente, quando le circostanze lo richiedono e l'ordinamento giuridico quale esso è non corrisponde a quello che dovrebbe essere e che si vuole che sia, il sistema è in grado piuttosto agevolmente di fare affidamento su taluni correttivi, quali l'intervento della volontà politica – attraverso la *statutory legislation* – ovvero il *judicial ovverruling* e l'individuazione di una nuova norma.
In altre parole, l'ordinamento non è 'condannato' all'immobilismo normativo ma si conferma caratterizzato dall'opzione fra continuità e discontinuità normativa sia in sede politica e parlamentare, sia attraverso la risorsa giurisprudenziale. In entrambi i casi, l'opzione esprime in modo differenziato un alto potenziale di politicità, connesso ad un giudizio di convenienza, per lo più di natura contingente e privo di una vocazione sistematica ma non immune, a seconda delle circostanze, da una proiezione nel lungo periodo.
In tale contesto, occorre anche sottolineare una duplice circostanza, quasi si trattasse di due facce della stessa medaglia: da un lato, il rispetto diffuso e condiviso della tradizione e della storia – che si riflette dalla dimensione sociale su quella politica – rappresenta di fatto una forte garanzia di continuità istituzionale e si presta a fungere da equivalente funzionale di una *eternity clause* formale, conferendo, paradossalmente, alla Costituzione britannica un forte connotato sostanziale di rigidità.
Dall'altro lato, però, l'assenza di una garanzia formale che circoscriva l'emendabilità della Costituzione produce l'effetto di dilatare la discrezionalità riformatrice del legislatore politico: a conferma di ciò, ricordiamo l'avvio del processo di *devolution* e l'emergere di un concetto di 'territorial Constitution', ovvero il frequente intervento legislativo di riforma anche radicale nei confronti della *House of Lords* e l'indirizzo politico volto ad eliminare del tutto l'*upper House*, senza peraltro che il sistema sia mai riuscito a configurarne l'alternativa.
E ancora più significativo – come sopra indicato – è il metodo negoziale quale fonte di innovazioni costituzionali che, per citare un esempio recente, ha disciplinato l'indizione e lo svolgimento del referendum per la secessione della Scozia: il riferimento è sia al c.d. *Edinburgh Agreement* (*Agreement between the United Kingdom Government and the Scottish Government on a referendum on independence for Scotland)* nell'ottobre del 2012 e del relativo Memorandum intergovernativo intercorso fra il governo britannico e l'esecutivo scozzese, sia all'*Order in*

Council (previsto dal citato Accordo) che ha provvisoriamente riformato lo *Scotland Act* del 1998 per conferire la necessaria competenza al Parlamento scozzese[16].

Ulteriore conferma della disponibilità negoziale di un contenuto di evidente rilievo costituzionale deriva da una successiva pronuncia della *Supreme Court* in risposta alla richiesta preventiva, sottopostale dal governo scozzese, circa la configurabilità di una competenza legislativa residuale nell'ambito della *devolution* ad indire e disciplinare un nuovo referendum in assenza di un consenso del governo centrale[17].

In questa circostanza, la Corte non si è limitata a confermare che l'indizione di un nuovo referendum per la secessione non fa parte delle *devolved matters* ma ha precisato che essa rientra, di conseguenza, nell'ambito delle *reserved matters* del Parlamento di Westminster e non ha escluso che quest'ultimo possa esprimersi a riguardo. La secessione scozzese, pertanto, si rivela essere materia costituzionalmente disponibile, a condizione che si agisca nell'ambito della competenza parlamentare e attraverso l'adozione della fonte adeguata (così confermando, indirettamente, il corso degli eventi posto in essere nel 2014).

La giurisprudenza ora richiamata si pone in linea di palese continuità con quanto a suo tempo deliberato dalla Corte suprema canadese (*Reference re Secession of Quebec, del 1998)* con riguardo al quesito sull'ammissibilità del referendum per la secessione del Québec dall'unione federale e sulla pertinenza essenzialmente politica e non prioritariamente giuridico-costituzionale della questione.

numero 1/2024

È rilevante citare due brani della decisione in parola che testimoniano palesemente il fondamento del rilievo qui sopra esposto[18].

In primo luogo, il ragionamento con il quale la Corte afferma che «*Quebec could not, despite a clear referendum result, purport to invoke a right of self-determination to dictate the terms of a proposed secession to the other parties to the federation. The democratic vote, by however strong a majority, would have no legal effect on its own and could not push aside the principles of federalism and the rule of law, the rights of individuals and minorities, or the operation of democracy in the other provinces or in Canada as a whole. Democratic rights under the Constitution cannot be divorced from constitutional obligations. Nor, however, can the reverse proposition be accepted. The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others. The negotiations that followed such a vote*

[16] Si tratta de "*The Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013*" […] *made by Her Majesty in Council in exercise of the powers conferred upon Her by section 30(2) and (4) and 113(4)(a) of the Scotland Act 1998(a)*. La Nota esplicativa precisa che «*This Order modifies Schedule 5 to the Scotland Act 1998 (c.46). Schedule 5 defines reserved matters (matters which are outside the legislative competence of the Scottish Parliament) for the purposes of that Act. The Order provides an exception to the reservation of the Constitution under paragraph 1 of Part 1 of Schedule 5 so that a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom is not a reserved matter if certain requirements are met*».

[17] Il riferimento è alla decisione unanime della Corte suprema in *Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998 before Lord Reed, President Lord Lloyd-Jones Lord Sales Lord Stephens Lady Rose* (23 novembre 2022), sulla quale rinviamo a R. TONIATTI, *La giustiziabilità condizionata della secessione della Scozia dal Regno Unito*, destinato agli *Scritti in onore di Guerino D'Ignazio* (di prossima pubblicazione).

[18] Si tratta dei Punti 151 e 153 della decisione.

would address the potential act of secession as well as its possible terms should in fact secession proceed. There would be no conclusions predetermined by law on any issue. Negotiations would need to address the interests of the other provinces, the federal government, Quebec and indeed the rights of all Canadians both within and outside Quebec, and specifically the rights of minorities. No one suggests that it would be an easy set of negotiations».

In secondo luogo, la ricostruzione che la Corte precisa circa il proprio ruolo nel contesto della controversia *de qua*: «*The task of the Court has been to clarify the legal framework within which political decisions are to be taken "under the Constitution", not to usurp the prerogatives of the political forces that operate within that framework. The obligations we have identified are binding obligations under the Constitution of Canada. However, it will be for the political actors to determine what constitutes "a clear majority on a clear question" in the circumstances under which a future referendum vote may be taken. Equally, in the event of demonstrated majority support for Quebec secession, the content and process of the negotiations will be for the political actors to settle. The reconciliation of the various legitimate constitutional interests is necessarily committed to the political rather than the judicial realm precisely because that reconciliation can only be achieved through the give and take of political negotiations. To the extent issues addressed in the course of negotiation are political, the courts, appreciating their proper role in the constitutional scheme, would have no supervisory role*».

Si tratta di uno dei modi di essere – peraltro solo eventuali – del *common law constitutionalism*, ipoteticamente riproducibile in altri ordinamenti federali riconducibili a quella famiglia giuridica qualora sussistesse la disponibilità a negoziare. Storicamente, l'ipotesi di certo non è stata sottoposta a verifica negli Stati Uniti d'America nel 19° secolo, anche se un esame non tanto delle ragioni di merito quanto delle argomentazioni formali degli Stati secessionisti potrebbe condurre a conclusioni interessanti.

3. La circolazione del modello: sviluppi, variazioni, indicatori

La circolazione del modello britannico del *common law constitutionalism* – resa particolarmente significativa, *in primis*, dalla vastità del dominio coloniale – si fonda sull'unità della lingua inglese, del linguaggio tecnico-specialistico e, in particolare, della specifica cultura del diritto di quella famiglia giuridica che ha condizionato l'evoluzione e agevolato l'adeguamento del modello.

Quella cultura giuridica si è rivelata propensa, fra l'altro, a riconoscere, nel contesto della dimensione generalmente e genericamente 'costituzionale' (nel senso sopra indicato), la coesistenza di un ambito riservato alla politica e di un altro ambito, parallelo ed interattivo con il primo ma da esso distinto, propriamente giuridico e, in quanto tale, sottoposto alla giurisdizione.

Il diritto costituzionale di *common law* non pretende di assorbire in sé l'integralità della sfera politica e la politica, relativamente libera di seguire i propri percorsi evolutivi, riconosce, nondimeno, la funzionalità del rispetto per il principio di *rule of law*. La configurazione giurisprudenziale della *political question doctrine* da parte della Corte suprema degli Stati Uniti ne testimonia la portata, ancorché quale limite alla propensione sistemica ad affidare la soluzione di nodo istituzionali complessi alla giurisdizione. Inoltre, a ben vedere, tale

rapporto – fra *policy-making* e diritto – prescinde anche dall'adozione della forma scritta della fonte costituzionale. Si tratta di un (dis)equilibrio (rispetto al costituzionalismo europeo continentale di matrice giacobina) che ha consentito alla *polity* di gestire con profitto non solo la propria esistenza ma anche la propria cultura giuridica di riferimento e la sua idoneità alla circolazione nel mondo a sostegno di un vasto impero coloniale.

Occorre osservare, tuttavia, che la prevalenza accordata all'esperienza storica e alla sua gradualità al fine della definizione e all'adeguamento del proprio assetto costituzionale non ha impedito la dinamica funzionale dell'auto-proiezione che l'ordinamento ha operato nei confronti delle diverse unità del proprio sistema coloniale alle quali ha indirizzato i rispettivi atti costitutivi.

La produzione di una disciplina costituzionale per contesti territoriali altri da sé, soggettivamente, ma destinati ad essere, oggettivamente, una copia di sé per quanto possibile analoga, ha comportato una relativa razionalizzazione delle proprie norme costituzionali. La costituzione/Costituzione delle colonie si è rivelata corrispondere ad una fonte scritta che ha formalizzato il processo di mutuazione e di trasferimento del modello di organizzazione politica fondato sulla famiglia giuridica di *common law*. Tale fonte scritta ha pertanto affidato il proprio obiettivo costitutivo ad un atto normativo di volontà politica volto ad acquisire i propri esiti in tempi immediati.

Questo percorso è stato seguito, nel corso dei secoli, con un fondo di continuità ma anche con profili differenziati, in conformità con l'evoluzione dei tempi e le peculiarità dei diversi contesti culturali e territoriali.

Si può operare una divisione secondo criteri storici, di natura più descrittiva che sistematica, distinguendo una prima e una seconda fase coloniale, sino alla formulazione dello *Statute of Westminster* del 1931 che ha segnato un punto di svolta. Giova osservare sin d'ora che il fenomeno dell'auto-proiezione del modello britannico e della sua cultura giuridica di *common law* si è sostanzialmente confermato anche in quelle circostanze – segnatamente, la rivoluzione nord-americana e la rottura irlandese – nelle quali la separazione dei nuovi ordinamenti ha assunto forme di frattura anche violente.

Il primo riferimento storico del quadro sopra descritto è rappresentato dagli atti formali con i quali la Corona ha configurato il titolo di insediamento di ciascuna colonia nei territori d'oltre Atlantico, ponendo in tal modo in essere un assetto costituzionale basato fondamentalmente su fonti scritte.

In proposito, è dato osservare come ciascuna colonia sia stata destinataria di un proprio atto costitutivo, benché concepito secondo una tipologia differenziata che solitamente viene ricondotta a tre gruppi, segnatamente le *Royal* (o *Crown*) *Colonies*, le *Charter* (o *Corporate*) *Colonies* e le *Proprietary Colonies*.

La situazione qui ricostruita ha posto le premesse perché, in conformità con la portata rivoluzionaria dell'ideologia dell'indipendenza dalla Corona britannica e della vittoria militare, si compisse una trasformazione delle Carte coloniali in Costituzioni scritte, che adattavano al mutato contesto politico l'assetto ereditato dal regime pregresso: le nuove

fonti dispongono una cesura radicale dalla Monarchia britannica ma, per altri profili, ne recepiscono molti istituti caratterizzanti, in forma tacita o esplicita.

A titolo indicativo, in questa sede si richiamano *the Constitution of* Virginia (1776) e *the Constitution of* Massachusetts (1780), entrambe articolate in una *Declaration of Rights* e, rispettivamente, in una "*Constitution, or Form of Government*" e in una Parte II intitolata "*The Frame of Government*". Entrambi i documenti enunciano diritti già propri dell'ordinamento monarchico in base al *common law* (dall'*habeas corpus* al diritto alla giuria) e possono ritenersi, pertanto, più dichiarativi che costitutivi.

Nel testo della Virginia, la soppressione del governo monarchico britannico è espressamente formalizzata («*the government of this country, as formerly exercised under the crown of Great Britain, is* totally *dissolved*»; e «*A Governour, […] shall, with the advice of a Council of State, exercise the executive powers of government according to the laws of this commonwealth; and shall not, under any pretence, exercise any power or prerogative by virtue of any law, statute, or custom, of England*»); nondimeno, in entrambi i nuovi ordinamenti, la forma di governo (un esecutivo monocratico, un'assemblea legislativa bicamerale, la separazione dei poteri, il procedimento di *impeachment*, la nomina politica dei giudici e dell'*Attorney General*, la titolarità della funzione «*during good behaviour*», etc.) è ampiamente mutuata dall'ex madrepatria.

In Massachusetts, la rottura con l'ordinamento britannico viene dichiarata solo in forma implicita quale conseguenza espressamente proclamata dell'esercizio dell'autodeterminazione; e, nondimeno, osserviamo che si richiamano «*the laws of the land*» quale riferimento sia per la generale azione di governo sia per la disciplina applicabile ai procedimenti di *impeachment*. Ancora in Massachusetts, si prescrive esplicitamente la continuità dell'ordinamento giuridico, condizionata dalla conformità con la nuova Costituzione («*Art. VI All the laws which have heretofore been adopted, used, and approved in the province, colony, or State of Massachusetts Bay, and usually practiced on in the courts of law, shall still remain and be in full force, until altered or repealed by the legislature, such parts only excepted as are repugnant to the rights and liberties contained in this constitution*»).

Rilievi non dissimili andranno applicati anche alla Costituzione federale del 1789[19], per quanto concerne sia la forma scritta, sollecitata anche dalla sua origine pattizia, sia l'adozione di una forma di governo dualista – fondata sul modello riconducibile all'assetto istituzionale vigente nel Regno Unito prima dell'impatto delle *conventions of the Constitution* –, sia la qualificazione della superiorità gerarchica della Costituzione federale come *the supreme law of the land* (Art. VI), sia la pressione per la formulazione di un *Bill of Rights* (entrato in vigore già nel 1791), la cui esplicita previsione di diritti fondati sul *common law* e già esercitabili si avvale della clausola di chiusura di cui al IX e al X Emendamento[20].

L'esperienza storica delle colonie, degli Stati neo-indipendenti e dell'ordinamento federale degli Stati Uniti, qui succintamente ricostruita, pone in evidenza come un passaggio di

[19] Per ulteriori osservazioni in proposito rinviamo a R. TONIATTI, *Common law constitutionalism*, cit.

[20] Si veda il rispettivo testo: «The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people»; e «The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people».

radicale discontinuità rispetto al pregresso regime monarchico espresso con il consolidamento costituzionale della *republican form of government* non abbia ostacolato la continuità della cultura giuridica di *common law*[21]. In base a tali premesse, si può sicuramente ascrivere il diritto costituzionale degli Stati membri e degli Stati Uniti al *common law constitutionalism*, quale uno dei contenuti significativi della vigente cultura giuridica.

Un ragionamento non dissimile può essere impostato con riguardo ad altre esperienze di governo territoriale del passato coloniale nell'ambito dell'Impero britannico, nonostante la diversità del rispettivo contesto politico, dei percorsi storici seguiti per dar corso alla complessiva transizione post-coloniale nonché del consolidamento degli assetti istituzionali vigenti.

Nello scenario orientale, si rileva un marcato ruolo affidato alla *English* (poi *British*) *East India Company* (1600-1874), con un'estensione territoriale assai vasta – dal subcontinente indiano al Sud Est asiatico –, con funzioni di amministrazione e di governo, dotata di una propria ingente forza militare, interlocutrice, all'ombra del governo di Londra, di varie monarchie tradizionali quali regni vassalli (i '*princely states*'), poi superata grazie all'organizzazione del c.d. *British Raj*, ossia il governo britannico diretto ('*Crown rule*'), istituito con il *Government of India Act* del 1858 e venuto meno solo con l'indipendenza dell'India e del Pakistan (1947).

In questo lungo periodo, il primato del diritto di *common law*, interpretato ed applicato da tribunali in coerenza con la tradizione inglese, conobbe anche forme di ibridazione con il diritto locale di natura consuetudinaria e religiosa.

L'organizzazione del governo delle colonie in Africa fu frammentata secondo vari modelli, normalmente ricondotti alla formula di *economic companies*, ovvero di *indirect rule*, *direct rule* e, infine, di *settler rule*.

Nel primo caso, si trattava di concessioni territoriali per lo sfruttamento delle risorse, con ogni responsabilità normativa, amministrativa e tributaria, come nel caso della *British East Africa Company*, insediata (nel periodo 1888/1893) in Kenya (ed altri territori dell'area), ovvero della *British South Africa Company (1887/1923)*, che si estendeva all'area comprensiva degli attuali ordinamenti del Malawi, dello Zambia e dello Zimbawe.

Il sistema di *direct rule* si basava su di un'amministrazione britannica centralizzata sul territorio, con un ruolo molto limitato riconosciuto alle autorità indigene tradizionali e al diritto tribale, a differenza della distinta figura dell'*indirect rule*, nella quale l'amministrazione coloniale faceva invece affidamento sulle istituzioni delle popolazioni colonizzate, benché la collaborazione implicasse l'adozione di parametri normativi, amministrativi e giudiziari derivati dall'ordinamento britannico.

Da ultimo, è da richiamare il modello detto della '*settler rule*', conseguente all'ampia consistenza della presenza di immigrati provenienti dalla madrepatria nel territorio coloniale, nel cui ambito intendevano organizzare stabilmente la propria esistenza. Da qui la configurazione di un ordinamento giuridico 'proprio', con l'adozione di forme di

[21] Il fondamento di quanto espresso nel testo prescinde dalla dibattuta questione circa l'esistenza di un *common law* federale, su cui rinviamo a U. MATTEI, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 122 ss.

pluralismo giuridico, con norme differenziate per la popolazione africana (anche in ragione della rispettiva etnia) e con l'applicazione del *jus commune* di origine giustinianea proprio della comunità di origine olandese, accanto al *common law* dei coloni di origine inglese.
Nel prosieguo della fase coloniale, è dato notare come il modello normativo – sostanzialmente uniforme – adottato nel 19° e 20° secolo riprenda il tenore dell'auto-proiezione costituzionale da parte dell'ordinamento britannico, come a suo tempo già posto in essere, benché in forma diversificata, con la concessione delle Carte coloniali nel 17° secolo. Ancora una volta, è lo stesso legislatore di Westminster ad elaborare un testo scritto unitario per la disciplina dei profili fondamentali della materia costituzionale vigente in un territorio dell'Impero, al quale testo viene esplicitamente attribuita la denominazione di 'Costituzione'.
È interessante osservare, in proposito, che il *nomen juris* di '*constitution*', se, per un verso, viene impiegato per qualificare la fonte normativa fondamentale, in forma scritta, del governo di un territorio, per altro verso non risulta collegato ad un atto di auto-determinazione sovrana del territorio nel quale è destinato ad essere applicato ma è strutturato quale manifestazione della sovranità imperiale dell'ordinamento britannico.
Il primo riferimento storico di questo ciclo è offerto dal *New Zealand Constitution Act* del 1852 – *An Act to grant a Representative Constitution to the Colony of New Zealand* – con il quale, da un lato, si formalizza il superamento dello *status* di *Crown Colony* con l'acquisizione di margini di autonomia di governo mentre, dall'altro, si conferma la perdurante sovranità britannica formalizzata dalla imputabilità dell''atto 'costituzionale' al Parlamento imperiale. Il commento si applica anche al primo emendamento del *Constitution Act*, adottato già nel 1857 dal legislatore di Westminster, per attribuire all'Assemblea Generale il potere di emendare autonomamente la propria fonte costituzionale, fatta eccezione per la propria stessa istituzione e per la portata delle proprie competenze legislative.
La configurazione istituzionale e funzionale dell'assetto di governo ribadisce palesemente la riproduzione del modello britannico: ci limitiamo ad un riferimento all'individuazione dell'organo legislativo[22], al vincolo di conformità con l'ordinamento del Regno Unito, all'istituto (in parte riadattato) del *royal assent*.
Il secondo riferimento è al *British North America Act* del 1867 adottato dal Parlamento britannico per istituire l'ordinamento federale del Canada e prescriverne il quadro costituzionale («*a Constitution similar in Principles to that of the United Kingdom*»).
Anche in questo contesto sono particolarmente visibili gli indicatori circa la visibilità del modello originario: la titolarità monocratica del potere esecutivo, posto in capo alla Corona e, in suo nome, al Governatore («*on behalf and in the Name of the Queen*»), da esercitarsi sentito il *Privy Council for Canada* («*to be styled the Queen's Privy Council for Canada*»); la composizione dell'organo legislativo[23]; la nomina dei giudici da parte dell'autorità politica; la continuità

[22] Si veda l'art. 32: «*There shall be within the colony of New Zealand a General Assembly, to consist of the Governor, a Legislative Council, and House of Representatives*», ossia «*the King/Queen in Parliament*»).
[23] **Come prescritto dall'art. 17 («***There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate, and the House of Commons*»).

dell'ordinamento giuridico, del sistema giudiziario e della titolarità di uffici pubblici «*as if the Union had not been made*».

Un'ulteriore fonte normativa che rileva in questo contesto è rappresentata dal *Constitution Act* dell'Australia del 1900 – segnatamente, *An Act to constitute the Commonwealth of Australia* – anch'esso atto legislativo in materia costituzionale e in forma scritta, adottato dal legislatore britannico per istituire l'ordinamento federale australiano[24]. Di tale fonte, oltre alla riferibilità dell'atto al Parlamento di Londra, giova richiamare la formalizzazione della cultura giuridica di fondo e del modello istituzionale trapiantato.

L'ordinamento giuridico australiano viene precisato essere inclusivo della Costituzione e della legislazione adottata dal Parlamento («*This Act, and all laws made by the Parliament of the Commonwealth under the Constitution, shall be binding on the courts, judges, and people of every State and of every part of the Commonwealth, notwithstanding anything in the laws of any State […]*»" (art. 5).

Quanto alla funzione legislativa, la Costituzione afferma che «*the legislative power of the Commonwealth shall be vested in a Federal Parliament, which shall consist of the Queen, a Senate, and a House of Representatives*» (art. 1)[25]. Si prevede la figura del «*Governor-General appointed by the Queen [who] shall be Her Majesty's representative in the Commonwealth, and shall have and may exercise in the Commonwealth during the Queen's pleasure, but subject to this Constitution, such powers and functions of the Queen as Her Majesty maybe pleased to assign to him*» (art. 2).

L'esercizio del *royal assent* alla legislazione canadese, quale requisito di validità della legge parlamentare, è disciplinato in modo da coordinare sia l'intervento diretto e finale della Corona sia la partecipazione, anche in via interlocutoria, del Governatore Generale. Il *royal assent* è prescritto anche per la revisione della Costituzione, attribuita al Parlamento federale con procedura aggravata.

Il potere esecutivo «*is vested in the Queen and is exerciseable by the Governor-General as the Queen's representative, and extends to the execution and maintenance of this Constitution, and of the laws of the Commonwealth*» (art. 61). Si prevede l'assistenza di un *Federal Executive Council*, con ruolo consultivo.

Il modello britannico si afferma anche con riguardo alla nomina della magistratura federale. Il *Constitution Act* del 1900 (art. 76) stabilisce altresì che la legge parlamentare possa attribuire alla *High Court* un'ulteriore «*original jurisdiction*» in relazione a «*in any matter (i) arising under this Constitution, or involving its interpretation : (ii) Arising under any laws made by the Parliament […]*».

Secondo quanto anticipato, questo ciclo di interventi normativi 'costituzionali' del Parlamento britannico rivolti ai propri territori si estende anche all'ordinamento irlandese, segnatamente attraverso l'*Irish Free State* (*Saorstát Eireann*) *Constitution Act* del 1922, adottato sia dal *Dáil Éireann* in funzione 'quasi-costituente', sia dal Parlamento di Westminster per

[24] Osserviamo che, a differenza della formula impiegata con riguardo al Canada, in questo caso il riferimento è alla volontà dei popoli degli Stati membri.

[25] In base all'art. 49. «*The powers, privileges, and immunities of the Senate and of the House of Representatives, and of the members and the committees of each House, shall be such as are declared by the Parliament, and until declared shall be those of the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and of its members and committees, at the establishment of the Commonwealth*».

dare esecuzione agli *Articles of Agreement* dell'*Anglo-Irish Treaty* dell'anno precedente quale atto di cessazione dei perenni conflitti, culminati nei primi due decenni del secolo 19° nella *Irish War of Independence* e nella *Irish Civil War*. La soluzione dell'*Irish Free State*, tuttavia, non durò che molto brevemente, proprio in ragione della riproposizione dell'applicazione all'Irlanda della sovranità costituzionale britannica nell'ambito del *Commonwealth*.

In via preliminare, osserviamo che l'*Irish Free State* (Saorstát Eireann) *Constitution Act* si distingue dalle fonti analoghe già richiamate per la presenza di una significativa elencazione di diritti fondamentali.

L'organo legislativo è denominato *Oireachtas* e «*it shall consist of the King and two Houses, the Chamber of Deputies (otherwise called and herein generally referred to as "Dáil Eireann") and the Senate (otherwise called and herein generally referred to as "Seanad Eireann"). The sole and exclusive power of making laws for the peace, order and good government of the Irish Free State (Saorstát Eireann) is vested in the Oireachtas*». Di particolare rilievo nella polemica politica costituzionale si è dimostrato l'obbligo di giuramento di fedeltà alla Corona espressamente previsto per ogni membro dell'*Oireachtas*[26].

Il perfezionamento di ogni atto legislativo richiede il *royal assent*, dettagliatamente disciplinato anche con espresso riferimento alla prassi prescritta per il *Dominion* del Canada[27].

La prassi canadese e quella australiana sono richiamate anche in relazione all'esercizio del potere esecutivo attribuito alla Corona e posto in essere da un suo Rappresentante[28], assistito da un organo collegiale denominato *Executive Council*[29].

Ricordiamo anche il procedimento di nomina dei magistrati da parte dell'organo esecutivo («*The judges of the Supreme Court and of the High Court and of all other Courts established in pursuance of this Constitution shall be appointed by the Representative of the Crown on the advice of the Executive*

[26] Si veda il testo dell'art. 17: «*The oath to be taken by members of the Oireachtas shall be in the following form: I . . . do solemnly swear true faith and allegiance to the Constitution of the Irish Free State (Saorstát Eireann) as by law established, and that I will be faithful to H.M. King George V., his heirs and successors by law in virtue of the common citizenship of Ireland with Great Britain and her adherency to and membership of the group of nations forming the British Commonwealth of Nations. Such oath shall be taken and subscribed by every member of the Oireachtas before taking his seat therein before the representative of the Crown or some other person authorised by him*».

[27] Si veda il testo dell'art. 41 («*So soon as any Bill shall have been passed or deemed to have been passed by both Houses, the Executive Council shall present the same to the Representative of the Crown for the signification by him, in the King's name, of the King0s assent, and such Representative may withhold the King's assent or reserve the Bill for the signification of the King's pleasure: Provided that the Representative of the Crown shall in the withholding of such assent to or the reservation of any Bill, act in accordance with the law, practice, and constitutional usage governing the like withholding of assent or reservation in the Dominion of Canada*»).

[28] In tal senso cfr. l'art. 60: «*The Representative of the Crown, who shall be styled the Governor-General of the Irish Free State (Saorstát Eireann) shall be appointed in like manner as the Governor-General of Canada and in accordance with the practice observed in the making of such appointments*».

[29] Così prevede l'art. 51: «*The Executive Authority of the Irish Free State (Saorstát Eireann) is hereby declared to be vested in the King, and shall be exercisable, in accordance with the law, practice and constitutional usage governing the exercise of the Executive Authority in the case of the Dominion of Canada, by the Representative of the Crown. There shall be a Council to aid and advise in the government of the Irish Free State (Saorstát Eireann) to be styled the Executive Council. The Executive Council shall be responsible to Dáil Eireann, and shall consist of not more than seven nor less than five Ministers appointed by the Representative of the Crown on the nomination of the President of the Executive Council*».

Council", art. 68) e la previsione esplicita di una competenza giurisdizionale di controllo di compatibilità delle norme con la Costituzione[30].

Da ultimo, ricordiamo la prescrizione circa la continuità dell'ordinamento giuridico pregresso condizionata dal rapporto di conformità con la nuova fonte costituzionale.

Una successiva significativa evoluzione degli assetti sin qui oggetto della presente ricognizione è intervenuta con l'adozione dello *Statute of Westminster* del 1931, che ha conferito una nuova forma all'organizzazione dei rapporti fra il Regno Unito e una parte significativa della sua rete coloniale, in linea di prosecuzione rispetto ad una prima razionalizzazione intervenuta con l'emanazione del *Colonial Laws Validity Act* (*An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*) del 1865, in base al quale si prevedeva l'autonomia legislativa dei *Dominions* a condizione che le rispettive fonti non fossero in contrasto con la *repugnancy clause* che garantiva il primato della legge britannica volta a disciplinare taluni rapporti anche negli ordinamenti delle colonie.

Ancora una volta, dunque, si tratta di una rilevante fonte in materia costituzionale, conforme ad un'evoluzione graduale degli assetti condizionata dalla variazione delle contingenze storiche.

Occorre osservare, inoltre, che – secondo una frequente prassi, già richiamata, nell'esperienza del *common law constitutionalism* – la fonte citata riproduce un precedente accordo intercorso fra i soggetti interessati che ne anticipa i tratti essenziali: il riferimento è sia agli esiti della sesta *Imperial Conference* del 1930, sia, soprattutto, alla *Balfour Declaration* del 1926 nella quale, fra l'altro, si rileva la passata eterogeneità dell'assetto coloniale[31] e, pur rappresentando un intervento di razionalizzazione del sistema, si esclude, motivando, la scelta in favore di una Costituzione scritta per il *Commonwealth*[32].

Lo *Statute of Westminster* del 1931 (*An Act to give effect to certain resolutions passed by Imperial Conferences held in the years 1926 and 1930*) da un lato ha riconosciuto che «*it is necessary for the ratifying, confirming and establishing of certain of the said declarations and resolutions of the said Conferences that a law be made and enacted in due form by authority of the Parliament of the United Kingdom*» e,

[30] Come previsto dall'art. 65: «*The judicial power of the High Court shall extend to the question of the validity of any law having regard to the provisions of the Constitution. In all cases in which such matters shall come into question, the High Court alone shall exercise original jurisdiction*».

[31] La Dichiarazione in parola è stata adottata dall'*Inter-Imperial Relations Committee* al fine di esaminare «*questions on the Agenda affecting Inter-Imperial Relations* […]». A proposito dell'allora presente contesto storico, si precisa, in particolare, che «*The rapid evolution of the Oversea Dominions during the last fifty years has involved many complicated adjustments of old political machinery to changing conditions. The tendency towards equality of status was both right and inevitable. Geographical and other conditions made this impossible of attainment by the way of federation. The only alternative was by the way of autonomy; and along this road it has been steadily sought. Every self-governing member of the Empire is now the master of its destiny. In fact, if not always in form, it is subject to no compulsion whatever*».

[32] È interessante citare una delle statuizioni introduttive del documento alla stregua della quale si afferma che «*The Committee are of opinion that nothing would be gained by attempting to lay down a Constitution for the British Empire. Its widely scattered parts have very different characteristics, very different histories, and are at very different stages of evolution; while, considered as a whole, it defies classification and bears no real resemblance to any other political organisation which now exists or has ever yet been tried. There is, however, one most important element in it which, from a strictly constitutional point of view, has now, as regards all vital matters, reached its full development—we refer to the group of selfgoverning communities composed of Great Britain and the Dominions. Their position and mutual relation may be readily defined. They are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations*».

dall'altro, ha conferito fondamento formale al principio di eguaglianza di *status* fra gli ordinamenti indipendenti e sovrani dei *Dominions*[33], uniti dalla condivisione dell'istituzione della Corona ma in ampia parte sottratti – salvo propria richiesta volontaria – alla supremazia legislativa del Parlamento del Regno Unito[34].

Come rilevato, la legge ha una evidente portata materialmente costituzionale per l'ordinamento del Regno Unito che si è estesa all'ordinamento di alcuni dei *Dominions*: essa, infatti, aveva disposto la propria efficacia immediata solo con riguardo ad alcuni di questi ultimi (*Canada, Irish Free State e Union of South Africa*) in conformità al consenso da loro stessi volontariamente espresso, nell'esercizio di una forma di esercizio di una propria potestà 'costituente' coerente con la configurazione del *common law constitutionalism*. In rapporto agli altri (*Australia*, *New Zealand*, *Newfoundland*), invece, lo *Statute of Westminster* aveva invece previsto la subordinazione della propria efficacia ad un rispettivo atto legislativo di natura costituente.

In Nuova Zelanda, il Parlamento approvò, nello stesso anno (1947), sia lo *Statute of Westminster Adoption Act* 1947 sia il *New Zealand Constitution Amendment Act*, con il quale venne previsto un'autonoma funzione di revisione costituzionale senza peraltro sopprimere la competenza legislativa del Parlamento britannico ad intervenire anche sul testo della Costituzione. Quest'ultima venne eliminata del tutto solo in seguito all'abrogazione dello *Statute of Westminster* e l'approvazione del *Constitution Act* del 1986 (che, nonostante il nome, rappresenta solo una delle fonti scritte della Costituzione).In Canada si è sviluppato un procedimento articolato in più fonti che è stato denominato di '*patriation*' della Costituzione: sulla base di una richiesta *ad hoc* del Parlamento canadese, il legislatore britannico ha adottato il *Canada Act* (*An Act to give effect to a request by the Senate and the House of Commons of Canada*) del 1982, secondo il quale (art. 2: «*Termination of power to legislate for Canada*») «*No Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the Constitution Act, 1982 comes into force shall extend to Canada as part of its law*».

La fonte citata è integrate da un Allegato (*Schedule B*) che contiene, fra l'altro, il testo della *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Part I*), *la Procedure for Amending Constitution of Canada* (*Part V*), la nuova denominazione del *British North America Act, 1867*) che diviene il *Constitution Act* del 1867 al quale viene apportata una serie di emendamenti, la qualificazione della *Primacy of Constitution of Canada* (Part VI), secondo la quale «*The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is*

[33] Segnatamente, il *Dominion* del Canada, il *Commonwealth* dell'Australia, il *Dominion* della Nuova Zelanda, l'*Union* del Sud Africa, l'*Irish Free State* e *Newfoundland*.

[34] Lo *Statute of Westminster* stabilisce (sez. 4) che «*No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof*»; e (sez. 2.1) che «*No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the Law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion*».

***inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*» (art. 52.1)[35].**

In Irlanda, l'esistenza dell'*Irish Free State* si è estinta con l'adozione della Costituzione del 1937, il cui testo emblematicamente presenta una prima parte intitolata a "*The Nation*" (art. 1: «*The Irish nation hereby affirms its inalienable, indefeasible, and sovereign right to choose its own form of Government, to determine its relations with other nations, and to develop its life, political, economic and cultural, in accordance with its own genius and traditions*») e una seconda a "The State" (art. 5: «*Ireland is a sovereign, independent democratic state*»). La cessazione di ogni legame con l'ordinamento giuridico e con il sistema delle fonti del Regno Unito non ha determinato alcuna discontinuità rispetto alla famiglia giuridica di *common law* e alla sua cultura costituzionale.

Rilievi del tutto analoghi − sui procedimenti seguiti e sui contenuti materiali introdotti − possono applicarsi ad un esame delle carte costituzionali dei numerosi ordinamenti sorti in conseguenza del superamento dell'assetto coloniale, attraverso l'adozione di atti legislativi del Parlamento britannico per la disciplina dell'acquisizione dell'indipendenza i quali hanno espresso una fase interlocutoria in vista del successivo esercizio di una funzione costituente nazionale e della successiva approvazione di una propria Costituzione. In esse sono presenti gli indicatori della cultura costituzionale di *common law* che abbiamo più volte posto in evidenza. In alcuni casi, il testo esplicita l'applicabilità del *common law*, accanto al riferimento al diritto riconducibile ad altre famiglie giuridiche quale, *in primis*, il diritto tribale tradizionale[36].

Con l'importante eccezione delle esperienze dell'Irlanda e del Sud Africa, una cornice formale − non esclusiva ma assai significativa − di continuità del *common law constitutionalism* è rappresentata dall'istituzione del *British Commonwealth of Nations*, oggi ufficialmente *Commonwealth of Nations.*

Si tratta, in generale, di una organizzazione internazionale che riunisce ordinamenti che storicamente hanno fatto parte dell'Impero britannico: solo quindici dei cinquantasei Stati che lo compongono rivestono lo *status* di *Realm of the Commonwealth* − e, in quanto tali, condividono il Capo dello Stato individuato nel/la titolare della Corona britannica − ma tutti hanno confermato il riferimento al *common law* e alla sua cultura costituzionale. In questo contesto, è particolarmente significativo ricordare − quale ulteriore titolo di

[35] Da precisare che la medesima fonte è pubblicata anche in lingua francese ("*Loi constitutionnelle de 1982*") e che «*the English and French versions of this Act are equally authoritative*» (art. 57). L'art. 60 precisa, infine, che «*This Act may be cited as the Constitution Act, 1982, and the Constitution Acts 1867 to 1975 (No. 2) and this Act may be cited together as the Constitution Acts, 1867 to 1982*».

[36] A titolo di esempio citiamo la Costituzione del Ghana (1992) il cui *Chapter* 4 ("*The laws of Ghana*") stabilisce (art. 11) che *«(1) The laws of Ghana shall comprise − (a) this Constitution; (b) enactments made by or under the authority of the Parliament established by this Constitution; (c) any Orders, Rules and Regulations made by any person or authority under a power conferred by this Constitution; (d) the existing law; and (e) the common law. (2) The common law of Ghana shall comprise the rules of law generally known as the common law, the rules generally known as the doctrines of equity and the rules of customary law including those determined by the Superior Court of Judicature. (3) For the purposes of this article, "customary law" means the rules of law which by custom are applicable to particular communities in Ghana. (4) The existing law shall, except as otherwise provided in clause (1) of this article, comprise the written and unwritten laws of Ghana as they existed immediately before the coming into force of this Constitution […]*».

connessione formale con l'ordinamento di origine e di configurazione unitaria del *common law constitutionalism* – il perdurante riconoscimento del *Judicial Committee of the Privy Council* quale giurisdizione di appello per proprie questioni interne di alcuni degli ordinamenti in parola[37].

Giova anche ricordare che nel 2013 è stata adottata una *Charter of the Commonwealth*, che enuncia un serie di valori condivisi caratterizzanti l'organizzazione (definita quale «*a voluntary association of independent and equal sovereign states, each responsible for its own policies*»), fra i quali il principio di *rule of law* («*We believe in the rule of law as an essential protection for the people of the Commonwealth and as an assurance of limited and accountable government. In particular we support an independent, impartial, honest and competent judiciary and recognise that an independent, effective and competent legal system is integral to upholding the rule of law, engendering public confidence and dispensing justice*»); ed altresì che esiste una cittadinanza del *Commonwealth*, originariamente istituita con il *British Nationality Act* (1948) e più volte riformata ma ancora fonte di uno *status* cui sono connessi vari diritti (a partire dalla residenza ma anche diritti elettorali).

In altre parole – e non potrebbe essere altrimenti –, la famiglia giuridica si esprime come fenomeno culturale ad ampio spettro e si articola e si espande nel tessuto vivo e vitale della società degli ordinamenti di *common law*.

4. Rilievi finali

Il *common law constitutionalism* rappresenta una categoria del 'fenomeno costituzionale mondiale', nel quale confluisce una pluralità di costituzionalismi, non tutti omogenei e compatibili rispetto all'originario costituzionalismo liberale elaborato nel contesto euro-atlantico e dunque a quest'ultimo omologabile solo in ragione del *nomen juris* della fonte.

Uno dei criteri per la classificazione comparata dei costituzionalismi – operazione intellettuale quanto mai utile ed opportuna – può essere quello della sua genesi da una particolare famiglia giuridica e dalla sua idoneità a generare una propria concezione della C/costituzione quale suo atto/fatto normativo fondativo, coerente con quella specifica cultura giuridica che si esprime, pertanto, anche come cultura costituzionale.

La finalità della presente riflessione è stata quella di prospettare una ricostruzione dell'esperienza storica del *common law constitutionalism* nell'ambito del *world constitutional phenomenon*, partendo da una succinta ricognizione dei tratti caratterizzanti della Costituzione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord quale modello storico e teorico rispetto ad altri ordinamenti che si richiamano al *common law* ed alla rispettiva concezione costituzionale.

[37] Attualmente il *Judicial Committee of the Privy Council* esercita le proprie funzioni nei confronti (di varie giurisdizioni, oltre che della *Church of England e*) di un insieme eterogeneo di trentadue ordinamenti, fra i quali numerosi *British Overseas Territories* (quali, ad esempio Bermuda e Gibilterra), alcuni *Commonwealth Realms* (fra i quali Antigua, Bermuda, Grenada), una monarchia indipendente membro del *Commonwealth* (Brunei Darussalam), alcuni stati repubblicani membri del Commonwealth (ad esempio, Tuvalu, , Trinidad and Tobago). Gradualmente hanno rinunciato a tale riconoscimento ordinamenti quali Australia, Canada, Ghana, India, Irlanda, Nuova Zelanda, Pakistan, Sudafrica. Altri ordinamenti, quale ad esempio Israele, al termine dell'amministrazione fiduciaria britannica, non hanno mai riconosciuto la giurisdizione *de qua*.

L'impresa non è stata agevole, in quanto si è trattato di una ricognizione concernente un ampio numero di ordinamenti i quali, in un arco di tempo di alcuni secoli, sono stati modellati in funzione di contesti, protagonisti di una significativa evoluzione, sviluppatasi dalla condizione coloniale allo *status* di ordinamenti sovrani e indipendenti, ancorché, in parte, componenti il *Commonwealth of Nations*. La riflessione si è avvalsa, necessariamente, del supporto di numerose basi di diritto positivo.

Il *common law constitutionalism* ha come tratto caratterizzante dell'omogeneità la condivisione della famiglia giuridica e della cultura costituzionale da essa espressa, riconducibile a connotati comuni ma anche a non marginali differenze. La forza della cultura di *common law* si manifesta probabilmente in forza della sua capacità di assicurare, da un lato, la propria continuità di fondo ma anche, dall'altro lato, di confermarsi compatibile con variazioni non marginali.

Fra queste ultime, giova menzionare la suscettibilità di assumere la forma (prevalentemente) scritta così come quella (prevalentemente) non scritta, come nel Regno Unito e in Nuova Zelanda, benché il dato storico e la stratificazione di fonti scritte e non scritte costituiscono un patrimonio condiviso degli ordinamenti dei quali si tratta. Del resto, per evidenti motivi di manifestazione del potere, l'opzione per la forma scritta degli atti costitutivi degli ordinamenti coloniali è imputabile proprio al legislatore britannico.

Altri profili di differenziazione concernono la garanzia dell'aggravamento procedurale per la revisione della fonte scritta e la diffusa previsione − in forma scritta o meno, come nel caso statunitense che ne è stato l'origine − del *judicial review of legislation*. Non si dimentichi, tuttavia, che già il *Bonham's case* del 1610 («*in many cases, the common law will control Acts of Parliament*») aveva in qualche modo prospettato un intervento della giurisprudenza sull'interpretazione ed applicazione della legislazione parlamentare. Del resto, non vi è dubbio che, partendo dal ragionamento in *Marbury v. Madison* (1803) e dall'acquiescenza degli organi di indirizzo alla decisione della Corte suprema, si coglie con immediatezza che ci si trova in un contesto argomentativo di *common law*. Tanto è vero che la successiva opera kelseniana di razionalizzazione del controllo giurisdizionale di legittimità a garanzia della Costituzione rigida ha dovuto tradurre l'istituto nelle categorie del diritto di *civil law*, a partire dalla sottrazione della funzione alla giurisdizione ordinaria e la sua attribuzione ad una sfera organizzativa e funzionale *ad hoc*, almeno in parte soggetta alla designazione dei membri da parte degli organi di indirizzo, tipica dei sistemi di *common law*.

L'unitarietà della cultura giuridica e, in particolare (soprattutto in passato), la competenza giurisdizionale d'appello del *Privy Council*, inoltre, hanno configurato le condizioni di fondo che hanno giustificato e ancora giustificano il reciproco riferimento giurisprudenziale e dottrinario fra gli ordinamenti di *common law*, ossia l'applicazione del metodo comparato in sede giurisdizionale - non a caso tradotta nel diritto positivo per primi in due ordinamenti quali Sud Africa e Zimbabwe -, portata a livelli di prassi ordinaria dalle Corti supreme di Canada, India, Israele e Sud Africa e problematicamente contestata dalla miopia interpretativa dell'*originalism* statunitense.

Sulla base di queste premesse, si comprende anche la prassi di nomina di giudici stranieri all'interno di organi giurisdizionali di alcuni ordinamenti di *common law* – micro-stati dei Caraibi o dell'Oceania, ad esempio, ma anche di Hong Kong –, prassi mutuata anche con riguardo ad alcuni ordinamenti balcanici (*in primis*, la Corte costituzionale della Bosnia Erzegovina) in ragione di una corrispondente tendenziale omogeneità della cultura della garanzia dei diritti fondamentali.

Si conferma, in altre parole, il rilevante ruolo del *common law constitutionalism* e il suo notevole potenziale di circolazione interna ed esterna a quella famiglia giuridica, in ragione, pertanto, non solo del pregresso potere coloniale ma anche del possesso di una propria intrinseca funzionalità.

numero 1/2024

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-QD3

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

The British Constitution, the Northern Ireland Protocol and the Windsor Framework

Aurélien Antoine
Professore di Diritto Pubblico
Università Jean Monnet di Saint-Étienne

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

THE BRITISH CONSTITUTION, THE NORTHERN IRELAND PROTOCOL AND THE WINDSOR FRAMEWORK*

di AURÉLIEN ANTOINE**

ABSTRACT (ITA): Il presente contributo esamina le implicazioni costituzionali del Protocollo dell'Irlanda del Nord e del Framework di Windsor nell'ordinamento giuridico post-Brexit. L'analisi verte sulla struttura normativa del Protocollo (2019), che ha istituito un regime commerciale sui generis per l'Irlanda del Nord, prevedendone la contestuale integrazione nel mercato interno britannico e nel mercato unico europeo per quanto attiene alla circolazione delle merci. Tale configurazione ha sollevato questioni di legittimità costituzionale di particolare rilevanza, risolte dalla Corte Suprema nella sentenza Allister (2023), che ne ha sancito la compatibilità con l'Atto di Unione del 1800. Il Framework di Windsor (2023) ha successivamente introdotto meccanismi di controllo democratico ex novo, tra cui lo "Stormont brake", attribuendo all'Assemblea nordirlandese potere di opposizione alle modifiche normative dell'UE. L'implementazione del "DUP Deal" (2024) ha altresì consentito il ripristino dell'esecutivo di power-sharing. La ricerca evidenzia come l'Irlanda del Nord rappresenti un caso paradigmatico di intersezione tra ordinamento costituzionale britannico e acquis dell'Unione nel contesto post-Brexit.

ABSTRACT (ENG): This paper examines the constitutional implications of the Northern Ireland Protocol and the Windsor Framework in the post-Brexit legal order. The analysis focuses on the normative structure of the Protocol (2019), which established a sui generis commercial regime for Northern Ireland, providing for its simultaneous integration into both the British internal market and the European single market with regard to the free movement of goods. This configuration raised significant constitutional legitimacy issues, which were resolved by the Supreme Court in the Allister judgment (2023), which affirmed its compatibility with the Act of Union 1800. The Windsor Framework (2023) subsequently introduced novel democratic control mechanisms, including the "Stormont brake", granting the Northern Ireland Assembly the power to oppose EU regulatory changes. The implementation of the "DUP Deal" (2024) has furthermore enabled the restoration of the power-sharing executive. The research demonstrates how Northern Ireland represents a paradigmatic case of intersection between the British constitutional order and the Union acquis in the post-Brexit context.

PAROLE CHIAVE: assetto costituzionale post-Brexit, devoluzione, governance transfrontaliera.

KEYWORDS: Brexit constitutional settlement, devolution powers, cross-border governance.

SOMMARIO: 1. Introduction; 2. Institutional dimensions of Ireland/Northern Ireland Protocol; 3. Constitutional review of the Ireland/Northern Ireland Protocol; 3.1 Reminder of the context; 3.2 The judgment of the *Northern Ireland High Court*; 3.3 Northern Ireland Court of Appeal ruling; 3.4 The decision of the Supreme Court; 4. Constitutional settlements of the Windsor Agreement.

1. Introduction

Northern Ireland, which was largely forgotten during the 2016 Brexit referendum campaign, was central to the negotiations between the European Union and the United Kingdom, both in terms of the Withdrawal Agreement adopted on 17 October 2019, and the Trade and Cooperation Agreement signed on 30 December 2021.

The Protocol on Ireland and Northern Ireland is annexed to the Withdrawal Agreement. When published, the prevailing feeling was one of circumspection, due to the difficulty of grasping its concrete implications for the UK as a whole. The major challenge was to find mechanisms to avoid re-establishing a physical border between the two Irelands and

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professor of Public Law in the University Jean-Monnet of Saint-Étienne.

increasing administrative burdens (red tape). Articles 2 to 7 of the agreement achieve this goal. They deal with the rights of citizens, the Common Travel Area, the UK internal market, the conditions for avoiding the reestablishment of a hard border between the two Irelands, the necessary administrative regulations and formalities, and the VAT regime for goods (the free movement of services is excluded from the scope of the Protocol and the TCA).

The rights of Irish and Northern Irish citizens recognised in the Good Friday Agreement are guaranteed and preserved. The consequence of this principle is not neutral from the point of view of the relationship between the UK and the EU legal systems. A number of EU laws, listed in the annexes, continue to be in force in Northern Ireland to ensure that the equivalence of the status of people and goods moving between the two parts of the island of Ireland is maintained in order to avoid border controls. Equal treatment under EU law therefore continues to be a legal realty in Northern Ireland.[1] For goods transiting between Northern Ireland and Ireland, EU customs law applies almost in full. This alignment means that Northern Ireland remains in a customs union with the Republic of Ireland, and consequently with the EU (Art. 4 of the Protocol). This system entails the creation of a new VAT registration number for trade between the EU and Northern Ireland on all documentation when companies communicate with EU customers or suppliers (with the prefix "XI")[2].

The first part of the Protocol is completed by a second part in order to preserve the union. Article 5 specifies that Northern Ireland also belongs to the UK internal market. The free movement of goods and people is therefore, as a matter of principle, maintained between all the British nations. In practical terms, there are no checks on goods and people between Northern Ireland and the United Kingdom.

As long as goods are not intended to enter the Common market, no customs duties or other non-tariff barriers are required. On this point, the CTA has made the Protocol more flexible, since it excludes customs duties, quantitative restrictions on trade and equivalent measures on trade between the EU and the UK for goods produced in both countries, provided they comply with the rules of origin as defined by the treaty.

These arrangements entail substantial obligations for the UK government, some of which will be eased by the Windsor Agreement. Firstly, the UK administration must ensure that goods and animals transiting between the two free-trade areas meet European standards in terms of plant and animal health (Sanitary and Phytosanitary Measures). Secondly, EU VAT rates continue to apply in Northern Ireland to prevent the development of smuggling between the North and the South. Finally, the UK is responsible for collecting VAT on behalf of the EU on goods moving from Northern Ireland to the EU[3].

The whole system implies a close focus and control in setting rules of origin, in determining whether a good belongs to a category of goods, in identifying exemptions for listed goods, and in processing products for which the regime is given by the TCA and the decisions of the Joint Committee created by the Withdrawal Agreement. The application of the legal texts relating to Brexit on these points has proved to be abstruse. Part of the complexity of the Protocol is due to the fact that the EU wants to avoid Northern Ireland becoming a

[1] Six directives are covered by Annex 1 to the Protocol. Any amendments to these legal norms will not prevent them from being applied in Northern Ireland (Art. 13, § 3 of the Protocol), which will have to amend its law in such an eventuality.

[2] For a complete overview of the protocol's implications for businesses, see the UK government website.

[3] See A. GUIGUE, *Le Brexit et les autorités dévolues*, in *RFDA* 2020, p. 415.

"Trojan horse", allowing products imported into the UK to be shipped to Ireland (and the common market) via Northern Ireland without efficient checks.
Difficult as it may be to understand the texts in question, the ambiguous status of Northern Ireland meant that new border structures had to be put in place at the Irish Sea ports and at airports handling goods in transit between Great Britain and the island of Ireland. In addition to this "physical" dimension, new administrative burdens were introduced to identify the origin and substance of exports. The system introduced in 2019 has never been really effective and was never fully implemented.
Above all, the Protocol has given rise to deep opposition from the unionists in Northern Ireland (particularly the Democratic Unionist Party, DUP). For them, it separated Northern Ireland a little further from the rest of the United Kingdom. The Northern Ireland Assembly and the devolved government, which had not been operational since 1998, were completely blocked. As soon as the Withdrawal Agreement was adopted, the Protocol was already being called into question for its practical and institutional pitfalls, including by Boris Johnson who signed it. Unsurprisingly, several members of the DUP took legal action against the Protocol, challenging its lawfulness in relation to the fundamental norms governing relations between Northern Ireland and Great Britain. The Supreme Court put a definitive end to the litigation by its judgment of 8 February 2023, *James Hugh Allister and others v the Secretary of State for Northern Ireland and others*[4].
After strained negotiations between 2017 and 2019, the case of Northern Ireland spoiled the implementation of the Withdrawal Agreement and heavily impacted the negotiations on the Trade and Cooperation Agreement. Tensions with the EU were so great that the Commission initiated a series of legal actions against the UK[5]. It was not until Boris Johnson left 10 Downing Street that things began to move in the right direction. The arrival of Rishi Sunak resolutely initiated a true shift[6].
The Windsor Framework, which was agreed under Article 164, § 5 of the Withdrawal Agreement[7], was signed on 27 February 2023 and incorporated into domestic law through a number of legal instruments[8]. Unnecessary burdens of administration are abolished for trade in the majority of goods within the UK internal market (new Article 6, § 2 of the Protocol). For instance, the constraints of rules of origin or customs declarations for packages are softened. The official documents required for the transit of agricultural food products have been lightened. An unprecedented system for sharing dematerialised data to control trade and manage risks has been created[9].

[4] *James Hugh Allister and others and Clifford Peeples v the Secretary of State for Northern Ireland and others* [2023] UKSC 5.
[5] S. FELLA, *The Northern Ireland Protocol: EU legal action against the UK*, House of Commons Library, 22 June 2022.
[6] V. M.C. CHARON, *Rishi Sunak parviendra-t-il à régler les dossiers les plus épineux de l'après Brexit ?*, in *Observatoire du Brexit*, 7 November 2022.
[7] This article «provides that the Joint Committee may adopt decisions to correct errors, address omissions or other deficiencies, or address situations that were unforeseen when the Withdrawal Agreement was signed. The Protocol can only be amended in this way for a period of four years after the end of the transition period (i.e. until end 2024)» (see this link).
[8] The Windsor Framework (Constitutional Status of Northern Ireland) Regulations 2024 and The Windsor Framework (UK Internal Market and Unfettered Access) Regulations 2024 pursuant to paragraph 8F(1) and (4) of Schedule 7 to the European Union (Withdrawal) Act 2018 and section 47(10) of the United Kingdom Internal Market Act 2020 (statutory instruments approved by the Parliament).
[9] For a detailed presentation, see EUROPEAN COMMISSION, *Questions and Answers: political agreement in principle on the Windsor Framework, a new way forward for the Protocol on Ireland/Northern Ireland*, 27 February 2023.

Border controls will only be required in the event of a specific risk or suspected fraud. A few fresh food products can once again be exported from Great Britain to Northern Ireland, such as sprouted potatoes and sausages. VAT and other taxes on goods intended to remain in Northern Ireland will be aligned with those in the UK (amendment to Annex 3 of the Protocol). These taxes will be abolished for energy-saving equipment (solar panels, heat pumps, etc.). European Medicines Agency controls will be waived for pharmaceutical products that are not intended to leave the UK market. However, the Union Customs Code continues to apply to and in Northern Ireland for goods exported to the European common market. The European Court of Justice retains full jurisdiction in the event of any difficulty in interpreting or implementing these rules[10].

This first part is completed by an institutional part. It strengthens the role of the Northern Ireland Assembly and is aimed at gaining the support of Northern Ireland's unionists. Suspending its agreement on the Windsor Framework to bilateral discussions with the UK government, the DUP finally agreed to the new arrangements[11]. These concessions paved the way for the restoration of power-sharing in Belfast from 30 January 2024[12].

It took almost a year for a normalisation of the political and institutional status of Northern Ireland. Between the Supreme Court's decision of 8 February 2023 and the new bilateral framework approved by the Unionists with the UK Government, the legal security of the post-Brexit arrangements is more secure, at least from a constitutional point of view. The aim of this article is to review the general structure of the Protocol from a constitutional and institutional point of view, to analyse its constitutional legality as enshrined by the UK courts, and to present the evolution of the Windsor Framework. This corpus now shapes Northern Ireland's post-Brexit constitutional status, although its long-term future within the United Kingdom nevertheless remains uncertain.

2. Institutional dimensions of Ireland/Northern Ireland Protocol

The Northern Ireland Protocol sets out an original institutional framework designed to safeguard the rights and freedoms of the citizens of Northern Ireland, while taking into account the political constraints in country due to the opposition between Unionists and Republicans.

The Protocol introduces a sophisticated decision-making process. Article 18 provides that the "democratic consent of Northern Ireland" to be periodically renewed to confirm the accession of the Northern Irish institutions to the frontstop. Four years after the end of the transition (i.e. from December 2024), the Northern Ireland Assembly may refuse to extend the regulatory alignment. This consultation can be repeated every four years in the event of a simple majority vote or every eight years if the arrangement is supported by Northern Ireland's Unionist and Republican parties. In the latter case, an absolute majority of the Members present must vote to approve it. In addition to this majority rule, the consent of a sub-majority of Unionists and Republicans must be obtained. Further implementation of the Protocol for eight years will also be enacted if 60% of the MPs present support it and the majority includes at least 40% of Unionists and Republicans. In the event of rejection

[10] See HOUSE OF LORDS, SUB-COMMITTEE ON THE PROTOCOL ON IRELAND/NORTHERN IRELAND, *The Windsor Framework*, 7th Report of Session 2022-23, HL Paper 237, 25 July 2023, p. 133.

[11] SECRETARY OF STATE FOR NORTHERN IRELAND, *Safeguarding the Union*, Command Paper No. 1021, January 2024, p. 80.

[12] J. RUTTER, M. FRIGHT, *Government deal with the DUP to restore power sharing in Northern Ireland*, in *Institute for Government*, 1 February 2024.

at any time, the Protocol will cease to apply within two years of the decision being taken by the Assembly[13].

The introduction of a consent clause appears to be the most original aspect of the Protocol, but it is not the only one. Legislation adopted by Westminster or the Northern Ireland Assembly at Stormont must comply with the requirements of the Protocol, which itself guarantees the integrity of the peace agreements (section 23 and appendix 3 of the EU (Withdrawal Agreement) Act 2020). The Northern Ireland Human Rights Commission and the Equality Commission for Northern Ireland exercise oversight to ensure compliance with Article 2 of the Protocol regarding the rights of individuals. These bodies may produce reports on request or on their own initiative if they deem it necessary. They can inform the specialised committee (set up by the withdrawal agreement to monitor its proper application) in the event of a problem. Both committees also have the power to initiate legal proceedings, to assist citizens in proceedings and to intervene in proceedings involving Article 2.

The Withdrawal Agreement and the TCA also establish a number of committees that can take decisions in relation to Northern Ireland and Ireland (Title II of the Withdrawal Agreement and Art. 7 et seq. of the TCA). The Joint Committee[14] is competent, in principle (with the support of the Specialised Committee on matters relating to the implementation of the Protocol on Ireland and Northern Ireland, art. 14 of the Protocol), to adopt decisions essential for its implementation[15] or to amend it. For example, at the meeting of 17 December 2020, several decisions were adopted to this effect in order to amend the list of European regulations that are binding on Northern Ireland[16]. The Partnership Council created by the TCA took over from the Joint Committee with the full implementation of the Protocol by both parties[17]. In the event of disagreement on the Irish case, the dispute resolution procedures are provided for in Part Six of the TCA (Art. 734). It has already been activated a few weeks after the provisional entry into force of the treaty, which shows

[13] See *Institute for Government*. See also The Protocol on Ireland/Northern Ireland (Democratic Consent Process) (EU Exit) Regulations 2020.

[14] The Committee is established by Article 164, § 1 of the Withdrawal Agreement and may take decisions (Art. 164, § 5) that are binding on both parties and are incorporated into the acquis of the agreement (Art. 166, § 2).

[15] For example, in order to identify "the criteria for considering that a good brought into Northern Ireland from outside the Union is not at risk of subsequently being moved into the Union. (Art. 5 (2) 4 of the Protocol).

[16] Dec. No. 3/2020 of the Joint Committee established by the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the EAEC of 17 December 2020 amending the Protocol on Ireland and Northern Ireland to the Agreement on the Withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community [2020/2247], OJEU L 443, 30.12.2020, p. 3. For a constant update of the decisions and statements of the Joint Committee, see the official EU website.

[17] The committee has only had a limited role since 1 January 2021, the date of the provisional entry into force of the TCC. Until spring 2021, its main decision was to agree on the deadline for provisional application of the TCC (Dec. No. 1/2021 of the Partnership Council established under the Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, on the one hand, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, on the other hand, of 23 February 2021 as regards the end date of provisional application under the Trade and Cooperation Agreement [2021/356], OJEU L 68, 26 Feb. 2021, p. 227).

that the implementation of the Protocol has proved difficult[18], and favourable to potential litigation[19].

3. Constitutional review of the Ireland/Northern Ireland Protocol

Both Brexit treaties had to respect the UK Constitution. With regard to the first treaty, Article 50 of the TEU directly refers to compliance with the constitutional rules of the outgoing country[20]. Moreover, we know to what extent the UK's withdrawal from the EU has had significant consequences in British constitutional law, as symbolised by the two *Miller* judgments handed down by the Supreme Court[21]. The *James Hugh Allister v the Secretary of State for Northern Ireland* judgment appears to be the third fundamental decision from a constitutional point of view, even though it has had less impact than the previous two.

3.1 Reminder of the context

The originality of the legal and historical status of Northern Ireland could only raise questions insofar as the 1998 Good Friday Agreement (an instrument that was superseded by the Northern Ireland Act 1998) establishes the constitutional status and organisation of that part of the United Kingdom. The DUP's fierce opposition to any distinctive scheme for the benefit of Northern Ireland, which was already manifested with regard the 1998 Act[22], has seen new developments during Brexit. Unionists have long asserted this hostility between June 2017 and July 2019 since the then Conservative government led by Theresa May had an absolute majority in Parliament thanks to their support. It is even possible to consider that this circumstantial parliamentary alliance was the cause of the difficulties of the head of government. The political crisis and the blocking in Parliament of the adoption of the first drafts of the withdrawal agreement were due to the fact that Theresa May and her ministers could not find common ground between the moderate Conservative MPs (supporters of a soft Brexit) and those of the right fringe of the DUP's objective allies party in the desire to impose a hard Brexit. This version of withdrawal would have made it possible to maintain the most loose ties with the EU, notably excluding Northern Ireland from a common free trade area with the EU Member State Republic of Ireland.

The DUP's intransigence over strict alignment between the two sides of the UK is one of the factors that led to Theresa May's downfall. The arrival of Boris Johnson initially reassured unionists since he came from the ranks of hard Brexiteers. The new Prime Minister's political calculations and voluntarism overcame the opposition of the DUP and all the Unionists. The drafting of the Protocol adopted in the autumn of 2019 introduced a border in the Irish Sea and confirmed the existence of a dual free trade area, the effect of which was to strengthen the legal particularity of Northern Ireland within the United Kingdom. Defeated on the diplomatic and parliamentary front, the Unionists finally embarked on a contentious path to bring down the Northern Ireland Protocol. The iconic figure who gave his name to the Supreme Court ruling is James Hugh Allister. He was a

---

[18] See M.C. COSNIDERE-CHARON, *Protocole nord-irlandais: l'impasse persiste*, Observatoire du Brexit, 4 September 2021.

[19] Many Brexit disputes have arisen in Northern Ireland. V. S. PEERS, *Litigating Brexit: a guide to the case law*, in *EU Law Analysis*.

[20] Paragraph 1: "Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements."

[21] *R (Miller & others) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 (*Miller 1*); *R (Miller & others) v The Prime Minister*; *Cherry and others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 (*Miller 2*).

[22] V. A. EDWARDS, *Unionism and the Belfast/Good Friday Agreement*, *UK in a Changing Europe*, 13 April 2023.

member of the European Parliament between 2004 and 2009. He has been a member of the Northern Ireland Assembly since 2011. As chairman of the party he founded, Traditional Unionist Voice, he is to the right of the DUP with which he broke up in opposition to the St Andrews agreements of 13 October 2006, which reinstated the Northern Ireland Executive after a long period of dysfunction.

3.2 The judgment of the *Northern Ireland High Court*

Before turning to the Supreme Court ruling *James Hugh Allister v the Secretary of State for Northern Ireland*, it is useful to recall a few Brexit disputes that have arisen in Northern Ireland. On 13 February 2017, the Supreme Court of Ireland referred several questions relating to the effects of Brexit within the framework of the European arrest warrant to the Court of Justice of the European Union (judgment of 25 July 2017[23]). This related to a question of whether a Member State had the possibility to refuse the extradition of a national to the UK because of a prison sentence that extended after the date of Brexit. The Court of Justice gave its replies in Case C-327/18 PPU *OR* of 19 September 2018 and case C-661/17 *MA* of 23 January 2019. During the negotiations, the UK remained bound by the rights and obligations arising from EU law.

The years following this first dispute were dominated by the requests of Mr McCord, who in particular initiated the action against the extension of Parliament in September 2019 before the Court of Appeal of Northern Ireland[24]. In 2020, the same court confirmed that the 1998 law gives the Secretary of State sole discretion to hold a referendum, even if polls show support for reunification under the undeniable influence of Brexit[25].

In December 2020, a resident of Northern Ireland applied for leave to issue judicial review proceedings challenging the lawfulness of the Prime minister's decision to sign the Withdrawal Agreement. The court refused the application for leave[26].

These cases reveal the strong divisions within Northern Irish society, as Brexit has been challenged both by applicants in favour of maintaining strong ties with the neighbouring Republic and the EU, and by citizens who are passionately attached to the union with Britain. It is hardly surprising then that a dispute has arisen over the compliance of the Northern Irish Protocol with the constitutional regime applicable to Northern Ireland.

The High Court in Northern Ireland was the first court to rule on the thorny issue after two motions were lodged. The first (most important) was initiated by James Allister, Arlen Foster (the then First Minister), Lord Trimble (the first Unionist First Minister from 1998 to 2022), an elected member of the European Parliament of the Brexit Party (Benyamin Habib), and two other personalities (Baroness Hoey and Steve Aiken). The second was introduced by Clifford Peeples, a Northern Irish loyalist who is hostile to establishing a border in the Irish Sea. The hearings began in May 2021. The High Court had to respond to the following five pleas raised by the applicants based on the violation of either domestic law or European rights:

Ground 1: Article VI of the Act of Union 1800

Ground 2: Section 1 of the Northern Ireland Act 1998

Ground 3: Section 42 of the Northern Ireland Act – the 2020 Regulations on democratic consent

[23] *Minister for Justice v O'Connor* [2018] IESC 3.
[24] *McCord & Ors v The Prime Minister & Ors* [2019] NICA 49.
[25] *McCord, Re Application for Judicial Review* [2020] NICA 23.
[26] *JR83 (N°2) v. Prime Minister* [2021] NICA 49.

Ground 4: The Protocol and the European Convention on Human Rights ("ECHR")
Ground 5: The Protocol and EU law.
From a constitutional law point of view, the most contentious question was therefore the potential infringement of the Act of Union 1800, the Good Friday Agreement transposed into domestic law by the 1998 Act and the fundamental rights protected by the European Convention on Human Rights.
On the first ground of appeal relating to Article VI of the Act of Union 1800 ("the subjects of Great Britain and Ireland shall be on the same footing in respect of trade and navigation, and in all treaties with foreign powers the subjects of Ireland shall have the same privileges as British subject"), LJ Colton replied as follows. Firstly, the trade regime provided for in the Protocol could contradict the provision of the 1800 Act, which states that trade between Northern Ireland and Great Britain is on the same basis. Indeed, the creation of a border in the Irish Sea violates the unity of the applicable rules provided for in Article VI. Moreover, the introduction of such a border is likely to create difficulties in trade between the two parts of the United Kingdom. LJ Colton previously recalled that he did not have sufficient empirical evidence. However, he did not deny the existence of friction (para 61). In the following paragraph, he was obliged to acknowledge that the Protocol did not place Northern Ireland and the rest of the United Kingdom on an equal footing in terms of trade ("Compliance with certain EU standards; the bureaucracy and associated costs of complying with custom documentation and checks; the payment of tariffs for goods 'at risk' and the unfettered access enjoyed by Northern Ireland businesses to the EU internal market conflict with the '*equal footing*' described in Article VI", para. 62).
He then explained that Article VI cannot limit the prerogatives of the UK government in the conduct of international negotiations ("it was clear that the making of treaties is a prerogative power not readily subject to domestic judicial supervision", para 67), even though the Supreme Court could require that a decision by the Prime Minister to notify the United Kingdom's intention to withdraw from a supranational organisation could be subject to judicial review and, in the context of Brexit, require the intervention of representatives of the citizens of the UK to authorise the notification (*Miller 1*).
Finally, the judge examined whether the Act of Union 1800 should be imposed on the statutes transposing into domestic law the withdrawal agreement (European Union (Withdrawal) Act 2018 amended by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020) to which the Protocol is appended, which it was observed were in conflict with the requirements of the 1800 Act on commercial matters, but also on the application instruments of said laws in Northern Ireland.[27] The argument was clearly intended to consider that certain statutes with particularly important constitutional content (such as the conditions of the unity of the United Kingdom) would be superior to subsequent legislation ("The real issue on the Article VI point is whether or not it enjoys interpretative supremacy over the later 2018 and 2020 Acts", para 72; "As to the resolution of any conflict between Article VI and the Withdrawal Acts the applicants seek to qualify the basic rule of legislative supremacy on the basis that the Act of Union 1800 enjoys a privileged status as a 'constitutional statute'", para 74). Taking this path would be tantamount to considering that a Act of 1800 could lead to an act of Parliament voted in 2018-2020 being illegal and, consequently, inapplicable (para 81-82). By virtue of instances of several case law now

[27] 2020 Regulations that were made by the Secretary of State on 9 December 2020 in exercise of the powers conferred by section 8C(1) and (2) of, and paragraph 21 of Schedule 7(2) to the EUWA 2018.

famous and initiated by the *Factortame* decision, which precisely concerned European law,[28] several justices were able to consider that acts of Parliament of a constitutional nature could not be the object of an implied repeal[29]. This approach does not mean that UK courts have explicitly recognised the existence of a normative hierarchy, but that some Westminster statutes benefit from special protection[30]. LJ Colton did not deny that several legal texts could be qualified as constitutional. This applies to the devolution, the European Communties Act 1972, or the Acts of union, for example. However, this is also the case with the acts of 2018 and 2020 transposing the withdrawal agreement and the Protocol into the domestic legal order. In paragraphs 93 et seq., it identifies, from the reading grid given by Lord Justice Laws, several elements of these acts in order to identify their constitutional status: they directly concern the ECA 1972, which they repeal; they determine the relations between a citizen and the State in general; and extend or diminish what must be considered as fundamental constitutional rights.

Once the nature of the acts of 2018 and 2020 had been identified, Lord Colton pondered what to do when several legal norms with the same nature are in conflict. In our view, quite logically, we must return to the traditional rules that stem from the sovereignty of Parliament: the most recent act takes precedence over the oldest (para 95). The Lord Justice states: "it will be noted that he recognised that a constitutional statute can be repealed by specific language if it has the same effect as express repeal. The principle is that general or broad terms will yield to terms which are more specific" (para 109). From a certain point of view, Lord Colton draws inspiration in his last sentence from the classic principle of law according to which the specific legislation presides over the more general law (*lex speciali derogat legi generali*). On this basis, he determined the general and open nature of the 1800 Act of Union ("open textured", para 110), while he identified section 7A of the 2018 Act amended in 2020 as special. His conclusion is therefore clear: "The 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" (para 110). The acts of 2018-2020 therefore take precedence over that of 1800.

Having rejected the first ground, it was up to the High Court to control the compatibility of the Protocol with the Good Friday Agreement. For the claimants, the Protocol would undermine the integrity of several provisions of the 1998 Act in that it recalls Northern Ireland's membership of the United Kingdom and in that it requires the consent of the Northern Irish people if separation from Great Britain was envisaged (section 1(1) of the Northern Ireland Act 1998).

Relying once again on the *Miller 1* judgment, LJ Colton dismissed the argument since the Protocol does not lead to any reunification between the two Irelands - the only hypothesis envisaged by section 1(1) for a referendum to be held. Under no circumstances shall the procedure required by the Good Friday Agreement be applicable to the constitutional change arising from the Protocol.

---

[28] *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No. 2)* [1991] 1 AC 603.

[29] *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, Lord Justice Laws; *H v Lord Advocate* [2012] UKSC 24, Lord Hope, about the Scotland Act 1998 (para 30).

[30] *R (Jackson) v. Attorney General* [2005] UKHL 56; *AXA General Insurance Ltd. v. Lord Advocate* [2011] UKSC 46, Lord Hope; *R (Buckinghamshire County Council) v. Secretary of State for Transport* [2014] 1 WLR 324, Lord Neuberger, Lady Hale and Lord Mance; *Miller 1* prec., Lord Neuberger.

The third ground related to another incompatibility of the 2018 Act with the Northern Ireland Act. Article 18(2) of the Protocol provides that "for the purposes of paragraph 1, the United Kingdom shall seek democratic consent in Northern Ireland in a manner consistent with the 1998 Agreement. A decision expressing democratic consent shall be reached strictly in accordance with the Unilateral Declaration made by the United Kingdom on [DATE], including with respect to the roles of the Northern Ireland Executive and Assembly". The implementing rules adopted on the basis of this provision (Democratic Consent Process) (EU Exit) Regulations 2020 ("the 2020 Regulations") provided for several procedures in order to satisfy the requirement of democratic consent necessary for the continued application of the specific legal regime applicable to Northern Ireland pursuant to the Protocol. According to the claimants, the procedures provided for in the regulations that derogate from the democratic and cross-community consent process of (1) of the Northern Ireland Act 1998[31] were illegal. The applicants added that the adoption of a separate procedure should have been subject to Northern Ireland's consent under section 42. The argument was rejected, because the Protocol falls under international law and it is up to the UK government alone to determine, with the EU, its content. The consent of Article 18 of the Protocol is a "tailor-made" arrangement, separate from the one provided for in the Good Friday Agreement, but allowing the intervention of the Northern Ireland Assembly under the supervision of the British Secretary of State in charge of that territory. This is not a legislative process by which the Assembly brings into compliance or implements an international obligation under its jurisdiction under the Northern Ireland Act (paragraph 190).

numero 1/2024

The resolution of this substantive problem did not prevent the court from questioning whether the regulations complied with Article 18 of the Protocol itself. Here again, the High Court did not uphold the excess of power of the Executive in relation to the authorisation of the legislator to specify the procedure (para. 206).

The last ground that we were interested in was: how could a part of EU law continue to prevail in Northern Ireland without, however, its representatives having access in the future to the European institutions, in particular the European Parliament? This situation was considered by the applicants to be incompatible with Article 3 of Protocol No. 1 annexed to the European Convention on Human Rights on the right to free elections. The new rules imposed by the Northern Ireland Protocol would force Northern Irish citizens to apply standards that they would not have agreed to through their representatives. Using an extremely excessive argument, the Unionist Council, John Larkin, did not hesitate to compare the mechanism established by the Protocol to the Vichy regime in France, which, during the Second World War, collaborated with the Nazi authorities.[32] LJ Colton strongly condemned this inappropriate comparison (paragraph 218). More seriously, the High Court confirmed that Northern Ireland would inevitably be subject to EU law, although in proportions that were still difficult to assess on the day of the judgement (paragraph 238). The violation of compliance with Article 3 of Protocol No. 1 was nevertheless ruled out, because the withdrawal agreement and its protocols were adopted according to a democratic procedure that ensures its validity in the light of the margin of discretion granted by the European Court of Human Rights in this matter. The negotiations were conducted under the control of MPs at Westminster (which includes representatives from Northern

[31] Amended by the Northern Ireland (Ministers, Elections and Petitions of Concern) Act 2022 that sets out areas for which cross-community consent is required for Petitions of Concern.
[32] J. CAMPBELL, *Brexit: NI Protocol like Vichy regime, court is told*, in *BBC*, 14 May 2021.

Ireland) and taken over by a government that had a mandate to carry them out following the position expressed by the people in the 2016 referendum. As for the Protocol, it was scrutinised by Parliament, which incorporated it into the national legal order by the laws of 2018-2020. The Protocol itself provides for democratic consent to confirm its implementation every five years. Finally, no right guaranteed by the Good Friday Agreement should be called into question or abolished under the Brexit agreements. All the guarantees provided by the Protocol are considered to be compatible with the law of the European Convention on Human Rights and the margin of discretion that the Court recognises for States to comply with the right to free elections.

The second appeal lodged by Mr Peeples raised an interesting point: a passage from the British Irish Agreement (which is one of the two legal documents composing the Good Friday Agreement with the Multi-party Agreement) states "that it would be wrong to make any change in the status of Northern Ireland save with the consent of a majority of its people". For the applicant, this provision was transposed into domestic law by the 1998 Act, but also by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2018 via section 7(A).[33] The Protocol also stipulates that it is designed "to protect the 1998 Agreement in all its dimensions", which would mean that the act transposing the withdrawal agreement should be interpreted in strict compliance with the British Irish Agreement. In addition to the arguments developed in the *Allister* case, the judge added that Article 1 of the Protocol "does not have the effect of incorporating the Agreements into domestic law. Rather, the Protocol is the outworking of the compromises political designed to preserve and protect the Belfast/Good Friday Agreement" (paragraph 319).

numero 1/2024

The claimants were dissatisfied and logically challenged the judgment before the Northern Ireland Court of Appeal.

3.3 Northern Ireland Court of Appeal ruling

On 22 March 2022, the Court of Appeal handed down a judgment confirming the previous ruling[34]. Two opinions were expressed: a majority opinion by Lady Chief Justice Keegan and Lord Justice Tracy, and a dissenting opinion by Lord Justice McCloskey. The analysis of the Court of Appeal was shorter than that of the High Court and particularly draws attention in the way it apprehends the normative relationship between Article VI of the 1800 Act of Union and the Protocol transposed into domestic law. The two approaches adopted nevertheless lead to the same conclusion that there is no implicit or explicit repeal of Article VI. That of LJ Keegan and Tracy considered that the 2020 Law made a "subjugation" of Article VI (paragraphs 194 and 202). For LJ McCloskey, it rather amended the provision of the 1800 Act in its effects. As one commentator of these opinions observes[35], it is not easy to distinguish between the two conceptions, both of which seem less clear than LJ Colton's reasoning (according to which, in the face of two statutes of a constitutional nature, the most recent one must be given precedence).

This subjugation is explained in paragraph 194: "Section 7A does not purport to repeal. Rather, it states that any enactment pre-dating the EUWA 2018 must be read 'subject to'

[33] Paragraph 310: "Because the Protocol is an integral part of the Withdrawal Agreement and imposes '*liabilities, obligations and restrictions*' it is caught within the meaning of 7A(i) and is therefore enforceable in domestic law by reason of section 7A(ii)."

[34] *Allister and others v Prime Minister and others* [2022] NICA 15.

[35] A. Deb, *Allister Round 2: a deeper dive into the Mariana Trench of UK constitutional law*, in *EU Law Analysis*, 6 May 2022.

its terms." It is therefore a question of reading any legislative provision prior to the Acts of 2018-2020 in light of the provisions of the latter according to a technique which is much like that of compliant interpretation ("The terms of Article V1 are subject to the Protocol and so are clearly modified to the extent and for the period during which the Protocol applies", paragraph 193). The demonstration of the two justices also implies admitting that the acts transposing the Protocol into domestic law clearly have the intention of "subjugating" Article VI It is thus easy to understand what distinguishes this reasoning from that which prevailed in the first instance: for Lady Chief Justice Keegan, the question of implicit or explicit repeal does not arise, nor does the question of a possible hierarchy (normative or temporal) between the 1800 Act of Union and the statutes on the withdrawal agreement. In short, the issue is not one of the compatibility between two legal norms that would enter into conflict (paragraph 195), because it is possible to read Article VI in the light of the Acts of 2018-2020 in accordance with the sovereignty of Parliament and fundamental rights (paragraph 196 et seq.).

In his dissenting opinion, Lord McCloskey prefers to consider that "Section 7A(3) of EUWA 2018 has the effect of suspending the operation of the first two clauses of Article VI of the Act of Union" (paragraph 389). His position is halfway between those of the High Court and Lady Chief Justice Keegan by evoking a suspension of the effects of the Act of Union, which makes it possible to remove any potential incompatibility. More specifically, the reasoning of the Lord Justice is built around two mechanisms. The first, similar to the majority opinion, is intended to recognise that the Acts of 2018 and 2020 did indeed amend Article VI, and that this amendment prevails over the previous text, in line with Lord Colton's opinion. Lord McCloskey defines the amendment as less radical than an implicit or explicit repeal that would not be possible in this case ("Modification is to be contrasted with repeal of whatever species. It is a less intrusive interference", paragraph 392). With regard to Article VI, the Protocol only partially amends it and does not in any way call into question the unity of the legal regime for trade between Northern Ireland and Great Britain, quite the contrary (paragraph 393).

The second mechanism cited led LJ McCloskey to reject part of the reasoning of the first instance, which considered it necessary to produce a "statutory interpretation" of the 1800 Act in the light of the Acts of 2018 and 2020. For the Lord Justice, "the 'interpretive supremacy' label, though superficially appealing, suffers from opacity" (para 396). He referred to the existence of an amendment to the Act of Union of 1800 (paragraph 403), without implied repeal.

The two opinions expressed do not appear to us to be fully in line with the Supreme Court's definition of implied repeal. In its judgment *The UK Withdrawal From The European Union (Legal Continuity) (Scotland) (rev 2)* [2018] UKSC 64), it explains that "without attempting an exhaustive definition, a protected enactment will be modified by a later enactment, even in the absence of express amendment or repeal, if it is implicitly amended, disapplied or repealed in whole or in part. That will be the position if the later enactment alters a rule laid down in the protected enactment, or is otherwise in conflict with its unqualified continuation in force as before, so that the protected enactment has to be understood as having been in substance amended, superseded, disapplied or repealed by the later one." (paragraph 51). A potentially conflicting substantial amendment of an earlier statute

therefore entails an implied repeal,[36] contrary to the premise developed by the Court of appeal.
Having once again failed to convince the court of the relevance of their pleas, the claimants had no choice but to refer the matter to the Supreme Court.

3.4 The decision of the Supreme Court

The Supreme Court handed down a unanimous ruling by five of its judges on 8 February 2023. The opinion was drafted by the Northern Ireland representative in the jurisdiction, Lord Stephens. The compliance report between the Acts of 2018-2020 and the Act of Union of 1800 is the most important contribution. Before referring to this, it should be noted that the Supreme Court considers that the regulations implementing the Democratic Consent Laws in Northern Ireland, which do not follow those of the Northern Ireland Act 1998 (section 42), are lawful. For the five justices, there was no abuse of power by the government in its application of the 2018 Act which, by its Section 7A, had already amended Section 42 to allow it to determine the conditions of democratic consent provided for in Article 18 of the Protocol (paragraph 108). The reasoning of the Court is, on this point, substantially distinct from that of the lower courts[37].
As regards the constitutional compatibility of the 2018-2020 laws with Article VI of the 1800 Act of Union, the Court's ruling is quite expedient. It considers that the protocol takes precedence over the Acts of Union. Article VI, like any other part of the 1800 Acts, is set aside as long as the protocol, which was more recently incorporated into the domestic legal order, is in force. On the second point, the justices consider that the people of Northern Ireland can only be called upon to determine their wish to continue the union with Great Britain or, on the contrary, a merging of the two Irelands. Thirdly, the protocol transposed into domestic law by the 2018 Act and the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 can completely modify the law in force. Therefore, any regulatory act legally taken on its basis cannot be declared as non-compliant with a previous text.
The major lesson to be drawn from the Court's judgment is the refusal to enshrine the existence of supra-legislative standards that would be imposed on subsequent statutes because of their constitutional importance. While it is almost certain that some norms are the subject of particular attention on the part of judges due to their constitutional nature (implying that they cannot be the subject of an implicit repeal), the Supreme Court stresses in this case that:
"The debate as to whether article VI created fundamental rights in relation to trade, whether the Acts of Union are statutes of a constitutional character, whether the 2018 and 2020 Acts are also statutes of a constitutional character, and as to the correct interpretative approach when considering such statutes or any fundamental rights, is academic. Even if it is engaged in this case, the interpretative presumption that Parliament does not intend to violate fundamental rights cannot override the clearly expressed will of Parliament. Furthermore, the suspension, subjugation, or modification of rights contained in an earlier statute may be effected by express words in a later statute. The most fundamental rule of UK constitutional law is that Parliament, or more precisely the Crown in Parliament, is sovereign and that legislation enacted by Parliament is supreme. A clear answer has been expressly provided by Parliament in relation to any conflict between the Protocol and the rights in the trade limb of article VI. The answer to any conflict between the Protocol and

[36] In this sense, see A. DEB, above.
[37] In this sense, see A. DEB, *Allister: the effect of the EU Withdrawal Act*, in *EU Law Analysis*, 22 February 2023.

any other enactment whenever passed or made is that those other enactments are to be read and have effect subject to the rights and obligations which are to be recognised and available in domestic law by virtue of section 7A(2)" (paragraph 66).
In relation to the two opinions on the *Re Allister* case expressed by the Northern Ireland Court of Appeal, Lord Stephens creates a form of synthesis by partially retaining the subjugation of article VI by the laws of 2018-2020: "the subjugation of article VI is not complete but rather article VI is modified in part. Furthermore, the subjugation is not for all time as the Protocol is not final or rigid so that those parts which are modified are in effect suspended". The Court has taken into account here the probability of an amendment to the Protocol (which will become effective with the Windsor Agreement).
By considering that the debate on the potentially hierarchical relationship between two Acts of Parliament would be purely academic, the Court refuses to engage in a reasoning as advanced as the first instance and appeal, which, it is true, may have seemed to be lacking. This clear angle of attack is not satisfactory, because the question of the hierarchy of legal norms, although it is the subject of numerous and sometimes endless academic debates even beyond the UK, is not an exclusively academic matter. It is a crucial subject in law of potential conflicts of standards, for which it is up to the court to provide clear answers. The interest of the Supreme Court of the United Kingdom on this subject in the context of the decisions mentioned after *Thoburn* proves this.
For several commentators, the Court's position would herald the end of the recognition of constitutional statutes[38] or, at the very least, a return of the primary approach to Parliament's sovereignty[39]. According to Colin Murray, who implicitly refers to other case law in this sense, particularly since the departure of Lady Hale, "the current Supreme Court continues its opposition to any legal doctrine which it sees as a constraint upon the will of Parliament. Dicey would be thrilled."[40] While it does not seem possible to confirm this assertion, it is more likely to consider that the Court did not wish to apply the doctrine of implied repeal in this case, because there was no need to do so. This is, more or less, what the Northern Ireland Court of Appeal has recalled. The dispute in question is therefore not within the scope of *Thoburn*. Beyond that, the Court may have wanted to insist on the fact that establishing a hierarchy between standards of the same (constitutional) nature is not relevant (which does not explicitly mean that the question would not be relevant in the case of two standards of a distinct nature, one constitutional, the other legislative as was the case

[38] D.A. GREEN, *Is it, at last, time to say 'good by' to Thoburn and the idea of 'constitutional statutes'?*, in *Law and Policy Blog*, 9 February 2023. K. MAJEWSKI, Re Allister*: The End of 'Constitutional Statutes'*, in *U.K. Const. L. Blog*, 21 February 2023. The author applied the reasoning produced in *Re Allister* to the aforementioned *Factortame* decision from which the *Thoburn* case law was constructed to identify constitutional statutes. According to K. Majewski, *Re Allister* would weaken the doctrine of implied repeal by rejecting its application to the normative relations between the laws of 2018-2020 and the Act of Union. Indeed, the subjugation already identified by the appeal judges could very well have been mobilised in the context of the conflict between the Merchant Shipping Act of 1988 and the European Communties Act of 1972 in light of the transposition into domestic law of Community law that this latter legislation operates ("Section 2(4) of the 1972 Act was analogous to section 7A(3)" of the 2020 Act). In our opinion, the analogy is not the most relevant since the 1988 law at issue in *Factortame (No. 1)* is not of the same nature as the European Communties Act 1972. We therefore return to the essential and unprecedented point of *Re Allister*, namely the potential conflict of two laws of a constitutional nature.
[39] J. BELL, *The Supreme Court judgment in Re Allister et al. Constitutional statutes, quo vadis?*, in *Brexit Institute News*, 2023.
[40] C. MURRAY, *Maybe we Like the Misery: The Culmination of the Northern Ireland Protocol Litigation*, in *EU Law Analysis*, 8 February 2023.

in *Thoburn*). Finally, the expression "academic debate", while it may seem clumsy, is understandable if we stick to the present case. *Re Allister* has, moreover, only been rendered by five justices, making it a relatively important case. This decision therefore does not close the debate on constitutional statutes which has never been heard, contrary to what some members of the doctrine claim.[41] The doctrine of implied repeal leading to the recognition of constitutional statutes by common law is alive (like the principles of parliamentary sovereignty or rule of law on which it is based). Hasty and overly general conclusions should not be drawn from a particular case dealt with in a very particular context marked by the major political risks that would have resulted from a finding of illegality. The remaining regret is that, without reaching a separate conclusion, the Supreme Court justices could have engaged in the constitutional law field to enrich its substance and clarify the new constitutional law post-Brexit[42]. It is, quite logically, on the diplomatic front that the (temporary?) reconciliation was finally found for the restoration of the Executive in Northern Ireland after the adoption of the Windsor Framework.

4. Constitutional settlements of the Windsor Agreement

The *Allister* case showed that the UK Conservative government had not reached a political agreement that was satisfactory to the Unionists. Boris Johnson's betrayals of the DUP in 2019, although essential to removing the major obstacle in negotiations on EU withdrawal, were one of the decisive factors in maintaining London's direct rule over Belfast. The other reason was the DUP's unwillingness to enter into negotiations since 2019 within any institutional structure created to facilitate consensus. This was also qualified by a judge as "abject breach of their solemn pledge" and "unlawful" behaviour, though the court nevertheless refused to order political leaders to participate in negotiations[43].

After the interlude of Liz Truss, who did not really have the opportunity to look into the Northern Ireland imbroglio in detail, Rishi Sunak set out a dual objective of appeasement: with the European Union, which was not satisfied with the unwillingness of previous governments to implement the Protocol, and with the Unionists. This meant negotiating an amendment to the Protocol. Political events made it easier for him. The DUP underperformed in the 2022 elections, which allowed Sinn Féin to win the position of Northern Ireland First Minister for the first time[44]. Despite this electoral setback, Northern Ireland's constitutional arrangements give a central role to Unionists under the principle of cross-community support, allowing the DUP to prevent a government agreement from being reached with the other parties. The Northern Ireland (Executive Formation and Organ and Tissue Donation) Act 2023 was needed for the government to remain in operation to avoid the holding of new elections that Sinn Féin refused. The Windsor Agreement came a few weeks after the 2023 Act was passed.

---

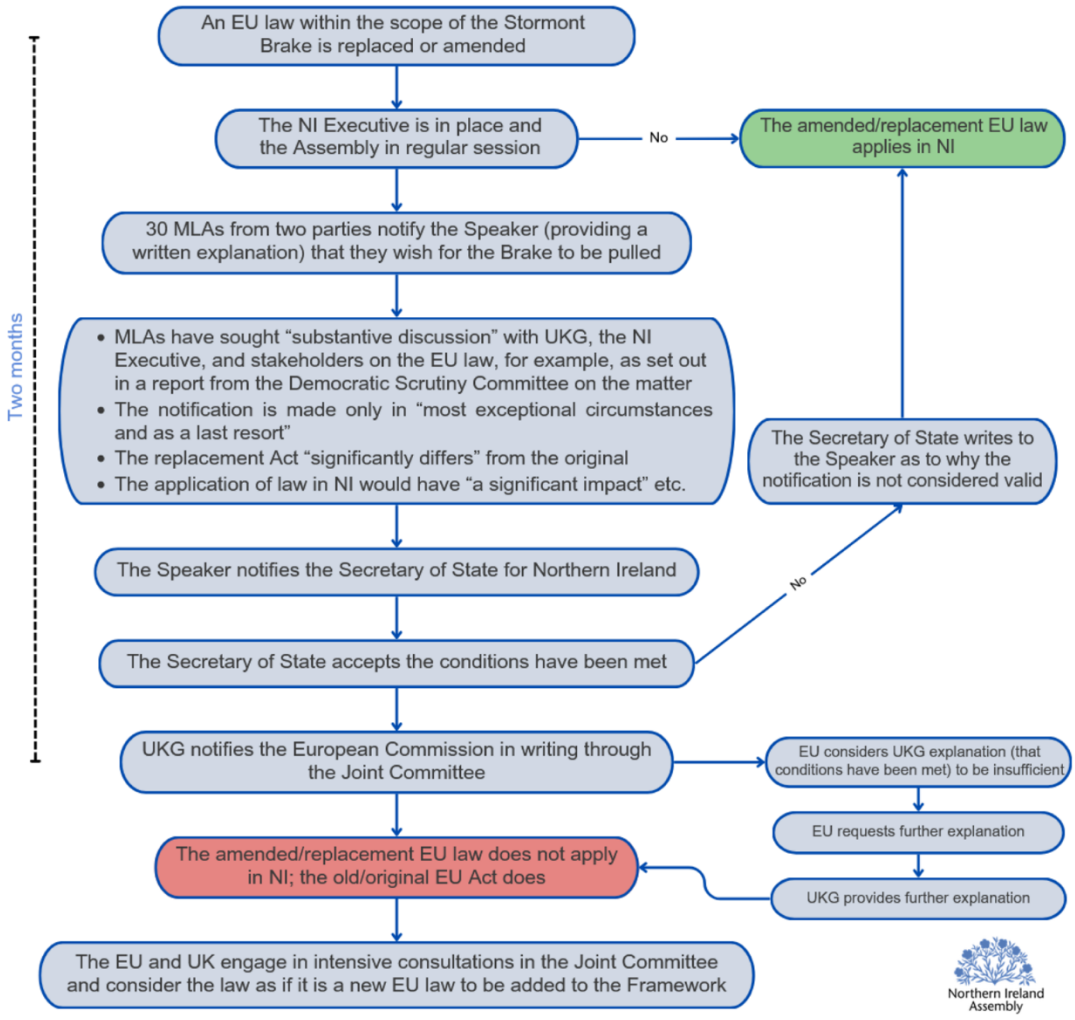
[41] See in this regard O. GARNER, *The UK Supreme Court Northern Ireland Protocol Judgment: A Return to Pre-EU Membership Orthodoxy?*, in *Brexit Institute News*, 2023.

[42] V. M. ELLIOTT, N. KILFORD, *Nothing To See Here? Allister in the Supreme Court*, in *Edinburgh Law Rev.*, 2024, vol. 28, p. 95: «The reality is that the UK's new relationship with the EU – including Withdrawal Agreement law and its place within the domestic legal system – raises questions about the nature of the UK constitution just as profound as those raised by EU membership and just as deserving of normative interrogation».

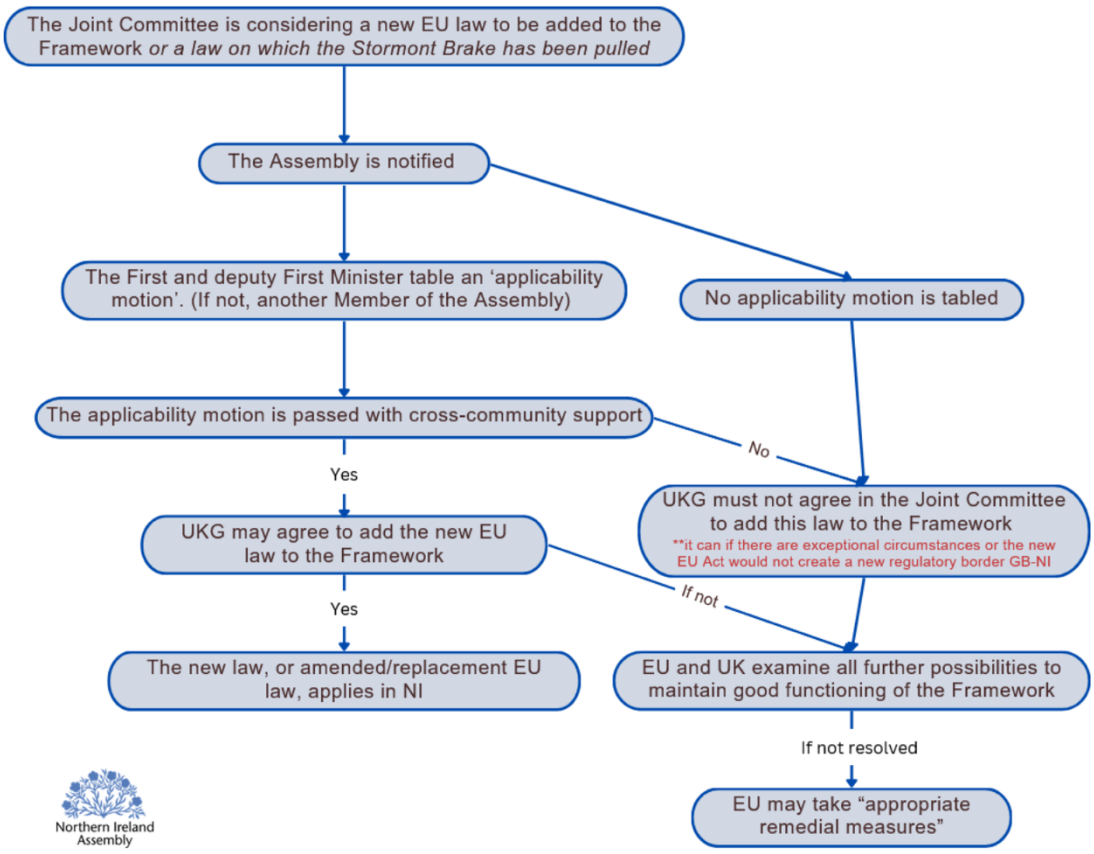
[43] *Re Sean Napier 2021] NIQB 120* (v. R. CORMACAIN, *What should courts do when ministers flout the law?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 22 December 2021).

[44] V. M.C. CONSIDERE-CHARON, *Point d'actualité et retour sur la situation en Irlande du Nord après les élections du 5 mai 2022*, in *Observatoire du Brexit*, 7 June 2022.

From a constitutional perspective, the purpose of the Windsor Framework was to strengthen the position of Northern Irish institutions. The *Allister* case showed that the reduced importance of cross-community support under the Protocol was one of the most sensitive points raised by the claimants. It should be recalled that, initially, the Assembly of Northern Ireland had to periodically renew its consent to the arrangements of the Protocol under fairly complex terms (Article 18 of the Protocol). The Windsor Framework added that the Stormont Assembly could oppose any changes to existing EU rules on customs, goods and agricultural products covered by the Protocol. This potential brake on regulatory alignment between the two Irelands (*Stormont brake* introduced in Article 13(3)(a) of the Protocol) may be activated if a legal change causes a slowdown in trade and disrupts the daily lives of Northern Irish citizens. A substantiated petition on this factual basis would have to be brought by 30 Northern Irish MPs from at least two different political backgrounds (similar to the mechanism provided for in the Northern Ireland Act 1998 for petitions of concern). The UK will then notify its European partner of a "veto" on the application of the new rule, which will be suspended. Discussions will be initiated on the subject in the Joint Committee. In the event of a disagreement, the use of arbitration proceedings is provided for, without the intervention of the Court of Justice (which was not necessarily the case previously since it was intended to be seized when EU law was at issue).



A second mechanism is introduced. In the event of new European legislation (and not just a change), an "applicability motion" may be adopted by the Northern Ireland Assembly: "before the UK can agree with the EU in the Joint Committee that a new EU law should apply in NI, the Northern Ireland Assembly must indicate cross-community support for the new law to be added to the Framework by passing an 'applicability motion'. The First Minister and the Deputy First Minister may table the motion, otherwise another member of the Assembly may then do so". This motion is not required in the event of an emergency or if the new standard will "not create a new regulatory border between Great Britain and Northern Ireland" (Article 13(4)).



The UK has said it will commit to tighter controls between the north and south of the island of Ireland to prevent any misuse of the Windsor arrangement. Changes in the institutional framework for cooperation between the two parties will make it possible to closely monitor the implementation of the agreement.

The assessment of this new system is mixed. To its credit, it ends nearly two years of conflict between the EU and a United Kingdom whose Conservative government had multiplied legal provocations by explicitly violating the Protocol, in particular by its *Northern Ireland Protocol Bill*, which was withdrawn. The Windsor Agreement does not fundamentally call into question the Protocol. The innovation of the "Stormont brake" must be put to the test and must only be a last resort motivated by exclusively concrete and objective considerations as provided for in Article 13(3a).

Above all, the Windsor framework is largely based on good faith cooperation and mutual trust that must govern relations between the EU and the UK on the one hand, and Great Britain and Northern Ireland on the other hand. Tensions with the unionists will not therefore necessarily disappear, as illustrated by the initial rejection by the DUP[45] before its final acceptance. The DUP's blockades against the restoration of the Northern Ireland Executive led to the urgent adoption of legislation to avoid a new vote after the 2022 vote (the latest being the Northern Ireland (Executive Formation) Act 2024). The "DUP Deal" (*Safeguarding the Union* paper) of January 2024 was essential for the effective implementation of the Windsor Framework and the advent of the 7th Northern Ireland Assembly. The purpose of the deal was to provide concrete answers to Northern Irish concerns in order to remove any barriers, borders and controls on goods intended to remain in the UK domestic market. The following provisions were adopted: to keep Great Britain (England, Wales and Scotland) aligned with European standards; new laws at Westminster would be checked to ensure they did not compromise unfettered trade with Northern Ireland, meaning no separate rules or labels for goods that remain in the region; the establishment of a new body, Intertrade UK, to promote trade within the UK; to put an end to the "Not available in Northern Ireland" issue that afflicted online shoppers when they are trying to buy goods from other parts of the UK; no border control post at Cairnryan in Scotland; when UK ministers will introduce new legislation, they will be compelled to tell Parliament if their bill will have "significant adverse implications for Northern Ireland's place in the UK internal market"; and the introduction of an "explicit Internal Market Assessment" as part of the usual regulatory checks made by public authorities to identify any adverse impact on the UK internal market). Not all Unionists were happy with the DUP deal and several Conservative party figures have criticised it, particularly because it keeps Great Britain aligned with European standards to avoid distortions with Northern Ireland's trade regime, which must be in line with that of the Republic of Ireland, as an EU member. The removal of the border in the Irish Sea for goods intended to remain in the UK free trade area could, in any case, only lead to such a consequence.

The Windsor Agreement was finally incorporated into domestic law by the Windsor Framework (Democratic Scrutiny) Regulations 2023. The Secretary of State for Northern Ireland made these Regulations in exercise of the powers conferred by section 8C(1) and (2) of, and paragraph 21 of Schedule 7 to the European Union (Withdrawal) Act 2018. They entered into force on 2 February 2024 after the common ground reached with the Unionists. They amended Schedule 6B into the Northern Ireland Act 1998 in order to introduce the "Stormont Brake" and create a new Windsor Framework Democratic Scrutiny Committee.

The appeasement that resulted from these lengthy negotiations did not prevent the DUP from attempting to veto a new EU law applying in Northern Ireland by using the mechanism of the applicability motion of the Windsor Framework as early as March 2024[46]. The DUP opposed the application of new European legislation on the protection

[45] This "Protocol 2.0" did not return to two aspects strongly criticised by the *DUP* and the most right-wing fringe of the Conservative Party: the maintenance of the jurisdiction of the Court of Justice and the preservation of the essential state aid regime enforceable against Northern Ireland.

[46] J. CAMPBELL, *NI Brexit deal: DUP to test Windsor Framework at Stormont*, in *BBC*, 16 March 2024.

of geographical indications for craft and industrial products[47]. The DUP was not backed and the motion was ultimately rejected[48]. Moreover, the first meetings of the Windsor Framework Democratic Scrutiny Committee took place without major malfunctions in order to provide the first analyses of developments in European legislation potentially affecting trade in Northern Ireland.[49]

Northern Ireland and its law are at the confluence of UK constitutional law and EU law. They must never cease to attract interest from lawyers who study standard-setting relationships between legal systems, as it helps to appreciate the subtlety of constitutional arrangements between different parts of the UK and the new complexity of the relationship between the UK Constitution and EU law, which, despite Brexit, continues to influence domestic law.

numero 1/2024

[47] Regulation (EU) 2023/2411 of the European Parliament and of the Council of 18 October 2023 on the protection of geographical indications for craft and industrial products and amending Regulations (EU) 2017/1001 and (EU) 2019/1753.
[48] NORTHERN IRELAND ASSEMBLY, *Brexit & Beyond newsletter*, 25 March 2024.
[49] NORTHERN IRELAND ASSEMBLY, *Brexit & Beyond newsletter*, 19 June 2024.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-QVZ

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

The Closer You Are, the Harder it Gets: Sinn Féin and the Reunification of Ireland

Colin R.G. Murray
Professor of Law and Democracy, Newcastle University

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

The Closer You Are, the Harder it Gets: Sinn Féin and the Reunification of Ireland**

di Colin R.G. Murray*

Abstract (Ita): Sinn Féin è attualmente una forza importante nella politica dell'Irlanda e dell'Irlanda del Nord. Al di là di questo successo, la Brexit ha cambiato radicalmente il discorso pubblico sullo status costituzionale dell'Irlanda del Nord. Se già prima della Brexit, pur appartenendo al Regno Unito, l'Irlanda del Nord si collocava su un confine "quasi invisibile" con l'Irlanda, a seguito del ritiro della Gran Bretagna dall'Unione Europea, i pericoli in senso "secessionista" sono aumentati. In questo contesto, dunque, Sinn Féin ha avuto l'opportunità di provare a perseguire il suo obiettivo politico fondamentale: la riunificazione dell'isola d'Irlanda come Stato indipendente. La realtà, tuttavia, è che l'Irlanda unita rimane un'ambizione indefinita e che gli sforzi di Sein Féin per raggiungere il suo obiettivo principale potrebbero comportare al partito un notevole costo elettorale.

Abstract (Eng): Sinn Féin is now a major force in politics in Ireland and Northern Ireland. Alongside this success, Brexit has radically changed public discourse over Northern Ireland's constitutional status. An arrangement where Northern Ireland was part of the United Kingdom, but enjoyed an all-but invisible border with Ireland for many purposes, had been achieved whilst the United Kingdom was part of the European Union, and was imperiled by the United Kingdom's withdrawal. This confluence of electoral success and constitutional upheaval has provided Sinn Féin with the opportunity to advance its core political aim; the reunification of the island of Ireland as an independent state. The reality, however, is that many aspects of a united Ireland remain to be defined, and Sinn Féin's efforts to get closer towards achieving this most cherished of its political aims could come with considerable electoral costs.

Parole chiave: Irlanda; Irlanda del Nord; Riunificazione; Principio del consenso; Autodeterminazione dei popoli

Keywords: Ireland; Northern Ireland; Reunification; Principle of Consent; Self Determination

Sommario: Introduction; Sinn Féin and the 1998 Agreement; The Cusp of Change; The Challenge Intensifies; The Realities of Reunification; Conclusion

Introduction

The logistics of attempting to run a political party across two states are daunting. Separate party funds, different legal rules for party organisation and different messaging and priorities on either side of a border all come into play. Sinn Féin, however, is a cross border party which aims to remove the border between the polities in which it operates by bringing about the end of over a century of partition and bring about a united and independent Ireland (inherent in the party name, which literally translates as Ourselves Alone). From the rise of the contemporary party as the mouthpiece of the Provisional Irish Republican Army's (IRA) violent revolutionary campaign to bring about this end in the 1970s, to the gradual eclipse of the *«armed struggle»*[1] amid the peace process which centred upon the Belfast/Good Friday Agreement of 1998, and on to the increasing electoral success of

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professor of Law and Democracy, Newcastle University

[1] J. Tonge, *"They haven't gone away, you know". Irish republican 'dissidents' and 'armed struggle'*, in *Terrorism and Political Violence*, vol. 16, n. 3, (2004) pp. 671-693.

Sinn Féin in both Northern Ireland and Ireland (the state, rather than the island), this end has been the *raison d'être* of the movement. This article explores the political and constitutional challenges that lie ahead for these reunification efforts, and the difficulties faced by Sinn Féin in accommodating its ultimate goal within a quest for political power.

Sinn Féin and the 1998 Agreement

In the 1980s the Northern Ireland conflict had raged for over a decade and appeared more intractable than ever. Outrage heaped upon outrage had hardened rival narratives about the conflict and restricted the space for negotiation. In this context, Sinn Féin took two transformative steps towards organisational reinvention. The first, building on the success of Bobby Sands' election to the Westminster Parliament, while taking part in the 1981 hunger strike in the Maze Prison, was the adoption of the *«armalite and ballot box»*[2] strategy. This saw the republican movement seek to combine political violence and electoral politics in its efforts to advance reunification. This involved Sinn Féin organising as a political party and held out the possibility that, after a peace process, the ballot box aspect of the strategy would come to predominate as Sinn Féin transitioned into an organisation committed to achieving political power by constitutional means. The second element involved Sinn Féin's leadership, then Gerry Adams and Martin McGuinness, actively seeking to build a *«nationalist coalition»*[3] to pursue shared political goals, rather than acting on them in isolation, beginning with the talks between John Hume and Gerry Adams in 1998.

Within the organisation this approach was controversial. In the course of talks towards a peace deal in the 1990s, Sinn Féin's ultimate goal of reunification had to be deprioritised. The party leadership's acceptance that the conflict had become a *«military stalemate»*[4] and that political violence was therefore not going to advance the cause of a united Ireland did not necessarily translate easily to a movement in which many people felt that they had made the sacrifices demanded by a revolutionary struggle, and who did not see the end point of those sacrifices as being a role for Sinn Féin within a set of power sharing arrangements managing powers devolved to a Northern Ireland that was still very much part of the United Kingdom (UK). Gradually, however, over the course of successive ceasefires between 1994 and 1996 and between 1997 and the conclusion of the 1998 Agreement, even many of the republican movement's *«hard men … bade a psychological farewell to terrorism»*[5].

Power sharing, when it functioned, became the most prominent outcome of the 1998 Agreement. The possibility of reunification was undoubtedly part of the Agreement; indeed, Sinn Féin would not have assented to it without it. But the principle of consent meant that it would only come about as a result of an expression of the majority will of

[3] P. Taylor, *Provos: The IRA and Sinn Fein*, London, Bloomsbury, 1997, p. 304.
[4] G. Adams, *Before the Dawn: An Autobiography*, New York, William Morrow, 1996, p. 317.
[5] E. Mallie, D. McKittrick, *The Fight for Peace*, London, Heinemann, 1996, p. 370.

the people in Ireland and Northern Ireland[6]. This prospect was so far distant in time in 1998, given the state of public opinion at the time, that it required the parties engaged in power sharing to prioritize day-to-day politics over Northern Ireland's perennial *«constitutional question»*[7]. Within Northern Ireland, this saw Sinn Féin having to work together in an Executive with parties with a diametrically opposed vision for the constitutional future and to develop policies for the benefit of a polity that it had long insisted was unworkable. Even though power sharing was stop-start in the aftermath of 1998, major acts of IRA decommissioning in 2005 and Sinn Féin's support for policing after the St Andrews Agreement of 2006 marked further breaks with overt paramilitarism[8]. In Ireland, Sinn Féin gained some support from those disaffected with the traditional parties, especially as IRA decommissioning underlined the republican movement's shift behind constitutional politics. This electoral platform involved Sinn Féin seeking to provide a hub for an alliance of fringe causes, including intense scepticism towards the EU, as part of its effort to accumulate vote share[9]. Reunification, for much of the two decades after 1998, seemed a distant possibility.

The Cusp of Change

The June 2016 UK referendum vote to withdraw from the European Union (EU) suddenly intensified debates over Northern Ireland's status[10]. Shared EU membership had done much to standardise significant aspects of law across the land border, and for many people the border could be crossed on a regular basis with no evident disruption. This was not fertile ground for a reunification campaign, but the Brexit vote threatened to upend these arrangements. The common EU law foundation which provided the basis for the open border in terms of goods movements, and extensive aspects of the operation of North-South bodies under the 1998 Agreement, looked set to be swept away[11]. Even though significant elements of EU law would ultimately be protected in the UK-EU Withdrawal Agreement, the special arrangements covering Northern Ireland continued to appear insecure in the years after Brexit, with the UK Government repeatedly seeking to renegotiate terms[12]. Businesses had little confidence in investing in Northern Ireland and power sharing lurched from crisis to crisis.

---

[6] *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland (with annexes)* (1998) 2114 UNTS 473, Constitutional Issues, para. 1.
[7] C.R.G. 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, 108-109.
[8] See R. Wilford, 'Northern Ireland St Andrews–the long Good Friday Agreement', in J. Bradbury (ed.), *Devolution, Regionalism and Regional Development: The UK Experience*, Routledge, 2007, pp. 81-108.
[9] See M. Frampton, *Sinn Féin and the European Arena: 'Ourselves Alone' or 'Critical Engagement'?*, in *Irish Studies in International Affairs*, vol. 16, n. 1, 2005, pp. 235-253.
[10] See M. Murphy, J. Evershed, *A Troubled Constitutional Future: Northern Ireland After Brexit*, Newcastle-upon-Tyne, Agenda, 2022, pp. 12-17.
[11] See S. De Mars, et al., *Bordering Two Unions: Northern Ireland and Brexit*, Bristol, Bristol University Press, 2018, pp. 19-20.
[12] See C.R.G. Murray, *From Oven Ready to Indigestible: The Protocol on Ireland/Northern Ireland*, in *The Northern Ireland Legal Quarterly*, vol. 75, n. S2, 2022, pp. 8-36.

Sinn Féin rode the crest of this wave. A majority of voters in Northern Ireland had rejected Brexit, and amid the rolling uncertainty of the aftermath of the 2016 referendum and the persistent challenges of making Brexit workable, Sinn Féin could now make the increasingly effective offer of reunification bringing Northern Ireland back into the EU to woo voters who were hitherto unaligned on the issue of Northern Ireland's constitutional future. It also helped that Sinn Féin simultaneously refreshed its leadership team. Gone were Gerry Adams and Martin McGuinness, both of whom being indelibly associated with the conflict in the minds of many voters, and in their place came Mary Lou McDonald and Michelle O'Neill, who did not carry the same associations.

The appeal of Sinn Féin's post-Brexit pitch to voters was heightened by gradually shifting demographics in Northern Ireland. The typically-unionist voting Protestant population is declining, and the typically-nationalist voting Catholic population increasing[13]. With the increasing fragmentation in the unionist vote as a result of recriminations over the mishandling of Brexit and this aging and declining population of voters who would have likely traditionally identified as unionist, Sinn Féin was able to become Northern Ireland's largest party at all levels of government by 2024. On the other side of the border the political parties which had dominated Ireland's governance since independence, Fianna Fáil and Fine Gael, had become discredited in the eyes of many voters for their roles in the 2008 financial crisis and the subsequent imposition of austerity governance respectively. In the 2020 general election Sinn Féin capitalised upon this discontent to achieve the largest vote share of any party.

After the 2020 general election Fianna Fáil and Fine Gael, parties which had historically defined themselves against each in a split connected to their respective approaches to the terms of Ireland's independence, chose to enter a coalition to stave off the prospect of Sinn Féin entering government. Leading figures in both parties have publicly expressed their disdain for Sinn Féin's politics and their doubts over its post-1998 commitment to democratic politics. These shared concerns that a *«smell of Sulphur and cordite»*[14] lingers around Sinn Féin generated the necessary pressure to create this firewall against it entering government, akin to the *brandmauer* within German politics which the major parties established to exclude The Left Party and Alternative for Germany. There was, however, always something quixotic in the senior figures in Ireland's establishment fulminating about Sinn Féin's connection to political violence whilst helping to put in place and sustain a governance system in Northern Ireland which obliges Unionists to share power with the party. The Fianna Fáil/Fine Gael coalition government has, perhaps more significantly, allowed Sinn Féin to assume the role of the major opposition party in national politics, and to cast itself as a government in waiting.

[13] See L. Cooley, *Census politics in Northern Ireland from the Good Friday Agreement to Brexit: Beyond the 'sectarian headcount'?*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 23, n. 3, 2021, pp. 451-470.
[14] B. Feeney, *Surviving the split: Sinn Féin's long road to independence from the IRA*, in *The Observer*, 24 April 2022.

The Challenge Intensifies

Brexit, for Sinn Féin, was like landing on a ladder in *Snakes and Ladders*; suddenly the journey time towards reunification seemed to have dramatically decreased and its policy platform was making an impact in Irish politics as never before. This prominence, of both the party and its agenda, was nonetheless accompanied by new challenges. Some of these challenges relate to party organisation. Its breakthrough with the electorate in Ireland was so unexpected that it did not run enough candidates in 2020 to capitalise on its vote share, and the party thus did not *«reap the full benefit of its vote»*[15]. Since that election, moreover, the party has been plagued by scandals relating to a number of its representatives; vetting and party management processes had not been adequate to the task in the context of its sudden electoral breakthrough.

These issues are compounded by the transition which has been required in many of its policies, with Conor Kelly identifying two areas as being particularly challenging for the party. Sinn Féin was, and is, a party focused on achieving national sovereignty over the island of Ireland. This, historically, had brought with it a deep scepticism towards the EU. Nonetheless, in defining itself against Brexit, the *«party has noticeably softened its approach to European issues»*[16]. Second, as they were during the Brexit debate within the UK, issues of immigration policy have become intertwined with questions about the restrictions placed upon states by EU membership in this regard. As a result, an *«emerging threat for Sinn Féin ... appears to be the increased prominence of debates around Ireland's intake of migrants and asylum seekers»*[17]. As a party which has developed deep connections with revolutionary struggles elsewhere in the world from the 1970s onwards, it thus has an internationalist outlook at odds with the overt racism of many anti-immigrant groups, and many of its core supporters would not tolerate a direct pivot towards policies which would indulge such groups[18]. Many establishment figures, happy to laud the absence of a major far-right presence in Ireland's politics, at least prior to the widespread disturbances of 2024, would refuse to acknowledge that Sinn Féin has long occupied such a prominent anti-establishment place in Irish politics as to stymie the development of far-right parties and relegate them to the political margins[19]. But, for Sinn Féin's purposes, these shifts now place it in a policy trap. The anti-EU and anti-immigration policies which have propelled far-right populist parties into the political mainstream across Europe are not open to it. Whereas it once seemed like a radical alternative for disaffected sections of voters, there is now much less to differentiate it from Fianna Fáil and Fine Gael on certain significant issues.

---

[15] A. Moore, *The Long Game: Inside Sinn Féin*, London, Penguin, 2023, p. 267.
[16] C.J. Kelly, *The Multilevel Implications of a Sinn Féin Government in Ireland*, in *The Political Quarterly*, Advanced Access, 2024, pp. 1-7, 6.
[17] Ibid., 2.
[18] It is worth noting that there is a prominent strain of rhetoric from the era of the conflict, such as Gerry Adams' proclamations that *«[w]e want Ireland for the Irish»*, which for a long time played to nativist audiences; G. Adams, *The Politics of Irish Freedom*, Dingle, Brandon, 1986, p. 167.
[19] For acknowledgment of this point, see F. O'Toole *Sinn Féin was the shock absorber of Irish politics. It's worn out*, in *The Irish Times*, 10 June 2024.

The more that Sinn Féin has come to threaten the place of these parties, moreover, the harder they have pushed back. In the context of Ireland's PR-STV electoral system, the 2020 formation of a coalition led by Fianna Fáil and Fine Gael, two parties which have traditionally opposed each other, improves the chances of each of these parties gaining transfer votes from each other's supporters, and thus buttresses their electoral position. The longer the period from the 1998 Agreement and IRA weapons decommissioning the harder it is for these parties to sustain a narrative that Sinn Féin is not a genuinely constitutional party with the electorate. But even if there is a growing section of Ireland's electorate which is not perturbed by talk of shadowy figures in Belfast pulling the strings, these claims still perform a function of suppressing transfers of votes to Sinn Féin. If they did not, the Fianna Fáil and Fine Gael leadership might well have to confront what it is about their own stewardship of the country, at a time of exceptional headline economic figures, which sees such a large proportion of the electorate willing to vote for such an alternative to them.

A favourite attack line has become Sinn Féin's record in government in Northern Ireland. There are, undoubtedly, challenges and even absurdities to trying to run a cross-border party. As one frustrated party member recounted to Aoife Moore for her recent study of the party:

> *«Basically Sinn Féin in the South wants to [get] fluoride out of the water system and Sinn Féin in the North wants to [keep] fluoride in the water system, and we were two hours in [to the meeting] and I couldn't take it anymore»*[20].

Around issues such as reproductive rights, the party long struggled to calibrate a position which appealed to different voter bases on either side of the border, with efforts to strike a liberal tone ahead of the 2018 referendum in Ireland generating fears within the party that it would alienate what was regarded as a more conservative voter base in Northern Ireland. This becomes a pressing issue for the party, however, when it seeks to pursue a radical reform of public services and housing policy in its pitch to voters in Ireland. These are perceived to be a major point of distinction with the other major parties; Fianna Fáil and Fine Gael have, *«through chronic neglect, allowed a housing crisis to reach catastrophic proportions»*[21]. In this policy area, where the record of the major parties is so weak, their response has been to attack Sinn Féin's record in Northern Ireland:

> *«Compare [the Fianna Fáil-Fine Gael-led coalition record] with the last year in which there was a Sinn Féin housing minister in Northern Ireland … and there can be no doubt that Fianna Fáil and Fine Gael housing ministers build more social housing than Sinn Féin ones, even adjusted for population»*[22].

There are multiple problems with this position. Parties in Northern Ireland's power sharing Executive enjoy limited freedom of action to promote favourite policies in the ministerial portfolios they hold, because of the nature of consociational governance. Devolution to Northern Ireland, moreover, provides for much more limited capacity to raise funds to

[20] Moore, n 11 above, p. 88.
[21] Ibid., p. 295.
[22] L. Varadkar, Dáil Éireann Debates, 18 April 2023, Speech 2.

support such projects than the Dublin government enjoys. It is a crude analogy, but an effective attack line.

The traditional major parties have also sought to co-opt some of Sinn Féin's language around reunification. Leo Varadkar, soon after stepping down as leader of Fine Gael, has been promoting active preparations for a reunification process. The coalition government's Shared Island initiative, promoted by Fianna Fáil leader Micheál Martin, channels an increasing amount of money into cross-border projects[23]. Sinn Féin might well be flattered by all of this overt imitation of its policy platform, but there are also key elements of the coalition's programme for government which have fallen by the wayside, most notably the pledge for a referendum to enable Irish citizens living outside the territory of the state to vote in presidential elections, a proposal which would most obviously affect the large numbers of Irish citizens living in Northern Ireland. In the context of Ireland's November 2024 general election, this again set a trap for Sinn Féin. The more Sinn Féin is seen by the electorate to be focused on the interests of Irish citizens living in Northern Ireland, by pushing on issues like this undelivered referendum, the less voters in the 26 counties would recognise that the party's focus really was on improving housing and public sector provision in Ireland. Ultimately the party could not build on its 2020 electoral performance; its first-preference vote share slumped in the 2024 election and although it saw a comparable number of representatives elected, it looks set to be locked out of government by a renewed Fianna Fáil-Fine Gael coalition. This electoral setback, however, does not necessarily derail a reunification project which will continue to be constructed over the next decade.

The Realities of Reunification

If the 1998 Agreement pushed the question of Northern Ireland's constitutional status into the future, to allow time for society to recover from the conflict, Brexit brought all of these discussions back to the forefront of the political agenda much earlier than might otherwise have been expected. Unionist parties are no longer dominant in Northern Ireland, but that does not mean that there is yet majority support for reunification. Even though support for maintaining the Union dropped below 50 percent for the first time in polling in the Autumn of 2024, support for reunification stands at just under 34 percent. This latter figure has steadily ticked upwards in recent years, but voters who are either undecided or do not want to commit to such a binary constitutional divide hold the balance. In these circumstances, even if Sinn Féin did enter government in both Ireland and Northern Ireland *«it would not fundamentally change the demographic and political realities of Northern Ireland's divided politics»*[24]. Given the current trends, however, it would provide an additional impetus towards preparing for a vote.

Sinn Féin's approach to such a potential opportunity has been to promote a citizens' assembly to tackle the issues posed by reunification. This addresses the party's need to be

[23] N. Richmond, *Towards a new Ireland*, in *The Political Quarterly*, vol. 94, n. 1, 2023, pp. 115-121.
[24] Kelly, n 12 above, 3.

seen to set the agenda on reunification, but also tacitly recognises that the time is not yet ripe for reunification referendums, even if it publicly couches this multi-phase approach as providing for a necessary planning period. Such assemblies have become a regular part of Ireland's constitutional apparatus, intended to provide a deliberative forum for addressing potential issues for constitutional reform and thereby shaping both the terms of reform proposals and public discourse around them[25]. The challenge, however, is *«how to link together different forms of popular participation, deliberation and policy making across states and borders»*[26]. Even if these processes could be initiated in Ireland, it would be much more difficult to organize them on an official basis in Northern Ireland given the cross-community veto under power-sharing arrangements. Moreover, notwithstanding Sinn Féin's eagerness to proceed with such deliberative planning processes, and to influence the initiation of such proposals by the Irish Government, such processes are more likely to have broader buy-in if they are not seen to be managed by Sinn Féin.

There is a second, substantive, challenge for Sinn Féin in this process towards reunification advancing apace. At the moment, what is meant by reunification is very much in the eyes of the beholder. Some regard it as a process by which Northern Ireland is subsumed into Ireland, with some minor resultant adjustments to Ireland's governance order, whereas others foresee a much more far-reaching process by which a new governance order is formed. A broad spectrum of possible outcomes is thus encompassed by reunification, and for as long as the concept is nebulous, it can be packaged to appeal to different audiences and maximise support for the concept of reunification. As soon as preparations start to pin down what the post-reunification polity might look like, notional support for reunification might become more difficult to maintain. Changes to the flag and national anthem of a reunified country might bring some people onboard with the idea of reunification, but might alienate others who want to see no such changes to the existing paraphernalia of Ireland as a state. A moment of decision will inevitably come at which the people of Ireland and the people of Northern Ireland will need to be able *«to make an informed choice on the polity's future, accepting or rejecting developed (re)unification arrangements which are offered to them»*[27]. But, first, the nature of the reunification on offer to them will have to be developed.

Although Sinn Féin has acknowledged that a broad range of issues would have to be on the table in reunification planning, it has consistently sought to avoid becoming tied down on the compromises and adjustments reunification might entail. In the words of Mary Lou McDonald, *«The single biggest issue that unionists in particular raise with me is not about flags and emblems or identity, important as they are, it's actually around the health services»*[28]. This position,

[25] See D. Farrell, J. Suiter, *Reimagining democracy: Lessons in deliberative democracy from the Irish front line*, Ithaca, Cornell University Press, 2021.
[26] J. Todd, J. McEvoy, (2024). *Obstacles to constitutional participation: Lessons from diverse voices in post-Brexit Northern Ireland and the Republic of Ireland*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, vol. 26, n. 1, pp. 170-186, 181.
[27] C.R.G. 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, 363-364.
[28] F. McClements, K. Holland, Mary Lou McDonald expects vote on Irish unity 'this decade', in *The Irish Times*, 4 February 2024.

in attempting to sidestep some of these debates, flags up the other pressing challenge for Sinn Féin. It needs to enter government in Dublin to shift the public sector model, on key issues like health, to one more like that operating in Northern Ireland. This would make reunification look less unsettling for many voters in Northern Ireland, and boost the prospects of a reunification vote. The party's constitutional and public service agendas are intertwined. As a result of these complexities, the process of constructing an account of what a reunified Ireland would look like is thus likely to take time, which provides a window for Sinn Féin to effect public sector change in Ireland if it can gain office.

It is worth noting, notwithstanding the complexities of reunification planning, how prosaic some of the constitutional issues around reunification have become. When these issues were contemplated in the 1980s, for example, commentators pointed to the pronounced differences between the ethos of Ireland and Northern Ireland as polities, and how this manifested in divergent legal regimes on social issues such as divorce[29]. In the intervening decades the polities have come to align much more closely on issues from divorce, to gay rights and reproductive rights. The era of sharp divisions between the character of a *«Catholic State»* and a *«Protestant State»*[30] on the island of Ireland has passed. Substantive differences, over neutrality and NATO membership, are more remote from the day-to-day lives of people than earlier distinctions between the character of the polities. Next to these issues, discussions of flags and emblems might remain emotive, but they are more symbolic than substantive.

Conclusion

Before the 2024 general election in Ireland Sinn Féin was wracked by internal scandals and its electoral coalition frayed as, to its credit, it did not embrace the extreme anti-immigration agenda which other populist parties in Europe have adopted in pursuit of electoral success. It did not break through into government. Nonetheless, the story of Sinn Féin has been one of repeated reinvention. The party has successfully defined itself against the other major parties in Ireland and, in light of the weaknesses in their track record in government (particularly around public spending), it is not apparent that 2020 was Sinn Féin's electoral high-water mark. But even though its electoral progress has been blunted, Ireland's other parties have been obliged to recognise a reunification agenda as never before. Electoral performance, moreover, has always been a means to an end. In light of Sinn Féin's recent history of association with political violence there will be large sections of the electorate in both Ireland and Northern Ireland from whom it will struggle to gain votes. It will not, therefore, without a profound shift in its stance towards the Northern Ireland conflict, be able to advance the cause of reunification by itself. To do so, it will have to work as part of a coalition to provide a vision for reunification which can command majority support in both parts of the island. Time will tell if it is able to modul-

[29] See T. Hadden, K. Boyle, *Hopes and Fears for Hillsborough*, in *Studies: An Irish Quarterly Review*, vol. 75, n. 300, pp. 384-391, 386.
[30] C. Cruise O'Brien, *States of Ireland*, London, Hutchinson, 1972.

ate its vision of republicanism to fulfil this role. Not for the first time, Ourselves Alone will not translate into progress on Sinn Féin's most treasured goal.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-KLP

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

La tutela dei diritti fondamentali in Irlanda del Nord fra Accordi del venerdì santo e *Windsor Framework*

Giovanni Rizzoni
Professore a Contratto
Università LUISS Guido Carli

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN IRLANDA DEL NORD FRA ACCORDI DEL VENERDÌ SANTO E *WINDSOR FRAMEWORK*[*]

di GIOVANNI RIZZONI[**]

ABSTRACT (ITA): L'articolo affronta il tema della tutela dei diritti fondamentali in Irlanda del Nord dopo la Brexit. In questa prospettiva sono analizzati gli effetti derivanti dall'uscita del Regno Unito dalla UE per il sistema di garanzie stabilito dagli Accordi del Venerdì santo del 1998. Particolare attenzione viene dedicata ai contenuti del Protocollo sull'Irlanda del Nord allegato all'Accordo di recesso della UE e alle successive modifiche apportate dal c.d. *Windsor Framework*. Vengono quindi discusse le possibili conseguenze derivanti dai tentativi posti in essere dalla recente legislazione britannica di porre dei limiti all'applicazione nel paese della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A questo proposito si analizzano le recenti sentenze *Dillon* emesse dall'Alta Corte e dalla Corte d'appello dell'Irlanda del Nord. Si svolgono infine alcune considerazioni conclusive sulla tenuta del sistema di garanzie stabilito nel 1998 ala luce dele tensioni destabilizzanti derivanti dalla Brexit.

ABSTRACT (ENG): The article addresses the issue of the protection of fundamental rights in Northern Ireland after Brexit. From this perspective, the effects deriving from the United Kingdom's exit from the EU are analyzed for the system of guarantees established by the 1998 Good Friday Agreements. Particular attention is paid to the contents of the Protocol on Northern Ireland attached to the Withdrawal Agreement and subsequent amendments made by the so-called Windsor Framework. The possible consequences arising from the attempts made by recent British legislation to place limits on the application of the European Convention on Human Rights in the country are then discussed. In this regard, we analyze the recent Dillon sentences issued by the High Court and the Court of Appeal of Northern Ireland. Finally, some conclusive considerations are made on the sustainability of the guarantee system established in 1998 in light of the destabilizing tensions resulting from Brexit.

PAROLE CHIAVE: Irlanda del Nord, Accordi del Venerdì Santo, Tutela dei diritti fondamentali.

KEYWORDS: Northern Ireland, Good Friday Agreement, Protection of fundamental rights.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Accordi del Venerdì santo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo; 3. Gli effetti destabilizzanti della Brexit; 4. Le recenti iniziative per limitare la portata della CEDU nel Regno Unito; 5. Le decisioni *Dillon* della *High Court* e della *Court of Appeal* nordirlandesi; 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Si sono da poco celebrati i 25 anni dalla firma del *Good Friday Agreement* (GFA), lo storico accordo siglato nell'aprile 1998 fra i partiti rappresentativi delle diverse comunità nordirlandesi, il Governo del Regno Unito e il Governo della Repubblica d'Irlanda[1]. Con l'intesa si ponevano le premesse per la fine di quelli che sono stati eufemisticamente definiti i *Troubles*, il trentennio di sanguinose violenze che sconvolsero l'Ulster[2] fra il 1966 e il 1998, costando la vita ad oltre 3.500 persone[3]. IL GFA stabiliva in primo luogo un quadro di

[*] Contributo sottoposto a *double blind review*.

[**] Già Consigliere parlamentare e professore a contratto nell'Università LUISS Guido Carli di Roma.

[1] Per il significato di questo anniversario e per le prospettive future dell'Accordo, si veda A. WHYSALL, *The Agreement at 25,* London, Constitution Unit, Aprile 2023, reperibile all'indirizzo.

[2] In questo scritto – in linea con l'uso ampiamente diffuso – il toponimo 'Ulster' sarà utilizzato come sinonimo di 'Irlanda del Nord' anche se storicamente la 'provincia' dell'Ulster comprende tanto l'attuale Irlanda del Nord quanto tre contee (Cavan, Donegal e Monaghan) oggi incluse nel territorio della Repubblica d'Irlanda.

[3] Per una ricostruzione dei *Troubles* e dei precedenti storici, vedi i D. MCKITTRICK, D. MCVEA, *Making Sense of the Troubles: The Story of the Conflict in Northern Ireland*, Chicago, New Amsterdam Books, 2002.

garanzie nell'ambito del quale tutti cittadini nordirlandesi potessero godere degli stessi diritti in condizioni di eguaglianza, indipendentemente della loro appartenenza alle diverse comunità etnico-confessionali; affermava il fondamentale principio dell'autodeterminazione con vie pacifiche del popolo nordirlandese in merito all'appartenenza dell'Ulster al Regno Unito o alla sua unificazione alla Repubblica d'Irlanda; definiva gli organi di governo democratico che avrebbero avuto il compito di esercitare gli ampi poteri devoluti da attribuire alla provincia. Il GFA si proponeva così di avviare un '*fresh start*' nei tormentati rapporti intercomunitari nordirlandesi attraverso un' intesa di carattere organico che avrebbe potuto fare da modello per la stabilizzazioni di altre aree del mondo interessate da conflitti di carattere interetnico/politico/ religioso[4]. A questo proposito, l'Accordo stabiliva una sorta di nesso '*simul stabunt, simul cadent*' fra le sue diverse previsioni, nel senso di richiedere una loro messa in opera parallela, stabilendo che la mancata realizzazione anche di uno solo dei diversi rami dell'intesa avrebbe compromesso la tenuta dell'intero quadro degli accordi.

Il carattere onnicomprensivo del GFA rappresentava un suo elemento di forza, ma al contempo esponeva indubbiamente le intese a possibili fattori di vulnerabilità. Proprio a causa della necessità di tenere tutto insieme, in questo quarto di secolo la pratica attuazione del GFA si è rivelata infatti irta di difficoltà, snodandosi in un percorso tutt'altro che lineare, ricco di momenti di rallentamento o di vero e proprio blocco del processo di pacificazione. Nel passato più recente, il fattore di più grave di destabilizzazione è stato certamente rappresentato dalla Brexit. L'uscita dal Regno Unito dall'Unione europea ha posto gravissime difficoltà alla tenuta del delicatissimo quadro di equilibri fondato sul GFA: difficoltà che il Protocollo sull'Irlanda del Nord annesso all'Accordo di recesso del Regno Unito e le successive modifiche recate dal c.d. *Windsor Framework* hanno, come vedremo, solo in parte appianato. Ma non minori sono state le minacce provenienti da una seconda possibile Brexit: quella riguardante l'uscita del Regno Unito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, più volte ventilata da diversi autorevoli esponenti dei governi conservatori che si sono succeduti a Downing Street dal 2010 al 2024. Questa prospettiva – emersa più di recente nel dibattito politico britannico soprattutto in relazione alle controversie suscitate dalle draconiane politiche per il contrasto dell'immigrazione irregolare avviate dagli esecutivi a guida Tory – ha da ultimo finito per coinvolgere uno degli aspetti più delicati del processo di pacificazione nordirlandese: il trattamento da riservare ai responsabili degli di violenza (omicidi, rapimenti, torture…) commessi durante i *Troubles*. Il *Legacy Act* approvato dal Parlamento di Westminster nel settembre 2023 con la finalità dichiarata di offrire ulteriori strumenti di riconciliazione intercomunitaria ha infatti in realtà apprestato una sorta di scudo penale per gli autori delle violenze (in primo luogo gli ex appartenenti alle forze dell'ordine) che è stato duramente contestato dalla totalità dei partiti nordirlandesi e dai famigliari delle vittime anche per il suo contrasto con alcuni

[4] Per un approfondimento in questo senso, vedi J. Mc Garry (ed.), *Northern Ireland and the divided world: the Northern Ireland Good Friday Agreement in comparative perspective*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001.

basilari principi affermati dalla CEDU nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ne è sorta una controversia giudiziaria in merito alla quale sono di recente intervenuti i massimi organi giurisdizionali nordirlandesi (l'Alta Corte e la Corte d'Appello di Belfast) con decisioni di estremo interesse per ricostruire l'attuale configurazione del sistema di garanzia dei diritti fondamentali nell'Ulster. A tale ricostruzione e alle problematiche ancora aperte intende dedicarsi questo scritto al fine di approfondire in quali termini l'adesione alla Convenzione del Consiglio d'Europa da parte di Londra e il perdurante riferimento alla normativa UE introdotto dal *Windsor Framework* risultino tuttora elementi portanti per l'attuazione del GFA e per il completamento del processo di pacificazione da esso avviato.
Articolerò la mia esposizione in cinque parti: nella prima esaminerò i contenuti degli Accordi del 1998 alla luce del loro riferimento al sistema di diritti definito dalla CEDU (nonché confermato ed allargato dalla comune appartenenza sino al 2020 del Regno Unito e della Repubblica d'Irlanda all'Unione europea); nella seconda mi soffermerò sulle conseguenze derivanti dall'uscita del Regno Unito dall'Unione europea e sui meccanismi individuati dal Protocollo annesso all'Accordo di recesso e dal *Windsor Framework* per scongiurare una limitazione dei diritti dei cittadini nordirlandesi rispetto alla situazione ante-Brexit; nella terza esaminerò le recenti iniziative adottate dai governi conservatori per eliminare o limitare l'applicazione al Regno Unito della CEDU nonché i contenuti del già menzionato *Legacy Act*; nella quarta darò conto in dettaglio dei contenuti e delle motivazioni delle recenti sentenze *Dillon* delle Corti nordirlandesi; nella quinta parte trarrò alcune conclusioni in merito alla centrale questione del rapporto fra gli strumenti di tutela dei diritti umani nell'Ulster e le prospettive di prosieguo del difficile processo di riconciliazione intercomunitaria nella provincia.

2. Accordi del Venerdì santo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo

L'Accordo del Venerdì santo venne firmato il 10 aprile 1998 dal Governo britannico da quello Irlandese e da dieci fra i maggiori partiti attivi nell'Irlanda del Nord. L'intesa si compone in realtà di due distinti documenti: l'accordo fra i partiti nordirlandesi e un Trattato internazionale fra il Regno Unito e la Repubblica d'Irlanda. Il secondo documento è molto più breve del primo e, in gran parte, si limita a fare rinvio al contenuto dell'Accordo multipartitico che i Governi di entrambi i paesi si impegnano a sostenere e ad attuare. I due Governi si impegnano in particolare a riconoscere il diritto di autodeterminazione del popolo irlandese: per quanto riguarda l'Irlanda del Nord, pur riconoscendo che la maggioranza dei suoi cittadini desidera, al momento della conclusione dell'accordo, rimanere nel Regno Unito, il Trattato vincola entrambi gli esecutivi ad organizzare un referendum sulla riunificazione dell'Irlanda del Nord con il resto dell'isola qualora in futuro tale orientamento dovesse mutare. Si impegnano inoltre entrambi i Governi ad introdurre le modifiche legislative e, nel caso della Repubblica d'Irlanda, costituzionali derivanti dal contenuto dell'Accordo. Per il resto, come si è detto, il Trattato rinvia a quanto previsto dall'Accordo in materia di istituzione degli organi destinati ad attuare l'intesa, sia sul piano

dei rapporti fra l'Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda, sia su quello delle relazioni fra Regno Unito e Irlanda.

L'accordo interpartitico, dopo avere affermato in premessa i principi chiave riguardanti il principio di autodeterminazione del popolo irlandese e l'esigenza di mutuo rispetto e tolleranza fra tutte le componenti della società nordirlandese, affronta nella sua prima sezione le questioni di carattere istituzionale. L'innovazione chiave in questo campo è costituita dalla previsione di istituire un'Assemblea elettiva provvista del potere di esercitare piena 'autorità legislativa ed esecutiva' su tutte le materie oggetto di devoluzione all'Irlanda del Nord[5]. La composizione e il funzionamento della nuova Assemblea devono essere tali da garantire le diverse comunità presenti nella regione: a questo proposito l'accordo precisa che l'operato dell'Assemblea dovrà rispettare la CEDU e un futuro *Bill of Rights* per l'Irlanda del Nord che dovrà integrare le disposizioni della Convenzione in considerazione delle specificità espresse dalle diverse comunità[6]. L'Assemblea dovrà in ogni caso istituire una Commissione speciale incaricata di verificare l'eventuale conflitto fra le proposte legislative in esame e la CEDU[7]. Oltre all'Assemblea, l'Accordo prevede l'istituzione di un esecutivo guidato da un *First Minister* e un *Deputy First Minister* eletti dall'Assemblea sulla base dei rapporti di forza fra i partiti in essa rappresentati[8], distinti per ragioni pratiche in tre gruppi corrispondenti rispettivamente agli unionisti, ai nazionalisti e ad una terza categoria di 'altri'.

numero 1/2024

Il riferimento vincolante alla CEDU è ribadito nella sezione dell'Accordo dedicata ai diritti, garanzie, e eguaglianza di opportunità: oltre a proclamare direttamente una serie di diritti fruibili da tutti i cittadini nordirlandesi[9], l'Accordo prevede infatti[10] che il Governo britannico debba completare l'incorporazione della CEDU nell'ordinamento giuridico dell'Irlanda del Nord, disponendo l'accesso diretto alle Corti per i rimedi contro le violazioni alla Convenzione, incluso il potere da parte degli organi giudiziari di disapplicare (*overrule*) la legislazione approvata dall'Assemblea in caso di conflitto con la Convenzione (*inconsistency)*. Il grande rilievo accordato dal GFA alla CEDU come riferimento di garanzia nella protezione dei diritti umani nell'Ulster si spiega anche alla luce dei precedenti interventi della Corte di Strasburgo che in alcuni casi aveva condannato il Regno Unito per le prassi seguite nel fronteggiare i gravi problemi di ordine pubblico nell'epoca dei *Troubles*[11].

---

[5] Cfr. *The Belfast Agreement. An Agreement reached at the Multiparty Talks on Northern Irelands, Strand* 1. Sec. 2-4.
[6] *Ibid*., Sec. 5. Il testo dell'Accordo e del Trattato fra il Regno Unito e l'Irlanda del Nord è reperibile a questo indirizzo.
[7] *Ibid*., Sec. 11.
[8] *Ibid*., Sec. 14-25.
[9] *The Belfast Agreement. Rights, Safeguards and Equality of Opportunity*, 1: fra I diritti individuati dall'Accordo, la libertà di pensiero e di religione, il diritto di perseguire democraticamente le proprie aspirazioni politiche e nazionali, il diritto a perseguire modifiche costituzionali con mezzi pacifici.
[10] *Ibid*, 2.
[11] Per una rassegna di questa giurisprudenza vedi B. DICKSON, *The European Convention on Human Right and the Conflict in Northern Ireland*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Altre disposizioni dell'Accordo riguardano lo scioglimento delle milizie armate da entrambe le parti e il trattamento da riservare ai prigionieri. Si tratta di previsioni fondamentali per la risoluzione pacifica del conflitto irlandese ma che, come vedremo fra poco, si sono rivelate tutt'altro che facili da attuare per via del perdurante clima di sospetto fra le due comunità.

Altrettanto complessa è risultata l'attuazione delle disposizioni contenute nell'Accordo concernenti il riconoscimento dei diritti delle vittime delle violenze commesse durante i *Troubles*. A questo proposito l'Accordo dichiarava che il riconoscimento delle sofferenze patite dalle vittime doveva costituire una componente fondamentale del processo di riconciliazione e rinviava su questo tema ai lavori della *Northern Ireland Victims Commission*[12]. In realtà, l'individuazione di un metodo per giungere ad una ricostruzione condivisa degli avvenimenti legati ai *Troubles* è stata tutt'altro che agevole: il nuovo accordo raggiunto in proposito nel 2014 è rimasto in gran parte sulla carta[13] e l'atto approvato dal Parlamento di Westminster nel 2023 per affrontare la questione – il *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023* – ha conseguito, come vedremo meglio in seguito, l'effetto opposto di ulteriormente polarizzare le posizioni su questa delicatissima materia.

Assai più spedita è stata invece almeno la prima fase dell'attuazione dell'accordo sul piano istituzionale: l'emendamento alla Costituzione irlandese teso ad approvare l'accordo fra il Governo britannico e quello irlandese ed a eliminare il riferimento alla rivendicazione territoriale all'Irlanda del Nord venne sottoposto il 22 maggio 1998 a referendum da parte degli elettori irlandesi insieme all'Accordo con il Regno Unito, ottenendo oltre il 94 dei voti favorevoli[14]. Un referendum si svolse nello stesso giorno anche nell'Ulster per approvare l'Accordo, ottenendo il 71 % dei voti favorevoli.

Il Parlamento di Westminster approvò invece nel 1998 il *Northern Ireland Act* con il quale si è definito lo statuto di autonomia dell'Irlanda del Nord. Oltre a precisare le materie oggetto di devoluzione nonché la composizione e le funzioni dell'Assemblea nordirlandese e dell'Esecutivo, il provvedimento, nella sezione riguardante i diritti umani e le pari opportunità, prevede, in osservanza con quanto previsto in sede di Accordo, l'istituzione di una Commissione per i diritti umani nell'Irlanda del Nord nominata dal Segretario di Stato competente in modo da rappresentare equamente le diverse comunità[15]. Fra i compiti della

[12] *The Belfast Agreement. Rights, Safeguards and Equality of Opportunity*, 11-13.

[13] Si tratta del c.d. *Stormont House Agreement* siglato nel dicembre 2014 dai Governi britannico ed irlandese e da gran parte dei partiti nordirlandesi. L'Accordo prevedeva, fra le altre misure, l'istituzione con legge di una *Historical Investigations Unit* quale organo indipendente incaricato di condurre indagini sulle uccisioni perpetrate nel periodo dei *Troubles*. Il testo dell'Accordo è reperibile all'indirizzo.

[14] L'emendamento modifica il testo dell'art. 29 della Costituzione irlandese sostituendo la rivendicazione dell'intera isola quale parte integrante del territorio della Repubblica con le già ricordate disposizioni dell'Accordo del venerdì' santo che prevedono una possibile riunificazione dell'Irlanda del Nord al resto della Repubblica al verificarsi delle condizioni previste dall'Accordo stesso (referendum nell'Irlanda del Nord). L'emendamento prevede inoltre che la sua entrata in vigore sia subordinata alla verifica da parte del Governo irlandese che la controparte britannica abbia provveduto ad adempiere quanto previsto a suo carico dall'Accordo. La liberatoria in questo senso da parte del Governo irlandese è intervenuta nel dicembre 1999, determinando così la formale entrata in vigore delle modifiche costituzionali.

[15] Cfr. *Northern Ireland Act 1998*, § 68.

Commissione vi sono: vigilare sull'adeguato rispetto dei diritti umani nella provincia dal punto di vista legale e pratico, trasmettere pareri al Segretario di Stato sulle misure per attuare un'efficace tutela di tali diritti, esprimere pareri su richiesta o di propria iniziativa sugli interventi legislativi all'esame dell'Assemblea nordirlandese. La legge conferma inoltre l'attribuzione alla Commissione di una importante prerogativa prevista dall'Accordo di Belfast: quella di svolgere funzioni di proposta e consultive nei confronti del Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord per l'adozione da parte del Parlamento britannico di uno specifico provvedimento legislativo finalizzato ad introdurre nell'Ulster diritti ulteriori rispetto a quanto previsto dalla CEDU in particolare per quanto riguarda la tutela della pari dignità e del mutuo rispetto fra le due comunità nordirlandesi. Tale legislazione avrebbe dovuto ad andare a comporre, insieme alla CEDU, un *Bill of Rights* specifico per l'Irlanda del Nord[16].

Se l'assetto istituzionale e lo statuto di autonomia dell'Irlanda de Nord sono stati definiti con una certa rapidità, il concreto funzionamento di tali istituzioni e la piena attuazione dell'Accordo hanno subito numerose battute d'arresto. Le prime elezioni dell'Assemblea nordirlandese con sede nel Palazzo di Stormont a Belfast hanno avuto luogo nel giugno 1998, ma la concreta entrata in funzione dell'Assemblea (e quindi anche dell'esecutivo da essa eletto) è stata a lungo rinviata per il rifiuto dei partiti unionisti di partecipare ai lavori prima della completa rinuncia alla lotta armata da parte delle formazioni nazionaliste. Benché l'accordo prevedesse la completa smilitarizzazione entro il 2000, l'I.R.A. annunciò di avere definitivamente deposto le armi solo nel luglio 2005, mentre l'U.D.A., l'ala paramilitare degli unionisti, fece altrettanto molto tempo dopo, nel gennaio 2010. Ciò ha di fatto determinato un funzionamento a singhiozzo delle istituzioni rappresentative nordirlandesi compromettendo, di conseguenza, anche il concreto esercizio dei poteri devoluti[17]. Alle questioni riguardanti lo scioglimento delle formazioni paramilitari si sono nel corso del tempo aggiunte altre controversie sulla concreta gestione delle competenze attribuite all'Assemblea e al Governo nordirlandese (in particolare in materie particolarmente sensibili quali la giustizia, le forze di polizia e il welfare). Le elezioni dell'Assemblea del maggio 2022 hanno visto emergere una situazione nuova, con la conquista per la prima volta del maggior numero di seggi a Stormont da parte del Sinn Fein, che quindi ha conseguito il diritto ad eleggere il *First Minister*. Ma subito dopo le elezioni i lavori sono stati nuovamente bloccati questa volta su iniziativa dei maggiori partiti unionisti, guidati dal DUP, per protesta contro le previsioni, a loro avviso penalizzanti, contenute dell'Accordo di recesso dall'UE siglato dal Governo britannico, sul quale ritorneremo fra poco. L'attività dell'Assemblea è potuta riprendere solo dopo la definizione delle modifiche all'Accordo contenute nel c.d. *Windsor Framework*, consentendo così nel

[16] Cfr. il punto 4 della sezione *Rights, Safeguards and Equality of Opportunity* dell'Accordo di Belfast.
[17] Per una puntuale ricostruzione delle travagliate vicende dell'assemblea del Nord Irlanda, si veda il *Research paper* predisposto dal Servizio di ricerca e informazione di Stormont in occasione del 25° anniversario di vita dell'Assemblea, *The Assembly@25*, reperibile all'indirizzo.

febbraio 2024 l'elezione del primo *First minister* nazionalista, nella persona della Vice presidente del Sinn Fein Michelle O'Neill.

Quanto all'attuazione del sistema di tutela dei diritti previsto dall'Accordo di Belfast, va in primo luogo detto che l'incorporazione della CEDU nel diritto interno britannico operata con il *Human Rights Act* del 1998 ha certamente rafforzato l'apparato di garanzie apprestato dall'Accordo[18]. Com'è noto, il HRA, pur operando un difficile compromesso fra i principi della *rule of law* e della sovranità parlamentare, rendeva vincolante il riferimento alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per tutte le Corti britanniche e per la stessa pubblica amministrazione. Ciò che il GFA prevedeva in termini speciali (l'incorporazione della CEDU nel diritto nordirlandese) veniva ora esteso all'intero Regno Unito, seppure con conseguenze giuridiche diverse: mentre nell'Accordo si dispone che all'incorporazione consegua il potere delle Corti di disapplicare la legislazione approvata dall'Assemblea di Belfast ritenuta incompatibile con la CEDU, l'HRA prevede invece la possibilità da parte dei giudici di effettuare solo una dichiarazione di incompatibilità con la CEDU della legislazione del Parlamento di Westminster, rimanendo in capo al Governo e al Parlamento il potere di eventualmente adottare le modifiche alle disposizioni di legge giudicate in conflitto con la Convenzione.

Quanto alla approvazione, ipotizzata dall'Accordo di Belfast, di un *Bill of rights* specifico per l'Irlanda del nord, la questione si è in parte intrecciata a quella dell'eventuale adozione di un *Bill of rights* per il Regno Unito alternativo o integrativo rispetto al riferimento alla CEDU (su cui si veda più avanti). La Commissione per i diritti umani nordirlandesi, al termine di una lunga e complessa serie di consultazioni, ebbe a predisporre nel 2008 un testo per l'Esecutivo di Londra, senza tuttavia che quest'ultimo desse seguito all'iniziativa[19].

---

[18] Fra i moltissimi scritti sull'HRA, si vedano almeno, in ordine cronologico: D. FELDMAN, *The Human Rights Act 1998 and constitutional principles* in *Legal Studies*, vol. 19 , n. 2 , June 1999, pp. 165-206; G.F. FERRARI, La *Convenzione europea e la sua «incorporation» nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 1, 1999, p. 125 ss; A. CLAPHAM, *The European Convention on Human Rights in the British Courts. Problems Associated with the Incorporation of International Human Rights*, in P. ALSTON (ed.), *Promoting Human Rights through Bills of Rights*, 1999, New York, Clarendon Press, p. 95 ss; P. LEYLAND, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, p. 83; C.A. GEARTY, *Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights, Law Quarterly Review,* 2002, vol. 118 (Apr), pp. 248-269; D. FELDMAN, *Parliamentary Scrutiny of legislation and Human Rights*, in *Public Law,* 2002, pp. 323-348; Cfr. L. BLACK-BRANCH, *Parliamentary Supremacy or Political Expediency?: The Constitutional Position of the Human Rights Act under British Law*, in *Statute Law Review*, n. 1, 2002, p. 59 ss; Mark TUSHNET, *New Forms of Judicial Review*, in *Wake Forest L. Rev.,* n. 38, 2003, pp. 813-838; Janet L. HIEBERT, *Parliament and the Human Rights Act: Can the JCHR help facilitate a culture of rights?* in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 1, January 2006, pp. 1-38; R. BELLAMY, *Political constitutionalism and the Human Rights Act*, *International Journal of Constitutional Law,* Volume 9, Issue 1, January 2011, pp 86-111; F. NANIA, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali nel Regno Unito. Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act*, Roma, Sapienza Università Editrice, 2024. Per un commento testuale all'HRA, si veda J. WADHAM, H. MOUNTFIELD, E. PROCHASKA, R. DESAI (eds.) *Blackstone's Guide to the Human Rights Act 1998*, 7 ed., Oxford, Oxford University Press, 2015. Per un inquadramento storico della tutela dei diritti nell'ordinamento britannico e le innovazioni introdotte con l'HRA, si veda C. MARTINELLI, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, Bologna, il Mulino, 2014, in particolare pp. 274 ss.

[19] Per il contenuto delle proposte della Commissione si veda: NORTHERN IRELAND HUMAN RIGHTS COMMISSION, *Advice to the Secretary of State for Northern Ireland*, 10 December 2008, disponibile all'indirizzo. Nell'elencare i diritti che dovrebbero essere contemplati in un *Northern Ireland Bill of Rights*, la Commissione

3. Gli effetti destabilizzanti della Brexit

La storica decisione adottata dagli elettori britannici con il referendum del 23 giugno 2016 in favore dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea ha posto sotto stress l'intero assetto delle garanzie stabilito dagli Accordi del 1998[20]. Com'è noto, uno degli scogli più difficili da superare per dare attuazione al referendum è stato infatti rappresentato dalla questione irlandese. Quello che è stato definito il 'Brexit trilemma' poneva ai negoziatori dell'accordo sulla Brexit l'arduo compito di raggiungere tre obiettivi che era assai difficile (se non impossibile) raggiungere tutti insieme: il rispetto degli Accordi del Venerdì santo con l'impegno a mantenere un *soft border* fra Irlanda del Nord e il resto dell'isola; la conservazione del libero movimento di merci e persone nel mar d'Irlanda; l'uscita del Regno Unito dal mercato unico e dall'unione doganale europea fortemente voluta dal Governo britannico. L'abbandono della Ue da parte di Londra avrebbe infatti in linea di principio imposto la costituzione di un confine rigido fra un paese UE quale la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord ormai facente parte di uno Stato non più appartenente all'Unione. Un intervento, che limitando gravemente la libertà di movimento fra le due Irlande, avrebbe già di per sé rimesso in discussione il fragile equilibrio raggiunto dagli Accordi del Venerdì santo. Gli Accordi davano infatti quella libertà come un dato ormai acquisito: la loro possibile revoca non poteva non destare profonde preoccupazioni in primo luogo nella comunità cattolica nordirlandese. Sarebbe stata tuttavia l'intera provincia a risultare penalizzata con l'imposizione di un confine 'duro' anche di tipo doganale che avrebbe seriamente compromesso i rapporti commerciali con il resto dell'isola. L'alternativa era mantenere aperta la frontiera fra le due Irlande e introdurre una barriera doganale fra l'Irlanda del Nord e il resto del Regno Unito. Come noto, è questa seconda opzione ad essere stata sostanzialmente perseguita dall'Accordo di recesso faticosissimamente raggiunto fra l'Unione europea e il Governo britannico guidato da Boris Johnson. Il Protocollo riguardante l'Irlanda del Nord annesso all'Accordo di recesso ed entrato in vigore il 1° gennaio 2021 prevede che l'Irlanda del Nord esca formalmente dal mercato unico europeo, ma benefici di uno speciale status tale da consentire il libero movimento delle merci con la Repubblica d'Irlanda; per converso le merci provenienti dal Regno Unito e dirette all'Irlanda del Nord, ma potenzialmente destinate all'Unione europea avrebbero dovuto subire i controlli e i dazi doganali. Si tratta di una soluzione che scontentava gravemente gli unionisti che la ritenevano palesemente lesiva dell'Accordo del

distingue fra i diritti già previsti dalla CEDU ed incorporati dalla HRA e 'nuovi' diritti che dovrebbero andare ad integrare la prima categoria: fra questi vi sono diritti riguardanti l'ambito penale (diritto ad essere giudicati da una giuria per i reati più gravi, diritto per le persone sottoposte ad arresto di essere assistite da un legale; diritto per di detenuti ad avere contatti con il familiari, diritto alla integrazione sociale dei detenuti dopo l'espiazione della pena), diritti civili (divorzio e unioni civili), diritti sociali (educazione, lavoro, abitazione). La proposta del 2008 era stata preceduta da altre iniziative di analogo tenore da parte della Commissione: per una valutazione di tali iniziative e le ragioni del loro mancato accoglimento da parte di Londra, vedi B. DICKSON, *op. cit.*, pp 365-369.

[20] J. DOYLE E E. CONNOLY, *Brexit and the Northern Ireland Question*, in F. FABBRINI (ed.), *The Law and Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

1998 secondo cui l'Irlanda del Nord avrebbe dovuto rimanere parte integrante a tutti gli effetti del Regno Unito. Le aspre controversie che ne seguirono (e che avevano ad un certo punto indotto il premier Johnson a forzare gli Accordi con l'UE per ritornare ad un regime di libero scambio con Belfast) sono state (almeno temporaneamente) appianate con il nuovo accordo raggiunto nel febbraio 2023 fra l'Unione Europea e il Regno Unito (il c.d. *Windsor Framework*, WF[21]) che semplificava significativamente i controlli sulle merci in transito fra l'Irlanda del Nord e il resto del Regno Unito introducendo un canale privilegiato (la *green lane*) per i prodotti destinati ad essere utilizzati unicamente nell'Ulster. La provincia si confermava sostanzialmente territorio comune a due "single market": il Mercato Unico dell'Unione Europea e l'*Internal Market* britannico. Al contempo, il nuovo Accordo aumentava i poteri di controllo dell'Assemblea nordirlandese sull'applicazione dinamica del diritto UE in terra nordirlandese[22].

Il *Windsor Framework* conferma sostanzialmente le previsioni del Protocollo in merito all'applicazioni del diritto UE in terra nordirlandese ad ampi settori di intervento legislativo.

Per quanto riguarda l'aspetto specifico della tutela dei diritti umani, va ricordato quanto previsto in via generale dal Protocollo e confermato dal WF: l'obiettivo principale di questi documenti è garantire la tutela dei principi stabiliti dal GFA a partire dal diritto all'autodeterminazione democratica del popolo nordirlandese. Le singole previsioni del Protocollo e del WF intendono pertanto corrispondere alle '*unique circumstances on the island of Ireland*', favorendo le condizioni per il prosieguo della cooperazione Nord-Sud nell'isola[23].

A questo proposito, di grande rilievo sono le previsioni contenute nell'articolo 2 del Protocollo riguardante i diritti degli individui: al comma 2 il Regno Unito si impegna a sostenere l'attività per la tutela de diritti e la non discriminazione svolta dalle istituzioni create dal GDF, quali la *Northern Ireland Human Rights Commission*, *l'Equality Commission for Northern Ireland* e il *Joint Committee of Representatives of the Human Rights Commissions of Northern Ireland and Ireland*; ma, soprattutto, al comma 1, il Regno Unito si vincola a garantire che nessuna diminuzione dei diritti, garanzie e tutele di eguali opportunità derivanti dalla parte dedicata a tale argomento dal GFA derivi dal recesso dall'Unione europea, inclusa la protezione contro le discriminazioni come regolata dalle norme di diritto UE elencate nell'allegato 1 al Protocollo. L'allegato contiene una lista di sei importanti direttive europee

[21] Benché il *Windsor Framework* contenga solo delle modifiche al precedente Protocollo sull'Irlanda del Nord annesso all'Accordo di recesso, ad esso si fa spesso riferimento, soprattutto da parte britannica, per indicare l'intero Accordo sull'Irlanda del nord, comprensivo sia del testo originario del Protocollo che delle modifiche successive.

[22] Si introduce in particolare il c.d. *Stormont Brake* che consente all'Assemblea di Belfast di bloccare l'applicazione in territorio nordirlandese di modifiche normative derivanti da decisioni delle istituzioni europee incidenti su temi oggetto del Framework i cui effetti abbiano un impatto significativo sulla vita quotidiana dei cittadini dell'Ulster. Su questi profili, vedi C. MARTINELLI, *Windsor Framework*, *ovvero come gestire la Brexit cercando la* quadratura *del cerchio*, in *Diritti comparati*, 9 marzo 2023, reperibile all'indirizzo. In merito al delicato profilo dell'applicazione nell'Ulster del diritto UE va anche ricordato che già il testo originario del Protocollo prevede, e il WF ha confermato, che la soluzione individuata dallo stesso Protocollo possa essere, dopo quattro anni a partire dal 2020, soggetta a rivalutazione da parte dell'Assemblea di Belfast.

[23] Vedi art. 1 del Protocollo, il cui testo è reperibile all'indirizzo.

riguardanti la non discriminazione nei posti di lavoro o nell'accesso ai servizi sociali. Tali garanzie dovranno essere quindi assicurate nell'Ulster anche dopo la Brexit.

Attraverso la clausola di 'non diminuzione' il rinvio al diritto UE va tuttavia ben oltre il riferimento alle direttive allegate al Protocollo. Abbiamo infatti visto che il GFA contiene un vero e proprio *bill of rights* che elenca una serie di importanti garanzie a favore dei cittadini nordirlandesi. In forza del WF il contenuto di tali garanzie dovrà conformarsi non solo a quanto previsto dal diritto interno, ma adeguarsi in termini dinamici agli standard stabiliti dal diritto UE: solo in tal modo il principio della 'non diminuzione' potrà dirsi veramente assicurato. Quando si tratterà di applicare il diritto UE, ciò dovrà esser fatto alla luce di quanto previsto dalla Carta dei diritti dell'Unione europea. Anche se l'Accordo di recesso sancisce che la Carta non abbia più effetto nel Regno Unito dopo il 31 dicembre 2020, questa previsione non può dirsi valida per l'Irlanda del Nord, nella misura in cui in tale territorio si continuerà ad applicare il diritto UE[24]. La portata generale e il carattere di rinvio mobile al diritto UE propria di questo meccanismo renderà evidentemente non semplice la sua applicazione sul piano pratico[25]. Si tratta di aspetti probabilmente non sufficientemente valutati dal Governo britannico al momento della firma degli Accordi per il loro impatto sui possibili conflitti fra la legislazione di Westminster e quella UE applicabile in territorio irlandese. Tali profili critici si sono di recente puntualmente manifestati attraverso alcune importanti decisioni giudiziarie che saranno esaminate più avanti (vedi § 4).

Nella difficile situazione creata dalla Brexit, tanto il Protocollo sull'Irlanda del nord che il successivo *Windsor Framework* hanno quindi confermato il rinvio al quadro approntato dal GFA quale principale riferimento per la tutela dei diritti dei cittadini nordirlandesi, indipendentemente dalla loro appartenenza etnico-religiosa. Ma, come abbiamo anticipato in apertura, è proprio uno dei caposaldi di tale sistema – l'aggancio alla CEDU operato dal GFA e successivamente incorporato nell'ordinamento britannico dall'HRA – ad essere stato recentemente preso di mira in particolare da parte dei governi britannici a guida conservatrice con una serie di interventi normativi volti a limitare o a rimuovere del tutto l'applicazione in terra britannica della Convenzione del 1949. Si è trattato nella maggior parte dei casi di provvedimenti ispirati dall'insofferenza per le potenziali limitazioni derivanti dalla Convenzione per le politiche di contrasto all'immigrazione irregolare. In un caso, quello del *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*, si è tuttavia intervenuti direttamente su un aspetto cruciale del processo di pacificazione connesso agli atti di violenza perpetrati durante l'epoca dei *Troubles*: il seguito da dare ai processi penali in corso e quelli futuri a carico dei responsabili delle violenze. L'effetto cumulativo dei diversi interventi ha operato in senso ulteriormente destabilizzante del fragile quadro di

[24] T. LOCK , E. FRANTZIOU, A. DEB, *The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights and general principles with the Windsor Framework*, Belfast, Northern Ireland Human Rights Commission, Maggio 2024.
[25] A. O'DONOGHUE, *Non Discrimination*, in F. FABBRINI (ed.), *The Law and Politics of Brexit*, vol. IV: *The Protocol on Ireland/Northern Ireland*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 98 ss.

equilibri avviato dagli Accordi del 1998. Conviene quindi esaminare in maggiore dettaglio la portata di questi provvedimenti.

4. Le recenti iniziative per limitare la portata della CEDU nel Regno Unito

Non da oggi nel Regno Unito è aperto un vivace confronto sull'effettiva capacità dell'HRA – attraverso l'incorporazione di una carta dei diritti di natura sostanzialmente transnazionale[26] – di assicurare un'adeguata tutela di diritti umani in ambito nazionale[27]. Soprattutto, si è messa in dubbio la compatibilità del sistema introdotto dal HRA rispetto alla tradizione giuridica inglese[28]. Già nel 2006, da Leader dell'opposizione David Cameron ebbe a suggerire la proposta di sostituire l'Atto del 1998 con un *Bill of rights* nazionale[29]. L'ipotesi di operare una riflessione complessiva sul sistema di tutele offerto dall'HRA compariva anche in un *Green paper* presentato l'anno successivo dal nuovo Primo ministro Gordon Brown[30]. Alle proposte da parte politica ebbero ad affiancarsi autorevoli analisi in sede scientifica[31]. Più di recente l'argomento è tornato di attualità in relazione ad alcuni temi caldi della politica britannica, con particolare riguardo alle politiche per il contrasto all'immigrazione irregolare, uno dei cavalli di battaglia dei governi a guida conservatrice. La necessità, derivante dall'HRA, di rispettare i principi stabiliti dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha portato ad alcune decisioni giurisdizionali avverse ai provvedimenti decisi dal Governo: emblematico il caso del piano di trasferimento coatto dei richiedenti asilo in Ruanda (il c.d. *Rwanda Plan*). Di qui la ripresa delle posizioni polemiche contro l'obbligo di osservare gli orientamenti di una Corte 'straniera' come la Corte EDU.

Nell'agosto 2023 la *Home secretary* Suella Braveman si è dichiarata personalmente favorevole all'uscita del paese dalla Convenzione in ragione dalla natura politicizzata e dell'approccio interventista della Corte di Strasburgo rispetto alle decisioni dei governi nazionali[32]: un attacco motivato soprattutto dalla decisione della Corte EDU di accordare tutela

[26] Sulla CEDU come 'vera carta costituzionale della grande Europa' vedi F. SUDRE, *L'Europe des droits de l'homme. L'Europe et le droit,* in *Droits*, n. 14, 1991, p. 105.

[27] Sul tema si veda F. NANIA, *Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali nel Regno Unito,* cit., in particolare p. 143 ss.

[28] «Con la riformulazione dello statuto delle libertà che deriva dall'*incorporation*, un ulteriore colpo è stato assestato al tradizionale divario tra il mondo del *common law* e mondo del diritto di matrice romano-giustinianea. Il processo di integrazione risultava invero già in corso in seguito all'adesione britannica all'Europa comunitaria, ma certo, rispetto ai diversi cavalli di Troia precedentemente introdotti nell'ordinamento domestico, l'*incorporation* ha assunto le sembianze e le dimensioni di un'invasione in grande stile, in grado di giungere al cuore del sistema costituzionale»: A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, il Mulino, 2 ed., 2013, pp. 56-57.

[29] D. CAMERON, *Balancing freedom and security: A modern British Bill of Rights*, speech to the Centre for Policy Studies, 26 June 2006, pubblicato in *The Guardian* del 26 giugno 2006 e reperibile all'indirizzo.

[30] *The Governance of Britain*, July 2007, reperibile all'indirizzo.

[31] Per una sintesi delle più autorevoli ipotesi di revisione dell'HRA formulate in sede scientifica vedi il Rapporto pubblicato dallo Justice Constitution Committee, *A British Bill of Rights. Informing the Debate*, London, 2007, reperibile all'indirizzo.

[32] *Suella Braverman restates wish for UK to leave European court of human rights* in The *Guardian* del 28 agosto 2023, reperibile all'indirizzo.

temporanea ad alcuni richiedenti asilo colpiti da provvedimenti di trasferimento forzato in Ruanda, con l'effetto di bloccare l'efficacia dell'intero piano avviato in questo senso dal Governo britannico[33]. Di portata più generale le tesi espresse da Jonathan Sumption, un ex giudice della Corte suprema britannica, favorevole all'uscita dalla Convenzione da parte del Regno Unito in ragione del carattere a suo avviso 'creativo' assunto dalla giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti senza alcuna base di legittimazione democratica. Un tendenza che secondo questo autore consiglierebbe l'abbandono della CEDU e la sua sostituzione con un *Bill of Rights* nazionale[34].

Sostanzialmente su queste posizioni si è attestata la linea ufficiale del partito conservatore. Il manifesto elettorale in vista delle elezioni politiche del 2019 annunciava l'impegno a rivedere lo *Human Rights Act* in modo da assicurare 'un adeguato equilibrio fra i diritti delle persone, le imprescindibili esigenze della sicurezza nazionale e l'efficacia dell'azione di governo'[35] .

Per dare attuazione a questi propositi, il Governo britannico ha affidato nel dicembre 2020 il compito di proporre possibili aggiornamenti allo HRA ad una Commissione indipendente di esperti il cui rapporto finale è stato trasmesso al Parlamento nel dicembre 2021[36]. In gran parte prescindendo dalle (limitate) proposte di modifica dell'HRA contenute nel Rapporto, il Governo ha tuttavia presentato nel giugno 2022 un progetto di legge finalizzato a sostituire l'HRA con un *Bill of rights* nazionale inteso ufficialmente ad un migliore adattamento delle tutele offerte dalla CEDU al diritto britannico[37]. In realtà il progetto, depositato alla *House of commons* senza esperire le procedure di *pre-legislative scrutiny* consuete per questo tipo di proposte, si è in gran parte caratterizzato come una risposta politica alla già ricordata decisione con la quale la Corte EDU aveva pochi giorni prima di fatto sospeso l'attuazione del piano di trasferimento dei richiedenti asilo in Ruanda. Il progetto del Governo si poneva l'obiettivo principale di dare attuazione all'impegno del manifesto elettorale conservatore di 'ribilanciare il rapporto fra le Corti britanniche e la Corte EDU'.

---

[33] Corte europea dei diritti dell'uomo, *N.S.K. c. Regno Unito*, procedimento n. 28774/22, decisione del 14 giugno 2022; Corte europea dei diritti dell'uomo, R.M. *c. Regno Unito,* procedimento n. 29080/22 e *H.N. c. Regno Unito,* procedimento n. 29084/22, decisioni del 15 giugno 2022. Com'è noto, successivamente la Corte suprema britannica, pronunciandosi da capo su due precedenti decisioni della *Divisional Court* e della *Court of Appeal*, ha definitivamente annullato il provvedimento ministeriale che prevedeva il trasferimento di alcuni cittadini stranieri dal Regno Unito al Ruanda: cfr. Corte Suprema britannica, AAA e altri c. Secretary of State for the Home Department, sentenza del 15 novembre 2023. Sulla sentenza della Corte suprema e le controversie legate all'attuazione del *Rwanda Plan*, vedi A. PASQUERO, *La Corte suprema britannica blocca (per ora) il trasferimento di richiedenti asilo in Ruanda*, in *Sistema penale*, 14 dicembre 2023; A. DIRRI, *"Hotel Rwanda": la decisione della Corte Suprema del Regno Unito sul Rwanda Plan e le sue conseguenze*, in *Diritti Comparati*, 30 gennaio 2024; C. MARTINELLI, *Illegal Immigration: il Rwanda Plan tra accordi inter-governativi, legislazione e giurisprudenza* in *DPCE On-Line*, 2, 2024.

[34] J. SUMPTION, *Judgment Call: The Case for leaving the EHCR*, in *The Spectator* del 30 settembre 2023, reperibile all'indirizzo.

[35] Cfr. *Get Brexit Done. Unleash Britain's Potential. The Conservative and Unionist Party Manifesto 2019*, p. 50, reperibile all'indirizzo.

[36] *Human Rights Act Review presented to Parliament by the Secretary of State for Justice by Command of Her Majesty*, December 2021, reperibile all'indirizzo.

[37] Sui contenuti della iniziativa del Governo e i suoi precedenti, vedi E. GABRIELE, *Il Bill of Rights Bill e gli altri tentativi di riforma dello Human Rights Act nell'ordinamento britannico*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 6, 2022.

Pur confermando l'adesione del Regno Unito alla Convenzione di Strasburgo, l' obiettivo veniva perseguito disponendo che: a) è la Corte suprema britannica (e non la Corte EDU) a determinare il concreto contenuto giuridico dei diritti garantiti dalla Convenzione ai fini del diritto nazionale; b) le Corti nazionali non sono più tenute ad interpretare la legislazione nazionale, nella misura più ampia possibile, in modo che essa sia compatibile con i diritti tutelati dalla Convenzione; c) le Corti sono tenute a riconoscere il massimo rilievo al principio secondo cui, in una democrazia parlamentare, le decisioni riguardanti il bilanciamento fra differenti obiettivi politici, diversi diritti riconosciuti dalla Convenzione e specifici diritti garantiti a differenti categorie di persone sono propriamente adottate dal Parlamento[38]. In realtà, il progetto, nel riportare nel nuovo *Bill of rights* nazionale i diritti tutelati dalla CEDU, inseriva significative limitazioni ed eccezioni alle modalità di garanzia di tali diritti in relazione alle necessità di tutela di altre esigenze, come quelle riguardanti l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale[39]. Le proposte del Governo sono state accolte da un coro di critiche sia in ambito parlamentare sia da parte di studiosi e di associazioni per la difesa dei diritti civili. Secondo gran parte dei critici, il progetto, pur confermando formalmente l'adesione alla CEDU, avrebbe sostanzialmente configurato un'uscita del Regno Unito dal sistema di tutele offerto dalla Convenzione, comportando una incisiva diminuzione del livello di garanzia dei diritti fondamentali in ambito nazionale. L'allontanamento da parte delle corti nazionali dagli indirizzi elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU avrebbe comportato paradossalmente un aumento dei casi di condanna del Regno Unito da parte della Corte di Strasburgo, oltre ad un sostanziale regresso nella tutela di categorie particolarmente vulnerabili come i detenuti o le donne vittime di violenze domestiche[40]. Come vedremo più in dettaglio in seguito, altri rilievi mettevano in luce i rischi derivanti per la tenuta degli Accordi del Venerdì santo che avevano consentito la fine delle violenze nell'Irlanda del Nord. Anche a seguito di tali reazioni e complice il cambio di governo determinato dalle dimissioni del premier Boris Johnson, il progetto è stato in seguito ritirato. Ciò non ha impedito al successivo Governo guidato (dopo la breve parentesi dell'esecutivo di Liz Truss) da Rishi Sunak di ritornare all'attacco della CEDU con provvedimenti questa volta mirati su singoli aspetti toccati dalla Convenzione, ma caratterizzati dalla comune finalità di introdurre limitazioni all'applicazione in ambito nazionale della giurisprudenza della Corte EDU[41].

Il primo di questi interventi è l'*Illegal Migration Act 2023* entrato in vigore nel novembre 2023 ed inteso a contrastare l'immigrazione irregolare nel Regno Unito, in particolare quella

[38] Cfr. *Bill of Rights Bill*, § 1. Il testo del progetto è reperibile all'indirizzo.
[39] Cfr. ad esempio quanto previsto dal progetto in materia di *freedom of speech* (§ 4) o di tutela dei diritti delle persone sottoposte a misure di trasferimento coatto (§ 8).
[40] La critica più sistematica al progetto del Governo è contenuta nel Rapporto finale presentato sul tema dal Comitato congiunto delle due Camere sui diritti umani: cfr. House of Commons House of Lords, Joint Committee on Human Rights, Legislative Scrutiny: Bill of Rights Bill. Ninth Report of Session 2022-23, 17 gennaio 2023, reperibile all'indirizzo.
[41] Per un'analisi del rapporto fra tali provvedimenti , l'HRA e la CEDU, vedi House of Commons Library, *Research Briefing: The European Convention on Human Rights and the Human Rights Act 1998*, Febbraio 2024, reperibile all'indirizzo.

praticata con piccole imbarcazioni provenienti dalle coste francesi[42]. L'Atto contiene una serie di disposizioni che derogano l'HRA e impongono alle Corti di non tenere conto in determinate circostanze delle misure provvisorie di tutela emanate dalla Corte EDU. Assai significativamente, al momento della sua presentazione in Parlamento, il provvedimento non è stato accompagnato dalla dichiarazione di compatibilità con l'*Human Rights Act* prevista della sec. 19 dello stesso HRA per le iniziative legislative dell'esecutivo[43]. Ancora più controverso il contenuto del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024* approvato nell'aprile del 2024 dal Parlamento britannico dopo un lungo ed inedito braccio di ferro ingaggiato dal Governo Sunak con la Camera dei Lords che intendeva introdurre al testo alcuni emendamenti alla fine respinti dall'esecutivo[44]. Come ho accennato in precedenza, l'intervento legislativo è stato proposto dal Governo dopo la già ricordata decisione della Corte suprema britannica di sospendere il piano di trasferimento forzato dei migranti irregolari in Ruanda[45]. La nuova legge fa seguito alle modifiche introdotte all'accordo con il paese africano, in particolare con la previsione di vietare l'ulteriore trasferimento dei migranti verso paesi terzi diversi dal Regno Unito[46]. Dopo l'approvazione della legge, il premier Sunak ha significativamente dichiarato che, in caso di ulteriori ostacoli frapposti dalla Corte EDU all'applicazione del piano di trasferimento dei migranti irregolari in Ruanda, il Regno Unito non avrebbe esitato a lasciare la Convenzione di Strasburgo. Sunak ha infatti chiarito di ritenere la sicurezza dei confini e il controllo dell'immigrazione illegale obiettivi più importanti dell'ossequio ad una "Corte straniera"[47]. Si tratta chiaramente di affermazioni pensate in funzione dell'imminente rinnovo della Camera dei comuni in vista della quale il draconiano provvedimento anti immigrazione avrebbe costituito il pezzo forte della campagna elettorale del partito conservatore. Le tesi espresse da Sunak riflettono tuttavia abbastanza fedelmente sentimenti diffusi nell'ala destra del suo partito, favorevoli all'uscita del Regno Unito dalla Convenzione del Consiglio d'Europa in nome della piena affermazione della sovranità nazionale anche nel campo della tutela dei diritti. Il *Rwanda Act* presenta certamente profili fortemente critici che vanno ben oltre il rapporto con la giurisprudenza della Corte EDU, ponendo in questione secondo diversi commentatori le stesse basi della *rule of law* e della separazione dei poteri stabiliti dalla costituzione britannica: ad esempio dove impone alle Corti di considerare in ogni caso il

[42] Il testo della legge è reperibile all'indirizzo.
[43] Su questo aspetto vedi A. KAVANAGH, *Is the Illegal Migration Act itself illegal? The Meaning and Methods of Section 19 HRA,* in *U.K. Const. L. Blog*, 10 Marzo 2023.
[44] Il testo della legge è reperibile all'indirizzo. Sul contenuto di questo provvedimento e le sue implicazioni costituzionali si veda G. CARAVALE, *Il Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024 e il conflitto tra sovranità parlamentare e Rule of law*, in *Nomos*, n. 1, 2024, pp. 2-3.
[45] Vedi nota 31.
[46] Sui contenuti del nuovo Accordo (che ha assunto la forma di un vero e proprio Trattato bilaterale rispetto al precedente *Memorandum of Understanding*, vedi. J. JONES, *What is the government's new Rwanda's asylum plan?*, in *Institute for Government, explainer*, 7 Dicembre 2023 e C. MARTINELLI, *Illegal Immigration: il Rwanda Plan tra accordi inter-governativi, legislazione e giurisprudenza,* cit.
[47] Cfr. *Sunak: Rwanda plan 'more important' than ECHR membership* in *The Telegraph* del 3 aprile 2024.

Ruanda come un 'paese sicuro' per il trasferimento dei migranti[48]. Anche in considerazione di questi aspetti, il partito laburista ha abbandonato l'attuazione dello schema di trasferimento dei richiedenti asilo in Ruanda.

Ma, come abbiamo accennato, un altro recente provvedimento ha chiamato in causa la tenuta del sistema di garanzie apprestato dal HRA, questa volta non con riferimento alle misure anti-immigrazione, ma in diretto collegamento con alcuni delicatissimi e tuttora aperti profili ella questione nordirlandese: si tratta del *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*. La legge si propone di predisporre una nuova base giuridica per la riconciliazione fra la comunità nordirlandesi in linea con quanto previsto a suo tempo dall'Accordo del Venerdì santo e ulteriormente specificato dallo *Stormont House Agreement* . In realtà, uno degli scopi principali del provvedimento è stato quello di fornire uno scudo penale agli ex appartenenti alle forze di sicurezza britanniche e nordirlandesi coinvolte negli atti di violenza commessi nel periodo dei *Troubles.* Sono stati infatti frequenti i casi di sostanziale fiancheggiamento di appartenenti ai ranghi della polizia o dell'esercito alle formazioni paramilitari unioniste: di qui una lunga serie di inchieste giudiziarie e di cause civili intentate a carico di ex militari o poliziotti da parte di famigliari delle vittime delle violenze.

L'Act prevede a questo proposito che a partire dal 1° maggio 2023 tutti i procedimenti civili e penali riguardanti questi avvenimenti siano sospesi e che i relativi atti siano trasmessi alla neoistituita *Independent Commission for Reconciliation and Information Recovery* (ICRIR). La Commissione è composta da un *Chief Commissioner,* da un *Commissioner for investigations* e da un massimo di cinque altri commissari[49]. Spetta in particolare alla Commissione svolgere inchieste sugli assassini commessi durante i *Troubles,* sulla base delle istanze presentate dai familiari delle vittime o da una serie di altre autorità (fra i quali il *Secretary of State*, l '*Attorney General* e *l'Advocate General* per l'Irlanda del Nord) [50]. Le previsioni più controverse della legge sono quelle che prevedono la possibilità per l'ICRIR di concedere l'immunità penale ai soggetti responsabili degli atti di violenza, in particolare gli ex appartenenti alle forze dell'ordine. L'immunità, in termini più o meno ampi, può essere concessa su istanza degli interessati, a condizione che questi abbiano reso all'ICRIR una ricostruzione – a giudizio della Commissione – il più possibile veritiera dei fatti oggetto dell'inchiesta[51].

Il *Legacy Act* è stato duramente contestato da pressoché la totalità delle associazioni dei famigliari delle vittime delle violenze, oltre ad incontrare l'opposizione di tutti i partiti nordirlandesi e dello stesso Governo della Repubblica d'Irlanda che ha impugnato l'Atto presso la Corte EDU. Anche in sede scientifica, non si è mancato di sottolineare i gravi

[48] Sul contrasto con i basilari principi della rule of law di quella che viene definita la 'Rwanda fiction' vedi A. TUCKER, *The Rwanda Policy, Legal Fiction(s)and Parliament's Legislative Authority*, in *U.K. Const. L. Blog*, 22 Novembre 2023; R. CORMACAIN, *What's wrong with the Safety of Rwanda Bill?,* in *U.K. Const. L. Blog*, 11 Dicembre 2023.

[49] Cfr. *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*, § 2, reperibile all'indirizzo.

[50] *Ibid.*, § 9.

[51] *Ibid.*, § 19.

aspetti critici del provvedimento dal punto di vista del suo rispetto della CEDU e degli stessi principi fondamentali della *rule of law*[52].

Per il tema qui affrontato il seguito più rilevante del *Legacy Act* è tuttavia rappresentato dalla controversia giudiziaria avviata con l'impugnazione del provvedimento da parte dei famigliari delle vittime dei *Troubles*. Le due decisioni emesse in proposito, rispettivamente nel febbraio e nel settembre 2024, dalla *High Court* e dalla *Court of Appeal* di Belfast sono di grande interesse e meritano di essere approfondite in maggiore dettaglio.

5. Le decisioni *Dillon* della *High Court* e della *Court of Appeal* nordirlandesi

La prima pronuncia (*Dillon and others vs. Secretary of State for the Northern Ireland*[53]) è, come si è detto, intervenuta da parte della *High Court* di Belfast a seguito del ricorso presentato da numerosi famigliari delle vittime dei *Troubles*, il primo dei quali ad iniziativa di Martina Dillon, il cui marito era stato assassinato dalle formazioni unioniste nel 1997. I ricorrenti lamentavano la violazione da parte del *Legacy Act* degli articoli 2 e 3 della CEDU e dell'articolo 2 del *Windsor Framework* in particolare in merito alle disposizioni riguardanti la sospensione dei procedimenti civili e penali e la possibilità di immunità penale per gli autori degli atti di violenza. I ricorsi adducevano inoltre fra gli ulteriori elementi di illegittimità del provvedimento il mancato rispetto del principio di proporzionalità tra le misure adottate e gli obiettivi perseguiti dalla legge e la carenza di un effettiva condizione di indipendenza dal Governo da parte dell'ICRIR.

L'Alta corte ha ritenuto fondate le argomentazioni principali alla base dei ricorsi. Per comprendere il contenuto della sentenza e le sue conseguenze giuridiche (la disapplicazione e non la semplice dichiarazione di non compatibilità delle norme del *Legacy Act* censurate) conviene ripercorrere il ragionamento seguito dal giudice Colton, estensore di una poderosa decisione estesa per oltre 200 pagine.

Nella prima parte del giudizio[54] la Corte si è concentrata a verificare la compatibilità con la CEDU della legge impugnata, giungendo alla conclusione che le norme riguardanti la sospensione dei procedimenti civili e penali e l'immunità penale per i responsabili delle violenze nel periodo dei *Troubles* contrastano con gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (proibizione della tortura) e 6 (diritto ad un equo processo) della Convenzione del Consiglio d'Europa.

La Corte è quindi passata a verificare se le violazioni possano ritenersi tali anche nei confronti del diritto europeo ai fini dell'applicazione della clausola di 'non diminuzione dei diritti' contenuta nel WF. A questo proposito, il giudice ha in primo luogo ricordato[55] i principi generali che riguardano l'applicazione del diritto europeo sulla base dell'Accordo di recesso come incorporato nella legislazione britannica. Sulla base di tali principi, quali

[52] Cfr. A. BRYSON e L. MALLINDER, *Reconciliation and the Legacy Act: A Human Rights Perspective*, in *Queen's University Belfast Blog*, 3 maggio 2024, reperibile all'indirizzo.
[53] Il testo della decisione è reperibile al seguente indirizzo.
[54] Vedi §§ 144-515 della decisione.
[55] *Ibid*., §§ 522-523.

enunciati in particolare dall'articolo 4 dell'Accordo[56], ove dichiarate applicabili dall'Accordo stesso, le norme UE godranno nel Regno Unito del medesimo regime di applicabilità diretta valido all'interno dell'Unione, senza necessità di ulteriori atti di trasposizione nel diritto interno da parte britannica. Il Regno Unito si impegna inoltre ad assicurare il concreto rispetto di tale principio, anche attraverso l'esercizio da parte delle sue autorità amministrative e giudiziarie, del potere di disapplicare le norme nazionali incompatibili con quelle europee.

Il giudice è quindi passato a verificare se le violazioni della CEDU riscontrate nel *Legacy Act* si possano configurare anche come violazioni del diritto UE andando così a ledere il principio di 'non diminuzione dei diritti' stabilito dal *Windsor Framework*. Per giungere ad una decisione su questo importante profilo, la Corte[57] si è riferita al metodo di verifica messo a punto dalla *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord in un suo precedente giudizio[58]. Secondo tale orientamento (il c.d. 'Spuc Test') per ritenere violato il principio di non diminuzione devono verificarsi le seguenti condizioni: a) è in questione un diritto tutelato dal GFA; b) a tale diritto è stata data concreta attuazione in Nord Irlanda prima del 31 dicembre 2020 (data formale di recesso del Regno Unito dalla UE); c) tale attuazione trova fondamento (*underpinning*) nel diritto UE; d) tale fondamento è venuto in tutto o in parte meno a seguito del recesso dall'UE; e) ciò ha comportato una diminuzione nel godimento di tale diritto; f) la diminuzione non sarebbe avvenuta se il Regno Unito fosse rimasto nell'Unione europea.

Il giudice di Belfast ha ritenuto che tutte queste condizioni fossero verificate, a partire dalla prima di esse, la messa in questione di un diritto tutelato dal GDA: come abbiamo visto, la tutela dei diritti delle vittime costituisce uno dei contenuti cardine dell'Accordo del 1998. Particolarmente interessante è quindi il passaggio[59] ove la Corte individua le fonti del diritto

[56] Può essere utile riportare il testo dell'articolo 4 del WA: «*Article 4: Methods and principles relating to the effect, the implementation and the application of this Agreement. 1. The provisions of this Agreement and the provisions of Union law made applicable by this Agreement shall produce in respect of and in the United Kingdom the same legal effects as those which they produce within the Union and its Member States. Accordingly, legal or natural persons shall in particular be able to rely directly on the provisions contained or referred to in this Agreement which meet the conditions for direct effect under Union law. 2. The United Kingdom shall ensure compliance with paragraph 1, including as regards the required powers of its judicial and administrative authorities to disapply inconsistent or incompatible domestic provisions, through domestic primary legislation. 3. The provisions of this Agreement referring to Union law or to concepts or provisions thereof shall be interpreted and applied in accordance with the methods and general principles of Union law. 4. The provisions of this Agreement referring to Union law or to concepts or provisions thereof shall in their implementation and application be interpreted in conformity with the relevant case law of the Court of Justice of the European Union handed down before the end of the transition period. 5. In the interpretation and application of this Agreement, the United Kingdom's judicial and administrative authorities shall have due regard to relevant case law of the Court of Justice of the European Union handed down after the end of the transition period*». A tali disposizioni è stata data attuazione nel diritto interno dall'articolo 7A dello *European Union (Withdrawal Act) 201*8, come modificato dall'*European Union (Withdrawal Act) Act 2020* che ha chiarito come l'applicazione del diritto UE, inclusa la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili, dovrà avvenire, nei casi previsti dall'Accordo di recesso, in modo automatico, senza l'intervento di ulteriori atti di trasposizione da parte britannica. Come affermato anche dalla Corte Suprema UK – R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] 2 WLR 583 §§ 65-66 – l'articolo 4 del WA viene così a svolgere nel diritto britannico la funzione di '*conduit pipe*', di canale dinamico di comunicazione fra diritto interno e diritto UE già a suo tempo svolta dall'articolo 2 dall'abrogato *European Communities Act.*

[57] Cfr. § 529 della decisione.

[58] Re SPUC Pro-Life Limited Application [2023] NICA 35.

[59] §§ 561-2 della decisione.

UE applicabili che darebbero fondamento a tale diritto: esse sono da individuare negli articoli 2, 4 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui contenuto corrisponde agli articoli 2, 3 e 6 della CEDU. La violazione di questi ultimi comporta a parere del giudice una lesione anche delle analoghe disposizioni della Carta UE. La Corte individua tuttavia un'ulteriore e più specifica fonte UE a tutela dei diritti delle vittime in vigore prima del 31.12.2020: la 'direttiva sui diritti delle vittime'[60] alla quale è stata data attuazione dalla *Victim Charter* inclusa nel *Justice Act (Northern Ireland) 2015*. Le disposizioni del *Legacy Act* censurate si pongono in chiaro contrasto con quanto previsto dalla direttiva. La Corte conclude che se il Regno Unito fosse rimasto nella UE non avrebbe potuto legiferare in modo contrastante con la Carta dei diritti fondamentali della UE e con la direttiva vittime. Sulla base di tali motivazioni, la Corte ha quindi dichiarato[61] la disapplicazione dei numerosi articoli (7.3, 8, 12, 19, 20, 21, 22, 39, 41, 42(1) del *Legacy Act* riguardanti il procedimento per il riconoscimento dell'immunità penale e le limitazioni nell'uso di informazioni acquisite nel corso delle indagini della ICRIR in altri procedimenti penali o civili.

La sentenza della Corte di Belfast ha fatto scalpore: si tratta della prima decisione di disapplicazione di una legge approvata dal Parlamento di Westminster dopo la Brexit, oltretutto incidente su aspetti essenziali di un provvedimento di grande rilevanza politica. Facendo riferimento al diritto europeo, oltre a quello derivante dall'incorporazione della CEDU da parte dell'HRA, la Corte è potuta infatti arrivare ad una dichiarazione di disapplicazione e non di semplice incompatibilità rivelando tutto il potenziale espansivo del *conduit pipe* fra diritto UE e diritto interno introdotto dal combinato disposto fra l'articolo 4 dell'Accordo di recesso e dall'articolo 2 del *Windsor Framework*.

Il Governo britannico guidato da Risi Sunak ha subito proposto appello avverso la decisione, contestando radicalmente il percorso argomentativo seguito dall'Alta Corte che ad avviso del ricorrente avrebbe erroneamente interpretato l'Atto alla luce dei principi della CEDU e, soprattutto, avrebbe dato una lettura arbitraria dell'incidenza del diritto UE nel caso in esame giungendo ad un'infondata dichiarazione di disapplicazione delle norme censurate. Secondo il Governo, il giudice di Belfast avrebbe in particolare errato nel ritenere che una violazione della CEDU comporti automaticamente una violazione dei corrispondenti articoli della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nel ritenere la Direttiva vittime direttamente applicabile alle fattispecie chiamate in causa dal *Legacy Act*.

Nelle more della decisione sul ricorso da parte della *Northern Ireland Court of Appeal* è intervenuto il cambio della guardia Downing street a seguito delle elezioni del giugno 2024. Nel luglio 2024, con una comunicazione scritta al Parlamento[62], il nuovo Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord, nell'affermare l'incondizionato sostegno all'HRA del 1998, si è

[60] Si tratta della Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.
[61] § 613 della decisione.
[62] La comunicazione è reperibile all'indirizzo.

inoltre impegnato a proporre modifiche al *Legacy Act* su tutti i profili dichiarati dalla Corte di Belfast incompatibili con la CEDU in modo da rivedere in profondità le modalità operative della Commissione per la riconciliazione sulla base di una reale condivisione con tutte le parti in causa e in particolare con i familiari delle vittime delle violenze. Il Governo ha altresì annunciato di rinunciare al ricorso avverso quelle parti della decisione dell'Alta Corte che avevano appunto accertato l'incompatibilità dell'Atto del Parlamento con le norme della Convenzione. Assai significativamente, tuttavia, il nuovo Governo ha confermato il ricorso avverso la sentenza per tutti i profili attinenti all'applicazione del diritto UE e alla conseguente dichiarazione di disapplicazione delle norme del *Legacy Act*.

Sulla base di questo antefatto, la decisione della Corte d'appello non poteva non essere che molto attesa. La sentenza è intervenuta il 20 settembre 2024 ed ha avuto modo di pronunciarsi, oltre che sull'appello principale promosso dal Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord, sui controricorsi presentati dai famigliari delle vittime promotori del giudizio di primo grado[63].

Avendo – come abbiamo ricordato – il nuovo governo deciso di fare cadere le parti del ricorso riguardanti l'incompatibilità del *Legacy Act* con la CEDU, la decisione si è in primo luogo concentrata sulle verifica di fondatezza dei profili della sentenza di primo grado riguardanti la disapplicazione delle norme del *Legacy Act* censurate. Sul punto di maggiore rilevanza sistematica per l'applicazione del diritto UE – quello riguardante l'interpretazione delle conseguenze derivanti dall'articolo 2 del WF – la Corte ha sostanzialmente concordato con le conclusioni raggiunte dal giudice Colton: quanto previsto dall' articolo 2 del *Windsor Framework* – come trasposto dalla relativa legge di ratifica – è direttamente applicabile nel diritto interno. Sulla base di tale presupposto, la clausola di non diminuzione dei diritti impone al Regno Unito ad operare secondo 'un chiaro e incondizionato vincolo di risultato'[64] che può comportare anche la disapplicazione della legislazione nazionale incompatibile con il diritto UE. Applicando tali principi al caso in esame, la Corte d'Appello ha quindi ritenuto fondate le parti del giudizio di primo grado che hanno rilevato il contrasto fra le norme della Direttiva vittime e le diposizioni di carattere procedurale e sostanziale recate dal *Legacy Act* riguardanti la concessione dell'immunità penale ai responsabili degli atti di violenza commessi durante i *Troubles*[65]. La direttiva era in vigore e direttamente applicabile al Regno Unito prima del 31 dicembre 2020 e la sua violazione da parte della legislazione nazionale non sarebbe potuta avvenire se non fosse intervenuta la Brexit. Essendo verificate tutte le condizioni poste dallo 'Spuc test', la Corte d'appello ha pertanto confermato la disapplicazione delle norme del L*egacy Act* constatanti con la direttiva[66].

La Corte si è tuttavia discostata dalla sentenza di primo grado su un importante profilo delle motivazioni addotte per giustificare la decisione di disapplicazione. Il giudice Colton

[63] Il testo della decisione è reperibile all'indirizzo.
[64] Cfr. § 85 della decisione.
[65] *Ibid*., §§ 121-125.
[66] *Ibid*., § 154.

era giunto a questa conclusione invocando la violazione da parte del *Legacy Act sia* della Direttiva vittime, *sia* delle norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea aventi contenuto analogo alle disposizioni della CEDU in contrasto con la legge approvata dal Parlamento di Westminster. Tale orientamento sembrerebbe condurre alla conclusione che, ove si riscontri una violazione di diritti CEDU protetti anche dalla Carta UE, ciò dovrebbe automaticamente imporre non solo una dichiarazione di incompatibilità, ma anche la disapplicazione delle norme nazionali in contrasto. Una simile conseguenza a parere dal giudice d'appello porterebbe troppo lontano. Come precisato dalla Carta stessa, le sue disposizioni vincolano gli Stati membri solo laddove essi applicano il diritto UE. Nel caso in esame, tali norme sono certamente rilevanti per interpretare il significato della Direttiva vittime, ma non sarebbero state sufficienti per dichiarare l'inapplicabilità delle norme nazionali eventualmente con esse in contrasto, in mancanza di un atto UE direttamente applicabile al diritto interno come appunto la Direttiva vittime. A riprova di questo *decoupling* fra CEDU e CDFUE la Corte d'Appello, decidendo sugli ulteriori motivi di ricorso presentato dai controappellanti, ha rilevato ulteriori aspetti di incompatibilità con la Convenzione del Consiglio d'Europa non accolti dal giudice di primo grado, per quanto riguarda in particolare le norme sulla partecipazione dei famigliari delle vittime ai lavori della Commissione per la riconciliazione e la sospensione automatica di tutti i procedimenti civili avviati sino alla prima lettura del *Legacy Act* alla Camera dei comuni[67]. Tali disposizioni si pongono in violazione con l'art. 6 della CEDU, ma riguardando aspetti non coperti dalla Direttiva vittime, sono fatti oggetto solo di una dichiarazione di incompatibilità, senza essere ulteriormente sanzionati con la disapplicazione.

L'orientamento espresso dalla *Court of Appeal* conferma l'incondizionato vincolo cui il Regno Unito si è sottoposto con il *Windsor Framework* e con la clausola di non diminuzione dei diritti, obbligo che impone di applicare nell'Irlanda del Nord il diritto UE in tema di diritti e non discriminazione anche attraverso la eventuale disapplicazione da parte delle Corti del diritto interno incompatibile. Allo stesso tempo, la sentenza fa propria un'interpretazione restrittiva del potenziale espansivo dei principi enunciati dalla Carta UE, in ogni caso escludendo un automatico parallelismo con quanto di analogo previsto dalla CEDU. Si tratta di una decisione che farà discutere e le cui implicazioni vanno anche al di là del riferimento alla particolare situazione nordirlandese per coinvolgere aspetti generali del rapporto fra diritto interno britannico e diritto UE dopo l'uscita di Londra dall'Unione[68].

6. Conclusioni

Gli accordi del Venerdì santo hanno rappresentato un punto di svolta storico per la pacificazione della tormentata provincia nordirlandese dopo la sanguinosa epoca dei *Troubles*. Quegli accordi furono certamente favoriti, oltre che dalla buona volontà delle parti

[67] Vedi §§ 237; 241-244 della decisione.

[68] Il Governo britannico ha reagito alla decisione della corte d'Appello affermando la necessità di approfondire gli ulteriori aspetti di incompatibilità rilevati dalla sentenza: vedi in proposito le dichiarazioni del Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord Hilaray Benn: *UK Parliament. Hansard, Commons*, 7 October 2024, *Written statements*, reperibili all'indirizzo.

in causa nel conflitto, dalla comune appartenenza del Regno Unito e della Repubblica d'Irlanda all'Unione europea e alla grande comunità di diritti del Consiglio d'Europa che ha nella Convenzione del 1950 il suo condiviso riferimento. L'uscita britannica dalla UE ha inferto un primo colpo gravemente destabilizzante al già difficile quadro dei rapporti fra le due principali comunità nordirlandesi. L'effetto polarizzante della Brexit si è fatto del resto sentire nel diverso comportamento degli elettori nordirlandesi, che ha visto i protestanti nettamente favorevoli al *leave*, mentre i cattolici si sono pronunciati in prevalenza per il *remain*. Va anche rilevato che , nell'ambito del sistema politico nordirlandese, i partiti moderati che avevano sostenuto gli Accordi del 1998 sono pressochè scomparsi, per lasciare il campo alla prevalenza di formazioni oltranziste come il DUP da una parte e il Sinn Fein dall'altra[69]. Negli ultimi anni il clima di sospetto e di incomunicabilità fra le diverse componenti della società nordirlandese si è andato di conseguenza aggravando, con significative ripercussioni, come abbiamo visto, anche nel funzionamento degli organi di autogoverno dell'Ulster. Una situazione che non ha certo favorito l'intervento dei poteri pubblici per risollevare condizioni economiche e sociali tutt'altro che brillanti in questo territorio.

Sul piano della tutela dei diritti fondamentali la Brexit si configurava in partenza come un ulteriore grave fattore di rischio per la tenuta del sistema di garanzie stabilito dalla pacificazione del 1998. Il riferimento alle norme UE in tema di diritti e non discriminazione dei cittadini dell'Unione e la sinergia fra CEDU e CDFUE avevano offerto una rete di protezione articolata ed efficacemente presidiata, oltre che dall'incorporazione della Convenzione da parte del HRA, dal principio della prevalenza del diritto Ue con la conseguente possibilità di disapplicazione della legislazione nazionale incompatibile. La fine dell'appartenenza del Regno Unito all'Unione e la formale dichiarazione di cessazione di vigenza della Carta europea in territorio britannico sembravano determinare la scomparsa di uno dei capisaldi di tale sistema di garanzie. Abbiamo visto come il Protocollo annesso all'Accordo di recesso e le successive modifiche introdotte con il *Windsor Framework* abbiano posto parziale rimedio a questo possibile sviluppo attraverso la clausola di non diminuzione dei diritti goduti dai cittadini nordirlandesi rispetto alla situazione ante-Brexit. La concreta portata di tale clausola è probabilmente ancora tutta da valutare, anche se le recenti decisioni *Dillon* sul delicatissimo tema dal *Legacy Act* hanno offerto delle prime significative indicazioni sulla interpretazione giurisprudenziale in materia.

A fronte di questo quadro già notevolmente complesso, l'eventuale uscita da parte del Regno Unito dalla CEDU o comunque un significativo allentamento dei vincoli che legano questo paese alla Convenzione rappresenterebbero con ogni probabilità un ulteriore e forse fatale fattore di crisi dell'assetto di pacificazione dell'Ulster. Come è stato recentemente rilevato nell'ambito di una serie di audizioni svolte nel maggio 2024 dal *Northern Ireland Affairs Committee* della House of commons[70], il riferimento alla CEDU costituisce ormai un elemento fondamentale del delicato sistema di rapporti fra Irlanda del Nord, Regno Unito

[69] V. BOGDANOR, *After Brexit. Toward a British Constitution*, London, Tauris, 2019, p. 195.
[70] Il resoconto stenografico delle audizioni si può reperire al seguente indirizzo.

e Repubblica d'Irlanda. Un abbandono della Convenzione difficilmente potrebbe configurarsi come una decisione unilaterale di Londra: essa richiederebbe con ogni probabilità la rinegoziazione dell'Accordo con la Repubblica d'Irlanda nonché l'assenso preventivo dell'Assemblea nordirlandese[71]. Questa seconda eventuale Brexit determinerebbe inoltre la necessità di rivedere complessivamente l'intero assetto devolutivo stabilito sulla base del *Good Friday Agreement*. Al di là di questi aspetti prettamente istituzionali, vanno richiamate anche le conseguenze per la vita di tutti i giorni dei cittadini nordirlandesi. La CEDU, attraverso l'HRA, costituisce la decisiva, anche se spesso 'invisibile', salvaguardia che ha significativamente favorito la pacificazione fra le comunità nordirlandesi. La cultura dei diritti e delle pari opportunità si è progressivamente radicata in settori cruciali come quelli dei metodi di intervento delle forze di polizia. Altrettanto importante è il contrasto alla pratiche discriminatorie nel campo delle prestazioni sociali, ad esempio per quanto riguarda l'accesso all'edilizia residenziale. Da questo punto di vista, il sistema dei diritti introdotto dalla CEDU – in sinergia con quello offerto dal riferimento alle norme dell'Unione europea – è riuscito spesso ad offrire tutele verso categorie non sufficientemente protette dalla *common law*, come i gruppi minoritari.

Rispetto alla CEDU, il nuovo Governo laburista ha ufficialmente sconfessato i propositi secessionisti più volte espressi dai precedenti esecutivi a guida Tory riaffermando fermamente il proprio *committment* al sistema di garanzie incorporato nell'HRA; assai più sfumata sembra invece la posizione riguardante il funzionamento del *Windsor Framework* soprattutto sulla decisiva questione della eventuale disapplicazione della legislazione nazionale in tema di diritti confliggente con la normativa UE. Molto significativi per un chiarimento in proposito saranno i futuri sviluppi politico-istituzionali collegati alle recenti sentenze *Dillon*. Certo è che per favorire il prosieguo del processo di pacificazione dell'Ulster avviato con il *Good Friday Agreement* vi è in primo luogo da restaurare il clima di fiducia fra le diverse comunità nordirlandesi che risulta oggi gravemente compromesso[72]. Per giungere a questo obiettivo sembra tuttora indispensabile sottrarre la sopravvivenza del sistema di garanzie apprestato dagli Accordi del 1998 alla buona volontà politica delle volubili maggioranze politiche di Westminster per collegarla invece a meccanismi di controllo e di verifica esterni al circuito politico. La perdurante importanza dell'adesione alla CEDU si conferma in questa prospettiva. Ma, dopo la Brexit, anche il riferimento alla normativa UE in tema di diritti attraverso la clausola di non diminuzione assume – con qualche paradosso – questa funzione di garanzia rafforzata – in quanto 'esterna' – per la tutela dei cittadini nordirlandesi.

[71] P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A contextual analysis*, Oxford, Hart, 2021, p. 221: L'a. sottolinea che l'abbandono della CEDU richiederebbe l'apertura di analoghi negoziati anche con il parlamento scozzese e l'Assemblea gallese.

[72] Su questi decisivo punto, vedi A. WHYSALL, *Northern Ireland. Challenges for the next Westminster Government*, London, Constitution Unit, giugno 2024, reperibile all'indirizzo.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-XYM

Evoluzione costituzionale e transizioni politiche

Riflessioni sullo stato della devolution nell'Irlanda del Nord

Elettra Stradella
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Riflessioni sullo stato della devolution nell'Irlanda del Nord**

di Elettra Stradella*

Abstract (Ita): Lo scritto analizza l'attuale assetto politico-costituzionale nordirlandese, evidenziando l'impatto esercitato dal recesso del Regno Unito dall'Unione europea, e indagando i possibili scenari futuri.L'obiettivo della riflessione è quello di verificare, alla luce dei principali passaggi costituzionali che hanno segnato la storia nordirlandese a partire dal Good Friday Agreement 1998, se la riunificazione irlandese sia effettivamente una prospettiva concreta.

Abstract (Eng): The paper studies the current political-constitutional framework of Northern Ireland, highlighting the impact of the United Kingdom's withdrawal from the European Union and exploring potential future scenarios. The aim of this analysis is to assess, in light of the key constitutional developments that have affected Northern Ireland since the Good Friday Agreement 1998, whether Irish reunification is indeed a tangible prospect.

Parole chiave: Irlanda del Nord; devolution; riunificazione

Keywords: Northern Ireland; devolution of powers; reunification

Sommario: Cfr. G. Caravale, L'irrisolvibile "trilemma" del Nord Irlanda, in Nomos, n. 1/2022

1. La specialità della *devolution* nord-irlandese

Volendosi sviluppare alcune riflessioni sullo stato dell'arte della *devolution* nell'Irlanda del Nord, occorre inevitabilmente ripercorrere le tappe principali che ne hanno segnato l'origine, e gli sviluppi successivi.

D'altra parte, la letteratura sulla storia dell'Irlanda del Nord dai *Troubles* in poi è vasta, e non sembra utile riprendere tutti i passaggi politici e istituzionali che l'hanno segnata, preferendo invece limitarsi a enucleare le ragioni e gli elementi di specialità di questa *devolution*, per poi qualificare l'impatto che su di essa ha esercitato il recesso del Regno Unito dall'Unione europea, e provare a tracciare sinteticamente le prospettive (almeno immediatamente) future, anche guardando, per così dire, "oltre il confine".

D'altra parte, la smaterializzazione del confine fisico è qualcosa che accompagna le dinamiche nord-irlandesi fin dalle origini.

Gli accordi di Belfast, del 1998, agiscono infatti "solo a livello politico e non anche territoriale", istituzionalizzando tre filoni (*strands*): il primo interno (per le relazioni interne all'Irlanda del Nord); il secondo Nord-Sud (per le relazioni tra Irlanda del Nord e Repubblica d'Irlanda); il terzo Est-Ovest (per le relazioni tra Repubblica d'Irlanda e Regno Unito)[1].

Le trattative che conducono all'accordo spingono inoltre le parti a concordare un preciso modello istituzionale, la cui peculiarità segna anche la peculiarità della *devolution* in quel territorio: ci si riferisce alla nuova assemblea legislativa eletta proporzionalmente e alla previsione di un esecutivo "paritetico" composto da due membri (uno unionista e uno nazionalista). L'Accordo prevede inoltre che tutti i parlamentari, a seguito dell'avvenuta elez-

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

[1] Cfr. L. Bonifati, *Democrazie consociative e trattati di pace: un'analisi comparata di Bosnia-Erzegovina, Irlanda del Nord e Macedonia del Nord*, in *Federalismi*, n. 18/2019.

ione, debbano aderire al gruppo unionista o a quello repubblicano, auto-identificandosi, solo nel caso in cui questa autoidentificazione non sia possibile, allora vengono collocati nel gruppo residuale "altro". L'appartenenza ai gruppi ha una particolare rilevanza se si pensa che, per l'approvazione delle decisioni più importanti da parte del Parlamento, è necessaria una maggioranza qualificata con una determinata quota di voti di entrambe le comunità. Questo tipo di garanzia è prevista anche in relazione alla composizione dell'Esecutivo: si prevede infatti che qualora si dimetta uno dei due membri decada l'intero governo finché non si addiviene ad un nuovo accordo *bipartisan*. La vita delle istituzioni si basa dunque su meccanismi di *power sharing*, che non si estende però alla dimensione territoriale, ma resta saldamente ancorato alla forma di governo, alle regole di funzionamento dell'Esecutivo e del Legislativo (si pensi alla *petition of concern*, strumento a disposizione dei parlamentari per fermare una decisione che contrasti con gli interessi della comunità rappresentata, cattolica o protestante)[2]. Gli assetti nordirlandesi sono dunque eterodeterminati nella misura in cui il modello consociativo è frutto di una precisa scelta di pacificazione, democrazia e inclusione, e in questa eterodeterminazione un ruolo preciso e importante è stato svolto, com'è noto, dall'Unione europea, della quale, in quel contesto, sia la Repubblica d'Irlanda sia il Regno Unito facevano parte. Tale comunanza ha favorito una smaterializzazione del confine nella misura in cui ha permesso di evitare una separazione rigida all'interno dell'isola d'Irlanda. Tale aspetto aiuta a comprendere i problemi sollevati dalla *Brexit*, sui quali ci si soffermerà in seguito[3]. Il *Good Friday Agreement* rappresenta una forma peculiare di *devolution* nel contesto del Regno Unito, ma anche una forma particolare di *agreement* nella storia dell'Irlanda del Nord. Se si guarda al secondo aspetto, e si confronta questo Accordo con quelli precedentemente tentati per porre fine al lacerante conflitto, emergono alcune differenze, ma anche varie analogie, da diversi punti di vista, a partire da quello costitutivo[4]. Basti pensare al *Sunningdale Agreement*, che più che un trattato tra due Stati rappresenta un esperimento di condivisione raggiunta tra due Stati e un selezionato novero di partiti politici, introducendo strumenti di raccordo il cui funzionamento diventa imprescindibile al fine del funzionamento delle istituzioni. L'Accordo del 1998 sposa pienamente, come si è ricordato, lo schema consociativo, istituendo un governo, e una forma di governo, nel quale i partiti si spartiscono competenze e risorse in base della forza che sono in grado di esprimere all'interno dell'Assemblea, a prescindere da qualsivoglia "accordo di coalizione", o finalità e responsabilità collettiva. Un'altra caratteristica, che in parte lo distingue dai precedenti (e ne determina, insieme ad altri fattori, il successo, almeno originario, e contemporaneamente le successive difficoltà nella sua implementazione), è quella che è stata definita la sua intrinseca ambiguità[5], tale per cui concetti e regole sono state e sono interpretate in maniera anche molto diversa da Unionisti e Repubblicani,

[2] Sul tema cfr. B. O'Leary, *The Belfast Agreement and the British-Irish Agreement*, in A. Reynolds (ed.), *The architecture of democracy*, Oxford, 2002, p. 293 ss.
[3] Cfr. L. Bonifati, *The impact of Brexit on the constitutional status of Northern Ireland*, in *Percorsi costituzionali*, n. 1/2018, pp. 209-224.
[4] Cfr. J. Neuheiser, S. Wolff, *Peace at Last?: The Impact of the Good Friday Agreement on Northern Ireland,* Oxford, Berghahn Books, 2003.
[5] Cfr. S. Farry, *An Alliance Perspective on the Agreement*, in *ibid.*, spec. p. 34.

ogni parte attribuendo all'atto le proprie finalità e le proprie aspirazioni. Con riferimento invece al primo aspetto (il *Good Friday Agreement* nel contesto devolutivo del Regno Unito) si tratta in primo luogo di un trattato tra Regno Unito e Repubblica d'Irlanda. La *devolution* nordirlandese, a differenza delle altre, si fonda su un accordo di diritto internazionale, ed instaura dunque un regime pattizio tra due Stati sovrani all'interno del quale soltanto può essere compresa la speciale natura dell'Irlanda del Nord. L'accordo di diritto internazionale deriva peraltro da un particolare regime di protezione internazionale nei confronti di uno dei territori che si accordano, in particolare l'Irlanda del Nord; nel caso di specie la protezione internazionale è rappresentata dal ruolo che l'Unione Europea ha esercitato nella costruzione del processo di pacificazione e nell'individuazione di una modalità consensuale di gestione del potere. La situazione potrebbe in parte venire accostata ad altri casi nei quali lo status giuridico-costituzionale di un territorio, per la presenza all'interno dello stesso di minoranze e maggioranze, dipende almeno in parte da volontà espresse sul piano internazionale e da garanzie i cui fondamenti sono, appunto, definiti a livello internazionale. Tre situazioni che paiono rispecchiare tali caratteristiche sono quella della Bosnia-Erzegovina, quella di Timor Est e quella del Trentino Alto-Adige, pur con elementi distintivi assai rilevanti. Nel primo caso[6] va ricordato che la Bosnia-Erzegovina proclama la propria indipendenza nel gennaio del 1992, e la nuova Costituzione è definita proprio attraverso un complesso procedimento svoltosi in sede internazionale e dunque scaturita da un trattato di pace giunto al suo compimento nel novembre del 1995, in seguito alla ratifica degli Accordi di Dayton, con i quali si riconosce la suddivisione della struttura statale in due entità caratterizzate da ordinamenti costituzionali propri, ossia una Federazione Croato-Musulmana e una Repubblica Serba, quest'ultima proclamatasi nel gennaio del 1992, con una propria carta costituzionale del febbraio successivo. La Bosnia-Erzegovina quindi, com'è noto, è internazionalmente riconosciuta come Stato indipendente di tre popoli costitutivi: Musulmani, Serbi e Croati. Il caso di Timor Est presenta caratteristiche in parte diverse soprattutto per la derivazione post-coloniale del sistema; infatti, Timor è stato una colonia del Portogallo fino al 1975, quando viene dichiarata unilateralmente l'indipendenza da gruppi di ideologia socialista. Per questa ragione, allo scopo di bloccare la creazione di un ordinamento comunista indipendente all'interno dell'arcipelago indonesiano, in un momento cruciale dello scontro tra potenze occidentali e sovietiche, l'Indonesia invade Timor Est dichiarandolo come propria provincia nel 1976, con il nome di Timor Timur. Il passaggio di status costituzionale rilevante ai fini del ragionamento che si propone è quello che avviene nel 1999, quando gli abitanti di Timor Est si esprimono a favore dell'indipendenza del territorio in un referendum organizzato dalle Nazioni Unite, e dunque scelgono un mutamento nel proprio status giuridico-costituzionale sotto la copertura di una protezione internazionale e di una promozione internazionale dell'indipendenza territoriale e del diritto all'autodeterminazione. Ancora diversa è la situazione del Trentino Alto-Adige. In primo luogo, è evidente, perché in nessun caso si tratta per il Trentino Alto-Adige di addivenire ad una proclamazione di indipendenza, a differenza delle due situazioni sopra evidenziate (ciò che allontana il caso dai primi due, e lo avvicina

[6] Cfr. M. Calamo Specchia, M. Carli, G. Di Plinio, R. Toniatti, *I Balcani occidentali: le costituzioni della transizione*, Giappichelli, Torino, 2008.

a quello dell'Irlanda del Nord). In secondo luogo, l'accordo De Gasperi-Gruber, firmato nel 1946 nell'ambito della conferenza di pace di Parigi con l'obiettivo di dare definizione alla questione della tutela della minoranza linguistica tedesca presente sul territorio del Trentino Alto-Adige e desiderosa, alla fine del secondo conflitto mondiale, di giungere ad un'annessione all'Austria, orienta certamente la determinazione dello statuto costituzionale della Regione (così come lo fanno le risoluzioni dell'ONU del 1960 che intervengono a riaffermare i diritti linguistici della minoranza tedesca, frenando d'altra parte l'ipotesi del referendum sull'assegnazione della regione allo stato austriaco), ma non ne costituisce il contenuto né formale né sostanziale, a differenza di quanto avviene con il *Good Friday Agreement* per l'Irlanda del Nord. A ben vedere, d'altra parte, nessuno di questi casi sembra sostanzialmente accostabile a quello qui in esame, paragonabile forse di più al particolare statuto assunto dal Canada limitatamente al periodo intercorrente tra il 1791 e il 1867, con la suddivisione in *Upper Canada* e *Lower Canada*, il primo territorio a maggioranza inglese e il secondo a maggioranza francese. Divisione realizzata con l'obiettivo di limitare i conflitti tra gruppi nazionali, ma definitivamente superata con l'approvazione da parte del Parlamento di Westminster del *British North America Act (Constitution Act)*, con il quale, com'è noto, si dà vita ad uno stato federale composto da quattro province (tre anglofone e il Québec)[7]. Oltre alla dimensione della protezione internazionale, la Repubblica d'Irlanda riconosce lo *status* politico e costituzionale dell'Irlanda del Nord legittimandone l'esistenza. Il trattato, dunque, ha come finalità quella di sostenere l'autodeterminazione nazionale dell'Irlanda e le convenzioni costituzionali del Regno britannico. Su questo si fonda la clausola in base alla quale lo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord può essere modificato soltanto se la maggioranza della popolazione in Irlanda, del Nord e del Sud, concorda con la modifica dello stesso. In buona sostanza, pare possa ritenersi che la genesi del *Good Friday Agreement*, nonché i suoi contenuti, determinano un assetto confederale della relazione tra Irlanda del Nord e Regno Unito, in particolare ove si accolgano le tesi, ormai ricorrenti[8], sulla natura *quasi-federale* della relazione istituzionale tra Scozia e Regno Unito. Va infatti messo in evidenza come l'Accordo dia vita ad una relazione in base alla quale il Parlamento di Westminster (e, più in generale, le istituzioni britanniche) non è abilitato ad esercitare poteri in Irlanda del Nord la cui esecuzione contrasti con l'Accordo stesso. L'Irlanda del Nord, infatti, a differenza del Galles ma anche della Scozia, può, attraverso il *Northern Ireland Act 1998*, rafforzare la natura confederale del legame con il Regno Unito fino al punto di decidere unilateralmente di lasciare il Regno, esercitando un diritto alla secessione (o all'autodeterminazione, se si preferisce) del tutto differente dalla prospettiva

[7] Sul tema si riprende E. Stradella, *L'Irlanda del Nord: lo specchio del centralismo britannico dalla repressione alla Brexit, attraverso la* devolution *"intermittente"*, in *Federalismi*, n. 12/2017.
[8] Si veda già A. Torre, Devolution, *quasi-federalismo, indipendenza?*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013.

di secessione democratica procedimentalizzata e negoziata che ha interessato la Scozia[9]. In Irlanda del Nord, molti nazionalisti e repubblicani interpretano la *devolution*, e con essa la creazione di un esecutivo essenzialmente consociativo e di istituzioni di potere condivise, come un "programma politico di breve periodo", un assetto transitorio da accettare nella convinzione che la regione muterà demograficamente, e quando si trasformerà in un territorio a maggioranza cattolica potrà ottenere la riunificazione all'Irlanda. Non a caso i repubblicani hanno parlato, soprattutto fino a qualche anno fa, di "bombe d'amore" come strumento di autodeterminazione e di contrapposizione alla guerra di sangue dei passati "*Troubles*": un tasso di natalità ben più alto tra i cattolici che tra i protestanti dovrebbe consentire prima o poi l'attivazione di quella clausola del *Good Friday Agreement* che àncora alla volontà nord-irlandese l'ipotesi, legittima, dell'esercizio di autodeterminazione[10]. E le "bombe" hanno in effetti funzionato, se si considera che l'ultimo censimento della popolazione, pubblicato nel 2022, e relativo al 2021, mostra come la maggioranza delle persone interrogate ha dichiarato di essere cattolica, o meglio di essere stata cresciuta come tale: è il 45,7% della popolazione contro il 43,5% che ha invece affermato di appartenere ad una famiglia protestante[11]. Una fondamentale particolarità dell'Accordo sta anche nel fatto che i suoi contenuti esulano certamente dai contenuti propri degli altri atti di *devolution* adottati con riferimento alle altre regioni del Regno Unito, mostrando e traducendo tutta la storia, per sommi capi tracciata, delle Sei Contee nord-irlandesi. La demilitarizzazione della regione con la consegna delle armi da parte delle organizzazioni paramilitari, una (nuova) riforma della polizia reale dell'Ulster con l'apertura a componenti cattolici, la previsione del principio di eguaglianza e l'affermazione della garanzia dei diritti culturali irlandesi e britannici, l'introduzione di un principio che potrebbe essere definito volontaristico, o dispositivo, in base al quale lo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord all'interno del Regno Unito non può essere alterato senza il consenso della maggioranza dei cittadini e delle cittadine dell'Irlanda del Nord stessa e dell'Irlanda. In generale, i settori in cui le specificità della *devolution* nordirlandese risultano a suo tempo più palesi sono quello, già brevemente affrontato, relativo ai principi della *governance*, le competenze legislative, e il *decommissioning*, vale a dire il processo di disarmo bilaterale, di particolare rilevanza considerato che ci si riferisce ad un contesto segnato dalla lotta armata e dalla rep-

[9] Sottolinea l'esempio della Scozia come potenziale esperienza di secessione democratica I. Ruggiu, *Referendum e secessione. L'appello al popolo per l'indipendenza in Scozia e in Catalogna*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2016, a cui si contrapporrebbe l'esperienza (negativa) conflittuale della Catalogna. Di "secessione integrante" parla A. M. Russo. Sul rapporto tra costituzionalismo e secessione, per i risultati più interessanti nella dottrina italiana più recente, cfr. C. De Fiores, *Secessione e costituzionalismo. Alle origini di un dibattito ancora attuale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2014, e S. Mancini, *Costituzionalismo, federalismo e secessione*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 4/2014, e Ead., *Ai confini del diritto: una teoria democratica della secessione,* in *Percorsi costituzionali*, n. 3/2014.

[10] Cfr. P. Shirlow, *Devolution in Northern Ireland/Ulster/the North/Six Counties: Delete as Appropriate*, in *Regional Studies*, 35:8, 743-752, 2001. L'ultimo censimento della popolazione, risalente al 2011, ha consegnato un dato del 41,6% della popolazione che si dichiara cristiana ma non cattolica (comprendente metodisti, presbiteriani, Chiesa d'Irlanda), contro il 40,8% della popolazione che si dichiara cattolica, mostrando una tendenza al rafforzamento demografico della componente cattolica che arriverà, se non è già arrivata, al sorpasso. Per quanto riguarda l'identità nazionale, nel 2011 il 48,4% si dichiarava British, il 28,4% Irish e il 29,4% Northern Irish. *Population at Census Day 2011: Usually Resident Population by single year of age and sex – Northern Ireland Neighbourhood Information Service,* 22 July 2014, in en.wikipedia.org/wiki/Demography_of_Northern_Ireland.

[11] Si veda il censimento.

ressione violenta[12]. Senza tornare sull'assetto consociativo dell'esecutivo, con riguardo alla legislazione, va segnalato che, mentre nelle altre *devolution* esiste una distinzione tra *reserved matters* e *devolved matters*, in Irlanda del Nord la potestà legislativa si articola in tre tipologie. Le *transferred matters*, sulle quali la potestà legislativa dell'assemblea di Stormont è piena ed esclusiva, ma verte su un elenco tassativo di materie individuate dal governo di Londra; le *reserved matters*, di competenza del Parlamento di Westminster, che può però coinvolgere il legislativo devoluto; e le *excepted matters*, sulle quali Westminster ha competenza piena ed esclusiva. In seguito all'approvazione del *Northern Ireland Act 1998*, l'atto originario della *devolution,* un passaggio di valutazione, monitoraggio e aggiornamento della condizione devolutiva è rappresentato dallo *Stormont House Agreement*, firmato nel dicembre 2014 dagli stessi contraenti dell'*Agreement* del 1998. Questo secondo atto devolutivo, per così dire, manifesta la perdurante specificità del caso nordirlandese, focalizzato sulla questione del mantenimento della pace tra le comunità e di equilibri faticosamente costruiti[13]. Non a caso il documento assegna un'importanza fondamentale a numerosi aspetti concernenti l'identità nazionale, concretizzata nelle bandiere, nelle tradizioni, nei cortei dimostrativi e nella storiografia dei *Troubles*, aspetti ritenuti cruciali per la garanzia degli equilibri politici e sociali, ma anche potenzialmente forieri di rinnovate tensioni. Sul *decommissioning,* si stabilisce invece l'istituzione di una *Independent Commission on Information Retrieval* (ICIR) e di un *Implementation and Reconciliation Group* (IRG). In seguito, il *Northern Ireland (Stormont Agreement and Implementation Plan) Act 2016*[14], tenta di rendere effettivo e dare concreta applicazione all'accordo, ma giunge in un momento nuovamente segnato da una situazione politica complessa – e da un rinnovato conflitto tra DUP e *Sinn Féin*, i partiti più rappresentativi delle fazioni Unionista e Repubblicana – nella quale avrebbero potuto ripresentarsi le condizioni che avevano condotto dal 2002 al 2007, periodo in cui le funzioni delle istituzioni devolute sono state sospese applicando la *Direct Rule*[15].

Un ulteriore elemento da sottolineare è quello relativo all'utilizzo del referendum nel processo correlato all'approvazione del *Good Friday Agreement*. Se è vero che i referendum sono strumento tipico che ha caratterizzato tutte le *devolutions* nel Regno Unito, quelli nordirlandesi appaiono almeno parzialmente diversi dagli altri. Si sono infatti svolti sia nell'Irlanda del Nord, sia nella Repubblica d'Irlanda. Peraltro, l'esercizio del voto non è stato ripartito, come normalmente accade nelle elezioni, di qualsiasi tipo esse siano, in circoscrizioni, bensì si è svolto attraverso un'espressione unitaria, ed un conseguente computo dei voti non ripartito. Ciò per il timore che una suddivisione in circoscrizioni elettorali avrebbe offerto una chiara indicazione circa la preferenza dei Protestanti: avrebbe cioè dimostrato che la maggioranza della popolazione protestante ha votato contro l'Accordo. Il valore del referendum, di quel particolare referendum, nella definizione della tipicità della *devolution* nordirlandese, si manifesta in modo immediato nella reazione nordirlandese alla *Brexit* che

[12] Cfr. 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.
[13] Sull'Accordo cfr. H. Armstrong, P. Bowers, *Northern Ireland: Stormont House Agreement update*, in *House of Commons Library*, Briefing Paper n. 07284, 18 August 2015.
[14] Su cui cfr. S. Priddy, *Implementation of the Stormont House Agreement*, in *House of Commons Library*, Debate Pack n. CDP0008, 5 January 2017, cit. in C. Martinelli, *Le conseguenze della Brexit sull'Irlanda del Nord: dal Backstop di Theresa May al Windsor Framework di Rishi Sunak*, cit.
[15] *Ibid*.

conduce alla presentazione di ricorsi all'*High Court* di Belfast aventi sostanzialmente ad oggetto la richiesta, da parte di alcuni cittadini nordirlandesi, di sancire la necessità di un passaggio attraverso le istituzioni devolute per l'attivazione del procedimento di cui all'art. 50 del Trattato. Molte questioni giungono alla Corte Suprema, in particolare a partire dalla decisione di rigetto dell'*High Court* dell'Irlanda del Nord nei casi *McCord* e *Agnew and others*, alla quale fa seguito l'intervento della Corte d'Appello dell'Irlanda del Nord, che rinvia una questione alla Corte Suprema, nonché l'intervento dell'*Attorney General* per l'Irlanda del Nord che rinvia quattro questioni. L'elemento comune di tali questioni è proprio quello relativo al peso giuridico e costituzionale che possa o debba essere attribuito alle norme che disciplinano lo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord nell'ambito del procedimento relativo alla "Brexit". In *McCord* elemento centrale diviene il principio consensualistico o dispositivo che, come già accennato, regge l'intero sistema, nonché il diritto all'autodeterminazione. Il ricorso sostiene infatti che il ritiro dall'Unione europea rappresenti un mutamento istituzionale così radicale che è in grado di incidere direttamente sulle previsioni del *Northern Ireland Act 1998*, congiuntamente a quelle di cui al *Good Friday Agreement*. L'idea di fondo dei ricorrenti è che la Brexit, oltre a molti altri effetti negativi, provocherebbe quello per cui facendo venire meno la comune appartenenza all'Unione europea del Regno Unito e dell'Irlanda, determinerebbe serie conseguenze anche sul potenziale futuro esercizio del diritto di autodeterminazione. Il ricorso di *Agnew and others* (2016/0201 del novembre 2016) solleva profili se si vuole più "concreti", sostenendo (in prima istanza) la posizione per cui prima che il Parlamento di Westminster si pronunci sulla Brexit dovrebbe comunque intervenire la *Northern Ireland Assembly* con una *legislative consent motion*. Inoltre, la Corte Suprema è chiamata a prendere in considerazione l'ipotesi secondo la quale proprio la via parlamentare sarebbe una conseguenza dello statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord[16]. Se si legge il ricorso alla Corte Suprema *Agnew and others*, si apprezza la descrizione di un sistema che il processo di integrazione europea ha reso multilivello, nel quale esiste una complessa relazione tra le istituzioni delle nazioni devolute, il governo centrale, e l'Unione europea, e dove le istituzioni devolute dell'Irlanda del Nord possiedono una particolare legittimazione democratica ed un autonomo rilievo costituzionale. Si afferma infatti che, in primo luogo, benché gli assetti devolutivi definiti nel 1998 siano stabiliti sulla base, o meglio in presenza, di una situazione di appartenenza del Regno Unito all'Unione europea, nulla ci sarebbe in quegli assetti da far presumere che l'appartenenza all'Unione Europea sia un elemento condizionante.

In secondo luogo, le materie che riguardano le relazioni con l'Unione europea sarebbero riservate al Governo e al Parlamento britannici, e in nessun caso devolute alle istituzioni della *devolution*. Se è vero che è necessario un intervento parlamentare e una norma primaria per il procedimento di notifica *ex* art. 50, questo intervento riguarda il Parlamento di Westminster, anche perché la legislazione devoluta non implicherebbe in alcun modo che il Regno Unito rimanga all'interno dell'Unione europea. Su questi aspetti, infatti, non ci sarebbero competenze devolute, ma soltanto "*reserved*" o "*excepted*", e del tutto incoerente con il sistema sarebbe un ampliamento delle competenze legislative delle istituzioni devol-

[16] Cfr. C. Harvey, *Northern Ireland's Transition and the Constitution of the UK,* in *U.K. Constitutional Law Blog* (12th Dec 2016).

ute effettuato con uno strumento diverso dalla legge. Poco spazio, quindi, è dedicato alle *devolution issues*, nessuno all'aspetto concernente il diritto all'autodeterminazione dell'Irlanda del Nord, e, per di più, su tali questioni è raggiunta l'unanimità all'interno della Corte.

2. **L'impatto della *Brexit* sulla *devolution* nord-irlandese**

La *devolution* nordirlandese è stata, com'è noto e come si è anticipato, profondamente incisa dall'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, rispetto alla quale la popolazione della regione si era pronunciata con una maggioranza contraria. Ma le diverse posizioni rispetto al *leave* o *remain* non sono frutto esclusivamente di elementi identitari, ideologici, e neppure soltanto della peculiare genesi del *Good Friday Agreement*, e dunque della stessa *devolution*; esse si collegano alle conseguenze che la *Brexit* sarebbe stata (ed è stata) in grado di determinare sugli assetti territoriali. In particolare, il *Withdrawal Agreement* 2020 viene criticato soprattutto perché gli unionisti ritengono la scelta di stabilire un confine materiale (marittimo) tra la Gran Bretagna e l'Irlanda del Nord, da cui consegue l'obbligo di controllo delle merci provenienti dalla Gran Bretagna nei porti nordirlandesi, come un possibile passo verso la riunificazione dell'isola[17]. I repubblicani, d'altra parte, si oppongono alla frontiera terrestre. La questione del confine interno all'isola irlandese fin dall'inizio occupa uno spazio importante nelle trattative finalizzate all'accordo di recesso. La prima soluzione, quella del c.d. *backstop*, individuata nel novembre 2018[18], conduce ad una ripetuta bocciatura dell'*agreement* da parte del Parlamento di Westminster e alle dimissioni della *Premier* May. Il nuovo accordo del 2019 prevede invece una soluzione diversa per l'Irlanda del Nord, definendo infatti un complesso sistema di controlli sulle merci affidato alla supervisione di un *joint committee* UK-EU, tale da evitare di stabilire un confine fisico interno all'isola, permettendo nello stesso tempo all'Irlanda del Nord di allinearsi alle regole doganali del Regno Unito, pur nel quadro del mercato unico e dell'unione doganale[19]. Il Protocollo, conservando una specialità per il regime da applicarsi all'Irlanda del Nord rispetto al resto del Regno Unito, assimila il territorio nordirlandese, sul piano degli scambi commerciali, al resto della Repubblica d'Irlanda, grazie al confine marittimo nel Canale d'Irlanda, attraverso cui far transitare le merci, alternativo alla temuta ipotesi di un confine materiale all'interno dell'isola[20]. Inoltre, il Protocollo contiene una clausola che prevede «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», in coerenza con lo spirito del *Good Friday Agreement*[21], esprimendosi a partire da quattro anni dopo la fine del periodo transitorio, e con la possibilità di rinegoziazione del Protocollo dopo altri due anni. E contiene una particolare tutela (art. 260) offerta rispetto alla conservazione delle condizioni di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, "cristallizzati", per così dire, al momento in cui il diritto europeo era

[17] Cfr. G. Caravale, *Il Nord Irlanda: un problema della Brexit di difficile soluzione*, in *Nomos*, n. 1/2021.
[18] Anno peraltro complesso, sul fronte interno, per l'Irlanda del Nord, cfr. A. Torre, *In Irlanda del Nord, una "primavera elettorale" molto problematica*, in *Osservatorio costituzionale,* n. 1/2018.
[19] *Ibid*.
[20] Cfr. L. Bonifati, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?,* in *Costituzionalismo britannico e irlandese*, n. 1/2024.
[21] Cfr. C. Martinelli, *Le conseguenze della Brexit sull'Irlanda del Nord: dal Backstop di Theresa May al Windsor Framework di Rishi Sunak*, cit.

fonte di larga parte della normativa in materia, in particolare, di diritto antidiscriminatorio[22]. Il Protocollo, d'altra parte, avrebbe subito almeno due tentativi di neutralizzazione: prima attraverso l'utilizzo dell'art. 16 dello stesso, che consentiva la sospensione concordata di alcune delle norme in esso contenute se fossero state considerate «in grado di determinare importanti difficoltà di ordine economico, sociale o ambientale»[23], poi nel 2022, quando attraverso il *Northern Ireland Protocol Bill 2022-23*, il governo inglese tenta di consentire al governo la disapplicazione unilaterale di alcune parti del Protocollo, ove ritenuto necessario. Benché l'accordo non preveda dazi, l'uscita dal mercato unico ha determinato controlli e pratiche burocratiche onerose per gli scambi commerciali, e tali da portare alla confisca di beni e a ritardi nelle esportazioni, documentati già all'inizio del 2021. Esistono studi generali sull'impatto economico della Brexit[24], le cui effettive conseguenze non sono neppure oggi, a distanza di anni, del tutto definite. Ma per quanto riguarda l'impatto sulla *devolution* nell'Irlanda del Nord, le conseguenze si manifestano pressoché immediatamente. Innanzitutto, il recupero, da parte del Regno Unito, delle materie di competenza dell'Unione, ha inciso sul riparto competenziale interno, vale a dire sui rapporti tra potere legislativo centrale e potere devoluto, poiché alcune di queste materie rientravano nelle competenze nordirlandesi. Inoltre, gli equilibri centro-periferia sono mutati nel senso di un rafforzamento dei poteri centrali, emerso già con l'approvazione, con il parere contrario dei Parlamenti devoluti, dell'*UK Internal Market Act 2020*, con il quale viene consentito al governo di Londra di intervenire nelle materie oggetto di competenza dei Parlamenti territoriali, al fine di stabilire le regole per il mercato interno evitando distorsioni[25]

Cfr. G. Caravale, *L'irrisolvibile "trilemma" del Nord Irlanda*, in *Nomos*, n. 1/2022

. Problemi analoghi presenta il *Subsidy Control Act 2022* (approvato senza il consenso delle assemblee di Scozia e Galles), con il quale si consente al Governo centrale di intervenire, attraverso aiuti di stato, al fine di uniformare le condizioni di vita e di garantire la concorrenza, in ambiti che sarebbero riservati alle *nations*. Questo scenario, che rappresenta in parte criticità che attengono in generale il processo devolutivo, si manifesta in modo particolare con riguardo all'Irlanda del Nord, parte del territorio doganale del Regno Unito e, nello stesso tempo, soggetta al codice doganale dell'Unione europea e alle regole del mercato unico per i beni, incluse quelle in ambito sanitario e fitosanitario[26]. È la peculiarità costitutiva della nazione che ha determinato la scelta di optare per una soluzione che evitasse di istituire un confine fisico interno all'isola irlandese, tanto che il protocollo sull'Irlanda del Nord ha originariamente previsto, come ricordato, la sottoposizione a controllo

[22] Cfr. B. Gormally, *Human Rights and the Ireland/Northern Ireland Protocol*, in *Brexit Institute Blog*, 21 luglio 2021, 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.
[23] Cfr. L. Bonifati, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?,* cit.
[24] Si veda ad esempio quello del *LSE Centre for Economic Performance, Unravelling deep integration: UK trade in the wake of Brexit*.
[25]
[26] Sulla questione dei regimi doganali, si veda F. Guella, *Autonomie territoriali asimmetriche e regimi doganali: l'Irlanda del Nord post Brexit e le altre situazioni territoriali particolari nell'ambito dell'Unione doganale europea*, in *DPCE online*, *special issue 2022*.

doganale delle merci che arrivano nei porti nord irlandesi dalla Gran Bretagna. Il protocollo, approvato insieme all'accordo di recesso raggiunto nel 2019, in sostituzione del *backstop* di cui all'accordo precedentemente stipulato dalla *premier* May, non coinvolge però l'Esecutivo nordirlandese, ciò che determina particolari tensioni politiche e forte instabilità, in un sistema oltretutto caratterizzato, come è stato ricordato, da regole di *power sharing*. Tensioni inerenti non soltanto la questione procedurale, e dunque democratico-partecipativa, ma anche il tema sostanziale dei controlli doganali sui prodotti agroalimentari provenienti dalla Gran Bretagna, oggetto finanche dell'intervento della *High Court* di Belfast per garantirne la prosecuzione. Non l'unico intervento giudiziario sul punto, se è vero che la *High Court* nordirlandese si è pronunciata sulla legittimità del protocollo, respingendo i ricorsi presentati anche da un gruppo di unionisti, secondo i quali il protocollo avrebbe violato *Acts of Union* e *Good Friday Agreement,* in quanto autorizzava trasferimenti di sovranità verso l'Unione europea, e dunque una abrogazione implicita di leggi considerate "costituzionali". I ricorsi peraltro vengono respinti anche dalla *Court of Appeal*, la quale dichiara, tra le altre cose, che l'articolo VI dell'*Act of Union* (la clausola di uniformità interna del Regno Unito), deve essere ormai letto alla luce dell'*European Union (Withdrawal) Acts* 2018, per come successivamente modificato, il quale deve guidare l'interpretazione di tutte le leggi, e che il protocollo non altera lo statuto costituzionale dell'Irlanda del Nord, neppure nella misura in cui impone l'applicazione del diritto dell'Unione europea all'Irlanda del Nord senza una partecipazione dei cittadini nordirlandesi alle istituzioni europee. La Corte, infatti, ritiene soddisfacente la "clausola di salvaguardia democratica"[27] di cui all'art. 18, ai sensi della quale il Parlamento di Stormont, a partire proprio dal 2024, può esprimersi con riguardo all'adeguatezza delle regole giuridiche chiamate a disciplinare la condizione dell'Irlanda del Nord. Al di là delle vicende politiche che hanno tormentato le istituzioni dell'Irlanda del Nord, è stato puntualmente messo in evidenza come la relazione tra Brexit e *devolution* nordirlandese si snodi intorno a tre aspetti contraddittori e difficilmente superabili, che determinano quello che è stato definito un "trilemma"[28]: la decisione del Regno Unito di uscire dal mercato unico e dall'unione doganale, l'opposizione degli Unionisti all'individuazione di un confine doganale nel mare, e la posizione dei Repubblicani contraria alla collocazione del confine interno all'isola. Certamente l'impatto si manifesta anche sul piano politico interno all'Irlanda del Nord; basti pensare che nelle elezioni del 2022, per la prima volta nella storia politica nordirlandese, il *Sinn Féin* si afferma come primo partito, e le difficoltà nella formazione del governo si manifestano immediatamente tanto da costringere il Parlamento di Westminster a prorogare ripetutamente il termine

[27] *Ibid.*
[28] J. Springford, *Theresa May's Irish Trilemma*, paper del Centre for European Reform, 2018, cit. anche in *Ibid*. Sull'intreccio tra le questioni indicate cfr. C. Martinelli, *Le Ricadute di Brexit sugli Ordinamenti Territoriali del Regno Unito*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2, 2018, pp. 399-426; 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; 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.

entro il quale giungere alla formazione dell'Esecutivo[29]. Un momento di svolta della relazione tra *Brexit* e *devolution* nell'Irlanda del Nord è rappresentato dalla vicenda che ha condotto alla legittimazione giudiziale del Protocollo per l'Irlanda del Nord.
Alcuni appellanti (nella causa [2023] UKSC 5)[30], tra cui due ex primi ministri dell'Irlanda del Nord, sostenevano che il protocollo poneva a rischio la posizione dell'Irlanda del Nord all'interno del Regno Unito, creando una frontiera doganale tra l'Irlanda del Nord e il resto del Regno Unito. Ciò si collocava nel contesto degli *Acts of Union*, approvati sia a Westminster che dall'allora legittimato organo legislativo irlandese, i quali stabiliscono una base comune per i cittadini dell'Irlanda (del Nord), affinché fossero loro riconosciuti gli stessi privilegi e le medesime condizioni di quelli britannici. Gli appellanti sostenevano che il Protocollo sull'Irlanda del Nord violasse questa disposizione degli *Acts of Union*, in quanto comportava l'imposizione di tariffe e di controlli tariffari (effettuati al momento dell'arrivo nel mare d'Irlanda, al fine di evitare controlli doganali tra Irlanda e Irlanda del Nord) su alcuni prodotti che entrano in Irlanda del Nord, provenienti dal Regno Unito, che potrebbero per quella via entrare nell'Unione europea. A causa di tali previsioni, l'Irlanda del Nord risulterebbe su un piano differenziato, contrariamente a quanto stabilito dal sopra citato articolo VI. Il secondo motivo di ricorso riguardava il *Northern Ireland Act*; quindi, si focalizzava direttamente sulla relazione tra Protocollo attuativo della *Brexit* e atto devolutivo, nella parte in cui stabilisce che l'Irlanda del Nord resta parte del Regno Unito e non cesserà di esserlo senza il consenso di una maggioranza della popolazione dell'Irlanda del Nord. Il Protocollo, creando una frontiera doganale con il resto del Regno Unito, indirettamente determinato tale effetto in assenza di un consenso espresso da parte della popolazione nordirlandese. Infine, si riteneva che il *Northern Ireland Act* fosse stato violato anche in quanto il Protocollo non rispettava il requisito del supporto intercomunitario, vale a dire del voto di maggioranza, con maggioranza da entrambe le comunità, e che questo non fosse giustificato in quanto il Protocollo, pur potendo essere ritenuto una questione di relazioni internazionali, ai sensi dell'allegato 2(3) del *Northern Ireland Act*, e non una materia devoluta, avrebbe comunque dovuto essere votato dall'Assemblea nordirlandese. La *Supreme Court* ritiene che gli obblighi del Regno Unito di acquisire il consenso dell'Irlanda del Nord siano stati soddisfatti, in quanto il Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord deve agire compatibilmente alle modifiche apportate nel 2018 al *Northern Ireland Act*, imponendo al governo del Regno Unito l'obbligo di richiedere una maggioranza semplice, e non un supporto intercomunitario; e respinge il ricorso in tutte le sue parti. L'intervento della *Supreme Court* è significativo in quanto fornisce una definitiva legittimazione giurisdizionale, e quindi giuridica, al Protocollo, ma anche, sul piano costituzionale, poiché collega la legittimità della differenziazione tra cittadini britannici e cittadini nordirlandesi in materia di diritti doganali non tanto alla dimensione internazionale della questione, e dell'atto preposto alla sua disciplina, quanto piuttosto proprio alla riaffermazione del principio della sovranità parlamentare, considerato il ruolo dato alla chiara e univoca espressione di volon-

[29] Cfr. L. Bonifati, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?*, cit.
[30] Si veda il commento di L. Edwards, *Allister and others v. Secretary of State for Northern Ireland: A summary of the "NI Protocol" case*, in *Diritti Comparati*, 10 maggio 2023.

ework del 27 febbraio 2023[31], che, rivedendo gli accordi del 2019, mantiene, e per certi versi rafforza, la specialità nordirlandese, intervenendo in particolare sulla semplificazione degli adempimenti relativi alla libera circolazione delle merci e delle procedure doganali, istituendo due regimi distinti tra merci prodotte nel Regno Unito e destinate all'Irlanda del Nord, non sottoposte a controlli aggiuntivi ma soltanto agli standard di sicurezza in vigore nel resto del Regno Unito (*Green Lane*), e merci destinate alla Repubblica d'Irlanda, che entrano dunque all'interno del mercato unico europeo, assoggettate alle regole europee in materia (*Red Lane*). Il *Windsor Framework* introduce poi una innovazione istituzionale che può essere considerata una delle principali manifestazioni dell'impatto (istituzionale-costituzionale) della *Brexit* sulla *devolution* dell'Irlanda del Nord: vale a dire il c.d. *Stormont Brake*, procedura che consente ai membri dell'Assemblea nordirlandese di intervenire per tutelare lo status politico e giuridico del proprio territorio. Infatti, il parlamento di Stormont può, in applicazione di tale meccanismo, valutare le modifiche decise a livello europeo inerenti all'oggetto del *Framework* e deliberare un blocco dell'eventuale applicazione sul territorio dell'Irlanda del Nord, qualora vi sia fondato motivo di ritenere che i loro effetti possano incidere negativamente sui cittadini della nazione[32]. In particolare, si prevede che un numero pari ad almeno 30 membri dell'Assemblea, purché appartengano ad almeno due partiti diversi, possa chiedere l'attivazione dello *Stormont Brake*, determinando così l'apertura di una fase istruttoria finalizzata ad analizzare l'impatto e le conseguenze delle nuove previsioni stabilite a livello europeo. Terminata la fase istruttoria, la deliberazione avviene con la regola del supporto intercomunitario, dunque con la maggioranza sia dei deputati repubblicani sia di quelli unionisti, oppure con la maggioranza del 60% dei componenti totali dell'assemblea e almeno il 40% dei voti favorevoli all'interno di ciascuna comunità. Una procedura che richiama quella della *Petition of Concern*, prevista già nel *Good Friday Agreement*[33], e si conclude con la possibilità per il governo del Regno Unito di porre un veto nell'applicazione all'Irlanda del Nord delle nuove regole giuridiche eurounitarie[34]. Queste rinnovate condizioni portano verso un'attenuazione delle tensioni presenti all'interno del sistema politico-istituzionale, e dunque ad un accordo, nel gennaio del 2024, tra le forze politiche, per la formazione di un nuovo governo nordirlandese, guidato per la prima volta da una Prima Ministra repubblicana, la *leader* di *Sinn Féin*, e una Vice-Prima Ministra unionista, del DUP, partito che, com'è noto, ha animato in tutti gli anni precedenti il conflitto, anche in sede giudiziaria, sul Protocollo e sulla gestione dell'autonomia nordirlandese nel nuovo scenario determinato dalla *Brexit.*

3. **Le questioni aperte nello spazio del confine**

Lo spazio del confine, o meglio dei confini, è il luogo simbolico nel quale si esprime la storia e si manifestano le prospettive future dello statuto politico e giuridico dell'Irlanda del

[31] Su cui, in chiave critica, 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.
[32] Cfr. C. Martinelli, *Le conseguenze della Brexit sull'Irlanda del Nord: dal Backstop di Theresa May al Windsor Framework di Rishi Sunak*, cit.
[33] Su cui A. McCulloch, *The Use and Abuse of Veto Rights in Power-Sharing Systems: Northern Ireland's Petition of Concern in Comparative Perspective*. *Government and Opposition*. 2018;53(4):735-756.
[34] Sull'effettivo potenziale applicativo dello *Stormont Brake,* cfr. D. Phinnemore, L. C. Whitten, *Using The Stormont Brake*, (Post-Brexit Governance NI Explainers; Vol. 14), *Queen's University Belfast*, 2024.

Nord. Un futuro che si gioca ancora intorno alla nota, e già citata, previsione del *Good Friday Agreement*, in base alla quale un referendum per la riunificazione dell'Irlanda potrà svolgersi qualora il Segretario di Stato possa ritenere che la maggioranza dei cittadini e delle cittadine si esprimeranno a favore. È sempre attuale l'interrogativo circa quali siano i parametri rispetto ai quali si misura la probabilità che la maggioranza dei cittadini si esprima a favore della riunificazione, non essendo esso specificato[35]. Diverse sono le ipotesi: dalle preferenze manifestate dalla cittadinanza in sondaggi di opinione, ad una rilevazione, attraverso censimento, della eventuale maggioranza cattolica dal punto di vista demografico, fino alla formazione di una maggioranza repubblicana nel Parlamento di Stormont, o, ancora, una specifica deliberazione, all'interno di un'assemblea legislativa di maggioranza repubblicana, oppure un voto nell'Assemblea che richieda un referendum[36]. Se è vero che nessuna di queste ipotesi è al momento concreta, o immediatamente concretizzabile, non c'è dubbio però che a partire dal referendum del 2016 sulla *Brexit* la sensibilità e l'opinione diffusa sul futuro dell'Irlanda del Nord sono profondamente mutate, tanto che anche il gruppo non riconducibile né al polo repubblicano né a quello unionista, si considera oggi favorevole allo svolgimento di un referendum, nell'arco temporale del quinquennio[37], e in ogni caso non è radicalmente contrario alla riunificazione come in passato, ciò che può chiaramente incidere in modo rilevante sulla configurazione di quel consenso maggioritario previsto nel 1998, anche a prescindere dalla maggiore o minore prolificità della popolazione cattolica. I problemi concernono poi anche il versante britannico, con particolare riferimento alla definizione della tipologia referendaria, ma, ancor prima, della natura giuridica dello strumento, che nelle dinamiche nordirlandesi riveste un ruolo del tutto particolare[38]. Proprio il referendum sul *Good Friday Agreement* rappresenta un momento di riunificazione irlandese, nel senso del riconoscimento simbolico se non di un'Irlanda unita, dell'esistenza di un "contesto"[39] irlandese unitario, che si è manifestato anche nell'abrogazione del *Government of Ireland Act* del 1920, nonché nella modifica degli articoli 2 e 3 della Costituzione irlandese al fine di inserire il sopra richiamato principio volontaristico e l'affermazione della riunificazione come aspirazione legittima assoggettata ad una richiesta politica in tal senso. Il valore assegnato allo strumento referendario emerge anche dalla previsione per cui sempre a due referendum (da svolgersi nei due territori) è attribuita la possibilità di stabilire un esercizio congiunto di sovranità e l'esercizio di alcune forme di cooperazione transfrontaliera in particolare nelle aree della pesca, del commercio, del turismo e dell'assistenza sanitaria ospedaliera. Lo "stile" seguito nell'Accordo del 1998 è di per sé significativo dell'ideologia che esso rappresenta, ci si riferisce in particolare all'ideologia repubblicana, allo spirito di un costituzionalismo per certi versi più "continentale", segnando la distanza rispetto a modalità ed impostazioni proprie del diritto inglese, si pensi in particolare al ridimensionamento dell'assolutizzazione del principio

[35] Cfr. L. Bonifati, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?,* cit. Sul punto, A. Whysall, *A Northern Ireland Border Poll*, London, The Constitution Unit UCL, 2019, pp. 6-7.
[36] *Ibid.*
[37] Cfr. E. Connolly, J. Doyle, *Brexit and the Northern Ireland Peace Process*, cit., spec. p. 85.
[38] Cfr. C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit*, **in** *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3/2021.
[39] Cfr. P. Shirlow, *Devolution in Northern Ireland/Ulster/the North/Six Counties: Delete as Appropriate*, cit.

della sovranità parlamentare inglese. Significativa l'integrazione tra strumenti di democrazia diretta e principio della sovranità parlamentare realizzata dall'atto, che, d'altra parte, pone i primi su un piano sostanzialmente superiore e certamente diverso dal ruolo al quale normalmente li circoscrive il diritto costituzionale inglese, se è vero che nel sistema britannico il referendum *"can only be consultative in character"*[40], e dunque per quanto politicamente rilevante e in grado di influenzare profondamente le scelte istituzionali presenti e future, giuridicamente in alcun modo vincolante e neppure condizionante per il legislatore[41].

I dubbi che vengono da alcune parti sollevati circa le conseguenze di un referendum che conducesse alla riunificazione, appaiono tutti legati alla dimensione del confine, e alla sostenibilità della *devolution*: una *devolution* che difficilmente manterrebbe senso al di fuori del Regno Unito, a meno di non tradurla in una relazione quasi o simil-federale nell'ambito della Repubblica d'Irlanda, che dovrebbe però accettare una trasformazione sostanziale del proprio ordinamento, e un confine che, spostato, porrebbe il problema della tutela delle prerogative (ma quali?) dei cittadini unionisti nel nuovo contesto ordinamentale[42]. D'altra parte, nessuna di queste questioni sembra impedire la trasformazione sul piano costituzionale, né renderla più ardua di quanto non sia stata la "stabilizzazione" degli assetti definiti nel 1998. La questione del confine, che è stata in parte già affrontata anche nei paragrafi precedenti, in quanto determinante nella conduzione dei negoziati per il recesso, rappresenta quindi molto di più di un elemento di trattativa sul piano internazionale, ma in essa risiedono le condizioni, reali e simboliche, dei possibili assetti nazionali nordirlandesi. Quando l'Unione europea, attraverso il Consiglio europeo del 29 aprile 2017, chiede che il confine tra Repubblica d'Irlanda e Irlanda del Nord rimanga aperto, vale a dire non sia introdotta alcuna infrastruttura fisica né siano previsti controlli, la finalità non è soltanto quella di salvaguardare l'integrazione economica nell'isola d'Irlanda, ma è soprattutto quella di garantire il rispetto del *Good Friday Agreement,* che ha riconosciuto la sovranità britannica sulle province del Nord soltanto in quanto la distinzione tra Nord e Sud sarebbe stata del tutto immateriale[43]. Il confine incarna il passaggio, ma anche l'ambivalenza di uno statuto giuridico perennemente transitorio, l'attesa di un cambiamento che potrebbe

[40] Cfr. B. Putschli, *The Referendum in British Politics. Experiences and Controversies since the 1970s*, 2007, spec. p. 94.

[41] Interessante lo studio/audizione svolto dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords* nel 2010, *Referendums in the United Kingdom*, nel quale sono sinteticamente ed efficacemente discusse le *rationes* principali dello strumento referendario nel Regno Unito, con particolare attenzione alla questione dell'utilizzo del referendum su questioni rientranti nella "materia costituzionale", si veda il testo al seguente link. Significativa una delle conclusioni a cui si giunge, secondo la quale «*The balance of the evidence that we have heard leads us to the conclusion that there are significant drawbacks to the use of referendums. In particular, we regret the ad hoc manner in which referendums have been used, often as a tactical device, by the government of the day. Referendums may become a part of the UK's political and constitutional practice. Where possible, cross-party agreement should be sought as to the circumstances in which it is appropriate for referendums to be used*».

[42] Cfr. C. Martinelli, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit*, cit. Sul tema della cittadinanza, cfr. G. Milani, "We, the people of Éire*": la cittadinanza nell'evoluzione e nell'attualità costituzionale dell'Irlanda*, in *DPCE online*, n. 1/2024.

[43] Cfr. F. Marongiu Buonaiuti – F. Vergara Caffarelli, *La Brexit e la questione del confine irlandese*, in *Federalismi*, n. 24/2018.

i di significati; d'altra parte, la stessa regolamentazione della cittadinanza[44], che consente ai cittadini del Nord di acquistare, dietro richiesta, contestualmente, sia la cittadinanza britannica sia quella irlandese, e che risulta particolarmente importante per il riconoscimento ai repubblicani della propria appartenenza nazionale[45], è resa possibile da questa peculiare dimensione del confine.

4. **Destini intrecciati: l'Irlanda verso la riunificazione?**

Nell'ultima parte di queste riflessioni si cercherà di analizzare lo scenario attuale e tracciare i contorni dei possibili scenari futuri della *devolution* nordirlandese, o meglio, degli assetti che potrebbero ad essa sostituirsi. Per riuscirci sembra necessario guardare per un verso all'Irlanda del Nord, come è stato fatto nei paragrafi precedenti, ed un momento particolarmente significativo da questo punto di vista è rappresentato dalle già citate elezioni del 2022. Ma per altro verso occorrerà osservare lo spazio oltre il "non confine".

Per quanto riguarda l'Irlanda del Nord, il 2022 rappresenta un momento di passaggio: una campagna elettorale segnata da un impegno del Sinn Féin su temi particolarmente concreti, quali l'introduzione di misure di sostegno economico per le famiglie, la previsione di contributi per l'acquisto di beni necessari a fronte di un forte incremento dell'inflazione, mostra come l'obiettivo della riunificazione irlandese venga perseguito più indirettamente che direttamente, anche da parte di formazioni tradizionalmente nazionaliste, se si eccettua *Aontù*, unico partito a sostenere espressamente in campagna elettorale che solo la riunificazione sarebbe lo strumento idoneo ad affrontare e superare le incertezze derivanti dalla Brexit[46]. Questo atteggiamento delle forze nazionaliste e repubblicane ha generato malcontento nei gruppi ancora vicini alla lotta armata, tanto che il *County Sovereignty Movement* e *Saoradah* (Liberazione), hanno aspramente criticato la timidezza di *Sinn Féin*, ma proprio l'atteggiamento della principale forza repubblicana mostra la concretezza della prospettiva della riunificazione: nel momento in cui questa appare più vicina il discorso politico si fa meno ideologico, si traccia un percorso più radicato nella partecipazione e nella condivisione, e si sostituisce la propaganda identitaria con un piano più complesso di impegno sulle questioni sociali ed economiche. Con il 29% dei voti per la prima volta dal *Good Friday Agreement*, e dunque dalla istituzione del sistema di *power sharing*, *Sinn Féin* ottiene la maggioranza alle elezioni nella regione, superando il DUP, che vede un significativo calo sia del consenso in termini elettorali sia del riconoscimento, soprattutto da parte delle generazioni più giovani, nel *cleavage* identitario che esso rappresenta. Il passaggio reale avviene d'altra parte soltanto nel 2024, quando *Sinn Féin* e DUP, dopo due anni di stallo e di

[44] Cfr. G. Milani, *"We, the people of Éire": la cittadinanza nell'evoluzione e nell'attualità costituzionale dell'Irlanda*, cit.

[45] Il primo riconoscimento della cittadinanza attraverso la qualifica di "*natural born citizen*" per i nati in Irlanda del Nord avviene per opera dell'*Irish nationality and citizenship Act* del 1956. La cittadinanza *jure soli* riflette un approccio inclusivo tipico irlandese, almeno storicamente. Con il *Good Friday Agreement* la questione conduce al IX emendamento costituzionale, in quanto parte dell'accordo diviene l'approvazione, con referendum tra i cittadini irlandesi, di una modifica degli articoli 2 e 3 della Costituzione, al fine di stabilire il diritto di tutte le persone nate nell'isola d'Irlanda ad appartenere al popolo irlandese (oltre che alla nazione). La modifica costituzionale ricalca fedelmente le previsioni dell'accordo, costituzionalizzando, dunque, il diritto al riconoscimento della cittadinanza irlandese anche ai nati in Irlanda del Nord.

[46] Cfr. M. Boldrini, *Le elezioni regionali in Irlanda del Nord*, in *Regional Studies and Local Development*, dicembre 2022.

impossibilità a formare il governo dopo la vittoria nelle elezioni del 2024 da parte dei repubblicani, annunciano la definizione di un accordo di governo, con una *premiership* assegnata alla *leader* del partito repubblicano. Ma il 2024 è un anno di svolta anche per l'Irlanda. Intorno ai ben noti referendum indetti per l'8 marzo[47], aventi ad oggetto due proposte di revisione costituzionale, si snodano una serie di eventi che culminano nella bocciatura di entrambe le proposte, e, ad essa collegate, nelle dimissioni del *Taoiseach*, sostituito da un altro dello stesso partito (*Fine Gael*, com'è noto, partito di centro destra, conservatore)[48]. Qui il tema della riunificazione si fa espresso, nella prospettiva di una possibile convergenza con l'Irlanda del Nord, che potrebbe condurre verso l'obiettivo unitario. *Sinn Féin*, infatti, è presente e attivo anche nella Repubblica d'Irlanda, quale maggiore partito d'opposizione, ma con un consenso inferiore rispetto a quello, in progressiva crescita, nel Nord. Le elezioni generali per l'elezione del *Dáil* si sono svolte venerdì 29 novembre 2024, per la formazione del più grande *Dáil* della storia irlandese, dato che il numero dei componenti è stato aumentato dall'*Electoral (Amendment) Act* 2023. Nonostante le questioni centrali nella campagna elettorale e nella percezione dell'opinione pubblica abbiano ruotato principalmente intorno ad aspetti economico-sociali attualmente di grande rilievo nel contesto irlandese, quali il costo della vita, il diritto all'abitazione, la gestione dei flussi migratori e l'accoglienza dei rifugiati, non c'è dubbio che un posto particolare assume la prospettiva della riunificazione.

Dopo le elezioni generali del 2020, che hanno visto un successo significativo di *Sinn Féin*, sebbene il numero di seggi ottenuti non abbia consentito alla forza politica di entrare nel governo del Paese, la promessa di procedere, seppure gradualmente e attraverso processi in grado di garantire partecipazione e condivisione, verso un referendum sull'unificazione (da svolgersi sia nella Repubblica d'Irlanda che in Irlanda del Nord entro il 2030), ha accompagnato gli anni successivi, fino alle elezioni (anticipate) del novembre 2024, condotte peraltro in un contesto "insulare" segnato dalla presenza di *Sinn Féin*, come ricordato, alla guida del governo consociativo nel Nord. Certamente la centralità acquisita in Irlanda dalla questione migratoria, a causa di una crescita significativa delle presenze sul territorio, di problemi di risorse abitative e gestione del diritto d'asilo per i soggetti aventi i requisiti per accedere allo status di rifugiati, ha almeno in parte messo in crisi il consenso nei confronti di *Sinn Féin*, partito, va ricordato, di impronta socialista, ispirazione solidaristica, e dunque assolutamente antipopulista sulle tematiche migratorie[49]. Simon Harris, il giovane *leader* di *Fine Gael* di 38 anni, peraltro molto presente sui *social media*, una volta assunto

[47] Su cui si rinvia, *ex aliis*, a T. Rimoldi, *I referendum sulla modifica dell'art. 41 della Costituzione irlandese*, in *Stato, Chiese e Pluralismo Confessionale*, 2024, B. Murphy, *Three Graces and a Referendum: Cathal Brugha Street's History and Ireland's Gender Discourses from Tradition to Transition*, *Level 3*, 19, n. 2/2004, M. Fasan, *Riformare la Costituzione per tutelare i diritti fondamentali? Un dialogo tra Francia e Irlanda*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 4/2024, E. Daly, *Integration Referendums as Expressions of Constituent Power: Ireland as a Case Study*, in *The Review of Politics*, 86, n. 2/2024, pp. 218 ss.

[48] Sulle vicende politico-istituzionali che hanno segnato i primi mesi del 2024 in Irlanda, cfr. E. Gabriele, *Le sconfitte referendarie e le dimissioni del primo ministro non fanno vacillare il* coalition government *irlandese,* in *Nomos,* n. 1/2024.

[49] Sul contesto nel quale si sono svolte le elezioni irlandesi, e gli scenari ipotizzati alla loro vigilia, cfr. C. Ó. Rálaigh, *The Forthcoming General Election in the Republic of Ireland: Winds of (Left-Wing) Change or Plus Ça Change?*, in The *Political Quarterly*, 2024, e C.J. Kelly, *The Multilevel Implications of a Sinn Féin Government in Ireland*. In *The Political Quarterly*. 2024.

l'incarico governativo nell'aprile 2024, ha focalizzato la sua attenzione (anche nella comunicazione politica) su costo della vita, immigrazione, e politiche abitative, rafforzando il consenso nei confronti del partito, al punto da sfidare l'elettorato (forzando, per la verità, le regole che informano il sistema istituzionale e la forma di governo) convocando elezioni anticipate (rispetto al marzo 2025). I risultati, d'altra parte, confermano l'inversione di tendenza realizzatasi nei mesi della campagna elettorale a svantaggio del principale partito di governo, e a vantaggio soprattutto del partito democristiano di centrodestra *Fianna Fail*, al quale sono stati assegnati 48 seggi, pari al 21,9% dei voti, a fronte dei 38 seggi con il 20,8% del *Taoiseach* uscente. Il totale, dunque, dei seggi delle due forze politiche conservatrici, si attesta a 86 seggi, mancandone 2 per la maggioranza assoluta nel *Dáil*, ciò che rende necessario per la formazione un esecutivo l'accordo con indipendenti, oppure con forze del centrosinistra (socialdemocratici, laburisti) che hanno ottenuto un totale di 22 seggi. Il *Sinn Féin,* con 39 seggi assegnati, rappresenta la seconda forza politica nell'assemblea elettiva, ma in termini percentuali i suoi consensi calano, rispetto alle precedenti elezioni, dal 24,5% al 19%. L'attesa riguarda quindi ora le negoziazioni per la formazione del prossimo governo di coalizione, alle quali *Sinn Féin* non è naturalmente invitato a partecipare. L'analisi elettorale fornisce diverse indicazioni se si tenta di ipotizzare gli scenari futuri dell'isola, e dunque le prospettive di trasformazione o esaurimento della *devolution* nordirlandese: la percentuale di voti del partito repubblicano è diminuita, per la prima volta in 35 anni, scendendo del 5,5% rispetto al 24,5% del 2020, quando aveva raggiunto il picco dei consensi, ed è l'unico partito di opposizione che, in un contesto di scarso gradimento per il governo uscente, ha registrato una perdita elettorale. Se si considera poi che questo dato arriva in Irlanda dopo sondaggi particolarmente positivi durante gli ultimi quattro anni (nel 2023 il partito si attestava, secondo i sondaggi, intorno al 35%), e che infatti la *leader* del partito, Mary Lou McDonald, si era dichiarata in alcune occasioni convinta di poter diventare la prima *Taoiseach* donna d'Irlanda, l'esito potrebbe apparire ancora più significativo per ciò che concerne le prospettive di riunificazione, facendo pensare ad una generale battuta di arresto. Insomma, l'insuccesso elettorale sembra poter mettere in crisi l'obiettivo, più o meno insistito, più o meno immediato, ma pur sempre rappresentativo della ragione stessa di esistere della forza repubblicana irlandese, della riunificazione. Ciò se si ricorda, come si è sottolineato, che *Sinn Féin* ipotizzava, nei mesi precedenti al momento elettorale, un processo diretto verso l'indizione di un referendum sullo status costituzionale dell'Irlanda e dell'Irlanda del Nord entro il 2030[50]. La permanenza del partito all'opposizione, anche in una fase nella quale sembrava orientato verso un consenso per così dire definitivo, potrebbe incidere sulle sue strategie, in considerazione del fatto che l'approccio e le istanze pacifiste del partito, a partire dal *Good Friday Agreement*, si sono legate all'idea che una progressiva crescita elettorale avrebbe, sul lungo (e poi sul medio) periodo, condotto verso la riunificazione irlandese. Difficile prevedere se tale mutamento di strategia comporterà forme di radicalizzazione, ma certamente va sottolineato come le ragioni della sconfitta siano in fondo coerenti con dinamiche di consenso trasversali ai diversi Paesi europei, in parte riconducibili a forme populistiche di tematizzazione strumentale di alcune questioni, quale soprattutto quella dell'immigrazione, e non sembrino invece

[50] *Ibid.*

mettere in discussione un'identificazione maggioritaria nell'idea di nazione che potrebbe condurre verso un nuovo assetto costituzionale per l'Irlanda e per l'Irlanda del Nord, il cui reale e principale ostacolo resta la resistenza britannica.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-H7N

Parlamento e Governo

Il Governo Starmer e la juridification of politics

Giuliana Giuseppina Carboni
Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Sassari

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Il Governo Starmer e la juridification of politics**

di Giuliana Giuseppina Carboni*

Abstract (Ita): Il contributo si propone di analizzare le prime azioni del Governo Starmer, al fine di comprendere la nuova stagione politica apertasi con la vittoria del Labour nelle elezioni del 2024. In che misura il nuovo Esecutivo raccoglierà l'eredità del New Labour di Blair? E in che misura si discosterà dai Governi conservatori? Quale sarà l'equilibrio ricercato dal Primo Ministro tra elementi della Political e della Legal Constitution? La conclusione, pur parziale, che si può trarre dai primi mesi di governo, è che Starmer si discosti dall'esperienza dei Tories e del New Labour, e segua una originale forma di jurodofication of politics.

Abstract (Eng): The paper aims to analyze the first actions of the Starmer Government in order to understand the new political season that opened with Labour's victory in the 2024 elections. To what extent will the new Executive pick up the legacy of Blair's New Labour? And to what extent will it depart from Conservative governments? What will be the balance sought by the Prime Minister between elements of the Political and Legal Constitution? The first, albeit partial, conclusion that can be drawn from the first months of government is that Starmer will depart from the experience of the Tories and Labour, and follow an unique form of jurodofication of politics.

Parole chiave: Starmer; juridification; Costituzione

Keywords: Starmer; juridification; Constitution

Sommario: 1. Un nuovo Premier e una nuova stagione politica; 2. L'eredità del New Labour; 3. L'effetto dei governi conservatori; 4. Il nuovo Governo Starmer e la juridification of politics; 5. Le riforme costituzionali

1. Un nuovo Premier e una nuova stagione politica

Le elezioni del 4 luglio 2024 hanno riportato il partito laburista al governo del Regno Unito, dopo 14 anni di governi conservatori, e investito Keir Starmer del ruolo di Primo Ministro[1]. Il tempo trascorso dall'inizio del mandato è breve, ma lo sforzo progettuale profuso dal Labour in vista dell'appuntamento elettorale[2], i contenuti del Manifesto laburista[3] e alcune scelte compiute nei primi mesi di Governo, possono indicare fin d'ora la direzione che Starmer intende prendere[4]. Ulteriori indicazioni vengono poi dalla figura del Primo Ministro, che riveste un ruolo fondamentale nell'interpretazione delle regole costituzionali che disciplinano i rapporti del Governo con le altre istituzioni, ed in particolare con il Parlamento e il Giudiziario[5]. Infatti, essendo la Costituzione del Regno Unito il ris-

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Sassari

[1] Il fronte anti Labour è assai frammentato, tanto da porre la necessità di un nuovo statuto per le opposizioni, e non dell'Opposizione, come emerge nel dibattito pubblico, https://www.hansardsociety.org.uk/blog/multi-party-opposition.

[2] Il riferimento è al Rapporto *A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding Our Economy*, elaborato dalla *Commission on the UK's Future*, guidata dall'ex Premier Gordon Brown, consultabile al link https://labour.org.uk/updates/stories/a-new-britain-renewing-our-democracy-and-rebuilding-our-economy/ e sulla quale la rivista dpce online ha recentemente pubblicato una serie di commenti, sotto la curatela di A. Torre, *A New Britain: renewing our democracy and rebuilding our economy*, in *DPCE online*, n. 3, 2024, pp. 1785 ss.

[3] Il Manifesto intitolato *Change* si può leggere al link https://labour.org.uk/change/my-plan-for-change/.

[4] Per un primo resoconto, in lingua italiana, si veda G. Caravale, *Britain chooses its future: le elezioni della Camera dei Comuni del 4 luglio 2024 e il ritorno al potere del partito laburista,* in *Nomos, Le attualità del diritto,* n. 2, 2024, pp. 1-22.

[5] A. Hawkins, *The Office of Prime Minister,* in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri*, Milano, Wolters Kluwer, 2020, pp. XXXI ss.

ultato di una serie di documenti e regole politiche, in parte scritte e in parte consuetudinarie, è naturale che essa venga sottoposta a un processo continuo di adattamento alle mutate condizioni politiche[6]. Nella storia recente del Regno Unito, vi sono stati Primi Ministri che hanno inteso far prevalere la parte *Political* della Costituzione, e altri che hanno preferito rafforzare i processi statutari e la componente *Legal*.

Al *political constitutionalism*, che trova in Griffith il suo massimo esponente, si possono ricondurre gli istituti che attribuiscono al circuito democratico del *parliamentary government* il compito di controllare il governo e di difendere i diritti dei cittadini[7]. Le teorie del *political constitutionalism* si affidano alla *parliamentary sovereignty* per difendere la natura tradizionale ed evolutiva della Costituzione. Al *legal constitutionalism* si richiamano coloro che affidano alle leggi e ai giudici la responsabilità di definire i limiti dell'esecutivo e proteggere i cittadini[8]. I sostenitori del *legal constitutionalism* ritengono non più adeguati i caratteri tradizionali della Costituzione britannica, che sarebbero stati superati da fattori come l'internazionalizzazione del diritto e la cultura dei diritti umani[9]. In questo secondo filone si colloca quella parte di studi che affida il compito di far valere l'approccio *Legal* al *common law* (*common law constitutionalism*), e al controllo dei giudici[10].

La natura composita ed eccentrica della Costituzione britannica riguarda anche la disciplina dell'economia, per cui nel Regno Unito è difficile individuare un corpus di regole capaci di definire la c.d. "costituzione economica"[11]. Piuttosto, le scelte economiche si intrecciano con quelle istituzionali influenzandosi vicendevolmente[12].

Le regole che interessano il rapporto tra lo Stato e l'economia, riguardano principalmente il ruolo e le responsabilità delle istituzioni che governano la materia. Esse toccano i vertici della struttura costituzionale, a partire dal Parlamento, e interessano anche la struttura amministrativa, nella quale sono incardinate autorità di gestione e controllo delle risorse pubbliche.

---

[6] R. B. Taylor, *The Contested Constitution: An Analysis of the Competing Models of British Constitutionalism*, in *Public Law*, vol. July, 2018, pp. 500-522. Sui caratteri della Costituzione britannica, che appartiene agli ordinamenti di common law, è impossibile, in questa sede, tentare una sintesi. Si vedano almeno A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1959; I. Jennings, *The British Constitution,* Cambridge, Cambridge University Press, 5th edition, 2010; A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007; V. Bogdanor, *The New British Constitution*, London, Bloomsbury, 2009; M. Loughlin, *The British Constitution. A Very Short Introduction,* Oxford, Oxford University Press, 2024. Per l'Italia il recente contributo di F. Rosa, *Il costituzionalismo britannico e l'Europa*, Roma, Carocci, 2023.

[7] J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, pp. 1-21; e tra i contemporanei A. Tomkins, *Our Republican Constitution,* Oxford, Hart, 2005; R. Bellamy, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

[8] A. Blick, *Beyond Magna Carta: A Constitution for the United Kingdom*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2015; T.R. Hickman, *In Defence of the Legal Constitution*, in *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, n. 4, 2005, pp. 981-1022.

[9] La Costituzione scritta e codificata avrebbe come primo fine la garanzia dei diritti, e dovrebbe essere soggetta al controllo giudiziale. R. Hickman, *op. cit*. La critica alla Costituzione politica è essenzialmente in difesa dei diritti. F.F.Ridley, *There is no British constitution: a dangerous case of the Emperor's clothes*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 41, n. 3, 1988, pp. 340-361.

[10] J. Laws, *The Common Law Constitution,* Cambridge, Cambridge University Press, 2014; T.R.S. Allan, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

[11] T. Prosser, *The United Kingdom's Economic Constitution*, in G. Grégoire, X. Miny (eds.), *The Idea of Economic Constitution in Europe*, Leiden-Boston, Brill, 2022, pp. 638 ss.

[12] C. Martinelli, *Forme di Stato e modelli economici*, in S. Giannello (a cura di), *Lineamenti di Costituzione economica,* Torino, Giappichelli, 2024, p. 1.

Anche in quest'ambito le componenti *Political* e *Legal* si intrecciano a formare un complesso sistema di regole costituzionali, dal quale sarebbe vano far discendere vincoli di politica economica. I vincoli sono piuttosto di metodo e competenza, nel senso che diventa imprescindibile individuare attraverso quali atti e procedure si manifestano le decisioni economiche e il conseguente rendiconto. Così, ad esempio, l'ordinamento britannico riconosce al Parlamento, attraverso propri organi (*Committee of Public Accounts e Treasury Committee*), il controllo delle spese del Governo. Si tratta di un corollario della sovranità parlamentare e dei principi del *responsible government*, e perciò potremmo ascriverlo alla *political constitution*. Per altro verso, le privatizzazioni di attività tradizionalmente svolte dal pubblico hanno condotto all'istituzione di numerose agenzie di regolazione, che oggi dominano importanti settori dei servizi pubblici. Il proliferare di istituzioni e organi è avvenuto attraverso le leggi del Parlamento di Westminster e delle Assemblee devolute, ed è ascrivibile all'affermarsi del *legal constitutionalism*.
Come vedremo nelle prossime pagine, nel rapporto tra *legal and political constitution*, Starmer sembra collocarsi in una posizione intermedia, che è stata definita di *juridification of politics.*

2. L'eredità del New Labour

Nel 1997 l'arrivo a Downing Street di Blair e del New Labour ha segnato la fine di un'era, quella di 18 anni di governi conservatori, e l'inizio di una fase di riforme che hanno cambiato profondamente la Costituzione britannica[13]. Prima delle riforme laburiste, la Costituzione della Gran Bretagna era costruita sul fondamento diceyiano della sovranità parlamentare e del rispetto della *rule of law*, e il potere del governo era limitato in gran parte da mezzi politici piuttosto che da processi legali formali. Dal 1928, anno dell'introduzione del suffragio universale, e fino ai primi anni '70, l'architettura costituzionale era rimasta immutata, complice il sostanziale consenso sullo status quo da parte dei maggiori partiti. Il Regno Unito aveva anche una cultura giudiziaria conservatrice, che evitava l'attivismo giudiziario nel processo legislativo a favore della deferenza verso il legislatore, e una cultura politica che non aveva assorbito il discorso sui diritti allo stesso modo di altri Paesi[14]. L'ingresso del Regno Unito nella CEE e *l'European Community Act 1972*, ha segnato un primo momento di trasformazione e di apertura dell'ordinamento.
Per apprezzare la portata delle novità intervenute nei 10 anni dei Governi Blair, è sufficiente ricordare che il Parlamento ha approvato la *Devolution*, *l'Human Rights Act 1998*, e a seguire il *Freedom of Information Act 2000*, ha avviato la riforma della Camera dei Lord, e deciso l'istituzione della Corte Suprema nel 2005[15]. Il numero e la rilevanza delle leggi approvate dal Parlamento alla fine degli anni '90 e nei primi anni del nuovo secolo è tale da sollecitare la riflessione sul significato complessivo della riforma. Negli anni del New Lab-

[13] Per una ricostruzione A. McDonald (ed.), *Reinventing Britain. Constitutional Change under New Labour*, Berkeley-London, University of California Press, 2007; M. Gordon, A. Tucker (eds.), *The New Labour Constitution,* London, Hart, 2022. Da una prospettiva politologica, le riforme di Blair sono state considerate poco dirompenti rispetto al sistema maggioritario basato sul cd modello Westminster. M. Flinders, *Majoritarian Democracy in Britain: New Labour and the Constitution*, *in West European Politics*, vol. 28, n. 1, 2005, pp. 61-93.
[14] P. Munce, *The Conservative Party and Constitutional Reform: Revisiting the Conservative Dilemma through Cameron's Bill of Rights*, in *Parliamentary Affairs*, n. 1, 2014, pp. 80-101.
[15] R. Hazzell, *Constitutional Futures. A History of the New Ten Years*, Oxford, Oxford University Press, 1999.

our il *legal constitutionalism* ha guadagnato terreno, non solo per il ruolo avuto da Westminster, ma anche per l'affermazione del giudiziario e la creazione della Corte Suprema.
In quegli anni, non casualmente, ha ripreso forza il dibattito sulla natura della Costituzione britannica, sul rapporto tra fonti statutarie e convenzionali nella modifica della materia costituzionale[16]. La più rilevante eredità del riformismo del New Labour è stata, secondo alcuni autori britannici, *the increased juridification of UK constitutional politics*[17].
La riforma costituzionale ha cessato di essere occasionale e reattiva, per diventare sistematica e proattiva. Da quel momento l'idea della Costituzione incrementale e consuetudinaria è stata affiancata dalla concezione di una Costituzione frutto della volontà politica e legislativa[18]. Vernon Bogdanor ha potuto riferirsi alle riforme del Labour come a un tentativo di realizzare una «*incipient codified constitution*»[19]. In *The New British Constitution* l'autore traccia una distinzione, tra *old* e *new constitution*, basandosi sulle riforme attuate dal Labour: *Human Rights Act*, *Devolution*, referendum, elezione del sindaco di Londra. Le prime due riforme, in particolare, limitando il potere del centro e la sovranità parlamentare, si porrebbero alla base di una nuova architettura costituzionale, fondata sulla separazione del potere territoriale.
La conversione del Labour al riformismo costituzionale affonda le radici nell'opposizione alla politica centralista della Thatcher e nel fermento politico sociale degli anni '80. La Lady di Ferro, come venne soprannominata, non si preoccupò di intervenire sull'assetto costituzionale, o di sposare una particolare teoria della costituzione britannica. Nondimeno, le sue scelte in campo economico determinarono un mutamento dei rapporti tra Stato e cittadini[20]. La visione liberale e liberista dell'economia venne accompagnata dall'idea di uno Stato regolatore della proprietà e dei servizi, come acqua, energia e trasporti, oltre la sanità pubblica. Gli stessi che, come vedremo, sono al centro dell'agenda Starmer.

[16] La costituzione del Regno Unito può essere modificata in diversi modi, tra cui la creazione di nuove convenzioni politiche o la rottura di quelle esistenti, le sentenze dei giudici dei tribunali e le modifiche decise per gli Statutes dal parlamento britannico o con atti non legislativi. Il *Cabinet Manual*, ad esempio, non ha forza di legge ma indica i principi guida dell'azione di governo, tra i quali la collective responsibility. Cfr. C. Turpin, *British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials*, London, Butterworths, 2002, pp. 212 ss. M. Thimont Jack, J. Sargeant, J. Pannell, *A framework for reviewing the UK constitution*, Institute for Government, February 2022, https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/publications/framework-reviewing-uk-constitution.pdf. Sulla resilienza della Costituzione e i meccanismi di difesa dei suoi principi A. L. Young, *Constitutional Entrenchment and Parliamentary Sovereignty, Institute of Government, marzo 2023,* https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/2023-03/constitutional-entrenchment.pdf.
[17] M. Gordon, A. Tucker, *The Legacy of the New Labour Constitution*, in M. Gordon, A. Tucker (eds.), *The New Labour*, cit., p. 354.
[18] R. Brazier, *Britain's New Labour Constitution: Causes and Consequences, in* M. Gordon, A. Tucker (eds.), *The New Labour*, cit., p. 36.
[19] V. Bogdanor, *Our New Constitution Law,* in *Quarterly Review*, 2004, pp. 242 ss; V. Bogdanor, *The New British Constitution*, cit. e il dibattito aperto sul Blog della UK Constitutional Association con A. McHarg, A. L. Young, *The Resilience of the (Old) British Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog* (8th Sept. 2021) (available at https://ukconstitutionallaw.org/)); K.D. Ewing, *The Resilience of the Political Constitution*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 12, 2013, pp. 2111 ss.
[20] G. Cerrina Feroni, *Margareth Thatcher (1979-1990)*, in A. Torre (a cura di), *Storia costituzionale*, cit., p. 1033.

Blair ha cambiato radicalmente le priorità di governo, raccogliendo le istanze di un ampio dibattito svoltosi nel mondo politico e culturale[21]. In campo economico egli non rinnegò le privatizzazioni e le deregolamentazioni di Thatcher, e anzi in alcuni casi le approfondì, come successe per esempio con il settore finanziario. Avendo il vantaggio di governare in una fase di espansione, poté introdurre un salario minimo e aumentare la spesa pubblica per sanità e istruzione[22]. L'obiettivo di Blair era favorire un modello economico a metà tra socialismo e liberismo (la c.d. Terza Via[23]), che garantiva al contempo il mercato e i servizi pubblici[24].

Un giudizio complessivo delle riforme del New Labour rivela come esso sia stato in grado di portare a rilevanti cambiamenti dell'assetto dello Stato, che sono perdurati nel tempo. Rispetto ai proclami iniziali, il disegno riformatore appare meno coerente e sistematico, e assai lontano dalla tradizione politica Labour, che considerava il costituzionalismo come mezzo (minimo) di realizzazione delle politiche laburiste[25]. D'altra parte gli effetti della riforma sono andati ben oltre la permanenza dei Governi a guida Blair.

3. L'effetto dei governi conservatori

La vittoria del partito conservatore alle elezioni del 2010 ha posto fine alla stagione del New Labour, e ha dato vita a un *Coalition Government* tra Tories e Libdem. L'accordo di coalizione, concluso tra i Leaders dei due partiti, se da un lato ha dimostrato la straordinaria capacità di adattamento della forma di governo britannica, non nuova per la verità ad accordi di coalizione, dall'altro lato ha rappresentato un punto a favore del *legal constitutionalism*.

L'esperienza del governo di coalizione ha prodotto un cambiamento costituzionale significativo con l'approvazione del *Fixed Term Parliament Act 2011*[26], che ha attratto nell'ambito degli *Statutes* una materia tipicamente consuetudinaria[27], e trasformato il parlamentarismo

[21] In quegli anni vennero creati centri di ricerca per il cambiamento costituzionale, si formò il partito socialdemocratico, nacque la Charter 88, un gruppo di pressione che aveva come obiettivo la riforma elettorale e costituzionale. P. Roddell, *Labour's conversion to constitutional reform*, in McDonald (ed.), *op. cit.*, pp. 35 ss; R. Brazier, *op. cit.*, pp. 26 ss.

[22] A.Glyn, S. Wood, *Economic Policy under New Labour: How Social Democratic is the Blair Government?*, in *The Political* Quarterly, vol. 72, n. 1, 2001, pp. 50-66.

[23] S. Hale, W. Legget, L. Martell (eds.), *The Third Way and beyond. Criticism, futures and alternatives*, Manchester, Manchester University Press, 2004.

[24] R. Taylor, *New Labour, New Capitalism*, in A. Seldon (ed.), *Blair's Britain 1997-2007*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 214-240.

[25] M. Gordon, A. Tucker, *The Legacy of*, cit., p. 359.

[26] V. Bogdanor, *The Coalition and the Constitution*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, pp. 25 ss. Gli effetti del *Fixed Term Parliamentary Act* e il rapporto tra questo e le convenzioni costituzionali hanno dato vita ad un intenso dibattito tra i costituzionalisti britannici. Si possono leggere gli interventi sul blog dell'associazione dei costituzionalisti, troppo numerosi per essere richiamati in questa sede. Tra i molti, per la dottrina italiana, O. Chessa, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito,* in *Diritto pubblico*, n. 3, 2015, pp. 809 ss.

[27] Secondo R. Blackburn, *The Prerogative Power of Dissolution of Parliament: Law, Practice, and Reform*, in *Public Law*, 2009, pp. 766-790, si tratta di una materia regolata dalla *common law*.

[28] Robert Hazell, dell'University College London, ha definito il *Fixed Term Parliamentary Act*: «*a very significant surrender of prime ministerial power*». House of Lords, *Political and Constitutional Reform*, *The impact of Fixed-term Parliaments Act 2011 on Government,* Fourth Report of Session 2013-2014, HC 440.

ata dall'accordo, ovvero il superamento del FPTP da realizzarsi con il referendum, ha trovato una risposta decisamente negativa da parte dell'elettorato.
Le riforme costituzionali proposte dal Governo Cameron sono state dettate più dai vincoli politici derivanti dall'accordo di coalizione con i liberaldemocratici, che da un disegno costituzionale[29]. La dinamica del riformismo conservatore, in questi anni, conferma la preferenza dei Tories per le modifiche incrementali ed evolutive dell'assetto costituzionale[30].
In campo economico il secondo decennio del XXI Secolo ha fatto registrare un periodo di austerità, e di tagli alla spesa pubblica, causato dalla volontà dei Conservatori di riportare in equilibrio i conti pubblici, dopo lo sforzo fiscale generato dalla crisi del 2009[31].
La fine del Governo Cameron, determinata dall'esito del referendum sulla Brexit, ha aperto una stagione inedita per il sistema britannico, che ha visto succedersi al ruolo di capo del Governo quattro Primi Ministri, ognuno dei quali ha dovuto affrontare gli effetti della crisi prodotta dalla Brexit sui principi della *British Constitution*. Dal 2016 al 2022, Theresa May e Boris Johnson hanno provato ad affermare, in modi diversi, la supremazia del Governo su Parlamento e Corti[32], venendo entrambi indotti alle dimissioni prima della fine del mandato[33].
Come è noto, la Corte Suprema, chiamata a dirimere il conflitto tra Parlamento e Primo Ministro, ha affermato il potere parlamentare di approvare con legge la decisione sul recesso da comunicare all'Unione europea (Miller I), e dichiarato *unlawful* la richiesta del Primo Ministro di *prorogation* delle Camere (Miller II). Le due sentenze Miller hanno riaffermato il principio della sovranità parlamentare come fondamento ultimo dell'ordinamento britannico[34].
In risposta alla decisione della Corte Suprema, alla vigilia delle elezioni del 2019 Boris Johnson ha proposto un programma di rafforzamento del Governo, che comprendeva l'abolizione del *Fixed Term Parliament Act*, la ristrutturazione dei *Civil Service*, la riforma della

[29] P. Munce, *op. cit.*, p. 86.
[30] A.Young, *Ad Hoc Constitutional Reform in the UK*, in *Connecticut Law Review*, vol. 52, 2021. https://opencommons.uconn.edu/law_review/478.
[31] C. Emmerson, P. Johnson, N. Ridpath, *The Conservatives and the Economy, 2010–24*, Working Paper, IFS, 2024. https://ifs.org.uk/sites/default/files/2024-06/WP202424-The-Conservatives-and-the-Economy-2010%E2%80%9324.pdf.
[32] Nel suo Manifesto del 2019, il Partito conservatore di Boris Johnson ha promesso l'istituzione di una *Constitution, Democracy and Right Commission*, per la predisposizione di un progetto di riforma costituzionale di vasta portata. In pratica, tuttavia, il governo ha abbandonato questo programma ambizioso e perseguito singoli interventi.
[33] I due Leaders hanno fatto riferimento ai *prerogative powers* per legittimare le rispettive scelte. Theresa May ha invocato l'esito del referendum per formulare l'indirizzo politico relativo alle modalità del recesso e alle future relazioni con la UE. La Corte Suprema ha invece attribuito al Parlamento il compito di approvare con legge la decisione di notifica, per gli effetti che essa può avere rispetto ai diritti dei cittadini britannici. *Miller v the Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768. Johnson ha richiamato l'esigenza di porre fine alle incertezze derivanti dalla mancata conclusione del processo di uscita per avocare al Governo la gestione dello stesso. Di conseguenza ha chiesto (*advice*) la prorogatio delle Camere. *R(on the application of Miller)v The Prime Minister, Cherry and others v Advocate General for Scotland*[2019] UKSC 41. Si veda il recente Report della HC Library, *The royal prerogative and ministerial advice*, curato da D. Torrance, e pubblicato l'8 luglio 2024, con ampi riferimenti dottrinali, in https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9877/CBP-9877.pdf.
[34] Questa la tesi di O. Chessa, *La sovranità parlamentare prima e dopo la Brexit*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, pp. 97 ss., che riprende il dibattito svoltosi nel Regno Unito. Sul tema l'essenziale riferimento a A.V. Dicey, *op. cit.*; e dopo la Brexit, K. Ewing, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, in *The Modern Law Review*, vol. 80, n. 4, 2017, pp. 685-745.

Supreme Court. Egli si è posto non solo l'obiettivo politico della Brexit, ma quello costituzionale di determinare nuovi equilibri tra organi costituzionali, a vantaggio della Premiership e della dimensione *political* della Costituzione[35].

Oltre ad affrontare i problemi legati alle conseguenze costituzionali, Boris Johnson ha gestito la crisi pandemica generata dal Covid-19, sopraggiunta subito dopo che il Governo Conservatore guidato dalla May aveva messo in atto misure espansionistiche e di riequilibrio delle disuguaglianze (*level up*). L'arrivo di Johnson a Downing Street ha comportato un cambio di passo nelle politiche economiche, con il nuovo Premier intenzionato ad aumentare le spese e tagliare le tasse. L'irrompere della pandemia ha indotto il Governo ad adottare imponenti misure di sostegno all'economia, determinando un disavanzo che metterà in difficoltà il successore dell'irruento leader dei Tories.

La dottrina ha interpretato le vicende costituzionali del periodo come segnali dell'indebolimento della responsabilità ministeriale verso il Parlamento, e quindi come cedimento della *political constitution*. Non va dimenticato, infatti, che secondo la lettura di Griffith, le decisioni politiche devono essere assunte dai politici, e non dai giudici, in quanto i politici sono chiamati a rispondere del loro operato secondo meccanismi democratici[36]. Il Parlamento, titolare della sovranità legislativa, assicura uno stretto legame tra elettori e Governo grazie a un sistema politico disciplinato al suo interno e a un sistema elettorale che favorisce la governabilità anche a scapito della rappresentatività.

La crisi della responsabilità ministeriale, e delle convenzioni costituzionali, il numero eccezionale di dimissioni, le ripetute sconfitte del Governo in Parlamento, attestano la difficoltà del *responsible government* dopo 12 anni di governi Tories[37].

La situazione non è mutata con la nomina del nuovo Premier Liz Truss, che si è distinta per la brevità del suo Governo (44 giorni) e per la disastrosa condotta sul Budget. Dopo essere stata eletta al vertice del partito, e quindi nominata Primo Ministro, la Truss ha predisposto una manovra fiscale iperliberista, che prevedeva l'abbassamento delle tasse per i redditi alti, sostegni a famiglie e imprese finanziati con il debito pubblico, tagli alla spesa sanitaria in controtendenza rispetto agli incrementi voluti dallo stesso Boris Johnson. La reazione negativa dei mercati ha costretto la nuova Premier alle dimissioni.

La Legislatura si è conclusa con il biennio del Governo Sunak, che si è fatto apprezzare per il progresso delle relazioni con le amministrazioni devolute[38]. In campo economico il suo Governo ha ripreso un approccio prudente alla tassazione e alla spesa pubblica, gar-

[35] G.G. Carboni, *Il Governo Johnson e la Political Constitution,* in *Rassegna Parlamentare*, n. 2, 2020, pp. 301-332.
[36] J.A.G. Griffith, *The Political Constitution*, in *The Modern law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, pp. 1-21. Il discorso di Griffith è nato per difendere l'assetto costituzionale dalle proposte, ricorrenti in quel periodo, di una Costituzione scritta. La difesa della *political constitution* è stata oggetto di attenzione da parte di una seconda ondata di scritti, in risposta alla approvazione dello *Human Rights Act 1998*, che ha riconosciuto al potere giudiziario il compito di tutelare i diritti sulla base di un atto di rilievo costituzionale. Il dibattito sulla relazione *political/legal constitution* è tornato di attualità con la Brexit. M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty and the Political Constitution(s): From Griffith to Brexit*, in *King's Law Journal*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 125-147; M. Loughlin, *The Political Constitution Revisited*, in *King's Law Journal*, vol. 30, n. 1., 2019, pp. 6 ss.
[37] M. Gordon, *Ministerial Irresponsibility in the UK Government: Constitutional Accountability after Theresa May and Boris Johnson*, February 2, 2024, *[2024] Public Law (forthcoming, July),* in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4736623.
[38] The Governance of the Union: Consultation, Co-operation and Legislative consent, 11 sept 2024.

antendo un periodo di relativa tranquillità alle finanze pubbliche[39]. I conflitti sulla materia costituzionale si sono spostati su altre questioni, come quella del rapporto tra diritto interno e Convenzione europea dei diritti umani. All'inizio del suo mandato Sunak ha annunciato una politica restrittiva nei confronti della migrazione clandestina. Di conseguenza, il governo ha avviato un disegno di legge *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill*, contenente un piano di rientri, ignorando la regola, contenuta nel *Human Rights Act 1998,* secondo la quale il testo deve essere compatibile con la convenzione[40]. Dall'iniziativa è scaturito un nuovo conflitto tra l'Esecutivo e le Corti nazionali ed europea (CEDU), che ha sollecitato le critiche del mondo politico e della dottrina per il mancato rispetto dei limiti convenzionali[41].

L'ultimo Governo dei Tories si è chiuso con un conflitto tra il potere politico e il potere giudiziario, tra la controversa legge, approvata nonostante le numerose ribellioni degli stessi parlamentari conservatori, e la *Rule of Law*.

4. Il nuovo Governo Starmer e la *juridification of politics*

Keir Starmer ha esordito nel ruolo di nuovo Primo Ministro del Regno Unito promettendo di attuare il cambiamento, di cui il paese necessita in campo economico e istituzionale, con competenza e moderazione[42]. Il nuovo Premier ha subito preso le distanze dal Governo precedente, e dagli effetti di 14 anni di politiche del partito conservatore, e al contempo ha assunto l'impegno di governare nell'interesse della nazione e *per il popolo*, con l'evidente intento di sottrarre forza ai tipici argomenti dei partiti populisti.

Nel suo primo discorso pubblico, tenuto il 5 luglio 2024 a Downing Street, Starmer ha enunciato alcuni degli obiettivi che il suo Governo avrebbe perseguito: rinnovare il Paese e la politica; assicurare servizi essenziali come scuola, sanità, energia[43]; perseguire l'unità

[39] N. Sowels, *The Macroeconomic Challenges Facing the Sunak Government: From Debacle to Tentative Stability*, in *Observatoire de la société britannique,* n. 31, 2024.

[40] J. Dawson, D. Robinson, *The European Convention of Human Rights and the Human Rights Act 1998, Research Briefing,* House of Commons Library, N. 9958, 2024, p. 6.

[41] C. Crummey, *The Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Bill and the Judicial 'Disapplication' of Statutes*, in *U.K. Const. L. Blog* (26th March 2024) (available at https://ukconstitutionallaw.org/)).

[42] La formazione del Governo ha richiesto pochissimo tempo, benché il numero dei membri del *Cabinet* e dei *Deputy Ministers* sia tra i più alti della storia recente del paese. Tra gli aspetti che meritano di essere sottolineati, la prima donna Cancelliere (Rachel Reeves) e il più alto numero di donne nel ruolo di ministro di qualsiasi governo precedente. Lo stesso può dirsi del Parlamento, dove il 40% dei componenti eletti è donna, e nel Labour 46%. Ma il dato che ha maggiormente colpito gli osservatori è quello che riguarda l'esperienza dei nuovi componenti del Governo: lo *Shadow Cabinet* è diventato quasi interamente il nuovo *Cabinet*, e attraverso le nomine di altri membri del Governo, Starmer si è assicurato dentro l'esecutivo 22 ministri (un quinto del totale) con precedenti esperienze a Whitehall, un dato rilevante se si considera che il Labour è all'Opposizione da 14 anni. UCL Constitution Unit, *Monitor*, 87, 2024, in https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications/monitor/monitor-87.

[43] Nel primo *King's Speech* il governo ha introdotto il pacchetto di leggi, che si concentrerà sulla crescita dell'economia attraverso la costruzione di case e infrastrutture, migliori trasporti, più posti di lavoro e la garanzia di energia pulita – contribuendo a migliorare la situazione di ogni parte del Paese. *Keir Starmer's first speech as Prime Minister*: 5 July 2024, https://www.gov.uk/government/speeches/keir-starmers-first-speech-as-prime-minister-5-july-2024.

delle quattro nazioni; garantire la sicurezza dei confini e del Paese[44]. Per quanto riguarda la politica internazionale, ha confermato l'impegno nella NATO, e il sostegno all'alleanza e alla difesa dell'Ucraina[45]. Infine, Starmer ha dichiarato di volersi lasciare alle spalle la Brexit, esprimendo un sentimento comune alla classe politica britannica[46], e al contempo di voler costruire relazioni vantaggiose tra UK e UE, sui temi comuni di sicurezza ed economia[47].

La priorità dei temi economici nell'agenda interna e estera rivela quali siano oggi le questioni centrali nel dibattito pubblico britannico. Alla vigilia delle elezioni tutti i partiti avevano dato priorità all'economia e alla difficile situazione dei servizi pubblici, a partire dalla sanità[48]. Ciò non significa che i temi che riguardano l'assetto istituzionale vengano ignorati, ma essi risultano serventi rispetto alla costruzione di uno Stato credibile, efficiente e vicino ai cittadini.

Starmer non propone una grande riforma costituzionale, come fu quella del New Labour di Blair, per cambiare il Paese. Piuttosto, vuole cambiare il Paese con la manutenzione del suo sistema costituzionale e legislativo. Il dibattito che negli anni della Brexit ha interessato i rapporti tra i massimi organi dello Stato e i principi del costituzionalismo britannico rimane sullo sfondo, mentre la politica viene ricondotta al rispetto delle regole e degli standard di comportamento, che ne assicurino probità e competenza. Negli anni in cui Starmer e il Labour erano all'opposizione, era frequente l'enfasi sul rispetto degli standard, delle convenzioni e delle regole stabilite[49], e il nuovo esecutivo sembra intenzionato ad affrontare questioni sostanziali di politica pubblica con il ricorso a mezzi legislativi o quasi legislativi (vale a dire regole, norme, convenzioni, procedure).

---

[44] La sicurezza è tra gli ambiti che meritano un rapporto privilegiato con l'Europa e i suoi Stati. Il Governo ha annunciato che presenterà un *Border Security Bill nel King's Speech*. Comunicato stampa del 17 luglio 2024. https://www.gov.uk/government/news.

[45] Il 9 luglio il Premier ha annunciato di voler sostenere le spese militari per la sicurezza con il 2,5 del PIL.

[46] Nel Manifesto del Labour non viene considerata la possibilità di intraprendere un processo di adesione per il rientro dell'UK nella UE, ma viene posto il problema di rinnovare i rapporti tra le due sponde della Manica. Labour Party Manifesto 2024: https://labour.org.uk/change/britain-reconnected/.

[47] Si veda la dichiarazione del 2 ottobre, in occasione dell'incontro con i vertici della UE a Bruxelles. https://www.gov.uk/government/news/prime-minister-to-hold-talks-with-eu-leaders-in-brussels. e le dichiarazioni congiunte del PM e della Presidente della Commissione, Hanno riaffermato che l'accordo di recesso, compreso il quadro di Windsor, e l'accordo sul commercio e sulla cooperazione rafforzano le relazioni tra loro e hanno sottolineato il loro impegno reciproco per la piena e fedele attuazione di tali accordi. Hanno riaffermato il loro impegno reciproco a sostenere il diritto internazionale e la Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Hanno convenuto che un rapporto stabile, positivo e lungimirante fosse nel loro reciproco interesse e costituisse la base per una cooperazione a lungo termine. https://www.gov.uk/government/news/joint-statement-by-the-president-of-the-european-commission-and-the-prime-minister-of-the-united-kingdom-on-enhancing-strategic-cooperation-2-october--2.

[48] Tutti i partiti avevano concentrato sull'economia e i servizi pubblici i loro Manifesti, riconoscendo minore spazio alle riforme costituzionali. L. James, *The constitution in the 2024 general election manifestos,* 18 giugno 2024, in *The Constitution Unit*, consultabile al sito https://constitution-unit.com/2024/06/18/the-constitution-in-the-2024-general-election-manifestos/.

[49] J. M. Johnson, O. D. Thomas, V. M. Basham, *'Mr Rules': Keir Starmer and the juridification of politics,* in *British Politics*, https://doi.org/10.1057/s41293-024-00258-1; G.A. Caldeira, R.D. Keleman, K.E. Whittington (eds.), *The judicialization of politics*, in *The oxford handbook of law and politics*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 253-274.

Starmer propone una nuova forma di *juridification of politics*, diversa dalla *juridification of the Constitution* del Labour di Blair[50]. Le proposte del Labour di Starmer riflettono le posizioni anti liberiste dei suoi leaders, che hanno espresso una critica radicale alla globalizzazione e ai suoi effetti sulla società. Al liberismo dei Tories[51] si contrappone l'idea di riaffermare il primato della società e della politica sull'economia e di ridefinire i rapporti tra Stato e iniziativa privata, per superare la crisi[52]. In questa visione lo Stato e la legge sono considerati responsabili del mercato; la legge, che ha contribuito a creare un assetto neoliberale, può determinare un diverso equilibrio tra i mezzi di produzione e i cittadini[53]. Nel Manifesto elettorale del partito sono contenute proposte volte a ricostruire l'idea di nazione e attribuire nuovamente allo Stato il compito di realizzare il benessere dei cittadini: dalle scuole ai servizi pubblici, dalla sicurezza al "controllo delle frontiere" ai prezzi "accessibili" dell'energia e delle case.

Il primo budget del Governo ha in programma investimenti nel settore pubblico, da finanziare con maggiori tasse e indebitamento, di dimensioni maggiori di tutti i governi degli ultimi anni[54]. Rispetto a 30 anni fa, quando il New Labour sviluppò un programma di riforme costituzionali di ampio respiro, mediando tra l'esigenza di agire come partito di governo e la necessità di dare risposte alla parte più radicale e riformista dell'elettorato, il Labour di Starmer appare concentrato su obiettivi di breve e medio periodo per risollevare il Paese da una difficile condizione socio-economica.

Il Governo ha confermato l'intenzione di introdurre un *Fiscal Lock*, ovvero un controllo sugli effetti delle scelte fiscali, per evitare il ripetersi di iniziative come quelle di Liz Truss, che aveva annunciato una manovra fiscale senza valutare le conseguenze[55]. Tra i disegni di legge presentati dal Governo nel primo King's Speech vi sono piani ambiziosi per la rinazionalizzazione dei servizi ferroviari, la creazione di una società pubblica per l'energia pulita e misure speciali per costringere le società idriche private a migliorare i servizi, e ripulire i corsi d'acqua che sono stati sottoposti a degrado ambientale negli ultimi anni. I piani del Governo laburista per riportare i servizi pubblici sotto il controllo statale rimettono in discussione l'equilibrio tra pubblico e privato, e il rapporto tra lo Stato e i cittadini. Le misure di attuazione del piano rivelano la difficoltà di attuazione di programmi ambiz-

[50] R.M.W. Masterman, *Labour's "Juridification" of the Constitution*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 62, n. 3, 2009, pp. 476-492.
[51] R. Wade, *Conservatism, the Conservative Party, and Its Political Economy,* in Id, *Conservative Party Economic Policy*, London, Palgrave, 2013; C. Emmerson, P.Johnson, N. Ridpath, *The Conservatives and the Economy, 2010–24*, in *Institute for Government,* consultabile al sito https://ifs.org.uk/sites/default/files/2024-06/WP202424-The-Conservatives-and-the-Economy-2010%E2%80%9324.pdf. Le proposte dei conservatori sono contenute nel *The Conservative and Unionist Party Manifesto 2024* https://public.conservatives.com/static/documents/GE2024/Conservative-Manifesto-GE2024.pdf.
[52] N. Webb, *Labour's Politics of Anti-Neoliberalism from Corbyn to Starmer,* in *The Political Quarterly*, vol. 94, n. 3, 2023, pp. 384-392.
[53] Si tratta di temi indagati fin dalla nascita del welfare State dalla dottrina tedesca. B. Roth, *The welfare state between juridification and commodification: how the Frankfurt School gave up on economic democracy*, in *European Law Open*, vol. 2, *Special Issue 2: The Court of Justice of the European Union as a Relational Actor*, 2023, pp. 386-404.
[54] T. Pope, *Rachel Reeves' first budget is a clear break from the recent past*, in *Institute of government*, 30 oct 2024, https://www.instituteforgovernment.org.uk/comment/rachel-reeves-first-budget.
[55] La proposta prevede di investire l'Office for Budget responsibility del compito di redigere un documento di sostenibilità. G. Tetlow, T. Pope, *How can the OBR improve the way it judges the supply-side effects of policy*, in *Institute for Government*, 24 October 2024, https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/2024-10/OBR-supply-policy-forecasting.pdf.

iosi, in una fase di recesso e di crisi economica come quella che sta attraversando l'economia britannica.
In materia di trasporti, il Governo, per evitare di pagare ingenti somme per la nazionalizzazione, prevede che la nazionalizzazione avvenga al termine dei contratti vigenti o per inadempienza dei privati, e istituisce un *public body* per la gestione, *Great British Railways* (GBR), e un regolatore indipendente per monitorare i servizi, *Passenger Standards Authority*. In campo energetico il Governo non vuole realizzare la nazionalizzazione, ma costituire una partnership pubblico-privato a guida pubblica, sotto il controllo di una *public company* con sede in Scozia. Anche per il settore delle risorse idriche il Governo ha rinunciato alla nazionalizzazione, prevedendo un sistema di regolazione e di sanzioni che ha come obiettivo la responsabilizzazione delle società britanniche di gestione.
Guardate nel loro insieme, le proposte del Labour sono dettate da motivazioni di tipo economico e dalla necessità di sostenere la transizione energetica e gli obiettivi climatici. Secondo il nuovo indirizzo di governo i servizi pubblici possono quindi essere intesi come quelli che servono l'interesse pubblico, spesso in aree in cui il motivo del profitto del settore privato porta a frammentazione, lacune nella copertura, esternalità sociali e ambientali negative e/o costi ingiustificabili. Oltre ai valori, la strategia del Governo considera i costi e i vantaggi economici, e da questi fa dipendere il coinvolgimento diretto dello Stato[56]. L'approccio è al contempo ideale e pragmatico, come lo stesso Starmer ha più volte enunciato nei discorsi pubblici.

5. Le riforme costituzionali

Quali riforme istituzionali sono necessarie per la realizzazione del programma laburista di cambiamento del Paese? Questa la domanda che idealmente bisogna porsi per comprendere le dimensioni (alquanto ridotte) e i contenuti (limitati) delle proposte di riforma costituzionale contenute nel Manifesto del partito e nel King's Speech 2024.
L'interdipendenza tra riforme economiche e istituzionali conferisce al programma di Governo del Labour di Starmer una specificità di cui era privo il New Labour di Blair, tutto proteso a realizzare la riforma costituzionale. Il comune denominatore del riformismo starmeriano è rappresentato da due azioni: modernizzare e decentrare. Rientra in questo disegno la proposta di istituzione di una Commissione per assicurare la probità dei componenti del Governo (*Ethics and Integrity Commission*)[57]; la nascita di un *Modernization Committee* per il Parlamento; la riforma della Camera dei Lords, che prevede la riduzione del numero dei pari, la loro cessazione al compimento degli 80 anni, il graduale passaggio a una seconda Camera territoriale; l'estensione dell'elettorato attivo ai 16-17 anni; l'estensione all'Inghilterra della *Devolution* e la riforma dei meccanismi di raccordo tra centro e perifer-

[56] E. Ferguson, *Bringing Back the State: Labour's Plans for (Re)Nationalisation*, in *U.K. Const. L. Blog* (25th July 2024) (available at https://ukconstitutionallaw.org/)).
[57] Il ruolo e la composizione della Commissione non sono stati definiti nel dettaglio, così come i rapporti con altri organi di garanzia quali il *Committee on Standards in Public Life*. P. Riddell, *The unanswered questions posed by Labour's plan for a new Ethics and Integrity Commission*, in UCL, https://constitution-unit.com/2024/07/01/the-unanswered-questions-posed-by-labours-plan-for-a-new-ethics-and-integrity-commission/.

ia[58], il coinvolgimento dei leader locali nelle scelte che riguardano i territori[59].
Non tutte le proposte contenute nel Manifesto hanno trovato spazio nel King's Speech, sia perché alcune verranno necessariamente attuate ricorrendo a strumenti convenzionali o a modifiche regolamentari, sia perché l'ingresso a Downing Street ha indotto il Labour a considerare con maggiore prudenza gli effetti che esse avrebbero sulla sua azione di governo[60].
La modernizzazione e rigenerazione della politica, che si svolga nelle aule parlamentari e all'interno del Governo, è una preoccupazione che domina i discorsi di Starmer, sia per la sua storia personale (di *Prosecutor of the Crown*), sia per la storia del Regno Unito degli ultimi decenni, colpita da numerosi scandali politici[61]. Dopo il suo insediamento il Governo ha fatto ricorso a strumenti convenzionali, codici di condotta, regolamenti parlamentari, per realizzare gli obiettivi dichiarati. L'istituzione del *Modernization Committee* è avvenuta il 25 luglio 2024 con una mozione della Camera dei Comuni, che ha indicato tra gli obiettivi del *Committee*: *reforming House of Commons procedures, driving up standards and improving working practices*[62]. Il nuovo organo rinnova l'iniziativa che aveva caratterizzato i Comuni ai tempi di Blair, si compone di membri appartenenti ai diversi partiti, e si propone di agire principalmente sulle regole di condotta dei parlamentari[63]. La riforma della *House of Lords* è affidata a una legge ed è stata inserita nel *King's Speech*, col nome di *House of Lords (Hereditary Peers) Bill*. Per il momento il Governo non sembra poter percorrere la strada, molto ambiziosa, di una seconda Camera territoriale, e prova ad agire sulla componente ereditaria della Camera alta.
Per quanto riguarda il Governo, Starmer ha pubblicato il nuovo *Ministerial Code* il 6 novembre 2024[64]. Il documento stabilisce una divisione più chiara tra la condotta dei ministri, i loro interessi e le procedure di governo, il che contribuirà a rendere più facile per i ministri e il pubblico comprendere e rispettare le regole. Inoltre, il Primo Ministro potrà avvalersi di un *advisor*, al quale viene riconosciuta la potestà di avviare indagini sulla cond-

[58] Nel Manifesto laburista era menzionata la riforma del United Kingdom Internal Market Act 2020 (UKIMA), ma il Governo non ha annunciato alcuna proposta nell'immediato. T. Horsley, C.B. Swan, N. McEwen, L.C. Whitten, *Westminster Rules: The United Kingdom Internal Market Act and Devolution*, in *U.K. Const. L. Blog* (17th October 2024) (available at https://ukconstitutionallaw.org/).
[59] L'11 ottobre si è tenuto il primo incontro tra i rappresentanti dei governi regionali e locali e il Governo, per coordinare le politiche comuni. A questo proposito il Manifesto propone l'istituzione di un Consiglio delle nazioni e delle Regioni, per rafforzare la collaborazione tra Londra e i territori, anche con l'intento di renderli partecipi dei negoziati per accordi internazionali.
[60] L. James, *All Change? The new Government's approach to constitutional reform*, in *IPPR Progressive Review,* vol. 31, n. 2, 2024, pp. 128-134.
[61] C. Fasone, *Cleaning up Westminster*, in *DPCE online*, n. 3, 2024, pp. 1949-1970; sul dibattito interno M. Gordon, *Creating an Integrity and Ethics Commission in the UK: The Case for Reform and Challenges for Implementation*, in *U.K. Const. L. Blog* (22nd June 2023) (available at https://ukconstitutionallaw.org/)).
[62] HC Library, Memorandum from the Leader of the House, 12 September 2024, https://committees.parliament.uk/publications/45321/documents/224440/default/. Nella sua prima riunione dell'11 settembre, il Comitato ha approvato un memorandum del Leader e ha deciso di perseguire tre obiettivi strategici nel suo lavoro: innalzare gli standard; migliorare la cultura e le pratiche lavorative; e riformare le procedure parlamentari per rendere la Camera dei Comuni più efficace.
[63] T. Fleming, H. Kelly, *The House of Commons Modernisation Committee: background, opportunities, and potential pitfalls,* in UCL Blog, https://constitution-unit.com/2024/08/02/the-house-of-commons-modernisation-committee-background-opportunities-and-potential-pitfalls/.
[64] Consultabile al sito https://constitution-unit.com/category/constitutional-standards-and-the-health-of-democracy/.

otta dei membri del Governo[65].
Le scelte di Starmer riguardo l'organizzazione del Governo seguono di pochi mesi la pubblicazione del Report della *Commission on the Centre of Government*[66], che ha proposto una riforma radicale dell'esecutivo, considerando debole e dispersiva la struttura attuale. Il Report, che ha suscitato molte critiche[67], sembrerebbe entrare in collisione con l'intento dichiarato del Labour di limitare gli eccessi del Governo, ad esempio nell'uso degli strumenti normativi.
L'altra grande direttrice del riformismo starmeriano è il decentramento, che ha come obiettivo di breve periodo l'estensione della *Devolution* all'Inghilterra (*England Devolution Bill*), e la riforma dei rapporti centro-periferia.
All'indomani del suo insediamento Starmer aveva avviato una serie di incontri con le amministrazioni devolute e i sindaci, inaugurando una nuova fase nei rapporti tra le componenti di un Regno, che il Labour vuole tenere unito.
Le intenzioni del Governo, per non risultare velleitarie e ripetere le esperienze fallimentari del passato, richiedono un approccio radicalmente diverso da quelli tentati fino ad ora. Anche il Governo Sunak ha tentato di potenziare il ruolo dei territori e dei distretti economici per facilitare lo sviluppo economico del Paese. Nessun Governo però, ha finora rinunciato al ruolo forte del Treasury, che implica una centralizzazione finanziaria e il controllo delle risorse. La *Devolution* inglese necessita in sostanza di una riforma dell'apparato centrale di Governo, piuttosto che degli apparati periferici[68]. I prossimi mesi diranno se il Governo in carica intraprenderà questa strada.
Starmer sembra intenzionato a far emergere un approccio partecipativo e pluralista, che riformi i rami bassi delle istituzioni e ponga al centro la buona politica. Il Premier e i suoi ministri hanno dichiarato più volte di aver ricevuto un mandato popolare per il cambiamento, richiamando implicitamente l'idea che il Parlamento incarni la sovranità popolare[69]. Starmer, che in gioventù ha mostrato molta vicinanza con le idee socialiste si fa portatore di due tradizioni e concetti di democrazia, che appartengono alla tradizione laburista, una più legata alla *Fabian society* e alla rappresentanza, l'altra affine ai movimenti radicali e socialisti[70]. Il riferimento a questa tradizione da parte del New Labour di Blair, ad esempio, aveva fatto prevalere un approccio istituzionale, sfociato nelle grandi riforme di fine millennio.
Il frequente richiamo all'etica pubblica, da parte di Starmer, rivela la sua affinità con il socialismo etico, che animò i primi dibattiti del Labour e ispirò diversi leader. In un articolo

[65] Starmer ha così recepito i suggerimenti dell'IFG. T. Durrant, *Rebuilding trust in public life,* 26 Feb 2024, https://www.instituteforgovernment.org.uk/publication/rebuilding-trust-public-life.
[66] Institute for Government, *Power with Purpose Final Report of the Commission on the Centre of Government*, IfG, 2024, p. 7; https://www.instituteforgovernment.org.uk/sites/default/files/2024-03/Centre-Commission-final-report.pdf.
[67] P. Dunleavy, *Restructuring UK government at the centre—why the IfG's commission's naïve plan will not work*, in *The Political Quarterly*, vol. 95, n. 2, 2024.
[68] J. Denham, J. Morphet, *Centralised by Design: Anglocentric Constitutionalism, Accountability and the Failure of English Devolution*, in *The Political Quarterly*, 2024, in *https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-923X.13470*.
[69] S. Nagi, "*A Mandate for Change!": Popular Sovereignty and the Labour Party*', in *U.K. Const. L. Blog* (22nd July 2024) (available at https://ukconstitutionallaw.org/)).
[70] M. Bevir, *Socialism and Democracy: New Labour and the Constitution*, in *Observatoire de la société britannique*, n. 3, 2007, pp. 21-45.

del Guardian Starmer aveva espresso la sua idea di socialismo, basata sulla lotta all'ingiustizia, e l'affermazione di tre principi: «*economic justice, social justice and climate justice*»[71].
Nei programmi di Starmer la sovranità popolare ha un ruolo più rilevante e viene chiamata ad esprimere indirizzi in una molteplicità di sedi, non solo in Parlamento. Una maggiore attenzione alla tradizione partecipativa era emersa nel Rapporto della Commissione Brawn, che disegna per il futuro del Regno Unito uno Stato decentralizzato, nel quale la volontà delle comunità locali viene rispettata, e uno Stato più efficiente, che si prende in carico alcuni servizi pubblici essenziali per garantire equità[72].
Gli impegni starmeriani sulle riforme costituzionali sono chiaramente funzionali alla realizzazione del progetto laburista di riequilibrio delle enormi differenze createsi nel Paese, tra gruppi sociali e tra aree geografiche[73]. Tuttavia, alcuni fattori destinati a influire sull'esito di questo progetto sembrano in grado di comprometterne l'esito.
Il primo fattore di cui occorre tenere conto è quello internazionale ed europeo. Il perdurare dei conflitti nei quali il Regno Unito è impegnato in modo massiccio, la vittoria di Trump nelle elezioni presidenziali americane, la crisi di alcune importanti filiere produttive dovute alla transizione digitale e ambientale, alimentano la crisi e riducono il potenziale di efficacia delle politiche nazionali. In questo senso, l'uscita del Regno Unito dalla UE si rivela ancor più penalizzante, perché il Paese si presenta più debole in Europa e nei rapporti con il tradizionale alleato americano. Una politica di interventismo statale, una politica economica statale, è insufficiente a fronteggiare fenomeni sovranazionali. Starmer, non casualmente, ha subito aperto ad accordi con i partner europei, ma il suo Governo si trova ad agire con la forte eredità della Brexit.
Un secondo fattore da considerare riguarda la consistenza delle misure di natura strettamente economica, che dovrebbero determinare il miglioramento della situazione economica e sociale del Regno Unito. L'idea di tornare all'interventismo statale, patrocinato dal Ministro dell'economia Reeves, comporta un impegno finanziario che è difficilmente sostenibile, considerati i bassi livelli degli introiti fiscali e i limiti dell'indebitamento imposti dal mercato finanziario. La sanità, il welfare, le nazionalizzazioni e gli investimenti per le infrastrutture rappresentano obiettivi molto ambiziosi per un Paese che fatica a riprendere elevati livelli di crescita e produttività, dopo anni di declino.
Il Governo ha fatto ricorso a soluzioni istituzionali, come le autorità di regolazione, per incidere su settori dove non poteva porre in essere politiche economiche efficaci.
Più in generale, la *juridification of politics,* da sola, non basta a risollevare l'economia, che fatica a crescere nonostante gli annunci del Governo, mentre il costo della vita rimane alto e preoccupa l'opinione pubblica[74].

---

[71] Keir Starmer, *Labour can win again if we make the moral case for socialism*, 2020, 15 gennaio https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/jan/15/labour-socialism-values-election-economic-model.
[72] Brown Commission, *Labour Party Commission on the UK's Future). A New Britain: Renewing our Democracy and Rebuilding our Economy. UK Labour Party*, 2022.
[73] L'obiettivo del riequilibrio tra aree geografiche è stato al centro delle politiche dei governi conservatori, giudicate poco efficaci dai principali istituti britannici. R. Martin et al., *Levelling up' the UK: reinforcing the policy agenda,* in *Regional Studies, Regional Science*, 2022, vol. 9, n. 1.
[74] L'economia britannica continua a trovarsi in una situazione di stallo, come dimostrano i dati aggiornati dell'Office for National Statistics. *Economic activity and social change in the UK, real-time indicators: 12 December 2024.*

La via starmeriana alla crescita passa necessariamente dalla costruzione di nuovi rapporti di collaborazione con l'Europa, che il Primo Ministro ha avviato immediatamente, nella consapevolezza che il Regno Unito non può agire isolato in un contesto geoeconomico di crisi.

Le sfide che il Governo laburista deve affrontare sono complesse, per cui è difficile prevedere se la combinazione di riforme istituzionali ed economiche avrà effetti positivi nel lungo periodo. Nel breve termine è invece improbabile che vi siano cambiamenti rilevanti degli assetti istituzionali.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-P9R

Giurisdizione costituzionale

L'ordinamento britannico incubatrice del Judicial Review of Legislation?

Paolo Passaglia
Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

L'ordinamento britannico incubatrice del Judicial Review of Legislation?**

di Paolo Passaglia*

Abstract (Ita): Nell'articolo si sostiene la tesi secondo cui il controllo di costituzionalità delle leggi ha trovato, nell'ordinamento britannico, le proprie origini. Due argomenti vengono avanzati. Il primo si collega alla statuizione di Sir Coke nel Bonham's Case (1610), in cui si afferma che le corti possono controllare le leggi contrarie al common law: questa decisione è stata richiamata nel Settecento, soprattutto nelle colonie americane e poi negli Stati Uniti ed è probabile che sia stata presa in considerazione anche nel redigere la sentenza Marbury v. Madison (1803). Il secondo argomento attiene al diritto coloniale inglese, che, stabilendo la superiorità del diritto politico londinese su quello delle autorità coloniali, consentiva ai giudici di controllare questi ultimi. Ciò ha portato, in molti casi, a riconoscere ai giudici il potere di controllo degli atti legislativi anche una volta raggiunta l'indipendenza (emblematica, a tal proposito, è l'esperienza canadese).

Abstract (Eng): In the paper the author argues that the judicial review of legislation has its origins in the British legal system. Two arguments in support are advanced. The first relates to Sir Coke's opinion in the Bonham's Case (1610), which stated that courts could review legislation inconsistent with the common law: this opinion was recalled in the 18th Century, especially in the American colonies and later in the United States, and was probably also taken into account in the drafting of the Marbury v. Madison ruling (1803). The second argument relates to English colonial law, which, by establishing the superiority of London's political law over that of authorities in the colonies, endowed the courts with the power to control the legislation of the colonies. In many cases, this led to recognized to courts the power to control legislation even once independence had been achieved (the Canadian experience is emblematic in this respect).

Parole chiave: Controllo di costituzionalità delle leggi; Origini; Inghilterra

Keywords: Judicial Review of Legislation; Origins; England

1. L'oggetto dell'indagine

Una delle caratteristiche che identificano maggiormente l'ordinamento britannico risiede senza dubbio in quella *Parliamentary Sovereignty* che è parte integrante del c.d. *Westminster Model*.

Stante questa premessa – incontestata – appare da subito assai problematico parlare, per il Regno Unito, di *Judicial Review of Legislation*. Problematico, certo, ma neppure troppo originale, visto che l'indagine sui limiti entro i quali le corti sono in grado di controllare le leggi si è nutrita, negli ultimi decenni, innanzi tutto degli equilibrismi imposti dall'adesione al processo di integrazione europea, con la conseguente importazione del principio del primato di cui alla sentenza *Costa c/ Enel*[1]. La *Brexit*, se ha inaridito il filone di studi sui

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

[1] Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, *Costa c/ Enel*, causa 6/64. Sull'applicazione del principio del primato del diritto comunitario nel Regno Unito, v. C. Harlow, *The national legal order and the Court of Justice: some reflections on the case of the United Kingdom*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, pp. 929 ss.; S. Perfetti, *Diritto interno e diritto europeo nell'esperienza del Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2010, pp. 3 ss.; più in generale, sui tormentati rapporti tra Regno Unito e processo di integrazione europea, v., da ultima, F. Rosa, *Il costituzionalismo britannico e l'Europa. Dalla fine della Seconda guerra mondiale alla Brexit*, Roma, Carocci, 2024.

a al controllo della legge, che anzi è stata rinvigorita soprattutto dallo *Human Rights Act 1998* (c. 42), con la sua introduzione dell'obbligo di interpretazione conforme e della possibilità di rendere una *declaration of incompatibility*[2], per giungere, infine, al *Constitutional Reform Act 2005* (c. 4), la cui *section* 1, nell'escludere che la legge incida sull'«*existing constitutional principle of the rule of law*», lascerebbe supporre per quest'ultimo un eventuale rango sovralegislativo[3].

Queste considerazioni si presterebbero, forse, a proporre una qualche apertura nei confronti di una convivenza teorizzabile tra *Parliamentary Sovereignty* e *Judicial Review of Legislation*; la prospettiva che si adotterà in questa sede per discuterne sarà, tuttavia, sensibilmente diversa rispetto a quanto possa emergere dai dati appena passati in rassegna. Si andrà, infatti, alle (ipotetiche) radici dell'idea stessa di un controllo delle leggi adottate dal Parlamento e, in generale, dalle assemblee rappresentative. L'obiettivo perseguito è quello di dimostrare che proprio in seno all'ordinamento britannico sono state elaborate le concettualizzazioni che hanno permesso alla garanzia giurisdizionale ordinaria della costituzione[4] di affermarsi, anche se lontano dal luogo di sua incubazione.

La tesi che si propone – lo si deve sin d'ora riconoscere – si apparenta, in effetti, al paradosso, se solo si pensa che l'ordinamento che si sostiene qui essere l'antesignano del controllo di validità delle leggi è, attualmente, uno dei pochissimi nei quali, dato un quadro ordinamentale di stato di diritto consolidato, i postulati del costituzionalismo non si sono perfezionati fino ad affermare la sottoposizione del massimo organo rappresentativo all'impero della fonte suprema[5].

Ora, in concreto, per asseverare la tesi proposta, si partirà dalla constatazione che la prospettata centralità dell'ordinamento britannico nella storia della giustizia costituzionale si fonda, per l'essenziale, su due pilastri, tra loro indipendenti, anche se, in taluni frangenti, non privi di una qualche interazione: il primo consiste in un orientamento giurisprudenziale aperto al sindacato degli *Acts of Parliament*, mentre il secondo è il corollario di principi

[2] In merito all'impatto esercitato dallo *Human Rights Act* sulla posizione del Parlamento e sull'equilibrio tra la sovranità parlamentare e la garanzia dei diritti, v., in part., A.L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Camden, Bloomsbury, 2008.

[3] Sull'importanza del *Constitutional Reform Act* per l'ordinamento britannico, v. A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, Giappichelli, 2016; con particolare riferimento alle sue ricadute sulla sovranità parlamentare, v. A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2019, pp. 745 ss.

[4] Con questa espressione si evoca la distinzione che si è altrove operata tra i sistemi in cui alle corti viene affidato il controllo di costituzionalità delle leggi come semplice corollario della funzione giurisdizionale (e segnatamente della funzione di risoluzione delle antinomie normative) e i sistemi (c.d. a garanzia giurisdizionale speciale) in cui si sono all'uopo introdotti un organo e procedure *ad hoc*: cfr. P. Passaglia, *Il controllo di costituzionalità delle leggi e la contrapposizione tra garanzia giurisdizionale ordinaria e garanzia giurisdizionale speciale della costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, n. speciale 2019, pp. 583 ss.

[5] In Europa, il collegamento tra la piena affermazione del costituzionalismo e l'assenza di un controllo di costituzionalità delle leggi è riscontrabile, oltre che, appunto, nel Regno Unito, probabilmente solo nei Paesi Bassi e, in parte, in Svizzera: la Costituzione dei Paesi Bassi, risalente al 1815, esplicitamente dispone, nella versione ancor oggi vigente, che la costituzionalità delle leggi del Parlamento e dei trattati non è oggetto di sindacato da parte dei giudici (art. 120); nella Confederazione elvetica, invece, il controllo di costituzionalità è ammesso per le leggi cantonali, ma non per le leggi federali, stante quanto espresso, ancora oggi, nell'art. 190 della Costituzione, secondo cui «[l]e leggi federali e il diritto internazionale sono determinanti per il Tribunale federale e per le altre autorità incaricate dell'applicazione del diritto».

invalsi nel diritto coloniale. Di entrambi si cercherà di dar conto, partitamente, in una forma che, sia pur sintetica, possa comunque risultare sufficientemente chiara.

2. Il *Dr. Bonham's Case*

Poche decisioni giurisdizionali hanno attirato, nel corso della storia, un interesse paragonabile a quello di cui è stata fatta oggetto la pronuncia resa nel c.d. *Dr. Bonham's Case*. Sarebbe peraltro difficile ritenere eccessiva l'attenzione che ha catalizzato, e ciò non soltanto per la sua indiscutibile importanza, ma anche per le difficoltà a individuare con precisione la sua portata.

1. Qualche cenno sulla controversia

Nell'aprile 1606, Thomas Bonham, dottore in filosofia e fisica laureato all'Università di Cambridge, fu chiamato a comparire davanti al *Royal College of Physicians* di Londra per rispondere dell'accusa di aver esercitato la professione medica a Londra senza aver prima ottenuto, dallo stesso *Royal College*, il richiesto attestato che autorizzasse un tale esercizio. Il mancato possesso di questo certificato diede luogo alla condanna di Bonham a una ammenda di cento scellini, unitamente al divieto, a pena di reclusione, di esercitare la professione medica a Londra sino al momento in cui non fosse stato debitamente autorizzato dal *Royal College*.

La condanna non fermò Bonham, il quale continuò ad esercitare la professione, tanto da essere di nuovo chiamato a comparire di fronte al *Royal College* per rispondere delle sue azioni. Il nuovo giudizio, che si svolse in sua assenza, condusse a una seconda ammenda, stavolta di dieci sterline. Di fronte all'inefficacia anche di questa condanna, un terzo giudizio ebbe luogo. Presentatosi, stavolta, al cospetto del *Royal College*, Bonham si rifiutò, non solo di pagare l'ammenda, ma anche di astenersi dal continuare a esercitare la professione medica. A sostegno della sua posizione, Bonham faceva valere che, essendo laureato all'Università di Cambridge, il *Royal College of Physicians* di Londra non aveva giurisdizione su di lui. L'argomentazione non ebbe tuttavia grandi effetti, visto che Bonham venne addirittura imprigionato.

Il vero e proprio caso giudiziario, di fronte alla *Court of Common Pleas*, si innestò su quest'ultima conseguenza, essendo stata la corte adita contestando l'illegittimità della detenzione patita. In loro difesa, i componenti del *Royal College of Physicians* invocavano le lettere patenti datate 10 Henry VIII (1518-1519), che, da un lato, conferivano loro il potere, in quanto collegio, di imporre sanzioni pecuniarie a coloro che esercitassero la professione medica a Londra senza esserne stati debitamente autorizzati e che, dall'altro, riconoscevano loro, su tutti i medici di Londra, poteri di regolamentazione e di governo che arrivavano anche all'incarcerazione, se necessario.

Fin qui, il caso difficilmente avrebbe potuto resistere all'usura del tempo, trattandosi di una delle non certo infrequenti contestazioni della avvenuta privazione della libertà personale. Ad accrescere esponenzialmente la valenza generale del caso è stata la circostanza che le lettere patenti fossero state confermate da due leggi, adottate, l'una, sotto il regno

dello stesso Enrico VIII[6] e, l'altra, sotto il regno della figlia Maria[7]: questa sorta di novazione della fonte ha finito per trasformare la contestazione dei poteri del *Royal College* nella contestazione diretta di un *Act of Parliament*.

E questa trasformazione certo non poteva non avere effetti sulla portata generale assunta dalla decisione del caso, specie perché la *Court of Common Pleas*, presieduta da *Sir* Edward Coke, nel dicembre 1610 si pronunciò a favore di Bonham, constatando l'illegittimità della detenzione da questi subita.

La decisione ci è nota attraverso due fonti, la principale delle quali è il *report* che ne ha proposto lo stesso *Chief Justice* Coke[8]. In questo *report* si evidenziano cinque argomenti contrari alla difesa del *Royal College of Physicians*.

In primo luogo, si doveva tenere chiaramente distinto il divieto di esercitare la professione medica a Londra senza autorizzazione dal potere di regolamentazione e di governo di cui il *Royal College* era stato dotato: ne discendeva che il potere di imprigionare chi esercitasse la medicina non poteva essere direttamente collegato all'esercizio abusivo della professione, essendo un corollario del potere di governo.

In secondo luogo, il potere di privare della libertà personale era da configurare in riferimento alle ipotesi in cui un medico avesse causato, per negligenza e/o imperizia, un grave danno al paziente, ma non certo in quei casi in cui un medico non avesse cagionato alcun danno al proprio paziente, avendo agito secondo i dettami della propria professione, per quanto in mancanza dell'autorizzazione del *Royal College*.

La distinzione tra il divieto di esercitare la professione medica senza autorizzazione e i poteri di regolamentazione e di governo del *Royal College* era rafforzata da un terzo argomento, basato sul fatto che la violazione del divieto fosse contestabile solo dopo un mese di esercizio della professione, mentre in ordine all'esercizio dei poteri del *Royal College* non si davano termini.

Il quarto argomento si incentrava sul fatto che le sanzioni pecuniarie irrogate dal *Royal College* venissero versate per metà nelle casse regie e per l'altra metà nelle casse dello stesso *College*, con la conseguenza che la posizione di terzietà dei membri di quest'ultimo si vedeva inevitabilmente compromessa.

Infine, si poneva un problema di doppia sanzione per una medesima condotta, giacché l'esercizio abusivo della professione aveva dato luogo a due ammende e una carcerazione, il che contribuiva a rendere necessaria una lettura disgiunta tra il divieto di esercizio abusivo, sanzionabile con cento scellini, e le sanzioni per altri fatti, tanto gravi da poter condurre – secondo quanto si è visto in relazione al secondo argomento – anche alla privazione della libertà personale.

---

[6] 14 & 15 Henry 8, c. 5 (1523).

[7] 1 Mary, 2d Sess., c. 9 (1553).

[8] 8 Co. Rep. 107a, C.P. 1610 (*The Eighth Part of the Reports of Sir Edward Coke, Kt., Chief Justice of the Common Pleas* è consultabile *online* alla pagina *http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/ReportsOfSirEdwardCoke1738Pt8.pdf*). L'altra fonte è il *report* di Richard Brownlow, *Prothonotary* della *Court of Common Pleas*: 2 Brownl. 255 (la *Second Part* dei *Reports of diverse choice cases in law taken by those late and most judicious prothonotaries of the Common Pleas, Richard Brownlow & John Goldesborough*, pubblicata nel 1652, è consultabile *online* alla pagina *https://ota.bodleian.ox.ac.uk/repository/xmlui/bitstream/handle/20.500.12024/A29898/A29898.html?sequence=5&isAllowed=y*).

2. Un *obiter* (probabilmente) rivoluzionario, ma dalla problematica definizione

I cinque argomenti passati in rassegna, considerati nel loro complesso, sostenevano confortevolmente le pretese di Bonham; uno tra questi, tuttavia, era destinato ad acquisire una valenza molto più ampia. È infatti nello sviluppare il quarto argomento che *Sir* Coke ha reso le affermazioni alle quali il *Dr. Bonham's Case* dovrà la sua fortuna: «I censori [*id est*, i membri del *Royal College*] non possono essere (*a*) Giudici, Ministri e Parti; Giudici nel pronunciare Condanna o Decisione; Ministri nel convocare in giudizio; e Parti nell'avere la metà della sanzione; poiché (*b*) qualcuno non può essere *Judex in propria causa*, è anzi iniquo che qualcuno sia Giudice della sua causa; e uno non può essere Giudice e Procuratore per una qualsiasi delle Parti […]. E risulta nei nostri Libri, che, in molti Casi, [le corti che amministrano] il *Common Law* (*c*) controller[anno] Atti del Parlamento, e talvolta giudicher[anno] tale atto del tutto nullo: perché quando un Atto del Parlamento è contro la Comune Giustizia o Ragione, o ripugnante o impossibile da essere messo in esecuzione, [le corti che amministrano] il *Common Law* lo controller[anno], e giudicher[anno] questo Atto come nullo»[9].

Affermazioni come quelle appena riportate difficilmente potevano essere ignorate, tanto marcata era la loro carica di innovatività nei rapporti tra corti di *Common Law* e Parlamento. Da una lettura piana del brano, in effetti, si coglieva la rivendicazione esplicita per le corti del potere di sindacare le leggi (gli *Acts of Parliament*) e di addivenire, in casi (gravi) di invalidità, alla declaratoria della loro nullità.

Non mancavano, peraltro, elementi capaci di mitigare, almeno in parte, la portata autenticamente rivoluzionaria del principio che si poneva[10].

Innanzi tutto, se *Sir* Coke non aveva lesinato sull'utilizzo di «*strong words*»[11], lo aveva pur sempre fatto in un *obiter*, il quale – presumibilmente – aveva esercitato un rilievo tutto sommato contenuto sulla decisione, tanto più che quella di Coke si configurava come una semplice *opinion*, e non un vero e proprio *judgment*. Non a caso, alla fine dell'Ottocento si è potuto sostenere, in dottrina, che non si davano, nella storia della giurisprudenza inglese, casi in cui i giudici si fossero opposti all'applicazione di una legge[12].

A minare la forza intrinseca dell'*obiter* giungevano, poi, due fattori di non poco momento.

Il primo consisteva nella problematica interrelazione con la giurisprudenza precedente, che pure *Sir* Coke aveva avuto cura di citare a sostegno delle sue affermazioni.

---

[9] «*The censors cannot be* (a) *Judges, Ministers, and Parties; Judges to give Sentence or Judgment; Ministers to make Summons; and Parties to have the Moiety of the Forfeiture, quia* (b) *aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rei esse judicem; and one cannot be Judge and Attorney for any of the Parties* […]. *And it appears in our Books, that in many Cases, the Common Law will controul Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: For when an Act of Parliament is against Common Right and Reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controul it, and adjudge such Act to be void*»: 8 Co. Rep. 107a, 118a C.P. 1610.

[10] Un'analisi anche filologica delle affermazioni rese da *Sir* Coke è condotta da C.M. Gray, *Bonham's Case Reviewed*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Feb. 15, 1972, Vol. 116, No. 1, pp. 35 ss.

[11] Così R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, in *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, 2009, p. 327.

[12] Rileva, in effetti, F. Pollock, *A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law*, London, Macmillan, 1896, p. 252, che «[*n*]*o case is known, in fact, in which an English court of justice has openly taken on itself to overrule or disregard the plain meaning of an Act of Parliament*».

ite analisi, compiute anche in tempi relativamente recenti, hanno mostrato come i riferimenti operati siano stati talvolta imprecisi e talaltra ellittici, con il risultato di far dire a statuizioni anteriori ben più di quanto fosse incontestabilmente deducibile[13].

Ancor più insidiosa, però, era la constatazione secondo cui lo stesso Coke aveva sostenuto, in altre sedi, posizioni che sembravano incompatibili con ciò che si deduceva dal *Bonham's Case*. In particolare, si potevano invocare vari passaggi dell'altra grande opera di Coke, dopo i *Reports*, e cioè gli *Institutes of the Laws of England* (pubblicati tra il 1628 e il 1644), dai quali emergeva una adesione difficilmente contestabile all'idea della supremazia del Parlamento. In proposito, il brano più eloquente era quello in cui si sottolineava che «il potere e la competenza del Parlamento per produrre diritto attraverso leggi [sono] così trascendent[i] e assolut[i] che non [possono] essere confinat[i], né per cause né per persone, entro alcun limite»[14]; ma di tenore analogo era il brano secondo cui «il supremo e più vincolante diritto sono le leggi che sono poste dal Parlamento»[15].

Sulla scorta di tali affermazioni, non poteva escludersi che le recise affermazioni del *Bonham's Case* dovessero essere ridimensionate, al limite, anche nel senso di postulare un successivo abbandono da parte del suo autore della posizione allora espressa.

Escludendo l'ipotesi di un banale (quanto inverosimile) ripensamento così radicale, la ricerca di una conciliazione tra enunciazioni di principio tanto distanti ha portato a esiti anche molto variegati, che possono però essere raggruppati in due categorie, corrispondenti a quelle ricostruzioni che hanno interpretato le affermazioni di *Sir* Coke come l'enunciazione di un (mero) criterio di interpretazione delle leggi e, all'opposto, quelle che hanno enfatizzato l'enucleazione di un livello normativo potenzialmente superiore alla legislazione, e dunque idoneo a fondare – quanto meno in prospettiva – un vero e proprio *Judicial Review of Legislation*[16].

---

[13] Cfr. F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. 40, No. 1, 1926, pp. 36 ss.; G.P. Smith II, *Dr. Bonham's Case and the Modern Significance of Lord Coke's Influence*, in *Washington Law Review*, Vol. 41, pp. 306 ss.

[14] «*Of the power and jurisdiction of the Parliament for making of laws in proceeding by Bill, it is so transcendent and absolute, as it cannot be confined either for causes or persons within any bounds*»: 4 Co. Inst. 36 (*The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England*, del 1644, è consultabile alla pagina *https://preserver.beic.it/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4755991*).

[15] «*The highest and most binding Laws are the Statutes which are established by Parliament*»: 2 Co. Inst. Proeme (*The Second Part of the Institutes*, del 1642, sono consultabili alla pagina *https://preserver.beic.it/delivery/DeliveryManagerServlet?dps_pid=IE4626241*).

[16] Questa bipartizione delle interpretazioni può ormai dirsi, a sua volta, classica (cfr. R.A. MacKay, *Coke: Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?*, in *Michigan Law Review* Vol. 22, 1924, No. 3, pp. 215 ss.); per una riproposizione recente, v. Han-Ru Zhou, *The Continuing Significance of Dr Bonham's Case*, in P. Daly (ed.), *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, Toronto University Press, 2019, 279 ss. (p. 7 del dattiloscritto).

Quale che sia l'approccio seguito per restituire una coerenza complessiva al pensiero di Coke[17], resta il fatto che le ambiguità registrate non possono essere risolte né nel senso di obliterare le affermazioni che esaltano il Parlamento né in quello di porre in non cale i rilievi espressi – in termini così incisivi – nel *Bonham's Case*. Il risultato non può che essere quello di attutire la carica rivoluzionaria che alla pronuncia del 1610 si sarebbe tentati di attribuire, e che – non è forse inutile evidenziarlo – anche il re Giacomo I e il suo cancelliere *Lord* Ellesmere avevano riconosciuto, tanto che *Sir* Coke, invitato, nell'ottobre 1616, a dare spiegazioni circa alcune prese di posizione tra le quali quella qui in questione, a fronte della sua conferma di quanto affermato, verrà nel mese successivo allontanato dalla carica allora ricoperta di *Chief Justice* del *King's Bench*. La critica indiretta, espressa da *Lord* Ellesmere nel discorso di presentazione del suo successore, darà la misura di quanto la posizione di *Sir* Coke si fosse posta in contrasto con la Corona: Ellesmere, infatti, rese omaggio a un suo avo che, nell'esercitare la funzione giurisdizionale, «non fece questione del potere dei Giudici di questa Corte di correggere tutti i misfatti, tanto stragiudiziali che giudiziali, del potere di giudicare nulli Leggi e Atti del Parlamento, se ritenuti contrari alla comune giustizia e ragione; ma lasciò al Re e al Parlamento di giudicare cosa fosse comune giustizia e ragione»[18].

3. **Un seguito «bifronte»**

Gli studi cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente[19] sono senz'altro di grande interesse, ma la loro valenza si concentra, per l'essenziale, sulla figura di *Sir* Coke. Il punto è che il *Bonham's Case* si è inevitabilmente autonomizzato da colui che lo ha consegnato alla posterità, con il che la ricostruzione del pensiero del grande giurista inglese può non avere un rilievo assolutamente determinante quando si focalizzi l'attenzione sulla sua *opinion* del 1610 per cogliere, non già il suo significato autentico, ma semmai l'impatto che ha esercitato nella successiva storia del *common law*. L'aver indugiato, come si è fatto fin qui, sul caso e sul suo decisore è stato utile a dare gli elementi di fondo del contesto in cui le affermazioni sul *judicial review* sono state scritte; l'oggetto di queste pagine, tuttavia, deve proiettarsi

[17] Tra le opzioni che sono state più convintamente avanzate possono menzionarsene almeno due. La prima muove dalla ricostruzione dei rapporti tra *common law* e Parlamento alla luce della non ancora elaborata separazione dei poteri: difettando una distinzione tra legislazione e giurisdizione, le affermazioni riferite al Parlamento quale organo supremo sarebbero da riferirsi alla sua collocazione nell'ambito del sistema delle impugnazioni, il che renderebbe le affermazioni degli *Institutes* non incompatibili con quelle dei *Reports*, proprio perché sarebbe il Parlamento ad amministrare il *common law* al massimo grado: per questa lettura, v., *ex plurimis*, G.P. Smith II, *Marbury v. Madison, Lord Coke and Dr. Bonham: Relics of the Past, Guidelines for the Present: Judicial Review in Transition?*, in *University of Puget Sound Law Review*, Vol. 2, 1979, pp. 255 ss. La seconda impostazione mira, invece, a rafforzare gli elementi di continuità con il passato, sottolineando come il brano del *Bonham's Case* sia da interpretarsi alla stregua di una implicita, ma inequivoca conferma della superiorità del diritto naturale rispetto al diritto positivo e, al contempo, della tendenziale identità dei principi del *common law* con il diritto naturale (in tal senso, v., ad es., R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, cit., pp. 325 ss.).

[18] «*He questioned not power for the Judges of this Court to correct all misdemeanors as well extrajudicial as judicial, not to have power to judge Statutes and Acts of Parliament to be void, if they conceived them to be against common right and reason; but he left the King and the Parliament to judge what was common right and reason*»: *The Lord Chancellor's Speech to Sir Henry Mountague, When He Was Sworn Chief Justice of the Kings-Bench* (1616), 72 ER 932. La vicenda è diffusamente descritta da R.A. MacKay, *Coke: Parliamentary Sovereignty or the Supremacy of the Law?*, cit., pp. 218 s.

[19] E, più in particolare, *supra*, nota 17.

soprattutto verso il seguito che esse hanno avuto, nella parte in cui sono state seguite, nella parte in cui sono state respinte, ma anche nella parte in cui sono state, in ipotesi, travisate.
Per condurre una tale indagine, conviene sin d'ora distinguere nettamente il seguito che il *Bonham's Case* ha avuto nell'ordinamento britannico e quello che si è concretizzato sull'altra sponda dell'Oceano Atlantico.

1. **Una rapida obsolescenza**

La carica di novità che era propria della recisa affermazione relativa alla possibilità di controllo e di dichiarazione di nullità di una legge da parte dei giudici si è ben presto attenuata, nell'ordinamento britannico, alla luce di una giurisprudenza che, se da un lato ha fatto intuire, in alcune circostanze, qualche eco dell'argomentazione di *Sir* Coke, dall'altro ha mostrato un'estrema reticenza nei confronti della citazione diretta o anche del semplice richiamo.
Ora, negli anni immediatamente successivi al *Dr. Bonham's Case*, sembrava che la *doctrine* da esso emergente potesse alla fine arrivare a consolidarsi. In tal senso, militava la circostanza che in due decisioni rese dalla *Court of Common Pleas*, sotto la guida di *Sir* Henry Hobart (il successore di *Sir* Coke), il principio della subordinazione delle leggi a un diritto superiore fosse stato chiaramente ripreso. Così, nel caso *Day* v *Savadge*, del 1614, si legge che «persino un Atto del Parlamento fatto contro l'Equità Naturale, come quella di rendere un Uomo Giudice della propria Causa, è di per sé nullo, perché i Diritti della natura sono immutabili e sono leggi delle leggi»[20]. L'anno successivo, nel caso *Sheffield* v *Ratcliffe*, lo stesso Hobart rivendicava «la libertà e l'autorità che i Giudici hanno sulle Disposizioni giuridiche, specialmente sulle Leggi, secondo la ragione e la migliore convenienza, per modellarle all'uso più vero e migliore»[21]. Né l'una né l'altra decisione, tuttavia, menzionava espressamente il *dictum* di *Sir* Coke, ciò che poteva imputarsi alle difficoltà nei rapporti di questi con la Corona che stavano emergendo in maniera sempre più nitida[22]. Se questa lettura è corretta, si può con essa spiegare la rarefazione di ogni riferimento, anche implicito, che è seguita alla caduta in disgrazia di *Sir* Coke del 1616.
Al di là di qualche richiamo tardivo[23], appare chiaro che il *Bonham's Case* fosse destinato a perdere qualunque rilevanza, man mano che l'evoluzione del sistema britannico si indirizzava verso l'affermazione della *Parliamentary Sovereignty*[24]. Dalla *Glorious Revolution* all'*Act of*

[20] «[*E*]*ven an Act of Parliament made against Natural Equity, as to make a Man Judge in his own Cause, is void in itself, for* Jura naturae sunt immutabilia *and they are* leges legum»: cfr. *Day* v *Savadge*, in The *Reports of that Learned Sir Henry Hobart*, p. 120; i *reports*, pubblicati nel 1641, sono consultabili *online* alla pagina *https://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/ReportsOfThatLearnedSirHenryHobart1641.pdf*.
[21] «[*L*]*iberty and authority that Judges have over Laws, especially over Statute Laws, according to reason and best convenience, to mould them to the truest and best use*»: cfr. *Bigods Case*, in *The Reports of that Learned Sir Henry Hobart*, cit., p. 486.
[22] In tal senso, v. F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 50, secondo cui «*it is highly probable that Hobart's natural caution warned him against too open a tribute to one* [*Sir Coke*] *whose fortunes had already begun to decline*».
[23] Su cui, v., in part., Han-Ru Zhou, *The Continuing Significance of Dr Bonham's Case*, cit., pp. 9 ss. del dattiloscritto.
[24] F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 56, parla, in effetti, di un «*sad state of wreckage*» in cui l'enunciazione del *Bonham's Case* si è trovata «*after the successive hurricanes of the Great Rebellion and the Glorious Revolution*».

Settlement, dalle teorizzazioni di Blackstone[25] fino alla definitiva sistemazione di Dicey[26], passando per inequivocabili pronunce come, ad esempio, quella nel caso *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co.* del 1871[27], l'inattualità di quanto proponeva la lettura delle parole di *Sir* Coke diventava così patente da confinare il *Bonham's Case* tra i fossili giuridici: tale non poteva non apparire la rivendicazione di un potere di controllo degli *Acts of Parliament* in un sistema in cui i giudici stessi si definivano i «servitori della Regina e del Parlamento»[28].

L'eredità di *Sir* Coke era dunque stata sostanzialmente privata di rilevanza, salvo che per contribuire a descrivere il periodo, tanto tormentato quanto ricco di prospettive, corrispondente al primo frangente del secolo che sarebbe stato segnato dalle due rivoluzioni inglesi.

2. **Un'influenza duratura**

Nemo propheta in patria sua. Da quanto si è venuti dicendo, non sembra improprio applicare a *Sir* Coke questa massima. La fortuna che il *Bonham's Case* non ha avuto nell'ordinamento britannico è stata, però, compensata in misura non trascurabile da quanto avvenuto nelle colonie americane e, poi, negli Stati Uniti.

Vari studi hanno posto in evidenza come una eco delle affermazioni di *Sir* Coke fosse ritracciabile in qualche decisione resa dalle corti delle Tredici Colonie, specie nel New England, già a partire dal 1657[29]. Il punto di svolta si è avuto, però, in sede politica, quando la contestazione dello *Stamp Act* del 1765 – animata in particolare da quel James Otis cui si attribuisce, generalmente, la paternità della formula «*No Taxation Without Representation*» – portò il *Lieutenant-Governor* del Massachusetts, Thomas Hutchinson, ad affermare, nel settembre 1765, che «i nostri amici della libertà traggono beneficio da una massima che trov-

[25] Curiosamente, William Blackstone si rifà proprio a *Sir* Coke, e in particolare alle sue affermazioni delle *Institutes of the Laws of England* che stridono con quanto espresso nel *Bonham's Case* (v. *supra*, par. 2.2.), per giungere ad affermare che il Parlamento «*can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament*»: cfr. *Commentaries on the Laws of England*, *Book the First*, 1765, p. 156 (consultabile *online* alla pagina *https://avalon.law.yale.edu/18th_century/blackstone_bk1ch2.asp*).

[26] «*The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the 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*»: A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, p. 36.

[27] *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co*., (1871) L.R. 6 C.P. 576: «*If an Act of Parliament has been obtained improperly, it is for the legislature to correct it by repealing it: but, so long as it exists as law, the courts are bound to obey it. The proceedings here are judicial, not autocratic, which they would be if we could make laws instead of administering them*» (Willes J).

[28] *Lee* v *Bude and Torrington Junction Railway Co*., cit.: «*We sit here as servants of the Queen and the legislature*». Sull'importanza della decisione sul caso *Lee* v *Bude*, come definitiva consacrazione del mutamento di equilibri istituzionali in senso incompatibile con le affermazioni di cui al *Bonham's Case*, v. G. Criscuoli, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 3ª ed., 2000, p. 418.

[29] Il riferimento va, in particolare, alla decisione del caso *Giddings v. Browne*, del 1657, che rappresenta il primo caso in cui il potere giudiziario delle colonie ha annullato un atto del potere politico locale (nella specie trattavasi, però, di un'ordinanza amministrativa) appellandosi a principi che possono riecheggiare il *Bonham's Case*, specie in un *obiter dictum* che evoca un «*fundamental law*»: cfr. R.B. Morris, *Judicial Supremacy and the Inferior Courts in the American Colonies*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 55, 1940, No. 3, p. 429.

ano in *Lord* Coke, secondo cui un Atto del Parlamento contro la Magna Carta o i diritti speciali degli uomini inglesi è *ipso facto* nullo»[30].

L'importanza storica della rivolta contro lo *Stamp Act 1765*, il suo clamore e l'ispirazione che avrebbe esercitato negli anni a venire hanno contribuito a rafforzare in modo considerevole il prestigio di quella *doctrine* di *Sir* Coke utilizzata, sia pur al netto di qualche approssimazione, per la causa delle libertà contro un potere londinese (finanziariamente) troppo oppressivo. Non a caso, negli anni immediatamente successivi si sono moltiplicati i casi di citazione, esplicita o implicita, in seno a decisioni di giustizia. È attraverso questo canale che, presumibilmente, si è venuto a creare un legame con la decisione *Marbury v. Madison*, la quale *non* menziona né *Sir* Coke né il *Bonham's Case*, tuttavia, secondo un'opinione molto diffusa (sebbene non unanime), da esso trae ispirazione in maniera chiara[31], segnatamente nel passaggio – decisivo – in cui il *Chief Justice* Marshall afferma che, data la situazione secondo cui «la Costituzione controlla qualunque atto legislativo con essa incompatibile»[32], «un atto del legislatore incompatibile con la Costituzione è nullo»[33]. Le scelte lessicali («*repugnant to*» e, soprattutto, «*void*») sono particolarmente eloquenti, perché propongono un parallelismo piuttosto marcato tra la Costituzione di Marshall e il *Common Law* di Coke[34], contribuendo così ad alimentare l'idea di una continuità tra due decisioni, separate storicamente da quasi duecento anni e geograficamente da un oceano.

In definitiva, se pare improprio ricondurre al *Bonham's Case* la matrice con cui è stato forgiato il *Judicial Review of Legislation à l'américaine*, non sembra contestabile il fatto che le affermazioni di *Sir* Coke deducibili (non rileva, qui, se a torto o a ragione) dal *Bonham's Case* fossero conosciute e utilizzate da tempo quando John Marshall ha redatto la sua decisione più famosa. Sarebbe dunque impossibile sostenere che il *Chief Justice*, nel momento della scrittura, abbia ignorato il contenuto della statuizione anteriore o almeno ciò che di essa i suoi contemporanei, da una quarantina d'anni, riportavano con una frequenza non trascurabile. Anche ammettendo che il *Judicial Review of Legislation* non è stato inventato nel

[30] «[*O*]*ur friends to liberty take the advantage of a maxim they find in Lord Coke that an Act of Parliament against Magna Carta or the peculiar rights of Englishmen is* ipso facto *void*»: la vicenda è ricostruita in F.T. Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, cit., p. 63, da cui è tratta anche la citazione.

[31] Anche in seno alla dottrina italiana può cogliersi una diversità di approcci piuttosto marcata: così, ad es., se B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803:* Marbury v. Madison *e le origini della giustizia costituzionale degli Stati Uniti*, Bologna, il Mulino, 2008, spec. pp. 125 ss., tende a privilegiare l'idea che la decisione di Marshall sia il frutto di un percorso essenzialmente tutto interno alle colonie e poi agli Stati Uniti, per E. Andreoli, *Il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti d'America. L'accentramento del controllo tra* frame of government *e* procedural remedies, Bologna, Filodiritto, 2021, p. 37, «[o]ccorre […] partire dal presupposto che le basi del pensiero poi evolutosi nella *judicial review* affondano le proprie radici nell'esperienza della Madrepatria inglese».

[32] «[*T*]*he Constitution controls any legislative act repugnant to it*»: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, p. 177.

[33] «[*A*]*n act of the Legislature repugnant to the Constitution is void*»: *ibid*.

[34] Cfr. N. Feldman, *The Voidness of Repugnant Statutes: Another Look at the Meaning of* Marbury, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 148, 2004, pp. 27 ss.

1610, si può comunque sostenere che le prime basi – presumibilmente – sono state poste allora[35].

3. **Il diritto coloniale e il controllo della legislazione autoctona**

L'influsso, diretto o indiretto, esercitato dagli insegnamenti di *Sir* Coke sulla giurisprudenza dei nascenti Stati Uniti non può far dimenticare un altro fattore di non poco momento capace di favorire lo sviluppo di un *Judicial Review of Legislation*. Il riferimento va all'esistenza di una chiara gerarchia tra il diritto della madrepatria e il diritto prodotto in seno alle colonie, una gerarchia che ha permesso ai giudici, *in loco* e (in sede di gravame) a Londra, di sindacare l'operato delle autorità politiche autoctone, anche censurandone gli atti quando questi fossero incompatibili con il diritto inglese.

1. **L'incidenza del tipo di processo di indipendenza**

La storia di queste dinamiche è piuttosto ricca e, specie negli Stati Uniti, risalente[36]. In quell'ordinamento, tuttavia, oggi ha assunto, per lo più, il ruolo di un prodromo alla rivendicazione del potere di controllo operata con la sentenza sul caso *Marbury v. Madison*. In effetti, la rottura venuta a prodursi con la Dichiarazione di indipendenza e, poi, con le costituzioni del 1777 e del 1787 ha fatto perdere attualità allo studio dei rapporti tra diritto autoctono e diritto della Madrepatria. Se, peraltro, si appunta l'attenzione verso ordinamenti nei quali all'indipendenza si è addivenuti nell'ambito di un processo privo di significativi momenti di rottura, allora l'impatto degli equilibri instauratisi in epoca coloniale emerge in tutta la sua importanza.

Non è del resto un caso che molti degli ordinamenti che hanno, oggi, una garanzia ordinaria siano stati colonie britanniche: è infatti nel periodo in cui lo sono stati che le forme della giustizia costituzionale si sono consolidate, transitando poi, pressoché intatte nella struttura, negli ordinamenti resisi indipendenti[37].

2. **L'esempio canadese**

Un esempio particolarmente eloquente di quanto si è venuti dicendo può essere individuato nel sistema canadese, non solo perché esso è caratterizzato da un controllo di costituzionalità delle leggi piuttosto sviluppato (tendenzialmente più che in altre esperienze del *Commonwealth*), ma anche perché il richiamo della storia coloniale consente di porre in ril-

[35] Per studi che pongono in particolare evidenza l'importanza del *Bonham's Case* sulla nascita e lo sviluppo della giustizia costituzionale statunitense, v. D.O. McGovney, *The British Origin of Judicial Review of Legislation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 93, 1944, pp. 47 ss.; D.E. Edlin, *Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review*, Ann Arbor (MI), University of Michigan Press, 2008, pp. 73 ss.

[36] Cfr. A. Schlesinger, *Colonial Appeals to the Privy Council*, in *Political Science Quarterly*, Vol. 28, 1913, pp. 276 ss.; J.H. Smith, *Appeals to the Privy Council from the American Plantations*, New York, Columbia University Press, 1950. Per ricostruzioni sintetiche, v. B. Barbisan, *Nascita di un mito*, cit., pp. 151 ss.; E. Andreoli, *Il sindacato di costituzionalità negli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 39 ss.

[37] La stretta correlazione tra il sistema inglese ed i sistemi delle *ex*-colonie è stata eloquentemente esplicitata da S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013 (ma v. già S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, 2001, pp. 707 ss.).

ievo quanto l'influsso della tradizione inglese abbia pesato, nonostante i condizionamenti anche culturali provenienti dal «grande vicino del sud»[38].

Volendo sintetizzare con una frase un po' a effetto, si può dire che gli atti normativi canadesi sono oggetto *da sempre* di un vaglio giurisdizionale inteso ad accertarne la validità. La locuzione avverbiale non è da riferirsi al solo periodo successivo all'indipendenza, ma rimanda ad un'epoca ancora anteriore, risalente, almeno, al *Colonial Laws Validity Act 1865*, la cui *section* 2 prevedeva – e ancora prevede[39], anche se non più per il Canada – che «[q]ualsiasi norma coloniale che è o sarà in qualche modo in contrasto con le disposizioni di qualsiasi Legge del Parlamento che si estenda alla colonia a cui tale norma si riferisce, o in contrasto con qualsiasi ordinanza o regolamento emanato sotto l'autorità di tale Legge del Parlamento, o che abbia nella colonia la forza e l'effetto di tale Legge, dovrà essere letta in ossequio a tale Legge, ordinanza o regolamento, e sarà e rimarrà assolutamente nulla e inoperante nella misura di tale contrasto, ma non altrimenti»[40]. A ben vedere, peraltro, si impone addirittura una retrodatazione ulteriore, se è vero che il *Colonial Laws Validity Act* è stato concepito – secondo quanto esplicitato nel suo stesso *Long Title* – come «[u]na Legge per rimuovere Dubbi concernenti la Validità delle Norme Coloniali»[41], dopo che controverse decisioni della *South Australian Supreme Court* avevano affermato la subordinazione delle *colonial laws* a non meglio precisati principi fondamentali deducibili dal *Common Law*[42]. L'*occasio* e la *ratio* dell'intervento legislativo sono rese evidenti dalla *section* 3 dell'*Act*, ai termini del quale «[n]essuna norma coloniale sarà o sarà considerata nulla o inoperante per contrasto con il diritto inglese, a meno che non sia in contrasto con le disposizioni di un Atto del Parlamento, di un'ordinanza o di un regolamento come sopra indicato»[43].

L'esistenza di fonti superiori alla legge «canadese» era dunque acquisita ben prima del *Colonial Laws Validity Act*, che ha anzi circoscritto il novero delle fonti sovra-legislative, imponendo la soggezione delle disposizioni «autoctone» al solo diritto politico proveniente dalla Madrepatria.

---

[38] Sul punto specifico, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *Modello inglese vs. modello statunitense nell'edificazione del sistema canadese di giustizia costituzionale*, in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla* Patriation *canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, pp. 48 ss.

[39] Per una visione critica di questa persistente vigenza, v. H.O. Yusuf – T. Chowdhury, *The persistence of colonial constitutionalism in British Overseas Territories*, in *Global Constitutionalism*, Vol. 8, 2019, No. 1, pp. 157 ss.

[40] «*Any colonial law which is or shall be in any respect repugnant to the provisions of any Act of Parliament extending to the colony to which such law may relate, or repugnant to any order or regulation made under authority of such Act of Parliament, or having in the colony the force and effect of such Act, shall be read subject to such Act, order, or regulation, and shall, to the extent of such repugnancy, but not otherwise, be and remain absolutely void and inoperative*»: *Colonial Laws Validity Act 1865* (28 & 29 Vict., c. 63), *section* 2.

[41] «*An Act to remove Doubts as to the Validity of Colonial Laws*».

[42] Sul tema, v. le ricostruzioni di A.C. Castles, *The Reception and Status of English Law in Australia*, in *Adelaide Law Review*, Vol. 2, 1963, No. 1, 1 ss., e di E. Campbell, *Colonial Legislation and the Laws of England*, in *University of Tasmania Law Review*, Vol. 2, 1965, No. 2, 148 ss.; v. altresì J.M. Finnis, *Common Law Constraints: Whose Common Good Counts?*, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 10/2008*, consultabile *online* alla pagina *http://ssrn.com/abstract=1100628*, nonché D. Bateman, *Judicial Review in Kingdom and Dominions. The Historical Foundations of Judicial Review in the U.K., Canada, and New Zealand*, *Paper presented at the annual meeting of the Law and Society Association, Hilton Bonaventure, Montreal, Quebec, Canada, May 27, 2008*, consultabile *online* alla pagina *http://www.allacademic.com/meta/p236079_index.html*.

[43] «*No colonial law shall be or be deemed to have been void or inoperative on the ground of repugnancy to the law of England, unless the same shall be repugnant to the provisions of some such Act of Parliament, order, or regulation as aforesaid*»: *Colonial Laws Validity Act 1865*, *section* 3.

Su questo assetto si è inserito l'allora *British North America Act, 1867* (ribattezzato, nel 1982, *Constitution Act, 1867*), una legge inglese che ha rappresentato per lungo tempo l'ossatura del diritto costituzionale canadese e che, ancor oggi, è una delle sue due componenti essenziali, insieme con il *Constitution Act, 1982*. L'articolato, con il quale il Parlamento londinese ha, fra l'altro, tratteggiato l'organizzazione dei poteri nel neo-istituito *Dominion*, lungi dall'imporre una rivisitazione della portata dell'*Act* generale di due anni prima, rientrava, piuttosto, appieno nell'ambito di applicazione della sua *section* 2, trattandosi formalmente di una fonte politica inglese che, come tale, prevaleva su quelle adottate a Ottawa (e nelle province). Dopo il 1867, dunque, la soggezione degli organi del *Dominion* al diritto politico inglese implicava *eo ipso* anche la soggezione delle norme locali a un atto normativo recante l'organizzazione costituzionale della Confederazione.

E tale ultima soggezione è rimasta inalterata anche quando è mutato radicalmente il contesto istituzionale, a seguito dello *Statute of Westminster 1931*. Con esso, per un verso, si è esclusa l'applicazione ai *Dominions* del *Colonial Laws Validity Act 1865* (*section* 2(1)): più in particolare, «[n]essuna norma e nessuna disposizione di una fonte emanata, dopo l'entrata in vigore della presente Legge, dal Parlamento di un *Dominion* sarà nulla o inoperante per il fatto di essere in contrasto con la legge inglese, o con le disposizioni di una legge esistente o futura del Parlamento del Regno Unito, o con un'ordinanza, una normativa o un regolamento emanati in base a tale Legge, e i poteri del Parlamento di un *Dominion* comprenderanno il potere di abrogare o emendare tale Legge, ordinanza, normativa o regolamento nella misura in cui lo stesso fa parte del diritto del *Dominion*» (*section* 2(2))[44]. Per altro verso, però, si è chiarito che l'efficacia del *British North America Act, 1867*, unitamente a quello delle altre leggi recanti il medesimo *nomen*, non veniva intaccata, perdurandone la configurabilità alla stregua di un parametro per il giudizio di *repugnancy* degli atti posti in essere dalle autorità canadesi: «Nessuna disposizione della presente Legge sarà ritenuta applicabile all'abrogazione, all'emendamento o alla modifica dei *British North America Acts* adottati dal 1867 al 1930 o di qualsiasi ordinanza, normativa o regolamento emanato in base a essi» (*section* 7(1))[45].

Il tornante istituzionale che apriva la strada all'indipendenza completa del Canada dal Regno Unito si produceva, in tal modo, all'insegna della continuità istituzionale, nel contesto della quale la rigidità costituzionale, da cui scaturiva il potere di controllo delle leggi (alla luce dell'affermazione della predetta garanzia giurisdizionale ordinaria), si conservava, anche se conosceva una significativa restrizione. In effetti, se, prima del 1931, era *tutto* il diritto politico inglese a collocarsi in un rango sovra-legislativo rispetto al diritto canadese, dopo il 1931 questa superiorità restava appannaggio dei soli *British North America Acts*.

---

[44] «*No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion*»: *Statute of Westminster 1931* (22 & 23 Geo. 5, c. 4), *section* 2(2).

[45] «*Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts 1867 to 1930 or any order, rule or regulation made thereunder*»: *Statute of Westminster 1931* (22 & 23 Geo. 5, c. 4), *section* 7(1).

A mantenersi intatto era, ad ogni modo, il fondamento della superiorità, che risiedeva nella provenienza delle leggi da Westminster. La modifica dell'estensione, però, era tutt'altro che irrilevante, poiché aveva l'effetto di privare le corti canadesi del potere di censurare le leggi per violazione dei diritti individuali, giacché nei *British North America Acts* non figuravano, se non in modo assai marginale, disposizioni contenutisticamente inquadrabili all'interno di un *bill of rights*.

La limitazione non era, evidentemente, di poco momento, anche se incideva più sul piano applicativo che su quello teorico, restando comunque ferma una subordinazione del legislatore a norme (di fatto) costituzionali. La teorica della *Parliamentary Sovereignty*, quanto meno nella sua forma più autentica, era dunque esclusa in radice, come lo era da sempre stata nella storia della Confederazione canadese.

Se, dunque, il *Judicial Review of Legislation* non era contestabile sul piano teorico, in termini concreti il suo impatto è stato piuttosto limitato fin quando alle corti non si è offerto un parametro costituzionale più analitico e più focalizzato sui diritti fondamentali. Ciò avverrà con il *Canada Act, 1982*, la legge inglese che procederà alla *patriation* della Costituzione canadese, la quale inciderà considerevolmente sul fondamento della rigidità costituzionale e sulle sue implicazioni[46]. Dal primo punto di vista, la superiorità della legge fondamentale non sarà più il portato della provenienza dell'*Act* da Londra, bensì l'applicazione del principio posto dalla *section* 51(1), del *Constitution Act, 1982* (una delle componenti del *Canada Act*), ai termini del quale la costituzione è «the Supreme Law of Canada»: a questa fonte le leggi devono dunque rispetto in virtù di tale *Supremacy Clause*, che peraltro si collega direttamente alla previsione di vari procedimenti aggravati per la revisione costituzionale. Dal secondo punto di vista, le implicazioni della *patriation* non saranno certo trascurabili, giacché la contestuale adozione di un ricco catalogo di diritti, la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, permetterà alle corti di fare un uso concreto della costituzione anche contro il legislatore.

I mutamenti intercorsi nel 1982 hanno quindi avuto una rilevanza incontestabile, permettendo al sistema di giustizia costituzionale canadese di aprire una nuova fase, connotata da uno sviluppo che, allo stato del diritto anteriore, sarebbe stato semplicemente impensabile. Quello che peraltro va ribadito e rimarcato è che la *patriation*, con tutti i suoi corollari, ha impresso un nuovo slancio a qualcosa che già c'era, anche se in forma assai più modesta. Perché il controllo di costituzionalità delle leggi non è stata un'invenzione degli Anni Ottanta, ma il lascito del periodo in cui il Canada era ancora una colonia e poi un *Dominion* inglese.

4. **Un appunto conclusivo**

Definire, come si è fatto nel titolo di questo scritto, l'ordinamento britannico alla stregua dell'incubatrice del *Judicial Review of Legislation* (al netto di una componente di paradosso di cui si è dato atto in sede introduttiva) può non essere un esercizio da circoscrivere semplicemente alla storia del diritto. Se, infatti, si riconosce una validità a quanto si è venuti

[46] Sulla *patriation* canadese la bibliografia è davvero molto ampia, tanto da rendere vana una selezione che non sia puramente evocativa. Ci si limiterà, allora, a rinviare ai molti contributi offerti dalla dottrina italiana in E. Ceccherini (a cura di), *A trent'anni dalla* Patriation *canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, cit.

dicendo, si impone un ripensamento o, quanto meno, un processo di verifica della tenuta della stragrande maggioranza delle classificazioni correnti relativamente ai sistemi di giustizia costituzionale. Ciò non solo – e forse non tanto – per ridimensionare la valenza fondativa del «mito» marshalliano[47] e, con questo, per traslare verso altri lidi una parte del prestigio di cui il sistema americano di *judicial review* gode anche per la sua origine. In una prospettiva comparatistica, invero, sembra ancor più importante il trarre da quanto si è visto l'idea dell'inopportunità (se non proprio dell'erroneità) di tracciare confini netti – invece sovente proposti – tra le esperienze in cui il controllo di costituzionalità delle leggi è ammesso e le (poche) altre in cui non lo è: le dinamiche sulla cui base un sistema può passare dall'uno all'altro campo sono talmente varie e sfuggenti a qualunque inquadramento che forse conviene sostituire alla tradizionale alternativa una prospettiva che dia maggiore risalto alla pluralità delle forme possibili di giustizia costituzionale, e soprattutto alla loro adattabilità al mutare dei contesti. Da questo punto di vista, lo studio del caso inglese, e in particolare del *Bonham's Case* e della sua storia, sono, effettivamente, quanto di più emblematico possa darsi.

[47] Il richiamo a B. Barbisan, *Nascita di un mito*, cit., è del tutto scontato.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-W3F

Giurisdizione costituzionale

Il sistema di garanzie giurisdizionali inglesi nei procedimenti di estradizione: il caso *Assange*

Mario Serio
Già Professore Ordinario di Diritto Privato Comparato
Università degli Studi di Palermo

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

IL SISTEMA DI GARANZIE GIURISDIZIONALI INGLESI NEI PROCEDIMENTI DI ESTRADIZIONE: IL CASO *ASSANGE*[*]

di MARIO SERIO[**]

ABSTRACT (ITA): Il procedimento di estradizione regolato dal diritto inglese in virtù dell'*Extradition Act* del 2003 si arricchisce del nuovo vigore interpretativo mostrato nel 2024 dalla High Court inglese chiamata a giudicare sul ricorso proposto da Julian Paul Assange, detenuto nel Regno Unito, nei confronti di una propria precedente decisione di accoglimento della richiesta del governo statunitense di sottoporlo in quel paese a processo per una lunga lista di reati e del relativo ordine da parte del ministro competente. La recente pronuncia di accoglimento del ricorso, che ha poi portato alla rinuncia alla richiesta di estradizione da parte del governo straniero, si segnala per aver sapientemente coniugato principi fondamentali della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani con la sua trasposizione inglese avvenuta mediante lo *Human Rights Act* del 1998. In particolare, la High Court ha analizzato, con nitido rigore argomentativo, la compatibilità della richiesta di estradizione e dei motivi posti a suo fondamento con libertà individuali garantite dalla Convenzione, quali la libertà di espressione ed il divieto di discriminazione basata sulla nazionalità. La conclusione è stata negativa, essendosi ritenuto che la celebrazione del processo negli Stati Uniti per fatti inerenti all'attività dell'estradando nell'organizzazione di Wikileaks quale presidio della libera circolazione di notizie di interesse pubblico avrebbe, appunto, messo a repentaglio i valori protetti dalla Convenzione. Su questa base la High Court ha autorizzato lo stesso Assange ad impugnare la precedente sentenza autorizzativa dell'estradizione. Il saggio si concentra sull'analisi delle ragioni legittimanti l'impugnazione sotto il profilo del precedente provvedimento autorizzativo ed esprime un messaggio di fiducia sulla perdurante partecipazione dell'ordinamento inglese, pur dopo la fuoriuscita dall'Unione Europea, ad una lingua comune ai paesi di *civil law* sui temi riflettenti la tutela dei diritti umani. Sotto altro angolo visuale la pronuncia in esame, pur affrontando un caso di non comune difficoltà per una pluralità di aspetti, sembra aver smentito la massima secondo cui *hard cases make bad law*.

ABSTRACT (ENG): The proceedings that have taken place in the United Kingdom courts with regard to the request of THE US Government to extradite Julian Paul Assange for a long list of offences each implying maximum penalties of up to 10 years have attracted a very strong interest worldwide and, at the same time, have provided useful examples of the way the principles enshrined in the 1950 European Convention on Human Rights, and its transposition into the 1998 Human Rights Act, have been interpreted in the light of the dispositions of the Extradition Act 2003. In March 2024 the High Court has granted leave to appeal the previous decision to extradite him by the District Judge and consequently to send the case to the Secretary of State so that he could issue the extradition order. In fact, that decision was found to have been wrong by reason of its being contrary to the non-discrimination based on nationality principle and, as a direct consequence, to article 10 of the Convention protecting the liberty of expression. As a result of the judgment the US Government withdrew its request and Assange has been discharged, following a plea bargain for only one of the 18 original counts, which led to the imposition of a sentence whose length equalled that of the years in prison already served in the United Kingdom. The essay concentrates on the articulated reasons given by the High Court to reaffirm fundamental values. It concludes that the judgment appears to be perfectly in line with universal principles aiming at the protection of human rights and reveals an approvable propensity to let the European Convention permeate to an high degree the English common law, so enabling it to perpetuate its adhesion to a common core of fundamental principles. On the other hand, the decision made in this case by the High Court seems to be perfectly apt to contradict the well-known maxim according to which "*hard cases make bad law*".

PAROLE CHIAVE: Estradizione, Condizioni, Preclusioni.

[*] Contributo sottoposto a *double blind review*.

[**] Già professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Palermo.

KEYWORDS: extradition, assurances, bars to extradition.

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: non sempre "*hard cases make bad law*"; 2. La genesi del procedimento di estradizione nei confronti di Julian Paul Assange e la natura dei reati contestatigli negli Stati Uniti d'America; 3. Il contesto di svolgimento del giudizio del 2024 davanti la High Court inglese; 4. La piattaforma costitutiva della richiesta statunitense di estradizione e la difesa di Assange; 4.1. I motivi addotti per ottenere l'autorizzazione ad impugnare la decisione di estradizione; 4.2. I tre motivi di ricorso accolti; 4.2.1. La violazione dell'articolo 10 della CEDU in tema di libertà d'espressione; 4.2.2. Il pregiudizio a carico dell'estradando in ragione della sua nazionalità straniera; 4.2.3. Il divieto di estradizione discendente dalla insufficiente tutela rispetto al pericolo dell'inflizione della pena di morte; 5. L'articolazione della sentenza della High Court; 6. L'epilogo del procedimento davanti la High Court; 7. Le reazioni dei giuristi inglesi: spunti per riflessioni finali all'insegna di un'auspicabile *"koinè"* europea in materia di libertà di espressione.

1. Premessa metodologica: non sempre "*hard cases make bad law*"

È radicata nella tradizione degli ordinamenti di *common law* la massima che dà il titolo a questa premessa. Vasta e qualificata è la letteratura giuridica sviluppatasi in entrambe le sponde dell'Atlantico per definire, spiegare, ridurre a razionalità, o quanto meno dotare di un fondamento storico-fattuale l'aforisma, ossia decretarne la validazione alla stregua delle concrete circostanze nelle quali esso è stato invocato. L'occasione è data allorché si tratti di giustificare decisioni che si prevede possano lasciare il campo a perplessità soprattutto in ordine alla loro coerenza con un già ben definito assetto precedenziale[1]. Perché inevitabilmente nel corpo vivo del diritto giurisprudenziale, il *judge-made law*, è destinato ad inserirsi il tema del rapporto tra la particolare difficoltà del caso in relazione alla sua soluzione ed alla sua importanza, da una parte, e, d'altra parte, la coerenza sistematica che una siffatta declinazione ordinamentale esige. È noto che la stessa espressione "*hard cases make bad law*", la cui fortuna nel tempo si è accresciuta in misura diretta della sua capacità di richiamare prestigiose riflessioni, è stata tenuta a battesimo in specifici contesti giurisprudenziali al cui interno, già nella mente degli stessi giudici, aveva iniziato ad insinuarsi il rovello che la decisione che si accingevano a prendere avrebbe potuto essere influenzata dalle peculiari circostanze del caso, con la consapevole conseguenza dell'apertura di una pericolosa breccia nella struttura dell'intero sistema giurisprudenziale[2].

[1] Sulla rilevanza del principio dello *stare decisis* come contrassegno qualificante il *common law* inglese si può veder G. CRISCUOLI - M. SERIO, *Nuova introduzione allo studio del diritto inglese*, seconda edizione, Milano, 2021, 285 ss. Naturalmente indimenticabili sono le pagine dedicate all'aderenza al precedente, in quanto portato di un elemento subconscio del processo decisionale, di B. N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, rist. 1949, 142 ss.

[2] L'espressione appare già in una sentenza inglese del 1837 nel caso inglese *Hodgens v Hodgens* (1837) 7 Eng Rep. 14, in cui Lord Wynford dichiarò di essere a conoscenza dell'espressione in parola, aggiungendo che si sarebbe astenuto dal rafforzarla con la propria sentenza in materia di assegno di mantenimento coniugale nell'ipotesi di scioglimento del matrimonio. In un altro caso inglese del decennio successivo, *Winterbottom v Wright* (1847) 152 Eng Rep 402, riguardante il diniego di affermazione di una responsabilità vicaria, che pur le speciali circostanze avrebbero suggerito, uno dei giudici della corte chiamata a pronunciarsi, Rollf, disse che gli *hard cases* possiedono l'attitudine ad introdurre *bad law*. Ancor più sferzante, ed al tempo stesso illuminante, fu l'opinione dissenziente del giudice Holmes della Corte suprema statunitense che, in un caso legato alla normativa in materia di cartelli anticoncorrenziali, *Northern Securities Co. v United States* 193 US 197 (1904), disse che quelli che vengono considerati "*great cases*", lo sono non tanto per la loro intrinseca importanza quanto per la capacità di suscitare nel giudice sentimenti di tale intensità emotiva da portarlo a

Giova in questa sede preliminare ad uno studio circoscritto ad una specifica vicenda, che pur ha attratto l'attenzione planetaria per effetto della sua obiettiva importanza sia sul piano esistenziale della parte interessata sia nel campo dei principi che governano gli stati democratici, limitare l'analisi sulla massima ai soli riflessi definitori di un "*hard case*" al fine di verificare l'apponibilità dell'etichetta al caso cui questo saggio è dedicato e riguardante la nota e travagliatissima storia processuale ed istituzionale del giornalista australiano Julian Paul Assange. Ben può osservarsi a mo' di esordio che quel caso appare soddisfare tutti i parametri ormai da tempo circolanti, ed illustrati nelle note che precedono, per l'attrazione di una vicenda giudiziaria determinata nell'orbita degli "*hard cases*". E ciò tanto se ne venga considerata la difficoltà decisoria correlata alle questioni dedotte in giudizio quanto se ne svetti la rilevanza nei termini prima enunciati[3]. Caso difficile, come si vedrà, a causa della numerosità e complessità delle questioni giuridiche venute in rilievo con riguardo a normative di vertice, costituzionale e sovranazionale, nonché della altrettanto ardua riduzione ad omogeneità nel concreto quadro decisorio. Ed ancora, caso rilevante non soltanto per i destini della persona ma anche per la natura dell'attività professionale esercitata e per la compressione che la stessa avrebbe potuto subire in conseguenza della difficile decisione da adottare. Tornando, tuttavia, al quesito ed alla conseguente risposta che si avvolge attorno alla nota massima[4], può anticiparsi che, a dispetto della sua

numero 1/2024

decisioni distorsive dell'assetto normativo. Si espresse a tal proposito raffigurando la suggestione indotta dalle particolari circostanze di un caso come se si trattasse dell'esercizio di una sorta di pressione idraulica che rendono dubbie e soggette alla loro deroga nel caso concreto regole prima incontrastate: «*a kind of hydraulic pressure which makes what previously was clear seem doubtful ,and before which even well settled principles of law will bend*».

[3] Abbondano gli impegni definitori della nozione di *hard case*, di cui in questa sede possono, per ragioni di concisione e per la prevalente necessità di mantenersi aderenti al tema principale della ricerca, si possono dare solo fugaci ed essenzialissimi cenni. R. DWORKIN, *Hard cases*, in *Harvard Law Review*, 1975,1057 ss, ne parla come di quelle fattispecie giudiziali nelle quali manchino regole di qualunque natura, legislativa o giurisprudenziale, precostituite da applicare ai fini della decisione. Egli ritenne, peraltro, che la decisione degli *hard cases* debba fondarsi su argomenti di principio e non su considerazioni di pura *policy*. P. HEATH, *Hard cases and bad law*, in *Waikato Law Review*, 2008,1 ss, ascrive l'aforisma alle ipotesi in cui un caso difficile da risolvere possa determinare l'offuscamento della chiarezza e della purezza del diritto applicabile ed incoraggiare soluzioni fondate su eccezioni o interpretazioni forzate dirette ad assicurare la giustizia del caso concreto. SUJA THOMAS, *How atypical hard cases make bad law*, in *Wake Forest Law Review*, 2013, 989 ss. scrive che le corti di giustizia non dovrebbero dar luogo a mutamenti dell'assetto giuridico in casi in cui esso possa essere motivato dalla atipicità dei fatti con il rischio di estendere il mutamento anche a circostanze tipiche, cioè prive di quegli elementi di specialità che potrebbero alimentare *one-off decisions*. Un recentissimo studio, su cui si tornerà in seguito, S. SHAHASHAHANI, *When Hard Cases Make Bad Law. A theory of How Case Facts Affect Judge-made law*, in *Cornell Law Review*, 2024, 1 ss. offre un interessante contributo alla materia sotto un duplice punto di vista. In primo luogo perché individua il cuore del problema generato dagli *hard cases* in ciò che esso si manifesta laddove una soluzione giuridica consolidata determinerebbe un aggravamento (*hardship*) della posizione di una parte, inducendo il giudice alla tentazione di distorcere la regola vigente allo scopo di prevenire tale esito. In secondo luogo l'autore isola tre distinte ipotesi di *hard cases*: a) quelli in cui non sia possibile riconciliare la particolarità della fattispecie con le regole vigenti, b) quelli in cui la difficoltà è in diretta relazione con l'importanza assunta dalla decisione, c) quelli, infine, resi difficili dal fatto che la loro peculiarità è di intensità tale da produrre il rischio di un conflitto con il diritto vigente.

[4] L'originale studio di S. SHAHSHAHANI, *When hard cases make bad law*, cit. propone un criterio algoritmico per l'individuazione di un *hard case* nel dichiarato proponimento di preservare l'edificio globale del diritto dal rischio di distorsioni che potrebbero sorgere dall' abuso del ricorso alla semplificazione in via equitativa, e,

stentoreità, l'esito finale del tortuoso, faticoso ed oscillante procedimento di estradizione di Assange, appunto un "*hard case*", non è stato affetto dalla pessimistica previsione di una sua soluzione all'insegna del cattivo governo del momento ricognitivo, interpretativo e decisorio dell'area problematica implicata. Non si è, pertanto, in presenza di una distorsione giuridica, quanto, al contrario, di una conclusione alla quale si è potuti, infine, pervenire in virtù del saggio connubio tra gli aspetti irripetibili e singolari del caso e la cornice giuridica di inquadramento. Le analitiche ragioni di una simile affermazione andranno affiorando nel corso dello svolgimento della ricerca cui deve, pertanto, rinviarsi. Ma sin d'adesso può iniziare a svilupparsi la linea esplicativa di questo incoraggiante risultato. Esso appare il frutto del ragionevole, e costituzionalmente orientato (nel senso proprio degli ordinamenti stranieri intervenuti), adeguamento alla concreta fattispecie del nugolo di principi e fattori formanti di varia natura-legislativa, giurisprudenziale, dottrinaria-destinati a governarla. Da qui il superamento dei timori e delle ombre proiettati dalla massima citata nel preambolo, che, almeno con riferimento alla specifica vicenda, sembra doversi convertire nella speculare affermazione che anche gli *hard cases* possono essere suscettibili di produrre *good law*[5].

2. La genesi del procedimento di estradizione nei confronti di Julian Paul Assange e la natura dei reati contestatigli negli Stati Uniti d'America

Se si cercasse una conferma del peso che, anche nel campo giuridico, la globalizzazione dell'informazione ha via via guadagnato sarebbe esemplarmente illustrativo il caso riguardante le attività poste in essere in quel settore dal giornalista australiano Julian Paul Assange ed i loro riflessi giudiziari, fino alla richiesta della sua estradizione formulata nei confronti del governo britannico da quello statunitense.

Ed infatti, il complesso procedimento trova genesi proprio nella creazione da parte dell'estradando di Wikileaks, definita nei documenti giudiziari inglesi come «un'organizzazione di dimensioni multinazionali diretta alla tutela di dissidenti interni, rivelatori anonimi di fatti di interesse pubblico, giornalisti e partecipanti a forme socialmente diffuse di comunicazioni elettroniche che corrano il rischio della sottoposizione a procedimenti giudiziari o ad altre minacce in relazione alla loro attività giornalistico-

quindi, derogatoria, della difficoltà del caso. Egli, infatti, scrive, con una punta di provocazione intellettuale seppur votata ad una causa apprezzabile, che ad un sistema flessibile ma incerto di buone regole è preferibile uno fondato su un sistema inflessibile di cattive regole.

[5] La dialettica che avvolge il quesito circa la intrinseca proclività degli *hard cases* a generare *bad law* ha trovato stimolanti echi in R.F.V. HEUSTON, *Hard cases make bad law*, in *Dublin University Law Journal*, 1978, 31 ss. L'autore, attraverso una complessa analisi storico-critica, manifesta la sua convinta partecipazione all'idea tradizionale assertiva della veridicità dell'adagio negli stessi termini in cui si era espresso l'anno precedente nel caso *Moyniham v Greensmith* (1977) jr 64, relativo ad una controversia peculiare in tema di decorrenza della prescrizione dell'azione per danni da lesioni personali patiti dall'attore disabile rimasto vittima di un incidente automobilistico, il giudice irlandese Murmangham che aveva proprio parlato di "*old adage still being true*". Si riconosce, tuttavia, la profondità del pensiero di chi, come il *Master of the Rolls* del tempo, Lord Evershed, aveva scritto che casi all'apparenza difficili possono, comunque, produrre *good law* nel senso che una decisione ben argomentata la quale trovi il conforto di una corte di vertice può concorrere a costituire un affidabile e duraturo principio di diritto.

pubblicistica»[6]. La ramificazione e la precisione delle attività informative sviluppate da Wikileaks sin dal 2006, anno della sua costituzione, hanno destato nel tempo gravi preoccupazioni nel governo statunitense per lo specifico motivo che l'organizzazione aveva sollecitato l'acquisizione di materiale informativo espressamente indicato e relativo a documenti militari e dei servizi segreti, nonché immagini fotografiche, idonei a dimostrare gli abusi commessi da parte dell'amministrazione Obama nei confronti di prigionieri detenuti nella baia di Guantanamo e sottoposti a particolarmente aggressive forme di interrogatorio. L'efficacia della rete informativa, evidentemente invisa ai governi statunitensi succedutisi negli anni, crebbe in ragione dell'apporto prestato da un'analista dei servizi segreti americani, impiegata nei primi anni 2000 in Iraq nella campagna militare che portò alla destituzione ed alla esecuzione capitale di Saddam Hussein, Chelsea Manning, che trasmise a Wikileaks informazioni rilevanti utilizzando, in violazione di un accordo di riservatezza con il proprio datore di lavoro, le chiavi di accesso al sistema informatico. Tali notizie costituivano il sostrato probatorio degli abusi in danno dei prigionieri iracheni detenuti a Guantanamo. L'attività informativa dell'analista fu capillare, protratta nel tempo ed articolata in molteplici canali, tra i quali i filmati degli interrogatori cui i prigionieri erano sottoposti. A richiedere le informazioni, racchiuse in oltre 700.000 documenti di varia natura forniti dalla fonte, FU proprio Assange che provvide alla loro pubblicazione su Wikileaks tra il 2010 ed il 2011. La diffusione di tale materiale fu reputata dal governo statunitense una minaccia alla sicurezza nazionale in quanto, tra l'altro, rendeva pubblica l'identità di agenti segreti impiegati dall'amministrazione nella campagna irachena, esponendoli alle rappresaglie del gruppo terroristico guidato da Osama Bin Laden. Su questa base fu formulata la prima richiesta di estradizione di Assange – posteriormente più volte modificata o integrata – nel dichiarato presupposto che egli fosse perfettamente consapevole dei pericoli che la pubblicazione avrebbe comportato.

Contemporaneamente alle accuse formulate nei confronti del giornalista da parte del governo USA, l'organo rappresentativo della pubblica accusa svedese (la *Swedish Prosecution Authority*) emise nel dicembre 2010 un ordine di arresto europeo per i delitti di violenza sessuale (dichiarati prescritti nel 2017, con conseguente rinuncia all'azione penale) ai danni di due donne, chiedendo al Regno Unito, nel quale Assange si trovava, l'estradizione. Questa, seppur concessa dalle autorità britanniche, non ebbe mai esecuzione perché il giornalista godette dell'immunità di sede diplomatica in quanto ospitato nell'ambasciata di Londra dell'Ecuador. Lì si trattenne fino alla primavera del 2019, allorché fu tratto in arresto, con modalità sulla cui liceità sono state avviate indagini da parte dell'autorità giudiziaria spagnola, dalla polizia inglese per la violazione di disposizioni sulla libertà condizionata. Da allora, e fino alla fine del giugno 2024, Assange è stato trattenuto presso le prigioni inglesi, in attesa della pronuncia definitiva della magistratura sulla richiesta di estradizione per rispondere di 18 capi d'accusa formulata dal governo statunitense. Con una pronuncia del dicembre del 2021 della High Court in composizione collegiale è stata

[6] «*A multi-jurisdictional organization to protect internal dissidents, whistle-blowers, journalists and bloggers who face legal or other threats related to publishing*».

accolta la richiesta del governo richiedente di annullamento della pronuncia del giudice distrettuale del gennaio precedente di iniziale rigetto della richiesta di estradizione in considerazione delle possibili pulsioni al suicidio che la detenzione in un carcere americano di massima sicurezza avrebbe potuto provocare in una psiche già molto provata come quella di Assange. Rimessa, pertanto, la causa al primo giudice, questi aveva accolto la domanda di estradizione, disponendo l'invio degli atti al ministero dell'interno per l'emanazione dell'ordine di esecuzione, poi emesso nel 20227.
L'estradando ha, quindi, chiesto alla High Court in formazione monocratica l'autorizzazione ad impugnare l'ordine di estradizione: con pronuncia del giugno 2023 del giudice Swift la richiesta è stata rigettata in esito ad un procedimento puramente cartolare (*on papers*) e senza la partecipazione delle parti attraverso la discussione orale.
Contro l'ordine di estradizione conseguente all'autorizzazione all'estradizione emanata nel 2022 è stato, infine, proposto da Assange ulteriore ricorso, deciso nel marzo 2024 con la sentenza cui è dedicato il presente studio, alla High Court in formazione collegiale (la Presidente della King's Bench Division Sharp ed il giudice Johnson): più esattamente il ricorso ha avuto ad oggetto l'autorizzazione ad impugnare davanti al giudice d'appello tale ordine.

3. Il contesto di svolgimento del giudizio del 2024 davanti la High Court inglese

La sentenza della High Court in commento rende sin dall'inizio chiaro che, in effetti, il ricorso ad essa sottoposto, sebbene riproponga formalmente il tema dell'autorizzazione all'impugnazione della decisione di accoglimento della domanda di estradizione del giudice distrettuale *Baraitser* in sede di rinvio, è in effetto diretto contro tale provvedimento, di cui è stato contestato il merito con nove motivi, tre dei quali soltanto, come si vedrà, sono stati giudicati fondati, con la conseguenza dell'accoglimento della domanda autorizzatoria all'impugnazione.
La prima questione che occorre affrontare ai fini della determinazione dell'oggetto e del perimetro del giudizio in questione riguarda proprio i limiti dell'intervento della High Court sul ricorso dell'estradando e le condizioni in astratto necessarie per il suo accoglimento in relazione allo scopo ed ai presupposti dell'estradizione alla luce della normativa inglese in materia costituita dallo *Extradition Act* del 2003. Non è casuale che la prima preoccupazione della corte sia stata quella di muoversi in un non semplice equilibrio tra due sponde che altrimenti sarebbero rimaste irrimediabilmente distanti e tra loro irriducibili ad unità: quella della compatibilità della pronuncia con il fondamento solidaristico e di cooperazione internazionale che sta alla base dell'estradizione e l'altra della conciliabilità dell'istituto con le fondamentali regole di natura pattizia, ma in sostanza simmetriche a quelle appartenenti al dominio del diritto internazionale consuetudinario cogente, volte a tutela dei diritti fondamentali della persona. La rigorosa delimitazione del

[7] Sulla sequenza procedimentale si può vedere M. SERIO, *Estradizione e diritti umani. Riflessioni sulla sentenza della High Court inglese nel caso Assange*, in *Questione Giustizia on line* del 3 agosto 2022.

punto di incontro tra queste esigenze spiega la grande cautela con la quale la High Court si è mossa, senza per questo rinunciare ad innalzare una solidissima barriera a difesa dei diritti umani minacciati dalla consegna di cittadini a paesi stranieri che non presentino garanzie sufficienti di protezione integrale di tali categorie di diritti, quali, in particolare, assicurati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, trasposta nel Regno Unito grazie allo *Human Rights Act* del 1998, entrato in vigore nell'ottobre di due anni dopo.

Ed invero, la premessa concettuale che accredita la pronuncia di una affidabilità intrinseca, sottraendola al sospetto del cedimento all'onda emotiva, è ineccepibilmente delineata nel senso della valorizzazione dell'estradizione come condivisibile manifestazione di un disegno cooperativo in ambito internazionale ("*comity*") orientato al fine di consentire al paese che la richiede di sottoporre a processo o all'espiazione della pena già inflitta una persona che a vario titolo si trovi nel territorio di quello destinatario della richiesta. Questa tendenza, largamente circolante nella comunità internazionale, è stata irrobustita con una base di diritto interno costituita dai risultati delle conclusioni raggiunte nel 2015 dalla commissione parlamentare sull'estradizione istituita presso la House of Lords[8] secondo cui è tipico dei procedimenti di estradizione che ogni paese accetti "fino ad un certo punto" le regole del processo penale di altri paesi. E ciò alla luce della natura cooperativa dell'istituto operante in forza di accordi bilaterali. Nell'individuazione dei margini di operatività della suddetta accettazione la High Court assegna un posto di rilievo alla Convenzione europea del 1950, che sostanzialmente gioca il ruolo di un possibile controlimite, come è effettivamente accaduto nel caso di specie. Del resto, il meccanismo dell'estradizione corre lungo il binario della leale reciprocità, abbandonato il quale cesserebbe la concreta applicabilità dell'istituto. Proprio allo scopo di garantire l'incanalamento delle richieste di estradizione nell'alveo della stretta legalità sin dal 1870 il parlamento inglese si è dotato di leggi in materia, l'ultima delle quali è appunto l'*Extradition Act* del 2003. Questo si esprime chiaramente disponendo che il diniego di estradizione potrà solo conseguire alla ricorrenza delle specifiche condizioni ostative in esso previste (quali la contrarietà alle previsioni dello *Human Rights Act* 1998 e, in via genetica, alla Convenzione del 1950), la cui assenza, al contrario, rende dovuto l'accoglimento della richiesta.

Così inquadrato il contesto normativo in cui inscrivere la fattispecie, è stato affrontato il tema processuale, di diretta afferenza a presupposti e condizioni legittimanti l'accoglimento dell'istanza autorizzativa della proposizione dell'impugnazione dell'assenso giudiziale – poi trasfuso nell'apposito decreto ministeriale – all'estradizione. Questione, ovviamente, centrale nell'economia della decisione ed ancorata all'accertamento della erroneità delle pronunce della autorizzazione alla cui impugnazione davanti al competente giudice d'appello si tratta. Il punto merita una particolare attenzione per la peculiarità, che da esso si trae, del sistema processuale inglese delle impugnazioni. Esso, in realtà, esibisce un non lieve grado di promiscuità concettuale tra l'impugnazione vera e propria, intesa nella sua

[8] *Select Committee on Extradition Law*, secondo rapporto della sessione 2014-2015 pubblicato nel marzo 2015.

prospettiva rescissoria, ed il preliminare momento autorizzativo alla relativa proposizione. Ed infatti, sebbene nominalmente distinte, le due operazioni generano nella loro concreta declinazione il serio pericolo della sovrapposizione e, in ultima analisi, della loro indistinguibilità. Non si vede una realmente perspicua linea di confine tra di esse, quando la seconda – che dovrebbe essere esclusivamente dedicata alla delibazione in astratto della sussistenza dei requisiti autorizzativi – si trasforma di fatto nella valutazione specifica della fondatezza delle ragioni dell'accoglimento nel merito della futura impugnazione, la cui decisione è, in sostanza, anticipata da parte di un giudice diverso da quello in futuro eventualmente designato[9]. Un precedente della stessa High Court del 2018[10] è utile solo a chiarire lo spazio di intervento del giudice della (eventuale) impugnazione (e non anche di quello dell'autorizzazione) avendo affermato che, ai sensi della sezione 104 (3) della legge del 2003, questi possa statuire che il giudice distrettuale, che aveva accolto la domanda di estradizione, avrebbe dovuto emanare una decisione differente su una questione rilevante la quale, ove adottata, avrebbe recato come inevitabile conseguenza la liberazione dell'estradando nel frattempo privato della libertà in pendenza del procedimento autorizzatorio.

Assunta questa prospettiva ben si spiega la precedente osservazione per cui in sostanza il procedimento svoltosi davanti la High Court abbia avuto come oggetto principale la erroneità della decisione della giudice distrettuale di accoglimento – in sede di rinvio da altro collegio della stessa High Court – della domanda di estradizione.

4. La piattaforma costitutiva della richiesta statunitense di estradizione e la difesa di Assange

L'impostazione sistematica data dalla High Court al tema devoluto alla propria cognizione, tutta incentrata sulla sostenibilità logica e giuridica della decisione autorizzativa dell'estradizione e della sua congruenza rispetto alla tavola dei principii e dei valori posti a presidio della persona (in primo luogo dal testo convenzionale), riconduce direttamente ed inevitabilmente alla disamina del fondamento della richiesta statunitense con particolare riguardo alla natura delle incriminazioni al cui avallo conferma avrebbe dovuto essere indirizzato il processo da celebrare nel paese richiedente. Perché l'accurata ponderazione delle accuse, riguardate nel loro aspetto possibilmente incidente sulla menomazione dei diritti umani dell'estradando, costituiva la più sicura strada di accesso per sincerarsi dell'esattezza della prima decisione di accoglimento della richiesta. Questa, a seguito di progressive modificazioni dell'originaria struttura, era stata proposta con riferimento a 18 capi d'accusa – ciascuno prevedente una condanna non inferiore a 10 anni di reclusione – , presentava il comune denominatore della violazione di norme: a) disciplinanti l'accesso informatico a dati sensibili per la sicurezza nazionale; b) poste a salvaguardia della sicurezza nazionale nel caso di indebite propalazioni di dati ad essa relativi illecitamente conseguiti,

[9] Ciò è tanto vero che, nel caso di specie, alla decisione autorizzativa della futura impugnazione ha fatto seguito la rinuncia alla richiesta di estradizione da parte del governo statunitense.
[10] *Love v United States of America* (2018) EWHC 172 (Admin).

con particolare riguardo ad informazioni ottenute da cittadini iracheni ed afghani, infiltrati grazie all'opera dei servizi segreti americani, la cui vita sarebbe stata in pericolo a causa delle minacce di vendetta proclamate da gruppi di Talebani.
A ciascuna di queste imputazioni ha risposto il giornalista nelle varie fasi processuali sia confutandole nel merito sia additando il clima di terrore, instaurato ai suoi danni, che nella sua area esistenziale avrebbe trovato fertile terreno di coltura e disseminazione.
Il fulcro difensivo, la cui ricaduta è stata talmente vasta nel processo da formarne il vero elemento portante, è costantemente consistito nella doppia allegazione del preminente interesse pubblico alla diffusione (protetta dall'articolo 10 della Convenzione europea del 1950 e dal primo emendamento della Costituzione statunitense) delle notizie a beneficio della conoscenza di gravi atti criminali compiuti dall'amministrazione americana e, per altro verso, dell'assoluta carenza di qualsivoglia pregiudizio patito da chicchessia. Si aggiungeva che, al contrario, la divulgazione aveva consentito di salvare innumerevoli vite umane e contribuito all'avvio di procedimenti penali nei confronti degli autori dei delitti di cui si era data informazione, in particolare di quelli legati alla famigerata tecnica delle "*extraordinary renditions*"[11]. Assange ha sempre denunciato il trattamento persecutorio, violento ed inumano posto in essere ai suoi danni da una "*special CIA rendition team*" nonché le modalità illecite e contrastanti con l'immunità diplomatica attraverso le quali egli era stato prelevato, mediante il decisivo apporto dell'impresa incaricata della sicurezza, dalla sede diplomatica ecuadoregna a Londra per essere condotto in una prigione inglese. Nei confronti della medesima impresa un testimone, garantito dall'anonimato, ha reso una dichiarazione scritta secondo cui essa si trovava in una posizione utile per fornire informazioni dalle quali sarebbero scaturite varie possibilità di assassinare Assange.

4.1 I motivi addotti per ottenere l'autorizzazione ad impugnare la decisione di estradizione

Come si è visto la struttura del procedimento autorizzativo dell'impugnazione della pronuncia di estradizione svoltosi davanti la High Court ricalca il modello proprio dei gravami in quanto il risultato prefissosi dal ricorrente è solo conseguibile attraverso la dimostrazione dell'erroneità del provvedimento e, più in particolare, in virtù della segnalazione di quelle specifiche fallacie argomentative senza le quali il primo giudice non avrebbe che potuto ordinare la liberazione dell'estradando in luogo dell'esito opposto. È, pertanto, conseguenziale che la tecnica espositiva propria del ricorso debba seguire le medesime regole applicabili ai giudizi di impugnazione veri e propri e, quindi, snodarsi in singole, analitiche censure mosse alla pronuncia contro cui si chiede l'autorizzazione a proporre una successiva impugnazione ad effetti caducatori. Ed infatti, il ricorso di Assange

[11] Su cui si veda la durissima sentenza della Corte EDU del 23 febbraio 2016 in *Nasri and Ghali v Italy* (n. 44883/09), preceduta da quella in *El Masri v Macedonia* del 2013 emanata dalla Grande camera della stessa Corte la quale condannò lo stato convenuto a risarcire un cittadino tedesco illegalmente consegnato alle autorità statunitensi in vista della "*extraordinary rendition*" all'Afghanistan. Sul tema, con riguardo al noto caso *Abu Omar*, è intervenuta con nettezza la Corte costituzionale con sentenza 24 del 2014 in materia di limiti del segreto di Stato.

si è caratterizzato per la deduzione di nove distinti motivi di denuncia dell'erroneità della decisione di estradizione del giudice distrettuale. Segue adesso la loro succinta enunciazione: successivamente la ricerca si concentrerà, per ragioni di concisione, unicamente sui tre accolti: e cioè, rispettivamente, il quarto come riflesso diretto dell'accoglimento di quello successivo, il quinto ed il nono.
Il primo motivo ha avuto ad oggetto la lamentata violazione delle disposizioni del trattato bilaterale di estradizione tra Regno Unito e Stati Uniti d'America che la vieta in caso di delitti politici, quali quelli contestati all'estradando.
Il secondo motivo ha censurato l'accoglimento della richiesta di estradizione in quanto avente ad oggetto delitti riflettenti opinioni di carattere politico, in dispregio del precetto posto dalla sezione 81 (3) dell'*Extradition Act* del 2003.
Il terzo motivo ha denunciato l'incompatibilità dell'estradizione con l'articolo 7 della Convenzione Europea del 1950 che, in omaggio al principio di legalità, esclude la possibilità di irrogare pene in difetto di apposita previsione di legge.
Il quarto motivo ha segnalato l'incompatibilità dell'estradizione con l'articolo 10 della CEDU che tutela la libertà d'espressione.
Il quinto motivo ha lamentato la violazione della sezione 81(b) dell'*Extradition Act* del 2003 sotto il profilo che nel giudizio da svolgersi nello stato richiedente l'estradizione si sarebbe potuto verificare un pregiudizio nei confronti dell'imputato in ragione della sua nazionalità straniera.
Il sesto motivo si è incentrato sulla prospettica violazione delle regole del giusto processo che si sarebbe potuto celebrare negli Stati Uniti, con conseguente lesione del principio posto dall'articolo 6 della Convenzione europea.
Il settimo motivo ha denunciato la violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione stabiliti rispettivamente a protezione del diritto alla vita ed in funzione proibitiva di trattamenti inumani e degradanti.
L'ottavo motivo ha ribadito la contrarietà della decisione di estradizione alle regole generali del trattato bilaterale che la vietano nel caso di delitti politici.
Il nono motivo ha segnalato la preclusione all'estradizione determinata dalla necessità di protezione degli imputati dalla pena di morte.

4.2 I tre motivi di ricorso accolti

Si è anticipato che solo tre dei nove motivi sono stati accolti dalla High Court che, su questa base, ha concesso l'autorizzazione ad impugnare la precedente decisione di impugnazione. Essi vanno partitamente analizzati.

4.2.1 La violazione dell'articolo 10 della CEDU in tema di libertà di espressione

Il quarto motivo di ricorso è stato basato sulla violazione dell'articolo 10 della CEDU regolante la libertà di espressione, cui corrisponde il primo emendamento della Costituzione americana, che la celebrazione del processo contro Assange negli Stati Uniti

per i reati contestatigli potrebbe causare. La censura ha sì trovato accoglimento, ma, come già detto, unicamente perché riflesso indiretto della dichiarata fondatezza del quinto motivo. Questo, a propria volta, sviluppa la tesi che esclude – anche sulla base di precisi elementi fattuali – la possibilità che pure i cittadini stranieri si avvalgano della protezione del primo emendamento della Costituzione, richiamato, in concorso con l'articolo 10 della CEDU, in seno al quarto motivo. A fini illustrativi appare, pertanto, necessario cogliere i nessi che legano le due censure per dedurne l'attitudine della seconda ad influenzare positivamente la precedente, che altrimenti sarebbe stata giudicata priva di pregio dirimente.

È noto che la norma include nel proprio cerchio di protezione anche il diritto di diffondere informazioni senza interferenze di pubbliche autorità: l'argomento è stato utilizzato dalla difesa del ricorrente per sostenerne la violazione in caso di estradizione. Esso, tuttavia, dopo un puntuale percorso ricostruttivo degli orientamenti giurisprudenziali interni e sovranazionali, non ha superato il test della sua intrinseca capacità dimostrativa dell'errore nel quale sarebbe incorsa la prima giudice. E ciò perché la tutela invocata, sotto l'ombrello protettivo dell'art.10, a favore di giornalisti e denuncianti anonimi *("whistle-blowers")* non può ritenersi di carattere assoluto, cioè illimitato, ma soggetta a limiti, quale la difesa della sicurezza nazionale, del tutto atti a bilanciare il diritto alla libera informazione ed espressione del pensiero. La High Court ha cercato, ottenendolo, il conforto della giurisprudenza di Strasburgo ed in particolare di un recentissimo precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo[12], cui sarà dedicata la parte finale della ricerca. In questa sentenza è stato, bensì, fissato il principio della meritevolezza della tutela, a favore di dipendenti pubblici e privati, della libertà di espressione nei luoghi di lavoro, pur soggetta a specifiche condizioni. Nell'identificazione di tali fattori condizionanti la piena copertura dell'articolo 10 la Corte europea ne ha isolato un congruo numero, riconoscendone la necessità di concreta ricorrenza. Tra essi vanno ricordati: la possibilità o meno di avvalersi di canali comunicativi diversi da quello adottato per la diffusione di una determinata informazione; l'interesse pubblico all'informazione stessa; l'autenticità di questa; il pregiudizio eventualmente subìto dal datore di lavoro; la buona fede dell'informatore; la gravità della sanzione inflittagli in conseguenza della propalazione. La High Court ha complessivamente reputato che tali condizioni positive non fossero presenti nel caso di specie e che, in ogni caso, di fronte ad essi si ponessero in funzione antagonista altri elementi collegati alla pubblicazione delle informazioni, quali il pericolo per la sicurezza nazionale, la perdita di credibilità dei servizi segreti, il pregiudizio economico e reputazionale per le persone identificate in relazione ai fatti denunciati. Traccia di questi fattori controbilancianti il valore espresso dall'articolo 10 è stata rinvenuta in articoli di autorevole stampa internazionale (*The Guardian, The New York Times, El Pais, Der Spiegel, Le Monde*) che concordemente proclamavano la grande pericolosità per la sicurezza nazionale della pubblicazione delle scottanti notizie veicolate attraverso Wikileaks. Altra robusta

[12] *Halet v Luxembourg* del 2023.

prospettazione è stata offerta a sostegno del motivo di ricorso in esame da Assange: essa non ha colto nel segno[13]. In particolare, la difesa ha fatto leva sulla nota deduzione della patente violazione di diritti nascenti dalla Convenzione del 1950[14] impeditiva dell'estradizione. Il punto di partenza per l'analisi in materia è notoriamente costituito, sia per la congruità del principio espresso sia per il prestigio di chi l'ha pronunciato, dall'opinione di Lord Bingham of Cornhill in un caso-guida deciso nel 2004 dalla House of Lords[15]. Si disse allora che la ragione per la quale il patente diniego o la grossolana violazione (NdA di un diritto convenzionale) vanno presi in considerazione consiste soltanto nel fatto che – nell'ipotesi in cui il diritto venga completamente negato o sostanzialmente disconosciuto nel paese di destinazione (NdA dell'estradando) – ben può dirsi che il trasferimento nel paese straniero dia vita all'inadempimento degli obblighi convenzionali degli stati contraenti quale che possa essere l'interpretazione o quali che siano gli argomenti spesi a sostegno delle ragioni del paese richiedente[16]. Ora, nel percorso motivazionale della High Court risuonano molto nitidamente quelle parole e, ancor di più, l'assetto logico che le sorregge, conducendo a conclusioni opposte a quelle auspicate dal ricorrente. In sintesi, è stato escluso il *"flagrant denial"* alla luce di un doppio ordine di ragioni eterogenee. In primo luogo, il presidio dell'art. 10 della Convenzione è perfettamente surrogabile dal primo emendamento (si vedrà, discutendo del quinto motivo, quanto l'osservazione rivesta primaria importanza nella decisione) della Costituzione americana, pienamente in grado di assolvere la funzione di garanzia della libertà di espressione del pensiero protetta in sede convenzionale. In secondo luogo, la High Court ha ritenuto, in coerenza con la classificazione della libertà in parola – alla stregua del ricordato precedente del caso europeo *Halet* – tra quelle di carattere non assoluto ma *"qualified"*, bisognose, cioè, di indici qualificanti sia in senso positivo (meritevolezza dell'interesse protetto) sia in senso negativo (assenza di controindicazioni di rango equivalente) e dimostrativi del fatto che tale carattere difettasse in ragione della gravità dei rischi connessi alla rivelazione dell'identità di persone operanti sotto copertura nei servizi segreti americani. Ma, ancor più perentoria è stata la conclusione secondo cui l'attività posta in essere da Assange non si accordava con i principi di un giornalismo responsabile («*tenets of responsible journalism*»).

Ad un primo sguardo potrebbe trarsi l'impressione che la vana aratura, da parte del ricorrente, del terreno della libertà assicurata dall'art. 10 CEDU come causa ostativa

[13] Non ha costituito oggetto di impugnazione la statuizione del primo giudice che ha rigettato l'originaria eccezione secondo cui l'estradizione produrrebbe la lesione della cosiddetta "*dual criminality rule*", ossia della inveterata regola del diritto inglese che esige che i reati per i quali si chiede l'estradizione siano perseguibili siano nel paese richiedente sia in quello destinatario della richiesta. È stato, infatti, ritenuto che entrambi gli ordinamenti prevedessero le medesime figure delittuose, il cui perseguimento non avrebbe, d'altro canto, dato vita a contrasto con l'art. 10 CEDU.

[14] «*Flagrant denial to a qualified Convention right*».

[15] *Regina v Special Adjudicator ex parte Ullah* (2004) UKHL 26.

[16] «*The reason why flagrant denial or gross violation is to be taken into account is that it is only in such a case-where the right will be completely denied or nullified in the destination country - that it can be said that removal will breach the treaty obligations of the signatory state however those obligations might be interpreted or whatever might be said by or on behalf of the destination state*».

all'estradizione equivalesse al fallimento dell'intera architettura difensiva fondata sulla compressione di diritti fondamentali di origine convenzionale. In effetti, la ragionata pronuncia della High Court sembra essere adeguatamente riuscita nell'intento di trovare un punto di equilibrio tra la tensione garantista dei diritti umani convenzionalmente riconosciuti e le pulsioni securitarie per il cui soddisfacimento con tanta grinta si era sempre battuto il governo statunitense. Ed il giusto dosaggio è stato sublimato attraverso un intelligente passaggio nel quale si è affermato che il fine cui ispirare il proprio giudizio dovesse essere quello del recupero di una visione funzionale della tutela dei diritti umani dell'estradando, cioè dell'accurata ricerca di fonti normative idonee ad impedire che all'estradizione corrispondesse la loro plateale violazione in danno dell'estradando: da qui l'elevamento del primo emendamento della costituzione statunitense a baluardo e punto di riferimento, con le importanti conseguenze di cui ora ci si occuperà.

4.2.2 Il pregiudizio in danno dell'estradando in ragione della sua nazionalità straniera

L'esame del quinto motivo di ricorso si rivela di importanza essenziale nella trama motivazionale. La relativa censura è stata formulata avendo come riferimento la sezione 81(b) dell'*Extradition* Act del 2003 che previene la possibilità di estradizione nell'ipotesi che il processo da svolgersi nel paese richiedente possa recare pregiudizio all'estradato a causa della sua nazionalità straniera. Le preoccupazioni di Assange hanno radice in alcuni elementi di fatto – refluenti sulle conseguenti valutazioni di diritto – incontrovertibilmente documentati che la High Court ha elevato ad indici dimostrativi della concreta probabilità dell'effettiva realizzazione del pregiudizio temuto. Il primo sintomo prognostico della mancata fruibilità nel processo americano eventuale della determinante garanzia del primo emendamento è stato ravvisato nella dichiarazione resa in sede stragiudiziale dal rappresentante della pubblica accusa statunitense che aveva espressamente negato che ai cittadini stranieri competesse quella tutela di ordine costituzionale. Concetto rafforzato da analoga affermazione effettuata nell'aprile 2017 dall'allora direttore della CIA, Mike Pompeo, che in seguito sarebbe stato nominato Segretario di Stato durante l'amministrazione Trump. Egli, infatti, così si espresse: l'estradando non gode di alcuna delle libertà sancite dal primo emendamento perché non è cittadino americano. Il concorso di queste circostanze darebbe corpo, secondo il ricorrente, al timore che il processo americano si sarebbe svolto con la privazione dei diritti costituzionalmente previsti dal primo emendamento. La tesi, riproposta davanti la High Court, non aveva avuto successo davanti al giudice distrettuale che l'aveva ritenuta infondata alla stregua di un giudizio di fatto fondato sulla affermata irrilevanza delle due circostanze prima descritte in quanto inidonee a dimostrare che il giudizio americano sarebbe stato per il prospettico imputato negativamente influenzato dalla sua nazionalità straniera. Del tutto diverso è stato l'approccio seguito dalla High Court in punto di diritto. Ed infatti, la stessa, pur rilevando che la questione da decidere era di fatto in quanto vertente su un profilo afferente alla legge straniera applicabile, ha, tuttavia, sottolineato la peculiarità della questione stessa («*a question of fact of a peculiar kind*») rispetto alla quale ben potrebbe giustificarsi l'intervento di un giudice

in sede di impugnazione del provvedimento del giudice del grado inferiore[17]. Su questo presupposto la High Court ha attribuito valore chiarificatore della posizione di cittadini stranieri sottoposti alla giurisdizione statunitense in procedimenti nei quali potrebbe agitarsi il tema dell'applicabilità di norme costituzionali ad una sentenza della US Supreme Court[18] in cui fu affermato, per bocca dell'estensore Kavanaugh, che vige una consolidata regola che non riconosce ai cittadini stranieri, presenti in un territorio straniero, la titolarità di diritti che trovino fonte nella costituzione statunitense[19]. Tirando le somme di questo complesso intreccio fattuale e giuridico la High Court ha concluso che, anche in considerazione della particolare qualità professionale delle persone (il titolare dell'azione penale ed il capo della CIA) che avevano anticipato l'esclusione delle garanzie costituzionali per un cittadino straniero, dimorante in territorio straniero, come Assange, e dell'esistenza del precedente della Suprema Corte, era possibile prevedere che ciò avrebbe potuto portare ad un'applicazione nei suoi confronti delle garanzie offerte dal primo emendamento in una maniera differente, e sostanzialmente deteriore, rispetto a quella che sarebbe stata posta in essere a favore di un cittadino statunitense versante nelle medesime condizioni.
Ne è derivato un doppio ordine di conclusioni. La prima è stata quella di ritenere fondato il motivo e, di conseguenza, di autorizzare in base ad esso la proposizione dell'impugnazione contro l'originaria decisione di accoglimento della richiesta di estradizione. Il secondo risultato prodotto dal ragionamento della High Court è stato di accogliere anche il quarto motivo di ricorso concernente la violazione dell'art. 10 CEDU. Ed infatti, seppure, come visto, tale violazione non sia stata riscontrata in via autonoma e diretta, essa scaturisce come effetto meccanico della mancata applicazione prospettica del primo emendamento, ciò che fa risorgere la rilevanza della tutela dell'art. 10 in quanto norma corrispondente nel contenuto a quella costituzionale che, per le ragioni esposte, non sarebbe fruibile dall'estradando. In questo senso l'inapplicabilità di quest'ultima renderebbe, data l'omogeneità sostanziale, inapplicabile anche la norma convenzionale e, quindi, solleciterebbe la dichiarazione della sussistenza della specifica causa ostativa dell'estradizione ai sensi dell'*Extradition Act* del 2003.

4.2.3 Il divieto di estradizione discendente dall'insufficiente tutela rispetto al pericolo dell'inflizione della pena di morte

Con l'ultimo motivo di ricorso si sono con successo fatte valere le disposizioni di cui alle sezioni 94 e 95 della legge inglese fondamentale in tema di estradizione che la precludono nel caso di possibile inflizione nel paese straniero della pena di morte o di mancato rispetto del principio cosiddetto di *"specialty"*, consacrato nella sezione 95 dell'Extradition Act, in base al quale la possibilità di estradizione è soggetta a regole cogenti che riguardano sia il tipo di reati per i quali si procede nel paese straniero sia altre forme di tutela che devono

[17] Viene citato il precedente *Parkasho v Singh* (1968) P 233 con l'autorevole opinione del giudice Cairns.
[18] *Agency for International Development v Alliance for Open Society International* (2020) 140 SC 2082.
[19] «*It is long settled as a matter of American constitutional law that foreign citizens outside United States territory do not possess rights under the US Constitution*».

essere riconosciute all'estradando. Ricorrendo tali ipotesi, sul Segretario di Stato inglese incombe il dovere di ordinare la liberazione dell'estradando. La High Court ha ritenuto fondata la tesi della difesa in punto di rischio di imposizione, e successiva esecuzione, della pena di morte. Lo scenario di fronte al quale si è trovata la corte inglese era particolarmente frastagliato, anche se la stessa ha saputo adeguatamente governarlo. Da un lato, infatti, si collocavano due circostanze che astrattamente avrebbero potuto scongiurare il rischio; d'altro canto, erano acquisiti agli atti significativi elementi di segno opposto, in effetti ritenuti prevalenti sugli altri. Quanto alle prime, è stato osservato che nessuno dei reati contestati ad Assange contemplava, di per sé, la pena capitale; nella stessa direzione guardava l'assicurazione fornita nel precedente grado di giudizio dal governo americano che garantiva all'imputato la possibilità, al termine del processo, di trasferimento in Australia per scontare l'eventuale pena inflittagli dai giudici statunitensi. Al cospetto di questi elementi se ne ponevano altri di carattere elisivo. In primo luogo, erano state raccolte pubbliche dichiarazioni, riportate sia dalla stampa internazionale sia dagli organi di informazione "sociale", di figure di spicco della politica americana, quali Donald Trump, prima della sua elezione a Presidente, e di Sarah Palin, già candidata alla vice-presidenza, che auspicavano che ad Assange fosse inflitta la pena capitale in considerazione della gravità del tradimento della sicurezza nazionale perpetrato con la pubblicazione delle informazioni riguardanti le campagne in Iraq ed Afghanistan. Ed ancora, ha osservato la High Court in relazione all'assicurazione fornita dal governo richiedente, essa, pur essendo nello spirito contraria alla comminazione della pena di morte, non si sottraeva al rischio di un'interpretazione restrittiva della sua portata e, comunque, tale da precluderne in senso assoluto la inflizione. Ed allora, i giudici si sono pronunciati per la plausibilità del motivo di ricorso, e, quindi, per la solidità del suo fondamento nel successivo giudizio di impugnazione vero e proprio, enunciando una serie cumulativa di ragioni, qui di seguito passate in rassegna: a) la possibilità di formulazione in giudizio di accuse per le quali sia prevista la pena di morte; b) la pubblica richiesta, da parte di influenti politici, dell'imposizione di tale punizione in esito al processo americano; c) il fatto che il trattato bilaterale USA-UK al suo articolo 7 non precluda l'estradizione per reati punibili con la sanzione capitale; d) la circostanza che l'assicurazione governativa non copra esplicitamente dal pericolo della pena di morte.

5. L'articolazione della sentenza della High Court

In conclusione, il contenuto dispositivo della sentenza della High Court si dipana lungo il seguente percorso. Tre dei motivi di ricorso (il quarto, il quinto ed il nono) costituiscono di per sé validi fondamenti per la successiva impugnazione della originaria sentenza di accoglimento della richiesta di estradizione in quanto raggiungono l'obiettivo prefigurato. Essi, infatti, invocano la tutela del primo emendamento della costituzione americana, denunciano il possibile pregiudizio nascente dalla nazionalità straniera dell'estradando e, infine, paventano l'inflizione della pena di morte. Tuttavia, viene richiamato il principio

espresso dalla Divisional Court[20] della medesima High Court nel giudizio di impugnazione promosso dal governo richiedente contro l'originario rigetto, da parte della giudice distrettuale Baraitser, della domanda di estradizione, che riconosce il potere della corte competente su siffatte richieste di ammettere in ogni fase del giudizio le assicurazioni offerte dallo stato richiedente, pena l'ingiustificata protrazione della durata dell'intero procedimento che potrebbe arricchirsi dell'ulteriore fase dell'impugnazione del diniego dell'estradizione per mancato esame delle stesse assicurazioni[21].

A questa stregua con la propria sentenza del 24 marzo 2024 la High Court ha sottoposto la propria autorizzazione in favore del ricorrente ad impugnare, in relazione ai tre motivi accolti, la decisione di estradarlo negli Stati Uniti alla condizione sospensiva della mancata presentazione entro i 55 giorni successivi, e, quindi, entro il successivo 20 maggio, di assicurazioni soddisfacenti, ossia idonee a fugare i timori espressi nei motivi stessi. La mancata presentazione (o, come sarebbe poi avvenuto, la rinuncia ad essa) delle assicurazioni avrebbe reso definitiva l'autorizzazione all'impugnazione della decisione di estradizione, mentre in caso positivo si sarebbe disposta la riapertura del contraddittorio tra le parti in ordine all'efficacia probatoria ed alla rilevanza decisoria delle assicurazioni.

6. L'epilogo del procedimento davanti la High Court

L'impatto emotivo ed in senso lato politico che la sentenza della High Court, solo in circoscritti ambienti pronosticata, ha provocato è stato molto alto anche in rapporto ai timori espressi dalla comunità internazionale per la sorte di Assange[22]. La pressione dell'opinione pubblica, alimentata anche dalla circolazione di notizie che destavano fondato allarme sulle condizioni fisiche e psicologiche del prigioniero ha probabilmente svolto un ruolo di persuasione morale verso il governo statunitense il quale ha rinunciato ad insistere nelle assicurazioni depositate nel termine giudizialmente fissato[23].

Il ritiro delle assicurazioni tempestivamente prestate ha fatto sì che si potesse considerata avverata e, pertanto, avverata la condizione dedotta in sentenza. Su tale presupposto, con ordinanza monocratica del 28 giugno 2024, la High Court, preso atto del mancato avvalimento, da parte del paese richiedente, della facoltà di insistere nelle assicurazioni

[20] *Government of the United States v Assange* (2021) EWHC 3313 (Admin).

[21] «*A court hearing an extradition case, whether at first instance or on appeal, has the power to receive and consider assurances whenever they are offered by a requesting state … a refusal to accept the assurances in this case, on the ground that they had been offered too late, would be likely to lead only to delay and duplication of proceedings* …».

[22] Solo in Italia, tra il luglio e l'agosto 2023, è stato sottoscritto da centinaia di persone impegnate nel mondo della giustizia un appello per la liberazione di Assange, oggetto di commento nella prima pagina del quotidiano La Stampa del 22 luglio 2023 da parte di V. ZAGREBELSKY, dal titolo "*La lotta per Assange tutela il giornalismo*". Sui lati oscuri dell'ordalia giudiziaria del giornalista e della sua creatura mediatica è utilissimo il riferimento al volume di STEFANIA MAURIZI, *Il potere segreto-Perché vogliono distruggere Julian Assange*, prefazione di KEN LOACH, Milano 2021.

[23] Nell'aprile 2024 il governo statunitense ha inviato a quello inglese per via diplomatica due assicurazioni. La prima, ritenuta soddisfacente dalla difesa di Assange, riguardante l'impegno alla non inflizione della pena di morte in caso di condanna; l'altra, giudicata, al contrario, vaga, afferente alla possibile applicazione del primo emendamento. Sul punto si può vedere B. ZAGARIS, *British High Court allows Assange to bring new appeal gainst U.S. extradition request*, e dottrina ivi citata alle note 1-8, in *International Enforcement Law Reporter*, 2024, 256 ss.

previste, ha congiuntamente disposto la liberazione di Assange, ancora in stato di detenzione; annullato la decisione di estradizione adottata dal Segretario di Stato; ordinato l'estinzione del procedimento con cancellazione delle udienze fissate per l'ipotesi di deposito delle assicurazioni stesse.

Nel frattempo, il giornalista ha raggiunto un accordo processuale con il titolare dell'azione penale negli Stati Uniti in forza del quale egli si è sottoposto, due giorni dopo aver lasciato la prigione inglese, al processo penale in un gruppo di isole del Pacifico rientranti nella giurisdizione di quel paese, le Northern Marian Islands (consensualmente scelte in quanto le loro corti erano accreditate di assoluta serenità di giudizio), in relazione ad un unico capo di accusa tra quelli originariamente contestatigli. In particolare egli si è dichiarato colpevole di aver agito in concorso con Chelsea Manning al fine di ottenere illecitamente e diffondere documenti riservati relativi alla sicurezza ed alla difesa nazionali, nella consapevolezza del pregiudizio che a queste la loro divulgazione avrebbe cagionato. Nell'ambito di questo negozio di diritto processuale, noto nell'esperienza americana come *"plea bargaining"*, la Corte lo ha dichiarato colpevole, condannandolo alla pena di 62 mesi di reclusione, corrispondenti a quelli effettivamente scontati nel Regno Unito. In considerazione di tale sentenza, prevedente anche il divieto per Assange di recarsi in futuro senza autorizzazione negli Stati Uniti d'America, si è definita ogni pendenza giudiziaria; egli ha potuto, pertanto, far ritorno in Australia, proprio paese d'origine.

numero 1/2024

Ha così avuto termine una vicenda di risonanza globale le cui ricadute sul piano giuridico sono molteplici e di grande rilievo, anche in termini di robustezza del sistema di garanzie che l'ordinamento inglese, in chiusura di un tortuoso itinerario processuale a fasi alterne, si è mostrato capace alla fine di assicurare in un'occasione in cui il tema delle libertà individuali ha impegnato le sue corti di giustizia.

7. Le reazioni dei giuristi inglesi: spunti per riflessioni finali all'insegna di un'auspicabile *"koinè"* europea in materia di libertà d'espressione

Si è ricordata all'esordio la vasta eco suscitata dai plurimi procedimenti penali promossi nei confronti del giornalista australiano in varie parti del mondo. La risonanza è andata accrescendosi in diretta proporzione della scottante materia nella quale si innestava il profilo giudiziario. La libertà di informazione, la inammissibilità di freni allo scorrevole flusso informativo, l'interesse pubblico allo scoperchiamento degli altarini del potere, la inarrestabile potenza dei mezzi tecnologici quali vettori di notizie, sono stati tutti insieme e ciascuno isolatamente considerato momenti di complessi e sparsi movimenti di opinione che si sono alternativamente incamminati lungo il versante prettamente giuridico e quello dell'aperto dibattito pubblico. Di questa commistione sono fedeli testimoni molti contributi che la dottrina e la pratica giuridica hanno versato sul tema con una ricca varietà di accenti, dai più rigorosi ai meno controllati dal punto di vista della partecipazione emotiva. Tuttavia, non sembra essere mai mancata la bussola di riferimento costituita dalla riconduzione delle considerazioni, anche le più caustiche, al recinto della giurisprudenza sui diritti umani. Una sicura conferma è data dall'intervista, risalente al 14 marzo 2022,

rilasciata da Mads Andenas[24], notissimo giurista norvegese di fama internazionale ed all'epoca Relatore speciale dell'ONU sulla tortura. Pronunciandosi sulla piega sfavorevole ad Assange – di cui era in corso il procedimento di estradizione – che la storia processuale stava prendendo, egli si espresse in termini molto risoluti affermando che il creatore di Wikileaks era vittima di una detenzione arbitraria ed esposto ad una illegale persecuzione giudiziaria nel Regno Unito. Opinione al tempo stesso impietosa ed altamente qualificata ma poggiante su una precisa considerazione di diritto, ossia che la protratta detenzione, per di più in un odioso regime di isolamento, in un penitenziario inglese fosse sin dall'origine priva di base giuridica in quanto traente spunto dall'accusa di condotte unicamente sussumibili sotto l'ombrello protettivo della libertà d'espressione. Ancor più pretestuoso appariva agli occhi dell'intervistato l'arresto eseguito per la violazione delle norme in materia di libertà condizionata malgrado l'insussistenza dell'addebito a causa della illecita intrusione delle forze dell'ordine in una sfera abitativa, l'ambasciata dell'Ecuador, protetta dall'immunità diplomatica. Si tratta, come è innegabile, di obiezioni di saldo sapore tecnico ma non per questo meno appassionate in termini di afflato civile, autentica cifra contraddistintiva delle numerose e determinate campagne favorevoli alla liberazione di Assange. Della loro efficacia deterministica della recente soluzione processuale che ha finalmente condotto alla liberazione del giornalista parla chi[25] nota entusiasticamente che alla fine proprio questi incessanti ed indomiti movimenti hanno saputo produrre il risultato di costringere l'amministrazione Biden a venire a patti con Assange attraverso la proposta del citato accordo processuale[26]. I commentatori hanno concordemente, e comprensibilmente, insistito sulla importanza, ai fini della liberazione di Assange, della pressione mediatica che, difendendo la sua causa, ha segnato un punto irretrattabile di vantaggio per la libertà di espressione. Si è, infatti, sostenuto che quando, al contrario, come pure è accaduto nel caso in questione, il giornalismo tradisce la propria funzione e collude con i governi sono lo spirito stesso della professione ed i principi democratici a finire sotto attacco[27]. Il grave ritardo, addebitabile alle corti inglesi che hanno impiegato 5 anni per concludere, dopo una serie di pronunce contraddittorie, il procedimento di estradizione, con cui si è realizzato l'esito liberatorio è vivacemente sottolineato da chi si avvale per raggiungere questa conclusione dell'opinione di un giornalista conosciuto[28]. L'ammissione di colpa – pur reputata insussistente – effettuata da Assange, in esecuzione dell'accordo stipulato con il governo statunitense, in relazione ad un unico capo di accusa, ha dato modo ad un commentatore di lodarne il coraggioso comportamento, a differenza di quello tenuto da quanti, titolari di responsabilità pubbliche, erano stati raggiunti dalle denunce di

[24] *An inconvenient dissident: Human rights activism in the case of Julian Assange*, in *Acting up*, 2023, 829 ss.
[25] D. LINDORF, *Assange is finally free as America, Britain, Sweden and Australia are shamed*, *Counterpunch*, 28 giugno 2024, on line.
[26] Sulla stessa lunghezza d'onda concettuale si pone B. KAMPMARK, *Assange's return to Australia: the resentment of the hacks*, in *loc. ult. cit.*, 4 luglio 2024 on line, in cui si ricostruisce con dovizia descrittiva l'intero cammino processuale transazionale patito dal giornalista.
[27] B. NIMRI AZIZ, *Sometimes the impossible happens*, *Counterpunch*, 4 luglio 2024 on line.
[28] E. OTTENBERG, *A dark chapter closes: Julian Assange goes free*, *loc. cit.*, 12 luglio 2024, on line, che cita le parole del giornalista Mark Kemand.

Wikileaks e persevererebbero nella commissione di crimini di guerra[29]. Secondo il pensiero di un quotato giornalista inglese indipendente, il destino e l'esempio di Assange, rivolto alla prevenzione di altri, sanguinosi conflitti internazionali, dovrebbero essere assimilati ed avvinti in un'unica sorte, a quello che si combatte a Gaza[30].

Sarebbe però un errore prospettico ed una seria sottovalutazione dell'intrinseco valore di queste dure posizioni ove se ne trascurasse il loro stretto legame ad indirizzi giurisprudenziali di particolare autorevolezza e di non comune chiarezza espositiva che, per queste pregevoli caratteristiche, hanno saputo svolgere il ruolo di guida sia nel processo decisionale sia in quello di orientamento dell'opinione pubblica non adeguatamente provvista di cognizioni giuridiche.

Si è già rammentata l'importanza attribuita dalla sentenza della High Court, che ha in sostanza decretato la liberazione di Assange, ad una pronuncia del 2023 della Corte europea dei diritti umani nel già citato caso *Halet c Lussemburgo*[31]. Per più di una ragione il caso va approfondito. Da un primo punto di vista, appare subito evidente che ad esso la High Court ha attribuito grande importanza quale modello ispiratore della propria decisione. Questa, infatti, si è immessa senza esitazioni nel largo solco (della protezione) dei diritti umani la cui somma promozione non può che celebrarsi proprio davanti i giudici di Strasburgo. Ma la sentenza della Corte EDU esibisce ulteriori motivi di interesse. Ve ne è uno, intanto, di carattere estrinseco, ma non per questo di minor significato. Ed infatti, la decisione del caso *Halet* che ha così largamente influenzato nell'anno successivo la High Court è stata adottata dalla Grande Camera in riforma di quella, risalente all'11 maggio 2021, di una camera semplice. I fatti di causa presentavano una non trascurabile affinità con quelli da cui muovevano le accuse ad Assange: almeno dal punto di vista dei principi che ne facevano da cornice. Ed infatti, il ricorrente nei confronti di una sanzione pecuniaria di 1000 euro comminatagli da un giudice lussemburghese per la rivelazione di documenti riservati del settore pubblico era il dipendente di una società multinazionale, la *PricewaterhouseCoopers* (PWC) operante nel campo delle consulenze fiscali. In particolare, essa era specializzata in materia di rimborsi, detrazioni, agevolazioni tributarie a favore della propria clientela, prevalentemente formata da grandi imprese radicate nella scena internazionale. Tali benefici erano, a propria volta, il frutto di accordi raggiunti con le autorità lussemburghesi competenti. La documentazione attestante i vantaggiosi effetti di taluni di questi accordi per i clienti della PWC era stata inizialmente ed indebitamente trasmessa da un altro ex dipendente della società ad un giornalista: la successiva pubblicazione, avvenuta nel 2011, delle informazioni aveva dato luogo ad un grosso scandalo noto come Luxleaks. A seguito di questa prima ondata di notizie il ricorrente, ancora impiegato presso la PWC, si determinò a consegnare allo stesso giornalista 16 ulteriori documenti riguardanti siffatti accordi: anche di tale flusso informativo fu dato

[29] H. SCHLANGER, *An innocent man pleads guilty, while the criminals he exposed are still committing war crimes*, in *Executive Intelligence Review*, 2024, 29 ss.
[30] J. COOK, *War on Palestine. How the fates of Gaza and Julian Assange are sealed together*, in *Pacific Journalism Review*, 2024, 14 ss.
[31] (GC) 21884/18.

risalto mediatico nel corso di un programma televisivo dedicato ad una seconda "*Cash investigation*" andato in onda nel 2013, cioè un anno dopo la prima trasmissione sul tema. Il ricorrente, dopo essere stato identificato, fu licenziato e sottoposto a procedimento penale conclusosi con la condanna alla pena pecuniaria prima indicata. Diversa fu la sorte dell'altro dipendente della multinazionale: allo stesso, infatti, la corte penale attribuì l'immunità connessa alla sua qualità di "*whistleblower*", ossia di informatore anonimo protetto, appunto, in ragione dell'utilità delle sue informazioni, dall'accusa addebitatagli[32].
Nel primo grado di giudizio davanti la Corte EDU, avente ad oggetto l'accertamento della violazione dell'articolo 10 della Convenzione del 1950 sotto il profilo della lesione del diritto di libertà di espressione e di informazione, la Camera adìta, con una maggioranza di 5 a 2, rigettò il ricorso ritenendo che la rivelazione dei documenti riservati non identificasse un sufficiente interesse pubblico alla loro diffusione di rilevanza tale da controbilanciare il pregiudizio sofferto dal datore di lavoro. La sanzione applicata fu, per altro verso, ritenuta proporzionata al fatto.
Su istanza dell'originario ricorrente il caso fu devoluto alla cognizione della Grande Camera. Questa, nel febbraio 2023, con una maggioranza di 12 voti a 5 (ma 4 di questi ultimi, tra i quali il Giudice italiano Raffaele Sabato, furono espressione di un'opinione dissenziente limitata ad un singolo punto dell'opinione prevalente), ha affermato l'avvenuta violazione da parte dello stato convenuto dell'art. 10 CEDU e lo ha condannato al risarcimento nella misura di 15.000 euro a favore del ricorrente oltre che al pagamento delle spese generali per 40.000 euro. È stata, al contrario, rigettata la domanda tendente ad ottenere l'equa soddisfazione ("*just satisfaction*"). Il ragionamento della Corte dei diritti umani è stato molto accurato, attento alle circostanze del caso concreto oltre che ai propri principi, ed ha così incoraggiato la High Court a prenderlo a mutuo.
Gli elementi caratterizzanti il caso *Halet* possono così riassumersi: il suo svolgimento nell'ambito di un rapporto di impiego privato, la preesistenza di obblighi contrattuali di mantenimento del segreto lavorativo incombente sul dipendente, la già attuata divulgazione di altri dati analoghi ad opera di una persona diversa dal ricorrente. Ponendo sui piatti di un'ipotetica bilancia della giustizia questi fattori eterogenei la Corte di Strasburgo ha osservato che nella fattispecie non si poneva tanto un problema di interessi in conflitto (doveri contrattuali v libertà di informazione), quanto di loro contemperamento sotto l'egida dell'art. 10. Ingaggiato questo compito la Corte a maggioranza non si è mostrata reticente nel reputare che la bilancia pendesse a favore del pubblico interesse all'informazione, al cui soddisfacimento la condotta del ricorrente aveva contribuito in modo essenziale. Ad aggravare il giudizio di inconciliabilità della sentenza penale di condanna pronunciata dal giudice dello stato contraente nei confronti del ricorrente stava anche la circostanza, opportunamente soppesata dalla Corte EDU, che questi avesse, in

[32] In *Halet* la Corte EDU osserva che manca a livello sovranazionale un'inequivoca definizione giuridica della nozione di "*whistleblower*". Questo non ha, tuttavia, impedito alla stessa Court, pur riluttante ad impegnarsi in un'operazione tassonomica troppo rigida, ad elaborare una serie di regole applicative dalle quali ha tratto impeto la decisione di singoli casi: *Guja c Moldova*, deciso dalla Grande Camera il 12 febbraio 2008 (C-14277/04), relativo ad un pubblico dipendente ne è esempio.

effetti, ricevuto in precedenza un'altra, ben più dura punizione, consistente nel licenziamento. Il cumulo delle sanzioni, civile e penale, finiva, pertanto, per porsi in contrasto con i dettami più elementari del principio di proporzionalità. Questa la scaturigine della statuizione finale di acclarata violazione dell'articolo 10 della Convenzione da parte dello stato lussemburghese.

La ragione di questa divagazione e del ritorno ad un terreno già esplorato dalla High Court risiede in ciò: seppure l'occasione per la pronuncia inglese sia stata del tutto contingente in quanto afferente ad un procedimento con oggetto del tutto diverso, è assolutamente incontroversa la rilevanza che, per il suo esatto inquadramento dogmatico non meno che per la sua soluzione pratica, ha rivestito il tema della libertà di espressione e, per effetto naturale, di informazione. Quel che, al di là della brillante conclusione del caso Assange in senso conforme ad estesissime aspettative, può cogliersi in una prospettiva più ampia di dialoghi inter-ordinamentali è il fatto che i giudici inglesi non siano rimasti culturalmente e psicologicamente vittime del grave arretramento causato non solo dalla Brexit ma, anche e soprattutto, dai suoi corollari legislativi[33]. È indiscutibilmente benefico l'apporto della giurisprudenza inglese, in primo luogo di quella della Supreme Court con lungimiranza guidata da due giudici di formazione romanistica, il Presidente Lord Reed ed il suo vice Lord Hodge, entrambi scozzesi, indirizzata a non recidere i nessi storico-giuridici con gli ordinamenti continentali ed a continuare ad abbeverarsi alle fonti di una *"koinè"* di rasserenanti principi che rinvengono la loro culla nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani del 1950. Solo il concreto inveramento di tali principi nella vita quotidiana degli stati membri, come la dilaniante storia deli procedimenti riguardanti Paul Julian Assange dimostra, può garantire l'appaiamento del passo della civiltà giuridica con quello del progresso democratico europeo. Dal punto di vista sistematico il caso esaminato sembra potersi a buona ragione annoverarsi tra quelli che, muniti di un alto grado di difficoltà secondo gli indici qualificativi illustrati nella premessa, non per questo si risolvono in momenti alterativi del sistema, potendo – secondo la lungimirante intuizione di Lord Evershed[34] – al contrario trasformarsi in propellenti della evoluzione di un sistema giuridico e della promozione di valori e principi indissolubili perché rivolti alla protezione di diritti fondamentali.

[33] Ci si riferisce allo *European Union (Withdrawal Agreement) Act* del 2020, solo palliativamente addolcito dal coevo *European Union (Future Relationships) Act* 2020 rivolto ad incrementare il campo delle relazioni tra Regno Unito ed Unione Europea.
[34] V. nota 4.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-J5T

Giurisdizione costituzionale

La Corte Suprema del Regno Unito e i cittadini

Angioletta Sperti
Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

La Corte Suprema del Regno Unito e i cittadini**

di Angioletta Sperti*

Abstract (Ita): A quindici anni dalla entrata in funzione del Corte Suprema del Regno Unito, il contributo analizza le ragioni per le quali la comunicazione istituzionale ha rappresentato per l'organo una delle strategie essenziali. Inoltre, lo scritto si propone di indagare i vari strumenti con cui sino ad oggi la Corte ha curato l'informazione e la trasparenza sul proprio ruolo nella forma di governo e la propria attività, sottolineando come essa ha presentato nel discorso pubblico la propria immagine e si è posta nel complesso in rapporto con i media e con l'opinione pubblica, ma al tempo stesso mettendone in evidenza le criticità.

Abstract (Eng): Fifteen years after the Supreme Court of the United Kingdom was established, the paper analyses why institutional communication represented one of its essential strategies from the beginning. Furthermore, the paper aims to investigate the initiatives with which the Court pursued information and transparency on its role in the system of government and its judicial and extrajudicial activities and explores how the Court forged its image in the public discourse and established a relationship with media and public opinion. It finally highlights the problems concerning the Court's approach to institutional communication.

Parole chiave: Corte Suprema del Regno Unito; media; opinione pubblica

Keywords: UK Supreme Court; media; public opinion

1. La nascita della Corte Suprema del Regno Unito e l'obiettivo della «trasparenza».

Il 12 giugno 2003 il governo britannico, annunciando un rimpasto di governo, comunicò inaspettatamente anche la propria intenzione di avviare una vasta riforma della giustizia. Il progetto di riforma che, com'è noto, condurrà all'approvazione del *Constitutional Reform Act 2005* prevedeva – oltre all'abolizione della carica del Lord Chancellor, all'introduzione di un *Department of Constitutional Affairs* e di un nuovo sistema di nomina dei magistrati attraverso una *Judicial Appointment Commission* – l'istituzione di una Corte Suprema del Regno Unito alla quale sarebbero state trasferite le competenze giurisdizionali assegnate alla *Appellate Committee* della *House of Lords*[1].

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Ordinaria di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

[1] Sulla riforma della giustizia e in particolare sull'istituzione di una *Supreme Court*, nella vastissima letteratura si v. per tutti, A. De Luca, *Una rivoluzione all'inglese: la giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Torino, Giappichelli, 2016, in part. § 3.1 e ss. del capitolo II; F. Gandini, *Brevi note sulla istituzione della Corte Suprema per il Regno Unito,* in *Il Foro italiano,* 2009, parte V, col. 238; A. Osti, *La neo-istituita Supreme Court del Regno Unito: il punto di arrivo di una riforma volta a "dimostrare" l'indipendenza del potere giudiziario,* in *Rivista AIC,* 2 luglio 2010; A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito. La nuova forma di una vecchia idea,* in *Giornale di Storia Costituzionale,* 2006 e Id. *Regno Unito,* Bologna, Il Mulino, 2013. Si v. inoltre, V. Bogdanor, *The New British Constitution*, Oxford, Hart, 2009; A. Le Sueur, *From Appellate Committee to Supreme Court: A Narrative,* in L. Bolm-Cooper, G. Drewry, B. Dickson (eds.), *The Judicial House of Lords,* Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 64 ss.; Lord Pannick, *"Better that a horse should have a voice in that House [of Lords] than that a judge should" (Jeremy Bentham): Replacing the Law Lords by a Supreme Court*, in *Public Law,* 2009, p. 723 ss.; Lord Steyn, *The Case for a Supreme Court*, in 118 *Law Quarterly Review,* 2002, p. 382 ss.; R. Masterman, J.E.K. Murkens, *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law,* 2013, Vol.4 (4), pp. 800-820.

L'intento della riforma fu quello di rafforzare la separazione dei poteri, migliorando l'immagine di indipendenza della magistratura dagli organi politici. Nel *consultation paper* del luglio 2003 il Governo sottolineò, infatti, come a seguito dell'introduzione dello *Human Rights Act 1998*[2] fosse essenziale "minimizzare" il rischio di un'errata percezione del rapporto tra magistratura e politica da parte dell'opinione pubblica e concluse che l'istituzione di una nuova Corte Suprema avrebbe consentito di soddisfare «le aspettative dei cittadini circa l'indipendenza e la trasparenza del sistema giudiziario»[3].

«The considerable growth of judicial review in recent years has inevitably brought the judges more into the political eye. It is essential that our systems do all that they can to minimise the danger that judges' decisions could be perceived to be politically motivated. The Human Rights Act 1998, itself the product of a changing climate of opinion, has made people more sensitive to the issues and more aware of the anomaly of the position whereby the highest court of appeal is situated within one of the Chambers of Parliament»[4].

Il miglioramento della percezione da parte dell'opinione pubblica costituì, dunque, un obiettivo di centrale importanza nella strategia del governo inglese per la riforma della giustizia. Dimostrando piena consapevolezza dell'importanza della comunicazione istituzionale per promuovere la fiducia e il sostegno verso la magistratura, l'esecutivo intese, infatti, rafforzare la separazione dei poteri per fronteggiare le critiche alla procedura di selezione dei magistrati ed alle conseguenze dello *Human Rights Act 1998* in termini di visibilità delle corti superiori. Il Lord Chief Justice Wolf, inizialmente scettico sulla riforma, riconobbe che l'istituzione della nuova Corte Suprema avrebbe presentato "molti reali vantaggi" rispetto alla *Appellate Committee* e reso la corte di ultima istanza "più accessibile e più comprensibile al pubblico"[5].

La Corte Suprema, in particolare, si presentava come una novità nel panorama istituzionale, per quanto l'idea di introdurre una corte superiore fosse riaffiorata più volte, «con andamento carsico»[6], nel pensiero costituzionale britannico sin dalla seconda metà del sec. XIX. Sebbene la *Appellate committee* fosse una corte di ultima istanza, essa era pur sempre "parte di un'istituzione più grande", il Parlamento, il cui ruolo istituzionale, per motivi storici e culturali, è sempre stato particolarmente vivo nella percezione sociale.

Alla scarsa conoscenza da parte del pubblico della *Appellate Committee* contribuiva, inoltre, un tradizionale *self-restraint* nella comunicazione, comune in passato a molte corti costituzionali e supreme. Dal 1955 al 1987 le cd. *Kilmuir Rules* (dal nome del Lord Chancellor Kilmuir) suggerivano ai giudici di non apparire in TV, nel timore che «*every utterance which*

[2] Lo *Human Rights Act 1998*, imponendo ad ogni organo pubblico il rispetto della CEDU, consente alle corti di interpretare («*as far as it is possible to do so*») il diritto interno in senso convenzionalmente conforme ed alle corti superiori di emettere una «dichiarazione di incompatibilità» nel caso di inconciliabilità della normativa interna con la CEDU al fine di stimolare una revisione della normativa vigente.
[3] DCA, *Constitutional Reform: A Supreme Court for the United Kingdom* (2003) CP 11/03, para. 1.
[4] *Ibidem*.
[5] Hansard, HL, vol. 667, col. 759.
[6] Si v. A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito,* cit.

[a judge] makes in public, except in the course of the actual performance of his judicial duties, must necessarily bring him within the scope of criticism. It would moreover, be inappropriate for the Judiciary to be associated with any series of talks or anything which could be fairly interpreted as entertainment»[7]. Inoltre, secondo un'affermazione ricorrente anche in altri ordinamenti, si sottolineava spesso che "i giudici parlano solo attraverso le loro sentenze". Tale argomento è stato di frequente addotto in dottrina e dalle stesse corti costituzionali e supreme a sostegno dell'autorevolezza delle loro decisioni, oltre che per motivare la loro cautela nell'utilizzo dei mezzi di informazione e nei rapporti con l'opinione pubblica[8].

Risultava, tuttavia, evidente che, una volta operata la separazione dal potere legislativo, la Corte Suprema avrebbe acquisito un'identità propria e più definita sul piano istituzionale e che il Presidente ed i suoi componenti avrebbero goduto di maggiore visibilità pubblica. La Corte voluta dal *Constitutional Reform Act 2005* si presentava, infatti, come una "nuova e distinta voce nel panorama costituzionale"[9]. Tale carattere rappresentava certamente un suo punto di forza, ma costituiva anche una potenziale fonte di attacchi e tentativi di delegittimazione. Quando, infatti, il 1 ottobre 2009, la Corte Suprema divenne operante, la stampa quotidiana la accolse nel complesso con toni molto positivi[10], ma non mancò chi – nella magistratura e nei media – ne illustrò il ruolo costituzionale in chiave politica, interrogandosi sul messaggio che avrebbe trasmesso all'opinione pubblica e sulle conseguenze della sua maggiore visibilità pubblica per gli equilibri della forma di governo. Hastings sul *Daily Mail* paventò, per esempio, il rischio di un «*constitutional disaster in the making*», sostenendo che una Corte denominata "suprema" avrebbe finito «*sooner or later to act in a supreme fashion*» and *«seek to emulate its Washington counterpart»*[11]. Lord Collins, il primo *solicitor* nominato Justice della Corte Suprema, osservò: «*It seems to me that, gradually, we will evolve into a different type of body [from the old House of Lords judicial panel], perhaps not as pivotal as the American Supreme Court but certainly playing a much more central role in the legal system and approaching the American ideal of "a government of laws and not of men" - in which the law of the land, as interpreted by judges, is the ultimate authority*»[12]. Inoltre, la dottrina si interrogò su quale messaggio il Presidente ed i singoli giudici avrebbero trasmesso ai *media* e all'opinione pubblica e quanto

[7] Le *Kilmuir Rules* erano state tratte in particolare da una lettera che Lord Chancellor, Lord Kilmuir scrisse nel 1955 alla BBC. Esse furono riviste nel 1987 dal Lord Chancellor, Lord Mackay.
[8] Ho esaminato il significato e le implicazioni di questa affermazione per alcune corti costituzionali europee, in Canada e negli Stati Uniti in *Constitutional Courts, Media and Public Opinion,* Oxford, Hart Publishing, 2023, p. 13 ss. cui mi sia consentito di rinviare.
[9] Cfr. R. Cornes, *A Constitutional Disaster in the Making? - The Communications Challenge Facing the United Kingdom's Supreme Court,* in *Public Law*, 2013.
[10] Cfr. Editorial, *Supreme Court: Britain's October Revolution,* in *The Guardian,* 1 ottobre 2009; K. MacDonald, *Day One: Judges Put Power to the Test,* in *The Times,* 5 ottobre 2009.
[11] M. Hastings, *The Supreme Court – which, within days, will hold sway over British law – is a constitutional disaster in the making,* in *Daily Mail,* 25 settembre 2009.
[12] Ibidem.

avrebbe pesato la personalità individuale del Presidente e dei singoli giudici sulla visibilità dell'istituzione[13].

Alle ragioni di natura istituzionale ed alle specifiche esigenze di comunicazione istituzionale connesse all'introduzione di un nuovo organo giurisdizionale di vertice, deve aggiungersi la consapevolezza delle corti di essere poco note ai cittadini. Un sondaggio commissionato alla vigilia dell'entrata in funzione della Corte Suprema rivelò che il 72% degli intervistati (un campione di un migliaio di cittadini in tutto il Regno Unito) si dichiarava d'accordo con l'affermazione secondo cui «*very few people have heard of it [the Supreme Court] or understand what it will do*»[14].

La difficoltà di farsi conoscere dall'opinione pubblica accomuna tutte le corti costituzionali e supreme, comprese quelle di più lunga tradizione. In Italia, ad esempio, il Presidente emerito G. Amato ha constatato come la Corte costituzionale sia circondata da un "muro invisibile" che la separa dall'opinione pubblica[15]. In Francia, il presidente del *Conseil* L. Fabius ha giudicato confortante la percentuale di cittadini che, secondo un sondaggio commissionato nel 2019, dichiara di conoscere il *Conseil*, ma ha sottolineato come la sua «notorietà resti ancora tutta da costruire»[16]. In Germania e negli Stati Uniti i pochi sondaggi disponibili hanno rivelato uno scarso livello di conoscenza dei cittadini delle funzioni del Tribunale costituzionale e della Corte Suprema, dei loro componenti in carica e dei contenuti delle loro più storiche pronunce[17].

A queste considerazioni devono aggiungersi le esigenze di cambiamento connesse agli sviluppi tecnologici ed alle profonde trasformazioni della comunicazione pubblica degli ultimi quindici anni. Nell'epoca di Internet e dei *social media*, la necessità di una maggiore apertura verso i cittadini e di un rafforzamento della trasparenza è stata sempre più avvertita da tutte le istituzioni, compresi gli organi di garanzia che in passato erano tendenzialmente rimasti estranei al circuito mediatico e comunicativo.

---

[13] E. Ryder, S. Hardy, *Judicial Leadership*, Oxford, Oxford University Press, 2019 e D.L. Rhode, *Leadership in Law,* 69 *Stanford Law Review* 1603 (2017).

[14] Gardant Poll 2019.

[15] G. Amato, *Faith in Dialogue, Not Only in Courts*, in *Italian Constitutional Court. Annual Report 2021*, p. 7, in part. p. 10.

[16] Ivi, p. 5.

[17] La consapevolezza dello scarso livello di conoscenza delle corti costituzionali da parte del pubblico ha costituito anche in Italia, in Francia ed in Germania uno dei principali incentivi per la profonda trasformazione della loro comunicazione istituzionale. Molte iniziative sono state, infatti adottate dalle corti costituzionali non solo per potenziare i tradizionali strumenti di comunicazione (come i comunicati stampa), ma anche per avvicinarsi ai cittadini. Ne danno conto ampiamente, con riferimento all'esperienza italiana, D. Stasio, *Il senso della Corte per la comunicazione,* in *Questione Giustizia,* 2020, 4, p. 156 ss.; S. Pajno, *La Corte mediatica: aspetti positivi e profili problematici di una trasformazione in atto,* in *Questione Giustizia,* 2020, 4, p. 137 ss; P. Passaglia, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale,* in G. Conti, P. Milazzo (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione,* Pisa, Pisa University Press, 2017, p. 109 ss. In una prospettiva di diritto comparato, T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della giustizia costituzionale,* in *Quaderni Costituzionali,* 2023, 1, p. 73 ss. Sia inoltre consentito rinviare ad A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion,* cit., in part. pp. 51-137.

Il breve spazio di questo commento non consente di approfondire adeguatamente le profonde trasformazioni della comunicazione istituzionale delle corti e del loro rapporto con i media, ma può essere utile descrivere molto sinteticamente questa trasformazione come il passaggio dalla *trasparenza* e dall'*informazione* alla *comunicazione* e dal *monologo* al *dialogo* con i cittadini.

La nozione di *trasparenza* è alquanto vaga, ma in connessione con l'*accountability*, in tutte le giurisdizioni dei paesi di tradizione giuridica occidentale, essa è definita come «un attributo fondamentale»[18] ed una «pietra miliare della democrazia»[19], «essenziale per il corretto funzionamento»[20] della magistratura ed è considerata dalle stesse corti costituzionali come una garanzia essenziale della democrazia. È proprio al fine di rafforzare la trasparenza e l'intelligibilità delle proprie decisioni che, per esempio, nel 2016 il *Conseil constitutionnel* francese ha abbandonato la tradizionale tecnica di redazione delle sentenze caratterizzata da una sequenza di "*considérant*", la cui struttura sillogistica, come si è osservato, «*resisted the encroachment of discursive language*»[21]. In Germania, il valore della trasparenza e la sua connessione con il *Rechtsstaatsprinzip* sono simbolicamente rappresentati anche dall'edificio che dal 1969 ospita il Tribunale costituzionale federale, con le sue pareti di vetro, a rappresentare l'apertura verso i cittadini, ma anche la chiarezza e trasparenza del ragionamento giuridico[22]. Analogamente per la Corte Suprema, lo stesso *Constitutional Reform Act 2005* precisa che la Corte Suprema deve essere «*accessible, fair and efficient*»[23].

Negli ultimi anni, tuttavia, a tale esigenza si è aggiunta la consapevolezza della necessità per le corti – in particolare per quelle costituzionali e supreme – di far sentire direttamente la propria voce e di rendere più spedita ed efficace la propria comunicazione. Le corti hanno maturato la consapevolezza dell'utilità di una comunicazione *proattiva* anche al fine di prevenire tentativi di disinformazione e di delegittimazione.

Di conseguenza, esse hanno operato due strategie: da un lato, hanno reso molto più *trasparente* la propria azione, predisponendo strumenti per potenziare e rendere più efficace l'informazione sul proprio ruolo ed i contenuti delle proprie decisioni, nonché per offrire ai giornalisti gli strumenti per riportarli in modo fedele ed accurato.

---

[18] M. Fenster, *The Opacity of Transparency*, in 91 *Iowa Law Review* 885 (2006), in part. p. 888.

[19] K. Kelemen, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, London, Routledge, 2019, p. 163.

[20] M. Beutz, *Functional Democracy: Responding to Failures of Accountability*, in 44 *Harvard International Law Journal* 387 (2003), p. 431.

[21] M. de S-O -L'E Lasser, *Judicial Deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy,* Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 3. Sul tema, si v. anche F. de Paul Tetang, *À propos de la qualité des décisions du Conseil constitutionnel* in 108 *Revue française de droit constitutionnel,* 2016, p. 12; W Sabète, *De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel* in 16 *L'Actualité juridique. Droit administratif AJDA,* 2011, p. 885 ss.

[22] U. Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, VS Verlag, 2010, in part. § 14.3. Sul tema si v. anche P. Passaglia, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D'Alessandro, C. Marchese (eds), *IusDicere in a Globalized World*, Roma, Romatrepress, 2018, p. 183, in part. p. 194 ss.

[23] *Constitutional Reform Act 2005*, s. 45.

In secondo luogo, le corti costituzionali e supreme hanno potenziato la propria *comunicazione*. La nozione di "comunicazione" deve essere distinta da quelle di "trasparenza" e di "informazione", in quanto «prevede sempre un'attività informativa e questa, a sua volta, richiede una corretta comprensione, quindi l'instaurarsi di un canale efficace tra emittente e destinatario, perché venga decodificata ed utilizzata secondo le intenzioni dell'emittente»[24]. Se, quindi, le corti perseguivano in passato prevalentemente informazione e trasparenza rivolgendosi, in senso unidirezionale, all'opinione pubblica o ai giornalisti (il cui compito era quello di tradurre le informazioni in un linguaggio accessibile), oggi le corti si propongono anche l'obiettivo della comunicazione, parlando direttamente ai cittadini ed entrando – come si chiarirà in seguito – talvolta anche in dialogo con loro. Mentre infatti «l'informazione indica usualmente il trasferimento di unità minimali di conoscenza, […] le attività di comunicazione implicano anche un tentativo di persuasione dell'interlocutore e quindi auspicano modifiche dei suoi atteggiamenti e comportamenti»[25].
A distanza di quindici anni dall'entrata in vigore della Corte Suprema del Regno Unito, questo scritto si propone di indagare le strategie e gli obiettivi con cui sino ad oggi il nuovo organo ha curato l'informazione e la trasparenza sul proprio ruolo nella forma di governo ed ha risposto alle sfide e alle nuove esigenze della comunicazione istituzionale, forgiando la propria immagine nel discorso pubblico ed entrando in relazione con i *media* e con l'opinione pubblica.

2. L'organizzazione della comunicazione istituzionale della Corte Suprema del Regno Unito ed il suo rapporto con i giornalisti.

«*Promoting the visibility and helping to maintain the reputation of the Supreme Court*» costituisce una delle priorità di azione della Corte Suprema sin dalla sua istituzione[26].
Il *Constitutional Reform Act* non dispone in merito alla struttura organizzativa della Corte Suprema, né, in particolare, prevede l'istituzione di un *Communication Office.* I primi due responsabili della Comunicazione, fra cui l'*Head of Communication,* furono tuttavia nominati già alcuni mesi prima dell'entrata in funzione della Corte, nel maggio del 2008 e costituirono il primo nucleo di un servizio ancora oggi operante nello staff della Corte Suprema. Questo aspetto dell'organizzazione interna costituisce un cambiamento rispetto alla *Appellate Committee* della Camera dei Lords che non godeva di un proprio servizio stampa e comunicazione, ma godeva del supporto del *Parliamentary Communications and Press Offices.* Il servizio è attualmente composto da un numero limitato di professionisti, perlopiù esperti di relazioni pubbliche, di comunicazione istituzionale e di *social media* con compiti relativi a *media relations, broadcast facilities, online presence, visitor services* e *educational outreach.*
Il principale punto di contatto tra la Corte Suprema e i *media* è rappresentato dal *Press Office* di cui fa parte lo stesso *Head of Communication* che ha il compito *«to provide a comprehensive*

[24] Sul tema si v. per tutti P. Mancini, *Manuale di comunicazione pubblica,* Bari-Milano, Laterza, p. 100.
[25] Ibidem.
[26] Cfr. per esempio il *Mission and Strategic Priorities Plan* , consultabile al seguente link.

service to media professionals seeking information about the Court's hearings and wider work»[27]. Mentre nei primi anni di attività l'obiettivo dell'Ufficio Stampa fu soprattutto quello di «potenziare» il *media engagement,* negli ultimi anni il suo impegno è stato soprattutto quello di «consolidare» il rapporto con i *media* e di «servire» ed «assistere» i giornalisti nell'esercizio della loro attività di *reporting* sulle pronunce[28].

La Corte Suprema ha, infatti, compreso, al pari di altre corti costituzionali e supreme, l'importanza di supportare i giornalisti, agevolandoli nella comprensione di testi complessi e tecnici come le sentenze, tenuto conto dei tempi sempre più rapidi indotti dalla grande velocità di circolazione delle notizie in rete e nei *social media*. Studi condotti in Gran Bretagna hanno, per esempio, evidenziato come articoli o servizi giornalistici inaccurati o addirittura fuorvianti siano spesso dovuti alla difficoltà per i giornalisti di comprendere in tempi rapidissimi gli esiti delle pronunce. L. Moran richiama l'esempio della sentenza della Corte Suprema nel caso *Birmingham City Council v. Abdulla and others*[29] in tema di parità di genere nella retribuzione, di cui un primo *report* apparve su un noto quotidiano appena un minuto dopo la lettura del dispositivo.[30]. Lo stesso Moran nota, inoltre, come il *reporting* si limiti spesso ad illustrare alcune tipologie di sentenze, in grado di attrarre maggiormente l'attenzione del pubblico, con la conseguenza che solo «*a minority of judgments make news and an even smaller number have wide spread coverage*».[31]. Di conseguenza, anche il lettore più attento non è in grado di formarsi un'idea corretta degli ambiti di intervento delle pronunce della Corte Suprema.

Per ovviare a questi limiti del *media reporting* e supportare i giornalisti, la Corte Suprema del Regno Unito segnala loro, tramite *highlights,* gli appelli di maggiore interesse pubblico. La selezione di casi da presentare negli *highlights* non segue delle regole ben precise, ma avviene applicando un "*news sense*" ai casi pendenti[32].

Inoltre, al momento del deposito delle pronunce, la Corte Suprema mette a disposizione dei *press summaries*, molto apprezzati dai giornalisti, dal grande pubblico e dagli studiosi. La loro redazione è regolata da linee guida scritte[33] che precisano che il testo del *press summary* «è limitato a due facciate di un foglio A4» e che deve «illustrare il contesto del ricorso, la decisione della Corte e la motivazione della decisione»[34]. I *summaries* sono redatti dagli assistenti della Corte Suprema di concerto con il *Communication team* e ricevono l'approvazione finale dei giudici. Sono pubblicati sul sito contestualmente al testo integrale della sent-

[27] Si v. il seguente link.
[28] Cfr. L. Moran, *Judicial Institutional Change and Court Communication Innovations. The Case of the UK Supreme Court,* in R. Davis, D. Taras (eds), *Justices and Journalists. The Global Perspective,* Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 255 ss., in part. p. 261, il quale analizza l'evoluzione del rapporto tra *media* e Corte Suprema muovendo dalle parole utilizzate negli *Annual Reports* della Corte Suprema.
[29] *Birmingham City Council v Abdulla and others,* [2012] UKSC 47.
[30] L. Moran, *Judicial Institutional Change,* cit., p. 261.
[31] L. Moran, *op. ult. cit.,* p. 261.
[32] B. Wilson, *Letter to R. Mulhall*, 20 October 2015 (documento nella disponibilità dell'A.).
[33] Sul punto rinvio ad un'intervista da me curata alla *(former) Head of Communication* della Corte Suprema, Sophia Linehan Biggs cui desidero esprimere il mio sincero ringraziamento.
[34] B. Wilson, Letter to R Mulhall, cit.

enza. Tuttavia, la stessa Corte Suprema sottolinea che i riassunti costituiscono un mero ausilio alla comprensione dell'esito e del *rationale* della pronuncia e non dovrebbero essere considerati un testo ufficiale[35].

La Corte Suprema del Regno Unito si pone, quindi, in sintonia con altre giurisdizioni dove, negli ultimi anni, le corti costituzionali e supreme hanno fatto ampio ricorso ai comunicati stampa o a altre tipologie di annunci rivolti prevalentemente ai giornalisti (si pensi, per esempio, ai *Pressemitteilungen* del Tribunale costituzionale tedesco ed al crescente utilizzo del comunicato stampa nella nostra esperienza di giustizia costituzionale).[36]. Secondo una linea di tendenza comune, queste comunicazioni hanno rinnovato il proprio stile e registro, divenendo sempre più strumenti rivolti, oltre che ai giornalisti, anche ad un pubblico non specializzato, mentre in passato, anche in Gran Bretagna si era osservato come i *press releases* fossero scritti in un linguaggio tecnico, difficilmente comprensibile agli stessi giornalisti ed ai cittadini[37].

Questi strumenti si iscrivono, inoltre, nel complesso in un approccio sempre più *proattivo* delle Corti costituzionali e supreme sul fronte della comunicazione istituzionale. Le corti, consapevoli della rapidità nella circolazione delle notizie, hanno infatti compreso l'importanza di parlare *per prime* per prevenire (o limitare) speculazioni e manipolazioni del loro messaggio[38]. Ciò è particolarmente importante per le corti di nuova istituzione, come la Corte Suprema del Regno Unito che ha, infatti, spesso sottolineato «*the importance of being much better at explaining its decisions as well as its role more generally*».[39].

Nei casi più complessi e che attraggono maggiore interesse dell'opinione pubblica, la Corte Suprema adotta un approccio ancor più proattivo nell'informare i giornalisti, fornendo loro un testo scritto che semplifica e chiarisce ulteriormente il contenuto dei *press summaries*. Infine, la Corte Suprema pubblica "*weekly alerts*", «un servizio dal valore inestimabile per i giornalisti»[40] che si propone di illustrare le pronunce imminenti, specificando la data e l'ora del loro deposito.

---

[35] S. Linehan Biggs, *Intervista*, cit.

[36] Sia consentito rinviare per una disamina più completa delle prassi seguite da altre corti costituzionali e supreme ad A. Sperti, *Constitutional Courts, Media and Public Opinion,* cit., p. 62 ss.

[37] Si v. a questo riguardo E. Cornes, *A Constitutional Disaster in the Making,* cit. e J. Rozenberg, *The Media and the UK Supreme Court* in 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 46 (2012) («*Summaries fail to open with a crisp one-liner (a basic of journalism) encapsulating at least who won, "normally, you have to persevere until page two to find out whether or not the appeal has been successful. … They read as if they are written by lawyers, for lawyers." And indeed to a lawyer the summaries do seem to be excellently brief and informative; the problem is that lawyers are not their primary audience»).*

[38] Nel 1993, il Segretario generale del *Conseil Constitutionnel* francese, sottolineò come la comunicazione proattiva stimoli un "circolo virtuoso" nella comunicazione istituzionale poiché le reazioni immediate dei giornalisti aiutano le corti a comprendere il sentimento generale sulle pronunce e a "perfezionare" la successiva comunicazione. Si v. O. Schramek, *La décision du 13 août 1993: impressions et leçons d'un tonnerre estival,* in *Cahiers Du Conseil Constitutionnel* 25 (Dossier: 50ème Anniversaire) (2009), p. 57.

[39] UK Supreme Court, *Note on the Fifth Anniversary Seminar 'How much has changed? And what might change in the years ahead?,* 1 ottobre 2014, disponibile all'indirizzo www.supremecourt.uk/docs/fifth-anniversary-seminar.pdf, p. 8.

[40] Si v. B. Wilson, *Letter,* op. cit.

La maggiore preoccupazione delle corti è, tuttavia, rappresentata dalle fughe di notizie sui contenuti delle pronunce o sul confronto in camera di consiglio. È al fine di prevenire tali rischi, che la nostra Corte costituzionale ha, per esempio, fatto ricorso, soprattutto in passato, ai controversi comunicati stampa anticipatori,[41] mentre altre corti hanno instaurato la prassi degli incontri ristretti con i giornalisti, precedenti il deposito delle sentenze più importanti, al fine di anticipare loro i contenuti delle pronunce e coadiuvarli nell'attività di *reporting.* Questo genere di soluzioni – accolte, per esempio, dalla Corte Suprema del Canada (cd. *in camera briefings*) e dal Tribunale costituzionale tedesco – è adottato anche dalla Corte Suprema del Regno Unito la quale organizza *lock-up meetings* per offrire ai giornalisti delle maggiori testate e alla *Press Association* la possibilità di visionare una copia riservata delle sentenze 45 minuti prima del loro *official release*, a condizione che essi accettino di non divulgarne i contenuti prima del deposito ufficiale.

Queste soluzioni favoriscono l'accuratezza del *reporting*, ma sollevano alcune perplessità al pari dei comunicati stampa anticipatori della nostra Corte costituzionale. La principale obiezione rivolta agli incontri anticipatori ristretti è quella di introdurre disparità di trattamento tra i giornalisti, favorendo una ristretta cerchia di professionisti selezionati. In Germania una prassi analoga è stata oggetto di un lungo contenzioso di fronte ai giudici amministrativi conclusosi con la decisione del Tribunale costituzionale federale di interromperla.[42]. I tribunali sono consapevoli dell'importanza di un *reporting* accurato per perseguire la trasparenza, la visibilità dei casi e anche per favorire la percezione pubblica del proprio ruolo, ma si può osservare che, un approccio più cauto sia comunque da preferirsi quando la pronuncia non è ancora stata pubblicata[43]. Tuttavia, deve riconoscersi che le corti supreme non possono ignorare la realtà del mondo dell'informazione e della comunicazione istituzionale. Come ha osservato una nota giornalista italiana, «le agenzie, i giornali, i tg, informano i cittadini italiani in tempo reale di quanto avviene anche all'interno della Corte, ed è dovere della Corte metterli in condizione di farlo bene»[44].

Questi esempi dimostrano, quindi, come il rapporto tra media e le corti costituzionali e supreme sia contradditorio e talora conflittuale: le corti sono consapevoli dell'importanza del ruolo dei giornalisti nella diffusione delle proprie attività e pronunce, ma d'altro canto temono le conseguenze di una comunicazione parziale, inaccurata o addirittura tendenziosa. Nel Regno Unito, la stampa è stata cruciale per «*staking out [the Supreme Court's] position within the constitutional firmament*», ma la stampa e la Corte costituiscono «*twin independences, linked but separate*»[45]. Come ha scritto Cornes, *«the press conveys stories about the court, but also*

[41] Si v. da ultimo, dopo un forte ridimensionamento del ricorso a tale strumento, il comunicato anticipatorio relativo alla sent. n. 192/2024 relativo all'autonomia differenziata.
[42] Sulla complessa vicenda processuale e sul dibattito dottrinale, sia consentito rinviare a *Constitutional Courts, Media and Public Opinion,* cit., p. 77 ss.
[43] *Ibidem,* p. 82.
[44] L. Milella, *La Consulta sceglie il silenzio stampa. Proprio mentre arriva il governo Meloni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 2 settembre 2023, p. 4.
[45] E. Cornes, *A Constitutional Disaster in the Making,* cit., p. 268.

seeks stories on, and constructs stories about, the Court. It has appetites and agendas. It likes narratives it understands. It can be a relationship of cooperation, but also tension»[46].

3. **La Corte Suprema del Regno Unito ed il suo rapporto con i cittadini.**

È anche al fine di ovviare ai problemi derivanti da una informazione mediata dai giornalisti, che le corti costituzionali e supreme hanno sviluppato negli ultimi anni strumenti ed iniziative per stabilire un rapporto diretto con i cittadini. Anche la Corte Suprema inglese non fa eccezione nel panorama della comunicazione istituzionale delle corti costituzionali e supreme dei paesi di tradizione giuridica occidentale, poiché ha adottato molte strategie per raggiungere i cittadini «*at their doorstep*».[47].

Fra queste la più significativa è senz'altro rappresentata dalle udienze fuori sede, ideate per «avvicinarsi ai cittadini», «uscire dal palazzo» e «conoscere e farsi conoscere».[48]. Pioniera di queste iniziative è stata la Corte Suprema del Canada che nel 1999 decise di trasferirsi a Winnipeg per raggiungere i cittadini residenti in aree distanti dalla capitale e dimostrare loro che la Corte è «accessibile a tutti» e le sue decisioni hanno un impatto diretto sulla loro vita quotidiana.[49]. Nel 2019 l'iniziativa fu replicata con la prima udienza pubblica fuori sede a Winnipeg.

Con lo stesso spirito il *Conseil* francese ha lanciato nel 2019 le *audiences hors le mur* per celebrare il sessantesimo anniversario della Costituzione. Il *Conseil* si è, dunque, riunito a Metz ed ha deciso di replicare l'iniziativa in altre città francesi nei mesi e negli anni successivi.[50]. Sulla stessa linea, nel 2017, anche la Corte Suprema inglese ha lanciato una simile iniziativa per consentire ai cittadini *«to see the Court in action»*[51]. La Corte ha tenuto un'udienza fuori sede presso la *City Hall* di Edimburgo durante la quale ha discusso tre casi di particolare interesse per il pubblico. Nel presentare l'iniziativa, Lord Neuberger scrisse: «*We make every effort to ensure our proceedings are accessible throughout the UK via our free live streaming service. However, nothing beats being able to observe courts at first hand*»[52].

---

[46] E. Cornes, *op. ult. cit.*, p. 269.

[47] Si v. *Lady Hale's presentation of the visit of the UK Supreme Court to Northern Ireland in 2018* disponibile sul canale YouTube della Corte Suprema (www.youtube.com/watch?v=-eWt0f6N8nw).

[48] Si richiamano qui alcune espressioni del Presidente emerito della Corte costituzionale G. Lattanzi, tratte dalla sua *Relazione sul tema della "Comunicazione istituzionale"*, Karlsruhe, 26–28 Giugno 2019' (www.cortecostituzionale.it/documenti/news/CC_NW_20190902.pdf) p. 5, ma simili considerazioni sono state svolte anche dal Presidente del *Conseil* francese, L. Fabius (in Conseil Constitutionnel, *Rapport d'Activitè – Constitutional Council Annual Report 2019* (in www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/le-rapport-d-activite-2019-du-conseil-constitutionnel, p. 14) ed ivi anche quelle del *Chief Justice* della Corte Suprema Canadese, R. Wagner. Si v., infine, le considerazioni dell'ex Presidente della Corte Suprema del Regno Unito Lady Hale, in *Presentation,* cit.

[49] Supreme Court of Canada, *Press release of 1 September 2021*, in decisions.scc-csc.ca/scc-csc/news/en/item/7220/index.do.

[50] L'ultima iniziativa si svolgerà quando questo scritto viene licenziato, nel novembre 2024, con l'udienza del *Conseil* a Rennes (per alcuni dettagli sull'iniziativa, v. il seguente link).

[51] Si v. *Lady Hale's announcement of the initiative*, 27 Novembre 2017, consultabile sul canale YouTube della Corte Suprema.

[52] *UK Supreme Court sits in Edinburgh for the first time,* 12 giugno 2017, in *BBC News,* www.bbc.com/news/uk-scotland-edinburgh-east-fife-40241851.

L'iniziativa è stata, quindi, replicata nell'anno successivo, quando la Corte si è recata a Cardiff discutendo in udienza pubblica presso la *National Assembly Building* tre casi di particolare interesse per l'opinione pubblica e pronunciando tre sentenze. Durante l'epidemia le iniziative sono state temporaneamente sospese per poi ricominciare nel 2023 con un'udienza pubblica a Manchester. Lord Read sottolineò come «*the experience of attending a court hearing in person should not be limited to those able to get to London*» ed aggiunse che «*the Supreme Court is committed to being one of the most open and accessible courts in the world and, like all our hearings, the cases we hear in Manchester will be live streamed via our website for everyone who cannot get to see us in person*».[53]

È interessante osservare che queste iniziative delle corti costituzionali e supreme, per molti versi simili fra di loro, siano state sviluppate in modo del tutto indipendente e rispondano ad un fine comune. Il Presidente Fabius, nel presentare l'«esperimento di Metz» si è rallegrato di come una soluzione simile fosse stata adottata dalla Corte Suprema canadese[54]. Sulla stessa linea, il Presidente della Corte Suprema canadese, R. Wagner, ha osservato che «*President Fabius and I each had the idea of holding hearings outside our respective capitals independently, without our having discussed it before.[...] This approach reflects the importance of ensuring access to justice for all. … For several years now, Canadians have been able to watch our hearings on television or on our website, read our decisions online and follow our activities on social media. However, Canada is a big country, and not everyone can travel to Ottawa to observe the Court at work. This project, initiated by the Court, aims to bring the institution closer to citizens in order to maintain public confidence in the justice system. It also serves an educational objective*».[55] Analogamente, in Gran Bretagna, Lady Hale ha sottolineato come «*We are very conscious that we are the Supreme Court for the whole United Kingdom and must not appear to be trapped in a London "bubble"*»[56].

Le udienze fuori sede evidenziano, inoltre, il passaggio delle corti da un'informazione prevalentemente *unidirezionale* (come quella realizzata attraverso i comunicati stampa o i siti web) ad un rapporto *diretto* e per certi aspetti *dialogico* con l'opinione pubblica. In tutte le occasioni in cui le corti "escono dal palazzo", esse colgono l'occasione per tenere incontri collaterali con le autorità locali ed i cittadini. Inoltre, tutte le corti pongono particolare enfasi sulla finalità sociale delle iniziative ed il loro fine "educativo" e "promozionale".

A partire dal 2010, l'uso dei siti *web* si è rivelato insufficiente per promuovere la comunicazione ed instaurare un dialogo con l'opinione pubblica. I siti *web*, infatti, con i loro contenuti statici, si sono rivelati inadeguati alle nuove esigenze della comunicazione, dal momento che consentivano di perseguire obiettivi di trasparenza senza però rendere le corti realmente "accessibili" ai cittadini. Non è dunque casuale che le udienze fuori sede siano

[53] UK Supreme Court, *Supreme Court to sit in Manchester for the first time*, News release of 24 October 2022, www.jcpc.uk/news/supreme-court-to-sit-in-manchester-for-the-first-time.html.
[54] Conseil Constitutionnel, *Rapport d'Activité/Annual Report 2019*, in www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2019-10/2019rapdf_bd_en.pdf, p. 14.
[55] Conseil Constitutionnel, *Rapport d'Activité/Annual Report 2019*, cit. p. 10.
[56] *UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2017–18*, at www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2017-18.pdf, p. 7.

state promosse dalle corti soprattutto attraverso i *social media*. La Corte Suprema inglese, per esempio, ha aperto il suo *account* Instagram proprio in occasione della prima udienza fuori sede ad Edimburgo con il proposito di rilanciare l'iniziativa. La stessa Corte ha anche utilizzato il *live streaming* e il suo canale YouTube.

I *social media*, ancor più delle udienze pubbliche "fuori dal palazzo" consentono alle corti costituzionali e supreme di interagire con l'opinione pubblica, ma soprattutto di raggiungere un pubblico più vasto, che comprende le giovani generazioni. Le corti, compresa la Corte Suprema del Regno Unito, hanno assunto a tal fine del personale specializzato e monitorano attentamente il numero dei *followers*, la loro età, sesso e provenienza geografica. La Corte Suprema, in particolare, ha lanciato il suo account Twitter nel 2011, la prima al mondo ad adottare tale canale di comunicazione. Con tale canale di comunicazione, la Corte Suprema mirava a «migliorare [...] la comunicazione con i propri *external stakeholders*» ed a «fornire un modo per comunicare sentenze e altre notizie chiave in modo molto conciso e rapido a un gran numero di cittadini»[57], principalmente giuristi, studiosi e studenti universitari in materie giuridiche. L'account Twitter riscosse presto un grande successo, con un numero di *followers* in costante crescita negli anni successivi[58].

Nel 2017, come già ricordato, la Corte Suprema ha aperto anche un *account* Instagram per promuovere la sua prima udienza fuori Londra, sottolineando come il nuovo canale di comunicazione fosse *«designed to serve as a window into the life of the Supreme Court beyond the courtroom»*[59]. Nelle sue relazioni annuali, la Corte Suprema del Regno Unito ha spesso sottolineato come il suo *Communication team* adotti un approccio proattivo per offrire un'adeguata informazione su tutte le decisioni ed attività, diffondendo le notizie sulle pronunce in modo tempestivo e accessibile attraverso il suo sito *web* e i *social media* ed ha sottolineato come «non sia insolito che le sentenze ricevano un'ampia copertura, provochino discussioni su *Twitter* o che l'*hashtag* #UKSupremeCourt faccia tendenza sui *social media*»[60].

Queste piattaforme consentono, dunque, come è stato affermato, «l'emergere di una nuova logica di riunione nel luogo pubblico»[61], ma al tempo stesso sono in grado di soddisfare le esigenze di una comunicazione più immediata e più interattiva, dando così seguito, sul piano del rapporto con la sfera pubblica, a quelle trasformazioni che in qualche modo erano già state avviate, sul piano processuale, con l'adozione del processo telematico e delle banche dati elettroniche della giurisprudenza.

---

[57] *UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2011–12* in www.supremecourt.uk/docs/annual_report_2011_12.pdf.

[58] *UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2021–22* in www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2021-2022.pdf.

[59] UK Supreme Court, *News Release no 04/2017 of 12 June 2017*, in www.supremecourt.uk/news/filter-camera-action-supreme-court-arrives-on-instagram-on-eve-of-first-hearings-in-scotland.html.

[60] Si v. *UK Supreme Court Annual Report and Accounts 2018–19* in www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2018-19.pdf.

[61] J.S. Juris, *Reflections on #Occupy Everywhere: Social Media, Public Space, and the Emerging Logics of Aggregation,* in 39 *American Ethnologist* 259 (2012), p. 259. Si v., inoltre, P. Gerbaudo, *Tweets and Streets: Social Media and Contemporary Activism,* London, Pluto Press, 2012.

Le nuove opportunità offerte dai *social media* sono, tuttavia, accompagnate da nuove *sfide*. I *social media* sono, per loro stessa natura, decentralizzati e multidirezionali e mettono pertanto in discussione il distacco e il *self-restraint* che tradizionalmente il pubblico si aspetta dalle corti costituzionali. Mentre i siti *web* erano in passato finalizzati ad una comunicazione proattiva, ma essenzialmente unidirezionale, i *social media* consentono alle Corti costituzionali e supreme di diffondere un messaggio più articolato nei contenuti e sono aperti, almeno potenzialmente, alla interazione con il pubblico.

A tali potenzialità corrisponde anche un'accentuazione di *pericoli* già manifestatisi in passato nella comunicazione attraverso i canali più tradizionali: i *social media* accentuano, infatti, il rischio di distorsione del messaggio, di amplificazione di una logica "vincitori" e "vinti" nella narrativa pubblica sulle pronunce e, quindi, di semplificazione dei contenuti delle pronunce o di una loro potenziale strumentalizzazione, in una logica che tende ad esaltare una supposta conflittualità interna alle corti stesse. Inoltre, la comunicazione sintetica ed immediata tipica di questi canali di comunicazione mal si adatta ad un'adeguata informazione su testi complessi come le pronunce delle corti costituzionali.

L'esperienza del Tribunale costituzionale tedesco consente di illustrare, in modo significativo, la difficoltà di interazione delle corti costituzionali con la sfera dell'opinione pubblica attraverso questi più recenti canali di comunicazione. Il Tribunale ha lanciato il suo account Instagram nel 2021 per celebrare il 70esimo anniversario della sua istituzione. Il lancio dell'*account* è stato accompagnato da dichiarazioni pubbliche in cui il Tribunale prometteva di offrire ai cittadini «un nuovo sguardo sul proprio lavoro»[62]. La risposta del pubblico è stata sin da subito positiva – quasi 26.000 *followers* – ma a poche settimane dal lancio del canale Instagram, il Tribunale ha deciso di adottare un approccio "difensivo" vietando, dapprima, i commenti degli utenti, e dopo pochi mesi, deliberando la chiusura dell'*account.*

Questo esempio dimostra l'ambivalente relazione delle Corti costituzionali e supreme con la sfera pubblica: da un lato, esse sono consapevoli del fatto che la narrazione sulla loro giurisprudenza e sulle loro conseguenze è indipendente dal loro intervento e che i *social media* costituiscono luoghi del dibattito pubblico (*public forums*), con la conseguenza che non essere presenti su tali canali non vuol dire rimuovere il dibattito sulle corti, ma semplicemente non prendervi parte.

D'altro canto, le corti vivono con preoccupazione l'immediatezza e la spontaneità delle reazioni che tali canali consentono ai cittadini e la possibilità di interazione con loro. Se scelgono di non interagire – come in realtà oggi fanno tutte le corti – esse riescono a prevenire le critiche sul fronte della ricerca di una legittimazione politica, ma si precludono la possibilità di una piena fruizione di tali strumenti, prestando il fianco all'obiezione che

[62] Tribunale Costituzionale federale, *Comunicato stampa del 18 agosto 2021*.

questi ultimi assolvano ad una funzione meramente pubblicitaria e di facciata, senza offrire quella reale apertura al pubblico dichiarata dalle corti stesse[63].

4. **La maggiore visibilità della Corte Suprema ed il ruolo del Presidente.**

Una comunicazione proattiva e ampiamente diversificata negli strumenti pone nuove sfide alle corti supreme ed ai giudici. Le corti hanno intrapreso un percorso che implica una rinnovata consapevolezza del loro ruolo e delle responsabilità verso l'istituzione di appartenenza.

La figura certamente più esposta mediaticamente e nei confronti dell'opinione pubblica è il Presidente della Corte cui spetta il compito di rappresentare all'esterno l'istituzione. A questo riguardo è possibile osservare che, indipendentemente dai metodi o dai criteri di selezione o nomina dei presidenti delle Corti supreme o delle Corti costituzionali, l'impulso per la trasformazione della comunicazione istituzionale dei rispettivi organi sembra in gran parte associata alla personalità dei singoli presidenti.

È, infatti, al contributo di personalità come Lord Neuberger e Lady Hale per la Corte Suprema del Regno Unito, B. McLachlin e R. Wagner per la Corte Suprema del Canada o P. Grossi, G. Lattanzi, M. Cartabia, G. Amato per la nostra Corte, che si devono le principali novità della comunicazione istituzionale delle rispettive corti costituzionali e supreme ed il rinnovato approccio nei rapporti con i media e l'opinione pubblica.

Anche il rapporto dei Presidenti con lo *staff,* in particolare con i responsabili della comunicazione, costituisce un fattore cruciale. Nel Regno Unito, il *Constitutional Reform Act 2005* non definisce il ruolo del Presidente limitandosi ad identificarne il ruolo, Lord Neuberger ha osservato che «*in many respects, the Presidency of the UK Supreme Court is what the President at any given time makes of it*»[64]. È per questo motivo che nel Regno Unito si definisce il ruolo del Presidente, anche sul piano della comunicazione e della relazione con i *media* e l'*opinione pubblica*, attraverso la sua relazione con altri attori chiave nella vita della Corte Suprema (come il Lord Chief Justice, il CEO della Corte, i vicepresidenti e i giudici) e si sottolinea la sua variabilità in relazione con la personalità e il *background* professionale di coloro che rivestono la carica.

Inoltre, come è stato osservato, il ruolo del Presidente presenta una doppia dimensione, interna ed esterna. *Interna* perché il Presidente esercita una «*administrative*» and «*jurisprudential leadership*» sugli affari della Corte ed una «*social leadership*» per promuovere la coesione tra i suoi membri e la collegialità. *Esterna,* perché il Presidente è un «*Ambassador of the Court*» e la rappresenta nei rapporti con i *media* e con l'opinione pubblica[65].

---

[63] Per una più ampia analisi di questi problemi, mi sia consentito rinviare nuovamente a *Constitutional Courts, Media, Public Opinion,* cit., p. 91 ss.

[64] A. Paterson, *Presidency and the Supreme Court: Lord Neuberger's Legacy'*, in *UCL Judicial Institute Lecture Series*, 2 dicembre 2019, University College London, pag. 4.

[65] Sul tema, oltre che sulla complessa nozione di "leadership" in questo contesto, si v. E. Ryder, S. Hardy, *Judicial Leadership,* Oxford, Oxford University Press, 2019 e D.L. Rhode, *Leadership in Law*, 69 *Stanford Law Review* 1603 (2017).

Le due dimensioni sono strettamente connesse fra loro poiché l'immagine esterna delle corti (e, quindi, la loro legittimazione e l'apprezzamento popolare di cui godono) è legata anche al rapporto interno al collegio, venendo influenzata negativamente quando i suoi membri sono divisi fra loro (come dimostra la recente esperienza della Corte Suprema degli Stati Uniti). Studi condotti negli Stati Uniti dimostrano che anche in ordinamenti in cui è stata introdotta l'opinione dissenziente e viene, quindi, incoraggiata l'espressione della motivazione del singolo giudice, la decisione accolta all'unanimità rappresenta un obiettivo «ideale» poiché rafforza la legittimazione delle corti[66].

Sul piano della comunicazione esterna, le potenzialità di Internet e dei *social media* hanno reso ancor più delicato e complesso il compito dei Presidenti di rappresentare le corti. Oggi i Presidenti sono più disponibili verso i *media* ed il pubblico rispetto al passato, ma devono attentamente dosare la propria "presenza pubblica" per non incorrere in accuse di politicizzazione o di personalizzazione della giustizia. Per questo motivo è cruciale per i Presidenti trovare un giusto equilibrio tra apertura e distanza dai media e dall'opinione pubblica, tra trasparenza e *self-restraint* nella comunicazione per trasmettere un'immagine di distanza dall'arena politica e di rigoroso e di imparziale esercizio delle funzioni. Lord Neuberger ha espresso con chiarezza questa posizione, osservando: «*Externally, I see the role as being to explain and relate to the public ... I try and make sure that when I speak in public that everything I say will at least not undermine any aspect of the Court and hopefully will project it in terms of explaining what we do, why we do it, how we do it and I hope implicitly but not explicitly, that we do it well*»[67].

5. Alcune osservazioni conclusive: l'introduzione di un codice etico e l'esempio della Corte Suprema del Regno Unito.

L'accresciuta esposizione mediatica dei presidenti e dei singoli giudici delle corti costituzionali e supreme induce ad interrogarsi sull'opportunità di introdurre un codice etico che possa guidarli, anche dopo la conclusione del loro mandato, non solo negli incontri ufficiali con i giornalisti, i cittadini, ed altre istituzioni, ma anche nelle iniziative in cui "a titolo personale" interagiscono con il pubblico (come, per esempio, in occasione della presentazione di libro o di una loro biografia, in un'intervista, ecc.).

A questo riguardo l'esperienza britannica offre interessanti spunti di riflessione poiché sin dal 2009 ha adottato una *Guide to judicial conduct*[68]. La guida è stata rivista nel 2019, in occasione del decimo anniversario della istituzione della Corte ed è distinta dalla Guida per le attività della *Judicial Committee of the Privy Council.*

[66] B. Sullivan, R. Feldrin, *The Supreme Court and the People: Communicating Decisions to the Public,* in 24 *Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 1 (2022), p. 90.
[67] Si v. Paterson, *Presidency and the Supreme Court,* cit., p. 2.
[68] Si v. *UK Supreme Court, Guide to judicial conduct* in www.supremecourt.uk/docs/guide-to-judicial-conduct.pdf.

La Guida, come sottolineato nella sec. 1.2 è ispirata ai *Bangalore Principles of Judicial Conduct*[69] - approvati dalla Commissione per i diritti umani delle Nazioni Unite nel 2003 – volti a stabilire «*standards of ethical conduct for judges, to provide guidance for individual judges and the judiciary in regulating judicial conduct, and also to assist members of the executive and the legislature, lawyers and the public, better to understand and support the judiciary*»[70]. Tra i valori ispiratori dei *Bangalore Principles* richiamati dalla Guida della Corte Suprema vi sono l'indipendenza della magistratura, l'imparzialità nell'esercizio della funzione giudiziaria, l'integrità e l'eguaglianza di trattamento nei confronti di tutti coloro che si rivolgono alla Corte, il decoro, la competenza e la diligenza nell'esercizio della funzione giudiziaria. La Guida sottolinea «*the primary responsibility for deciding whether a particular activity or course of conduct is appropriate rests with the individual Justice*» e che «*the interests of justice must always be the overriding factor*»[71].

Per quanto più rileva ai fini di questo scritto, il codice di condotta contempla le principali difficoltà poste dalla comunicazione istituzionale nell'epoca di Internet e dei *social media* e sottolinea come i membri della Corte Suprema «*will avoid impropriety and appearance of impropriety in all of their activities*»[72]. Aggiunge, inoltre, che essi «*must be immune to the effects of publicity, whether favourable or unfavourable. That does not mean ignoring the profound effect their decisions are likely to have on the parties before the Court and the wider public whose concerns may well be forcibly expressed in the media*»[73].

Le disposizioni chiariscono, inoltre, che i giudici devono «*accept their responsibility to promote public understanding of their work and of their decisions*», ma sottolineano che essi hanno il dovere «*to show appropriate caution and restraint when explaining or commenting publicly upon their decisions in individual cases*»[74]. In caso di errata o tendenziosa esposizione delle dichiarazioni di un giudice da parte dei media, la Guida chiarisce che la questione «*will be handled by the Court's communications officer in consultation with the Justice*»[75]. Infine, per contrastare la fuga di notizie riservate – una preoccupazione che, come si è in precedenza chiarito, accomuna tutte le corti costituzionali e supreme – la Guida sottolinea il dovere dei giudici di osservare il più rigoroso riserbo sulle informazioni di cui sono venuti a conoscenza nell'esercizio delle funzioni[76].

La Guida illustra, inoltre, le regole di comportamento che i giudici devono osservare in occasioni non ufficiali come, per esempio, eventi di tipo accademico, iniziative di enti religiosi o organizzazioni di volontariato, purché tali attività non interferiscano con l'esercizio delle funzioni, non ledano «*the dignity of their office*» e il nome del giudice non sia associato a

[69] *The Bangalore Principles of Judicial Conduct* sono consultabili in www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf.
[70] *Guide to judicial conduct*, § 1.1.
[71] *Guide to judicial conduct*, § 1.4.
[72] *Guide to judicial conduct*, § 5.1.
[73] *Guide to judicial conduct*, § 2.4.
[74] *Guide to judicial conduct*, § 2.5.
[75] *Guide to judicial conduct*, § 2.6.
[76] *Guide to judicial conduct*, § 5.4.

e all'attribuzione di incarichi esterni, i «*Justices should bear in mind the trend of some such bodies to be more entrepreneurial and to resemble a business. The greater the move in that direction, the less appropriate judicial participation may be*»[77].

Quanto alla presenza *online* dei giudici, la s. 5.20 prescrive che essi «*should be aware that their extra-judicial activities include their online presence; they will bear in mind that online discussions are not private, that comments may copied and have an unintended readership and longevity; and that it is increasingly easy to piece together information on a Justice from a variety of sources. They will be wary of publishing online any more personal information than is necessary and will exercise extreme caution in discussing both judicial and personal matters. This includes participation in social media*»[78].

L'esperienza della Corte Suprema del Regno Unito si distingue, quindi, per ampiezza e precisione delle prescrizioni contenute nella Guida, da quella di paesi di tradizione giuridica occidentale in cui manca del tutto una disciplina (Italia), o è stato adottato un codice etico di natura più generale valido per tutta la magistratura (come in Canada[79]) o sono presenti regole rivolte alle corti costituzionali e supreme che non contemplano questioni di particolare attualità come l'utilizzo, anche personale, dei *social media* (Germania[80], Stati Uniti[81]). Sebbene parte della dottrina auspichi la regolamentazione di tutte le attività delle corti e dei giudici, comprese le attività extra-giurisdizionali (come gli incontri anche ufficiali delle corti con i cittadini a scopo didattico e sociale), si ritiene che una regolamentazione di natura così generale non sia auspicabile. L'esperienza britannica ha, a questo riguardo, operato un giusto compromesso nel coniugare la flessibilità che dovrebbe guidare certe iniziative di tipo extragiudiziale[82], con l'opportunità di offrire ai giudici un punto di riferimento in tutte le situazioni in cui, a titolo istituzionale o personale, entrano in rapporto con i media e con l'opinione pubblica.

La complessità del mondo dell'informazione ed i rischi ad essa connessi per la legittimazione delle corti e dei loro singoli componenti, non consentono più di rimettere la condotta individuale in tali situazioni al buon senso del singolo, o a tradizioni che non offrono risposte a situazioni in passato neppure contemplabili. Specifici codici di condotta, come quello della Corte Suprema del Regno Unito, hanno, al contrario, il pregio di guidare le corti e i loro membri anche alla luce delle peculiarità del loro ruolo e nel rapporto con l'opinione pubblica.

---

[77] *Guide to judicial conduct*, § 5.10.
[78] *Guide to judicial conduct*, § 5.20.
[79] Canadian Judicial Council, *Ethical Principles for Judges*, in cjc-ccm.ca/sites/default/files/documents/2021/CJC_20-301_Ethical-Principles_Bilingual_Final.pdf.
[80] Si v. in particolare le *Verhaltensleitlinien für die Richterinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts,* in www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/Verhaltensleitlinien.html.
[81] Cfr. «*Five basic canons*» del recente *Code of Conduct for Justices of the Supreme Court of the United States,* consultabile al link.
[82] Si pensi, per esempio, a tutte le attività volte a diffondere tra i giovani la conoscenza del ruolo e delle funzioni delle corti o a rafforzare la coesione ed il rispetto verso i valori costituzionali (come gli incontri con le scuole, o i video informativi, i docufilm ecc.) ed inoltre alle udienze fuori sede (per le quali invece in Francia è emersa una polemica circa la selezione delle destinazioni presso cui il *Conseil* ha deciso di tenere un'udienza pubblica).

Non è possibile immaginare per le corti costituzionali e supreme e per i loro Presidenti e singoli componenti la possibilità di un ritorno ad un modello di relazioni con i *media* ed opinione pubblica come quello adottato in passato. Un codice etico o delle linee guida aggiornate ai nuovi sviluppi della comunicazione istituzionale potrebbero, tuttavia, contribuire a migliorare l'immagine complessiva delle corti ed aiutare sia i singoli giudici, che le corti nel loro complesso a bilanciare il loro dovere di trasparenza con l'aura di distanza e autorevolezza che le caratterizza.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-Y8C

Devoluzione e governo locale

Costituzionalismo “off-shore” e insularità: la sovranità “limitata” delle Dipendenze della Corona Britannica

Ylenia Maria Citino
Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico, Scuola Superiore Sant’Anna

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Costituzionalismo "off-shore" e insularità: la sovranità "limitata" delle Dipendenze della Corona Britannica**

di Ylenia Maria Citino*

Abstract (Ita): Pur rappresentando una realtà economica di dimensioni modeste, con una popolazione esigua e un territorio estremamente limitato, le Dipendenze della Corona offrono uno spunto di studio particolarmente stimolante per chi si interessa al tema dell'insularità in una prospettiva di diritto comparato. Nell'era post-Brexit e post-elisabettiana, le Dipendenze sono chiamate ad affrontare numerose sfide che inevitabilmente si intrecciano con la particolare condizione di insularità. Il presente lavoro intende ricostruire le molteplici sfaccettature dello statuto costituzionale di questi territori al fine di indagare come si sviluppa il principio di insularità in ordinamenti molto piccoli e caratterizzati da un elevatissimo grado di autonomia.

Abstract (Eng): Despite their modest economic scale, small population, and limited territorial scope, the Crown Dependencies provide a particularly compelling subject of study for anyone interested in insularity from a comparative law perspective. In the post-Brexit and post-Elizabethan era, the Dependencies face numerous challenges that inevitably intertwine with their unique insular condition. This study aims to explore the multifaceted constitutional framework of these territories, examining how the principle of insularity evolves in highly autonomous and very small jurisdictions

Parole chiave: Insularità; Dipendenze della Corona; Brexit; Sovranità limitata

Keywords: Insularity; Crown Dependencies; Brexit; Limited Sovereignty

Sommario: 1. Obiettivi e rilevanza dell'analisi; 2. Non solo una questione terminologica: la speciale indipendenza delle Dipendenze della Corona; 3. Breve inquadramento storico; 4. L'insularità come fattore costituzionale nell'inedita forma di governo delle Dipendenze; 5. L'insularità nelle relazioni costituzionali con il Regno Unito prima e dopo la Brexit; 6. Conclusioni e spunti di riflessione per l'ordinamento italiano

1. Obiettivi e rilevanza dell'analisi

Il Regno Unito, definito come un «sistema unitario di natura composita, risultato dell'intersezione di molteplici livelli di multiformità»[1], si presenta come un autentico laboratorio costituzionale, offrendo frequentemente casi di studio di grande interesse. Tra questi, spiccano le Dipendenze della Corona britannica (*Crown Dependencies*) che costituiscono un esempio particolarmente significativo di insularità con sovranità "limitata".

Pur non essendo né territori facenti parte del Regno Unito né "colonie", esse sono definite come "dipendenti" principalmente per ragioni storiche. Tale *status*, difatti, non è consacrato in nessun documento costituzionale scritto[2] e il collegamento con il Regno Unito resta singolare, essendo le isole rappresentate come porzioni di territorio ancora "assoggettato" alla sovranità britannica. Retaggio di un passato feudale, le Dipendenze si inseriscono nel sistema devolutivo britannico in maniera diversa rispetto alle altre isole (pensiamo, ad esempio, alle Shetland, alle Orcadi e alle Ebridi Esterne). Sono come un pezzo che non combacia perfettamente con il resto del puzzle.

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Assegnista di Ricerca in Diritto Pubblico, Scuola Superiore Sant'Anna

[1] Così, A. Torre, *Il "territorial government" in Gran Bretagna*, Bari, Cacucci Editore, 1991, p. 233.

[2] Per un recente dibattito all'interno del parlamento dell'Isola di Man (*Tynwald*) sull'opportunità o meno di dichiarare l'indipendenza, v. Tynwald, *Independence. Potential Benefits*, 10 July 2012, disponibile online, https://www.tynwald.org.im/spfile?file=/business/OPHansardIndex1114/0961.pdf.

Quali sono, dunque, le sfide che l'insularità delle Dipendenze della Corona deve accogliere nell'era post-Brexit e post-elisabettiana? Il presente lavoro intende ricostruire le molteplici sfaccettature del particolare statuto costituzionale di questi territori al fine di indagare come si sviluppa il principio di insularità in ordinamenti molto piccoli e caratterizzati da un elevatissimo grado di autonomia.

A tal fine, dopo un rapido richiamo introduttivo sull'uso dell'espressione "Dipendenze della Corona", si compirà un breve inquadramento storico dei territori per evidenziare come, nonostante siano riuniti sotto la stessa etichetta, gli stessi racchiudano una sorprendente diversità in termini linguistici, culturali e consuetudinari, dando luogo ad autonome identità costituzionali. Si procederà, poi, alla descrizione della forma di governo delle tre Dipendenze per evidenziare quali peculiarità emergono dal loro statuto insulare nei rapporti con la loro "isola" madre, il Regno Unito. Infine, si tenterà di fornire un'analisi critica delle implicazioni costituzionali dell'insularità nell'era post-Brexit, alla luce delle recenti trasformazioni che le Dipendenze della Corona stanno affrontando.

Affrontare le peculiarità di questi assetti costituzionali non è, ad avviso di chi scrive, un'erudita spigolatura di diritto costituzionale comparato. Essi offrono, al contrario, un valido incentivo per comprendere come il principio di insularità influisca sull'evoluzione di un modello di governo, rendendolo unico e forgiando un inedito costituzionalismo «*off-shore*» (v. sotto). Anche l'ordinamento italiano, infatti, ha accolto, con la recente riforma costituzionale avvenuta con legge cost. del 7 novembre 2022, n. 2[3], il principio di insularità. Il nuovo comma 6 dell'articolo 119 Cost., come è noto, si fa carico della "peculiare" situazione delle isole per attribuire allo Stato il dovere di promuovere specifici interventi economici. La novità rappresentata da tale riforma impone di considerare il tema dell'insularità sotto le varie sfaccettature offerte dal panorama del diritto pubblico comparato[4].

L'assetto di governo peculiare delle isole che rientrano tra le Dipendenze della Corona, pur rappresentando un modello dai tratti inconsueti e di indubbio interesse, è stato raramente oggetto di studi rigorosi nel panorama pubblico-comparatistico italiano[5]. Più in generale, si può affermare che le piccole giurisdizioni tendono spesso a rimanere ai margini delle analisi accademiche, salvo eccezioni[6]. Come si è osservato[7], le dimensioni limitate le

[3] Recante "Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità", e pubblicata in G.U. n. 267 del 15 novembre 2022. V. *ex multis* i commenti di T.E. Frosini, *Isole e insularità nella Costituzione*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1, 2024, pp. 243-248 e G. Demuro, *Le isole ritornano in Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2022, pp. 901-904.

[4] V. già gli studi di R. L. Watts, *Islands in Comparative Constitutional Perspective*, in G. Baldacchino, D. Milne (eds.), *Lessons from the Political Economy of Small Islands*, London, Springer, 2000, pp. 17-37; nonché T. E. Frosini (a cura di), *Isole nel diritto pubblico comparato ed europeo*, Torino, Giappichelli, 2006. Di recente, se si vuole, Y.M. Citino, *I significati costituzionali dell'insularità nello Stato democratico e pluralista*, in *DPCE Online*, n. 3, 2023, pp. 2837-2850.

[5] Un'eccezione è in A. Torre, *"Isole nella corrente": statuti insulari speciali nello scenario delle isole britanniche*, in T.E. Frosini (a cura di), *Isole nel*, cit.

[6] Sull'insularità si vedano, di recente, i saggi contenuti nella III sezione monografica del fascicolo n. 3, 2023 della rivista *DPCE Online*, a cura di T.E. Frosini e G. Carboni. Sulle piccole giurisdizioni, v. ad esempio i saggi della sezione monografica del fasc. n. 2, 2022 della stessa rivista sulla Costituzione del Liechtenstein, curata da E. Bertolini, S. Gerotto e G. Grasso.

[7] W. Veenendaal, J. Corbett, *Why small states offer important answers to large questions*, in *Comparative Political Studies*, vol. 48, n. 4, 2015, p. 530. V. anche D.G. Kermode, *Government in the Isle of Man: Tynwald and the Manx Council of Ministers*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 55, 2002, p. 682.

renderebbero poco adatte a fungere da utile termine di paragone. Tuttavia, ragionare per esclusione nel diritto comparato rischia di confinare la comprensione degli sviluppi contemporanei alle sole esperienze "dominanti", privandosi così di prospettive meno usuali che, lungi dall'essere irrilevanti, possono rivelarsi di grande fascino.

Pur rappresentando una realtà economica di dimensioni modeste, con una popolazione esigua e un territorio estremamente limitato, le Dipendenze della Corona offrono uno spunto di studio particolarmente stimolante per chi si interessa al tema dell'insularità in una prospettiva di diritto comparato. Si va dalla più grande, l'isola di Jersey, che copre un'estensione di 116 km², alla piccolissima Herm, di appena 1,8 km², includendo anche scogli affioranti e territori contigui di dimensioni minime.

Le relazioni tra queste entità e il Regno Unito sono tornate al centro del dibattito in seguito alla Brexit[8], sollevando nuovi interrogativi sull'evoluzione di un costituzionalismo insulare che potremmo definire, richiamando un'opera di riferimento sul tema, «off-shore»[9], in quanto distante dalle tradizioni costituzionali "continentali" e interessato da dinamiche peculiari connesse alla speciale economia.

In particolare, l'esplosione del settore dei servizi finanziari su queste isole ha alimentato, negli ultimi decenni, processi di sviluppo legati alla globalizzazione, incrinando la fiducia che la Corona aveva in passato sulle capacità della classe politica locale di governare in linea con gli standard della *rule of law*. Questo ha portato la stessa, d'altra parte, ad esercitare un più intenso controllo delle Isole, controllo inteso a monitorare il rispetto di un principio di *good governance*. Questo ha, talvolta, fatto levare voci di protesta, paventandosi forme più intense di ingerenza tali da rimettere in discussione il legame giuridico di insularità che ha tradizionalmente collegato le Dipendenze alla Gran Bretagna. Ad ogni modo, le episodiche spinte verso l'indipendenza non sono mai andate oltre le rivendicazioni dai toni puramente declamatori.

2. Non solo una questione terminologica: la speciale indipendenza delle Dipendenze della Corona

L'espressione «*Crown Dependency*», a dispetto di quello che si potrebbe immaginare, è stata identificata per la prima volta in un documento abbastanza recente[10]. In un dibattito parlamentare del 1970, si può rinvenire una prima menzione scritta con riferimento all'isola di Guernsey:

[8] G.N. Wilson, W. Hanlon, *Crown Dependencies in an Era of Continuity and Change*, in *Small States & Territories*, vol. 6, n. 2, 2023, pp. 105-120.
[9] D.G. Kermode, *Offshore Island Politics: The Constitutional and Political Development of the Isle of Man in the Twentieth Century*, Liverpool, Liverpool University Press, 2001.
[10] Per un approfondimento sulle origini del termine v. s.a., *"Crown Dependency": The constitutional version of the "Ploughman's Lunch"?*, in *Edge_Law blog*, 8 April 2024, disponibile online, https://edgelawblog.wordpress.com/2024/04/08/crown-dependency-the-constitutional-version-of-the-ploughmans-lunch/.

«*Guernsey is not part of the United Kingdom; it is a* Crown dependency *which has a special relationship with the United Kingdom because of its proximity and the antiquity of its connection with the Crown*»[11].

Usato inizialmente in maniera a-tecnica, come testimonia un frammento di un altro dibattito parlamentare del 1986[12], il significato di Dipendenza della Corona comincia ad affermarsi solo più tardi. Così, in un altro documento ufficiale, si legge che: «*the Isle of Man Government is not a dependent territory but a Crown Dependency*», facendo presumere che si stesse gradualmente sviluppando un concetto autonomo rispetto ad altre categorie[13].
Il loro inquadramento unitario come Dipendenze della Corona è stato favorito dall'emergere di un problema comune che ha influito in maniera significativa sulle relazioni costituzionali con il Regno Unito. A partire dalla fine degli anni '70, infatti, si è verificato un cambiamento repentino nelle attività economiche delle isole. Da realtà marginali, dedite principalmente all'agricoltura, alla pesca e al turismo locale, si sono evolute in veri e propri centri finanziari *off-shore* "europei"[14]. Questa metamorfosi è stata resa possibile dall'adozione di normative particolarmente favorevoli, note come *tax neutrality*, che hanno attratto investimenti esteri diretti da parte di imprese, fondi e multinazionali[15]. Da quel momento, il Regno Unito ha cominciato ad essere più vigilante nei confronti delle attività economiche insulari e le *Crown Dependencies* assurgevano *de facto* a entità costituzionalmente rilevanti e concettualmente unitarie. Per capire l'evoluzione di questo rapporto appare utile, dunque, cominciare l'analisi da una rapida ricostruzione della storia unica di questi territori.

3. Breve inquadramento storico

Sotto l'etichetta di "Dipendenze della Corona" ricadono varie entità territoriali spazialmente distanti fra loro: l'isola di Man – situata nel mar d'Irlanda fra l'Irlanda e la Gran Bretagna – e le Isole del Canale britannico (dette anche Isole normanne o Isole della Manica), che comprendono Jersey, Guernsey, Alderney e Sark, assieme ad altre piccole isole private e scogli inabitabili, ubicate in una zona che, geograficamente, è prossima più alla Normandia continentale che alla Gran Bretagna.

[11] Hon. Roebuk, *Hansard Debates*, House of Commons, Vol. 796: debated on Monday 16 February 1970, disponibile online, https://hansard.parliament.uk/Commons/1970-02-16/debates/4d18a372-0d76-4959-b493-122d05f11557/BeaucetteQuarryGuernsey?highlight=%22crown%20dependency%22#contribution-04c29990-ec42-43c2-b34f-ec3141f673ea.
[12] Nel dibattito ci si riferisce alla politica britannica nelle dipendenze della Corona, incluse le isole di Turks and Caicos, che invece oggi sono qualificate come BOTs. Lord McNair, *Hansard Debates*, House of Lords, Vol. 479: debated on Friday 25 July 1986, disponibile online, https://hansard.parliament.uk/Lords/1986-07-25/debates/87cc310c-4930-4bc0-aeaa-1cd18691251e/TurksAndCaicosIslands?highlight=%22crown%20dependencies%22#contribution-54f5a707-ebd1-4cf8-a8a8-c83a2469d78b.
[13] Report of Proceedings of Legislative Council, 10 February 1998, Douglas, Isle of Man, disponibile online, https://www.tynwald.org.im/spfile?file=/business/hansard/19802000/LC-19980210-v0115.pdf.
[14] Notevole fu, ad esempio, la crisi nella produzione di pomodori di Guernsey, scatenata dalla crisi dei prezzi del petrolio, determinante per la riconversione economica dell'isola. V. H. Beynon, S. Quilley, *The Guernsey Tom: The Rise and Fall of an Island Economy*, in *Food and History*, vol. 3, n. 1, 2005, pp. 151-196.
[15] Cfr. J. Ozanne, *Guernsey Eclipsed by Westminster: Independent Crown Dependencies*, in *Chamber UK*, 19 June 2024, disponibile online, https://chamberuk.com/guernsey-independent-crown-dependencies/, secondo cui l'etichetta di "paradisi fiscali" sarebbe ingiusta e dipingerebbe un quadro di benessere legato a movimenti finanziari illeciti.

Divergenti sono anche le tradizioni. Mentre, ad esempio, nell'isola di Man si è parlato sino al 1974 il "mannese", una lingua celtica insulare, nelle isole del Canale le lingue native sono il "*jèrriais*" e il "*guernésiais*", dialetti di lingua normanna che, pur presentando assonanze col francese continentale, sono stati anch'essi classificati come idiomi a sé stanti. Va da sé che in tutti questi luoghi, l'utilizzo dell'inglese è oramai dominante. Però, la conoscenza delle lingue native, qualche tempo fa estinta, sta oggi attraversando una fase di (larvata) rivitalizzazione, nell'ottica della valorizzazione della propria identità insulare[16].
Non può dirsi, invece, che le Dipendenze siano accomunate da una cultura costituzionale comune, poiché, al contrario, ciascuna di esse è stata capace di diversificare le proprie tradizioni producendo ciascuna un assetto di governo locale unico nel panorama del diritto comparato, come si vedrà nel prossimo paragrafo.
Le Dipendenze della Corona, come molte altre isole, portano i segni di un passato ancestrale fatto di conquiste, incursioni piratesche[17], colpi di mano e accomodamenti fra regnanti che, stratificandosi nel tempo, hanno dato vita a pratiche sociali e consuetudini originali costituendo, così, lo speciale formante giuridico di queste entità[18].
Un esempio emblematico è rappresentato dal Ducato di Normandia, da sempre conteso tra Francia e Inghilterra durante l'Alto e il Basso Medioevo. Il conflitto secolare tra le dinastie dei Capetingi e dei Plantageneti trovò una soluzione con il Trattato di Parigi del 1259. Questo accordo sancì il passaggio della terraferma normanna sotto la sovranità del Re di Francia, Luigi IX, mentre le Isole del Canale rimasero fedeli alla Corona inglese, come riconoscimento della lealtà dimostrata dai signori delle isole al re Enrico III.
I territori delle isole, però, non furono mai annessi al Regno d'Inghilterra e questa è la ragione per cui non sono oggi qualificabili come "colonie". Enrico III accettò, infatti, di assoggettarsi al modello politico e di governo feudale francese dell'epoca – foggiato a seguito di un periodo di rinnovato interesse per gli studi di diritto romano – e prestò il giuramento di fedeltà (*liege hommage*) al sovrano francese. Il giuramento, è evidente, non copriva tutta la Gran Bretagna, limitandosi invece alle sole porzioni di territorio che interessavano (le isole della Manica, per l'appunto) al fine di garantirsi un appoggio strategico rispetto alla prospiciente regione della Guascogna[19].
Così facendo, il Re d'Inghilterra accettò che le giurisdizioni insulari fossero integrate nel sistema di tassazione francese e che i tribunali locali operassero come sezioni subordinate al sistema giudiziario francese, rivestendo un ruolo secondario rispetto ai tribunali feudali francesi al cui vertice si trovava nientemeno che la corte del Re di Francia.
Questa situazione di parziale assoggettamento all'ordinamento francese perdurò, grosso modo, fino allo scoppio della Guerra dei Cent'anni. In seguito, la Corona d'Inghilterra ruppe il patto di fedeltà su quei territori, avviandone l'occupazione con la forza e decret-

[16] S. Turton, *Manx language added to Google Translate*, in *BBC.com*, 28 June 2024, disponibile online, https://www.bbc.com/news/articles/c0xjp03yq0lo.
[17] Dell'isola di Guernsey si dice, ad esempio, che fosse un tempo un centro "autorizzato" della pirateria, i cui mercanti commerciavano fra bottini di guerra, poi più prosaicamente trasformatosi in fiorente mercato ortofrutticolo. V. H. Beynon, S. Quilley, *op. cit.*, p. 153.
[18] Si riprende, qui, la nota teoria di R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, n. 1, 1991, pp. 1-34.
[19] G. Dowes, *Documents of constitutional importance for the Channel Islands: Reflections on a Rencontre*, in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2015, p. 9.

ando una separazione dalla Francia che non fu mai formalmente sancita da alcun accordo ufficiale.

Curiosamente, questo retaggio storico è ancora visibile: nei documenti ufficiali delle Isole del Canale il sovrano britannico è tuttora designato con il titolo di "Duca di Normandia"[20]. Le isole rimangono pertanto possedimenti privati della Corona dotati di autogoverno[21] ma non esiste alcun atto costituzionale scritto che disciplini formalmente le loro relazioni con il Regno Unito.

La neutralità delle isole del Canale risale, invece, al 1481, anno in cui, con una bolla papale, si sancì la fine delle rivalità anglo-francesi per ripristinare il commercio insulare e si dichiararono le capitali dei porti siti neutrali[22]. Tuttavia, tale neutralità venne meno nel 1689, quando si infransero le disposizioni della bolla per favorire i corsari britannici. I proventi di questi ultimi, infatti, fino ai primi anni dell'Ottocento, contribuirono a incrementare la ricchezza delle isole. Con il XIX secolo, però, le attività piratesche vennero progressivamente contenute dai rigidi controlli delle autorità doganali britanniche, portando a un periodo di declino economico che si concluse solo con la transizione delle isole verso l'industria finanziaria *offshore*.

Un percorso storico parzialmente diverso è quello dell'isola di Man. Situata geograficamente al centro del Regno Unito, l'isola apparteneva un tempo al Regno di Norvegia. Nel 1266, fu ceduta alla Scozia per poi passare alle pertinenze territoriali del Regno d'Inghilterra grazie a un acquisto effettuato dal Re Edoardo I. L'isola fu governata dal *Lord of Mann*, un'autorità che rappresentava la Corona localmente e che era tenuta perciò a giurare fedeltà al proprio signore supremo, il Re (*overlord*). Questo ed altri retaggi medioevali sopravvivono tutt'oggi permeando le istituzioni, come ad esempio il parlamento dell'isola, il *Tynwald*, un'assemblea dalle origini vichinghe capace di mantenere la propria continuità storica e (pare) giuridica e che, pertanto, viene celebrato come uno dei parlamenti più antichi d'Europa.

Sebbene tutte le vicende legate alla costituzionalizzazione e democratizzazione dell'isola di Man siano estremamente interessanti[23], meritano di essere menzionati almeno due passaggi fondamentali che hanno avviato un processo di "insularizzazione" del suo governo, rendendolo progressivamente più autonomo. Il primo risale al 1866, quando una legge del Parlamento britannico separò le entrate fiscali dell'isola da quelle del Regno Unito, conferendo a Douglas, la capitale, un limitato potere di spesa. A questo seguirono numerosi decreti reali (*Royal Charters*) volti a concedere agli abitanti dell'isola maggiore autonomia in cambio di una rinnovata fedeltà alla Corona.

---

[20] V. T.B. Smith, L.A. Sheridan, *The United Kingdom. Scotland and the Channel Islands*, London, Stevens, 1955.

[21] Come si riporta nel *Traité sur l'Histoire, les Lois et Coutumes de l'Ile de Guernesey*, scritto nel 1682 ma pubblicato a Guernsey nel 1831, p. 3: «*Henry III, in renouncing his rights over Normandy, assured himself however of possession of these islands*», citato da G. Dowes, *op. cit.*, p. 7.

[22] Per una ricostruzione storica, v. D.M. Ogier, *Reformation and Society in Guernsey*, Woodbridge, Boydell and Brewer, 1996.

[23] Su cui si rinvia all'attenta disanima di A. Torre, *"Isole nella corrente"*, cit., che, per esempio illustra il ruolo giocato dalle antichissime *Royal Charters*, fonti le quali rappresentano un riconoscimento da parte della Corona della tanto cara autonomia di Guernsey e un corrispondente riconoscimento da parte di Guernsey che, in ultima analisi, è un possedimento della Corona e non ha una competenza per legiferare in tutti i settori.

Il secondo momento cruciale si deve alla volontà di Londra di liberarsi dal peso della lotta al contrabbando, che portò all'approvazione dell'*Isle of Man Act* del 1958 (successivamente riformato nel 1979). Questo atto sancì formalmente il *self-government* dell'isola, segnando un punto di svolta nella sua storia costituzionale.
Nei secoli successivi, la Corona amministrò le isole in questione a distanza e solo per questioni limitate, lasciando godere ad esse di una spiccata autonomia locale. Un'autonomia che non è mai stata posta in dubbio, ma che è stata solo temporaneamente aggredita dall'abortita invasione francese del 1781, nota come «*La Surprise de Jersey*»[24] e dall'occupazione tedesca durante la Seconda guerra mondiale[25].
Nonostante la mancanza di leggi scritte di livello costituzionale, si è riportato che proprio «per legge le isole erano state annesse alla Corona»[26]. Tale circostanza ha un suo significato in quanto è possibile giustificare l'esercizio dell'autorità della Corona sulle isole in virtù della annessione. In altre parole, chiunque rivesta la carica di monarca inglese diventa *de iure* legittimo sovrano delle isole.
Nell'epoca più recente, le tre giurisdizioni che compongono le Dipendenze della Corona si sono trovate al centro di trasformazioni profonde, guidate, come accennato in apertura, dai processi di globalizzazione.
La conversione verso un'economia basata su servizi bancari, d'investimento, assicurativi, aziendali e fiduciari ha infatti sollevato preoccupazioni crescenti riguardo al rischio di crimini come evasione ed elusione fiscale, riciclaggio di denaro e corruzione. Questi rischi sono stati amplificati da carenze strutturali in termini di indipendenza della magistratura, trasparenza, regolamentazione e collaborazione con le autorità *onshore*.
Già nel 1998, durante un dibattito parlamentare, Lord Wallace of Saltaire aveva posto l'attenzione su questa criticità, osservando come il rapido aumento dei volumi d'affari e dei capitali internazionali transitanti attraverso le isole sollevasse interrogativi sulla qualità del loro governo e sul loro rapporto con il Regno Unito, affermando che «*that raises questions regarding the good governance of the islands and their relationship with the United Kingdom, which ought now to be investigated*»[27].
La crisi costituzionale emersa con la pubblicazione dell'Edwards Report nel 1998[28] si pose proprio l'obiettivo di affrontare queste problematiche, con un focus particolare sui rischi legati ai crimini finanziari e all'evasione fiscale, sollecitando interventi per adeguare la governance delle Dipendenze a standard più rigorosi e compatibili con il contesto globale. Occorre, pertanto, capire come la necessità di approntare rimedi alle sfide appena descritte abbia inciso sull'autonomia insulare delle Dipendenze.

---

[24] M. Perrot, *Deux expéditions insulaires françaises – Surprise de Jersey en 1781 – Prise de Capri en 1808*, Paris, Berger Levrault, 1929.
[25] Un tema che ha dato luogo a una consistente produzione letteraria e umanistica. V. tra i tanti G. Carr, P. Sanders, L. Willmot, *Protest, Defiance and Resistance in the Channel Islands: German Occupation, 1940–45*, London, Bloomsbury, 2014, che analizzano l'occupazione nazista come un momento storico critico in cui è emersa pienamente la consapevolezza dell'identità insulare.
[26] J. Loveridge, *The Constitution and Law of Guernsey*, La Société Guernesiaise, 1975.
[27] UK Parliament, *Debates of the House of Lords, Constitutional Reform And The Channel Islands*, vol. 594: debated on Tuesday 17 November 1998, disponibile online, https://hansard.parliament.uk/Lords/1998-11-17/debates/60658c52-4d5c-4eb3-bd62-8e810605acf4/ConstitutionalReformAndTheChannelIslands.
[28] https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Edwards_1998_Report_.pdf.

4. L'insularità come fattore costituzionale nell'inedita forma di governo delle Dipendenze

Da un punto di vista giuridico, va specificato che le Dipendenze della Corona comprendono tre distinti ordinamenti: l'isola di Man, il Baliato (o Baliaggio) di Jersey e il Baliato di Guernsey. Quest'ultimo è ulteriormente suddiviso in tre unità territoriali: Guernsey (che include le isole di Herm e Jethou), Sark (comprendente l'isola di Brecqhou) e Alderney[29].

L'insularità gioca in questi ordinamenti un ruolo cruciale e, a mio avviso, duplice, sia come fattore costituzionale che come fattore identitario. Essa influenza profondamente le forme di governo e il funzionamento delle istituzioni locali, costruite su tradizioni storiche e culturali che non sempre corrispondono agli stilemi di una democrazia moderna.

Ad esempio, con riferimento alla giurisdizione di Sark, che conta 600 residenti, la Corte Suprema del Regno Unito, nel caso *R (Barclay)* v *Secy of State for Justice and Lord Chancellor*, era stata chiamata a giudicare se il ruolo duale del Siniscalco (*Senechal*) fosse incompatibile con l'articolo 6 della Carta EDU. Tale figura cumula in sé le funzioni di capo del sistema giudiziario (*Chief judge of the court of the Senechal*) e di Capo del Parlamento locale (*President of the Chief Pleas*), un'assemblea di ottimati ancora oggi retta da consuetudini medioevali[30]. Tuttavia, la Corte ha dichiarato la propria incompetenza a giudicare su una simile questione, in quanto gli *Orders in Council* con cui la Corona concede il proprio assenso sulla legislazione locale non sono giustiziabili dinanzi ad essa.

Il problema dell'indipendenza del potere giudiziario è però evidente, in questa come nelle altre isole, visto che la giustizia è ancora oggi amministrata secondo antiche consuetudini non scritte della *common law* britannica frammiste a consuetudini medievali franco-normanne. Nei baliati, ad esempio, il balivo (*bailiff*), che rappresenta la massima autorità locale (*first civil servant*), concentra ruoli multipli, come il siniscalco di Sark: non solo è il capo del sistema giudiziario e Presidente del Parlamento ma è anche il «guardiano della Costituzione»[31]. Con ciò si ha una carica polifunzionale che rispecchia pienamente le sue radici medievali, preservatesi sino ad oggi.

In principio, il balivo fungeva soprattutto da garante dell'ordine pubblico, similmente agli antichi *sheriffs*. Esso è sopravvissuto nelle due isole maggiori di Jersey e Guernsey, mentre nelle giurisdizioni ricadenti sotto Guernsey si sono venuti configurando ulteriori modelli

[29] UK Ministry of Justice, *Fact sheet on the UK's relationship with the Crown Dependencies*, February 2020, disponibile online, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/86338 dependencies-factsheet-february-2020.pdf.

[30] La composizione, infatti, ricalca le origini dell'antica assemblea medievale degli inquilini (*Tenants*) cui Helier de Carteret nel 1565 aveva affidato in affitto una porzione dei territori dell'isola. V. M. Pullum, R. Titterington, *From Sark to the Supreme Court*, in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2015, disponibile online, https://www.jerseylaw.je/publications/jglr/PDF%20Documents/JLR1502_Pullum.pdf. De Carteret fu il primo Signore di Sark, colui a cui la Corona aveva garantito l'isola come feudo. Una delle condizioni della concessione (*Letter Patent*) gli imponeva di assicurarsi che almeno 40 uomini occupassero l'isola per la sua difesa. Per incoraggiare questi uomini e le loro famiglie a vivere a Sark, de Carteret creò una serie di *Tenements* e gli affittuari di queste proprietà terriere avevano diritto a un seggio nell'assemblea locale, la *Chief Pleas*.

[31] A. Le Sueur, *Finally, separation of powers in Jersey?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 28 November 2024, disponibile online, https://ukconstitutionallaw.org/.

no di un approccio in fase di modernizzazione, mentre a Sark permane il comando (simbolico) di un Signore (*Seigneur*), discendente *iure sanguinis* dalle quaranta famiglie feudali che originariamente avevano ricevuto in gestione porzioni di territorio dell'isola. Solo a Sark, la forma di governo del baliato è stata abolita nel 2008 per passare a una democrazia rappresentativa[32]. A Jersey e Guernsey resta, invece, quella formidabile concentrazione di poteri che, come messo in evidenza da Le Sueur, continua a essere criticata per la sua incompatibilità con il dogma della separazione dei poteri[33].

Rispetto alle relazioni con la Monarchia, va rilevato come il Re è figura costituzionale apicale in tutte le Dipendenze, ma mentre nei baliati egli riveste l'antica carica di Duca di Normandia ed è rappresentato localmente dal Luogotenente-Governatore (*Lieutenant-Governor*), erede dell'antica figura medievale del guardiano (*Warden* o *Keeper*), nell'isola di Man il Re svolge funzioni di Capo di Stato e riveste in epoca presente anche il titolo di *Lord of Mann.* A Man il Luogotenente riveste funzioni meramente cerimoniali. Al contrario, i Luogotenenti delle isole del Canale rappresentano i Comandanti in Capo dell'isola, dato che la difesa militare è un ambito di competenza esclusiva del Regno Unito, uno dei pochi in cui l'autonomia insulare è limitata.

In tutte le Dipendenze, poi, la classe politica è stata storicamente dominata da oligarchie locali e il sistema politico locale è stato caratterizzato da dinamiche di tipo consensualistico e notabilare. Al contrario, l'intermediazione dei partiti politici è stata molto debole o quasi del tutto assente[34]. Questo riflette una tradizione insulare radicata nella cultura dell'accomodamento delle varie opinioni e visioni, ma solleva al contempo interrogativi sulla rappresentatività e modernità delle istituzioni.

Non privi di peculiarità sono i parlamenti locali di Jersey e Guernsey, noti come *States of Jersey* (o *States Assembly*) e *States of Deliberation of Guernsey*[35]. Entrambi monocamerali[36], si sono emancipati da una forma strana di bicameralismo che, fino al 1771, li vedeva confrontarsi con la *Royal Court*, un consesso dotato di funzioni legislative ma anche giudiziarie, composto dal balivo e da membri fiduciari della Corona (i *Jurats* o *Jurés-Justiciers*)[37]. Tale istituzione oggi sopravvive, invece, come corte civile e penale e funge da sede che ospita i parlamenti ma anche anagrafe locale. Inoltre, in Guernsey i *Jurats*, membri della Corte, sono eletti con una forma di parziale cooptazione da una assemblea chiamata *States of*

[32] M. Hughes, *After 450 Years Sark Turns Back on Feudal Law*, in *The Independent*, 10 April 2008, disponibile online, https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/after-450-years-sark-turns-back-on-feudal-law-807006.html.

[33] A. Le Sueur, *op. cit*. Da qui, il recentissimo tentativo di riforma che andrebbe a esautorare il balivo dal compito di presiedere il Parlamento locale (States of Jersey, *Elected speaker and deputy speaker of the states assembly: selection and appointment*, 19 November 2024, disponibile online, https://statesassembly.je/getmedia/2ace1515-54cc-4fc7-a6ea-62aca907e9d3/P-83-2024_2.pdf?ext=.pdf) che, leggendo Le Sueur, ha scatenato un dibattito molto sentito andando a toccare «*deep into feelings about the island's heritage, national identify, and Jersey's place in the modern world*» (ibid.). Aggiunge poco dopo che «*the intensity of opinion among reform advocates and traditionalists is comparable to debates in the UK about Scottish independence or Brexit*».

[34] Questo, recentemente, sta cambiando, introducendo dinamiche inedite che hanno messo in crisi il sistema consensuale previgente. V. W. Neff, *Electoral Systems in Semi-Party Systems,* in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2020, p. 259.

[35] Il termine *States* è mutuato dal francese *États*.

[36] W. Neff, *op. cit*., p. 260.

[37] S.a., *History of the States Assembly*, https://statesassembly.je/about-the-states-assembly/history-of-the-states-assembly.

Election, formata da tutte le principali cariche dell'isola, inclusi i deputati e gli stessi *Jurats*. L'assemblea non è, come potrebbe sembrare, un parlamento ma un mero collegio elettorale[38]. La *Royal Court* settecentesca, invece, legiferava in nome della Corona, chiedendo il consenso di una embrionale assemblea locale, della quale facevano parte i conestabili locali (*Connétables*) e i rettori delle parrocchie (*Rectors*), a capo delle suddivisioni locali religiose. Da qui sarebbero sorti gli "Stati".

Col passare del tempo, il potere di questi parlamenti si è progressivamente consolidato, relegando la *Royal Court* a un ruolo marginale nell'esercizio dell'attività legislativa.

Oggi, si possono contare numerose piccole riforme orientate a una modernizzazione "indolore" del sistema. Un esempio significativo è rappresentato dalla riforma del 2020, con la quale la *States Assembly* di Jersey ha abolito i suoi otto membri senatoriali. Contestualmente, sono state introdotte per la prima volta nella storia circoscrizioni elettorali, che hanno ridefinito la suddivisione dei seggi: oggi si contano 37 deputati elettivi e 12 conestabili, ossia i capi delle dodici parrocchie di Jersey, i quali continuano a essere nominati, senza opposizione, in base alla legge consuetudinaria normanna[39].

Gli *States of Deliberation* di Guernsey, composti da 38 deputati eletti, contengono solo due membri non elettivi, ossia il *Procureur* e il *Comptroller*, nominati dalla Corona stessa. Anche qui la rappresentanza politica è molto abbozzata e fino al 2020 non esisteva alcun partito. La particolarità di Guernsey è che, oltre al balivo, Presidente dell'assemblea parlamentare e della magistratura, e al Luogotenente-governatore in rappresentanza della Corona, esiste quello che è definito come un Capo di governo "di fatto", ossia il Presidente della *Policy and Resources Committee*, la Commissione affari esterni e costituzionali del Parlamento.

La sovrapposizione fra i poteri, nelle Dipendenze della Corona, è tanto evidente quanto lo è, al contempo, la relazione di quasi assoluta separazione nell'esercizio del potere legislativo rispetto al Parlamento di Westminster, come si vedrà nel prossimo paragrafo. Ad esempio, in Jersey e Guernsey, una volta che gli *States* approvano un progetto di legge (*Projet de Loi*) questo deve essere trasmesso al *King-in-Council* attraverso il Luogotenente-Governatore permettendo, quindi, alla Corona, nella persona del Guardasigilli, di sanzionare con un *Order-in-Council* contenente il *Royal Assent* l'atto legislativo. Questo passaggio è necessario per assicurarsi che l'atto non sia in conflitto con le obbligazioni internazionali del Regno Unito e che sia conforme con la CEDU e con i principi costituzionali fondamentali. Salvo questi limiti, il legislatore insulare dispone per il resto di una totale discrezionalità.

Nell'isola di Man, poi, un parlamento bicamerale, da alcuni definito tricamerale poiché la seduta comune sarebbe caratterizzata da un'organizzazione separata rispetto a quella delle camere considerate singolarmente, dialoga con un vero e proprio Consiglio dei Ministri. Fra i tentativi di riforma volti a trasformare e modernizzare il *Tynwald*, merita di essere citato quello avviato nel 2016, con la richiesta a Lord Lisvane di stendere un rapporto

[38] La composizione e le funzioni degli *States of Election* sono codificati nella principale legge costituzionale di Guernsey (con valore di fonte primaria), ossia *The Reform (Guernsey) Law, 1948*, artt. 4 e 5, disponibile online, https://www.guernseylegalresources.gg/CHttpHandler.ashx?documentid=80772.

[39] S.a., *Senator role disappears in major reform of States Assembly electoral system*, in *Itv.com*, 3 dicembre 2020, disponibile online, https://www.itv.com/news/channel/2020-12-03/senator-role-disappears-in-major-reform-of-states-assembly-electoral-system.

sul funzionamento del parlamento di Man[40]. Nonostante la diffusa volontà di rendere il parlamento unicamerale o, quanto meno, di rendere entrambe le camere di tipo elettivo, Lord Lisvane fece una proposta che, pur mantenendo la struttura bicamerale parzialmente elettiva, introduceva una *Nominations Commissions* responsabile per la selezione delle candidature. Queste ultime avrebbero potuto essere avanzate da chiunque, in modo da aumentare il coinvolgimento popolare nella procedura di scelta dei membri del parlamento, per ovviare al fatto che in tali piccole giurisdizioni si registra un tasso di astensionismo fra i più elevati al mondo. Tuttavia, la riforma fallì miseramente e l'insuccesso fu ricondotto principalmente al fatto che i revisori avevano provato a intervenire modificando un ordinamento di dimensioni ridotte che, per tal motivo, era caratterizzato da rigidità strutturali non di poco conto.

Secondo alcuni commentatori[41], la sconfitta sarebbe profondamente legata alle dinamiche sociali e alla natura di "microdemocrazia" insulare. Concentrazione del potere, intensità dei rapporti personali, difficoltà di imporre cambiamenti con regole burocratiche formali e "neutrali" in un ambiente istituzionale molto intimo, nonché le (poche) risorse disponibili per alimentare un processo di riforma costituzionale sarebbero alcuni dei fattori principali legati all'immobilità costituzionale[42].

Ad esempio, si è sottolineato come le piccole giurisdizioni spesso difettino di capitale umano altamente specializzato in alcune aree per cui l'esternalizzazione a esperti esterni di un compito gravoso come lo studio finalizzato a una riforma costituzionale è inevitabile. Ciononostante, non è detto che gli esperti in questione comprendano a fondo le dinamiche delle costituzioni locali né che siano accolti come soggetti legittimati a svolgere una tale delicata funzione[43].

A monte, è interessante rilevare come nonostante la comune condizione di insularità, le tre Dipendenze non hanno sviluppato, nell'ambito della propria autonomia, dei modelli costituzionali omogenei. Mentre la forma di governo dell'isola di Man, collocata in una zona geograficamente periferica, si è evoluta seguendo i dettami di una democrazia rappresentativa parlamentare, i baliati hanno continuato a governarsi seguendo il modello unico che per sommi capi si è provato a descrivere. Così, è oggi impossibile identificare un modello paradigmatico dell'età contemporanea riconducibile sotto l'etichetta di "baliato".

A Jersey, ad esempio, nel 1999 gli Stati commissionarono a Sir Cecil Clothier di redigere una relazione sulla governance dell'isola, sulla sua adeguatezza e sulle prospettive di riforma. L'anno successivo fu pubblicato il Rapporto Clothier[44] che prevedeva la sostituzione del sistema delle commissioni parlamentari con dei Ministri, resi responsabili di fronte al Parlamento. I Ministri avrebbero costituito un Consiglio dei Ministri presieduto da un

[40] Lord Lisvane, *Review of the Functioning of Tynwald*, GD 2016/0047, 2016. Tutto il dossier di riforma è disponibile online, https://www.gov.im/about-the-government/departments/cabinet-office/review-of-the-functioning-of-tynwald/.
[41] P.W. Edge, *Lisvane's Legacy? Constitutional Reform in the Isle of Man*, in *Legal Studies*, 2020, vol. 40, n. 1, p. 25.
[42] Fattori che sono stati riscontrati anche in Guernsey. V. States Review Committee, *The Organisation of States Affairs, Third Policy Letter, Billet D'état*, 25th November 2015, disponibile online, https://gov.gg/CHttpHandler.ashx?id=98291&p=0.
[43] Ibid., 31.
[44] States of Jersey, *Report of the Review Panel on the Machinery of Government in Jersey*, December 2000, disponibile online, https://statesassembly.gov.je/assemblyreports/2000/18291-20601-2622010.pdf.

Chief Minister, nominato dalla *StatesAssembly*, con potere di nomina e di revoca di ogni componente del Consiglio stesso, previa approvazione del Parlamento, dando luogo al sistema oggi in vigore dal 2005.
Analogamente, anche Guernsey nel 2000 tentò di imbastire una riforma costituzionale istituendo il *Hardwood Panel*, diretto stavolta da un locale, Peter Hardwood, noto avvocato di Guernsey. Anche il Rapporto Hardwood raccomandava il passaggio alla forma di governo ministeriale ma, per varie ragioni, la riforma non avanzò[45]. Così, a Guernsey più che altrove si sperimenta attualmente un'inedita commistione fra potere legislativo ed esecutivo in quanto quest'ultimo non viene esercitato da un governo di gabinetto ma è suddiviso per materia e assegnato direttamente al sistema di commissioni parlamentari[46]. Tale caratteristica configura un modello istituzionale atipico che si può spiegare solo guardando alla dimensione ridotta e alla peculiare struttura sociale dell'isola.
Tutti questi spunti di riflessione, insomma, dimostrano come l'insularità non sia solo una condizione geografica, ma anche un principio strutturante che influenza profondamente lo sviluppo della forma di governo e le dinamiche costituzionali delle microgiurisdizioni, richiedendo continui riaggiustamenti tra il mantenimento delle tradizioni locali e l'adozione di pratiche moderne di governance più vicine agli standard democratici internazionali.

5. L'insularità nelle relazioni costituzionali con il Regno Unito prima e dopo la Brexit

L'insularità nelle Dipendenze come fattore di specialità e identità costituzionale si manifesta sotto il versante esterno attraverso almeno tre snodi principali: 1) la competenza solo residuale ed eccezionale del Parlamento di Westminster; 2) la negoziazione di una relazione speciale di tipo derogatorio con l'Unione europea prima della Brexit; 3) il mancato coinvolgimento in cambiamenti costituzionali epocali come, appunto, la Brexit.
Il primo punto, l'assenza di subordinazione al Parlamento britannico, comporta che esse non possiedano alcun diritto ad eleggere rappresentanti in tale istituzione. Di conseguenza, le leggi approvate a Westminster non hanno efficacia diretta nei loro territori, a meno che «una disposizione esplicita o un'implicazione necessaria non impongano diversamente»[47]. E questo è vero anche se, ad esempio, in base al *British Nationality Act* del 1948 e al successivo atto del 1981, gli abitanti delle isole «sono considerati, a tutti gli effetti, cittadini del Regno Unito», come sottolinea Torre[48].
Le autorità delle isole dispongono di una competenza legislativa domestica praticamente assoluta, limitata da una sola clausola non scritta, la c.d. *good governance exception*, consistent-

[45] W. Neff, *op. cit.*, p. 263.
[46] W. Neff, *op. cit.*, p. 256. «T*he absence of organised political parties and a ministerial system mean that government, in theory and practice, operates through the legislature … Guernsey's government is known as "the States"; confusingly, so is the Island's legislature. Paradoxically, however, this confusion is instructive: government and legislature are a great deal more mutually inclusive than their UK counterparts*». Così R. Young, *The scope of Guernsey's autonomy in law and practice*, in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2015, disponibile online, https://www.jerseylaw.je/publications/jglr/PDF%20Documents/JLR0106_richard__young_article.pdf, p. 2.
[47] R. Young, *op. cit.*, p. 3.
[48] A. Torre, *"Isole nella corrente"*, cit. Cfr. anche il testo del *British Nationality Act 1981* e successivi emendamenti, disponibile online, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/2023-12-15.

e nell'obbligo della Corona di assicurare il buon governo generale delle proprie Dipendenze[49]. In questo caso, è la Corona stessa a poter attivare un meccanismo (*Permissive Extent Clause*) per estendere alcune disposizioni della legislazione del Regno Unito ad alcune o a tutte le Dipendenze della Corona mediante un *Order in Council*, e questo anche contro la volontà delle Isole.

Con una decisione che ha suscitato scalpore fra i giuristi delle Isole[50], la Corte Suprema britannica chiariva a un certo punto che il Parlamento del Regno Unito dispone del potere di legiferare su materie di competenza delle isole delle Dipendenze. Tuttavia, le sue leggi (*acts*) non si estendono automaticamente alle loro giurisdizioni. Detta estensione può avvenire solo «*by express mention or necessary implication*». La laconicità di questa affermazione viene chiarita nel seguito della decisione.

La Corte, infatti, illustra che mentre, da un lato, il Regno Unito è tenuto dal diritto internazionale a far rispettare i principi dello stato di diritto all'interno delle isole, va da sé che il Parlamento di Westminster ha il diritto costituzionale (*constitutional right*) di legiferare per le Isole *anche* senza il loro consenso, se ciò fosse necessario. Tale consenso, formalmente, si esprime con la registrazione degli atti di Westminster dalle Corti locali (*Royal Courts*). Al contrario, l'idea di poter imporre alle Isole atti legislativi non voluti è, secondo alcuni autori[51], frutto di un convincimento maturato dalla Corte Suprema in adesione alle conclusioni del *Crowther-Kilbrandon Report* del 1973[52], piuttosto che una regola di condotta che potrebbe realmente esplicarsi nelle dinamiche costituzionali e convenzionali dei reciproci ordinamenti.

La Commissione Reale sulla Costituzione, presieduta prima da Lord Crowther e poi da Lord Kilbrandon, nell'esplorare i vari modelli di devolution, aveva altresì toccato il tema dell'insularità. Per le Dipendenze, il rapporto finale sottolineava la necessità di mantenere il loro *status* costituzionale unico e la loro autonomia. A tal fine, Kilbrandon proponeva di rafforzare i meccanismi di consultazione tra le isole e il Regno Unito, in particolare per quanto riguarda i trattati internazionali e le questioni di "buon governo". Così, si specificava anche che, secondo una convenzione costituzionale, il Parlamento è tenuto ad astenersi dal legiferare *sine voluntate* per le isole delle Dipendenze solo in materie fiscali o su questioni di interesse puramente locale. A prescindere dal fatto che si aderisca alla tesi restrittiva o a quella espansiva, questo fa comunque sì che i rispettivi parlamenti si trovino ad operare in una situazione di quasi assoluta separazione. D'altro canto, appare logico inferire che, data la già illustrata contiguità interna fra potere legislativo ed esecutivo nelle isole, eventuali questioni di diritto interstiziale vengano risolte più a livello governativo che instaurando un dialogo inter-parlamentare.

---

[49] R. Young, *op. cit.*

[50] *R (Barclay) v Secy of State for Justice* [2014] UKSC 54, [2015] 1 AC 276, paragrafo 12, con commento di P. Johnson, *Sark, the Supreme Court and the Status of the Channel Islands: Or Barclay Bites Back*, in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2016, p. 127.

[51] Si veda, in particolare, J. Jowell, *The UK's Power over Jersey's Domestic Affairs*, in P. Bailhache (ed.), *A Celebration of Autonomy 1204–2004: 800 years of CI Law*, Jersey, Société Jersaise, 2004, p. 265. *Contra*, D. Dixon, *Jersey's relationship with the UK Parliament revisited*, in *The Jersey and Guernsey Law Review*, 2017, pp. 43-78.

[52] Lord Crowther – Lord Kilbrandon, *Report of the Royal Commission on the Constitution*, 1973, page 411, para 1362.

Quanto al secondo punto, si è detto che le isole, in ragione della loro autonomia e insularità, si sono viste accordare una posizione del tutto peculiare nelle relazioni con la Comunità, poi Unione, europea[53].
Difatti, mentre dal punto di vista del diritto internazionale, la Corona mantiene la piena responsabilità per le relazioni estere e la difesa delle isole, sul fronte dei rapporti con le istituzioni comunitarie le Dipendenze si sono collocate in un regime di eccezionalità.
Il rapporto delle Isole del Canale con l'UE è stato regolato dal Protocollo 3 del Trattato di adesione del Regno Unito del 1972. Questo accordo stabiliva che Jersey, Guernsey e l'isola di Man facessero parte dell'Unione doganale dell'UE e del mercato unico, ma solo sotto il profilo della libera circolazione dei beni industriali e agricoli negli scambi commerciali tra l'isola e l'Unione. Oltre alla legislazione doganale dell'UE, solo alcune norme di diritto derivato in ambito commerciale trovavano diretta applicazione nelle Isole. Per tutti gli altri aspetti, esse erano considerate "Paesi terzi" ed erano, dunque, escluse dal diritto a eleggere rappresentanti nel Parlamento europeo. Analogamente, erano escluse dagli obblighi di contribuzione finanziaria, perdendo, tuttavia, il diritto a ricevere fondi europei.
L'insularità, intesa sia come caratteristica geografica che come fattore identitario aveva giocato, quindi, un ruolo fondamentale nel definire il rapporto delle Dipendenze con la CEE. Esse, infatti, ambivano ad autogovernarsi e non avrebbero consentito di soggiacere alle regole derivanti dall'appartenenza ad un'organizzazione sovranazionale di tal fatta tra cui, ad esempio, l'armonizzazione delle leggi tributarie, le regole sulla politica agricola o sulla libertà di stabilimento dei lavoratori.
Nel contesto delle trattative per l'ingresso nella CEE, il governo britannico inizialmente escludeva che la richiesta di ottenere specifiche condizioni per le isole potesse essere accolta per via di negoziazione. Tuttavia, con il tempo emerse che la particolare posizione delle isole non poteva essere ignorata e, secondo alcune dichiarazioni dell'*Home Office*, riportate da una dettagliata ricostruzione, si era preso contezza del fatto che le Isole non avrebbero potuto essere state coartate ad entrare nella Comunità europea contro la loro volontà: se il Regno Unito accedeva alla CEE, salvo eventuali modifiche dei Trattati, le Isole sarebbero state automaticamente incluse. Altrimenti, sarebbero state libere di ottenere l'indipendenza. Le preoccupazioni per un tale esito, una indipendenza "reale e completa", portarono le Isole ad essere più malleabili conducendo, in parallelo, il Regno Unito a trattare con i sei Stati membri fondatori un regime derogatorio per le isole[54].
Questo, tuttavia, invece di avvenire con un accordo di associazione portò, per l'appunto, alla stesura del Protocollo 3 che includeva, fra le condizioni speciali accordate alle isole, persino una clausola di salvaguardia in caso di difficoltà nell'applicazione delle norme ivi previste. La considerazione dell'insularità aveva spinto, così, ad approntare una specifica tutela in settori cruciali per le isole, oggetto da sempre di politiche europee, come l'agricoltura, la pesca e la tassazione.

[53] Ci sono, peraltro, delle differenze anche fra le singole isole nei rapporti con l'UE e, ora, con il solo Regno Unito. Cfr. House of Lords, European Union Committee, *19th Report of Session 2016-17, Brexit: the Crown Dependencies*, 2017, disponibile online, https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldeucom/136/136.pdf, p. 10.
[54] V. per esempio G.N. Wilson, W. Hanlon, *op. cit.*, pp. 111 e ss.

Le Isole del Canale, pur essendo strettamente legate al Regno Unito, rappresentarono un fronte di negoziazione separato nelle trattative per l'accesso alla CEE. Esse ebbero come strategia quella di evitare di soggiacere alle stesse condizioni imposte al Regno Unito e di differenziarsi, preservando il proprio grado di autonomia in nome della condizione insulare. Come chiarisce Mut Bosque, grazie a ciò si ottenne la configurazione di una relazione speciale in base a cui le isole non erano né Stati membri né paesi associati all'Unione Europea[55].

Il Protocollo 3, quindi, è il risultato di una negoziazione che ha cercato di conciliare la predisposizione di un regime di adesione *ad hoc* con la protezione dell'autonomia delle Isole, consentendo loro di rimanere fuori da obblighi tali da interferire sullo specifico contesto economico, politico e, va da sé, insulare.

Il discorso sulla Brexit ci conduce a ragionare sul terzo punto, ossia il ruolo marginale delle Isole nelle riforme costituzionali. Questo ruolo, enfatizzato dalla mancanza di rappresentanti in Westminster e dalla fiera rivendicazione di una posizione autonoma nell'architettura costituzionale, ha avuto come risvolto ovvio il fatto che nel voto sulla Brexit le Dipendenze della Corona fossero totalmente ignorate.

La causa va rintracciata proprio nella disomogeneità dell'assetto costituzionale britannico che comporta che, rispetto ad altre entità territoriali, le Dipendenze rimanessero "schiacciate" dalla propria rivendicata autonomia. Questo ha portato come conseguenza, nell'immediato, che qualche deputato locale reclamasse a gran voce la possibilità di manifestare tale voto, sostenendo che il rifiuto di essere preso in considerazione avrebbe rappresentato una patente discriminazione verso tali territori.

Tuttavia, è da escludere che, anche se preso in considerazione, il contributo delle Dipendenze sul voto sulla Brexit sarebbe stato determinante, così come non è stata determinante Gibilterra. Pertanto, "subita" la decisione di uscire dall'Unione Europea, gli effetti giuridici del Protocollo sono rimasti in vigore fino alla concorrenza del periodo di transizione, ossia fino al 31 dicembre 2020.

In questo contesto, il ruolo marginale delle Dipendenze della Corona nei cambiamenti costituzionali radicali, come la Brexit, si è manifestato principalmente attraverso un dialogo tra le Isole e Whitehall, finalizzato a fornire contributi utili ai negoziati, con l'obiettivo di tenere conto, ancora una volta, delle loro specificità insulari. Così, ad esempio, nel 2016 le tre Dipendenze si sono pubblicamente confrontate con il primo ministro David Cameron inviando una lettera in cui si chiedeva la continuazione degli accordi con l'UE sino ad allora in vigore per effetto del Protocollo 3 e, in particolare, la tutela dello speciale regime di apertura sul commercio dei beni fra le isole e l'UE[56].

La risposta del Primo Ministro, giunta qualche settimana dopo, è densa di implicazioni, soprattutto laddove sottolinea che «it is right that the Crown Dependencies are kept informed and offered the opportunity to contribute *where it is relevant and appropriate* to do so» [corsivo mio]. Ciononostante, il premier britannico tiene a rassicurare le isole che il risult-

[55] M. Mut Bosque, *The Sovereignty of the Crown Dependencies and the British Overseas Territories in the Brexit Era*, in *Island Studies Journal*, vol. 15, 2020, p. 151.

[56] Chief Minister States of Guernsey, Chief Minister Isle of Man Government, Chief Minister Government of Jersey, *Letter to Prime Minister David Cameron*, 28 June 2016, disponibile online, https://www.gov.im/media/1352378/letter-from-crown-dependencies-to-uk-prime-minister.pdf.

ato del referendum «*does not change the constitutional relationship between the United Kingdom and the Crown Dependencies*»[57].

Da un punto di vista giuridico, va rigettata la tesi per cui la Corona avesse un obbligo costituzionale di rispettare le decisioni prese a livello delle isole, in quanto al massimo si sarebbe potuto configurare un obbligo di considerare le istanze insulari e di rappresentarle nelle sedi di negoziazione sovranazionale. Questa semplice constatazione rende evidente lo squilibrio delle posizioni, uno squilibrio che fra soggetti di diritto internazionale può esistere al massimo in termini politici, non di certo giuridici. Fra le Dipendenze e il Regno Unito, invece, lo sbilanciamento si è sempre espresso principalmente nella tensione fra il mantenimento dello status quo – consistente nell'obbligo costituzionale del Regno Unito di rappresentarle a fini di difesa e nelle relazioni internazionali – e lo sviluppo, in autonomia, dell'identità internazionale delle Dipendenze della Corona.

Questo ultimo snodo costituzionale è stato descritto come il prodotto dell'affermazione di un paradigma ibrido di sovranità detto «sovranità insulare» (*islandian sovereignty*)[58]. Un paradigma che, si dà il caso, era già in nuce, per esempio, nella *Framework for developing the international identity of Jersey*, un MoU firmato nel 2007 fra il Segretario di Stato per gli Affari Costituzionali di Londra e il Primo Ministro (*Chief Minister*) di Jersey[59] dove, fra le altre cose, Jersey riusciva ad ottenere la promessa che, nelle relazioni internazionali, il Regno Unito non avrebbe agito per conto dell'isola senza prima averla consultata. Jersey, si specificava nel documento, «*has an international identity which is different from that of the UK*».

6. Conclusioni e spunti di riflessione per l'ordinamento italiano

Il tipo di autonomia appena esaminato, liminare rispetto al paradigma della sovranità westfaliana, si caratterizza per una fortissima autonomia degli ordinamenti interni a fronte di una limitata autonomia in campo internazionale. Le Dipendenze della Corona non possono stipulare trattati e accordi internazionali, diventare membri, ma solo osservatori, di organizzazioni internazionali, né possono inviare propri rappresentanti diplomatici.

Da ultimo, la situazione di perdurante dipendenza reca comunque un rilevante *vulnus* dato dal fatto che, in primis, il governo di Londra può prendere decisioni strategiche come la Brexit senza che le Dipendenze siano incluse in una ufficiale procedura di consultazione, cosa che ha creato per i territori insulari un precedente che potrebbe ripetersi in future occasioni. In secundis, la Corona potrebbe teoricamente "disporre" delle isole in qualsiasi momento e, all'occorrenza, dismetterne il possesso.

Nel complesso, questo assetto dà vita, tutto sommato, a un equilibrio comunque vantaggioso per le isole, che esse stesse non sono interessate a modificare. Se da un lato non sono mai state chiamate a esprimersi con un referendum sul problema della loro indipendenza,

[57] The Prime Minister, *Letter in response to the Crown Dependencies*, 26 July 2016, disponibile online, https://www.gov.im/media/1352379/uk-prime-minister-responds-to-letter-from-crown-dependencies.pdf.
[58] G. Prinsen, S. Blaise, *An emerging "Islandian" sovereignty of non-self-governing islands*, in *International Journal*, vol. 72, n. 1, 2017, pp. 56-78.
[59] Il testo dell'*agreement* è disponibile online: https://www.gov.je/SiteCollectionDocuments/Government%20and%20administration/R%20InternationalIdentityFramework%2020070502.pdf.

dall'altro lato occorre evidenziare come non siano mai state avanzate richieste ufficiali in tal senso.

Questo si può spiegare col fatto che le isole di dimensioni ridotte e non indipendenti, che hanno "esternalizzato" alcune competenze come la difesa e le relazioni internazionali sono economicamente più prospere di isole che hanno invece rivendicato una piena sovranità. E così, non stupisce che dal 1983 nessuna isola abbia più chiesto l'indipendenza politica, ma solo maggiore autonomia. Per questo, sono convinta che le Dipendenze configurino una speciale "sovranità insulare" che, come detto altrove[60], porta a ripudiare la secca alternativa binaria per cui un territorio o è sovrano o non lo è[61].

La sovranità insulare, connotata come iper-autonomia, non è, però, un concetto che può attagliarsi ad ogni ordinamento. Vicende costituzionali come quelle descritte in questo contributo scaturiscono da un contesto storico irripetibile e profondamente intrecciato con la costituzione non scritta del Regno Unito.

Le Dipendenze non eleggono rappresentanti al Parlamento britannico e per questo mantengono un potere legislativo distinto, affiancato da una governance improntata alla tutela dei particolarismi locali. Le isole sinora descritte non partecipano pienamente ai processi democratici nazionali e, curiosamente, pur affermando la loro identità sotto il profilo costituzionale ed esprimendo a tratti una volontà di emergere come soggettività nelle relazioni internazionali, non paiono voler rivendicare con analoga forza una tale identità in termini linguistici e culturali.

Guardando alla geografia, le Dipendenze della Corona sono certamente più periferiche rispetto all'Europa continentale, ragion per cui si orientano verso mercati internazionali, disegnando l'insularità come un simbolo di autonomia e separazione storica dal Regno Unito.

Date queste differenze, si comprende perché l'insularità possa assumere significati diametralmente opposti a seconda del contesto[62]. Altrove, il concetto richiama il dovere dello Stato di attivarsi, promuovendo specifici interventi economici per superare gli svantaggi della condizione insulare. Nel caso delle Dipendenze della Corona, l'insularità trae beneficio dal costituzionalismo "*offshore*". Tale approccio, oltre a garantire prosperità economica, si fonda su un opposto principio di non ingerenza. Questo, infatti, da un lato tutela la storica separatezza dei territori in questione rispetto al Regno Unito, che renderebbe costituzionalmente inopportuna ogni intromissione politica e costituzionale. Dall'altro lato, preserva il legame con la Casa regnante, poiché la condizione insulare, di per sé, impedisce alle Dipendenze di ergersi a soggetto di diritto internazionale, mancando delle risorse necessarie per garantire la propria difesa.

In conclusione, la rivendicazione della specialità di queste isole è pacificamente accolta dal Regno Unito evitando tensioni costituzionali significative. Questo dimostra come l'autonomismo, se radicato in solide basi storico-culturali, possa svilupparsi non attraverso rott-

[60] G. Prinsen, S. Blaise, *op. cit.*, p. 57.
[61] V. ad esempio B. Bartmann, *In or out: Sub-national island jurisdictions and the antechamber of paradiplomacy,* in G. Baldacchino, D. Milne (eds.), *The case for non-sovereignty: lessons from sub-national island jurisdictions*, London, Routledge, pp. 53-71, che esamina il tema partendo dal caso di Timor Este.
[62] Se si vuole, Y.M. Citino, *I significati costituzionali dell'insularità nello Stato democratico e pluralista*, in *DPCE Online*, n. 3, 2023, pp. 2837-2850.

ure traumatiche, ma mediante lenti e graduali aggiustamenti, capaci di bilanciare in modo armonioso tradizione e modernità.

numero 2/2024

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-L4G

costituzionalismo britannico e irlandese

Devoluzione e governo locale

A volte ritornano: la rinascita della *English Question*

Alessandro Sorpresa
Dottorando in Scienze giuridiche europee e internazionali
Università degli Studi di Verona

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

A VOLTE RITORNANO: LA RINASCITA DELLA *ENGLISH QUESTION*[*]

di ALESSANDRO SORPRESA[**]

ABSTRACT (ITA): L'articolo mira ad approfondire il processo di *devolution* con riferimento alla *English question*, considerando l'incidenza di un decentramento asimmetrico sull'unità del Regno e il ruolo ricoperto dal Parlamento di Westminster. Un approccio di sistema potrebbe portare a considerare una forma di regolamentazione scritta dei rapporti sia tra Stato e singole *nations* sia tra i diversi livelli di governo, secondo una logica di leale collaborazione.

ABSTRACT (ENG): The article aims to explore the devolution process with reference to the English question, considering the impact of an asymmetrical decentralization on the unity of the Kingdom and the role played by the Westminster Parliament. The adoption of a systems approach could lead to the assessment of a specific form of written regulation governing the relations between the State and individual nations, as well as among different levels of government, pursuing a logic of loyal cooperation.

PAROLE CHIAVE: *devolution*, asimmetria, costituzione, unità.

KEYWORDS: devolution, asymmetry, constitution, unity.

SOMMARIO: 1. Problemi teorici e pratici di una *devolution* asimmetrica; 2. Fino ad oggi: il riconoscimento delle differenze nei rapporti centro-periferia; 3. Il peso dell'opinione pubblica inglese e i tentativi di risposta; 4. Considerazioni conclusive: politiche pubbliche e leale collaborazione.

1. Problemi teorici e pratici di una *devolution* asimmetrica

Lo scritto approfondisce il coinvolgimento dell'Inghilterra nel processo devolutivo in corso nel Regno Unito, partendo dalla convinzione che un dibattito sulle forme di maggiore autonomia di questo territorio, noto in passato come «*the dog that never barked*»[1], possa favorire il confronto sulle migliori soluzioni di contro-bilanciamento delle diseguaglianze proprie di un ordinamento fortemente asimmetrico, così da garantirne lo sviluppo unitamente al mantenimento degli elementi identitari delle singole *home nations*.

In quest'ottica, l'asimmetria, quale formante dei sistemi decentrati, diviene, dunque, carattere non solo intrinsecamente presente, ma anche essenziale per la tenuta di un ordinamento giuridico composto[2].

Detto altrimenti, mantenendo un approccio di sistema, l'adozione di soluzioni differenziate in risposta ai diversi bisogni delle aree territoriali considerate, per fornire soluzioni organiche ed efficienti, non può trascurare l'Inghilterra, la cui posizione, anche per

[*] Contributo sottoposto a *double blind review*.

[**] Dottorando in Scienze giuridiche europee e internazionali nell'Università degli Studi di Verona.

[1] C. HARVIE, *English Regionalism: the Dog that never Barked*, in B. CRICK (ed.), *National Identities: the Constitution of the United Kingdom*, Oxford, Wiley-Blackwell, 1991, p. 105 ss.

[2] F. PALERMO, *"Divided we stand". L'asimmetria negli ordinamenti composti*, in A. TORRE (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali negli Stati unitari (dal Regno Unito all'Europa)*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 149 ss.

Con riferimento alla diversa, ma connessa, questione scozzese, cfr. V. BOGDANOR, *Why English votes for English laws is a kneejerk absurdity*, in *The Guardian*, September 25, 2014, in cui l'Autore ha affermato che «*asymmetry is the price England pays to keep Scotland within the union*».

dimensioni (pari a circa l'85% della popolazione del Regno Unito e il 62% del territorio), ricopre un peso tale da aver configurato e da configurare tuttora, in questo scenario, una vera e propria *English question*[3].

Com'è noto, la *devolution* nel Regno Unito, a struttura asimmetrica[4], si è sviluppata negli anni incidendo sulla struttura ordinamentale e sulle modalità di regolamentazione del sistema di rappresentanza, nel tentativo di avvicinare cittadini e istituzioni e dare risposta ai bisogni propri di una società in continua trasformazione.

Tuttavia, se, da un lato, gli atti normativi adottati a partire dal 1998[5] sono stati sostenuti da altrettante consultazioni referendarie, che hanno espresso un consenso verso le proposte oggetto di scrutinio, dall'altro lato, invece, in Inghilterra, all'ostacolo ai tentativi di riforma devolutiva, rappresentato (anche) dal sistema conteale tradizionale[6], si contrapponeva il diverso esperimento di regionalizzazione economico-pianificatoria[7], che non è riuscito comunque a superare la fase attuativa, emarginando così quell'area dai successivi sviluppi autonomistici[8].

L'architettura istituzionale del Regno Unito, fondata sulla *parliamentary sovereignty* e sull'assenza di una Costituzione unidocumentale e interamente scritta, è caratterizzata, dunque, da tratti peculiari: si presenta, infatti, come una *plurinational union*, composta da quattro distinte *home nations*, a cui si aggiunge l'ulteriore asimmetria interna alla stessa Inghilterra, in cui l'area londinese ricopre un peso significativo rispetto al restante territorio inglese[9].

A livello generale, l'analisi del fenomeno fa emergere come la *devolution* rappresenti un concetto dinamico, «*a process, not an event*»[10]. In questa dimensione fluida e in continuo

[3] R. HAZELL (ed.), *The English Question*, Manchester, The Constitution Unit, 2006.

[4] V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, 2° ed., Oxford, Oxford University Press, 2001.

[5] Com'è noto, gli atti normativi a cui si fa riferimento sono i seguenti: *Scotland Act*, *Government of Wales Act*, *Northern Ireland Act* e, per l'area metropolitana della *Greater London*, il *London Authority Act.*
Su punto, cfr. P. MARTINO, *Il work in progress della devolution londinese tra mito e realtà*, in A. TORRE (a cura di), *Processi di devolution e transizioni costituzionali*, cit., p. 835 ss.

[6] A. TORRE, *Pluralismo e asimmetrie in uno stato unitario: istituzioni, caratteri e politiche della devolution nel Regno Unito,* in A. BENAZZO (a cura di), *Federalismi a confronto. Dalle esperienze straniere al caso veneto*, Padova, Cedam, 2010, p. 125 ss.

[7] Sul punto, cfr. *Libro Bianco*, con proposta congiunta da parte del *Cabinet Office* e del *Department of Transport, Local Government and the Regions* dal titolo *Your Regions, Your Choice: Revitalising the English Regions* (London, The Stationery Office, 2002; Cm 5511). Per un approfondimento sul rapporto tra *devolution* e regionalismo, cfr. A. COULSON, *Devolving Power: The Case for Regional Government*, London, Fabian Society, 1990; J. MAWSON, *The English Regional Debate. Towards Regional Governance or Government?*, in J. BRADBURY, J. MAWSON (eds.), *British Regionalism and Devolution. The Challenges of State Reform and European Integration*, London, Routledge, 1997.

[8] G. STOKER, *Is Regional Government the Answer to the English Question?*, in S. CHEN, T. WRIGHT (eds.), *The English Question,* London, Fabian Society, 2000; J. TOMANEY, P. HETHERINGTON, *English Regions. The Quiet Regional Revolution?*, A. TRENCH (ed.), *Has Devolution Made a Difference? The State of the Nation 2004,* London, Imprint Academic, 2004, p. 121 ss.

[9] R. SCHUTZE, S. TIERNEY, *The United Kingdom and the Federal Idea*, London, Bloomsbury, 2018.

[10] R. DAVIES, all'epoca *Secretary of State for Wales* nel primo Gabinetto Blair, riportava questa espressione nel titolo del suo *pamphlet*, *Devolution: a Process not an Event* (Cardiff, Institute of Welsh Affairs, 1999).
Nel *Report* della *Royal Commission on the Constitution* del 1973, si definisce la *devolution* come «*the delegation of central government powers without the relinquishment of sovereingty*» (London, HMSO, 1973; Cmnd.5460), par. 543.

adattamento[11], le entità sub-statali seguono percorsi tra loro differenziati, in relazione alle necessità dei territori di riferimento.

Nello specifico, mancando una regolamentazione scritta di rango costituzionale, che dia anche una protezione rafforzata all'azione delle entità decentrate, la *governance* multilivello del Regno[12] ha, quindi, elaborato nuove forme di attuazione delle politiche devolutive, nella ricerca del punto di equilibrio con il dogma della sovranità del Parlamento di Westminster e dell'indissolubilità dell'unità statuale.

In tale contesto, si sono sviluppate nelle singole *nations* forme 'parlamentari' monocamerali che difficilmente possono riassumersi in un modello unitario. Se in Galles, in particolare dal 2006, l'assemblea ha progressivamente aumentato i propri poteri rispetto alle originarie attribuzioni amministrative[13], in Scozia l'organo elettivo ha assunto sin da subito la denominazione di *Parliament*, con funzioni legislative alternative rispetto al modello legislativo di Westminster[14]. Al tempo stesso, l'*Assembly* nord-irlandese è stata creata per raggiungere un equilibrio nei rapporti sociali e politici interni[15], mentre nella *Greater London* c'è chi dubita possa parlarsi di un'assemblea elettiva[16].

È proprio in questo scenario multiforme che si inseriscono le parole di Anthony King, secondo cui «*Bagehot, Dicey, and those who came after them all believed that one of the essential features of the British political system was the existence within it of a single locus of sovereign authority. With the coming of devolution to Scotland and Wales, that single locus of sovereign authority no longer exists. Or, if it does exist, it exists only on paper*»[17]. Espressioni da cui traspare anche un'altra delle possibili modalità di 'percezione' della *devolution*, intesa cioè come fattore disgregativo e contrapposto rispetto alla sovranità e all'unitarietà rappresentata dal Parlamento di Westminster.

Considerando più nel dettaglio l'Inghilterra, va sottolineata la mancanza in essa di una distinta assemblea legislativa. Questo tratto distintivo del territorio inglese rispetto alle realtà devolute, sia pure con configurazioni diversificate[18], di Scozia, Galles ed Irlanda del Nord, si connota, infatti, per l'assenza del trasferimento di funzioni 'dal centro', rendendo quella *nation* priva di un'assemblea sub-statale (o nazionale)[19].

---

[11] Per un maggior approfondimento, cfr. N. BURROWS, *Devolution*, London, Sweet and Maxwell, 2000, che delinea cinque distinti elementi di metodo devolutivo quali basi per altrettanti principi di diritto pubblico riscontrabili nel Regno Unito: «*decentralisation of power*», «*creation of new institutions*», «*opening up of government*», «*reform of parliament*» e «*rationalisation of existing structures* [...]» (p. 24).

[12] S. BULMER, M. BURCH, C. CARTER, P. HOGWOOD, A. SCOTT, *British Devolution and European Policy-Making. Transforming Britain into Multi-Level Governance*, London, Palgrave Macmillan, 2003.

[13] N. JOHNSON, *The Government of Wales Act 2006: Welsh Devolution Still a Process and Not an Event?*, in *Web Journal of Current Legal Issues*, 2007.

[14] D. ARTER, *The Scottish Parliament: A Scandinavian-Style Assembly*, London, Taylor &Francis Ltd, 2004; B.K. WINETROBE, *Realising the Vision: A Parliament with a Purpose – An Audit of the First Year of the Scottish Parliament,* London, The Constitution Unit, 2001.

[15] A. TORRE, *Pluralismo e asimmetrie in uno stato unitario,* cit., p. 7.

[16] *Ibid*.

[17] A. KING, *Jon Bull's Other Lands*, in *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 179.

[18] Per un approfondimento, cfr. G. CARAVALE, *A family of nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Napoli, Jovene, 2017.

[19] La nota espressione di Benjamin Disraeli, secondo cui «*England is governed not by logic but by Parliament*» è stata ripresa, tra gli altri, da V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, cit., p. 24.

In particolare, riguardo all'estensione del fenomeno devolutivo in Inghilterra, si contrappongono due possibili letture. Per alcuni interpreti, essa configurerebbe una causa, per così dire, istituzionalizzata di ulteriore disgregazione[20]. Secondo altra corrente di pensiero, invece, esso rappresenterebbe un'efficace risposta agli sviluppi in essere nel Regno Unito[21].

Dal punto di vista socio-politico, la *devolution* ha sviluppato le proprie forme partendo dal basso, in relazione a presupposti e problematiche proprie dei singoli territori. Come evidenzia autorevole dottrina, mentre nelle altre *nations* il «movente del devoluzionismo» è la pace (in Irlanda del Nord) o la questione nazionale (in Scozia e Galles), in Inghilterra, invece, la struttura del fenomeno in esame parte, quale *territorial imperative*, dal governo dell'economia[22], articolandosi su due fronti: da un lato il regionalismo e, dall'altro, il cd. *local government* inglese[23].

Sotto quest'ultimo profilo, oltre alla creazione della *Greater London Authority* nel 1999-2000, composta dal sindaco, eletto direttamente, e dall'Assemblea, il *Local Government Act*, di poco più tardi, istituiva i Consigli di Contea e i Consigli di Distretto di Contea in Inghilterra e Galles. Inoltre, nel 2011, con l'adozione del *Localism Act* venivano modificati i poteri del governo locale in Inghilterra.

Sul versante regionale, invece, in quegli stessi anni venivano fondate le Agenzie regionali di sviluppo quali basi per la successiva nascita dei Consigli regionali.

numero 1/2024

Tuttavia, nell'autunno 2004, proprio su queste materie è stata tenuta una consultazione popolare nelle tre Regioni più settentrionali. Il quesito referendario concerneva la devoluzione di (limitati) poteri politici dal Parlamento di Westminster alle *elected regional assemblies*, rispettivamente in *North East England*, *North West England* e *Yorkshire* e *Humber*. Solo il referendum nella prima delle regioni menzionate proseguiva il proprio *iter* (*North East England*[24]), giungendo, però, il 4 novembre 2004, ad un rigetto della proposta, con 77.9% di voti contrari, su una percentuale di votanti pari al 48% degli aventi diritto.

La sconfitta, che aveva visto la prevalenza dei NO in tutte le aree della regione, ha segnato un'*impasse* negli sviluppi della politica di devoluzione del Governo laburista (del 1997-2010)

---

[20] H.W. JEWELL, *The North-South Divide: The Origins of Northern Consciousness in England*, Manchester, Manchester University Press, 1994.

[21] J. MAWSON, *Britain: The Rise of the Regional Agenda to Combat Increased Fragmentation?*, P. LE GALÈS, C. LEQUESNE (eds.), *Regions in Europe*, London, Routledge, 1998.

[22] A. TORRE, "*On devolution*". *Evoluzione e attuali sviluppi delle forme di autogoverno nell'ordinamento costituzionale britannico*, in *Le Regioni*, 2, marzo-aprile 2000, in particolare p. 327.

[23] Sul punto, cfr. il recente *Labour Party Manifesto 2024* dove si legge che: «[…] *too many areas have been held back because decisions are often taken in Westminster, and not by local leaders who understand local ambitions and strengths* […] *Labour will transfer power out of Westminster, and into communities, with landmark devolution legislation to take back control*» (p. 40).

[24] Nello specifico, il quesito referendario era il seguente: «*You can help to decide whether there should be an elected assembly in the North East region. If an elected assembly is to be established, it is intended that: the elected assembly would be responsible for a range of activities currently carried out mainly by central government bodies, including regional economic development; and local government would be reorganised into a single-tier in those parts of the region that currently have both county and district councils. Should there be an elected assembly for the North East region?*» (cfr. The Electoral Commission, *The 2004 North East regional assembly and local government referendums,* November 2005).

per l'Inghilterra e l'abbandono degli altri referendum proposti per il *North West England* e per lo *Yorkshire* e *Humber*.

2. Fino ad oggi: il riconoscimento delle differenze nei rapporti centro-periferia

Tra gli eventi che hanno maggiormente inciso sull'assetto ordinamentale del Regno successivamente al referendum del 2004 va annoverata la vicenda *Brexit*, una scelta politica che, in questo studio, rileva soprattutto per le conseguenze giuridiche che ne sono derivate. L'uscita dall'Unione europea, infatti, accentuando le tensioni tra Whitehall/Westminster ed i titolari dei poteri decentrati[25], ha animato anche politiche di segno contrario al processo devolutivo: «[…] *there are three scenarios for the constitutional future of the UK after Brexit: recentralization; disintegration; or reconfiguration*»[26].

A questo riguardo, il professor Bogdanor, in un recente scritto, evidenzia come i rilievi problematici[27] acuiti dalla *Brexit* del 2016 possano essere risolti attraverso un radicale *overhaul* costituzionale che potrebbe estendersi sino all'adozione di una Costituzione scritta[28].

L'attuale scenario asimmetrico, invero, dimostrerebbe la necessità di una regolamentazione del fenomeno devolutivo di fonte rafforzata, capace di apportare chiarezza ordinamentale e di meglio definirne metodi e procedure.

numero 1/2024

Inoltre, accanto ai rapporti con l'Unione europea, il Regno Unito ha vissuto negli anni più recenti una fase di transizione, manifestando sintomi di un sistema politico non esente da talune difficoltà interne.

Basti pensare alle vicende che hanno coinvolto il leader conservatore Boris Johnson, dalla storica vittoria dei *Tories* nel 2019 sino alle successive dimissioni nel luglio 2022, ripetute, sia pure in contesti diversi, dalla neoeletta Liz Truss nell'ottobre dello stesso anno, solo dopo 44 giorni dall'insediamento del nuovo Governo che era iniziato con uno degli ultimi atti della Regina Elisabetta II, la cui scomparsa poco più tardi chiudeva il Regno più longevo della monarchia britannica. Seguivano il Governo del conservatore Rishi Sunak (2022-2024) e la recente vittoria dell'attuale Primo Ministro laburista Keir Starmer.

---

[25] Sul punto, cfr. la vicenda dello *EU Withdrawal Act* e, per un'analisi più generale, A. YOUNG, *The Law*, in *Article 50 two years on, The UK in a Changing Europe*, March 29, 2019, p. 16 ss.

[26] M. KEATING, *Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Droit et societè*, vol. 1, n. 98, 2018, p. 54.

[27] Per i rapporti Regioni-UE, cfr. P. BRIEN, *EU funding in the UK*, in *House of Commons Library*, Briefing Paper 7847, 11 September 2020; UK CABINET OFFICE, *Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions*, CM 5511, May 2002 (White Paper), che prevede che: «*Individual local authorities and regional bodies such as Regional Development Agencies have realised that, to make an impact in Brussels, they need to work together at a regional level to gain critical mass. The efforts of the UK's devolved administrations have demonstrated the benefits of such co-ordinated action*» (punto 8.16).

[28] V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, London, Bloomsbury, 2019. In particolare, l'Autore rileva che: «*Perhaps the reason why England has never spoken is that, constitutionally, England does not seem to exist. Constitutionally it appears to be void*» (p. 200).

Una serie di eventi che, inseriti nella peculiare geometria del potere britannico, permette di riprendere (se non già di continuare) un dibattito nel quale proprio la *English question* sta ricevendo sempre più luce rispetto all'approccio anglo-centrico di Westminster.
In questa sfida, superando la visione dell'Inghilterra come nazione omogenea, che, rappresentando il centro, non porrebbe alcuna sfida alla supremazia del centro, ne vanno piuttosto riconosciute le differenze interne, soprattutto tra il Nord ed il Sud del paese[29].
In questo rapporto di interrelazione centro-periferia, che coinvolge anche le relazioni tra città e campagna all'interno della singola *nation*, dal punto di vista giuridico si potrebbe rilevare come preservare l'Unione non significhi tanto agire sulla base di (non sempre chiaramente definibili) "materie riservate", in cui solo il Parlamento di Westminster ha facoltà di legiferare, quanto piuttosto, partendo dal basso, di maturare una cultura dell'asimmetria improntata a sviluppare forme di cooperazione tra i diversi livelli di governo.
In questo senso sembra orientato il Manifesto dei laburisti delle ultime elezioni[30], che si propone espressamente di «*reset the UK government's relationship with devolved governments in Scotland, Wales, and Northern Ireland*»[31]. Un simile impegno partirebbe dall'istituzione di un *Council of the Nations and Regions* in grado di riunire le diverse aree ed i diversi livelli territoriali del Regno, di cui, però, non è ancora chiara la natura né le modalità con le quali garantire una rappresentanza alle zone dell'Inghilterra che non hanno un sindaco.
In quello stesso testo, si mira altresì ad un rafforzamento della Convenzione di Sewel[32], secondo cui il Parlamento del Regno Unito non legifera, di norma, in aree di competenza devoluta senza consenso della *devolved nation*. Nello specifico, verrebbe creato un nuovo memorandum d'intesa (MoU) per delineare il modo in cui le varie *nations* lavoreranno insieme nell'interesse generale. Il Manifesto ha posto ripetutamente l'accento sul partenariato tra Governo centrale e autorità decentrate, coinvolgendo altresì i sindaci e gli altri leader locali[33].

---

[29] Nel recente pamphlet di R. HAZELL, *The English Question*, cit., pp. 29-30, si legge: «*Do the English care? And what should be the government's response? This is the heart of the English Question, and three responses are making themselves evident. The first is to say the English don't care, that there is no demand from the English for regional government or regional assemblies but to acknowledge that there is a risk of the English losing out economically, and that there are problems of regional unemployment and regional economic development. The second response is to say that the English do need a louder political voice, some regions now want it, and they deserve to be given political institutions equivalent to the Scottish Parliament and the devolved assemblies: this is the rallying cry of the Campaign for an English Parliament. The third is a more bottom-up approach which responds to the growth of regionalism and proliferation of regional bodies by proposing that they should be pulled together and made accountable to regional chambers or regional assemblies*».
[30] Per un approfondimento, cfr. P. THOMAS, *Devolution in the 2024 party manifestos*, in *The Constitution Unit*, June 25, 2024.
[31] *Labour Party Manifesto 2024*, p. 109.
[32] Il testo integrale della Convenzione è reperibile al seguente indirizzo.
[33] Sul punto, cfr. *Labour Party Manifesto 2024*, laddove si afferma che: «*Labour will ensure the structures and institutions of intergovernmental working improve relationships and collaboration on policy. Labour will strengthen the Sewel Convention by setting out a new memorandum of understanding outlining how the nations will work together for the common good*». E si aggiunge che: «*Labour will renew opportunities for the Prime Minister and Heads of Devolved Government to collaborate with each other. As recommended in the Report of the Commission on the UK's future, we will establish a new Council of the Nations and Regions. This will bring together the Prime Minister, the First Ministers of Scotland and Wales, the First and deputy First*

Tra le proposte, è anche prevista l'attribuzione di maggiori poteri in settori quali i trasporti, l'educazione, l'edilizia abitativa, la pianificazione e il sostegno all'occupazione[34].
Si tratta, comunque, di piani da concretizzare, rispetto ai quali non può mancare l'attenzione agli evidenziati rilievi problematici di questa parte dell'architettura costituzionale del Regno Unito.
In ogni caso, ferma la centralizzazione attuale dell'intera isola, in cui, per molti essere inglese ed essere britannico significa fare riferimento a concetti interscambiabili, la *devolution* necessita di dialogo con le singole autorità locali, al fine di coordinare l'azione politica del Governo con i piani di crescita delle 'periferie'[35].

3. Il peso dell'opinione pubblica inglese e i tentativi di risposta

Considerando giuridicamente la portata teorica e pratica della *English question*, è possibile approfondire il fenomeno in esame seguendo distinte prospettive d'indagine.
Mantenendo un approccio di sistema, va evidenziato che, come rileva autorevole dottrina[36], la *English question* ricomprende in sé due domande.
La prima, nota come *West Lothian question*, prende il nome da chi per primo l'ha rilevata, Tam Dalyell, per molti anni deputato per il *West Lothian*, contea scozzese a ovest di Edimburgo.
Nello specifico, l'interrogativo che viene posto attiene al profilo della correttezza o meno circa il fatto che, mentre i parlamentari inglesi non possono più votare su questioni devolute al Parlamento scozzese, come la sanità e l'istruzione, i parlamentari scozzesi possono comunque continuare a votare su vicende che coinvolgono il *West Bromwich* in Inghilterra. Ciò significa che la legislazione che riguarda quelle materie in Inghilterra può divenire legge grazie ai voti dei parlamentari scozzesi, ma i parlamentari inglesi, di converso, sono estranei a questi affari in Scozia.

Minister of Northern Ireland, and the Mayors of Combined Authorities. The next Labour government will also ensure that UK-wide bodies are more representative of our nations and regions» (pp. 109-110).

[34] *Labour Party Manifesto 2024*, dove viene riportato quanto segue: «*We will also widen devolution to more areas, encouraging local authorities to come together and take on new powers. Towns and cities will be able to take hold of the tools they need to pursue growth, create jobs, and improve living standards. Local areas will be able to gain new powers over transport, adult education and skills, housing and planning, and employment support. We will ensure those places have the strong governance arrangements, capacity, and capability to deliver, providing central support where needed*» (p. 40).

[35] Non a caso, nel *Labour Party Manifesto* del 2024, oltre ad un riferimento all'implementazione di «*devolution settlements for existing Combined Authorities*», si riporta l'intenzione di estendere il processo devolutivo a più aree, «*encouraging local authorities to come together and take on new powers*» (p. 40).
A questo riguardo, dopo le recenti elezioni, lo stesso Re Carlo III, nel proprio discorso, ha affermato che: «*My Government believes that greater devolution of decision making is at the heart of a modern dynamic economy and is a key driver of economic growth and my Ministers will introduce an English Devolution Bill. Legislation will be introduced to give new powers to metro mayors and combined authorities. This will support local growth plans that bring economic benefit to communities*». E ha aggiunto che: «*A Bill will be introduced to allow local leaders to take control of their local bus services. My Ministers will bring forward legislation to improve the railways by reforming rail franchising, establishing Great British Railways and bringing train operators into public ownership*» (cfr. HIS MAJESTY KING CHARLES III, *Oral statement to Parliament -The King's Speech 2024*, July 17, 2024).

[36] V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, cit., pp. 13-14.

Il secondo interrogativo concerne le modalità con cui poter configurare un decentramento in Inghilterra. In particolare, si tratta di comprendere se quest'ultimo vada indirizzato più che verso nuovi organi legislativi con poteri paragonabili a quelli del Parlamento scozzese o dell'Assemblea nazionale del Galles, alle autorità locali, così come sono attualmente costituite o raggruppate nella *Greater Manchester e* nella *Greater London*.
Ad oggi, l'anomala posizione dell'Inghilterra nel processo devolutivo rappresenta la reazione alle relativamente recenti proposte di maggiore autonomia della Scozia[37].
Nonostante nel settembre 2014 più di due milioni di voti scozzesi si siano espressi per salvare il Regno Unito dalla rottura, raggiungendo il 55% di NO, prima del voto un sondaggio di *YouGov* aveva mostrato una certa, sia pur lieve, maggioranza per l'indipendenza, mentre altri sondaggi avevano mostrato solo un vantaggio molto stretto per gli unionisti.
Questa delicata situazione per gli equilibri del Regno aveva indotto i tre leader dei partiti britannici — David Cameron, Ed Miliband e Nick Clegg — a promettere agli scozzesi una maggiore devoluzione e, in particolare, poteri aggiuntivi in materia di tassazione e *welfare*, se avessero accettato di rimanere nel Regno Unito. La promessa era stata appoggiata dall'ex Primo Ministro Gordon Brown, che, pur rappresentando una circoscrizione elettorale scozzese, veniva in realtà considerato da molti abitanti di quel territorio come un portavoce dell'intera Scozia.
Questa promessa, tuttavia, è stata fatta senza consultare la Camera dei Comuni, nella quale 533 deputati, su un totale di 650, rappresentavano circoscrizioni inglesi. Seguivano, dunque, le proteste dei deputati conservatori, che non avrebbero più concesso ulteriori poteri alla Scozia senza che contestualmente venisse fatto qualcosa anche per l'Inghilterra. Non a caso, quando David Cameron ha accolto l'esito del referendum, ha dichiarato che, oltre a mantenere la promessa fatta alla Scozia, la voce dell'Inghilterra avrebbe dovuto essere ascoltata «*in tandem with*» e «*at the same pace*» dell'ulteriore devoluzione per la Scozia[38].
Sotto la guida di William Hague, leader della Camera dei Comuni, è stato, quindi, istituito un *Cabinet committee* per valutare, sul piano tecnico, le varie opzioni con cui si sarebbe potuta riappacificare l'opinione pubblica inglese[39].
In particolare, un primo tentativo di dare ordine all'asimmetria istituzionale esistente è stato compiuto suggerendo una modifica al procedimento legislativo della *House of Commons*, in base alla quale sarebbe stato circoscritto al voto dei parlamentari eletti nelle *constituencies* inglesi (o gallesi) ogni progetto di legge riguardante esclusivamente quel territorio (o il Galles).
Dall'ottobre 2015[40], infatti, attraverso la procedura *English Votes for English Laws* si è cercato di istituire una sede per dare voce non a tutto il Regno Unito, ma a quel circoscritto contesto territoriale. Da quel momento, sarebbe stata affidata allo *Speaker* della *House of Commons* la

[37] *Ibid.*, p. 12 ss.
[38] Per il discorso completo, cfr. *Scottish Independence Referendum: statement by the Prime Minister*, September 19, 2014.
[39] V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, cit., p. 17 ss.
[40] In vigore fino al 13 luglio 2021, dopo essere stata sospesa in data 22 aprile 2020 (cfr. *The decision of the House of Commons on 13 July 2021*, reperibile a seguente indirizzo: https://hansard.parliament.uk/commons/2021-07-13).

valutazione in merito alla sottoposizione di un determinato progetto di legge alla nuova procedura. In particolare, il *Bill* non solo sarebbe dovuto rientrare nelle materie devolute, ma soprattutto avrebbe dovuto riguardare unicamente l'Inghilterra. Qualora, invece, il testo avesse presentato non tutte, ma solo talune disposizioni normative applicabili al territorio inglese, si sarebbe seguito il normale *iter*, che, dopo le prime due letture, sarebbe passato all'esame in Commissione per giungere al *Report Stage*, terminato il quale il voto, riservato in tal caso ai parlamentari inglesi, in sede di *Legislative Grand Committee* sarebbe risultato pregiudiziale per procedere alla terza lettura, ovverosia all'ultima fase prima del passaggio alla *House of Lords*.

Senza trascurare il rischio che una simile proposta comporti l'emersione di una frammentazione identitaria a discapito di una concezione moderna di rappresentanza politica, permane nondimeno l'assenza, a livello centrale, di una seconda camera rappresentativa dei territori, quale luogo di effettivo confronto-scontro tra le nazioni e collante nei rapporti tra 'Parlamenti'-territori e potere centrale[41].

In particolare, proprio a questo tema è dedicato il paragrafo del Manifesto del Partito Laburista dal titolo "*Constitutional Reform*", secondo cui «*reform is long over-due and essential*»[42]. E, dopo qualche riga, nella stessa pagina si sottolinea il fatto che «*the second chamber of Parliament has become too big*»[43].

Pertanto, nel proprio programma politico, il nuovo Governo si prefigge il compito di portare «*an immediate modernisation, by introducing legislation to remove the right of hereditary peers to sit and vote in the House of Lords. Labour will also introduce a mandatory retirement age. At the end of the Parliament in which a member reaches 80 years of age, they will be required to retire from the House of Lords*». Inoltre, «*Labour* […] *will introduce a new participation requirement as well as strengthening the circumstances in which disgraced members can be removed*». E conclude sul punto affermando che: «[…] *Labour is committed to replacing the House of Lords with an alternative second chamber that is more representative of the regions and nations*»[44].

A ciò si aggiunga che con la procedura *English Votes for English Laws,* come messo in luce da autorevole dottrina, si verrebbe a creare un Governo a struttura bilaterale: da un lato, per le materie riservate e, dall'altro, per quelle devolute. In tal modo, però, minando la stessa responsabilità collettiva dell'intero Governo nei confronti del Parlamento, che dovrebbe riguardare tutte le scelte politiche compiute e non solo un gruppo circoscritto di esse[45].

A questa prima proposta di modifica al procedimento legislativo della *House of Commons*, il *Cabinet committee* aveva affiancato una seconda opzione, facente, invece, leva su un *English*

---

[41] Per un approfondimento, cfr. M. RUSSELL, *Lords reform is back on the agenda: what are the options?*, in *The Constitution Unit*, February 23, 2020. Tra gli altri studi, cfr. T. SHIPMAN, *Lords may become "House of Regions"*, in *The Sunday Times*, January 5, 2020. Tra gli altri Autori, cfr. P. LEYLAND, *England Unincorporated: Reflections on the Constitutional Way Ahead post Brexit?*, in *Federalismi*, n. 10, 28 marzo 2022, il quale afferma che: «*A Senate (or upper house) elected on a territorial basis to reform or replace the House of Lords would potentially give the devolved nations and the English regions a much stronger voice at Westminster in Parliament, and act as a possible forum to settle disputes*» (p. 117).

[42] *Labour Party Manifesto 2024*, p. 108.

[43] *Ibid*.

[44] *Ibid*.

[45] V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, cit., p. 17.

Grand Committee, con una composizione di natura proporzionale al peso dei rispettivi partiti in Inghilterra, con il quale, secondo i suoi sostenitori, un Governo che ivi non avesse la maggioranza di seggi sarebbe inevitabilmente chiamato a negoziare per assicurare l'approvazione delle proprie proposte.
In realtà, considerandone i risvolti, oltre che giuridici, anche strettamente economico-finanziari, nulla escluderebbe in tal caso una paralizzante forma di separazione di poteri.
Infine, una terza proposta avanzata dal *committee* guidato da William Hague, istituito per valutare le varie opzioni con le quali si sarebbe potuta 'placare' l'opinione pubblica inglese a seguito del referendum sull'indipendenza scozzese, concerneva la possibilità di incardinare una peculiare procedura parlamentare[46]. Nello specifico, mentre tutti i parlamentari avrebbero dovuto continuare a votare su tutte le leggi, i voti dei parlamentari inglesi e di quelli non inglesi avrebbero dovuto essere registrati separatamente. Inoltre, ci sarebbe stata una *convention* secondo cui la legislazione "inglese" avrebbe dovuto essere approvata solo da una maggioranza di parlamentari inglesi. Tale *convention*, che non avrebbe avuto forza di legge, era stata accolta da Sadiq Khan, ma, cambiando il Governo, resta nuovamente da comprenderne, ad oggi, termini e modalità di eventuale attuazione.

4. Considerazioni conclusive: politiche pubbliche e leale collaborazione

Come anticipato, dopo il 1997, Westminster ha devoluto poteri a Scozia, Galles e Irlanda del Nord, ma l'Inghilterra è stata in gran parte esclusa da questo processo. L'eccezione, oltre a *Manchester*, è stata la *Greater London*, dove nel 2000 sono stati istituiti un *mayor of London* e una *London Assembly*.
Dopo il fallimento referendario del 2004 nel *North East*, le assemblee elettive che erano state pianificate per le altre regioni sono state abbandonate. Al contempo, veniva concessa una forma limitata di decentramento amministrativo tramite *regional development agencies* e *government offices for the regions*. Tuttavia, questa struttura è venuta meno con il nuovo governo laburista nel 2010.
Un nuovo processo di devoluzione inglese è stato avviato nel 2014, negoziando accordi su misura con gruppi di autorità locali che hanno formato nuove *Combined Authorities* presiedute dai *Metro mayors.* Nello specifico, si tratta di organismi giuridici istituiti dalla legislazione nazionale quale modello organizzativo finalizzato a consentire a un gruppo composto da due o più *councils* di collaborare ed assumere decisioni collettive *across council boundaries*, sfruttando i poteri loro devoluti dal governo centrale[47].
Inoltre, nel 2015 è stato concordato un accordo di devoluzione più limitato, con il *Cornwall County Council*.

[46] *Ibid.*, p. 19.
[47] Il *Local Government Act* del 2000, per come emendato nel 2011 dal *Localism Act*, ha inciso sulla forma di governo delle *Local Authorities*, separando la titolarità dell'indirizzo politico-amministrativo dalla funzione esecutiva, consentendo altresì l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo (cd. *mayor*).

Come parte della strategia di livellamento lanciata nel 2022, è iniziata una nuova ondata di negoziati per raggiungere accordi devolutivi. Ciò ha portato all'estensione della *mayoral devolution* in tre nuove aree nel maggio 2024.

Attualmente, 12 aree in Inghilterra presentano questa organizzazione ordinamentale: *Greater London*, *West Midlands*, *Greater Manchester*, *Liverpool City Region*, *West Yorkshire*, *South Yorkshire*, *Cambridgeshire* e *Peterborough*, *Tees Valley*, *West of England*, *York* e *North Yorkshire*, *East Midlands* e *North East*.

Tale situazione dovrebbe essere estesa anche ad altri quattro luoghi nel 2025: *Suffolk*, *Norfolk*, *Greater Lincolnshire* e *Hull* e *East Yorkshire.* Nel caso di *Suffolk* e *Norfolk*, i poteri saranno devoluti direttamente al Consiglio di contea anziché a una *Combined Authority*[48].

Inoltre, si prevede che nel 2025 vengano implementati accordi di devoluzione nel *Lancashire*, *Devon* e *Torbay* e in Cornovaglia. Infine, sono stati concordati accordi provvisori anche nel *Surrey*, *Warwickshire* e *Buckinghamshire*.

Si tratta nondimeno di forme di pattuizione da implementare (e monitorare nei risvolti applicativi), che richiederanno l'approvazione di Westminster, per poi passare dagli organi locali coinvolti[49].

In un simile contesto, il futuro della *English question* parrebbe, pertanto, suggerire di preferire un approccio pratico e di sistema, capace di bilanciare le *top-down directives* con i differenti *local growth plans*[50].

numero 1/2024

Sul punto, il Manifesto del Partito Laburista 2024 precisa che al centro «*of our approach is a new statutory requirement for Local Growth Plans that cover towns and cities across the country. Local leaders will work with major employers, universities, colleges, and industry bodies to produce long-term plans that identify growth sectors and put in place the programmes and infrastructure they need to thrive*»[51].

A questo riguardo, in data 16 luglio 2024, Angela Rayner, *Deputy Prime Minister* e *Secretary of State for Housing, Communities and Local Government*, ha invitato i leader dei Governi locali «*to partner with this government to deliver the most ambitious programme of devolution this country has ever seen*»[52]. Nell'invitare, quindi, le autorità locali, entro la fine di settembre, a partecipare ad

---

[48] Per un approfondimento delle *Mayoral Combined Authorities*, cfr. R. MEDDA, *La riorganizzazione del local government in Inghilterra: l'introduzione delle mayoral combined authorities*, in *Federalismi*, 5 ottobre 2016.

[49] D. HENDERSON, A. PAUN, B. ALLEN, M. MITCHELL, *English devolution - What is the history of English devolution? How much of England has devolution? Which powers are devolved?*, in *Institute for Government*, June 21, 2024, secondo cui, attualmente, gli sviluppi devolutivi coprono il 48% della popolazione inglese, il 54% della sua produzione economica e il 26% della superficie territoriale. Se tutti i nuovi accordi saranno implementati come previsto nel 2025, – riportano gli autori – questa percentuale salirà rispettivamente al 64%, 67% e 54%.

[50] M. HERBERTSON, *What next for English devolution?*, in *LSE Inequalities*, March 12, 2024.

[51] *Labour Party Manifesto 2024*, p. 40.

[52] Sul punto, cfr. *Letter from the Deputy Prime Minister, Hon. Angela Rayner MP, to local leaders, The next steps to devolution*, July 16, 2024. Nello stesso testo, si legge che: «[…] *we want more regions to benefit from integrated settlements, with access to this important financial flexibility for mayoralties with capacity, strong accountability structures and exemplary track records of financial management*».

E viene aggiunto che: «*We will move away from a deal-based approach, setting out clear conditions and a clear offer in return for places seeking devolution agreement, and will enshrine a presumption towards devolution, so places can take on new powers automatically if they meet certain conditions. Devolution underpins our national mission to deliver economic growth for everyone, everywhere, raising living standards across the UK. This government will work in partnership with local leaders to implement*

un «*first set of devolution settlements*», che dovrebbero essere adattati alle singole geografie e contesti socio-economici di riferimento, in modo che i rispettivi *leader* possano agire «*at the scale needed to effectively deploy their powers*», l'on. Rayner non nasconde che «*we will only be able to improve public services through economic growth, and it is critical you* [i.e. *Local Leaders*] *play a leading role in delivering it*». Tuttavia, viene al contempo riconosciuto che «*this must be accompanied by reforms to local government and long term funding settlements, providing you* [i.e. *Local Leaders*] *with the certainty to plan and provide the best possible value for money for residents*»[53].

Tra le soluzioni prospettabili, alla luce dell'esito dei voti espressi nel *North East* nel 2004, contrari ad una proposta devolutiva nei confronti di un'assemblea regionale, si potrebbe dubitare che la società inglese, da cui bisogna partire per comprendere il miglior modo di affrontare questo tema, intenda strutturare forme di decentramento politico in capo alle regioni dell'Inghilterra.

Un'alternativa potrebbe essere rappresentata da un Parlamento inglese[54], cui trasferire poteri e competenze.

Tuttavia, anche una scelta federale o para-federale[55] non trova unanimità di consensi, dal momento che, riprendendo le parole del professor Bogdanor, «*federal systems in which the largest unit dominates have littles chance of survival*»[56].

Già nel 1973, la *Royal Commission on the Constitution* (*The Kilbrandon Commission*) aveva sostenuto che: «*A federation consisting of four units* […] *would be dominated by the overwhelming political importance and wealth of England. The English Parliament would rival the United Kingdom federal Parliament; and in the federal Parliament itself the representation of England could hardly be scaled down in such a way as to enable it to be outvoted by Scotland, Wales and Northern Ireland, together representing less than one-fifth of the population*»[57].

Local Growth Plans, and I am excited to establish a Council of Nations and Regions to bring together the Prime Minister, the leaders of the devolved administrations and metro Mayors. I want to see more places represented at that Council, with more Mayors at the table». Verso la fine della lettera indirizzata ai *local leaders*, l'on. Rayner ha manifestato anche l'impegno del Governo nella pubblicazione di un «*new devolution framework, setting out the new powers and flexibilities available to you. While we will not force places to take on a metro Mayor, we will not shy away from making the case for their huge advantages, with some powers continuing to be reserved for institutions with directly elected leaders, such as Mayoral Combined Authorities*».

[53] *Ibid*. Per un aggiornamento, cfr. D. GREEN, *Angela Rayner promises to deliver devolution across the north of England*, in *LabourList*, September 20, 2024.

[54] Tra gli altri, cfr. R. HAZELL, *The English Question*, cit., p. 10, in cui affronta il tema della creazione di un «*parliament within a parliament*».

[55] Sul punto, cfr. S. TIERNEY, *Is a federal Britain now inevitable?*, in *UK Constitutional Law Association*, November 27, 2014. Tra gli altri Autori, cfr. S. PAROLARI, *Il futuro costituzionale del Regno Unito: il primo passo verso la devo-more in Scozia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 6 ottobre 2015, che afferma che «*non è da escludere che il federalismo nelle sue molteplici forme possa tornare in auge, quale una delle possibili opzioni per il mantenimento del Regno Unito del futuro*» (p. 19).

[56] V. BOGDANOR, *The Crisis of the Constitution*, cit., p. 16. Lo stesso Autore, nell'articolo dal titolo *The West Lothian Questions*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 63, n. 1, 2010, p. 156 ss., con riferimento al Parlamento di Westminster, aveva affermato che: «*Westminster, therefore, is no longer a Parliament for the domestic and non-domestic affairs of the whole of the UK. It has been transformed into a parliament for England, a federal parliament for Scotland and Northern Ireland, and a parliament for primary legislation for Wales. Westminster has become, it might be suggested, a quasi-federal parliament*» (p. 156).

[57] Cmnd. 5460, 1973, par. 531.

In conclusione, la profonda trasformazione, anche sociale, del Regno Unito negli ultimi decenni contorna il fenomeno devolutivo di una certa fluidità, che, oltre ad avere conseguenze sul comportamento dello stesso elettorato, acuisce la frammentazione geografica esistente, sia tra *nations* e regioni che tra le stesse città e le rispettive periferie.
In quest'ottica, per (tentare di) rispondere concretamente agli interrogativi in essere, si tratta allora di comprendere, quali materie risultino essenziali per il mantenimento dell'unità del Regno e quali possano, invece, essere suscettibili di un trattamento differenziato in relazione alle diverse aree territoriali considerate.
In alternativa a questa prospettiva, superando una suddivisione per 'etichette' e nel tentativo di prevenire possibili conflitti con le entità sub-statali, si potrebbe altresì ragionare più che di un riparto per materie, di politiche pubbliche, da articolare secondo una collaborazione tra i diversi livelli di governo. In tal senso parrebbe orientato anche il recente Manifesto laburista, nel quale viene affermato che: «*We will deepen our democracy by reforming Parliament and devolving power to communities. And rather than stoking division* […] *we will ensure there is respect and collaboration across the different governments that make up the United Kingdom*»[58].
Una collaborazione, pertanto, che, oltre a ricomprendere i rapporti tra i diversi livelli di governo ed il coinvolgimento delle autorità locali, concerne anche le corrispondenti relazioni tra le varie *nations*. Proprio a questo riguardo, nello stesso testo poc'anzi richiamato si legge che: «*As part of Labour's plans to clean up politics and return it to the service of working people, we will reset the UK government's relationship with devolved governments in Scotland, Wales, and Northern Ireland*»[59]. A ciò aggiungendo che: «*We will ensure members of devolved legislatures have the same free speech protections enjoyed by MPs at Westminster, so elected representatives can hold power to account*»[60].
In ogni caso, alla luce della delicatezza della questione, difficilmente si può prescindere da un preliminare coinvolgimento della popolazione interessata, quantomeno su un piano generale, per intenderne a pieno bisogni e necessità. Cercare di affrontare la *English question*, infatti, significa fare riferimento ad un fenomeno anche di natura socio-culturale, che va pienamente compreso proprio partendo dal basso.
Se è vero, infatti, che quella Costituzione si basa largamente su regole non scritte, già all'inizio del secolo scorso è stato messo in luce il rischio che tali taciti «*understandings are not always understood*»[61].
Senza, però, superare o quantomeno aspirare a bilanciare il principio della sovranità del Parlamento di Westminster con le nuove spinte sociali e territoriali, appare arduo raggiungere un allineamento con i tratti tipizzanti della moderna democrazia. In questo senso, una forma di regolamentazione scritta sarebbe in grado di incanalare moti tra loro molto distanti, indirizzandoli verso il perseguimento di un equilibrio di sistema che, forse, in questo momento storico, è proprio una riforma costituzionale a poter garantire.

[58] *Labour Party Manifesto 2024*, p. 106 ss.
[59] *Ibid.*, p. 109.
[60] *Ibid.*
[61] S. Low, *The Governance of England*, London, T. Fisher Unwin, 1904, p. 12.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-M2D

Libertà e diritti fondamentali

Il costituzionalismo britannico alla prova della Shari'a: l'esperienza dei tribunali islamici nel Regno Unito

Cristina Gazzetta
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi Niccolò Cusano

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Il costituzionalismo britannico alla prova della Shari'a: l'esperienza dei tribunali islamici nel Regno Unito**

di Cristina Gazzetta*

Abstract (Ita): Al giorno d'oggi la pluralità culturale che caratterizza, in linea generale, gli ordinamenti di matrice democratico-sociale sembra spesso potersi riferire alla dimensione religiosa e alla presenza diffusa di una pluralità di comunità religiose portatrici di tradizioni e norme che pretendono di affermarsi anche al di là dei confini della religione stessa e che in qualche modo permeano l'ordinamento statale. Da questo punto di vista, merita particolare attenzione la presenza dei musulmani in Europa e in particolare nel Regno Unito, dove il diritto islamico vivo e attuale mette in crisi l'idea di un ordinamento giuridico che, come quello britannico, almeno tendenzialmente, aspira ad essere uniforme. Sembrano pertanto interessanti (alcune) considerazioni proprio sui tribunali islamici (Shari'a Councils) nel Regno Unito, al fine di verificare la tenuta stessa dell'ordinamento (costituzionale) britannico dinnanzi ad essi.

Abstract (Eng): Today, the cultural plurality characterizing democratic-social legal systems often intersects with religious dimensions, showcasing a broad presence of diverse religious communities. These communities carry traditions and norms seeking to extend their influence beyond strictly religious boundaries, thereby permeating state legal systems. Particularly notable is the presence of Muslims in Europe, especially in the United Kingdom, where the dynamic application of Islamic law challenges the uniformity of a legal system such as the British one, which generally aspires to cohesion. Hence, examining the role and implications of Shari'a Councils in the UK provides an opportunity to evaluate the resilience and adaptability of the British constitutional system in addressing these challenges

Parole chiave: Costituzionalismo britannico; tribunali islamici; pluralismo culturale

Keywords: British Constitutionalism; Shari'a Councils; Cultural Pluralism

Sommario: Ordinamenti giuridici e fenomeno religioso. Una premessa.

Ordinamenti giuridici e fenomeno religioso. Una premessa.

Considerando oramai quali elementi imprescindibili del costituzionalismo contemporaneo la secolarizzazione del potere pubblico e il riconoscimento del pluralismo religioso[1], è necessario tuttavia insistere sulla nuova tendenza dello stesso costituzionalismo che fa corrispondere la religione ad una libertà fondamentale[2].

Con la conseguenza che il fenomeno religioso troverà giustificazione all'interno dell'ordinamento di uno Stato democratico e di diritto in quanto libertà fondamentale dell'individuo, riferibile alla sua sfera intima e morale.

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi Niccolò Cusano

[1] Se riconosciamo la multiculturalità quale cambiamento epocale della società e, allo stesso tempo, sfida dello Stato contemporaneo, il quale riconosce quali valori supremi dell'ordinamento la democrazia e il pluralismo, *«la grande possibilità sta nel fatto che le nostre società, aprendosi alle religioni di tutto il mondo, possono realizzare appieno il carattere universalista del diritto di libertà religiosa e la laicità dello Stato»*; cfr. C. Cardia, *Libertà religiosa e multiculturalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, maggio 2008 (ultimo accesso 21/10/2024).

[2] Al riguardo, pare di un certo interesse ricordare che già Piero Agostino D'Avack affermando che *«si tratta pur sempre di un tema proprio soprattutto del campo del diritto, in quanto la libertà religiosa si concreta appunto nella diretta formulazione e attuazione di un principio giuridico, diretto alla regolamentazione di tipici e delicatissimi rapporti intersubiettivi e sociali»*, rivendicava per la libertà religiosa una dimensione giuridica. Cfr. A. D'Avack, *Il problema storico-giuridico della libertà religiosa*, Roma, Bulzoni, 1966, p. 6.

È stato però notato che il diritto alla libertà religiosa conosce, nel mondo attuale, violazioni più o meno gravi, sino a colpire sette persone su dieci (basti pensare infatti alle dimensioni geografiche e demografiche di Paesi come la Cina e l'India rispetto alla popolazione mondiale per rendersi conto che effettivamente è facile raggiungere tali numeri) anche in realtà dove, almeno formalmente, la libertà religiosa sembra essere un diritto riconosciuto e tutelato in ogni sua forma[3].

Occorre pure ricordare che mentre nei tempi passati la religione era considerata uno degli elementi fondamentali utili ai fini della individuazione di un popolo in quanto unità omogenea (si pensi, ad esempio, allo Statuto albertino, art. 1, alla Costituzione irlandese, art. 50, alla Costituzione della Costa Rica, art. 75, che hanno costituzionalizzato e istituzionalizzato una data religione), oggi essa è considerata tra i profili fondamentali del diritto allo sviluppo della personalità di ciascun individuo, rappresentando uno degli elementi essenziali della vita dell'uomo[4], poiché se da un lato essa è ciò che *«unisce con l'assoluto, fa essere se stessi, fornisce la pace della vita, rompe i limiti individuali, libera da tutti i vincoli, unisce con gli antenati»*[5], dall'altro, in un ulteriore significato *«istituzionale»*[6], la religione fa riferimento *«all'insieme dei simboli, credenze e pratiche cristallizzate in un'istituzione sociale visibile»*[7], ovvero è riconducibile ad una comunità religiosa, la quale, in linea generale, accompagna i comportamenti personali religiosamente improntati degli individui.

Si può pertanto affermare che la religione preesiste allo Stato e fa parte dell'intima natura dell'essere umano, accompagnando il suo divenire in quanto animale politico; al tempo stesso essa contribuisce alla realizzazione dell'essere proprio di un ordinamento attraverso la composizione della dimensione individuale del fenomeno religioso e di quella istituzionale (che può in taluni casi evolvere in una vera contrapposizione).

Ciò è vero sino alla nascita dello Stato[8], inteso, in senso moderno, in quanto evoluzione di una statualità che si realizza assieme ad una imprescindibile rottura tra sfera sociale e sfera individuale (spirituale). Con la conseguenza di un processo di secolarizzazione delle comunità sociali che sembrerebbe aver intrapreso una via di non ritorno[9].

Una riflessione però deve essere ora fatta: se è vero che i processi cui sono sottoposte le società contemporanee, la globalizzazione e l'industrializzazione (assieme ai quali certamen-

[3] Cfr. G. Dalla Torre, *Considerazioni sull'attuale problematica in materia di libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2014, www.statoechiese.it. (ultimo accesso 21/10/2024).
[4] Cfr. G. Rolla, *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, in Id. (a cura di), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, Milano, Giuffrè, 2012, p. 97.
[5] Cfr. R. Pannikar, *Religione*, in M. Flores, T. Groppi, R. Pisillo (a cura di), *Dizionario dei diritti umani*, Torino, UTET, 2007, pp. 1155 ss.
[6] Cfr. E. Ceccherini, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, in Id. (a cura di), *Pluralismo religioso e libertà di coscienza*, *op. cit.*, p. 1.
[7] Cfr. R. Pannikar, *Religione*, *op. cit.*, p. 1155.
[8] Cfr. J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione. La religione alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 26.
[9] Deve ricordarsi che vi è chi si è domandato se si sia in presenza di una «rinascita della religione» in una nuova fase di post-secolarismo (J. Habermas, *Perché siamo post-secolari*, in *Reset*, 2008, p. 208), in cui «la religione è riscoperta come risorsa politica e la politica è riscoperta come risorsa religiosa» al punto da far pensare ad una ricristianizzazione dello Stato; cfr. G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 20.

i culturali distintivi, tra i quali, appunto, la religione) potrebbero, ad un occhio non attento, essere considerati in quanto elementi che tendano a favorire il processo di secolarizzazione delle società contemporanee, pare condivisibile, in termini assoluti, la tesi opposta, secondo la quale il mondo risulta essere popolato più da individui che attribuiscono alla religione importanza fondamentale che da individui che ritengono tale fenomeno non rilevante[10].

È stato altresì osservato[11] che *«i processi secolaristici hanno favorito specularmente e quasi per reazione, l'affermazione e la diffusione, a livello societario, di nuove forme e di nuove esperienze spirituali, tanto di natura essenzialmente ascetico-individualistica, quanto di natura comunitaria: e precisamente, intorno a nuove figure a nuove aggregazioni religiose di carattere collettivo usualmente chiamate 'sette' o, più appropriatamente, 'nuovi movimenti religiosi'*[12]*. Tale inedito processo di rinascenza religiosa è stato efficacemente qualificato come fenomeno di 'moltiplicazione degli dèi': ma 'non tanto in senso politeistico, quanto in direzione di una molteplicità virtualmente infinta di opinioni, costruzioni teoriche, su Dio e sull'aldilà»*[13].

E, in altri termini, seppur prettamente numerici, ciò trova giustificazione nel fatto che se è vero che le cosiddette società occidentali appaiono sempre più secolarizzate, al contempo le comunità più povere, che sono anche le più feconde su scala mondiale (e quelle che conoscono il numero più alto di migranti verso i cosiddetti paesi occidentali, che abbiamo ipotizzato secolarizzati), riconoscono valore fondamentale alla adesione alla religione[14].

Appare allora incontestabile la rilevanza del fenomeno religioso nella società civile, intesa in senso generalizzato, a prescindere dall'area geografica, con la conseguenza che risulterà di fondamentale importanza domandarsi quali ne siano le conseguenze sugli ordinamenti giuridici, all'interno dei quali *«da contrapposizione tra sacro e secolare sembra costituire un dato fisiologico»*[15].

Sembrerebbe dunque che, in virtù del principio liberale classico della libertà di coscienza, la fede religiosa (qualunque fede) debba poter trovare la sua massima espressione e la sua più alta garanzia, assieme alla libertà di non credere, con la conseguenza della necessità di una costruzione dello Stato che sia la più laica possibile, secondo «una sana idea di laicità (da intendersi in quanto imparzialità dei pubblici poteri verso le diverse espressioni della religione)» e non invece intesa quale limite alla stessa libertà religiosa[16]. Ma la questione è, in verità, molto più complessa, poiché, se diamo per certa la genesi dello Stato in quanto debitrice del fenomeno religioso, il primo si troverà non solo in stretta relazione con il secondo, ma la stessa religione continua, forse suo malgrado, a influenzare in diversi modi l'esistenza delle società contemporanee. E anche quando lo Stato decida di aderire al

[10] Cfr. P. Norris, R. Inglehart, *Sacro e secolare. Religione e politica nel mondo globalizzato*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 304.
[11] Cfr. P. Lillo, *Globalizzazione del diritto e fenomeno religioso*, Torino, G. Giappichelli, 2012, terza ed., p. 31.
[12] Cfr. G. Dalla Torre, *Il primato della coscienza. Laicità e libertà nell'esperienza giuridica contemporanea*, Roma, Studium, 1992, pp. 30 ss. e pp. 62 ss.
[13] Cfr. C. Cardia, *Il* Deus absconditus *e la fatica del disvelamento*, in Id. (a cura di), *Tornano a moltiplicarsi gli dèi?*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 8.
[14] Cfr. P. Norris, R. Inglehart, *Sacro e secolare. Religione e politica nel mondo globalizzato*, *op. cit.*, p. 323.
[15] Cfr. E. Ceccherini, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, *op. cit.*, p. 4.
[16] Cfr. G. Dalla Torre, *Considerazioni sull'attuale problematica in materia di libertà religiosa*, *op. cit.*

principio della laicità[17], la stessa laicità non si presenterà sempre e ovunque con le stesse vesti[18]: si pensi infatti alla Francia, la quale, in ragione del riconoscimento costituzionale dello stesso principio, non considera i temi legati alla religione come elementi caratteristici identitari, ma invece espressioni di un'esperienza intima ed individuale[19] e si pensi poi al Canada, dove la religione è considerata in quanto espressione di identità culturale, riconosciuta nella sua specificità e favorita attraverso interventi attivi da parte dell'apparato statale[20].

I due casi citati rappresentano però gli estremi del segmento su cui si possono rintracciare gli atteggiamenti tenuti dagli Stati che devono affrontare la questione delle diversità religiose e, probabilmente, né l'uno né l'altro risultano dotati di forza tale da influenzare semplicemente e in maniera diretta le politiche degli ordinamenti ai fini della composizione delle diversità (religiose, ma non solo), poiché uno Stato non potrà mai essere completamente neutrale nei confronti della religione[21] proprio in quanto debitore con la stessa della sua nascita e della sua evoluzione[22], invece, facendosi esso promotore della manifestazione della interiorità di ciascun individuo, come nel caso del Canada, correrebbe il rischio di mettere a dura prova la sua stessa sopravvivenza, ad esempio, permettendo una interferenza, da parte delle comunità religiose, nella sfera pubblica (statale), poiché le loro regole non si rivolgerebbero più solo ed esclusivamente alla sfera individuale (religiosa).

2. **Pluralismo giuridico (*rectius*… normativo) e religione: l'Islam in Europa.**

[17] Cfr. G. Rolla, *La libertà religiosa in un contesto multiculturale*, *op. cit.*, pp. 105-114.

[18] Cfr. S. Mangiameli, *La 'laicità' dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e 'pluralismo confessionale e culturale' (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in *Diritto e società*, 1997, p. 27 ss., specie p. 51.

[19] In argomento, è stato notato come «certamente la Francia continua ad incarnare ancora oggi più di ogni altro ordinamento i valori universalistici del liberalismo tradizionale, che postula la supremazia dei diritti individuali e l'eguale trattamento di tutti gli individui e costituisce la premessa del modello costituzionale dell'indifferenza culturale, basato sulla nozione della sovranità popolare come principio normativo dell'organizzazione democratica dello stato, da un lato, e sulla nozione dell'uguaglianza davanti alla legge, dall'altro»; cfr. S. Mancini, *La Francia, tra neutralità militante e tutela dell'omogeneità culturale*, in D. Amirante, V. Pepe (a cura di), *Stato democratico e società multiculturale. Dalla tutela delle minoranze al riconoscimento delle diversità culturali*, Torino, G. Giappichelli, 2011, p. 97.

[20] L'apertura del Canada nei confronti delle diversità e il rispetto verso di esse sono alla base dell'adozione ufficiale della politica multiculturale ad hoc, presentata nel 1971 dal Ministro Trudeau alla *House of Commons* nel *White Paper on Multiculturalism* e che vede la creazione di un apposito ministero. L'esperimento culturale trova poi la sua massima espressione nel 1982, con l'adozione della Carta canadese dei diritti e delle libertà, la quale, all'art. 27 afferma che «l'interpretazione della presente Carta deve concordare con l'obiettivo di promuovere il mantenimento e la valorizzazione del patrimonio multiculturale del Canada»; cfr. F. Astengo, *Libertà di religione e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Suprema del Canada*, in *Diritto e società*, fasc. 1, 2007, pp. 111-135.

[21] Sembra appena il caso di rilevare che ci riferisce qui al significato di neutralità nel senso di assunzione da parte dello Stato di una posizione di assoluta indifferenza nei confronti della religione e dell'esercizio del culto da parte degli individui e delle comunità alle quali questi ultimi aderiscono e che vedono una loro tutela secondo quei valori che lo Stato riconosce quali libertà costituzionalmente garantite (si pensi in particolare alla libertà di manifestazione del pensiero e alla libertà di associazione); cfr. M. Bignami, *Principio di laicità e neutralità religiosa: l'esperienza del giudice amministrativo italiano*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (ultimo accesso 24 ottobre 2024).

[22] J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione. La religione alla riconquista della sfera pubblica*, *op. cit.*, *passim*.

Al giorno d'oggi la pluralità culturale che caratterizza, in linea generale, gli ordinamenti di matrice democratico-sociale sembra spesso potersi riferire alla dimensione religiosa e alla presenza diffusa di una pluralità di comunità religiose portatrici di tradizioni e norme che pretendono di affermarsi anche al di là dei confini della religione stessa e che in qualche modo permeano l'ordinamento statale.

Tale fenomeno che caratterizza gli ordinamenti costituzionali aperti alla pluralità culturale richiama il concetto di pluralismo giuridico (*legal pluralism*), che secondo una lettura antropologica del diritto corrisponde, di fatto, alla convivenza di norme, sanzioni e organi di giustizia non formalmente riconducibili all'ordinamento statale, ma comunque in grado di agire al suo interno, trovando effettiva applicazione tra i consociati, seppur sfuggenti al controllo statale.

Sembra pure appena il caso di rilevare che con la crisi dello Stato nazione, l'intensificarsi dei flussi migratori e la globalizzazione, si sono affermati modelli di comportamento che superano i confini tradizionali degli Stati, collocandosi invece in una dimensione transnazionale ed internazionale, anche in relazione ai nuovi fenomeni economici[23].

Sicché all'interno di un ordinamento giuridico statale la produzione normativa risulterà integrata da norme che sfuggono al controllo statale, seppur con effettiva applicazione e dirette conseguenze nelle relazioni tra i suoi consociati. Occorre tuttavia precisare che non sempre si tratta di norme con caratteristiche tipiche della norma giuridica, con la conseguenza che nel caso della società occidentale sembrerebbe più opportuno utilizzare l'espressione *pluralismo normativo*[24] e non invece pluralismo giuridico, poiché quest'ultima non permetterebbe la distinzione tra norme a carattere giuridico e altre norme[25].

Con la conseguenza che, da questo punto di vista, merita particolare attenzione la presenza dei musulmani in Europa.

Se la presenza dei musulmani in Europa ha origini antiche (si pensi infatti alle comunità islamiche in Sicilia, in Spagna, alle occupazioni ottomane dei Balcani e dei Paesi slavi), solo agli inizi degli anni sessanta del secolo scorso assume connotati moderni, quando gli Stati europei guardano con un certo favore, sino a manifestare interesse e incentivi, ai flussi migratori provenienti dai Paesi del Maghreb e dalla Turchia, al fine di soddisfare le esigenze di manodopera causate dal boom economico di quegli anni. Occorre però ricordare pure che tale fenomeno era visto come transitorio, mentre i fatti hanno dimostrato che la previsione era del tutto errata, poiché i lavoratori (migranti) hanno portato anche donne, bambini, famiglie e con loro, anche tradizioni civili e religiose e nuove esigenze culturali, sociali e politiche[26].

---

[23] Cfr. J. Griffiths, *What is Legal Pluralism?*, in *Journal of Legal Pluralism*, n. 24, 1986, pp. 1-55.

[24] Cfr. A. Facchi, *Prospettive attuali del pluralismo normativo*, in *Jura Gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, *Prospettive attuali del pluralismo normativo* (juragentium.org), 2005, (ultimo accesso 21/10/2024).

[25] Cfr. S. Falk Moore, *Law and social change: to semiautonomous social field as an appropriate subject of study*, in *Law and Society Review*, 1973, pp. 719-746.

[26] *Ex multis*, si veda J. Cesari (a cura di*), The Oxford Handbook of European Islam*, Oxford, Oxford University Press, 2015; C. De Caro Bonella, *Tradizioni religiose e tradizioni costituzionali. L'Islam e l'Occidente*, Roma, Carocci, 2013; A. Ferrari (a cura di), *Islam in Europa/Islam in Italia tra diritto e società*, Bologna, Il Mulino, 2008.

Solo a partire dagli anni settanta i Paesi ospitanti si sono resi conto che i migranti non erano solo lavoratori (considerati culturalmente arretrati e destinati ad una piena assimilazione al modello occidentale), ma invece erano espressione di una cultura e di una identità estranee agli schemi occidentali[27]; col passar del tempo l'Occidente e, in particolare, l'Europa, si rese conto che la forza di aggregazione di tali comunità minoritarie non era semplicemente il dato culturale della comunità di origine, ma invece la fede. In particolare, l'elemento che conferisce a queste comunità una loro identità è costituito da diversi fattori, l'identità nazionale che rappresenta il legame con il loro paese d'origine, l'identità culturale, costituita dall'insieme dei costumi e delle tradizioni tipiche della cultura di riferimento), l'identità politica o etnica, che unisce elementi nazionali e culturali e l'identità religiosa, che, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, è di grande e crescente rilievo, soprattutto grazie all'attività di riscoperta della fede delle moschee e delle associazioni locali culturali, con la conseguenza di una conoscenza e di una adesione rinnovata all'Islam e di una definizione di Islam europeo, non più solamente legato ai fenomeni migratori[28].
L'Islam in Europa pare così facilmente identificabile con numerose comunità, che seppur legate da una unica fede, si differenziano per tradizioni e lingue differenti, che trovano espressione sul piano giuridico e rituale, nelle moschee, nelle associazioni e nelle organizzazioni musulmane in Europa[29].
Pertanto, dato per assunto che l'Islam comprende un sistema normativo complesso ed articolato che supera la dimensione spirituale dei fedeli, la questione che si pone proprio all'interno degli ordinamenti costituzionali è la richiesta di una piena ed effettiva legittimazione all'interno del loro stesso spazio pubblico, sul quale invece domina l'ordinamento statale, ponendosi così la necessità della compatibilità del sistema normativo particolare con quello generale e l'individuazione degli strumenti giuridici idonei a garantire una corretta convivenza tra il sistema particolare e quello generale[30].
Proprio per il vincolo così marcato tra religione e diritto, pare di un certo interesse ricordare che il diritto islamico[31] «è costituito dall'insieme dei principi e dei precetti a base etico-religiosa, immutabili e imperativi, che ogni musulmano è tenuto a rispettare se vuole adempiere ai suoi doveri»[32].
Il diritto islamico corrisponde ai due termini arabi, *shari'a* e *fiqh*. La *shari'a* è la legge sacra dell'Islam e costituisce la via indicata da Dio attraverso il suo profeta mentre il *fiqh* è la scienza giuridica ovvero la comprensione, la conoscenza delle leggi islamiche che ha per

[27] Cfr. F. Dassetto, *L'Islam Europeo e i suoi volti*, in S. Ferrari (a cura di), *L'Islam in Europa: lo Statuto giuridico delle comunità musulmane*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 13-41.
[28] Cfr. S. Ferrari, A. Bradney (a cura di), *Islam and European Legal Systems*, Ashgate, Adersot, 2000.
[29] Cfr. F. Dassetto, *L'Islam europeo e i suoi volti*, *op. cit.*, pp. 24 ss.; S. Allievi, *Musulmani d'Occidente. Tendenze dell'Islam europeo*, Roma, Carocci, 2002; I. Sigillino (a cura di), *L'islam nelle città. Dalle identità separate alla comunità plurale*, Milano, Franco Angeli, 2000.
[30] Per una critica al *legal pluralism* si rinvia a R. Sandberg, *The Impossible Compromise*, in Id., (edt.), *Religion and Legal Pluralism*, Ashgate, Farnham, 2015, pp. 1-20.
[31] Per un'accurata ricostruzione si rinvia a L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2018, pp. 41-48.
[32] Cfr. M. Oliviero, voce *Diritto islamico*, in L. Pegoraro (a cura di), *Glossario di diritto pubblico comparato*, Roma, Carocci, 2009, pp. 99 ss.

oggetto la legge rivelata (*shari'a*)[33].
Le fonti di produzione del *fiqh* della comprensione e della conoscenza, secondo i giuristi musulmani, sono: il Corano, la *sunna* espressa nei *hadit*, e altre fonti (secondarie) come l'*Ig'-ma* (consenso del popolo) e la *Qiyas* (l'analogia)[34].
Il Corano è la fonte suprema della religione e del diritto islamico, è il libro sacro che contiene la rivelazione che Allah fece al Profeta Muhammad.
La *Sunna* (tradizione profetica) è la seconda fonte del diritto islamico ed è composta dalla pratica e dai comportamenti che il Profeta, sotto l'ispirazione di Dio, ha tenuto durante la sua esistenza. Giova rilevare che un principio fondamentale del Corano non può essere abrogato dalla *Sunna* e viceversa. La *Sunna* è composta dai racconti (*hadit*) della vita del Profeta che sono stati tramandati e trasmessi dai fedeli sino ai giorni nostri.
L'*Igma* (consenso della comunità) è la terza fonte del diritto islamico.
È importante sottolineare che gli unici che possono intervenire su questioni giuridiche sono solo i dottori della legge (*mufti*).
La *Qiyas* (analogia) costituisce la quarta fonte del diritto islamico. A differenza dalle prime tre, basate sui comandamenti divini, essa è completamente soggetta alla decisione umana[35].

3. **Pluralismo culturale e religione: l'esperienza britannica.**

In Europa, storicamente, è innegabile che la Gran Bretagna appaia il Paese in cui più che altrove e in maniera del tutto unilaterale ed esplicita e con chiare ricadute sul piano dell'ordinamento costituzionale, si sia realizzata l'identificazione tra Stato e Chiesa[36].
Con *l'Act of Supremacy* del 1534 Enrico VIII Tudor si attribuì il titolo di *Head of the Church*[37], portando a compimento lo scisma religioso e la separazione dalla Chiesa cattolica di Roma; alla Chiesa Anglicana furono riconosciuti privilegi da parte della Corona[38].
D'altro canto, nei confronti della Chiesa Cattolica e del Papato iniziò un vero e proprio periodo sistematico di intolleranza religiosa; non invece nei confronti delle altre religioni, che continuarono ad essere tollerate[39].
Con il *Roman Catholic Relief Act* del 1829[40] vennero definitivamente riconosciuti pieni diritti civili e politici ai cattolici su tutto il territorio del Regno; tuttavia, pur rimanendo ferma la supremazia giuridica e costituzionale della Chiesa anglicana, cominciò a manifestarsi nel Regno Unito un certo pluralismo confessionale, accompagnato da una certa dose di toller-

[33] Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il diritto islamico*, in S. Ferrari (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, II edizione, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 41-50.
[34] Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *op. cit.*
[35] Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *op. cit.*
[36] Cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, Il Mulino, 2020, in particolare p. 191.
[37] Sullo scisma anglicano si rinvia a H. Gee, W.J. Hardy (eds.), *Documents Illustrative of English Church History*, London-New York, Macmillan, 1914.
[38] Cfr. R. Granata, *La disciplina del fattore religioso nella Church of England: prospettive di inclusivismo costituzionale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 19, 2022, pp. 1-27 (ultimo accesso 21/10/2024).
[39] Cfr. A. Rinella, M.F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia. Profili di diritto comparato*, in *DPCE*, n. 1/2017, pp. 69-118.
[40] Consultabile al link (ultimo accesso 21/10/2024).

anza religiosa[41].

Solo a partire dalla seconda metà del '900, a seguito delle numerose ondate di decolonizzazione, le culture dell'Impero britannico arrivarono all'interno del territorio metropolitano della Gran Bretagna, costituendo minoranze religiose e culturali e dando vita a questioni nuove circa il trattamento giuridico dei diritti delle persone e delle stesse (nuove) minoranze religiose e culturali[42].

Oggi nel Regno Unito è forte la presenza di comunità di cittadini di religione musulmana ed è in netta diminuzione la presenza di cittadini di religione cristiana. Lo rivelano gli ultimi dati elaborati dall'*Office for National Statistics* (*Ons*)[43], relativi al censimento condotto nel 2021 nel Paese e riferiti in particolare a Inghilterra e Galles. Qui, dove risiede circa il 90% dell'intera popolazione britannica, pari a 67 milioni di persone, il totale di chi si dichiara cristiano non supera adesso il 46,2% degli abitanti, contro il 59,3 registrato nel 2011[44]. In cifra assoluta, si è passati da 33 milioni a 27,5 milioni di cristiani[45]. La lettura dei dati in percentuale, una volta tradotta in dati quantitativi numerici, conferma che il numero delle persone che si dichiarano cristiane che è sceso di 5,5 milioni mentre è aumentato di 1,2 milioni il numero delle persone intervistate che si dichiarano musulmane[46].

Questi cambiamenti demografici e sociali sono particolarmente evidenti in due città, Leicester e Birmingham[47], nelle quali la comunità musulmana è rispettivamente il 59,1 e il 51,4% della popolazione.

Alla luce dei dati del censimento del 2021, il Paese risulta abitato sempre meno persone che si dichiarano cristiane; il precedente *premier* britannico, Rishi Sunak, è un cittadino inglese di terza generazione di origini indiane, di religione indù e praticante e il sindaco di Londra, Sadiq Khan, è un cittadino inglese di seconda generazione di origini pakistane, musulmano e praticante[48].

Tuttavia, occorre tenere presente che l'attuale composizione della camera dei Lord riserva ancora, di diritto, 26 seggi ai vescovi della Chiesa anglicana[49] e che il monarca, in quanto

[41] Cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, in particolare p. 192.
[42] Cfr. A. Torre, *Dall'antica intolleranza al moderno pluralismo: credo religioso e vita pubblica nell'evoluzione della Costituzione britannica*, *DPCE*, n. 1, 2005, pp. 245 ss.; C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 180 ss.; L. Altamura, *Aggiornamenti sulle origini e sullo status costituzionale della Chiesa d'Inghilterra*, in A. Torre, L. Volpe (a cura di), *La Costituzione Britannica*, Torino, G. Giappichelli, 2005, pp. 758-769.
[43] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[44] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[45] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[46] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[47] Negli ultimi anni numerosi episodi controversi hanno coinvolto la moschea *Green Lane* di Birmingham e i suoi capi religiosi. Il video del sermone pronunciato dall'*Imam* Sheikh Zakaullah Saleem sulle corrette modalità di lapidazione delle donne colpevoli di *zina* (adulterio o fornicazione) ha scatenato un dibattito molto acceso con la conseguenza che le autorità governative hanno sospeso il finanziamento di 2,2 milioni di sterline; cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[48] Cfr. M. Varvello, *Passo Falso. Come cambia l'Inghilterra fuori dall'Unione Europea*, Roma, ed. Rai libri, 2023.
[49] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).

il capo della Chiesa d'Inghilterra, è il Difensore della fede[50].

4. Sistema giurisdizionale statale e giurisdizioni religiose. Il caso dei Tribunali islamici nel Regno Unito.

Se il concetto di *«pluralismo giuridico significa, dunque, molte cose e affronta vari temi: ci parla della natura del diritto e del sistema delle fonti, del rapporto tra diritto e Stato e della coesistenza di ordini normativi di rango diverso, allora il pluralismo giuridico è dappertutto»*[51]; gli studi in materia *«mostrano l'impossibilità di ridurre a unità lo spazio giuridico statale, ne descrivono la frammentarietà e l'assenza di coordinamento: raccontano la molteplicità di corpi normativi e organi giudicanti, la coesistenza di una pluralità di fonti del diritto in competizione tra loro all'interno di uno stesso ordine giuridico, l'insufficienza delle fonti ufficiali a dare un quadro esaustivo della giuridicità, il ruolo dell'autonomia privata nella scelta di regole e giurisdizione»*[52].

Può in effetti accadere, all'interno di uno Stato, che convivano ordini normativi sommersi, che si affiancano (talvolta sostituendosi) al diritto nazionale. Si pensi a gruppi esogeni, che, stabilitisi in un dato territorio statale, tendono a rifiutare la via dell'integrazione e/o a mantenere pratiche culturali proprie, con conseguente formazione di vere e proprie *enclaves* legislative, sottosistemi giuridici a cui gli appartenenti di una data comunità culturale e sociale si rivolgono per la risoluzione di questioni (anche) giuridiche[53].

Interessa qui rilevare che gli elementi tipici dell'identità culturale e dell'identità religiosa di una data comunità spesso si presentano sovrapposti e intersecati, con la conseguenza che non sempre risulta agevole una loro distinzione con importanti implicazioni dal punto di vista della loro tutela giuridica di volta in volta invocata. Generalmente si può ben affermare che se identità culturali e identità religiose non necessariamente coincidono, il fattore religioso che taglia in maniera trasversale culture differenti e lo stesso credo religioso si può rinvenire in differenti gruppi sociali, seppur con interpretazioni e letture non sempre coincidenti tra loro[54].

Nel caso in cui una comunità minoritaria chieda il riconoscimento e la tutela dei propri diritti collettivi in virtù dell'appartenenza dei suoi membri ad una determinata confessione religiosa, l'ordinamento giuridico di matrice laica si troverà in difficoltà, soprattutto nel caso di determinate pratiche che qualificano l'identità di quel dato gruppo sociale e che si

[50] Stephen Evans, direttore della *National Secular Society*, organizzazione che promuove il secolarismo laico, ha affermato: *«è ufficiale: non siamo più un paese cristiano»*; Andrew Copson, rappresentante di *Humanist UK*, associazione che promuove l'umanesimo secolare, ha detto che uno degli aspetti più sorprendenti dei dati del censimento è *«quanto la popolazione sia in contrapposizione rispetto alle istituzioni che la rappresentano»*; cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).

[51] Cfr. B.Z. Tamanaha, *Understanding Legal Pluralism. Past to Present, Local to Global*, in *Sydney Law Rev.*, 2008, p. 375; J. Smits, *A Radical View of Pluralism*, in L. Niglia (ed.), *Pluralism and European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 161.

[52] Cfr. G. Smorto, *Diritto comparato e pluralismo giuridico*, in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, vol. II, Torino, G. Giappichelli, 2013, p. 106.

[53] Cfr. M. Croce, A. Vassalle, V. Venditti (a cura di), *Pluralismo giuridico*, in *Jura gentium*, *Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, numero monografico, vol. XI, 2014, pp. 6-17, https://www.juragentium.org/Centro_Jura_Gentium/la_Rivista_files/JG_pluralismo.pdf (ultimo accesso 21/10/2024).

[54] Meno frequente è invece il caso in cui più religioni concorrono a delineare una medesima identità culturale, come, ad esempio, nel caso dell'India. Cfr. D. Amirante, *Lo Stato multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, Bologna, Il Mulino, 2014.

possono qualificare sia come pratiche culturali che come pratiche religiose, poiché alcune pratiche religiose possono essere riconosciute dall'ordinamento giuridico per la loro valenza culturale e di conseguenza tutelate, generando casi di «confusione tra valenza culturale e valenza religiosa»[55] di simboli e pratiche culturali e rituali[56]; inoltre, così come può ben affermarsi per l'identità culturale, anche l'identità religiosa si basa su dati oggettivi (esercizio del culto e svolgimento di riti e pratiche religiose che identificano quella confessione) che nella loro manifestazione pubblica rappresentano l'elemento collettivo della comunità e pure l'identità religiosa è riconosciuta tale anche da coloro che non vi appartengono.
Occorre anche ricordare che, in linea generale e ancor di più in una società multiculturale, le confessioni religiose svolgono un ruolo pubblico e politico che l'ordinamento giuridico è chiamato a riconoscere[57].
Tali (seppur) brevi premesse risultano necessarie per alcune considerazioni sui tribunali islamici nel Regno Unito, dove si è in presenza di organismi di risoluzione delle controversie tra fedeli musulmani, seppur non tutti gli organismi, corti o tribunali (islamici, appunto), esercitano una funzione giurisdizionale in senso stretto e la cui attività, per lo più riguardante questioni familiari, ha come risultato una pronuncia che produce effetti sul piano religioso, vincolando le parti in ragione della loro adesione al credo religioso.
Diversamente, sul piano dell'ordinamento giuridico vigente, tali decisioni non producono immediati effetti giuridici: nel caso degli *Shari'a Councils* si tratta di atti adottati in forza di precetti religiosi che limitano i propri effetti alla sfera religiosa; i Tribunali arbitrali musulmani agiscono invece in virtù del diritto arbitrale vigente e la loro pronuncia vincola le parti sino ad una eventuale impugnativa dinnanzi ad una corte per ottenerne esecuzione o annullamento[58].
Nel Regno Unito esistono e funzionano regolarmente, ormai da oltre 40 anni, i tribunali sciaraitici che risolvono questioni di diritto civile in osservanza e in applicazione dei precetti religiosi islamici.
Nel 1982, a Leyton, nella zona orientale di Londra, è stato costituito il primo *Islamic Shari'a Council* (ISC) del Regno Unito, al fine di risolvere questioni matrimoniali dei

[55] Cfr. A. Rinella, *Pluralismo giuridico e giurisdizioni alternative*, in *DPCE online*, vol. 37, n. 4, 2018, pp. 1005-1013, in particolare p. 1006 (ultimo accesso 21/10/2024).
[56] Si pensi al caso della comunità Sikh in Gran Bretagna che ha ottenuto alcune deroghe alle norme di sicurezza riguardanti, ad esempio, il diritto, per gli appartenenti all'etnia Sikh, di indossare il turbante in motocicletta al posto del casco, in base al Road Traffic Act 1988; cfr. C. Martinelli, *Il modello di integrazione della Gran Bretagna*, in G. Cerrina Ferroni, V. Federico (a cura di), *Società multiculturali e percorsi di integrazione. Francia, Germania, Regno Unito ed Italia a confronto*, Firenze, Firenze University Press, 2017, pp. 9-36.
[57] Cfr. G. Rivetti, *Spazio pubblico e religioni. Prospettive di superamento della dicotomia pubblico-privato nelle manifestazioni del sacro*, in R. Coppola, C. Ventrella (a cura di), *Laicità e dimensione pubblica del fattore religioso. Stato attuale e prospettive, Atti del I Convegno Nazionale di Studi A.D.E.C.*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 369 ss.
[58] Circa le implicazioni sociali, antropologiche, sociali e politiche ed economiche di tale esperienza del tutto singolare si rinvia a A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, pp. 173-258.

i che vivono in Gran Bretagna, in base al diritto di famiglia islamico[59].
Da questo punto di vista pare di un certo interesse il discorso del dr. Rowan Williams, Arcivescovo di Canterbury[60], che nel febbraio del 2008, durante una conferenza tenutasi a Londra presso la *Royal Court of Justice* intitolata *Civil Religious Law in England*, affermò la possibile coesistenza del diritto islamico e del diritto inglese nel Regno Unito[61].
Nel 2009 le Autorità britanniche hanno incaricato esperti e studiosi dell'Islam di redigere uno studio sui tribunali islamici nel Regno Unito al fine di conoscerne: il loro numero e la loro dislocazione sul territorio; gli ambiti delle loro pronunce, le regole di appartenenza ai tribunali stessi, le strutture amministrative e il relativo finanziamento[62].
Lo studio ha evidenziato le risoluzioni di controversie riguardanti i fedeli musulmani sulla base della *shari'a* sono resi da soggetti diversamente strutturati, singole figure religiose che offrono consulenza (religiosa) sulle questioni di diritto di famiglia, e centri islamici più grandi che seguono dei criteri decisionali più chiari e argomentati, avvalendosi di personale amministrativo permanente sia volontario che strutturato. All'interno dei centri, inoltre, si trova la giuria del concilio composta da soli uomini di età compresa fra i trentacinque e gli ottanta anni che svolgono funzioni religioso-giudiziarie e si riuniscono regolarmente. Le figure operanti all'interno dei concili hanno diversi nomi e ruoli, *Imam*, *mufti*, *shaykh*, *mawlawi*, *mawlana*, seppur tuttavia tutte si presentano in veste di *Qadi*[63].
Gli *Shari'a Councils* svolgono attività di assistenza, consulenza, riconciliazione, mediazione e arbitrato ai fedeli musulmani, seppur talvolta anche a soggetti non appartenenti alla comunità islamica[64].
Gli accordi derivanti da queste attività sono conformi alla *shari'a* e possono essere resi esecutivi con decreto del giudice statuale competente, ovvero impugnati qualora vi siano dell-

[59] «*We are the oldest Shari'a Council in Europe, established in 1982, and were formed to solve the matrimonial problems of Muslims living in the United Kingdom in the light of Islamic family law. The Council comprises of members from all of the major schools of Islam:ic legal thought (madhab) and is widely accepted as an authoritative body with regards to Islamic law. The ISC maintains a strict policy of employing staff and scholars with the highest moral integrity and values*». Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[60] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[61] «*In his lecture entitled 'Civil and Religious Law in England: a religious perspective', given at the Royal Courts of Justice, Dr Williams looks at what space can be allowed alongside the secular law of the land for the legal provisions of faith groups, noting that "the issues that arise around what level of public or legal recognition, if any, might be allowed to the legal provisions of a religious group, are not peculiar to Islam: while the law of the Church of England is the law of the land, its daily operation is in the hands of authorities to whom considerable independence is granted." The issue also arises in relation to Orthodox Judaism*». Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024).
[62] Cfr. F. Sona, *Giustizia religiosa e Islam. Il caso degli Shari'ah Council nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 34, 2016, pp. 1-25, Id., *Giustizia religiosa e islām. Il caso degli Sharī'ah Councils nel Regno Unito* (ultimo accesso 21/10/2024).
[63] Il *Qādī* riveste il ruolo di giudice. In epoca premoderna, il *Qādī* era colui che applicava la legge religiosa e doveva perciò essere un '*ālim*. In quanto funzionario ufficiale, il *Qādī* era in teoria un delegato del califfo, detentore originario di tutti i poteri della comunità musulmana. Al vertice della struttura giurisdizionale dello Stato si trovava il *Qādī al-qudāt*, (il giudice dei giudici), che presiedeva all'amministrazione della giustizia. Con la fine del califfato abbaside e la frammentazione politica della comunità musulmana, ogni regno o sultanato si dotò del suo *Qādī al-qudāt*, istituzione che fu ripresa anche dall'Impero ottomano. In epoca moderna, con il ridimensionamento della giurisdizione religiosa a vantaggio di tribunali civili, anche le funzioni dei *Qādī* religiosi si sono molto ridotte; cfr. M. Oliviero, voce *Diritto islamico*, *op. cit.*
[64] F. Sona, *op. cit.*

e violazioni di regole sull'arbitrato della legge britannica[65].
Sicché, pare di un certo interesse porre l'attenzione sulle questioni inerenti al matrimonio religioso islamico di cittadini (musulmani) in ordinamenti a matrice laica proprio con uno sguardo al caso del Regno Unito.
Questioni come la validità e lo status del matrimonio, il divorzio e i relativi aspetti economici, la determinazione della residenza, nonché la custodia e il mantenimento dei figli, sono decise solo ed esclusivamente da giudici esperti di diritto di famiglia preposti alla *Family Division* della *High Court* e nella *County Court*[66], poiché il diritto inglese ritiene infatti che le suddette aree giuridiche vadano sottoposte alla giurisdizione esclusiva di un giudice inglese, il quale è chiamato ad applicare un sistema uniforme di principi giuridici senza distinzione di razza o di credo. La tradizione culturale e religiosa delle parti viene presa in considerazione dal diritto in quanto fattore che può rilevarsi rilevante nell'approccio delle stesse alle questioni che le riguardano, «*but English law, and only English law, applies*»[67].
Il *Marriage Act 1949* (e relativi emendamenti) stabilisce le condizioni di validità secondo il diritto inglese dei matrimoni religiosi. Un matrimonio celebrato secondo il rito islamico è considerato valido se celebrato in un edificio registrato per la celebrazione dei matrimoni e svolto dinnanzi ad una persona autorizzata a registrare il matrimonio[68].
Occorre tuttavia precisare che secondo la concezione classica islamica il matrimonio è un contratto consensuale (la cui forma scritta non è obbligatoria), che non esige forme solenni (la celebrazione da parte di un imam è solo eventuale) e in cui non vi è necessaria corrispondenza tra le parti e i futuri sposi, poiché è frequente l'intervento di un soggetto terzo, il *walì al-nikàh*, la cui rilevanza giuridica varia in base al ruolo riconosciuto alla donna nelle diverse scuole coraniche[69].
Ciò ha portato alla nascita, per via giudiziale, della categoria dei *non-marriages*, i quali non consentono un'istanza per nullità del matrimonio e che non riconoscono al giudice la possibilità di accordare un sostegno economico alla donna[70].
I matrimoni islamici non registrati possono essere matrimoni poligamici. Nel diritto musulmano classico, il matrimonio è un matrimonio poligamico di tipo monandrico poliginico, seppur per il diritto inglese la bigamia è un reato[71]. Qualsiasi matrimonio che abbia luogo nel Regno Unito, per essere valido, deve essere monogamico e rispettare le condizioni stabilite dal *Marriage Act 1949* (come emendato), dai relativi regolamenti e da altri Atti rilevanti.

---

[65] *Arbitration Act 1996*, consultabile al link (ultimo accesso 21/10/2024).
[66] Cfr. I. Edge, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, in R. Griffith-Jones (ed.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 116-143.
[67] Cfr. E. Butler-Sloss, M. Hill, *Family law: Current Conflict and their Resolution*, in R. Griffith-Jones (ed.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, *op. cit.*, pp. 108-115.
[68] Cfr. I. Edge, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, *op. cit.*, pp. 125-126.
[69] Cfr. F. Castro, *Il modello islamico*, 2 edizione, Torino, G. Giappichelli, 2007, pp. 39-56.
[70] Cfr. I. Edge, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, *op. cit.*, pp. 125-131.
[71] Cfr. F. Castro, *Il modello islamico*, *op. cit.*, p. 39.

La sezione 11, lett. d, del *Matrimonial Causes Act 1973* (come emendato) stabilisce che un matrimonio poligamico contratto dopo il 31 luglio 1971 è nullo se una delle parti, all'epoca del matrimonio, era domiciliata in Inghilterra o nel Galles, seppur occorre sottolineare che «*for a polygamous marriage to be considered valid in the UK, the parties must be domiciled in a country where polygamous marriage is permitted, and must have entered into the marriage in that country*»[72].
Circa il divorzio del matrimonio religioso islamico valido, il diritto inglese prevede che le *family courts* si occupino di questioni di residenza e di cura dei figli, e le *civil courts* di gestione dei beni e del procedimento proprio di divorzio, seppur deve sottolinearsi che spesso il matrimonio celebrato con rito civile è visto come non necessario, addirittura superfluo, poiché i suoi effetti sarebbero equivalenti a quelli del matrimonio religioso[73].
L'eventuale divorzio civile non risolve il problema legato allo scioglimento del matrimonio religioso poiché in assenza di scioglimento del vincolo religioso la donna rimane nell'impossibilità di contrarre un nuovo matrimonio (religioso), soprattutto in casi di scioglimenti unilaterali del vincolo matrimoniale da parte del marito (come nel caso del ripudio) ottenuto all'estero[74].
Nell'Islam il matrimonio è un contratto tra un uomo e una donna avente come principale obiettivo la famiglia. Esistono due termini per indicare il matrimonio religioso islamico, *zawaj e nikah.* Con il primo termine si intende il proposito e l'atto di un uomo e una donna di formare una coppia, mentre con il secondo si riferisce al matrimonio in quanto momento di congiunzione carnale[75].
Il Corano detta regole con riguardo agli obblighi dei coniugi e alla filiazione, consente la poligamia e il divorzio. Si prevedono tre ipotesi per rompere i legami coniugali mentre gli sposi sono in vita: l'annullamento o la dissoluzione del matrimonio innanzi a un giudice (*qadi*), che può essere richiesto anche dalla donna per gravi motivi; il divorzio previo mutuo consenso; il ripudio unilaterale, unicamente nella potestà del marito (alla donna, in questo caso, rimane unicamente la dote)[76].
Nel Regno Unito le disposizioni contenute nel *Divorce (Religious Marriage) Act 2002* non si applicano ai coniugi musulmani, ma solo ed esclusivamente agli sposi ebrei e gli apparten-

[72] *House of Commons* (2018), *Polygamy, Briefing Paper Number 05051, 20 November*, available here (ultimo accesso 21/10/2024).
[73] Cfr. J.R. Bowen, *On British Islam: Religion, Law and Everyday Practice in Shari´a Councils*, Princeton, Princeton University Press, 2016, p. 176.
[74] Attualmente, il *Family Law Act 1986* riconosce il ripudio islamico richiesto all'estero dal marito a condizione che questo risponda a determinati requisiti di forma e che il marito abbia mantenuto un legame materiale con il paese in cui il ripudio ha avuto luogo. Cfr. D. Gordon, *Foreign Divorces: English law and Practice*, Avebury, 1998, pp. 72-89.
[75] Cfr. S. Kampowski (a cura di), *Islam europeo e famiglia occidentale: quali impatto e quali sinergie?*, Siena, Cantagalli, 2018, pp. 22-24.
[76] Cfr. S. Kampowski, *op. cit.*, p. 63.

enti ai *«prescrbed religious usages»*[77].

Pur senza pretesa di esaustività, pare di un certo interesse richiamare, seppur brevemente, tra i numerosi casi giurisprudenziali, il caso *Akhter v. Khan*[78], in cui una coppia, di origine pakistana, nel 1998, aveva celebrato un matrimonio islamico (*nikah*), officiato da un *imam* a Londra, senza tuttavia registrarlo secondo il diritto civile britannico. I coniugi avevano avuto quattro figli. La ricorrente, Nasreen Akhter, nel 2016, aveva chiesto il divorzio da Mohammed Shabaz Khan, presumibilmente perché il marito voleva prendere una seconda moglie, dinnanzi alla corte competente. Il marito, costituitosi in giudizio, aveva respinto la richiesta della moglie, sulla base del fatto che le parti non avevano contratto un matrimonio valido secondo il diritto inglese, opponendosi anche alle richieste di somme di denaro, affido dei figli e divisione di proprietà; a sua volta, la moglie, aveva sostenuto che esistesse una presunzione di matrimonio, derivante dalla convivenza e dalla reputazione, sufficiente a convalidare il matrimonio, nonostante il marito si fosse sempre opposto alla celebrazione[79]; inoltre, aveva negato che il matrimonio dovesse considerarsi nullo ai sensi dell'art. 11(a) (iii) del *Matrimonial Causes Act 1973*[80].

La *England and Wales Family Court* (*reasoning* del giudice Williams) si è soffermata sostanzialmente su due questioni centrali: se le parti dovessero essere trattate come marito e moglie a seguito di un matrimonio valido secondo il diritto inglese in virtù di una presunzione sulla base della convivenza e della reputazione o, se il matrimonio fosse invece un matrimonio nullo, suscettibile di una pronuncia di nullità. Il caso, secondo il giudice Williams aveva importanti rilievi anche con riguardo ai diritti dei minori, poiché la Convenzione ONU dei diritti del fanciullo, UNCRC 1990, è stata ratificata dal Regno Unito nel 1991 ed è entrata in vigore nel 1992 e, sebbene non recepita dal diritto interno mediante apposita legge, tutte le successive decisioni della Corte Suprema avevano confermato che i diritti in essa riconosciuti e tutelati dovevano essere garantiti. Nel suo ragionamento, il giudice Williams ha sostenuto che nell'esaminare una controversia matrimoniale, il tribunale deve tenere conto di molteplici fattori, alla luce dei quali e in riferimento al caso di specie, il matrimonio fu contratto in violazione di alcuni requisiti formali, sicché secondo il giudice si tratta di un matrimonio nullo, la moglie ha il diritto a una sentenza di nullità e può rivendicare i suoi diritti sui beni familiari. Occorre sottolineare che nelle conclusioni la

[77] Cfr. il seguente link (ultimo accesso 21/10/2024). Il *Matrimonial Causes Act 1973* prevede tre possibili categorie di matrimonio che sono: valido, nullo e inesistente. Ne deriva che secondo la disposizione appena enunciata un matrimonio valido nel Regno Unito può essere sciolto tramite un decreto di divorzio, un matrimonio nullo con un decreto di nullità mentre un matrimonio inesistente non può essere sciolto in nessun modo in quanto per il sistema legale britannico non è mai esistito. In particolare, l'art. 11 comma 1 lett. A), (iii) prevede la nullità del matrimonio nel caso in cui «le parti si sono sposate senza tener conto di alcuni requisiti relativi alla formalizzazione del matrimonio»; nel caso di specie, la registrazione civile del *nikah*.

[78] *Akhter v. Khan* ([2018] EWFC 54 Fam; [2020] EWCA Civ 122.

[79] In base all'ordinamento britannico, in presenza di prova di celebrazione di matrimonio, seguita dalla convivenza tra le parti, si presume che esista condizione sufficiente e necessaria per la validità del matrimonio, in assenza di prove decisive del contrario; ancora, se un uomo ed una donna abbiano convissuto per un periodo talmente lungo tale da generare reputazione per essi, di marito e moglie, si presume l'esistenza di un matrimonio legittimo. È tuttavia da precisare che a riguardo letteratura accademica e decisioni giurisprudenziali non mostrano orientamenti del tutto uniformi; cfr. R. Probert, *The Presumptions in Favour of Marriage*, in *The Cambridge Law Journal*, 77, 2, 2018, pp. 375-398.

[80] Cfr. *Matrimonial Causes Act 1973* (legislation.gov.uk) (ultimo accesso 21/10/2024).

sentenza precisa che comunque tale caso non introduce un riconoscimento automatico di tutti i matrimoni islamici sulla base della presunzione a favore del matrimonio e la stessa sentenza non può essere assunta come precedente, poiché ogni caso deve essere giudicato nel merito, considerando le particolari circostanze che lo caratterizzano.

Tuttavia, il 14 febbraio 2020, la decisione della Corte d'Appello ha ribaltato la decisione di primo grado[81], negando la tesi sostenuta dal giudice Williams secondo cui una cerimonia islamica di *nikah* potesse essere classificata come un matrimonio nullo, dando origine a rimedi finanziari. In particolare, la Corte d'Appello, all'unanimità, ha dichiarato che nel caso di specie non ha avuto luogo alcuna cerimonia di matrimonio che potesse essere oggetto di un decreto di nullità, negando che si trattasse di un «non-matrimonio», quanto invece di una «cerimonia non qualificante», ovvero al di fuori dei casi di applicazione del *Marriage Act (1949)*[82].

Il caso *Akhter* conduce a più riflessioni, poiché se la corte di primo grado mette in guardia su quanto sia non equo privare i matrimoni celebrati solo col rito religioso islamico del riconoscimento di una rilevanza (anche) giuridica, in primis con riguardo ai soggetti più deboli, la donna e i minori, la decisione in appello invece fa prevalere una decisione formalistica della normativa vigente, sembrando non voler considerare la reale condizione della donna nel vincolo matrimoniale islamico (e in tutta la *sua* comunità, islamica, appunto), poiché affermando che la ricorrente avrebbe potuto ottenere la registrazione civile del matrimonio, la corte non tiene conto delle dinamiche interne alle comunità islamiche, dove il vincolo religioso è esaustivo ed esclusivo[83].

Se i Tribunali islamici appaiono, nel Regno Unito, come parallele corti di giustizia, con un conseguente avvicinamento tra diritto inglese e *shari'a* e la nascita di un sistema di pratiche (giuridiche) ibride, denominate *angrezi shariat*[84], occorrerà guardare al futuro delle relazioni tra i sistemi (giuridici) considerati per verificarne la loro conservazione o invece modifica[85].

Ancora, pare opportuno ricordare la Risoluzione del Consiglio d'Europa 2253 (2019)[86], intitolata *La charia, la Déclaration du Caire et la Convention européenne des droits de l'homme*, che con riguardo ai matrimoni religiosi islamici, all'art. 14 «*appelle les autorités du Royaume-Uni: à revoir la législation relative au mariage pour imposer aux couples musulmans l'obligation légale d'enregis-*

[81] *Akhter v. Khan and another* (2020) EWCA Civ 122 (2020), All ER (D) 88 (Feb).
[82] Cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, in particolare p. 241.
[83] Cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, in particolare p. 241.
[84] Cfr. D.S., Pearl, *Dispute Settlement Amongst the Muslim Community in the UK*, in *Recht van de Islam*, 2003, 20, pp. 5-16.
[85] Sembra appena il caso di rilevare che il primo giugno 2024, in base all'*Arbitration Act 1996*, si è costituito a Londra il primo tribunale *Sikh* in Europa, che consente, una forma di risoluzione delle controversie alternativa al tribunale mediante la nomina di una terza persona o di una organizzazione cui affidare la risoluzione di una controversia che nessuna delle due parti poteva risolvere da sola. Composto da circa 30 magistrati e 15 giudici (molti delle quali sono donne) il tribunale si occuperà di risolvere controversie familiari e civili dei fedeli della comunità *Sikh* attraverso l'uso di strumenti quale mediazione e arbitrato, giudicando secondo i principi della religione *Sikh*. Cfr. Tribunali religiosi: lo strano caso londinese (ultimo accesso 15 novembre 2024).
[86] Cfr. Rés. 2253.pdf (coe.int).

trer leur mariage à l'état civil avant ou au moment où ils contractent le mariage musulman, comme le prévoit déjà la législation pour les mariages chrétiens et juifs» (14.2); *«à prendre des mesures coercitives pour contraindre les célébrants de tout mariage, y compris islamique, à s'assurer que ce mariage est également enregistré à l'état civil avant ou au moment de la célébration du mariage religieux»* (14.3).
E ciò può essere nell'auspicio delle opportune modifiche del *Marriage Act (1949)*, al fine di equiparare il matrimonio religioso islamico a quello cristiano ed ebraico.

5. **La cultura del diritto e il diritto alla cultura: quali prospettive?**

Dato dunque per certo e fisiologico il cambiamento strutturale delle società contemporanee che si caratterizzano per una presenza, al loro interno, di identità culturali sempre più numerose[87], sarà altrettanto certa la necessità di ricercare soluzioni ragionevoli al fine di favorire una convivenza, al loro interno, che sia la più pacifica possibile, anche e soprattutto in presenza di individui con attitudini e valori di vita tra di loro differenti[88].
Proprio la necessità strutturale della convivenza pacifica delle diversità impone agli ordinamenti democratici una condotta che mette in discussione il principio secondo il quale «la legge è uguale per tutti», a favore di deroghe alla stessa legge a seconda dei destinatari e facendo venire meno le caratteristiche di generalità ed astrattezza della norma stessa (affermazioni tipiche dello Stato costituzionale e di diritto) e introducendo disposizioni speciali che si impongono sul diritto (comune) e che avrebbero come fine la salvaguardia di una determinata minoranza (*rectius* diversità) e delle sue peculiarità[89].
Sebbene tali considerazioni possano far immaginare un ritorno al privilegio rispetto all'applicazione del diritto in senso stretto, in realtà si vuole (o forse si deve) rinnegare l'esistenza (e l'utilità) di uno *status* unico valido per tutti e sancito dalla norma generale ai fini della applicazione del principio di uguaglianza formale, che è ora giustamente affiancato dall'aspetto sostanziale, il quale permette di legittimare un trattamento differenziato in deroga al principio di uguaglianza formale, al fine di ridurre diversità di condizioni in cui si trovi l'individuo (secondo talune caratteristiche, quali razza, sesso, lingua, religione...).

[87] È stato notato che «la molteplicità di etnie, culture, identità, religioni, è oggi un tratto saliente ed immediatamente osservabile nelle società europee; singoli e gruppi, nella sfera privata e in quella pubblica, possiedono ed esprimono propri valori, stili di vita, norme, credenze, religioni» (S. Mancini, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo (a cura di), *I simboli religiosi tra diritto e culture*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1); ma appare tuttavia evidente che l'incontro tra culture e tradizioni diverse genera pure conflittualità all'interno delle società contemporanee, che devono raggiungere una composizione che sia la più pacifica possibile tra i principi di laicità e di libertà religiosa e le esigenze della multiculturalità, quando queste ultime si trovino in conflitto con i principi cardine dell'ordinamento, con i diritti dell'uomo riconosciuti «come anteriori allo Stato e non costituiti da esso» (S. Mancini, *Simboli religiosi e conflitti nelle società multiculturali*, *op. cit.*, p. 1).
[88] Tralasciando in questa sede l'ipotesi della assimilazione poiché contraria al riconoscimento del pluralismo e alla tutela delle diversità, all'interno di un ordinamento che riconosca quali propri valori i principi di democrazia e di stato di diritto possono rinvenirsi due differenti approcci alla questione del trattamento delle differenze, uno che vede lo Stato muoversi verso la realizzazione dell'ibridazione e del meticciato (F. Laplantine, *Identità e métissage*, Milano, Eleuthera, 2004), l'altro che riconosce il diritto alla differenza e l'accettazione di quello che è stato definito «mosaico culturale» (W. Kimlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, Il Mulino, 1999).
[89] Cfr. E. Ceccherini, *Multiculturalismo. Aggiornamento*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2008, pp. 486 ss.

Con la conseguenza della adozione, da parte dello Stato, delle cosiddette *affirmative actions*[90], che negli ordinamenti giuridici democratici permettono, proprio in deroga al principio di uguaglianza formale, di attuare trattamenti differenziati (attraverso precisi strumenti normativi) nei confronti di persone appartenenti ad un gruppo minoritario e considerate degne di tutela da parte dello Stato, il cui fine deve però continuare ad essere quello di «riportare» i singoli verso un'ideale parità di trattamento con i consimili; dunque, il trattamento differenziato dovrebbe corrispondere ad una situazione momentanea, transitoria, poiché se la *ratio* esplicativa delle azioni positive è quella di eliminare l'esclusione, si presuppone, allora, che sia realizzata l'integrazione[91]. Ma, questa, a sua volta, non rappresenta più il fine ultimo dello Stato, poiché la sua conseguenza più estrema sarebbe l'eliminazione delle caratteristiche di ciascun gruppo, che si troverà in situazione non solo di alterità, ma di inferiorità rispetto a quello maggioritario, al quale deve farsi risalire l'attribuzione stessa delle caratteristiche identitarie alle diversità.

In una prospettiva multiculturale, dunque, il principio dell'uguaglianza si troverà ad oscillare tra il valore del rispetto dell'identità e quello dell'integrazione.

Ai fini di una classificazione degli strumenti e dei meccanismi di riconoscimento delle diversità potremmo dunque indicare due elementi: il riconoscimento normativo della differenza culturale (e religiosa) che è espressione dell'attività del legislatore ed *exemptions*, riconosciute sulla base di *reasonable accommodations*[92], espressione, a loro volta, dell'attività del giudice[93], laddove entrambi saranno espressione di garanzia delle libertà degli individui in

[90] Le *affirmative actions* sono da considerarsi diretta conseguenza delle energiche rivendicazioni (*Civil Rights*) contro la segregazione razziale di persone afroamericane che a partire dagli anni '60 hanno interessato gli Stati Uniti d'America e che hanno poi visto la partecipazione di popolazioni indigene, delle nazioni indiane e delle minoranze immigrate. Al riguardo, si veda G. Ben-Tovim, *Why 'Positive Action' is Politically Correct*, in T. Modood, P. Werbner (eds.), *The Politics of Multiculturalism in the New Europe*, London, Zed Book, 1997, pp. 229-222, in particolare pp. 209-214; in senso opposto si è parlato di *affirmative discriminations*, mettendo in dubbio la reale utilità e ammissibilità di tali mezzi di riequilibrio sociale; si veda, in proposito, N. Glazer, *Affirmative Discrimination: Ethnic Inequality and Public Policy*, Harvard, Harvard Univ Press, 1987, Id., *Ethnic Dilemmas: 1964-1982*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, in particolare pp. 159-181.

[91] Cfr. M. Cartabia, *Le azioni positive come strumento del pluralismo?*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, G. Giappichelli, 1996, p. 74.

[92] Il primo riferimento in tal senso è da rinvenirsi nell'attività della Corte suprema canadese, che ha inteso dare una lettura combinata del principio di libertà di coscienza e di religione (presente all'interno di una lista delle libertà fondamentali garantite dall'art. 2 della Carta dei diritti e delle libertà del 1982) e del principio di uguaglianza (così come garantito dall'art. 15 della stessa Carta, il quale in particolare afferma che «tutti sono uguali davanti alla legge e tutti hanno diritto alla stessa protezione e allo stesso beneficio della legge senza discriminazione, segnatamente discriminazioni fondate sulla razza, l'origine nazionale o etnica, il colore, la religione, il sesso, l'età o le deficienze mentali o fisiche»), ribadendo in più occasioni il senso delle limitazioni ragionevoli di cui all'art. 1 della Carta, quali ad esempio le restrizioni necessarie al mantenimento della sicurezza, dell'ordine, della salute pubblici e dei diritti e delle libertà fondamentali altrui. Anche il diritto alla libertà religiosa, come ogni altro diritto, non è assoluto e può andare incontro a giustificate limitazioni, poiché la stessa libertà «non autorizza le persone a compiere qualsiasi atto in suo nome». Cfr. le osservazioni del giudice Jacobucci nella sentenza *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] CSC 47, 2004 2 R.C.S. 551, par. 62-63. Per un'analisi della Carta e in generale sulla sua importanza nel sistema canadese si veda F.L. Morton, *The Political Impact of the Canadian Charter of Rights and Freedom*, in *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 1987, vol. 20, n. 1, pp. 31-55.

[93] Cfr. J. Woehrling, *L'obbligation d'accomodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religeuse*, in *Revue de Droit de MCGill*, 1998, vol. 43, p. 369.

a omogenea[94].

Il *«pluralismo culturale»*[95], in quanto riconoscimento (culturale) delle differenze avrà necessariamente come conseguenza quel pluralismo giuridico che potrà dare espressione a diverse tradizioni giuridiche, molto spesso potenzialmente contraddittorie, ai fini della loro pacifica convivenza[96].

Infatti, la globalizzazione e i consistenti flussi migratori, che hanno avuto come conseguenza l'indebolimento dell'integrità e dell'unicità culturale, religiosa e giuridica delle società occidentali, hanno portato ad una loro conseguente trasformazione in senso multiculturale e ad una situazione di compresenza, su uno stesso territorio, di norme con fonti e contenuti differenti, che trovano applicazione a stesse situazioni giuridiche, correndo il rischio di sfociare in un conflitto, poiché i gruppi minoritari tendono a seguire la legge della loro comunità, non solo perché avvertita come più cogente, ma anche perché i suoi precetti vengono avvertiti come fondamentali ai fini del mantenimento delle tradizioni e della identità e non invece la legge dello Stato ospitante.

Sicché il rischio di conflitto sarà più forte quando i precetti culturali tradizionali si troveranno in contrasto con quelli che vengono ritenuti i principi posti a fondamento dell'ordinamento interno allo Stato, dove la legge generale mal si adatta a governare l'eterogeneità e la complessità del pluralismo giuridico.

Sempre più frequentemente sarà il giudice a stabilire i confini tra ciò che è culturalmente (e giuridicamente) accettabile e ciò che invece non lo è, valutando ogni caso singolarmente e mantenendo al tempo stesso la specificità dell'identità dei diversi gruppi minoritari[97].

È stato infatti notato che in un contesto multiculturale il ruolo del giudice viene paragonato a quello di un «mediatore culturale», poiché «viene scaricata sulla giurisprudenza la responsabilità di una situazione giuridica complessa e contraddittoria»[98].

Ciò sembra dunque potersi accettare in base alla caratteristica tipica dell'attività giurisprudenziale, che, attraverso una sentenza, trova la soluzione al caso concreto senza pretendere di prospettare una soluzione valida sempre, ovunque e con efficacia *erga omnes:*

---

[94] L'obbligo di *reasonable accommodations* deve essere fatto risalire al divieto di discriminazione indiretta, parte integrante del principio di uguaglianza ed elemento costitutivo della libertà di religione, secondo cui esiste un dovere per chi è causa della discriminazione di prendere misure ragionevoli per sottrarre le vittime della discriminazione indiretta agli effetti di questa. E la Corte suprema canadese ha espresso tale obbligo, che può riguardare sia lo Stato che i singoli, per la prima volta nella decisione *Ontario Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. p. 536.

[95] Espressione coniata dal filosofo H. Kallen, *Cultural Democracy in the United States*, New York, 1924.

[96] Sia consentito di rimandare alla teoria liberale di Kymlicka, secondo cui le società possono sopravvivere come effettive democrazie se sono capaci di conciliare culture e identità divergenti; cfr. W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, *op. cit.* pp. 48 ss.; in particolare, l'A. sostiene che è tipico delle democrazie liberali che hanno accettato qualche forma di multiculturalismo l'operare aggiustamenti o riadattamenti al pluralismo culturale attraverso il meccanismo di quelli che egli definisce «diritti differenziati in funzione dell'appartenenza di gruppo»; contra, *ex multis*, J. Knight, *Social Norms and the Rule of Law: Fostering Trust in a Socially Diverse Society*, in K.S. Cook (ed.), *Trust in Society, Russell Sage Foundation*, New York, 2001, pp. 354-373. L'A. mostra dubbi a che si verifichi il consenso culturale nelle società moderne, poiché la crescente diversità sociale minaccia l'omogeneità culturale delle società tradizionali.

[97] Cfr. E. Santoro, *Diritto e diritti: lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione. Studi genealogici su Albert Venn Dicey e il rule of law*, Torino, G. Giappichelli, 2007, p. 51.

[98] Cfr. L. Miazzi, A. Vanzan, *Circoncisione maschile: pratica religiosa o lesione personale?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 2, 2008, p. 74.

pare così in discussione il ruolo tipicamente liberale dello Stato in quanto mediatore tra i vari interessi che emanano dalla società civile e che trova esclusivamente nell'atto legislativo (caratterizzato da generalità ed astrattezza) la sua massima espressione[99].

Così, da un lato potrebbe trovare giustificazione il comportamento inerte ed apparentemente senza giustificazione del legislatore dinnanzi a questioni tipiche dell'epoca contemporanea, come ad esempio la bioetica o il multiculturalismo e, dall'altro, potrebbe essere meglio compresa la nuova funzione del giudice, non più in quanto voce di un potere nullo, così come era stato definito da Montesquieu, ma addirittura quale funzione *«di supplenza rispetto al potere legislativo»*[100], con la conseguenza che verrebbero meno le eventuali lacune dell'ordinamento, laddove il processo decisorio sarebbe continuamente teso verso la ricerca di una *reasonable accommodation* (intesa qui in senso generale, che permetta di derogare le norme del diritto positivo ai fini della salvaguardia della applicabilità di precetti culturali o religiosi di ciascun individuo[101].

Pare altresì di un certo interesse sottolineare l'esistenza di un'area di sovrapposizione ed intersezione tra le componenti che delineano l'identità culturale e quelle che segnano l'identità religiosa, con la conseguenza di una non agevole distinzione tra le due e di implicazioni dal punto di vista della tutela giuridica (eventualmente) invocata[102]; al tempo stesso occorre evidenziare che identità culturali e religiose non sono sempre coincidenti, poiché il fattore religioso è elemento trasversale a culture differenti e il credo religioso stesso, seppur con interpretazioni e letture diversificate, può essere rinvenuto in differenti gruppi sociali (meno frequente invece è l'ipotesi che religioni diverse concorrano insieme a delineare una medesima identità culturale, come accade, ad esempio, in India[103]).

Le maggiori criticità si presentano allorquando una comunità (di minoranza) chiede il riconoscimento dei propri diritti collettivi in virtù dell'appartenenza dei suoi membri ad una confessione religiosa, poiché l'ordinamento (laico) ospitante può trovarsi di fronte a pratiche che qualificano l'identità non solo culturale, ma anche religiosa, di quel gruppo sociale.

In particolare, nell'ordinamento europeo e negli ordinamenti degli Stati membri le minoranze sono considerate oggetto di tutela per i loro tratti identitari culturali e linguistici; di conseguenza, alcune pratiche religiose sono considerate tratti tipici culturali e dunque mer-

[99] Cfr. A. Facchi, *Diritti*, in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, G. Giappichelli, 2010, p. 86.
[100] Cfr. E. Ceccherini, *Pluralismo religioso e pluralismo legale: un compromesso possibile*, *op. cit*., p. 21.
[101] In argomento, si rimanda alla sentenza *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S., p. 256.
[102] Cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit*., in particolare p. 53.
[103] Cfr. D. Amirante, *India*, Bologna, Il Mulino, 2007; Id., *Lo Stato multiculturale indiano. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione Indiana*, *op. cit*.

itevoli di tutela, seppur in alcuni casi si verifichi una sorta di confusione tra valenza culturale e valenza religiosa[104].

In linea generale si può ben affermare che l'appartenenza ad un gruppo sociale (e dunque alle sue tradizioni culturali), prescinde dalle scelte di un individuo, come nel caso della lingua (detta madre, appunto) con cui ciascuno si esprime e che non è conseguenza di una scelta libera.

Al contrario, la scelta di abbracciare o mantenere un credo religioso (così come di seguirne precetti e riti) richiede un atto di adesione volontaria (ed individuale), specie in quei contesti che riconoscono la libertà di coscienza e di pluralismo religioso.

Occorre tuttavia notare che nei casi in cui l'appartenenza ad una confessione religiosa si confonde con l'identità culturale o non è invece libera, la religione diviene un fenomeno collettivo che si manifesta pubblicamente e che è riconosciuta tale anche da coloro che non appartengono alla comunità religiosa stessa, poiché l'appartenenza stessa non si esaurisce nella sua manifestazione intima del fedele.

Con la conseguenza che l'atteggiamento degli Stati nei confronti della religione comporta una classificazione degli Stati stessi che tiene in considerazione il rapporto tra religione e politica e le relazioni tra Stato e confessioni religiose (e tra società civile e comunità relig-

[104] Si pensi, ad esempio, alla questione dell'esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici, al foulard (*hijab*) che copre il capo e il collo delle donne musulmane e al burqa, alle pratiche non terapeutiche di alterazione dei genitali maschili (circoncisione) e femminili (clitoridectomia, escissione, infibulazione); cfr. P. Parolari, *Cultura, Diritto, Diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2016, pp. 33 ss.

iose, in particolare tenendo in considerazione diversi fattori, ideologici, sociali, economici e politici, oltre che giuridici)[105].

[105] Sembra appena il caso di rilevare che alla tradizionale classificazione che distingue tra sistemi di relazioni tra Stato e religione in sistemi fondati sul principio della subordinazione e sistemi fondati sui principi della separazione e della coordinazione (*ex multis*, si veda F. Margiotta Broglio, C. Mirabelli, F. Onida, *Religioni e sistemi giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 114 ss.; S. Ceccanti, *Una libertà comparata. Libertà religiosa, fondamentalismi e società multietniche*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. Mancini, M. Rosenfeld (a cura di), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford, Oxford University Press, 2014; S. Mancini (a cura di), *Constitutions and Religion*, Cheltenam (UK), Edward Elgar Publ., 2020), si affianca la recente tassonomia di Ran Hirschl, che distingue diversi modelli delle relazioni Stato-religione: l'approccio antireligioso dei regimi comunisti; la *laicité* della Francia; una concezione del secolarismo di pura neutralità; le democrazie caratterizzate da una *immigrant-society*; casi in cui si prevede una forma debole di istituzione religiosa e la designazione di una data religione come una religione di Stato; un ulteriore modello di fatto, piuttosto che giuridico, nei casi in cui la separazione formale tra Stato e religione è costituzionalmente garantita, ma dove una certa egemonia politica e semantica della Chiesa e una diffusa moralità religiosa continuano, di fatto ad avere una certa preminenza nella vita costituzionale; sistemi in cui si realizza una sorta di istituzionalizzazione selettiva della religione in determinate aree della legge, che seppur secolare, riconosce una certa autonomia alla giurisdizione religiosa, soprattutto in materia di status della persona e di educazione; ordinamenti in cui le relazioni tra Stato e religione danno vita ad un sistema misto di diritto religioso e principi giuridici generali (R. Hirschl, *Constitutional Theocracy*, Cambridge (MA)-London, Harvard University Press, 2010). È stato tuttavia notato che se entrambe le classificazioni tengono in considerazione sia il contesto politico che quello sociale, la frammentazione proposta da Hirschl, ai fini della sua validità, è da intendersi in senso «duttile», in considerazione della dinamicità delle relazioni tra Stato e confessioni religiose al fine di superarne i limiti di validità derivanti dal carattere fluido dell'oggetto; cfr. A. Rinella, *La shari'a in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, p. 63; sul carattere duttile delle classificazioni in campo giuridico si veda L. Pegoraro, *Empezando por Cádiz: las classificaciones dúctiles en el Derecho constitucional comparado*, in *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais*, 2012, n. 13, pp. 1-34; S. Baldin, *Riflessioni sull'uso consapevole della logica fuzzy nelle classificazioni fra epistemologia del diritto comparato e interdisciplinarietà*, in *Revista general de Derecho Público Comparado*, 2012, pp. 1-20; Id., *The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective*, Trieste, EUT, 2015.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-N6S

Libertà e diritti fondamentali

Esperienze di pluralismo giuridico nel Regno Unito: l'applicazione del diritto islamico come strumento del multiculturalismo e la questione dell'eguaglianza

Elettra Stradella
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Esperienze di pluralismo giuridico nel Regno Unito: l'applicazione del diritto islamico come strumento del multiculturalismo e la questione dell'eguaglianza**

di Elettra Stradella*

Abstract (Ita): Il contributo si sofferma sull'esperienza di pluralismo giuridico presente nel Regno Unito, ed in particolare sugli spazi di riconoscimento, o accettazione, di una forma di autonomia giurisdizionale minoritaria che si concretizza soprattutto nei confronti della minoranza musulmana presente sul territorio. La questione dell'applicazione della Shari'ah, affrontata anche con riferimento al quadro europeo ed alla giurisprudenza rilevante della Corte Edu, è studiata attraverso un approccio diacronico che guarda alla storia delle rivendicazioni minoritarie di matrice islamica e all'impatto che hanno esercitato sull'accettazione/costruzione di un paradigma di interlegalità. L'approccio seguito, adottando una prospettiva di genere, evidenzia le criticità del pluralismo giuridico quando non condizionato alla garanzia dei diritti fondamentali, ed in particolare dell'eguaglianza di genere, e cerca dunque di individuare possibili soluzioni volte a indirizzare i possibili "accomodamenti trasformativi", resi opportuni, se non necessari, dal multiculturalismo, verso la tutela dei diritti delle donne, potenzialmente vittime del c.d. "paradosso della vulnerabilità multiculturale".

Abstract (Eng): The contribution focuses on the experience of legal pluralism in the United Kingdom, particularly on the spaces for recognition or acceptance of a form of minority jurisdictional autonomy, which mainly pertains to the Muslim minority in the country. The issue of the application of Shari'ah, also examined with reference to the European framework and relevant case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), is studied through a diachronic approach that considers the history of Islamic-origin minority claims and the impact they have had on the acceptance/construction of an interlegality paradigm. The approach taken, from a gender perspective, highlights the criticalities of legal pluralism when not conditioned by the guarantee of fundamental rights, particularly gender equality. It therefore seeks to identify possible solutions aimed at orienting potential 'transformative accommodations,' which are made appropriate, if not necessary, by multiculturalism, towards the protection of women's rights, who may be at risk of the so-called 'paradox of multicultural vulnerability.

Parole chiave: Shari'ah Councils; pluralismo giuridico; eguaglianza

Keywords: Shari'ah Councils; legal pluralism; equality

1. L'esperienza inglese come manifestazione del paradigma dell'interlegalità

Il tema oggetto di questo contributo è al centro, ormai da diversi anni, di un ampio dibattito sia politico che dottrinale, che prende le mosse dalla concreta domanda, presente soprattutto nei sistemi caratterizzati da un tessuto comunitario multietnico o multiculturale, di un riconoscimento, in forme diverse, di sistemi normativi (su base religiosa o culturale) autonomi e diversi rispetto a quello politico statuale dell'ordinamento ricevente. L'utilizzo dell'espressione "ordinamento ricevente" non è casuale, ma vuole indicare la capacità del fenomeno che sarà discusso nelle prossime pagine di determinare, sul piano comparatistico, forme di trapianto giuridico derivanti dai flussi migratori, la cui sostenibilità deve però essere valutata in relazione ai contesti di riferimento.

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università di Pisa

Negli ultimi anni, ovunque sia stata sollevata questa domanda (particolarmente nel Regno Unito e in Canada), è stata seguita da dibattiti accesi e, per certi versi, "emozionali"[1], che generalmente non si sono concentrati sul funzionamento delle giurisdizioni religiose in sé – quali principale strumento esistente di riconoscimento della *diversity* giuridico-culturale – ma piuttosto sull'applicabilità in quanto tale della legge islamica e/o di alcuni elementi della Sharia. Tali dibattiti in molti casi hanno assunto finanche un valore simbolico, riconnettendo la questione giuridica a quella politica relativa ai rischi di una "islamizzazione dell'Europa"[2].

Il tema giuridico già da solo, peraltro, risulta sufficientemente complesso. Non si tratta semplicemente di chiedersi se la giurisdizione basata sulla religione possa coesistere con il diritto statuale, o se si ponga un effettivo pericolo di creazione di sistemi giuridici "paralleli", ma anche di comprendere cosa possa accadere nel momento in cui organi giurisdizionali o paragiurisdizionali religiosi emettono una risoluzione in contraddizione con il diritto vigente all'interno dell'ordinamento. Questione che si riconnette ad un ulteriore aspetto, di rilievo costituzionale, relativo a come l'introduzione di alcuni elementi della legge islamica potrebbe influenzare la protezione dei diritti umani, ovvero dei diritti fondamentali e costituzionali, degli individui.

La Sharia è la combinazione di legge, religione ed etica, una filosofia basata su principi divini, ed è essa stessa legge divina. In questa interpretazione è equivalente all'Islam stesso. La differenza principale tra Sharia e legge islamica è che la prima include le regole divine, da seguire per tutti i musulmani, mentre la seconda, la legge islamica (*fiqh*), è l'interpretazione di queste regole da parte degli studiosi giuristi musulmani. Dunque, la Sharia ha un'origine divina, mentre la legge islamica è il "prodotto" dell'interpretazione umana: non esiste una Sharia scritta, unificata e codificata[3].

Quando la complessità del diritto islamico incontra gli assetti ordinamentali dell'esperienza giuridica occidentale, una delle conseguenze che può prodursi è quella dell'inverarsi di un paradigma, quello dell'interlegalità, la cui ardita definizione teorica trova nella pratica un terreno d'azione capace di condizionarne, in una dinamica circuitale, i confini stessi di senso.

Negli ultimi anni molto è stato scritto sulla gestione dell'interlegalità nel Regno Unito, e certamente questa esperienza offre elementi di originalità e rappresenta un punto di riferimento, sia per chi va alla ricerca di possibili forme di *governance* giuridico-politica dell'int-

[1] Cfr. Z. Rostoványi, *Sharia in The UK,* in *The Araabist. Budapest Studies in Arabic,* n. 44/2022.
[2] *Ibid.*
[3] Cfr. J. L. Esposito – N. J. DeLong-Bas, *Shariah: What Everyone Needs to Know* (New York, 2018; online edn, What Everyone Needs to Know, Nov. 2020. Dello stesso Autore, J. L. Esposito (cur.), *Voices of resurgent Islam*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1983. Per un inquadramento delle relazioni tra *Shariah* e legge islamica, cfr. C. Hillenbrand, *Islam. Una nuova introduzione storica*, Torino, Einaudi, 2016, e M. Campanini, *Islam e politica*, Bologna, Il Mulino, 1999, e Id., *Oltre la democrazia. Temi e problemi del pensiero politico islamico*, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2014.

erculturalità[4], sia per i detrattori del multiculturalismo in quanto tale, in considerazione delle criticità che essa non manca di mostrare.

Utilizzando il metodo induttivo, proprio della cultura giuridica di *common law*, è possibile mostrare un compendio delle questioni che l'applicazione del diritto islamico pone nell'esperienza britannica con riferimento al noto caso *Akhter v. Khan*.

In questo caso, il punto centrale della controversia riguardava quale statuto giuridico dovesse essere attribuito, con riferimento al diritto inglese, al matrimonio islamico celebrato in Inghilterra ma non registrato, in considerazione del fatto che secondo il diritto inglese si applicano le norme del diritto interno sia per tutti i matrimoni celebrati in Inghilterra, sia nei rapporti coniugali tra persone residenti in Inghilterra.

Mentre la precedente giurisprudenza aveva ritenuto il c.d. *nikah-only marriage*, vale a dire il matrimonio islamico celebrato esclusivamente di fronte alle autorità religiose e non successivamente registrato, un *non-marriage*, così come tutti i matrimoni esclusivamente religiosi, il giudice nel caso di specie ritiene invece che possa essere qualificato nullo. Ciò perché il marito, a seguito della cerimonia religiosa, si era rifiutato di procedere alla cerimonia civile contrariamente a quanto concordato con la sposa. Per questa ragione, sulla base degli articoli 8 e 12 della Cedu (relativi, com'è noto, al diritto al rispetto della vita privata e familiare, e al diritto al matrimonio), il primo dei quali letto alla luce dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia, utilizzati al fine di offrire un'interpretazione della legislazione in materia (*Matrimonial Causes Act* 1973) conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (ai sensi dell'art. 3 dello *Human Rights Act 1998*), il giudice ritiene che la conseguenza giuridica dell'"inesistenza" determinerebbe una violazione da parte del marito dell'art. 12 della Cedu, norma ritenuta produttiva anche di effetti orizzontali, e dunque idonea a determinare obblighi in capo ai privati[5]. Il marito è ritenuto responsabile del rifiuto di unirsi in matrimonio anche civilmente con la moglie, la quale avrebbe vantato un diritto al matrimonio, d'altra parte la qualificazione del *nikah-only marriage* come inesistente avrebbe privato la donna di qualsiasi tipo di tutela all'interno dell'ordinamento inglese, e dunque, sulla scorta della regola sostanzialistica di *equity* in base alla quale «*equity treats as done that* [...] *which ought to be done*. *and* [...] *focuses on intent not form*»[6], la corte interviene a tutela della ricorrente, senza peraltro attribuire alcuna considerazione al diritto di non sposarsi, che è parimenti garantito dalla Convenzione. È evidente che la portata assegnata all'art. 12 è strettamente legata al caso di specie, e dunque all'avvertito bisogno di dare protezione ad una donna che rischiava di trovarsi sprovvista di protezione e possibili rimedi ad eventuali abusi subiti all'interno delle relazioni familiari, ma soprattutto traduce

[4] Cfr. G. Palombella, *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto, e il ruolo delle corti*, in *Diritto & questioni pubbliche*, vol. 18, n. 2/2018, pp. 315 ss. e Id., *Theories, Realities, and Promises of Interlegality: A Manifesto*, in J. Klabbers, G. Palombella (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge (UK), 2019.

[5] Si veda P. Parolari, Legal Polycentricity, *intergiuridicità e dimensioni "intersistemiche" dell'interpretazione giudiziale. Riflessioni a partire dal caso inglese* Akhter v. Khan, in *DPCE online*, v. 40, n. 3/2019.

[6] Sulla quale *Ibid.*, p. 2118.

l'esigenza di offrire un segnale più generale circa i problemi connessi all'irrilevanza giuridica, all'interno del sistema inglese, dei matrimoni islamici esclusivamente religiosi.
In questo senso la sentenza è frutto del paradigma dell'interlegalità, del quale il giudice mostra di essere consapevole[7], e che ritiene di dover governare facendo propria una prospettiva in particolare: quella della tutela dei diritti fondamentali delle donne, interesse primario che giustifica e richiede un approccio sostanzialistico al diritto, rispondendo peraltro al diffuso fenomeno del *forum shopping* in ambiente multiculturale, al fatto cioè che in alcuni casi soggetti (spesso donne) appartenenti alle minoranze decidono di rivolgersi all'istituzione che opera nell'ordinamento giuridico "principale" piuttosto che a quella rappresentativa del *minority legal order* di appartenenza. È proprio quanto accaduto nel caso di specie, in cui la ricorrente non ha inteso rivolgersi allo *Shari'a Council*, organismo del quale si tratterà in seguito.
Emerge quindi un dato significativo ai fini della riflessione sui possibili strumenti di gestione dell'interculturalità e del pluralismo giuridico (o normativo)[8]: il fatto che i diritti nazionali riconoscano o meno formalmente i sistemi giuridici minoritari sembra rilevare solo in parte,
poiché i giudici, a prescindere dalle forme del riconoscimento, *«si sono già trovati, e continueranno a trovarsi, in situazioni nelle quali le controversie sulle quali sono chiamati a decidere sono inscindibilmente connesse a rapporti istituiti sulla base di norme diverse da quelle del diritto nazionale»*[9].
È vero d'altro canto che le norme e le pratiche di riconoscimento influenzano le relazioni tra le parti e le modalità con cui queste possono realizzarsi, e agiscono, attraverso un processo di ibridazione e scambi, sui contenuti stessi del diritto nazionale; inoltre, la formalizzazione di *minority legal orders* risponderebbe al problema, che emerge anche dal caso *Akhter v. Khan*, di un diritto nazionale inevitabilmente costruito a partire da premesse concettuali culturalmente connotate, e spesso intrinsecamente inidonee a tutelare diritti che sorgono e si sviluppano all'interno di tradizioni (culturali e) giuridiche differenti.
Un'altra considerazione che però la vicenda dei coniugi Akhter e Khan sollecita è relativa alla delega che sembra ormai conferita alle giurisdizioni nella definizione dei diritti fondamentali. Se questo riguarda ormai in generale tutti gli ordinamenti, a prescindere dal dato multiculturale, dove si assiste ad un protagonismo giudiziario che in parte si collega alla circolazione transnazionale del linguaggio dei diritti, in parte al progressivo indebolimento delle assemblee elettive, in contesti di interlegalità l'incertezza connaturata all'agire giudiziario (attenuata nei sistemi di *common law* dalla regola del precedente, ma certamente non risolta) rischia di riverberarsi sull'effettivo riconoscimento delle situazioni giuridiche maturate nell'ambito dei gruppi minoritari. Non è un caso, proprio con riguardo al caso da cui

[7] *Ibid.,* p. 2114.
[8] Per le prime definizioni di pluralismo giuridico, cfr. M.B. Hooker, *Legal Pluralism. An Introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford U.P., Oxford, 1975; J. Gilissen (cur.), *Le pluralisme juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1971; R. Griffiths, *What is legal pluralism*? in *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 1, 1986; M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 5 ss.
[9] *Ibid.,* p. 2115.

si sono prese le mosse, la decisione della *Court of Appeal* del febbraio 2020[10] ha rovesciato la decisione assunta dal giudice in primo grado, il cui effetto era stato quello di riconoscere rimedi finanziari alla donna sposata con *nikah-only marriage,* dichiarando che il matrimonio non si è mai svolto e dunque non può essere pronunciata alcuna nullità. All'approccio sostanzialistico il giudice inglese d'appello sostituisce quello formalistico, che non guarda dentro alla realtà delle relazioni di genere che si sviluppano all'interno della comunità minoritaria, e applicando in modo "neutro" il diritto nazionale di fatto produce una discriminazione, o meglio alimenta oppressione, nei confronti della donna. Ritenere che la moglie avrebbe semplicemente potuto chiedere e ottenere la registrazione del matrimonio equivale non soltanto a rifiutare qualsiasi lettura di genere della questione, ma ancor prima non conoscere la natura propria del matrimonio religioso islamico, esclusiva ed esaustiva.

Questa ingenuità giurisprudenziale arriva in un contesto, quello del Regno Unito, che rappresenta uno dei due Paesi che includono all'interno del proprio sistema giudiziario veri e propri organismi di giurisdizione islamica, insieme alla Grecia, dove il Trattato di Losanna del 1923 introduce una clausola derogatoria riferita alla minoranza musulmana della Tracia e dà avvio ad un sistema di pluralismo giudiziario in cui chi appartiene alla comunità islamica (della Tracia) può rivolgersi al *mufti*, dottore della legge al quale è attribuita funzione giurisdizionale e che applica il diritto islamico, per tutte le questioni attinenti l'ambito delle relazioni familiari[11].

Emergerà anche nel prosieguo della trattazione come sia in particolare il concetto di *transformative accommodation* a guidare il processo di giurisdizionalizzazione dell'interlegalità nel sistema inglese, cioè l'idea che i conflitti tra gruppi, maggioritari e minoritari, vadano considerati «un'occasione per incoraggiare ciascuna entità ad essere più sensibile verso tutti i suoi componenti»[12] e che debbano essere affrontati attraverso un adeguamento dell'architettura istituzionale degli stati, ma anche una trasformazione dei sistemi di potere delle comunità minoritarie che dispongono di propri sistemi normativi, con il principale obiettivo di proteggere i soggetti vulnerabili che appartengono a quelle comunità. Concretamente questo può avvenire attraverso uno schema nel quale gli individui abbiano la libertà di scegliere la giurisdizione di fronte alla quale intendano risolvere le controversie inerenti alc-

[10] *Akhter v. Khan and another* 2020 EWCA Civ 122, su cui A. Rinella, *La* shari'a *in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 241.

[11] Cfr. A. Rinella – M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato,* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2017, spec. pp. 94 ss., e K. Tsitselikis, *Personal Status of Greece's Muslims: A Legal Anachronism or an Example of Applied Multiculturalism?*, in R. Aluffi – G. Zincone (cur.), *The Legal Treatment of Islamic Minorities in Europe*, Leuven, 2004, pp. 109 ss. Secondo Rinella, *La* shari'a *in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, p. 93, il caso più interessante di giurisdizione islamica in Europa sarebbe proprio quello greco.

[12] Cfr. R. Sandberg – G. Douglas – N. Doe, *Britain's Religious Tribunals: "Joint Governance" in Practice*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 33, 2013, spec. p. 283, cit. in A. Marotta, *Il diritto musulmano in Occidente: Corti islamiche nel confronto tra democrazia e shari'a*, in *Heliopolis Culture civiltà politica*, anno XI, n. 2/2013, pp. 193 ss.

une specifiche materie, di modo che chi detiene il potere sia in qualche modo chiamato a guadagnarsi la fiducia di chi a quel potere è assoggettato[13].

Il modello delle *transformative accomodations* si traduce infatti in una regola di riparto delle competenze, che si articola a partire da tre principi guida: il "*sub-matter" allocation of authority* e il *no monopoly* che, in materia di riparto di competenze giurisdizionali tra Stato e gruppi minoritari impedisce che l'uno o gli altri godano di una competenza esclusiva su un intero ambito materiale (quello delle relazioni familiari è l'esempio più rilevante), e infine il principio di *establishment of clearly delineated choice options*, in base al quale devono essere individuate zone di contatto e di sovrapposizione tra le due sfere di competenza, nelle quali si genera la competizione di cui sopra, perché i soggetti possono scegliere a quale giurisdizione rivolgersi, ed eventualmente, qualora insoddisfatti dall'una, possono cercare di ottenere giustizia dall'altra[14].

La tecnica dell'*accomodation* – che in Canada assume la connotazione di un obbligo per il giudice, nel senso che egli è tenuto a ricercare una soluzione conforme a questo criterio[15] – consente di sollevare determinati soggetti o gruppi di soggetti, caratterizzati da una spiccata identità culturale riconosciuta e tutelata dalla costituzione, dall'applicazione di una regola di portata generale. La deroga all'applicazione *erga omnes* di una certa norma generale scaturisce dalla valutazione operata dal giudice circa gli effetti distorsivi del principio di eguaglianza che deriverebbero dall'applicazione asettica e non contestualizzata di quella norma, in una società pluralistica e multiculturale.

Negli ordinamenti di *common law*, quali il Regno Unito e prima ancora gli Stati Uniti d'America e il Canada, caratterizzati da uno spiccato multiculturalismo, si è affermato per via giurisprudenziale il principio della *reasonable accommodation*. In base a questo principio, la contrapposizione tra situazioni giuridiche soggettive garantite dalla costituzione può essere risolta dal giudice anche in deroga alla legislazione vigente.

In altre parole, la legge generale e astratta può essere derogata quando si tratti di ovviare ad una discriminazione indiretta; attraverso la deroga, si intende tutelare i diritti di quelle minoranze, molto spesso caratterizzate da una identità religiosa, che se pure costituzionalmente garantite in astratto, possono poi subire alla prova dei fatti ingiustificate limitazioni.

L'accomodamento ragionevole operato dal giudice tende a eliminare gli effetti distorsivi del principio di eguaglianza e di non discriminazione che regole efficaci *erga omnes* possono produrre all'atto della loro applicazione a situazioni giuridiche soggettive peculiari, quali sono quelle dei soggetti portatori di diritti identitari.

---

[13] Cfr. R. Griffith-Jones (cur.), *Islam and English Law: Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, Cambridge, 2013, e R. Williams, *Civil and Religious Law in England: a religious perspective*, in R. Griffith-Jones (cur.), *Islam and English Law. Rights, Responsibilities and the place of Shari'a*, *Ibid.*

[14] Cfr. A. Schachar, *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, spec. p. 122, e P. Parolari, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, Torino, Giappichelli, 2016.

[15] Cfr. M. Dicosola, *Tecniche di bilanciamento tra libertà di religione e laicità dello Stato. Il principio del* duty of accomodation, in G. Rolla (cur.), *Eguali, ma diversi*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 135 ss.; D. Loprieno – S. Gambino, *L'obbligo di "accomodamento ragionevole" nel sistema multiculturale canadese*, in G. Rolla (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 217 ss.

Sulla base di questi orientamenti giurisprudenziali, si è andata affermando nella pratica anche una tendenza volta a realizzare un sistema giurisdizionale parallelo a quello ufficiale per la risoluzione delle controversie tra gli appartenenti ad una stessa comunità religiosa[16]. Si tratta evidentemente del riconoscimento di una sorta di autonomia giudiziale da parte dei gruppi religiosi, con la conseguente deroga al diritto processuale ordinario, che diviene strumento di politica legislativa multiculturale[17], ponendo d'altra parte rilevanti questioni a proposito della compatibilità sul piano del diritto sostanziale tra la giurisdizione di questi tribunali etnici o religiosi e la giurisdizione delle corti ordinarie, quando siano in questione la tutela dei diritti fondamentali e l'affermazione del principio di eguaglianza secondo i canoni della tradizione occidentale[18].

In Inghilterra, il discorso dell'Arcivescovo di Canterbury del 2008, sul quale ci si soffermerà in seguito, arriva in un momento in cui già hanno iniziato ad operare le corti islamiche, in via di fatto, senza un riconoscimento formale da parte del diritto nazionale, ma in presenza di una disposizione, contenuta nell'*Arbitration Act 1996*, che avrebbe poi consentito una evoluzione[19].

Tali corti devono peraltro essere tenute distinte dagli *Shari'a Councils*, istituzioni che svolgono una varietà di funzioni di conciliazione, mediazione, ed esprimono pareri su questioni di rilevanza giuridica e in materia religiosa con *fatwa*, senza beneficiare di un riconoscimento ufficiale da parte dello Stato, e muovendosi in uno spazio in alcuni casi segnato, come si verificherà nel corso della riflessione, da pratiche *contra legem*[20].

In questo quadro assume una particolare importanza la questione dei "controlimiti": vale a dire se e quali materie siano escluse dalla giurisdizione di corti e tribunali che applicano il diritto islamico. La sostenibilità del paradigma dell'interlegalità, e dunque la sua compatibilità con lo stato di diritto per come costruito nell'esperienza giuridica occidentale, è intrinsecamente legata alla definizione di controlimiti. Questo riguarda ad esempio l'esclusione dall'operatività del pluralismo normativo di ambiti nei quali si ritiene particolarmente a rischio la tutela dei diritti umani, come individuati e protetti nella dimensione internazionale, oltre che nella qualità di diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle

[16] Si veda A. Rinella – M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, *op. cit.*, pp. 69-118.
[17] *Ibid.*
[18] Cfr. F. Alicino (cur.), *Il costituzionalismo di fronte all'Islam. Giurisdizioni alternative nelle società multiculturali*, Bordeaux Ed., Roma, 2016.
[19] "*The parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest*" Section 1 *Arbitration Act* 1996, *www.legislation.gov.uk*, è la norma che rinvia alle *alternative dispute resolutions.*
[20] Cfr. D. McGoldrick, *The compatibility of* Shari'a *law with the ECHR*, in R. Griffith-Jones (cur.), *Islam and English Law, op. cit.*, spec. pp. 67 ss., e I. Edge, *Islamic finance, alternative dispute resolution and family law: developments towards legal pluralism?*, in R. Griffith-Jones (cur.), *Islam and English Law,* cit., spec. p. 123. Questi organismi nascono nel 1982, quando viene fondato l'*Islamic Shari'a Council* (ISC), primo in Europa. La principale competenza fin dalle origini attribuita è in particolare quella di emettere certificati di divorzi islamici, a beneficio delle donne musulmane, qualora i mariti rifiutino la concessione del *talaq*. Cfr. S. Bano, *An exploratory study of Shari'ah councils in England with respect to family law*, Reading, 2012.

fonti del diritto statale: basti pensare al settore del diritto penale e a quello civile delle relazioni familiari.

Sebbene non valga forse in assoluto, la materia penale è generalmente esclusa dalle giurisdizioni minoritarie[21], mentre più ambigua è la situazione per quanto concerne il diritto di famiglia, poiché se è vero che l'arbitrato è escluso, l'ibridazione è resa pressoché inevitabile anche dall'utilizzo del diritto internazionale privato e comunque spesso si assiste ad un'autoattribuzione di competenze che, quando non direttamente *contra legem*, risulta per lo meno *praeter legem*.

L'attenzione sulla materia penale ha occupato buona parte della discussione sugli *Shari'a Council*, anche in reazione alle affermazioni del fondatore del *Muslim Arbitration Tribunal* (MAT) proprio nel 2008, secondo il quale il Tribunale «aveva già avuto a che fare, in sei casi, con coppie musulmane coinvolte in episodi di violenza domestica, non infliggendo nessuna reale punizione agli uomini ma, anzi, ottenendo il ritiro da parte delle mogli dei reclami che queste avevano presentato nei confronti dei mariti e salvando, di fatto, l'unione matrimoniale»[22].

D'altra parte, in molte occasioni è emerso l'impegno dello *Shari'a Council* a collaborare con le forze dell'ordine, e finanche a sollecitarne l'intervento di fronte a situazioni familiari patologiche e ai sintomi di dinamiche patriarcali violente ed oppressive, ma in un quadro generale che, come si vedrà, si presenta disomogeneo e frammentato.

Occorre precisare che tutti i confronti, anche aspri come si dirà, sui margini di autonomia giurisdizionale della minoranza musulmana e sui rischi, potenziali ed effettivi, per i diritti delle donne in particolare, e per una tutela piena e diffusa dell'eguaglianza, si coniugano con un percorso che le organizzazioni islamiche avviano a partire dagli anni Settanta al fine di trasformare in modo più radicale l'ordinamento giuridico del Regno Unito attraverso la previsione di *personal laws* incorporino all'interno del sistema giuridico "principale" sistemi giuridici minoritari applicabili ai membri della comunità minoritaria riconosciuta, in particolare nella materia del diritto della famiglia[23].

Vi è un legame molto forte tra quanto accade sul versante della giurisdizione e della concreta applicazione della *Shari'a* alle vicende familiari in particolare, e la scelta inglese di non scardinare l'ordinamento giuridico fino alla previsione di diritti speciali su base minoritaria come accade in alcuni sistemi post-coloniali, quale l'India in particolare.

Lo "statuto personale", inventato, per così dire, proprio dai britannici per gestire contesti non occidentali non si ritiene adeguato al sistema giuridico della madrepatria, la cui unitarietà e omogeneità, pur invero messa fortemente in discussione a partire dalla fine degli

[21] Menziona la diffusione in Germania di forme di mediazione in materia penale M. Rohe, *Reasons for the Application of Shari'a in the West*, in M.S. Berger (cur.), *Applying Shari'a in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in The West*, 2013, Leiden, Islam & Society Series, spec. p. 38, cit. anche in A. Marotta, *Il diritto musulmano in Occidente: Corti islamiche nel confronto tra democrazia e shari'a*, *op. cit.*

[22] Cfr. A. Negri, *Le* Shari'a Court *in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 4/2018.

[23] Cfr. S. Poulter, *The claim to a separate Islamic system of personal law for British Muslims*, in C. Mallat, J. F. Connors (cur.), *Islamic family law*, London/ Dordrecht/Boston, 1990, spec. pp. 147 ss.

anni Novanta dalla *devolution* e dal suo progressivo sviluppo verso relazioni di tipo *quasi*-federale, non sopporterebbe la frammentazione (non territoriale ma) basata sulle caratteristiche personali del soggetto a cui il diritto deve essere applicato. D'altra parte, proprio questa scelta conservativa favorisce lo sviluppo di un assetto di interlegalità che si esplica in sedi giurisdizionali o para-giurisdizionali, conducendo nei fatti al riconoscimento, non ufficiale ma materiale, della *Shari'a* come fonte del diritto all'interno dell'ordinamento.

1. **Il pluralismo legale "multiplo"**

All'interno del sistema descritto, il pluralismo giuridico sembra peraltro giocare anche su un altro piano, quello per così dire interno. Infatti, nel caso in esame, con comunità di fede islamica diasporiche, cioè stabilite al di fuori degli Stati a maggioranza mussulmana, si determina in primo luogo una situazione, come quella che si è già in parte descritta, in base alla quale gli ordinamenti statali sono affiancati, e in alcuni casi derogati, per certe materie, da un ordinamento di matrice islamica al quale si richiamano i cittadini mussulmani per regolare alcuni aspetti della propria vita personale[24]. In secondo luogo, succede che, pure all'interno dello stesso sistema normativo fondato sulla *Shari'a*, si produce e si applica una varietà di soluzioni giuridiche differenziate per situazioni che si presentano simili. In parte questo pluralismo interno al diritto islamico ha ragioni del tutto connaturate alla struttura di quella religione, e dunque di quel diritto, per le importanti variabilità interpretative tra le scuole islamiche di diritto.

Tutt'altro che immutabile è infatti la legge islamica, a meno che non la si intenda come rigorosamente circoscritta alle fonti sacre, rappresentate dal Corano e dalla Sunna; se si fa riferimento, invece, a tutte le norme che i "dottori della legge" hanno ricavato dalla *Sharia* attraverso il *fiqh*, vale a dire l'attività interpretativa, il quadro risulta molto ampliato. Questa caratteristica conduce peraltro ad immaginare come possibile soluzione al conflitto tra garanzia della diversità culturale attraverso il riconoscimento di giurisdizioni minoritarie e tutela dei diritti e dei valori fondanti l'ordinamento giuridico "ricevente", quella di consentire alle corti sciariatiche di applicare il diritto religioso soltanto nelle sue previsioni più moderate, rifiutando in ogni caso di riconoscere valore giuridico a quelle integraliste[25].

In parte il pluralismo deriva anche "dai processi di ibridazione del diritto islamico rispetto agli ordinamenti all'interno dei quali esso, in modo ufficiale o no, si fa spazio e occupa taluni ambiti di applicazione"[26].

Bene si comprende il riferimento sopra proposto ai trapianti giuridici se si coglie questo aspetto dell'applicazione della *Shariah* all'interno di un ordinamento giuridico occidentale. Come in parte potrà dirsi per il diverso, seppur correlato, fenomeno del multiculturalismo

[24] Cfr. A. Rinella – M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, *op. cit.*

[25] Cfr. L. Pilgram, *Responses to Muslim law in the UK: From ethno-religious sensitivity to "supplementary jurisdictions"*, in G. Bifl – L. Rössl (cur.), *Migration & Integration 2*, omninum, Bad Vöslau, 2011, p. 113, e cit. in F. Sona, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli Shari'ah Councils nel Regno Unito*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, *op. cit.*

[26] Cfr. *Ibid.,* e sulla questione I. Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation State*, Ashgate, Aldershot, 2005, pp. 31 ss.

nella giurisdizione (v. par. 4): la giurisdizione multiculturale favorisce una circolazione di modelli addirittura transtradizionale, che sembra in questo caso determinare una ibridazione dei sistemi tra *rule of law* e *rule of religion*. Basti pensare a quello che accade nei MAT (*Muslim Arbitration Tribunals*), con la presenza di legali di formazione laica nel collegio arbitrale e nel procedimento, chiamati a garantire che gli *award* cui si perviene risultino fondati, per quanto possibile, al contempo sul diritto islamico e sul diritto inglese, in un quadro di bilanciamento e composizione delle questioni controverse che finisce per produrre, per via giurisprudenziale, una sorta di *English Muslim Law*, anche detto *angrezi shariat*[27].

La frammentazione, d'altra parte, è ben percepibile anche dalla concreta presenza degli organismi della giurisdizione, o paragiurisdizione, islamica, sul territorio. Dal testo redatto dal *think-tank* Civitas nel 2009, dal significativo titolo "*Sharia Law or 'one law for all'*?"[28], emerge l'identificazione di almeno ottantacinque *Sharia Councils* nel Regno Unito, operativi soprattutto presso le diverse moschee presenti sul territorio. Tra i vari aspetti che il testo mette in evidenza, tutti piuttosto critici sia rispetto al valore normativo delle decisioni emesse da questi organismi, sia con riferimento al (concreto) rischio di violazione dei diritti umani, uno rilevante nella qualificazione del "pluralismo interno" di cui si diceva concerne l'eterogeneità delle figure coinvolte nell'espletamento delle funzioni assegnate a tali organismi, sia delle procedure sciariatiche adottate e dalle norme religiose applicate[29].

Gli stessi ricercatori che nel 2009 redigono questo report, sottolineano il difficile accesso a tali organismi, dovuto anche alla loro frammentazione, alla veste non ufficiale in cui operano, alla difficile riconducibilità ad un modello comune di fronte alle differenze significative esistenti tra l'una e l'altra decisione, alcune eseguite da corti ordinarie, in presenza di un accordo tra le parti a sottoporsi alla legge sciariatica, altre vere e proprie *fatwa* dotate di un carattere del tutto informale dal punto di vista del diritto laico[30].

E così, viene segnalato un fenomeno di *fora shopping* che si realizza all'interno della giurisdizione religiosa medesima, segnata da una sorta di gerarchia che opera tra i diversi *Shariah Councils*, tra i quali si muovono gli appartenenti alla comunità musulmana a seconda degli esiti che possono aspettarsi dai diversi consigli[31].

2. La questione dell'applicazione del diritto islamico nei sistemi giuridici occidentali, nella cornice dello scenario giuridico europeo

Com'è noto, è il 1998 quando lo *Human Rights Act* sancisce l'incorporazione all'interno dell'ordinamento giuridico del Regno Unito della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Di lì a breve, a causa dell

[27] Come sostengono A. Rinella – M. F. Cavalcanti, *I Tribunali islamici in Occidente: Gran Bretagna e Grecia, profili di diritto comparato*, *op. cit.*, e si veda D. Pearl – W. Menski, *Muslim family law*, 3rd edn, Sweet & Maxwell, London, 1998.
[28] Si veda D. MacEoin, *Sharia Law or 'one law for all?,* Civitas, London, 2009. Il testo, redatto da Denis MacEoin, è curato da David G. Green e introdotto da Neil Addison.
[29] Si veda anche F. Sona, *Giustizia religiosa e islam. Il caso degli* Shari'ah Councils *nel Regno Unito*, *op. cit.*
[30] Cfr. D. MacEoin, *Sharia Law or 'one law for all?, op. cit.*, spec. p. 70.
[31] Si veda anche F. Sona, *Defending the family treasure-chest: Navigating Muslim families and secured positivistic islands of European legal systems,* Routledge, 2014, spec. pp. 132 ss.

'appartenenza del Regno Unito all'Unione europea, importanti fonti del diritto antidiscriminatorio fanno ingresso nel sistema, ci si riferisce in particolare alla dir. 2000/43, relativa alla parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, e alla dir. 2000/78, in materia di occupazione e condizioni di lavoro, che introduce ulteriori *grounds* quali quello dell'orientamento sessuale. Il fermento rinnovatore di quegli anni conduce all'adozione, nel 2006, dell'*Equality Act* e del *Racial and Religious Hatred Act*, istitutivo del reato di incitamento all'odio per motivi religiosi, e infine, nel 2010, dell'*Equality Act*, legge generale ed organica in materia di diritto antidiscriminatorio.

Questa è la cornice normativa all'interno della quale si inseriscono le rivendicazioni di riconoscimento culturale delle comunità musulmane[32], che si collegano alla creazione di organizzazioni musulmane di varia natura, moschee, anche tra loro raggruppate, associazioni caritatevoli, reti informali di *leader* religiosi[33].

D'altra parte, per comprendere le modalità con le quali tali rivendicazioni sono state almeno in parte accolte, e discutere della loro compatibilità con il patrimonio giuridico europeo, occorre volgere uno sguardo ad una cornice normativa più ampia.

La questione generale sottesa attiene evidentemente all'applicazione di regole giuridiche eteronome all'interno di un ordinamento, e le modalità di risoluzione delle eventuali antinomie. Com'è noto, regole giuridiche diverse da quelle prodotte all'interno dell'ordinamento vengono applicate in via eccezionale nei sistemi giuridici occidentali, in conformità al principio di territorialità del diritto. Tale eccezionalità assume concretamente la forma di ordinamenti giuridici formalmente omogenei ma che garantiscono un pluralismo interno, riservandosi la facoltà di decidere circa la possibile applicazione di regole giuridiche straniere.

Il diritto islamico, per sua natura, si pone in conflitto con il principio di territorialità del diritto, essendo al contrario caratterizzato da un criterio di personalità del diritto, in base al quale "*if a Muslim goes from one State to another, he is bound by the same religion law. Thus there is a strong allegiance to an entity which is regard, because of its divine nature, as having a higher status than the state*"[34].

Da qui la necessità, per i sistemi nei quali sono presenti rivendicazioni quali quelle sopra richiamate, di non trascurare come la frizione tra territorialità e personalità tenda a determinare la nascita di un livello "non ufficiale" di applicazione di regole comunitarie (quelle

[32] Cfr. A. Marotta, *La governance britannica della pluralità culturale di fronte all'applicazione di regole islamiche: tra tutele e antagonismi,* in *Società e diritti,* VI, n. 12/2021.
[33] Cfr. V. Latour, *La communauté musulmane: une émergence tardive mais une installation durable dans le paysage politique et institutionnel britannique*, Hérodote, la Découverte, II, n. 137/2010, pp. 35 ss.
[34] Cfr. D. S. Pearl, *Islamic family Law and its Reception by the Courts in England* (Islamic Legal Studies Program Harvard Law School), Occasional Publications, 2000.

islamiche), potenzialmente caratterizzato da (numerose) violazioni dei diritti fondamentali e, più in generale, delle leggi dello Stato[35].

Il superamento, o il controllo, di questo livello "non ufficiale" avviene in primo luogo nell'ambito del diritto internazionale privato, che regola l'applicazione delle regole giuridiche islamiche, individuando limiti e modalità. Occorre però precisare che negli Stati europei (appartenenti all'esperienza giuridica della *civil law*) dove si prevede l'applicazione di regole "islamiche" (in particolare nel settore del diritto della famiglia) in base al principio personalistico, e dunque in relazione alla cittadinanza dei soggetti coinvolti, tali regole non sono diritto religioso in senso proprio, non sono la *Shari'ah*, bensì rappresentano il diritto positivo dello Stato a maggioranza musulmana di provenienza del soggetto (che, d'altra parte, è generalmente costituito proprio da regole e interpretazioni dottrinali della *Shari'ah*[36]).

Tali regole in molti casi vengono applicate non tanto all'interno delle corti ordinarie, quanto piuttosto nell'ambito di sistemi di giustizia alternativi, i quali più facilmente si prestano all'applicazione di un diritto individuato dalle parti (fermo restando il limite del rispetto dell'ordine pubblico, cardine, com'è noto, di tutto il sistema del diritto internazionale privato)[37].

L'applicazione del diritto islamico in Europa è stata oggetto dell'attenzione anche del Consiglio d'Europa che si è espresso, «attraverso le sue diverse istituzioni, in modo ambivalente e potenzialmente contraddittorio»[38].

Il primo imprescindibile riferimento non può che essere rappresentato dal caso *Refah Partisi*[39], in cui la Corte di Strasburgo, confermando la decisione della Corte costituzionale turca circa lo scioglimento del partito politico religioso, promotore di attività contrastanti con

---

[35] Si sofferma sui concetti di *official/unofficial law* M. Bussani, *Strangers in the Law: Lawyers Law and the Other Legal Dimensions*, in *Cardozo Law Review*, n. 40/2019, pp. 3125 ss. M. Rohe, *Reasons for the Application of Shari'a in the West*, in M. S. Berger (cur.), *Applying Shari'a in the West, Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in The West*, Leiden, Leiden University Press, 2013, pp. 23 ss., discute le ragioni dell'applicazione delle norme giuridiche islamiche nei sistemi occidentali, distinguendo un'applicazione di tipo formale, derivante da un riconoscimento espresso all'interno dell'ordinamento, e un'applicazione informale, fondata sul mero consenso delle parti coinvolte.

[36] *Ibid.*, p. 26 ss.

[37] Cfr. R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. Ferrari (cur.), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 181 ss.

[38] Cfr. P. Parolari, *Diritto policentrico e interlegalità nei Paesi europei di immigrazione. Il caso degli* shari'ah councils *in Inghilterra*, *op. cit.*, p. 124.

[39] Cfr. *Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey* (application nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98, and 41344/98, 13 febbraio 2003. Numerosi i commenti sulla pronuncia, tra cui si ricorda P. Macklem, *Militant democracy, legal pluralism, and the paradox of self-determination*, in *ICON*, vol. 4, n. 3/2006, pp. 488 ss., K. Boyle, *Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case*, in *Essex Human Rights Review*, vol. 1, n. 1/2004, D. Schilling, *European islamaphobia and Turkey* Refah Partisi *(the welfare party)* v. Turkey, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review,* vol. 26, n. 3/2004, pp. 501 ss. Importanti le riflessioni di Roberto Toniatti, che riconosce nella sentenza un'affermazione dell'"ordine pubblico europeo" (dai contenuti simili a quell'ordine pubblico internazionale che molto ha occupato la giurisprudenza anche con riferimento ai limiti alla libertà di espressione) quale limite al pluralismo giuridico e alle sue possibili manifestazioni, cfr. R. Toniatti, *La razionalizzazione del "pluralismo giuridico debole": le prospettive di un nuovo modello giuridico e costituzionale nell'esperienza africana*, in M. Calamo Specchia (cur.), *Le trasformazioni costituzionali del secondo millennio,* Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

il principio di laicità dello stato, afferma espressamente l'incompatibilità del diritto islamico con le caratteristiche fondamentali di una società democratica e con i diritti e le libertà di cui alla Convenzione europea. Oltre ad entrare nella valutazione della *Shari'ah*, la Corte esclude radicalmente qualsiasi ipotesi di *personal law* o altra sorta di applicazione di un diritto religioso ai cittadini e alle cittadine europee musulmani/e, ciò che rientrava nel programma politico del partito il cui scioglimento è ritenuto legittimo, in quanto questo comporterebbe una discriminazione sulla base della religione.

Com'è noto però quindici anni dopo, nel 2018, nel caso *Molla Sali v. Grecia*[40], la Corte sembra discostarsi parzialmente dalle precedenti posizioni di netta chiusura ammettendo l'applicazione della legge islamica ad una minoranza musulmana, subordinatamente alla volontà espressa in tal senso dalle parti e a condizione che tale applicazione non si traduca in forme di discriminazione[41]; ma non trascorre molto tempo prima che l'Assemblea parlamentare del consiglio, con la risoluzione n. 2253/2019, confermi una visione piuttosto netta sull'incompatibilità della *Shari'ah* con lo stato democratico di diritto. Una risoluzione che «conferma un orientamento consolidato dell'Assemblea la quale, pur sostenendo le politiche di integrazione dei migranti, ha frequentemente messo in guardia dalla applicazione della shari'a a causa della incompatibilità con i principi e i valori sanciti dalla *European Convention on Human Rights* [e] denuncia la circostanza secondo la quale, in modo ufficiale o non ufficiale, la shari'a viene applicata in alcuni Paesi membri del Consiglio»[42].

La preoccupazione espressa dal Consiglio d'Europa non riguarda soltanto la Grecia, sulla quale appunto aveva da poco avuto occasione di pronunciarsi la Corte Edu, bensì anche le funzioni para-giurisdizionali degli *Shari'ah Councils* nel Regno Unito, ritenuti responsabili della violazione dei diritti delle donne musulmane nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto le relazioni familiari, e particolarmente rischiose per le donne "in condizione di vulnerabilità" alle quali non solo deve essere garantito il libero accesso alla giustizia civile, ma deve essere favorito attraverso appositi progetti di informazione e sensibilizzazione (in particolare §§ 8 e 14 della Risoluzione).

In fondo, le istituzioni politiche del Consiglio non sembrano ancora fidarsi dell'Islam, non a caso la risoluzione mette in discussione le stesse fonti particolaristiche in materia di diritti, come la Dichiarazione del Cairo, e denuncia un'intrinseca contraddizione tra religione islamica e tutela delle libertà fondamentali: tutto il resto sembra essere una conseguenza, anche le criticità specifiche degli *Shari'ah Councils,* che sono poi quelle evidenziate anche internamente e già richiamate. Se il rapporto tra *Shari'ah* e stato di diritto è conflittuale, il

[40] Corte EDU, Grande Camera, dec. *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, req. n° 20452/14, su cui A. Micciché, *I musulmani di Tracia e la sentenza CEDU Molla Sali c. Grecia: un itinerario storico-giuridico tra pluralismo religioso e istanze d'uguaglianza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 18/2020, e D. Ferrari, *La nozione di minoranza musulmana davanti alla Corte di Strasburgo: il caso* Molla Sali c. Grecia, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo,* 2 marzo 2020.

[41] Cfr. M. C. Locchi, *La minoranza musulmana di Tracia tra protezione dell'identità religiosa, divieto di discriminazioni e diritto all'auto-determinazione*, in *DPCE online*, n. 1/2019, pp. 909 ss.

[42] Cfr. A. Rinella, *La* shari'a *in Occidente. Giurisdizioni e diritto islamico: Regno Unito, Canada e Stati Uniti d'America*, *op. cit.*, p. 145.

fulcro di tale conflittualità è individuato proprio nel *vulnus* che il diritto islamico determinerebbe nei confronti dell'eguaglianza di genere, e nella perdurante subordinazione femminile che la sua applicazione causa in tutti i contesti dove essa trova spazi, più o meno formalizzati. Resta da capire se e come un rifiuto del pluralismo giuridico (difficilmente concretizzabile peraltro, se si considera l'interlegalità come una condizione ormai immanente, più che una scelta di politica del diritto, o un progetto di organizzazione sociale, *supra*, par. 1) possa coniugarsi con lo stato democratico di diritto che, d'altra parte, comprende anche il multiculturalismo tra i suoi assi portanti, la limitazione del potere delle maggioranze, la teoria e la pratica del costituzionalismo come prospettiva di riconoscimento delle minoranze, il diritto alla realizzazione personale anche all'interno delle formazioni sociali (si pensi in particolare all'art. 2 della Costituzione italiana). Inoltre, permangono dubbi su cosa significhi effettivamente tutelare l'eguaglianza di genere delle donne "minoritarie", e non è scontato che sempre e necessariamente questo comporti difendere le donne da sé stesse, ovvero dalla loro appartenenza religiosa e culturale[43].

3. Breve storia del pluralismo giurisdizionale (prevalentemente) islamico nel Regno Unito

Come si è già ricordato nel precedente paragrafo, le prime forme di giurisdizione su base religiosa nascono nell'ambito delle moschee: questa caratteristica originaria condizionerà anche l'evoluzione successiva, tanto che ancora oggi gran parte degli *Shari'ah Councils* esercita le proprie funzioni facendo riferimento alla struttura di una moschea, e tra soggetti chiamati a svolgere la funzione "giurisdizionale" centrale è il ruolo degli *imam*[44], impegnati, fin dagli inizi, in particolare ad attribuire alle mogli musulmane certificati di divorzi islamici nei casi in cui i mariti si rifiutassero di concedere il *talaq*, cioè l'istituto previsto per il divorzio dalla legge islamica[45].

Un importante studio svolto nel 2012, avente ad oggetto ventidue corti, mostra come soltanto tre di queste affermassero la loro autonomia rispetto ad eventuali moschee di riferimento, a fronte di diciannove che anche materialmente operavano all'interno di una moschea[46], pur distinte sul piano giuridico anche per il differente status[47].

Le prime "corti islamiche" iniziano ad operare nel 1982, a Londra e a Birmingham, fino ad arrivare oggi a numeri ipotizzati intorno alla novantina. Per la verità, l'ultimo dato frutto di una ricerca indipendente ed attendibile risale alla *"The independent review into the application of sharia law in England and Wales*", presentata al Parlamento dal Segretario di Stato

[43] Si consenta di rinviare a E. Stradella, *Multiculturalismo e diritti delle donne: una riflessione, nella prospettiva del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo*, n. 2/2021.
[44] Cfr. A. Negri, *Le* Shari'a Court *in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, *op. cit.*
[45] Cfr. S. N. Shah-Kazemi, *Untying the Knot: Muslim Women, Divorce and the Shariah*, Nuffield Foundation, Londra, 2001, p. 11.
[46] Cfr. S. Bano, *Muslim Women and Shariah Councils –Transcending the Boundaries of Community and* Law, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012, spec. p. 92.
[47] Infatti, le moschee sono sempre considerate come *charity* dal diritto inglese, e dunque soggette alle relative norme, a differenza delle *Sharia Courts*, che non sempre sono dotate di questo status, cfr. A. Negri, *Le* Shari'a Court *in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, *op. cit.*

per l'Interno nel febbraio del 2018, dove si afferma la sostanziale impossibilità di poter contare con precisione e sicurezza il numero di questi organismi, comunque credibilmente attestati intorno alle 85 unità (nessuna delle quali presente in Scozia)[48].

Tutti adottano decisioni non vincolanti dal punto di vista giuridico, ma molto significative sul piano religioso, e soprattutto efficaci nel condizionare relazioni e comportamenti all'interno della comunità di riferimento. e fondate sulla volontaria adesione da parte dei soggetti che controvertono: elemento quest'ultimo che pone in concreto il problema di definire cosa debba considerarsi libero e volontario, e come l'effettiva libertà nell'espressione del consenso possa o debba essere soggetta ad una verifica esterna alla giurisdizione religiosa, in considerazione delle dinamiche oppressive che possono realizzarsi all'interno delle comunità[49].

Lo sviluppo negli anni Ottanta di queste realtà nasce da richieste provenienti da diverse categorie di soggetti: le organizzazioni islamiche, spesso portatrici di un approccio conservatore all'applicazione della *Sharia*; alti funzionari e personalità sicuramente appartenenti, per così dire, alla tradizione giuridica occidentale, che individuano il pluralismo giuridico come uno strumento di integrazione delle comunità musulmane nei Paesi occidentali ospitanti; e un certo numero di studiosi, accademici, che affrontano la questione sul piano della *legal theory,* anche facendo proprio quel paradigma dell'interlegalità di cui abbiamo fatto cenno nel par. 1. Chiaramente, il dibattito sul pluralismo giuridico alimenta tutte le posizioni che si confrontano sulla questione[50].

Un punto di svolta nella considerazione del fenomeno è rappresentato dal noto discorso tenuto da Rowan Williams, arcivescovo di Canterbury e capo della chiesa anglicana, il 7 febbraio del 2008, nel palazzo della *Royal Court of Justice*, di fronte a centinaia di giuristi provenienti da tutta la Gran Bretagna.

La lezione sarebbe probabilmente rimasta circoscritta al contesto accademico, raggiungendo solo un pubblico ristretto, se l'arcivescovo non avesse rilasciato un'intervista lo stesso giorno al programma *World at One* di BBC Radio 4, in cui ha ripreso le tesi fondamentali del suo intervento, sostenendo, in buona sostanza, che l'adozione della legge della Sharia fosse necessaria per la coesione della comunità, anche in considerazione dell'inevitabilità della scelta, resa tale dal fatto per cui disposizioni della Sharia risultavano in concreto già riconosciute all'interno dell'ordinamento.

---

[48] Sulla incertezza e scarsa conoscibilità di questi organismi, e del mondo che ruota intorno ad essi, anche in relazione al rischio di violazione dei diritti umani, cfr. A. Gutierrez, *Compatibility of Sharia law with the European Convention on Human Rights: can States Parties to the Convention be signatories to the "Cairo Declaration"?,* 3 gennaio 2019, del *Committee on Legal Affairs and Human Rights del Council of Europe*, in cui si sottolinea come "*the majority of the evidence is anedoctal, as very little empirical evidence has been gathered in relation to users of Sharia councils; further research in this area is therefore necessary*".

[49] Sulla natura non vincolante delle decisioni, cfr. M. Reiss, *Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decision Should Be Non-Binding*, in *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2009, vol. 26, 3, pp. 740 ss.

[50] Cfr. P. Shah, *Legal Pluralism in Conflict: Coping with Cultural Diversity in Law* (London, Glasshouse Press, 2005), e B. Dupret *et al* (cur.), *Legal Pluralism in the Arab World,* The Hague, Kluwer Law International, 1999.

Williams prende le mosse dall'interrogativo fino a che punto le regole giuridiche di un gruppo religioso possano essere riconosciute da parte dell'ordinamento giuridico generale, se sia possibile farlo[51]. Naturalmente la questione non riguarda soltanto la comunità musulmana, ma anche altre comunità religiose, quale ad esempio l'ebraismo ortodosso, ma ha ricordato anche la Chiesa Anglicana. Approfondisce poi il modo in cui le norme di matrice religiosa possano essere attuate in uno stato laico e come si possa stabilire un rapporto razionale e costruttivo tra diritto islamico e diritto del Regno Unito, partendo dalla constatazione per cui la *Sharia* non è un sistema monolitico e sarebbe del tutto infondato assumerne a priori l'incompatibilità con i diritti umani, poiché le richieste di riconoscimento parallelo alle giurisdizioni laiche e secolari non si riferirebbero ad un codice universale immutabile, ma si concretizzerebbe in una applicazione ai casi operata attraverso l'interpretazione dei giuristi. In realtà, proprio questo elemento sottolineato dall'Arcivescovo come un fattore di apertura e compatibilità del diritto islamico, può essere letto da una diversa prospettiva quale fattore di rischio per la difficoltà, se non l'impossibilità, a circoscrivere e comprendere veramente le regole di matrice religiosa e le loro implicazioni.
In realtà la soluzione che Williams sembra proporre per una efficace integrazione, o meglio convivenza (con un utilizzo implicito del paradigma dell'interlegalità) tra i sistemi, non è tanto quella della costruzione di sistemi giuridici paralleli, quanto piuttosto la cooperazione tra diritto interno e "giurisdizione supplementare", fondata su una sorta di "accomodamento trasformativo", quel reciproco adattamento tra giurisdizioni e si colloca nel quadro delle *accomodations* su cui abbiamo già speso alcune riflessioni[52].
Questa tecnica è annoverabile tra le possibili modalità di interazione con le quali uno stato costituzionale può relazionarsi con un ordine giuridico minoritario, di diritto descritte nel 2012 dal *Policy Centre* della *British Academy*[53]. Tra esse si annoverano la proibizione, la non interferenza, il riconoscimento dell'ordine giuridico minoritario attraverso la concessione di diritti di gruppo o l'istituzione di *personal laws* (come accade tipicamente nei sistemi post-coloniali, v. *supra*, par. 1), il volontarismo culturale come "terza via" tra proibizione e non interferenza, riconoscendo la doppia affiliazione degli individui all'ordinamento giuridico statuale e all'ordine minoritario; l'integrazione, intesa come incorporazione, delle norme religiose all'interno del sistema giuridico statale (ciò che appare inverosimile da realizzarsi, per il problema della presenza di oggettivi spazi di antinomia tra i due sistemi); e infine, appunto, l'accomodamento trasformativo.
Nel 2013, la BBC One trasmette un'inchiesta intitolata "*Secrets of Britain's Sharia Councils*"[54], che solleva una particolare attenzione mediatica. L'inchiesta mostra registrazioni effettuate segretamente durante le riunioni dei Consigli della Sharia in moschee e abitazioni priv-

[51] R. Williams, Archbishop of Canterbury. 2008, *Civil and Religious Law in England: A Religious Perspective*, in *Ecclesiastical Law Society*, in *Ecclesiastical Law Journal*, n. 10/2008 (Rowan Williams interview, 11 February).
[52] Cfr. Z. Rostoványi, *Sharia in The UK,* in *The Araabist. Budapest Studies in Arabic*, *op. cit.*
[53] Cfr. M. Malik, *Minority Legal Orders in the UK: Minorities, Pluralism and Law*, London, British Academy, 2012.
[54] Rinvenibile al seguente link.

ate, e presenta i risultati delle numerose interviste effettuate, dalle quali emerge come gli *Shari'ah Councils* emettano in molti casi decisioni "illegittime" sostanzialmente, dalle quali i soggetti si sentono vincolati sul piano religioso, familiare, comunitario. L'esempio più significativo è rappresentato da quelle decisioni che riguardano donne maltrattate dai mariti, alle quali gli *Shari'ah Councils* non permettono di divorziare.

In quegli anni la questione è fortemente dibattuta anche in ambito istituzionale e politico, basti pensare al dibattito parlamentare (ottobre 2012) su un *Arbitration and Mediation Services [Equality] Bill*, che voleva limitare le attività dei Consigli, richiedendo loro di conformarsi al principio di eguaglianza, con particolare riferimento all'eguaglianza di genere. Nel 2016, viene istituito un gruppo di lavoro composto da esperti di diritto religioso, il cui compito è esaminare l'effettivo funzionamento dei Consigli in Inghilterra e in Galles.

Il gruppo, diretto da Mona Siddiqui, docente di Studi Islamici e Interreligiosi all'Università di Edimburgo, pubblica nel 2018 un rapporto dal quale emerge che il 90% delle persone che chiedono l'intervento di questi organismi sono donne che cercano di ottenere il divorzio nel caso di matrimonio esclusivamente religioso, e che dunque non possono (a meno che questo non sia incluso nel contratto matrimoniale, ma generalmente non accade) accedere allo strumento disponibile invece per i mariti, il *talaq*, come già ricordato eseguito con una dichiarazione unilaterale.

Il rapporto Siddiqui non si limita a descrivere lo *status quo*, ma propone possibili interventi di regolazione o riforma. Tra questi un emendamento al *Marriage Act* del 1949 e al *Matrimonial Causes Act* del 1973, prevedendo che sia necessario che un matrimonio civile preceda o avvenga contemporaneamente al matrimonio islamico, per assimilare, dal punto di vista giuridico interno, il matrimonio islamico a quelli cristiano ed ebraico. Si suggerisce anche che la legge del 1949 sia integrata con la norma che, in caso di matrimonio (incluso quello islamico), sia punibile la mancata registrazione civile, rendendola così obbligatoria anche per le coppie musulmane. Inoltre, il rapporto promuove la regolamentazione del funzionamento dei Consigli attraverso l'avvio di un processo di autoregolamentazione finalizzato all'adozione di un codice di condotta condiviso dai diversi (e frammentati) *Councils.* Il Ministero dell'Interno britannico respinge però la proposta, ritenendo qualsiasi forma di regolazione ufficiale dei consigli, operata da parte dello Stato o da esso indirizzata, tale da attribuire loro una legittimazione formale quale autorità alternativa per la risoluzione delle controversie, ciò che determinerebbe una inopportuna, almeno apparente, parificazione tra giurisdizione statale e giurisdizione religiosa.

Nel 2019, presso la *House of Commons* si svolge un dibattito generale sulla *Shari'ah* nel Regno Unito, a partire da una non trascurabile precisazione terminologica, che è anche concettuale: l'utilizzo, spesso operato dai mezzi di comunicazione, dell'espressione "*Courts*", non sarebbe corretto, mentre più corretta sarebbe l'espressione *Councils*, poiché essi non hanno un riconoscimento giuridico formale, non sono composti da "giudici" secondo il significato che nel contesto britannico si attribuisce a questo termine, non sono in grado di agire sul diritto vigente nell'ordinamento.

Va sottolineato che la preoccupazione nei confronti delle c.d. *Shari'ah Courts* è segnata da un profondo *clivage* ideologico e partitico, evidente nella viscerale contrarietà dei conservatori a questo tipo di organizzazione e a qualsiasi soluzione diversa dal rifiuto (riprendendo le possibili opzioni descritte nel 2012 dalla *British Academy*). Basti ricordare il disegno di legge proposto dalla baronessa Cox, membro della *House of Lords,* nel 2011, la quale nel 2012, in occasione dei *second reading,* descrive in modo molto chiaro le ragioni per cui qualsiasi "accomodamento trasformativo" dovrebbe essere escluso: accettare un sistema di fatto, o di diritto, di "giurisdizione multiculturale", equivarrebbe ad accettare l'esistenza di un sistema giuridico discriminatorio parallelo all'ordinamento giuridico generale; e dunque accettare quella situazione di oppressione e di discriminazione nella quale versano molte donne musulmane anche per opera di tribunali che non si limiterebbero ad applicare alcune norme di matrice religiosa nel rispetto del diritto nazionale britannico, ma avrebbero creato nel tempo uno spazio alternativo nel quale far confluire situazioni e controversie riguardanti una molteplicità di aspetti, anche di rilevanza penale[55].

È significativo il fatto che la proposta si sia arenata, ma anche che a più riprese, negli anni successivi, sia ritornata nel dibattito, sempre su iniziativa della baronessa Cox[56], e sempre a rimarcare posizioni che potrebbero essere ricondotte, pur con le criticità connesse alla categoria, al fenomeno del "femonazionalismo"[57]. Per altro verso però, anche sul fronte accademico si evidenziano canali di collegamento tra estremismo e applicazione della *Shari'ah* per tramite di vari canali, quello dell'appartenenza e della cooptazione, e quello ideologico[58].

In primo luogo, molti componenti di questi organismi fanno parte di movimenti che promuovono l'islamismo sociale e politico. Se si visita il sito web dell'*Islamic Shari'a Council* di Leyton, ad esempio[59], si può notare come sia stato fondato da diverse organizzazioni notoriamente affiliate con l'islamismo politico e sociale: Jamaat-e-Islami (*UK Islamic Mission*), Fratellanza Musulmana (*Muslim Welfare House*) e Wahhabismo globale (*Muslim World League).* La cooptazione delle politiche del pluralismo giuridico e del paradigma dell'interlegalità da parte dell'islamismo politico e sociale potrebbe dunque in qualche modo rappresentare una soluzione transitoria e compromissoria che consente in ogni caso ai componenti di tali organismi di emettere *fatwa* e pronunciamenti di vario tipo andando incont-

[55] A. Nickel, *Abusing The System: Domestic Violence Judgments From Shari'a Arbitration Tribunals Create Parallel Legal Structures in the United Kingdom*, in *The Arbitration Brief*, vol. 4, n. 1/2014, p. 93, cit. in A. Negri, *Le* Shari'a Court *in Gran Bretagna. Storia ed evoluzione dei tribunali islamici nel Regno Unito*, *op. cit.*

[56] Si consenta di rinviare a E. Stradella, *Multiculturalismo e diritti delle donne. Una riflessione nella prospettiva del costituzionalismo*, *op. cit.*

[57] Per il concetto, cfr. S. R. Farris, *Femonazionalismo. Il razzismo nel nome delle donne*, trad. it. M. Moïse, M. Panighel, Alegre, 2019. Si tratta, in via di semplificazione estrema, di un approccio che tende a celare sotto un imperativo di protezione dei diritti delle donne e di lotta contro l'oppressione politiche razziste, di contrasto ai fenomeni migratori e islamofobiche.

[58] Si vedano le considerazioni svolte da E. Manea, *Women and Sharia Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK*, London: I.B.Taurus, 2016, e Ead., *Women and Sharia Law in the UK*, in R. Medda-Windischer – K. Wonisch – A. C. Budabin, *Religious Minorities in Pluralist Societies*. Leiden, The Netherlands, Brill, 2023.

[59] Consultabile al seguente link.

ro alle richieste di matrice religiosa dei membri della comunità minoritaria, ma al contempo "innestando" all'interno del sistema le norme *shariatiche*.
Per quanto riguarda il canale ideologico, è stato messo in luce come anche su quel piano vi sia una forte caratterizzazione degli organismi in esame nel veicolare, per tramite della propria attività giurisdizionale/paragiurisdizionale, un certo approccio culturale, un certo modo di intendere il diritto religioso, e determinate opzioni interpretative, rese possibili dalla frammentarietà del contesto[60].

4. **Giurisdizione multiculturale e multiculturalismo nella giurisdizione**

Le vie d'accesso del multiculturalismo alla regolazione delle relazioni giuridiche non si esauriscono in un pluralismo giuridico per così dire "statico", o "organizzativo", che affida a strutture, più o meno flessibili, istituzioni minoritarie con varie funzioni e competenze, il riconoscimento della diversità culturale (e normativa), ma trovano una ulteriore (non necessariamente parallela o contemporanea) manifestazione all'interno della stessa giurisdizione statale. Ci si riferisce all'utilizzo dell'argomento culturale quale strumento di valorizzazione della diversità culturale del soggetto in sede di un giudizio penale che abbia ad oggetto condotte penalmente rilevanti nell'ordinamento nel quale il soggetto vive ed opera, ma non altrettanto, o addirittura percepite come doverose sul piano etico, religioso, morale, da parte del "sistema normativo" di riferimento del soggetto (non sarebbe del tutto corretto dire dello Stato di provenienza del soggetto)[61].
Senza potersi qui ripercorrere il risalente dibattito sulle c.d. esimenti culturali, sviluppatosi in particolare negli Stati Uniti, sembra però utile verificare quanto questa modalità di riconoscimento della diversità culturale, attraverso un *multiculturalismo* nella giurisdizione,

[60] Cfr. E. Manea, *Women and Sharia Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK*, *Ibid*.
[61] La riflessione sull'argomento culturale nel giudizio penale si colloca nell'alveo di un approccio proprio del postmodernismo giuridico, fondato su una critica al diritto come prodotto delle maggioranze culturali, in favore di una produzione delle regole che faccia proprie le differenze (cfr. G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001, spec. pp. 141 ss.). E la riflessione del postmodernismo non trova riscontri soltanto nell'evoluzione del costituzionalismo, ma permea la politica del diritto, e si traduce anche nella creazione di un "diritto penale postmoderno", nell'idea della «soggettivizzazione del giudizio di colpevolezza», che superi la configurazione del soggetto quale modello astratto, valorizzando un tipo di giudizio che si spinga ad analizzarlo nella specificità della esistenza biografica e della sua dimensione culturale. Come è stato ricordato da Caggia (F. Caggia, *Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it), richiamando R. Unikel, *"Reasonable" Doubts: A Critique of the Reasonable Woman Standard in American Jurisprudence*, in *Newark University Law Review*, vol. 87, 1992, pp. 326 ss., in questo modo lo standard giurisprudenziale si tradurrebbe essenzialmente in «un modello di ragionevolezza modulato su un determinato gruppo sociale e non sul particolare soggetto in quel momento sottoposto a giudizio». Da qui l'origine di espressioni come *cultural offence* (reato culturale) o *cultural defence* (esimente culturale). Il ricorso al concetto di reato culturale esprime la preoccupazione di indagare le motivazioni in base alle quali i soggetti appartenenti a determinati gruppi etnici o religiosi si pongono in conflitto con la cultura informante l'ordinamento giuridico nel quale vivono e operano, mentre la costruzione delle esimenti culturali, propria in particolare del sistema nord-americano, «considera la società multiculturale come un dato già acquisito da parte del sistema, con la conseguenza che l'integrazione dei soggetti deve procedere con il minor grado di attrito sotto il profilo della compatibilità con il sistema di diritto» (si veda su questo L. Monticelli, *Le "cultural defenses" (esimenti culturali) e i reati "culturalmente orientati". Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale*, in *L'Indice penale*, n. 2/2003, pp. 535 ss.).

abbia attecchito nel Regno Unito[62], e se e quanto si ponga in relazione con la promozione di una giurisdizione multiculturale quale quella descritta nei precedenti par.

In generale si può rilevare che la giurisprudenza inglese solo in rari casi attribuisce un riconoscimento giuridico all'argomento culturale: 21 sono i casi nei quali risulta tale riconoscimento[63], e anche nei casi in cui la matrice del reato risulta intrisa di fattori culturali (è il caso dei c.d. delitti d'onore, *honour killings*), è difficile che la difesa utilizzi tale argomento[64]. Gli studi in materia di multiculturalismo nella giurisdizione, così come i dati normativi, conducono dunque a sostenere che il modello britannico della gestione della diversità culturale in ambito penale sia essenzialmente *culture blind*, non essendo possibile rintracciare un'esenzione generale che consenta al soggetto appartenente ad una comunità minoritaria di essere esentato dall'obbligo di rispettare una norma dell'ordinamento penale nel momento in cui questa contrasti con il proprio sistema assiologico di derivazione etico/culturale/religiosa[65]; sono invece disciplinate per un verso dal legislatore alcune deroghe/esenzioni specifiche, che hanno quindi campi ben delimitati di applicazione[66], e sono conside-

[62] Sul tema cfr. in particolare P. Pannia, *La diversità rivendicata. Giudici, diritti e culture tra Italia e Regno Unito. Uno studio comparato*, Cedam, 2021.

[63] *Ibid.*, e si veda A. Phillips, *When culture means gender: issues of cultural defence in the English Courts*, in Modern Law Review, 66, 42003, p. 510 ss., C. Bakalis, *The religion of the offender and the concept of equality in the sentencing process, in Oxford Journal of Law and religion*, 2, 2, 2013, pp. 440 ss.

[64] Cfr. A. C. Korteweg – G. Yurdakul, *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence. A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North America*, UN Research Institute for Social Development, 2010, p. 2, cit. anche in P. Pannia, *Ibid.*

[65] Cfr. M. Hill – R. Sandberg – N. Doe (cur.), *Religion and law in the United Kingdom*, Aalphen an den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, p. 150, e P. Pannia, *Ibid.*, spec. pp. 253 ss.

[66] È il caso della macellazione rituale, disciplinata dallo *Slaughter of Poultry Act* del 1967 e dallo *Slaughterhouses Act* del 1974. Non c'è dubbio, com'è stato sottolineato (J. Cohen, *Kosher Slaughter, State Regulation of Religious Organizations, and the European Court of Human Rights*, in *Intercultural Human Rights Law Review*, n. 4/2009, p. 355, e si consenta di rinviare a E. Stradella, *Ebraismo e cibo: un binomio antico e nuove tendenze alla prova del multiculturalismo,* in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale,* n. 28/2019, che la macellazione *kasher* rappresenta una sfida per le società occidentali. Da un lato, infatti, riflette la posizione ebraica sul primato di un modello di autorità e pratica religiosa che si impone non soltanto sull'autorità nazionale, ma sul significato stesso dell'introiezione nella regolamentazione di norme scientifiche moderne. Dall'altro mette in luce il problema dei confini della tolleranza nelle società multiculturali, quando a confrontarsi con esse siano gruppi che sembrano rifiutare apertamente l'aspirazione della modernità, o meglio, che rivendicano una differente "modernità" superando, in retrospettiva, il paradigma occidentale della modernità, illuminista, razionalista e liberale, poiché nelle proprie antiche radici rintracciano l'essenza del continuare a esistere, come individui, oltre che come gruppi. Significativa del dibattito esistente la nota sentenza del febbraio 2019 con la quale la Corte di Giustizia ha stabilito che non è consentito utilizzare il marchio "Bio" per prodotti alimentari derivati da animali macellati ritualmente. La Corte ha ricordato che nel caso di macellazione senza preventivo stordimento è attualmente consentita una riduzione delle sofferenze dell'animale realizzata attraverso l'esecuzione di un taglio preciso alla gola, ma ha ritenuto tale pratica insufficiente a limitare la sofferenza dell'animale, concludendo che "i metodi particolari di macellazione prescritti da riti religiosi, seppur leciti, non possono ritenersi equivalenti, in termini di garanzia di un livello elevato di benessere degli animali al momento del loro abbattimento, al metodo della macellazione con stordimento previo". Altro caso è quello del *Motor-Cycle Crash-Helmets Act* 1979, che introduce una deroga per i sikh all'uso del casco protettivo per i motociclisti, e quello del *Criminal Justice Act* 1988, in base al quale non si configura il reato di "porto d'armi in luogo pubblico" qualora il possesso di un coltello sia giustificato da "motivi religiosi" (l'*Offensive Weapon Act* 2019 introduce espressamente una *defence* per motivi religiosi.

e connotate sono oggetto di specifiche ipotesi di criminalizzazione[67], considerate come "leggi che hanno rivisitato il modello"[68] di integrazione multiculturale edificatosi inizialmente, appunto, a partire dall'individuazione di specifiche esenzioni per via legislativa.

Questo ragionamento andrebbe però accompagnato con una riflessione più ampia sul particolare status che acquisiscono alcuni gruppi minoritari all'interno del Regno Unito, poiché evidentemente le scelte del legislatore risultano fortemente condizionate dal peso politico delle comunità, e dunque dalla capacità delle loro rivendicazioni di essere ascoltate e avviare processi di riconoscimento. La minoranza musulmana occupa una posizione di particolare rilievo, sul piano politico e quantitativo, e questo si traduce nel fatto che il governo della differenza sia stato affrontato "al netto della caratterizzazione in senso culturale"[69] per quanto concerne la materia (manifestamente) penale, e sia posto nella disponibilità di altri soggetti, in particolare le giurisdizioni su base tradizionale o religiosa, che offrono tutela a quelle minoranze particolarmente radicate e organizzate sul territorio (*in primis*, appunto, quella musulmana).

Certamente non si tratta dell'unica esistente. Tra i c.d. *Minority Committees*, organismi che risolvono attraverso un metodo essenzialmente giurisdizionale controversie, applicando norme e principi di matrice religiosa e culturale, possono essere annoverati il *Kurdish Peace Committee* e il *Kurdish Women's Committee*, ai quali fa riferimento la comunità curda[70], e gli *Shari'ah Councils* non sono l'unica forma esistente di giurisdizione religiosa, dovendosi segnalare anche i *Beth Din* (tribunali ebraici) e il Tribunale della Chiesa di Inghilterra, unico tra questi organismi che si colloca all'interno del sistema giudiziario inglese, poiché per tutti gli altri, come già precisato, le decisioni assunte non sono riconosciute dalla legge statale, ad eccezione delle materie attribuite dall'*Arbitration Act* alla mediazione ufficiale che i *Muslim Arbitration Tribunals* sono competenti a svolgere.

Il problema che si pone in relazione al rapporto tra multiculturalismo nella giurisdizione (penale) e giurisdizione multiculturale (non penale), sta nella contraddizione esistente tra la sostanziale non accettazione dell'argomento culturale da parte della giurisdizione naz-

[67] È il caso del reato di bigamia; del *Female Genital Mutilation Act* 2003, che aumenta la cornice edittale e incrimina comportamenti anche commessi fuori dal territorio inglese dal cittadino inglese o dallo straniero in possesso del permesso di soggiorno permanente, successivamente modificato nel 2015, con l'introduzione di una nuova fattispecie che punisce chiunque ometta di proteggere una bambina dal rischio di mutilazioni (*Serious Crime Act* 2015); ma anche della disciplina sui matrimoni forzati prevista dall'*Anti-social Behaviour Crime and Policing Act* 2014.

[68] Cfr. C. Martinelli, *Il modello multiculturale britannico tra radici storiche e criticità sopravvenute*, in G. Cerrina Feroni – V. Federico, *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, spec. pp. 332 ss.

[69] Cfr. P. Pannia, *op. cit.*

[70] Ne dà conto W. Menski, *Asians in Britain and the question of the adaptation to a new legal order: Asian Laws in Britain*, in I. Milton – N. W. Wagle (a cura di), *Ethnicity, Identity, Migration in the South Asian Context*, Toronto, Centre for South Asian Studies, University of Toronto, 1993, pp. 238 ss.

ionale, e i ricorrenti e documentati dubbi circa l'assorbimento da parte della giurisdizione multiculturale di questioni in ambito penale[71].

Inoltre, la mancanza di vincolatività giuridica a livello dell'ordinamento giuridico generale delle decisioni assunte dagli *Shari'ah Councils*, più volte ricordata, non può essere considerata come una regola generale e incontrovertibile, se è vero che ci sono casi in cui si instaura una collaborazione tra giurisdizione religiosa e sistema giudiziario inglese, come accade con il *consent order*, attraverso il quale la decisione assunta di fronte ad un *Council* in materia di relazioni tra coniugi, viene dotata dalla corte inglese di efficacia vincolante assimilabile a quella di una sua sentenza[72].

Dalle considerazioni svolte su giurisdizione multiculturale e multiculturalismo nella giurisdizione (ordinaria), emerge come quel paradigma di interlegalità su cui ci si è soffermati all'inizio, determinando separatezza e non integrazione, rischia di non rappresentare una soluzione soddisfacente per garantire un riconoscimento della diversità culturale che si accompagni alla piena tutela dei diritti fondamentali dei soggetti all'interno delle comunità minoritarie, soprattutto di quelli più vulnerabili e a rischio di discriminazione. Proprio su questo aspetto si sofferma il prossimo, e ultimo, paragrafo.

5. **Una critica femminista al pluralismo giuridico**

Il pluralismo giuridico come conseguenza della composizione e organizzazione multiculturale dei sistemi contemporanei è stato, ed in parte continua ad essere, oggetto della critica femminista che mette in luce come la struttura oppressiva e patriarcale di alcuni sistemi minoritari sia intrinsecamente incompatibile con il riconoscimento di spazi di autonomia normativa, forieri di subordinazione e discriminazione in particolare nei confronti delle donne. Dunque, come ricorda Susan Moller Okin, considerare il femminismo (inteso come ideologia e processo trasformativo) e il multiculturalismo come fenomeni per loro natura compatibili in quanto entrambi orientati all'emancipazione di gruppi oppressi, o perché minoritari, o perché storicamente subordinati (le donne, appunto), sarebbe sbagliato[73]. Ciò perché sono numerose le minoranze che non tutelano al loro interno i diritti fondamentali, che agiscono pratiche di controllo sulle donne, limitandone la libertà, la capacità di disporre del proprio corpo, che ne coartano la volontà rendendole vittime passive

[71] Con riferimento ai *Minority Committees*, si vedano gli studi empirici che hanno dimostrato come tali organismi si occupino abitualmente di questioni di diritto di famiglia e di diritto penale, cfr. L. Tas, *Resolving Family Disputes in the gurbet: the Role of Kurdish Peace Committee and Roj Women*, p. 1122, con un documentato *self-restraint* rispetto ai casi più gravi, come quelli di omicidio, sui quali verrebbe invece informata la polizia per l'avvio di procedure ordinarie.

[72] Cfr. P. Botsford, *Religious Courts: Sharia Unveiled*, in *Law Society Gazzette*, 16, 2008, richiamato da P. Pannia, *op. cit.*, e R. Bowen, Private Arrangements-"Recognizing Sharia" in England, in *Boston Review. A political and literary forum*, March 1, 2009.

[73] Cfr. S. Moller Okin, *Recognizing Women's Rights as Human Rights*, in *APA Newsletters*, vol. 97, n. 2/1998; Ead., *Un conflitto sui diritti umani fondamentali? I diritti umani delle donne, la formazione dell'identità e le differenze culturali e religiose*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, vol. 3, n. 1/1997, pp. 5 ss.; infine Ead., *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*, in *Ethics*, vol. 108, n. 4/1998. In dialogo con Okin, cfr. S. Dossa, *Bad, bad multiculturalism!*, in *The European Legacy*, vol. 10, 6/2005, pp. 641 ss.

liere tra dignità e autodeterminazione delle donne, e tutela dell'identità culturale, non si potrebbe che optare per le prime.

Uno snodo essenziale della riflessione femminista sul multiculturalismo è poi rappresentato dal c.d. "paradosso della vulnerabilità multiculturale"[74], secondo il quale per un verso, i gruppi minoritari risultano spesso penalizzati e marginalizzati da parte della società, che esprime una cultura maggioritaria, e questo determina, come si è già messo in evidenza, l'emergere di richieste di accomodamenti, di compromessi multiculturali attraverso i quali la maggioranza salvaguarda la possibilità di definirsi come tale, e come tale stabilire l'identificazione dell'ordinamento con un determinato sistema valoriale; per altro verso, le donne, all'interno dei gruppi minoritari, sono molto spesso discriminate e soggette a trattamenti ingiustificatamente differenziati, e la previsione dei suddetti accomodamenti, strumenti che attribuiscono spazi di potere e di autorità a tali minoranze, rischia nella pratica di tradursi nel rafforzamento dei *leader* oppressivi interni ad esse, e dunque del patriarcato.

Chiaramente tali posizioni non possono condurre *tout court* alla negazione di qualsivoglia forma di giurisdizione multiculturale o di pluralismo giuridico, ovvero di riconoscimento di spazi di applicazione del diritto islamico (che è poi il principale problema per quanto concerne la tutela degli *women's human rights*), ma certamente condizionano tali scelte alla garanzia di un'effettiva rappresentazione delle donne nei luoghi e nei processi della negoziazione tra lo Stato e le minoranze, dunque alla previsione di modalità di partecipazione al *policy-making*. Diventa dunque centrale l'affermazione di quel concetto di *agency* che, nella prospettiva femminista, può rappresentare il principale strumento attraverso il quale rendere compatibile la convivenza multiculturale con la protezione dell'autodeterminazione delle donne, e con il controllo su pratiche violente e discriminatorie.

Guardando specificamente al funzionamento degli *Shari'ah Councils*, dal punto di vista dell'analisi di genere, benché tali organismi, come è stato sottolineato, abbiano tra i compiti principali quello di consentire, attraverso la certificazione di divorzio, le seconde nozze alle donne musulmane diversamente imbrigliate nel vincolo del matrimonio religioso anche dopo la cessazione del vincolo contratto civilmente, non si può negare che il paradigma della mediazione intrafamiliare, e della riconciliazione, che sta alla base dell'operato di questi organismi, pone di per sé non poche criticità quando si tratta di diritti delle donne, perché può equivalere a limitazione nella protezione dei diritti, arretramento di fronte alla loro violazione, e dunque invisibilizzazione delle donne appartenenti alla minoranza. Non è un caso che la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul), all'art. 48, punto 1, prevede l'adozione delle necessarie misure legislative, o di altro tipo, per: «*vietare il ricorso obbligatorio a procedimenti di soluzione alternativa delle controversie, incluse la mediazione e la conciliazione, in relazione a tutte le forme di violenza che rientrano nel campo di applicazione della presente Convenzione*". La Convenzione motiva questo divieto in quanto "*la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla*

[74] Cfr. A. Shachar, *On Citizenship and Multicultural Vulnerability*, in *Political Theory*, vol. 28, 2000, pp. 64 ss.

dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione […] *La violenza contro le donne è uno dei meccanismi sociali cruciali per mezzo dei quali le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini».* È evidente che l'idea che guida tali previsioni è che la mediazione possa essere utilizzata da chi agisce violenza per continuare ad esercitare controllo sulla compagna vittima della violenza stessa. Con riferimento ai gruppi minoritari, ed in particolare alle minoranze musulmane, le preoccupazioni circa il ricorso a questi strumenti, considerato anche che a gestirne l'esercizio sarebbero autorità giuridiche che rappresentano in realtà soprattutto autorità morali, impegnate ad affermare e garantirsi un primato religioso, più che a svolgere compiti tassativi di tutela giurisdizionale (si veda *supra*, par. 4), potrebbero ampliarsi anche al di fuori dell'ambito della violenza domestica in senso stretto, e comunque oltre il raggio della materia penale che, come si è già sottolineato, resta per lo meno formalmente escluso dalla competenza di tali organismi[75].

Una delle critiche più aspre, in una prospettiva (anche) di analisi di genere, agli *Shari'ah Councils* del Regno Unito viene da Elham Manea[76], che considera l'esperimento disastroso, documentando le sue valutazioni con un'analisi empirica, condotta attraverso interviste con alcuni "giudici" dei *Councils*, dalle quali emerge come nelle loro decisioni il diritto applicato sia quello islamico per così dire classico, che istituzionalizza le discriminazioni di genere e non tiene in considerazione l'*ijtihad* moderno, vale a dire il ragionamento giuridico indipendente e razionale. Se è vero che il diritto *shariatico* non è intrinsecamente discriminatorio, tanto che non mancano Paesi, come la Tunisia e, in misura minore, il Marocco, che hanno introdotto importanti riforme, in particolare del diritto di famiglia, volte ad affermare il principio dell'eguaglianza di genere, l'esperienza britannica dell'applicazione della *Shari'ah* mostra invece un approccio islamista, una interpretazione fondamentalista dell'Islam, tanto che i *Councils* generalmente accetterebbero soltanto la possibilità di un divorzio religioso, fatta eccezione per il *Birmingham Islamic Sharia Council*, che riconosce i divorzi civili come validi religiosamente[77].

Sarebbe d'altro canto molto importante che le ricerche in materia, e non sembra al momento che questo sia stato realizzato, dessero voce alle molte donne che si rivolgono a tali organismi, al fine di comprendere effettivamente le dinamiche che si instaurano nel sistema e limitare quel rischio di "ventriloquare"[78] le donne appartenenti alle comunità minoritarie, che proprio la sopra citata prospettiva dell'*agency* mira a superare. In questo modo si potrebbe superare l'antitesi poco fruttuosa tra un pluralismo giuridico (o giurisdizionale) potenzialmente in grado di determinare decisioni lesive della dignità umana, e un rifiuto

[75] Si veda P. Parolari, *La violenza contro le donne come questione (trans) culturale. Osservazioni sulla Convenzione di Istanbul*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2014, pp. 859 ss.
[76] Cfr. E. Manea, *Women and Sharia Law: The Impact of Legal Pluralism in the UK*, *op. cit.*
[77] *Ibid.*
[78] Il concetto è ripreso da G.C. Spivak, *Can the Subaltern Speak?,* in C. Nelson – L. Grossberg, (cur.), *Marxism and the Interpretation of Culture*, University of Illinois Press, Urbana 1988.

della diversità culturale e del riconoscimento dell'identità culturale in quanto parte essenziale della dimensione personale del soggetto.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

Rapporti con l'Unione Europea

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-B9K

Troubles Legacy Act: alla Corte europea dei diritti dell'uomo la verifica sulla compatibilità con la Convenzione

Marina Castellaneta
Professoressa Ordinaria di Diritto Internazionale
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

TROUBLES LEGACY ACT: ALLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO LA VERIFICA SULLA COMPATIBILITÀ CON LA CONVENZIONE*

di MARINA CASTELLANETA**

ABSTRACT (ITA): La presentazione, il 17 gennaio 2024, da parte dell'Irlanda, di un nuovo ricorso interstatale alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro il Regno Unito, dopo quello che aveva portato alla sentenza del 1978, pone nuove questioni circa la compatibilità del *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023* con il diritto internazionale. Le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa hanno già preso posizione sulla non compatibilità del *Northern Ireland Troubles Act* con gli standard internazionali a tutela dei diritti umani, così come hanno fatto anche alcuni giudici nel Regno Unito. Tuttavia, il ricorso alla Corte europea presenta aspetti peculiari tenendo conto che può portare non solo all'accertamento della violazione e all'obbligo del Regno Unito di abrogare o modificare la legge, ma anche condannare il Paese convenuto al pagamento di un indennizzo. Nel presente lavoro intendiamo analizzare gli aspetti dell'atto legislativo che potrebbero essere considerati dalla Corte europea in contrasto con la Convenzione, tenendo conto delle peculiarità dei ricorsi interstatali, della giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo e della probabilità che il ricorso sia accolto.

ABSTRACT (ENG): Ireland's submission, on 17 January 2024, of a new inter-State application against the United Kingdom, brought to the European Court of Human Rights, following the one that led to the 1978 judgment, raises new questions about the *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023* compatibility with the European Convention.
The United Nations and the Council of Europe have already expressed their position on the incompatibility of the *Northern Ireland Troubles Act* with international human rights standards, just as some judges have done in the United Kingdom. However, the application to the European Court has peculiar features, considering that it could not only lead to ascertain a violation of the Convention and the obligation of the United Kingdom to repeal or amend the law, but also to an order for the respondent State to afford just satisfaction to the injured State. In this paper, we intend to analyze the aspects of the *Northern Ireland Act* that could be considered by the European Court to be in contrast with the Convention, taking into account the peculiarities of inter-state applications, the European Court caselaw, and the likelihood of the application being upheld.

PAROLE CHIAVE: Corte europea dei diritti dell'uomo, *Troubles,* ricorsi interstatali.

KEYWORDS: European Court of Human Rights, Troubles, Inter-state applications.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La ricostruzione della vicenda alla base del ricorso a Strasburgo; 3. I ricorsi interstatali e il probabile superamento del filtro di ricevibilità nel caso *Irlanda contro Regno Unito*; 4. I profili di possibile contrasto del *Northern Ireland Troubles Act 2023* con la Convenzione europea; 5. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

Negli ultimi anni i ricorsi interstatali alla Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo un lungo periodo di scarso utilizzo di questo strumento, sono notevolmente aumentati, segno della fiducia degli Stati nell'operato della Corte nell'accertamento delle violazioni dei diritti

* Contributo sottoposto a *double blind review*.
** Professoressa ordinaria di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

umani, in particolare nelle situazioni di conflitto[1]. Da ultimo, è tornata all'attenzione della Corte di Strasburgo, seppure per aspetti diversi ma comunque connessi con una precedente sentenza del 1978[2], la questione del conflitto in Irlanda del Nord, a seguito del ricorso presentato dall'Irlanda che contesta al Regno Unito la violazione di talune norme convenzionali, in particolare a causa dell'adozione del *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023*, del 18 settembre 2023 e in vigore dal 1° maggio 2024[3].

Si tratta del ricorso *Irlanda contro Regno Unito (III)*, depositato il 17 gennaio 2024 (n. 1859/24)[4], nel quale lo Stato ricorrente ritiene che diverse disposizioni dell'indicato testo legislativo siano in contrasto con gli obblighi assunti dal Regno Unito a seguito della ratifica, l'8 marzo 1951, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (il Regno Unito è stato il primo Stato a ratificarla), poi incorporata nello *Human Rights Act 1998* del 9 novembre 1998, in vigore dal 2 ottobre 2000[5], del quale, non di rado, si discute dell'abrogazione[6]. Come detto, non è la prima volta che l'Irlanda ricorre alla Corte di Strasburgo con riguardo al conflitto – il più lungo nel cuore dell'Europa[7]-, per oltre trent'anni, dal 1966 al 1998, mostrando con ciò fiducia nel sistema convenzionale e auspicando la rimozione della legge con l'intervento della Corte europea[8]. Già in passato, infatti, ben 46 anni prima rispetto al

numero 1/2024

[1] Dal 1953 i ricorsi avviati da uno Stato contro un altro Stato parte sono stati 30, dei quali 14 pendenti. Per apprezzare il divario rispetto alla diffusione dei ricorsi individuali si consideri che al 30 novembre 2024 i ricorsi individuali pendenti erano 61.250. Per reperire le sentenze e le decisioni riportate nel testo si rinvia, per tutte, al sito.
Cfr. M. BUSCEMI, C. PITEA, *L'esplosione del contenzioso interstatale sui diritti umani tra aspettative e realtà*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2021, pp. 355-359.

[2] Il primo è stato il ricorso presentato dalla *Grecia contro il Regno Unito*, nel 1956, per le violazioni convenzionali a Cipro, sul quale, però, si è pronunciata la Commissione europea dei diritti dell'uomo. L'elenco è disponibile nel sito. Si veda E. ERKEN, C. LOVEN, *The Recent Rise in ECtHR Inter-State Cases in Perspectiv*e, in *ECHRBlog*, 2021, nel sito.

[3] Il testo è reperibile nel sito. La legge in esame era stata fortemente voluta, nel 2022, dall'ex Primo Ministro Boris Johnson e poi da Rishi Sunak.

[4] Nel sito della Corte europea è, per ora, disponibile unicamente il comunicato stampa. Per un primo commento, si veda V. BOTTICELLI, *Il conflitto nordirlandese tra passato e presente: i c.d. troubles tra Irlanda e Regno Unito nuovamente al vaglio della Corte EDU*, in *I diritti dell'uomo,* n. 3, 2023, pp. 425-449; M. RADOŠ, *The Northen Ireland Amnesty Act under Scrutiny in Strasbourg*, in *ECHRblog*, nel sito, 2024; R. VAN DER LUGT , G. ZOBOLI, *The Northern Ireland Troubles Act 2023: A Line Under the Violence or a Strike Through Human Rights*?, in *EJIL: Talk!,* 2024, nel sito, i quali hanno sottolineato che «*Despite then-Prime Minister Rishi Sunak's claims that the new legislation would help people obtain the information they need and achieve the justice they deserve, the 2023 Act was strongly condemned across the Northern Irish political spectrum*».

[5] Il testo è nel sito.

[6] Nel 2022, ad esempio, è stato presentato il *Bill of Rights Bill*, Bill No. 117 (2022-203) su iniziativa del Governo Johnson, testo poi ritirato il 27 giugno 2023: si veda il sito.

[7] Il conflitto ha causato 3.500 morti (molti dei quali civili), con omicidi extragiudiziali, violazione degli standard internazionali a tutela dei diritti umani e istituzione di tribunali speciali. Si veda M.T. FAY, M. MORRISSEY, M. SMYTH. *Northern Ireland's Troubles: The Human Costs*, London, Pluto Press, 1999, i quali ritengono che il 54% delle vittime sia stato costituito da civili.

[8] V. A. SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione "sussidiaria" delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2012, pp. 263-291.

ricorso del 2024, con la sentenza del 18 gennaio 1978 (*Irlanda contro Regno Unito, I)*[9], la Corte europea aveva accertato la violazione dell'articolo 3 da parte del Regno Unito a causa delle cinque tecniche di interrogatorio utilizzate nei confronti dei detenuti arrestati per disordini e attentati nel conflitto in Irlanda del Nord, ritenute pratiche inumane o degradanti. In quell'occasione, che è stato anche il primo caso di ricorso interstatale su cui si è pronunciata la Corte di Strasburgo, la Corte non aveva ritenuto che il Regno Unito avesse commesso atti di tortura (ma che avesse commesso in ogni caso atti gravissimi, ascrivibili, come detto, ai trattamenti inumani o degradanti), con ciò provocando una richiesta di revisione della pronuncia da parte dell'Irlanda, richiesta che era stata respinta con la sentenza del 20 marzo 2018.

La vicenda del conflitto in Irlanda del Nord[10] ha poi condotto a diversi ricorsi individuali con numerose vittime di violazioni che hanno citato in giudizio il Regno Unito, ricorsi che hanno portato, in molti casi, all'accertamento della violazione di regole convenzionali[11].

Il ricorso del 2024 si caratterizza, però, perché rispetto a quello del 1978, è basato su regole procedurali nuove dovute alle modifiche al sistema di garanzia convenzionale introdotte con il Protocollo n. 11, che hanno portato da un sistema di garanzia basato sulla competenza dell'ormai abrogata Commissione europea dei diritti dell'uomo, che aveva funzioni quasi giudiziarie, del Comitato dei Ministri e della Corte, su cui torneremo nel prosieguo[12], a un sistema che attribuisce unicamente alla Corte europea l'accertamento vincolante sulle violazioni dei diritti umani[13]. Ma non è l'unica differenza rispetto al precedente caso perché nel ricorso attualmente pendente, accanto alla violazione

[9] Il ricorso n. 5310/71 (il n. 5451/72 era stato cancellato dal ruolo) era stato presentato dall'Irlanda all'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo. Sui ricorsi interstatali si veda C. TOMUSCHAT, *Quo Vadis Argentoratum? The Success story of the ECHR – and a few dark stains*", in *Human Rights Law Journal*, n.11-12, 1992, pp. 401-407; I. RISINI, *The Inter-State Application under the European Convention on Human Rights: between Collective Enforcement of Human Rights and International Dispute Settlement*, Leiden, Brill, 2018; G. ULFSTEIN, I. RISINI, *Inter-State Applications under the European Convention on Human Rights: Strengths and Challenges*, in *EJIL: Talk!,* 2020, nel sito. Per una ricostruzione del caso si veda A. CANNONE, *Ricorsi individuali e casi interstatali nella pratica passata e recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, n. 3, 2022, pp. 581-607. Va ricordato che, nel caso di specie, era stata respinta l'eccezione del Regno Unito secondo il quale, poiché erano stati presentati alcuni ricorsi individuali, quello interstatale doveva essere dichiarato inammissibile.

[10] Cfr. T. LEAHY, *Rigorous impartiality'? The UK government, amnesties, and Northern Ireland conflict legacy, 1998-2022,* in L. MCATACKNEY, M. Ó CATHÁIN (eds.), *The Routledge Handbook of the Northern Ireland Conflict and Peace,* London and New York, *Taylor & Francis Group*, 2024, pp. 31-50.

[11] Tra i tanti casi si veda la sentenza *McCann e altri contro Regno Unito*, ricorso n. 18984/91, del 27 settembre 1995, con la quale è stata accertata la violazione dell'articolo 2 (cfr. M. O'BOYLE, *The right to life under Article 2 of the European Convention on Human Rights : twenty years of legal developments since McCann v. the United Kingdom*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2016), nonché la pronuncia nel caso Finucane, su cui v. oltre, par. 5, nota n. 85. Cfr. B. DICKSON, *The European Convention on Human Rights and the Conflict in Northern Ireland*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 377; V. BOTTALICO, *op. cit.,* p. 429; L. GRAHAM, *Boldness, Caution, Avoidance: Recent Case Against the UK Before the European Court of Human Rights*, in *The European Convention on Human Rights Law Review*, n. 5, 2024, pp. 65-82.

[12] V. oltre, paragrafo 3.

[13] Cfr, per un'analisi, P. PUSTORINO, *Lezioni di tutela internazionale dei diritti umani,* 2ª ed., Bari, Cacucci, 2020, p. 49; V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 2016, p. 413.

sostanziale di diritti convenzionali come il diritto alla vita (articolo 2) e il divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti (articolo 3), che costituiscono i *core rights* ai sensi della Convenzione, l'azione dell'Irlanda pone all'attenzione della Corte una questione generale ossia il rapporto tra norme convenzionali e interventi di politica penale da parte degli Stati che decidono di ricorrere all'amnistia o a forme di immunità invocando esigenze di riconciliazione (sebbene non sia sempre evidente che sia realmente questo l'obiettivo perseguito). Un ulteriore elemento di novità è rappresentato dalla circostanza che il ricorso attualmente pendente porta in primo piano un diritto, quello alla verità da parte delle vittime di violazioni di diritti convenzionali che, seppure non espressamente riconosciuto nella Convenzione, ha trovato affermazione grazie alla giurisprudenza della Corte europea e che potrebbe consolidarsi con questo caso[14].

A ciò si aggiunga che, a differenza sia del primo ricorso sia di altri ricorsi interstatali (che riguardano, per lo più, conflitti in corso)[15], la Corte è chiamata a pronunciarsi su una situazione post-conflittuale, in cui probabilmente verrà in rilievo anche il mancato rispetto dell'accordo di pace ossia «*The Good Friday Agreement*», con la possibilità di accertare anche l'ampiezza del margine di apprezzamento concesso agli Stati nella scelta delle risposte da dare alle vittime di situazioni conflittuali, scelte che possono condurre a risposte di stampo meramente retributivo/punitivo o di riconciliazione come avvenuto in Sudafrica con la *Truth and Reconciliation Commission*[16], ma certamente non di cancellazione del passato.

Ed invero, la Convenzione, sin dal Preambolo, richiama l'inestricabile legame tra tutela dei diritti dell'uomo e pace, aspetto che, quindi, risulta di particolare rilievo nei casi in cui l'indicata tutela vada assicurata dopo un conflitto, con la conseguenza che l'accertamento degli illeciti/crimini compiuti durante i conflitti è essenziale per ripristinare e garantire una pace duratura. Proprio con riguardo a quest'aspetto, il Comitato Onu contro la tortura, istituito per monitorare l'attuazione della Convenzione contro la tortura e i trattamenti o punizioni crudeli, inumani e degradanti del 10 dicembre 1984, nel sesto rapporto periodico sul Regno Unito e Irlanda del Nord[17], presentato il 7 giugno 2019, ha criticato la posizione del Paese sotto monitoraggio perché «…*many allegations of torture, ill-treatment, and killing perpetrated in Northern Ireland in the context of the conflict known as "the Troubles" have not been effectively investigated, that few perpetrators of such acts have been held accountable and that victims have not obtained redress*». Pertanto, pur non riguardando specificamente la legge del 2023, il Comitato ha sottolineato che, malgrado le dichiarazioni del Governo circa la non applicazione di amnistie per i fatti avvenuti durante il conflitto, sussistevano forti preoccupazioni per le

[14] Su tale diritto, si veda D. GROOME, *The right to the truth in the fight against impunity*, in *Berkeley Journal of International Law,* n.1, 2010, pp. 175-199, il quale ha evidenziato che «*The Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), for example, has routinely ordered states to publicly acknowledge their violations of international commitments and to publish the court's findings*».

[15] V. oltre, par. 3.

[16] Sui tentativi di una riconciliazione in Irlanda del Nord si veda C. CAMPBELL, F. NÍ AOLÁIN, *Local Meets Global: Transitional Justice in Northern Ireland*, in *Fordham International Law Journal*, n. 4, 2002, pp. 871-892*;* A. GUELKE, *Post-conflit Management in Deeply Divided Societies. The Case of South-Africa and Northern Ireland*, in *Memoria e ricerca,* n. 3, 2023, pp 487-505.

[17] CAT/C/GBR/CO/6, reperibile nel sito.

dichiarazioni «*by high-level officials that they are contemplating measures to shield former public officials from liability*». In quell'occasione, il Comitato aveva valutato con favore l'adozione, nel 2014, dello *Stormont House Agreement*, ma aveva sottolineato che non era stata data attuazione effettiva alle norme dell'Accordo[18]. Proprio tali questioni sono al centro del ricorso presentato nel 2024 dall'Irlanda che, quindi, travalica i confini propri della Convenzione europea e dello stesso caso "irlandese" in quanto, qualora fosse accertato che l'atto legislativo abbia un difetto sistemico generale in grado di ostacolare l'effettiva attuazione delle regole convenzionali[19], tale accertamento potrebbe condurre a precludere l'utilizzo di amnistie e immunità nelle situazioni post-conflittuali, almeno nei casi in cui il percorso seguito sia volto ad assicurare l'impunità piuttosto che un'effettiva riconciliazione che ha invece sempre al centro la consultazione o la partecipazione delle vittime.
Alla luce di quanto evidenziato, nel presente lavoro, dopo una ricostruzione della vicenda che ha portato all'azione dell'Irlanda dinanzi a Strasburgo e dopo un approfondimento delle caratteristiche dei ricorsi interstatali, intendiamo verificare, in chiave prospettica, se il ricorso, alla luce della giurisprudenza consolidata della Corte, possa portare a un accertamento della violazione della Convenzione da parte del Regno Unito.

2. La ricostruzione della vicenda alla base del ricorso a Strasburgo

Al centro del ricorso alla Corte vi è nuovamente, come detto, la questione del conflitto in Irlanda del Nord, conflitto durato tra il 1° gennaio 1966 e il 10 aprile 1998 e cessato con la conclusione degli Accordi del Venerdì Santo, «*The Good Friday Agreement*», che ha poi portato, con il *Justice and Security (Northern Ireland) Act 2007,* all'abrogazione della legislazione emergenziale.
In particolare, il ricorso mette in discussione, sotto il profilo del rispetto convenzionale, la reazione del Regno Unito nella fase successiva alla cessazione dei *Troubles*[20]. Come detto in precedenza[21], l'Irlanda mostra di individuare nell'organo giurisdizionale internazionale il soggetto idoneo per constatare le violazioni dei diritti umani su larga scala da parte del Regno Unito e spingere lo Stato convenuto a una modifica del quadro normativo, soprattutto nella situazione attuale in cui sembra riavviato il dialogo, anche per volontà del

[18] Nelle osservazioni conclusive, il Comitato ha anche sottolineato di essere particolarmente preoccupato «*that even after it has been established, the mandate of a historical investigations unit will not extend to allegations of torture or ill-treatment in which the victim was not killed*» (par. 40).
[19] Sull'esistenza di difetti sistemici all'origine di violazioni strutturali, si veda A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, Cacucci, 2018, p. 45; A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale dello Stato per violazioni strutturali dei diritti umani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 124.
[20] Per una ricostruzione del conflitto e per le conseguenze sul piano politico si rinvia a A. EDWARDS, *The Northern Ireland Troubles,* London, Bloomsbury, 2023; L. BONIFATI, *La questione nordirlandese alla luce di Brexit. Quale futuro per Belfast?*, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, p. 247-267. Cfr. anche A. TORRE, *In Irlanda del Nord, una "primavera elettorale" molto problematica*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1, 2018, nel sito.
[21] V. *supra*, paragrafo 1.

Premier britannico Keir Starmer, per una modifica dell'atto legislativo contestato dall'Irlanda[22].

Per quanto riguarda le norme convenzionali, l'Irlanda ritiene che il Regno Unito, non applicando lo *Stormont House Agreement* e preferendo adottare, in modo unilaterale, una legge giudicata incompatibile con la Convenzione quale il *Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act* 2023, abbia violato gli articoli 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti), 6 (diritto all'equo processo), 13 (diritto alla tutela giurisdizionale effettiva) e 14 (divieto di discriminazione)[23]. Le norme delle quali l'Irlanda contesta la violazione, con particolare riguardo agli articoli 2 e 3, costituiscono i *core rights* della Convenzione, il cui rispetto da parte dello Stato è indispensabile per garantire la dignità di ogni persona, diritto non espressamente riconosciuto nella Convenzione, ma che ne costituisce la vera essenza e che ha portato anche a un ampliamento della portata di alcune norme convenzionali, come nel caso dell'articolo 3[24]. Si tratta di diritti assoluti e inalienabili perché essenziali per garantire la dignità umana[25], che impongono obblighi sotto il profilo sostanziale e procedurale, il cui rispetto deve essere assicurato anche nei casi in cui, in base all'articolo 15 della Convenzione, uno Stato possa richiedere una deroga per ragioni di pericolo pubblico che minacci la vita della nazione o in caso di guerra. L'articolo 15, paragrafo 2, infatti, non autorizza alcuna deroga all'articolo 2 salvo nei casi di decesso risultante da atti legittimi di guerra, nonché agli articoli 3, 4 paragrafi 1 e 7.

numero 1/2024

Ad avviso dell'Irlanda, stando a quanto riportato nel comunicato della Corte europea, le sezioni 19, 39, 40 e 41 che assicurano l'immunità condizionata dalla giurisdizione in relazione ad alcuni reati commessi durante il periodo dei *Troubles* da membri delle forze armate inglesi, nonché l'amnistia per coloro che hanno collaborato con le autorità inquirenti, risultano contrari alla Convenzione perché impediscono l'accertamento delle responsabilità e un'effettiva giustizia per le vittime, non garantendo il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva. In sostanza, con tale atto si garantisce un'immunità agli ex membri delle forze dell'ordine per oltre 1.000 omicidi non risolti, precludendo l'avvio di nuove indagini.

Inoltre, nel ricorso si ritiene che anche le parti seconda e terza del *Northern Ireland Troubles Act* che, di fatto, tolgono la competenza nelle indagini alla polizia affidandola all'*Independent*

---

[22] Si veda L. O'CARROLL, *Starmer vows to repeal Troubles legacy act in first meeting with Irish PM,* in *The Guardian,* 18 luglio 2024. Rispetto all'impegno di Starmer, il Primo Ministro irlandese Simon Harris ha dichiarato che «*Not only now do we have the manifesto of Keir Starmer's party committing to repealing and replacing the legacy act, we now have the king's speech of the prime minister's government outlining its commitment to repealing and replacing, so the prime minister and I had the opportunity to discuss that this evening, and we've also agreed to work together on what replacement might look like*».

[23] Si veda la dichiarazione di Michael Marti, Ministro degli affari esteri e della difesa e vice Primo Ministro nel sito.

[24] Così nella sentenza dell'11 luglio 2002, *Christine Goodwin contro Regno Unito*, ricorso n. 28957/95, par. 90, in cui la Corte ha affermato che «*Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom*».

[25] Cfr. P. DE SENA, *Dignità umana in senso statico e diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale,* n. 3, 2023, pp. 507-544.; ID., *Dignità umana in senso oggettivo e diritto internazionale, ivi*, n. 3, 2017, pp. 573-586.

Commission for Reconciliation and Information Recovery (ICRIR), siano contrarie alla Convenzione non offrendo idonee garanzie di indipendenza nell'accertamento della verità, anche tenendo conto che la Commissione è di nomina governativa. Tale Commissione, inoltre, ha il compito di raccogliere i dati sui casi relativi agli omicidi extragiudiziali durante i *Troubles,* nonché il potere di valutare se concedere o no l'immunità o se deferire il caso alla Procura.

Altro aspetto di contrasto è costituito dalla sezione 43 che blocca l'avvio di nuove azioni civili e dispone l'archiviazione di quelle che non sono state depositate prima del 17 maggio 2022. Ciò risulterebbe così in contrasto con la Convenzione il cui sistema di garanzia, giova ricordarlo, è incentrato, in base all'articolo 1, sull'obbligo delle Parti contraenti di riconoscere ad ogni persona soggetta alla propria giurisdizione i diritti e le libertà garantiti nella Convenzione, obbligo che, in via generale, comporta un ruolo sussidiario, rispetto al piano nazionale, della Corte europea.

Non sono ancora note le contestazioni che opporrà il Regno Unito che, fino a qualche mese fa, ha sempre rivendicato la compatibilità del testo legislativo con la Convenzione. Come è noto, in base alla sezione 19 dello *Human Rights Act 1998,* il Ministro che propone un disegno di legge è tenuto a rendere una dichiarazione al Parlamento attestando la compatibilità del testo proposto con la Convenzione[26] e ciò è avvenuto, con riferimento al *Northern Ireland Troubles Act,* attraverso il Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord il quale ha dichiarato: «*In my view the provisions of the Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Bill are compatible with Convention rights*», nonché con il *Memorandum* adottato dal Governo inglese il 16 maggio 2022 proprio relativo alla valutazione della compatibilità con la Convenzione europea[27].

Prima di arrivare all'esame del merito del ricorso, la Corte dovrà esprimersi sulla ricevibilità alla luce delle condizioni fissate dall'articolo 35 della Convenzione. A una prima analisi, ci sembra che il ricorso, sotto il profilo temporale, sia stato presentato dall'Irlanda nei termini previsti dalla Convenzione ossia, in questo caso in cui l'accertamento della violazione riguarda un testo legislativo, entro quattro mesi dall'approvazione del *Northern Ireland Troubles Act* del 18 settembre 2023 (il termine per la presentazione del ricorso scadeva il 17 gennaio 2024)[28]. La cancelleria della Corte, il 9 febbraio 2024, ha dichiarato che, a seguito della comunicazione del ricorso al Regno Unito avvenuta il 18 gennaio 2024, il ricorso è stato assegnato alla sezione I della Corte in base agli articoli 26, paragrafo 1 e 51, paragrafo 3 del Regolamento della Corte. È stato anche stabilito che l'intervento di terzi, ai sensi dell'articolo 36 della Convenzione, è consentito entro 12 settimane a partire dalla pubblicazione del comunicato stampa del 9 febbraio 2024.

[26] In particolare, lo *Human Rights Act* dispone che «*a Minister in charge of a Bill in either House of Parliament to make a statement about the compatibility of the Bill with Convention rights*».

[27] Il testo è reperibile al link. Sulle risposte penali ai *Troubles* si veda R. McQuigg, *Criminal Justice Responses to Domestic Abuse in Northern Ireland,* London, Routledge, 2022.

[28] In via generale, l'articolo 35 dispone che il ricorso sia presentato entro quattro mesi a decorrere dalla data della decisione interna definitiva.

3. I ricorsi interstatali e il probabile superamento del filtro di ricevibilità nel caso *Irlanda contro Regno Unito*

Come detto, l'azione dell'Irlanda s'inserisce nel contesto dei ricorsi interstatali che possono essere attivati a seguito di una pratica amministrativa in violazione delle norme convenzionali (come nel caso del primo ricorso *Irlanda contro Regno Unito*)[29] o legislativa (come in questo caso)[30]. Come chiarito dalla Corte, i ricorsi interstatali perseguono diversi obiettivi che possono riguardare il perseguimento di violazioni dovute a problemi sistematici o prassi amministrative in un altro Stato parte, a tutela di un ordine pubblico europeo «*within the framework of collective responsibility under the Convention*» o «*where the applicant State denounces violations by another Contracting Party of the basic human rights of its nationals (or other victims)*»[31], ricorsi, questi ultimi che si avvicinano non solo ai ricorsi individuali di cui all'articolo 34 della Convenzione ma anche, precisa la Corte, alle azioni nel contesto della protezione diplomatica.

Il sistema dei ricorsi interstatali, meno noti di quelli individuali e sul quale conviene fornire qualche cenno di chiarimento, consente, rispetto a quelli individuali, un'azione volta alla garanzia collettiva dei diritti tant'è che il ricorso può essere iniziato anche da uno Stato non direttamente leso o i cui cittadini non lo siano, nei confronti di un altro Stato parte alla Convenzione, attribuendo così a uno Stato parte il diritto di attivare un ricorso per tutelare sia gli individui sotto la propria giurisdizione con un sistema che, pure con caratteristiche diverse, potrebbe rientrare nel perimetro della protezione diplomatica, sia prescindendo dal legame con la propria giurisdizione e con i propri cittadini.

Questo meccanismo s'inserisce nella considerazione generale che la Convenzione si differenzia dai trattati "classici" fondati sulla regola della reciprocità e su rapporti sinallagmatici tra gli Stati contraenti per determinare un quadro di diritti in cui, per la Corte, la Convenzione «…*creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of the Preamble, benefit from a "collective enforcement"*»[32].

Ora, nel caso dei ricorsi interstatali, che presentano sia per la Corte sia per gli Stati una particolare complessità in termini di tempo, di oneri procedurali e di standard elevati in materia di prove e di accertamento dei fatti, questa garanzia collettiva si concretizza o nel raro caso di azioni di Stati non direttamente lesi contro altri Stati accusati di violazioni

[29] La Corte aveva condiviso la posizione della Commissione secondo la quale vi era una pratica amministrativa in contrasto con l'articolo 3 della Convenzione. Si veda anche la sentenza del 9 aprile 2024, *Georgia contro Russia (IV),* ricorso n. 39611/18.

[30] P. PALCHETTI, *Ricorsi interstatali in materia di diritti umani: uno strumento da maneggiare con cura*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2021, p. 361-368; C. RAGNI, *Il contenzioso interstatale sui diritti umani: questioni aperte e prospettive future*, *ivi,* n. 3, 2021, p. 599-612.

[31] Così nella sentenza *Cipro contro Turchia.* La Corte ha precisato «*In these circumstances it may not be appropriate to make an award of just satisfaction under Article 41 even if the applicant Government were to make such a claim*».

[32] Così nel paragrafo 239 della sentenza *Irlanda contro Regno Unito*. La Corte ha stabilito che «*By virtue of Article 24 (art. 24), the Convention allows Contracting States to require the observance of those obligations without having to justify an interest deriving, for example, from the fact that a measure they complain of has prejudiced one of their own nationals. By substituting the words "shall secure" for the words "undertake to secure" in the text of Article 1 (art. 1), the drafters of the Convention also intended to make it clear that the rights and freedoms set out in Section I would be directly secured to anyone within the jurisdiction of the Contracting States (document H (61) 4, pp. 664, 703, 733 and 927)*».

convenzionali[33], o nel caso, come quello del ricorso *Irlanda contro Regno Unito*, in cui lo Stato ricorrente agisce non solo per un proprio interesse nei confronti di un altro Stato, ma quasi come rappresentante delle numerose vittime di violazioni a danno di propri cittadini, con una sorta di *actio popularis*. Così, le sentenze rese nel caso di ricorsi interstatali, come affermato dalla stessa Corte europea nella pronuncia del 1978 nel caso *Irlanda contro Regno Unito,* «*serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties*» (par. 154).

Per quanto riguarda le regole alla base dei ricorsi interstatali, come è noto, in base al Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994, in vigore dall'11 novembre 1998, che ha abrogato il n. 9 e ha costituito una Corte unica, modificando l'originale sistema della Corte[34], ogni Stato parte, secondo l'articolo 33 della Convenzione, «…può adire la Corte in ogni caso di presunta inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli da parte di un'Alta parte contraente»[35]. In passato, prima delle modifiche, il ricorso interstatale era presentabile solo a condizione che lo Stato contraente citato in giudizio avesse effettuato una dichiarazione di accettazione di competenza della Corte. Questo sistema, tipico del meccanismo internazionale di soluzione delle controversie, è stato soppresso con il Protocollo n. 11 che ha portato all'eliminazione di un sistema articolato in due fasi principali – la prima dinanzi alla Commissione e la seconda dinanzi alla Corte o al Comitato dei ministri (organo che oggi mantiene il compito di vigilare sull'esecuzione delle sentenze della Corte da parte degli Stati) - con la conseguenza che la ratifica della Convenzione comporta la competenza della Corte a pronunciarsi su ricorsi presentati da Stati parte nei confronti di altri Stati parte, anche tenendo conto che la funzione della Corte non è quella di risolvere controversie, ma accertare la violazione dei diritti convenzionali. L'eliminazione del sistema di accettazione è anche più in linea con la particolarità dei ricorsi interstatali: se, infatti, il ricorso individuale può essere presentato da colui che si ritenga vittima di una violazione, il ricorso interstatale può essere attivato in ogni caso in cui si ritenga che uno Stato contraente abbia violato la Convenzione, anche in assenza, quindi,

[33]Si vedano i ricorsi *Danimarca, Norvegia, Svezia e Paesi Bassi contro Grecia*, ricorsi n. da 3321/67 a 3323/67, n. 3344/67 e n. 4448/70, nonché il ricorso *Danimarca contro Turchia*, n. 34382/97.

[34] Nella versione originaria, il sistema prevedeva, in estrema sintesi, che il ricorso dovesse essere presentato alla Commissione europea dei diritti dell'uomo che, accertava la ricevibilità e nei casi in cui non fosse stato raggiunto un regolamento amichevole, inviava un rapporto al Comitato dei ministri. Entro tre mesi poteva essere adita la Corte che accertava o meno la violazione con una sentenza vincolante. Si veda V. STARACE , *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano,* Bari, Levante, 1992.

[35] Si veda C. PITEA, *Ricorsi interstatali*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Wolters Kluwer, 2012, p. 622 e, per il precedente sistema, V. STARACE, *Art. 33 (ricorsi interstatali)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Wolters Kluwer, 2001, p. 553.

di un particolare interesse rispetto alle violazioni dei diritti umani, proprio nell'ottica che tali violazioni ledono la comunità internazionale degli Stati parte nel suo complesso[36].
L'avvio del procedimento prevede la presentazione di un ricorso da parte di uno Stato nei confronti di un altro Stato parte. La Corte procede all'immediata notificazione del ricorso allo Stato convenuto e assegna il caso a una sezione (nel ricorso *Irlanda contro Regno Unito, III*, è stato attribuito alla prima sezione). Va ricordato che, con riguardo alla sezione chiamata ad occuparsi del caso, è prevista la presenza dei giudici eletti in quota agli Stati coinvolti nel procedimento. Gli Stati possono presentare, al pari di quanto avviene nel caso di ricorsi individuali, richiesta di misure cautelari nell'ipotesi di rischi imminenti e irreparabili. Segue l'accertamento della ricevibilità del ricorso e la scelta della Camera di decidere sul caso o rimettere la questione alla Grande Camera. Il procedimento si chiude, in via generale, come nel caso dei ricorsi individuali, con un accertamento o meno della violazione, conservando così la sentenza natura dichiarativa, o anche con un regolamento amichevole. È altresì prevista la concessione, ove richiesto, di un indennizzo allo Stato leso.
La disciplina dei ricorsi interstatali è contenuta nell'articolo 46 del Regolamento interno alla Corte (come modificato il 1° giugno 2015)[37], in base al quale lo Stato che presenta il ricorso deve riportare un riassunto dei fatti, indicare le presunte violazioni della Convenzione con gli argomenti a supporto, nonché il rispetto delle condizioni di ricevibilità. Come nel ricorso individuale deve essere assicurato il rispetto dei limiti temporali e indicato il previo esaurimento dei ricorsi interni, fornendo idonea documentazione[38]. Sul punto, tuttavia, è da sottolineare che la condizione di ricevibilità del previo esaurimento dei ricorsi interni non viene richiesta qualora si sia in presenza di una legislazione che evidenzia un contrasto con la Convenzione, in cui, in via generale, mancano ricorsi interni effettivi[39].

[36] In ordine alla portata dell'articolo 33, si veda la sentenza della Grande Camera del 25 giugno 2024, nel caso *Ucraina contro Russia (re Crimea),* ricorsi n. 20958/14 e 38334/18 nella quale è stato affermato che «*under Article 33 of the Convention, the Court has identified two basic categories of inter-State application : whereas one of the categories covers cases where the applicant State complains of violations by another Contracting Party of the basic human rights of one or more clearly identified or identifiable persons, the other category concerns cases raising general issues brought with a view to protecting the public order of Europe*» (par. 845). Analogo chiarimento è stato fornito con la decisione della Grande Camera nel caso *Slovenia contro Croazia*, ricorso n. 54155/16, in cui la Corte ha affermato «*turning to the specific purpose of Article 33 of the Convention, the Court reiterates that there are two basic categories of inter-State complaints: those pertaining to general issues with a view to protecting the public order of Europe, and those where the applicant State complains of violations by another Contracting Party of the basic human rights of one or more clearly identified or identifiable persons; the latter are substantially similar both to individual applications under Article 34 and to claims filed in the context of diplomatic protection (see Cyprus v. Turkey (just satisfaction), cited above, §§ 43-45)*» (par. 67).
[37] Il testo, aggiornato al 28 marzo 2024, è reperibile nel sito.
[38] Come precisato da V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *op. cit.,* p. 413, le regole fissate per i ricorsi interstatali «sono meno stringenti rispetto a quelle previste dall'art. 47 Reg. per i ricorsi individuali» e, inoltre, il ricorso interstatale non è sottoposto «al controllo di natura amministrativa previsto per i ricorsi individuali». Tra gli altri elementi, gli autori sottolineano che i ricorsi interstatali non sono sottoposti a tutti i criteri di ricevibilità fissati per quelli individuali e non devono essere presentati attenendosi a uno specifico formulario.
[39] Si veda la decisione dell'allora Commissione europea dei diritti dell'uomo del 2 giugno 1956 nel caso *Grecia contro Regno Unito* n. 176/56 in cui è stato affermato, con riguardo alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, che «*the scope of which is to determine the compatibility with the Convention of legislative measures and administrative practices in Cyprus*».

In ragione di regole meno stringenti rispetto ai ricorsi individuali, il ricorso interstatale non può essere dichiarato irricevibile perché manifestamente infondato o perché manca un pregiudizio importante o perché sottoposto ad altra istanza internazionale.
È da sottolineare che, come già accaduto in passato, è possibile che contestualmente la Corte si trovi investita di un ricorso interstatale e di ricorsi individuali. La possibile sovrapposizione tra i ricorsi non ha una regolamentazione, malgrado le modifiche apportate nel corso degli anni, né nelle disposizioni convenzionali, né nel Regolamento della Corte. Ed invero, l'articolo 35, paragrafo 2, lett. b, si limita ad affermare che tra le condizioni sulla base delle quali la Corte deve dichiarare irricevibile un ricorso vi è la circostanza che il ricorso sia sostanzialmente uguale «ad altro ricorso precedentemente esaminato dalla Corte o sottoposto ad altra istanza internazionale d'inchiesta o di composizione e non contiene fatti nuovi». Tale norma ha fatto sorgere taluni problemi interpretativi con riguardo alla possibilità di ritenere che la presentazione di un ricorso interstatale impedisca ai cittadini di quello Stato di presentare un ricorso individuale[40], aspetto che potrebbe avere ripercussioni negative per i tanti individui lesi dal *Northern Ireland Troubles Act 2023*.
Un chiarimento sulla corretta interpretazione della norma è arrivato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che, in diverse occasioni, ha precisato che la diversità tra i soggetti coinvolti – da un lato individui-Stato, dall'altro lato Stato-Stato - non configura un'identità di cause con la conseguenza che la Corte può pronunciarsi su ricorsi, anche con lo stesso oggetto quanto alla violazione di una norma convenzionale, ma con una diversità di soggetti. Ed invero, tale questione si era posta, per la prima volta, proprio nel caso del ricorso *Irlanda contro Regno Unito*: in quell'occasione, con la decisione *Donnelly e altri contro Regno Unito*[41], la Commissione, il 5 aprile 1973, ritenne che, poiché il ricorso interstatale non era stato ancora esaminato nel merito, quello individuale non potesse essere dichiarato irricevibile in quanto essenzialmente identico a quello interstatale[42]. In seguito, la Corte,

[40] Giova ricordare che il Consiglio d'Europa sta lavorando a una modifica delle regole sui ricorsi interstatali. Lo *Steering Committee on Human Rights* ha istituito il *Drafting Group on Effective Processing and Resolutions of Cases Relating to Inter-State Disputes(DH-SYSC-IV).* Diverse questioni sono state affrontate anche nei lavori del Consiglio d'Europa e culminati con la Dichiarazione di Copenaghen adottata il 13 aprile 2018 nel corso della Conferenza di alto livello dei ministri della giustizia, con la Dichiarazione di Bruxelles (2015), di Oslo (2014), di Brighton (2012), di Izmis (2011), di Interlaken (2010). In particolare, proprio nella Dichiarazione di Copenaghen, è stato affermato che «*The challenges posed to the Convention system by situations of conflict and crisis in Europe must also be acknowledged. In this regard, it is the Court's present practice, where an inter-State case is pending, that individual applications raising the same issues or deriving from the same underlying circumstances are, in principle and in so far as practicable, not decided before the overarching issues stemming from the inter-State proceedings have been determined in the inter-State case» (par. 45), è stato evidenziato che è necessario «…exploring ways to handle more effectively cases related to inter-State disputes, as well as individual applications arising out of situations of inter-State conflict, without thereby limiting the jurisdiction of the Court, taking into consideration the specific features of these categories of cases inter alia regarding the establishment of facts*» (par. 54, lett. c). Si veda anche il documento *Proposal for a more efficient processing of interstate cases,* CDDH(2019)22, del 6 giugno 2019. Qui un quadro sui lavori in corso di svolgimento.
[41] Nei confronti del Regno Unito erano stati proposti alcuni ricorsi individuali tra i quali, per tutti, si ricorda il caso *Donnelly e altre sei persone contro Regno Unito*, ricorsi n. 5577-5583/72.
[42] Con decisione del 15 dicembre 1975, la Commissione dichiarò irricevibili alcuni ricorsi individuali perché non era stato rispettato il previo esaurimento dei ricorsi interni seppure in presenza di una chiara prassi amministrativa.

con maggiore chiarezza, ha respinto la dichiarazione di irricevibilità del ricorso presentata dalla Russia rispetto ai numerosi ricorsi di cittadini georgiani (tra gli altri si veda la sentenza del 20 dicembre 2016, nel caso *Dzidzava contro Federazione Russa*[43]) per il fatto che pendeva il ricorso interstatale *Georgia contro Federazione Russa (I)* conclusosi con la sentenza del 3 luglio 2014[44]. La Corte ha stabilito che i ricorsi non potevano essere considerati identici in ragione della diversità dei soggetti coinvolti. Pertanto, tenendo conto della consolidata giurisprudenza della Corte, non è da dubitare che i giudici internazionali non potranno ritenere l'attuale ricorso intestatale, che vede come attore l'Irlanda, irricevibile per il solo fatto che pendono ricorsi individuali aventi ad oggetto la stessa possibile violazione delle norme convenzionali contestata da Dublino al Regno Unito, così come non potrà dichiarare irricevibili i ricorsi individuali. Tuttavia, in linea con quanto già fatto in passato, la Corte potrebbe decidere di posporre l'esame dei ricorsi individuali in attesa della sentenza sul ricorso interstatale come avvenuto per i ricorsi presentati da cittadini georgiani contro la Russia, il cui esame è stato posposto rispetto alla decisione nel ricorso interstatale, al quale la Corte ha in sostanza attribuito una priorità nella trattazione[45]. La prassi attuale della Corte è, quindi, nel senso di attendere la decisione sui ricorsi interstatali prima di pronunciarsi su quelli individuali, prassi che solleva non poche perplessità con riguardo al rispetto delle regole sull'equo processo con particolare riguardo alla durata ragionevole del processo, tenendo conto che è inevitabile un allungamento dei tempi di decisione della Corte europea sui casi individuali[46].

4. I profili di possibile contrasto del *Northern Ireland Troubles Act 2023* con la Convenzione europea

Chiariti i termini della vicenda e ricostruito il quadro procedurale in cui s'inserisce il ricorso, appare opportuno soffermarsi sulle norme contenute nel *Northern Ireland Troubles Act* che, ad avviso del Governo irlandese, risultano in contrasto con la Convenzione per provare a verificare se, in base alla giurisprudenza della Corte europea, sia ipotizzabile l'accoglimento del ricorso e su quali basi, ricordando che la Convenzione è uno «strumento vivente», da

[43] Ricorso n. 16363/07.
[44] Ricorso n. 13255/07.
[45] Si veda, per alcune osservazioni critiche, E. CARPANELLI, *Il rapporto tra ricorsi interstatali e individuali dinnanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2, 2021, pp. 389-411, la quale ha sottolineato che tale scelta, ascrivibile all'adozione di misure deflattive, è convincente «al fine di garantire il buon funzionamento del sistema di controllo istituito dalla Convenzione e assicurare una certa conformità nelle decisioni», ma presenta incertezze in quanto potrebbe pregiudicare le istanze di giustizia individuale, proprio a causa dei ritardi nella trattazione delle cause.
[46] In senso diverso si veda A. CANNONE, *Violazioni di carattere sistemico,* cit., p. 606, secondo il quale «La prassi recente della Corte di dare priorità ai ricorsi interstatali rispetto ai ricorsi individuali connessi e di aggiornare questi ultimi e la valutazione positiva datane negli *Elements* di cui sopra sono ambedue da approvare in quanto nel sistema di garanzia internazionale vigente appare utile l'esame nel ricorso interstatale di questioni generali (le c.d. overarching issues) – quali, ad esempio, la giurisdizione statale ai sensi dell'art. 1 CEDU in caso di attività statali extraterritoriali, l'attribuzione della responsabilità, l'accertamento in ordine alla esistenza di violazioni dei diritti umani derivanti da una o più pratiche amministrative – in quanto tale esame può risultare molto agevole per le successive decisioni dei ricorsi individuali connessi che presentano le medesime questioni giuridiche e circostanze fattuali».

interpretare alla luce della giurisprudenza dell'organo giurisdizionale, le cui pronunce relative ai ricorsi individuali sono applicabili anche a quelli interstatali e viceversa.
Alla luce di quanto illustrato nel precedente paragrafo, ci sembra che non dovrebbero porsi problemi di ricevibilità anche tenendo conto che nei ricorsi interstatali il previo esaurimento dei ricorsi interni non è sempre richiesto poiché la violazione della Convenzione da parte di uno Stato «può verificarsi anche in astratto…a causa della sua legislazione o prassi»[47]. Proprio con riguardo al ricorso *Irlanda contro Regno Unito*, con la sentenza del 1978, la Corte ha affermato che la valutazione della pratica di uno Stato ai fini del rispetto del previo esaurimento dei ricorsi interni è particolarmente importante sia nei ricorsi individuali sia per quelli interstatali, in quest'ultimo caso soprattutto «*when the applicant State does no more than denounce a violation or violations allegedly suffered by "individuals" whose place, as it were, is taken by the State*»[48]. Tuttavia, la Corte ha rilevato che, sotto un altro punto di vista, la regola sul previo esaurimento dei ricorsi interni «*does not apply where the applicant State complains of a practice as such, with the aim of preventing its continuation or recurrence, but does not ask the Commission or the Court to give a decision on each of the cases put forward as proof or illustrations of that practice*» (par. 159)[49].
Per quanto riguarda il merito, l'Irlanda contesta la sostanziale immunità per i reati legati al periodo dei *Troubles* commessi da membri delle forze armate inglesi e l'amnistia per coloro che hanno collaborato con le autorità inquirenti, ritenendo queste misure in contrasto con gli articoli 2, 3, 6, 13 e 14, i quali vanno letti congiuntamente all'articolo 1 della Convenzione in base al quale le Parti contraenti sono tenute a riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti dal titolo primo della Convenzione.
È opportuno segnalare che sulla concessione o meno dell'amnistia gli Stati mantengono un ampio margine di apprezzamento. La Corte europea, infatti, non ha mai ritenuto che la predisposizione dell'amnistia sia incompatibile con la Convenzione[50]. L'amnistia, d'altra parte, è prevista finanche a livello costituzionale in numerosi Stati del Consiglio d'Europa ed è così considerata, in astratto, compatibile con la Convenzione. Su tale questione, la Commissione Venezia per la democrazia attraverso il diritto (*Venice Commission*), il 18 marzo 2024, ha adottato un parere[51], su richiesta del Presidente del Senato spagnolo in vista

[47] Cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *op. cit.*, p. 414.
[48] «*The concept of practice is of particular importance for the operation of the rule of exhaustion of domestic remedies. This rule, as embodied in Article 26 (art. 26) of the Convention, applies to State applications (Article 24) (art. 24), in the same way as it does to "individual" applications (Article 25) (art. 25)*».
[49] In particolare, «*The Court agrees with the opinion which the Commission, following its earlier case-law, expressed on the subject in its decision of 1 October 1972 on the admissibility of the Irish Government's original application. Moreover, the Court notes that that decision is not contested by the respondent Government*».
[50] In generale, sull'amnistia, si veda G. DELLA MORTE, *Le amnistie nel diritto internazionale,* Padova, Wolters Kluwer, 2012, p. 199.
[51] Si tratta del documento CDL-AD(2024)003, nel quale si afferma che «*Amnesty is provided for explicitly in the Constitutions of the majority of the countries under consideration: Armenia, Austria, Azerbaijan, Bulgaria, Chile, Czechia, France, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Republic of Korea, Kosovo, Kyrgyzstan, Mexico, Republic of Moldova, Monaco, Morocco, the Netherlands, North Macedonia, Portugal, Slovakia, Sweden, Switzerland, Tunisia, Türkiye, Ukraine, United States. In Canada and the United Kingdom, amnesty is considered as permitted by constitutional conventional practice. Several constitutions provide*

dell'approvazione della legge «*Organic law for amnesty for the institutional, political and social normalisation of Catalonia*», sui requisiti relativi al rispetto della *rule of law* nel caso di amnistie. Nel parere, la Commissione Venezia ha rilevato che «*amnesty is considered as permitted by constitutional conventional practice*» e che «*number of countries consider it as acceptable and have provided for amnesty on specific occasions, and/or recognised the admissibility of amnesty in their legislation*»[52].

Tuttavia, nel suo concreto operare, l'amnistia potrebbe entrare in conflitto con le norme convenzionali tenendo conto che dette norme non prevedono solo obblighi negativi, ma anche positivi di carattere sostanziale e procedurale che si sostanziano in obblighi di condotta tra i quali quello allo svolgimento di indagini. Ed invero, il riconoscimento del diritto alla vita o quello a non essere sottoposto a tortura o a pene o trattamenti inumani o degradanti include anche obblighi di carattere procedurale, come l'individuazione e la punizione dei responsabili delle violazioni[53]. Infatti, la stessa Corte europea ha chiarito che le indicate norme sono costituite da un aspetto procedurale e da un aspetto sostanziale, con la conseguenza che, ad esempio, con riferimento al divieto di tortura o di pene o trattamenti inumani o degradanti si verifica una violazione non soltanto nel momento in cui sono inflitti determinati atti, ma anche quando lo Stato non procede allo svolgimento di un'indagine effettiva sulle violazioni perpetrate.

Per rispettare la Convenzione, quindi, gli Stati sono tenuti a svolgere indagini effettive e a punire i responsabili sia per garantire i diritti delle vittime, sia in un'ottica dissuasiva e preventiva rispetto alla commissione di ulteriori violazioni convenzionali. Ci sembra, quindi, che pur in assenza di un espresso divieto di concedere l'amnistia con riguardo alle violazioni, pure gravi della Convenzione, un simile strumento utilizzato su larga scala rispetto a reati di grave entità sarebbe in contrasto con la posizione della Corte circa il divieto di garantire una sostanziale impunità a discapito delle vittime di violazioni dei diritti convenzionali, a meno che l'amnistia non sia preceduta da un serio processo di riconciliazione che impone la condivisione di percorsi con le vittime e forme di riparazione per queste ultime. A tal proposito, si può ricordare la decisione del 17 marzo 2009 resa dalla Corte europea nel caso *Ould Dah contro Francia*[54] in cui, nel caso del ricorso di un cittadino mauritano che era stato condannato per il crimine di tortura, in Francia, in forza della giurisdizione universale, malgrado nel suo Paese avesse beneficiato di una legge sulla concessione dell'amnistia, la Corte ha precisato che le Parti contraenti sono libere di decidere la propria politica penale, sulla quale la stessa Corte non può pronunciarsi ad eccezione, però, dei casi in cui il sistema scelto sia in contrasto con le norme convenzionali.

for pardon but not for amnesty: Cyprus, Estonia, Finland, Israel, Liechtenstein, Malta, Norway, Slovenia, Spain. In Spain, general pardons (indultos generales) are prohibited by the Constitution».

[52] In particolare, sono indicati «*Belgium, Brazil, Canada, Costa Rica, Croatia, Denmark, Germany, Ireland – for tax offences -, Norway, Poland. In Estonia and Finland, it is generally accepted that amnesty is possible*». Per un'analisi comparativa si veda il documento *Comparative table of Constitutional and Legislative provisions relating to the Amnesty in Venice Commission Member States*, del 23 febbraio 2024 CDL-PI(2024)00.

[53] Si veda la pronuncia del 16 luglio 2013, nel caso *McCaughey e altri contro Regno Unito*, ricorso n. 43098/09, in cui la Corte, sempre con riguardo a una vicenda relativa al conflitto nell'Irlanda del Nord, ha accertato la violazione dell'articolo 2, sotto il profilo degli obblighi procedurali che incombono sullo Stato.

[54] Ricorso n. 13113/03.

In particolare, la Corte ha stabilito che sussiste un obbligo di perseguire taluni reati che non può essere messo in discussione concedendo l'impunità all'autore di un reato attraverso l'adozione di una legge sull'amnistia che appare incompatibile con il diritto internazionale. Di particolare rilievo anche la sentenza resa dalla Grande Camera il 27 maggio 2014 nel caso *Marguš contro Croazia*[55]. La vicenda riguardava un cittadino croato accusato di crimini di guerra. Mentre era in corso di svolgimento il procedimento penale era sopraggiunta una legge con la quale era stata concessa l'amnistia e, quindi, l'estinzione del procedimento. La Corte suprema, però, aveva sostenuto che nel caso di crimini contro l'umanità non fosse possibile procedere con l'amnistia, con la conseguenza che si era aperto un nuovo procedimento penale con condanna del ricorrente, il quale aveva poi presentato un ricorso a Strasburgo. La Corte, al di là delle questioni legate all'imparzialità del procedimento, ha osservato che la concessione dell'amnistia era in contrasto con il diritto internazionale che non consente di attribuire tale beneficio nel caso di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio.

Va considerato che anche sul piano interno è stato evidenziato l'obbligo dello Stato, pure in presenza di regole nazionali, anche di natura penale, che potrebbero ostacolare l'accertamento della responsabilità nella commissione dei crimini come la tortura, di assicurare che la vittima e i suoi familiari, nonché «l'intero consorzio umano» ottengano l'accertamento della verità processuale sulla perpetrazione di tali crimini. In questi termini si è espressa anche la Corte costituzionale italiana con la sentenza n. 192 del 27 settembre 2023, in ordine allo svolgimento del processo per il sequestro, la tortura e l'assassinio di Giulio Regeni, in cui, malgrado l'importanza dello svolgimento del processo in presenza degli imputati, a fronte di ostacoli continui frapposti dallo Stato di appartenenza degli accusati nell'effettuare le notifiche nei loro confronti, ha rilevato che «per diritto costituzionale interno, europeo e internazionale» il rispetto di una norma processuale interna non può trovare applicazione se «si risolve nella creazione di un'immunità *de facto* ostativa all'accertamento dei crimini di tortura», concludendo che, nel caso specifico, il procedimento penale si potesse svolgere in assenza, anche alla luce di tutte le garanzie offerte dall'ordinamento interno con riguardo alla riapertura dei processi[56].

Certo, la Corte europea non è stata netta come quella inter-americana che «sembra aver ormai riconosciuto che la mera promulgazione (o mancata abrogazione) di tali leggi [n.d.r. quelle sull'amnistia] si ponga *ex se* in contrasto con gli obblighi di indagine e punizione effettiva degli autori di gravi violazioni dei diritti umani *a prescindere* dall'applicazione delle

[55] Ricorso n. 4455/10.

[56] In particolare, la Corte ha stabilito «l'illegittimità costituzionale dell'art. 420-*bis*, comma 3, cod. proc. pen., per violazione degli artt. 2, 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione alla Convenzione di New York contro la tortura, nella parte in cui non prevede che il giudice procede in assenza per i delitti commessi mediante gli atti di tortura definiti dall'art. 1, comma 1, della Convenzione medesima, quando, a causa della mancata assistenza dello Stato di appartenenza dell'imputato, è impossibile avere la prova che quest'ultimo, pur consapevole del procedimento, sia stato messo a conoscenza della pendenza del processo, fatto salvo il diritto dell'imputato stesso a un nuovo processo in presenza per il riesame del merito della causa».

stesse nell'ambito di specifici procedimenti penali promossi dalle vittime»[57]. Tuttavia, l'effettività dei diritti convenzionali e il rilievo che la Corte ha sempre attribuito alle vittime che hanno il diritto all'accertamento delle violazioni[58], fase che include l'individuazione dei responsabili, portano a ritenere che l'immunità ad ampio raggio sul piano soggettivo e oggettivo o la concessione di un'amnistia, che non vede alcun ruolo delle vittime nel procedimento di riconciliazione - che sottende la concessione dell'amnistia - siano in contrasto con la Convenzione e, in questo senso, la Corte potrebbe pronunciarsi proprio nel ricorso *Irlanda contro Regno Unito, III*.

L'obbligo procedurale di svolgere indagini e individuare e punire i responsabili delle gravi violazioni delle norme convenzionali con riguardo ai *core rights*, a nostro avviso, determina un sostanziale riconoscimento del diritto alla verità. Tale diritto non è presente in modo espresso nella Convenzione, anche se la Corte, con la sentenza del 12 dicembre 2012 *Al-Masri contro l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia*[59], lo ha richiamato con riguardo alla necessità di garantirlo con indagini nei casi delle *extraordinary renditions*, così come lo ha affermato con la sentenza del 24 luglio 2014, *Al Nashiri contro Polonia,* in cui la Corte ha sottolineato che «*where allegations of serious human rights violations are involved in the investigation, the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case does not belong solely to the victim of the crime and his or her family but also to other victims of similar violations and the general public, who have the right to know what has happened*» (par. 495)[60].

In ogni caso, il diritto alla verità nella forma diretta ossia con un'esplicita affermazione o nella sua forma indiretta, ossia con l'obbligo di svolgere indagini nel caso di gravi violazioni dei diritti umani, si è affermato sul piano internazionale – che rileva nei procedimenti dinanzi alla Corte europea - a partire dall'articolo 32 del Primo Protocollo alle Convenzioni di Ginevra del 1949 sulla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali, riconoscendo il diritto delle famiglie «di conoscere la sorte dei loro membri»[61]. Tale diritto è poi affermato nella Convenzione del 20 dicembre 2006 (in vigore sul piano internazionale dal 23 dicembre 2010) per la protezione di tutte le persone dalle sparizioni forzate[62], nonché

[57] Così A. SACCUCCI, *La responsabilità internazionale*, cit., p. 153 s.

[58] Cfr. J. CHEVALIER-WATTS, *Effective investigations under Article 2 of the European Convention on Human Rights: securing the right to life or an onerous burden on a state*, in *European Journal of International Law,* n. 3, 2010, pp. 701–721.

[59] Ricorso n. 39630/09. La Corte «…*also wishes to address another aspect of the inadequate character of the investigation in the present case, namely its impact on the right to the truth regarding the relevant circumstances of the case. In this connection it underlines the great importance of the present case not only for the applicant and his family, but also for other victims of similar crimes and the general public, who had the right to know what had happened*» (par. 191).

[60] Ricorso n. 28761/11.

[61] Anche l'articolo 33 può essere letto nel senso del riconoscimento del diritto alla verità nella parte in cui richiede alle Parti di cercare le persone scomparse nei conflitti.

[62] Sono considerati tali i casi in cui si verifica «l'arresto, la detenzione, il rapimento o ogni forma di privazione della libertà commessa da agenti dello Stato, da persone o gruppi di persone che agiscono con l'autorizzazione, il sostegno o l'acquiescenza dello Stato».

in altri atti richiamati nella risoluzione 12/12 del 12 ottobre 2009 adottata dal Consiglio Onu per i diritti umani e intitolata «*Right to the Truth*»[63].

Che il diritto alla verità sia essenziale per garantire i diritti umani e la democrazia la quale richiede che sia assicurata la verità su eventuali gravi violazioni non solo ai singoli individui, ma alla collettività nel suo complesso, in particolare nei casi in cui vi sono ombre sulle possibili collusioni tra agenti dello Stato e autori dei crimini, ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo. Ad esempio, proprio con riguardo all'amnistia, con la sentenza del 24 novembre 2010, nel caso *Gomes Lund e altri contro Brasile* (*Guerrilha do Araguaia"),* ha ritenuto contraria alla Convenzione la legge brasiliana n. 6.683/79 che aveva concesso l'amnistia in casi relativi alla scomparsa di numerose vittime durante il periodo della dittatura proprio perché impediva lo svolgimento di indagini e la punizione di responsabili di gravi crimini. In particolare, la Corte «*reiterates that the obligation to investigate human rights violations is a positive measure that must be adopted by States to guarantee the rights recognized in the Convention*» (par. 138).

La Corte europea segue sostanzialmente un approccio simile nel momento in cui include obblighi procedurali nel riconoscimento di diritti sostanziali.

Ad esempio, nella sentenza del 18 dicembre 1996 relativa al ricorso *Aksoy contro Turchia*[64] in ordine al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, la Corte ha stabilito che «…*where an individual has an arguable claim that he has been tortured by agents of the State, the notion of an "effective remedy" entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure. It is true that no express provision exists in the Convention such as can be found in Article 12 of the 1984 United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, which imposes a duty to proceed to a "prompt and impartial" investigation whenever there is a reasonable ground to believe that an act of torture has been committed. However, in the Court's view, such a requirement is implicit in the notion of an "effective remedy" under Article 13 (art. 13)*».

Anche nella sentenza del 7 aprile 2015 (caso *Cestaro contro Italia*)[65] la Corte, nel condannare l'Italia in relazione ai fatti del G8 di Genova per violazione dell'articolo 3 della Convenzione che vieta la tortura nonché le pene o i trattamenti inumani o degradanti, oltre ad imporre all'Italia l'adozione di una legge per l'inserimento del reato di tortura nella legislazione interna, ha precisato che tale legislazione doveva assicurare una punizione

---

[63] Reperibile nel sito. Cfr. anche il rapporto dell'8 febbraio 2006, *Study on the right to truth* (E/CN.4/2006/91), adottato dall'Alto Commissario Onu sui diritti umani. Per un approfondimento, si veda, per tutti, M. KLINKER, H. DAVIS, *The Right to The Truth in International Law. Victims' Rights in Human Rights and International Criminal Law,* London, Routledge, 2019, p. 130, i quali hanno evidenziato che la Corte «*acknowledges the public relevance of the right to truth, noting its significance in strengthening public confidence in the workings of state institutions and the rule of law more generally. It is part of such efforts to break down "the wall of silence and the cloak of secrecy" (El-Masri v The former Yugoslav Republic of Macedonia (12 December 2012) that prevented victims from understanding what had happened to them and hindered their recovery. When events remain uninvestigated, the fear is that they may become sites of conflict and continuing reminders or sources of political instability»* (p. 45).

[64] Ricorso n. 21987/93.

[65] Ricorso n. 6884/11.

effettiva delle forze dell'ordine o organi dello Stato autori degli atti di tortura. In particolare, la Corte ha accertato l'esistenza di un problema strutturale da parte dell'Italia e ha ritenuto che le norme penali interne sulla prescrizione e sull'indulto avrebbero impedito, in pratica, ogni punizione «non solo dei responsabili degli atti di tortura ma anche degli autori di trattamenti disumani e degradanti». Già in questa pronuncia, la Corte europea ha toccato un aspetto rilevante anche nel caso *Irlanda contro Regno Unito, III,* perché ha sottolineato che spetta agli Stati l'individuazione delle misure per rispettare gli obblighi convenzionali, ma le Parti contraenti sono obbligate a «munirsi degli strumenti giuridici atti a sanzionare in modo adeguato i responsabili degli atti di tortura o di altri maltrattamenti rientranti nell'articolo 3 e a impedire che gli autori possano beneficiare di misure in contrasto con la giurisprudenza della Corte». In seguito, il Comitato dei ministri, chiamato a vigilare sull'esecuzione delle sentenze, con la decisione del 7 dicembre 2019, ha rilevato che va assicurato «un chiaro messaggio, di alto livello politico, alle forze dell'ordine sulla politica di tolleranza zero» nei casi di tortura e maltrattamenti in strutture di detenzione[66]. Così, nella sentenza del 23 febbraio 2016, nel caso *Nasr e Ghali contro Italia* (si trattava del caso Abu-Omar[67]) riguardante le *extraordinary renditions*, la Corte ha riconosciuto che le autorità inquirenti italiane avessero svolto un'indagine approfondita che, per la prima volta, aveva permesso la ricostruzione dei fatti anche a livello nazionale, ma ha rilevato che di fronte all'abuso del segreto di Stato opposto da ben quattro Governi non era stato possibile condannare i colpevoli. Lo Stato aveva garantito l'impunità degli agenti del Sismi e non aveva assicurato una punizione effettiva dei responsabili come gli agenti della Cia, non chiedendo l'estradizione, salvo per uno degli imputati. La Corte ha anche criticato l'Italia perché due Presidenti della Repubblica avevano concesso la grazia a tre agenti americani condannati, malgrado la gravità del fatto, con la conseguenza che la punizione dei colpevoli non era stata effettiva nonostante gli sforzi degli inquirenti e dei giudici italiani[68]. In particolare, la Corte ha dichiarato che, in materia di tortura o di maltrattamenti inflitti da parte di agenti dello Stato, l'azione penale non dovrebbe estinguersi per effetto della

[66] CM/Del/Dec(2019)1362/H46-14. Al par. 7 della decisione il Comitato, infatti, ha affermato: «*Therefore called on the authorities rapidly to ensure that adequate legal provisions are in place to ensure that agents taking part in law enforcement operations can be identified in all situations and that a message at high political level of zero tolerance of ill-treatment is formally delivered to law enforcement agencies*». Tale principio è stato ribadito nella decisione del 5 dicembre 2024, CM/Del/Dec(2024)1514/H46-21 («*called again on the authorities to ensure that, in conformity with the established relevant case-law of the Court, law enforcement agents charged with crimes involving ill-treatment are suspended from duty during the investigation or trial and dismissed if convicted and to inform the Committee of the measures taken or envisaged in this respect*»). I testi sono reperibili nel sito.

[67] Ricorso n. 44883/09. La Corte europea, pur condannando l'Italia, ha reso «omaggio al lavoro dei magistrati nazionali che hanno fatto tutto il possibile per stabilire la verità».
Si vedano, per tutti, F. FABBRINI, *The European Court of Human Rights, Extraordinary Renditions and the Right to the Truth: Ensuring Accountability for Gross Human Rights Violations Committed in the Fight Against Terrorism*, in *Human Rights Law Review*, n. 1, 2014, p. 85-106; M. NINO, *La problematica della compatibilità delle extraordinary renditions e del segreto di Stato italiano con la Convenzione europea dei diritti umani (articoli 3, 5, 8 e 13 CEDU)*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e Ordinamento Italiano*, 2 ed., Padova, Wolters Kluwer, 2020, p. 174-212.

[68] La Corte ha accertato la violazione dell'articolo 3 che vieta la tortura o i trattamenti disumani o degradanti, tenendo conto che gli Stati non solo devono impedire atti di questo genere, ma sono anche tenuti ad individuare e punire i colpevoli.

prescrizione, così come l'amnistia e la grazia non dovrebbero essere tollerate in questo ambito.
Inoltre, con riguardo all'articolo 13 – norma che è venuta in rilievo anche nel ricorso *Irlanda contro Regno Unito, III* - che garantisce l'esistenza nel diritto interno di un ricorso che permetta di avvalersi dei diritti e delle libertà della Convenzione in modo tale che la vittima di una violazione convenzionale possa ottenere l'esame del proprio ricorso «anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali», ricevendo, se del caso, una riparazione, la Corte ha ammesso che gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento per quanto riguarda la modalità con cui conformarsi agli obblighi posti da tale disposizione. Tuttavia, la Corte ha osservato che il ricorso, per essere effettivo, implica «che il suo esercizio non deve essere ostacolato in maniera ingiustificata da atti od omissioni delle autorità dello Stato convenuto». Nel caso in cui un individuo denunci di essere stato vittima di trattamenti inumani o degradanti da parte di agenti dello Stato, «la nozione di «ricorso effettivo, ai sensi dell'articolo 13, implica, oltre al versamento di una indennità, laddove questa sia dovuta, delle indagini approfondite ed effettive idonee a condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili e che comportino un accesso effettivo del denunciante alla procedura di inchiesta» (par. 331)[69].

Pertanto, anche tenendo conto dell'importanza dell'articolo 3 della Convenzione, «la nozione di ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 13 richiede un esame indipendente e rigoroso di tutti i motivi di ricorso secondo i quali esistono seri motivi per credere all'esistenza di un rischio di trattamenti contrari all'articolo 3» (par. 333). Si consideri, altresì, che il paragrafo 9 dei Principi delle Nazioni Unite per la prevenzione e le indagini effettive in caso di esecuzioni extragiudiziali, arbitrarie e sommarie, richiamati in diverse occasioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dispone che «*There shall be a thorough, prompt and impartial investigation of all suspected cases of extra-legal, arbitrary and summary executions, including cases where complaints by relatives or other reliable reports suggest unnatural death in the above circumstances*»[70]. Così, nella sentenza del 3 aprile 2001 nel caso *Keenan contro Regno Unito*[71], la Corte, con riguardo a violazioni dell'articolo 2 sul diritto alla vita, ha osservato che «*Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of an "arguable complaint" under the Convention and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision*». Pur riconoscendo una certa discrezionalità agli Stati («*some discretion*») e, quindi, non un'ampia discrezionalità), la Corte richiede dei rimedi effettivi «*in practice as well as in law*».

[69] La traduzione italiana è a cura del Ministero della giustizia ed è disponibile nel sito.
[70] Si tratta degli *United Nations Principles on Extra-Legal Executions*, adottati il 24 maggio 1989 dal Consiglio economico e sociale con la risoluzione 1989/65: il testo è reperibile nel sito.
[71] Ricorso n. 27229/95.

Con riguardo alle azioni di risarcimento sul piano civile che in base al *Northern Ireland Troubles Act 2023* non possono più essere avviate, la Corte ha già affermato, in diverse occasioni, che l'articolo 6 si applica alle azioni civili volte ad ottenere una riparazione nel caso di trattamenti inumani commessi da agenti dello Stato o da altri soggetti come attori non statali tra i quali rientrano le forze paramilitari. Così, nella citata sentenza *Keenan contro Regno Unito*, ha stabilito l'obbligo dello Stato di procedere a «*the payment of compensation where appropriate*» e «*a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the deprivation of life, including effective access for the complainant to the investigation procedure*» (par. 123).

Ed invero, oltre alla preclusione all'avvio di nuove azioni sul piano civile che già in sé risulta contraria alla Convenzione, il *Northern Ireland Troubles Act 2023* affida la competenza per gli accertamenti all'*Independent Commission for Reconciliation and Information Recovery* e, quindi, a un organo che non risponde ai requisiti di indipendenza necessari per poter considerare rispettato il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo di cui all'articolo 13 in ragione del fatto che si tratta di un organo di nomina governativa e comunque sottoposto al controllo del Segretario di Stato per l'Irlanda del Nord.

5. Osservazioni conclusive

Dal quadro sin qui descritto, ci sembra si possa sostenere che vi siano alte probabilità che la Corte europea dichiari il ricorso ricevibile tenendo conto che sembrano rispettati i requisiti di ricevibilità indicati dall'articolo 35 e che la legislazione sembra mostrare un difetto sistemico dell'ordinamento statale. Inoltre, non dovrebbe porsi neanche un problema di *overlapping* con i ricorsi individuali tenendo conto che gli individui che si ritengono vittime di violazioni, per potersi rivolgere a Strasburgo, sono tenuti al previo esaurimento di ricorsi interni e che solo da poco i giudici del Regno Unito hanno iniziato ad essere investiti di ricorsi.

Per quanto riguarda il merito, riteniamo, alla luce del quadro analizzato, che il Governo britannico incontrerà non poche difficoltà nel sostenere la compatibilità della legge con le norme convenzionali. In questo l'Irlanda parte da una posizione di vantaggio anche grazie alle prese di posizione di numerosi organismi internazionali che hanno già evidenziato aspetti di incompatibilità del *Northern Ireland Troubles Act 2023*, che potrebbero essere utilizzati durante il procedimento dinanzi alla Corte.

Si consideri, a tal proposito, il rapporto conclusivo del 3 maggio 2024 del Comitato dei diritti umani, adottato nel contesto del monitoraggio sul Patto sui diritti civili e politici, il quale ha chiesto al Regno Unito «*…to repeal or reform the Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Act 2023 and to adopt proper mechanisms with guarantees of independence, transparency and genuine power of investigation that discharge the State party's human rights obligations and deliver truth, justice and effective remedies, including reparations to victims of the Northern Ireland conflict*»[72]. Il

[72] Così al paragrafo 11 (CCPR/C/GBR/CO/8). Inoltre, «*the Committee is concerned about the conditional immunity scheme for persons who have committed serious human rights violations, the weakness of the "review" function of the Independent*

Comitato ha evidenziato che lo stesso sistema istituito con l'*Independent Commission for Reconciliation and Information Recovery (ICRIR*) non corrisponde a un meccanismo di giustizia di transizione che, per essere accettabile sul piano degli standard internazionali, deve garantire la tutela dei diritti alla verità e alla giustizia, nonché il diritto alla riparazione per le vittime[73], auspicando l'istituzione di un organo simile a quello istituito per gli abusi «*in institutions such as the Magdalene laundries and mother and baby homes in Northern Ireland, ensuring that perpetrators are prosecuted and punished with penalties proportionate to the gravity of the offence and that all victims obtain an effective remedy*» (par. 11). L'Assemblea generale delle Nazioni Unite, inoltre, il 6 aprile 2023[74], ha approvato il rapporto del *Working Group* del Consiglio per i diritti umani relativo al monitoraggio universale, presentato il 13 marzo 2023, nel quale è stato chiesto al Regno Unito di «*Ensure the compatibility of any legislation addressing the legacy of the Troubles with the United Kingdom's human rights obligations, including by ensuring that investigations into deaths are independent, effective and timely, with adequate involvement of next of kin and public scrutiny, and ensure accountability for gross human rights violations*»[75].

Altre critiche sono arrivate, il 15 dicembre 2022, dai Relatori speciali delle Nazioni Unite Fabián Salvioli, *Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence* e da Morris Tidball-Binz, *Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, i quali hanno rilevato che «*The immunity scheme envisaged in the Bill, particularly in view of the low threshold required for granting immunity and the lack of review mechanisms, would be tantamount to a de-facto amnesty scheme*»[76]. Ha fatto seguito a tale dichiarazione l'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, Volker Türk, che, in un documento presentato il 19 gennaio 2023[77], in relazione al disegno di legge poi approvato ha dichiarato: «*I recognise that addressing the legacy of the Troubles from the 1960s to the 1990s is a hugely complex and sensitive matter. But the draft legislation as it stands appears to be incompatible with the UK's international human rights obligations*». Nella stessa direzione anche l'allora Commissaria per i diritti umani del Consiglio d'Europa, Dunja Mijatović che, nel documento del 20 giugno 2023, ha criticato il testo legislativo[78], così come ha fatto il Comitato dei ministri nella risoluzione del 7 giugno

Commission for Reconciliation and Information Recovery, the allegations concerning the Commission's lack of independence, the absence of any power of investigation to guarantee the right to truth for victims, and the procedural barriers and obstacles to criminal investigations, civil suits and other remedies, effectively stifling any criminal or civil proceedings connected to the Troubles. The Committee is also concerned about the increased use of closed material proceedings for legacy cases» (par. 10).

[73] In via generale, si veda N. STAMENKOVIKY, *The Right to Know the Truth in Transitional Justice Processes: Perspectives from International Law and European Governance,* Leiden, Brill, 2022; E. CARPANELLI, G. CITRONI, *Introduzione. Giustizia transizionale: il ruolo delle vittime e l'ammissibilità delle misure di amnistia o di riduzione delle sanzioni a fronte di gravi violazioni dei diritti umani,* in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 1, 2017, pp. 237-238.

[74] Si veda la risoluzione A/HRC/DEC/52/107.

[75] Doc. A/HRC/DEC/52/10/Add.1, par. 43.106.

[76] Il testo è nel sito https://www.ohchr.org/en/press-releases/2022/12/uk-flawed-northern-ireland-troubles-bill-flagrantly-contravenes-rights. La legge è stata criticata anche da numerose organizzazioni non governative come riportato da D. DUGGAN, *Northern Ireland Troubles Legacy Act and the Irish Government Response,* reperibile nel sito.

[77] Nel sito.

[78] La Commissaria ha dichiarato: «*I have repeatedly warned that the Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Bill would undermine the human rights of victims, as well as truth seeking, reconciliation and justice efforts*».

2023 in relazione all'esecuzione della sentenza *McKerr contro Regno Unito*[79], nonché l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 2464 del 13 ottobre 2022 in cui è stato osservato che «*there are serious concerns regarding the compatibility of the Northern Ireland Troubles (Legacy and Reconciliation) Bill, introduced by the Government of the United Kingdom on 17 May 2022, with the European Convention on Human Right*»[80].

A rafforzare la posizione dell'Irlanda sono intanto arrivate anche alcune pronunce nazionali. Con la sentenza del 28 febbraio 2024, l'*High Court of Justice di Belfast*, adita da quattro vittime (una ha poi rinunciato all'azione) che avevano perso alcuni familiari durante gli scontri con i lealisti nel 1997[81], ha affermato che «*two sections of the act (ndr. Northern Ireland Troubles Act), which received royal assent last September, breached the European convention on human rights*», evidenziando che «*There is no evidence that the granting of immunity under the act will in any way contribute to reconciliation in Northern Ireland the evidence is to the contrary*».

Anche la Corte di appello dell'Irlanda del Nord, con la sentenza del 20 settembre 2024, nel caso *Dillon e Ors v. Secretary of State for Northern Ireland* ([2024] NICA 59), ha accertato non solo il contrasto del *Northern Ireland Troubles Act* con alcune norme della Convenzione europea, ma anche con il Protocollo sull'Irlanda del Nord, parte dello *European Union (Withdrawal) Act 2018*, in vigore dal 1° gennaio 2021, concluso con l'Unione europea, nonché con il successivo *Windsor Framework* del 27 febbraio 2023[82], disponendo, così, la disapplicazione di alcune sezioni della normativa[83]. In particolare, sono state ritenute in contrasto con la Convenzione le norme che dispongono una sorta di amnistia anche nei casi di crimini come tortura e omicidio, mentre è stata ritenuta compatibile con la Convenzione la costituzione dell'*Independent Commission for Reconciliation and Information Recovery*.

Si potrebbe così verificare un allineamento tra giudici nazionali e giudici internazionali come era già avvenuto nel caso dell'avvocato Patrick Finucane, ucciso, il 12 febbraio 1989, da un gruppo di paramilitari protestanti, appartenenti *all'Ulster Defence Association.* In quella vicenda, la Corte suprema inglese, il 27 febbraio 2019[84], aveva stabilito che le indagini non erano state effettive ed era stato violato l'articolo 2 della Convenzione, in linea con quanto

[79] Si veda il documento CM/ResDH(2023)148, al seguente link.
[80] Reperibile nel sito.
[81] Si veda R. CARROLL, *Amnesty clause for soldiers breaches human rights law, Belfast court rules,* in *The Guardian*, 28 febbraio 2024, nel sito.
[82] Sul ruolo della questione dell'Irlanda del Nord nella conclusione dei negoziati tra Regno Unito e Unione europea a seguito della Brexit, si veda, per tutti, B. BARBISAN, *La coda che scodinzola il cane. Il* Northern Ireland Protocol *al vaglio della Corte Suprema del Regno Unito nel caso* Allister v Secretary of State, in questa *Rivista*, n. 1, 2024, pp. 167-182.
[83] La Corte di appello ha ritenuto che l'articolo 2(1) del *Framework* impone al Regno Unito di impedire la diminuzione di garanzie alle persone residenti in Irlanda a seguito del recesso e di assicurare anche i diritti delle vittime in base alla direttiva Ue 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.
[84] Si tratta della sentenza [2019]UKSC 7), il cui testo è nel sito https://www.supremecourt.uk. L'ex Primo ministro inglese David Cameron, a nome del Governo britannico, nel 2012, presentò le scuse alla famiglia dell'avvocato Patrick Finucane, sottolineando di essere scioccato dai «*levels of State collusion*». Si vedano, nella stessa direzione, anche le dichiarazioni dell'ex Segretario di Stato David Lammy, reperibili nel sito.

affermato dalla stessa Corte europea il 1° luglio 2003[85], la quale aveva accertato la violazione degli obblighi procedurali insiti nell'articolo 2 a causa dell'assenza di indagini effettive.

Il quadro descritto evidenzia, a nostro avviso, che con un consistente margine di probabilità il ricorso dell'Irlanda possa essere accolto determinando così, in forza dell'articolo 46 della Convenzione che impone agli Stati l'esecuzione delle sentenze della Corte, con l'applicazione di misure individuali e generali, l'obbligo per il Regno Unito di abrogare l'intera legge o quantomeno eliminare le parti della normativa che mostrano un'incompatibilità con la Convenzione, anche per evitare che a Strasburgo arrivino numerosi ricorsi individuali in grado di provocare condanne seriali. Inoltre, tenendo conto che, tra le altre, con la sentenza *Cipro contro Turchia* resa il 12 marzo 2014[86], la Corte ha riconosciuto, su richiesta dello Stato ricorrente, l'applicabilità del diritto all'equa soddisfazione garantito dall'articolo 41 della Convenzione nel caso di ricorsi interstatali, disponendo che la Turchia corrispondesse a Cipro novanta milioni di euro per i danni non patrimoniali occorsi ai familiari delle persone scomparse e ai membri dell'enclave cipriota di Karpas, il Regno Unito, qualora risultasse che nel ricorso l'Irlanda abbia presentato domanda di equa soddisfazione di natura pecuniaria per i danni patrimoniali e non patrimoniali, potrebbe essere condannato a versare un'equa soddisfazione allo Stato ricorrente, anche di grande entità, così come avvenuto nel caso poc'anzi citato.

numero 1/2024

In ogni caso, sarebbe auspicabile che un Paese come il Regno Unito intervenga modificando il testo legislativo e scegliendo finalmente una strada che lo conduca a fare i conti con il passato nel rispetto della Convenzione, delle regole internazionali e della *rule of law* e, prima di tutto, del diritto delle vittime alla verità.

[85] Ricorso n. 29178/95. La Corte ha stabilito «…*that the proceedings following the death of Patrick Finucane failed to provide a prompt and effective investigation into the allegations of collusion by security personnel. There has consequently been a failure to comply with the procedural obligation imposed by Article 2 of the Convention and there has been, in this respect, a violation of that provision*» (par. 84).

[86] Ricorso n. 25781/98. In quell'occasione il giudice Pinto de Albuquerque, nella sua opinione concordante, aveva sostenuto che «*The Cyprus v. Turkey (just satisfaction) case is the most important contribution to peace in Europe in the history of the European Court of Human Rights ("the Court"). The Court has not only acknowledged the applicability of Article 41 of the European Convention on Human Rights ("the Convention") to inter-State applications and established criteria for the assessment of the time-limit for these just-satisfaction claims, but has awarded punitive damages to the claimant State*». Si veda anche la sentenza della Grande Camera del 28 aprile 2023, nel caso *Georgia contro Russia (II)*, ricorso n. 38263/08.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-V4H

Teoria e storia costituzionale

An Empire of Laws, not of Men. Il teorema harringtoniano della "repubblica"

Rosamaria Alibrandi
Dottoressa di ricerca in Storia delle istituzioni giuridiche dell'età medievale e moderna, Università degli Studi di Messina

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

An Empire of Laws, not of Men. Il teorema harringtoniano della "repubblica"**

di Rosamaria Alibrandi*

Abstract (Ita): La pubblicistica politica toccò nel Seicento inglese vette apicali e giunse a elaborazioni ineguagliabili da parte di eccelsi pensatori. James Harrington, con il suo The Commonwealth of Oceana, apparso nel 1656, preconizzò un originale modello istituzionale, usando un linguaggio e dei concetti che lo collocano tra i precursori del movimento repubblicano inglese a metà del XVII secolo. L'eclettico pensiero di Harrington ebbe una vasta fortuna postuma ed esercitò un'influenza duratura non solo nell'Inghilterra moderna, in Scozia e Irlanda, ma anche nell'Europa continentale e in America, e ispirò teorie, molto in là da venire, riguardanti, oltre che il repubblicanesimo in senso proprio, il materialismo economico, soprattutto marxista.

Abstract (Eng): In seventeenth-century England political philosophy reached its apex and came to unparalleled elaborations by lofty thinkers, including James Harrington. The Commonwealth of Oceana, published in 1656, and dedicated to Oliver Cromwell, was an elaborate exposition of the republican theory to become a new constitutional model: Harrington deserves to be mentioned as an intellectual forebear of the English republicanism. The work gained the author a considerable reputation and many disciples. Harrington's eclectic thought was widely popular and exerted a lasting influence not only in early modern England, Scotland, and Ireland, but also in continental Europe and America; in later centuries, inspired theories such as materialism and marxism, beyond republicanism itself.

Parole chiave: James Harrington; Repubblicanesimo; Commonwealth

Keywords: James Harrington; Republicanism; Commonwealth

Sommario: J. Scott, James Harrington's prescription for healing and settling, in M. J. Braddick, D. L. Smith (a cura di), The Experience of Revolution in Stuart Britain and Ireland, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 190-209, pp. 191-192; M. Goldie, The Civil religion of James Harrington, in A. Pagden (a cura di), The Languages of Political Theory in Early Modern Europe, Cambridge University Press, Cambridge 1987, p. 205; P. Di Patre, L'impianto aristotelico della nuova etica machiavelliana, in Ingenium. Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de las Ideas, n. 18, 2024, pp. 15-26, p. 25

1. **Premessa. Dalla polemica alla filosofia.**

«No man can be a politician, except he be first a historian or a traveller»
James Harrington[1]

La pubblicistica politica, con le sue visioni prospettiche dei percorsi della sovranità parlamentare e dell'organizzazione del potere, toccò nel Seicento inglese vette apicali e giunse a elaborazioni ineguagliabili, specie se rapportate ai tempi, da parte di giganti come Thomas Hobbes e John Locke, accanto ai quali si pone – a buon diritto – James Harrington. Aspirando a elevare la congerie di discussioni, caratterizzate più da *vis polemica* che da freddo raziocinio, al rango della filosofia politica, con il suo *The Commonwealth of Oceana*, apparso nel 1656, catalizzò immediatamente l'opinione pubblica innescando una

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Dottoressa di ricerca in Storia delle istituzioni giuridiche dell'età medievale e moderna, Università degli Studi di Messina

[1] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, in *The Oceana of James Harrington and his Other Works, Som wherof are now first published from his own Manuscripts. The whole Collected, Methodized, and Reviewed With An Exact Account of his Life,* Prefixed and edited by John Toland, London, Printed by The Booksellers of London and Westminster, 1700, p. 183.

vasta ondata di dibattiti in parlamento, nei caffè e sulla stampa, usando un linguaggio e dei concetti che lo collocano tra i precursori del movimento repubblicano inglese[2]. L'innovativo pensiero di Harrington ebbe vasta fortuna, seppure principalmente postuma, ed esercitò un'influenza duratura non solo nell'Inghilterra moderna, in Scozia e in Irlanda, ma anche nell'Europa continentale[3] e in America. Inoltre, fu uno dei modelli ispiratori per teorie in là da venire: il repubblicanesimo in senso proprio, il materialismo economico, l'utopismo[4]; e, anticipando la filosofia della storia che Karl Marx avrebbe costruito nel XIX secolo, per il marxismo[5]. Una recente biografia intellettuale di Harrington è venuta a colmare la carenza di informazioni dovuta alla scarsità di documenti personali e familiari e alle poche notizie sulla vita di questo gentiluomo nato nel 1611 a Upton, nel Northamptonshire, il quale, sebbene devoto alla monarchia Stuart e al sovrano in carica[6], costruì l'ossatura politica del sistema repubblicano, decrittando il suo tempo in modo talmente acuto da far progredire l'idea, talora fraintesa o ritenuta sconsiderata dai contemporanei, di una utopica *Commonwealth*. Valicando i codici del suo tempo, esprimendo una sorta di profezia ideatrice di un sistema, Harrington brillò per nitore intellettuale tra gli altri scrittori "repubblicani", in quanto, piuttosto che sostenere che la comune ricchezza fosse il migliore dei regimi, provò ad affermare il valore dell'equilibrio del dominio in un'era

[2] R. Hammersley, *James Harrington: An Intellectual Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 70.
[3] Riguardo all'influenza del pensatore inglese sugli illuministi francesi, si veda il recente lavoro di M.-I. Ducrocq, *La république de Harrington dans la France des Lumières et de la Révolution*, Oxford, Liverpool University Press, Voltaire Foundation, 2022, e la nuovissima raccolta di saggi G. Mahlberg, T. Munck (a cura di), *Ideas Across Borders: Translating Visions of Authority and Civil Society in Europe c.1600–1840*, London, Routledge, 2024, due dei quali dedicati a Harrington: M.-I. Ducrocq, *Translation before translation: dissemination of Harrington's republican ideas in French in the eighteenth century*, pp. 101-117, e R. Hammersley, *Translations of James Harrington's political works during the French Revolution: genre, materiality and intention*, pp.118-135.
[4] H.F. Russell Smith, *Harrington and His "Oceana", a Study of a 17th Century Utopia and Its Influence in America*, Cambridge, The University Press, 1914, p. 199; J.G.A. Pocock, *The Political Works of James Harrington*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, I, p. 128 e ss. J.N. Shklar, *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago, University of Chicago Press, 1998: si veda l'intero capitolo 12, *Ideology Hunting: the Case of James Harrington*, in particolare le pp. 209-215; 220-222; F.E. Manuel, F.P. Manuel, *Utopian Thought in the Western World*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2009, pp. 335-339; 361-366.
[5] W. Calvin *Dickinson*, *James Harrington's Republic*, Washington (DC), University Press of America, 1983, p. 4.
[6] R. Hammersley, *James Harrington*, cit., pp. 25-40. Ricordiamo la storica biografia premessa da J. Toland alla sua edizione dei lavori politici di Harrington (J. Toland, *The Life of James Harrington*, in *The Oceana of James Harrington and his Other Works,* cit., pp. xiii-xli); quella, epocale punto di riferimento, di J.G.A. Pocock, che di Toland si dichiara debitore, nella introduzione a *The Political Works of James Harrington*, cit., pp. vii-xxiii; la breve, ma più recente, voce nella *Encyclopedia of Renaissance Philosophy*, a cura di M. Sgarbi, edita da Springer nel 2022, pp. 1481-1483. E, in italiano, G. *Schiavone*, *La figura di James Harrington, scienza politica e utopia*, *Introduzione* a J. Harrington, *La repubblica di Oceana*, traduzione, saggio introduttivo e note di G. Schiavone, UTET, Torino, 2004. Sul pensiero harringtoniano, ricordiamo il classico di J.C. Davis, *Utopia and the Ideal Society: A Study of English Utopian Writing 1516-1700*, Cambridge, Cambridge University press, 1983, e, dello stesso Davis, il più recente *Alternative Worlds Imagined, 1500-1700: Oceana and the narration of an alternative world: essays on radicalism, utopianism and reality*, London, *Palgrave* Macmillan, *2017*, in particolare il capitolo 10, *James Harrington's utopian radicalism*, pp. 205-226. Si vedano altresì, nel panorama italiano degli studi, quelli più risalenti di P. Treves, *Il pensiero politico di James Harrington*, in *Studi in onore di Gioele Solari*, Torino, Ramella, 1954 e *Politici inglesi del Seicento*, Milano – Napoli, Ricciardi, 1958; P. Zanardi, *Filosofia e politica nel pensiero di James Harrington*, Ferrara, Università degli Studi di Ferrara, 1989; A. Strumia, *L'immaginazione repubblicana. Sparta e Israele nel dibattito filosofico-politico dell'età di Cromwell*, Firenze, Le Lettere, 1991.

nella quale, se già la monarchia era incorsa nel fallimento, il Protettorato aveva nei fatti esautorato il parlamento[7]: solo un cambiamento di portata fortemente innovativa avrebbe potuto impedire il ripetersi della tragedia della guerra civile. Analiticamente, provò ad offrire prima la spiegazione storica della Rivoluzione e, dopo aver diagnosticato la malattia, la cura costituzionale valida per tutti i tempi. *Oceana* fu un'opera di consulenza dedicata al Lord Protettore, la "ricetta repubblicana", per risanare la situazione politica[8]

J. Scott, *James Harrington's prescription for healing and settling*, in M. J. Braddick, D. L. Smith (a cura di), *The Experience of Revolution in Stuart Britain and Ireland*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 190-209, pp. 191-192

. E la chiave della politica era la *prudenza antica*, nonostante, come Cromwell, Harrington avesse lo sguardo decisamente rivolto al futuro[9].

2. **Immaginando *Oceana***

> «*Was it madness to imagine such a thing, and is it done*?»
> James Harrington[10]

Harrington proveniva dalle fila della media nobiltà inglese, ed era legato da un rapporto personale a Carlo I[11]; tuttavia, era fermamente convinto, in ragione del proprio percorso culturale nonché della riflessione che andava conducendo sulla realtà inglese di quegli anni turbolenti e vitali, dell'ipotesi repubblicana[12]

M. Goldie, *The Civil religion of James Harrington*, in A. Pagden (a cura di), *The Languages of Political Theory in Early Modern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 1987, p. 205

---

[7] Il progetto, in un frangente nel quale Cromwell, in base ai termini *dell'Instrument of Government* «*was not obliged to call another parliament until 1657*» (C. Durston, *Cromwell's Major-Generals: Godly Government During the English Revolution*, Manchester, Manchester University Press, 2001, pp. 187-188) e più che un lord Arconte, sembrava un dittatore, dovette apparire pencolante tra realtà e utopia. M. Baldini, *La Storia delle utopie*, Roma, Armando editore, 1993, pp. 68-70; J. Servier, *Storia dell'utopia. Il sogno dell'Occidente da Platone a Aldous Huxley*, ediz. it. G. de Turris (a cura di), trad. it. C. De Nardi, Roma, Edizioni Mediterranee, 2002, pp. 123-124.
[8]

[9] R. Hammersley, *James Harrington*, cit., p. 17, p. 43, pp. 144-146, pp. 154-155. Riguardo alle posizioni più tardive di Harrington si veda il saggio di M. Dzelzainis, *Harrington and the oligarchs: Milton, Vane, and Stubbe*, in D. Wiemann, G. Mahlberg (a cura di), *Perspectives on English Revolutionary Republicanism*, Farnham, Ashgate, 2014, pp. 15-34. Eminente esempio di pensatore cristiano e repubblicano, Harrington considera la *ancient prudence* come «la saggezza antica rivelata all'umanità da Dio stesso per istituire e conservare i governi fondati sul bene comune». M. Viroli, *Il Dio di Machiavelli e il problema morale dell'Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. xx.

[10] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., p. 183.

[11] Harrington era stato *groom of the bedchamber* di Carlo I durante la sua prigionia a Holmby e nell'isola di Wight, e il sovrano conversava spesso con lui di politica. Mantenne un rapporto di fedeltà nei suoi confronti e, dopo essergli stato vicino durante il lungo periodo della prigionia, lo accompagnò fino al patibolo. D. Masson, *The Life of John Milton, Narrated in Connexion with the Political, Ecclesiastical, and Literary History of His Time*, 7 vol., London, Macmillan,1859-1880, vol. V, pp. 481-482.
[12]

. Galeotti gli studi? Nei fatti, vi fu una scissione, nella vita di questo complesso personaggio, tra la dimensione personale e quella politica. Harrington, che parlava diverse lingue, come alcuni inglesi di classe elevata cominciavano a fare in quel tempo – il *Grand Tour* diverrà chiave privilegiata dell'istruzione nel corso dei secoli successivi[13] -, viaggiò attraverso il continente europeo[14]; in particolare, come avvenne per John Milton[15], la conoscenza della realtà italiana unita alla lettura dei classici, pesò in maniera notevole sulla sua formazione, e connotò profondamente la sua teoria politica[16].

1. **Il geniale ispiratore**

Harrington fu un profondo conoscitore dell'opera di Machiavelli, e ne fu grande ammiratore, ritenendolo un difensore della politica come arte del buongoverno, nonostante la diffusa opinione contraria[17]. Un approfondimento della logica machiavelliana mostra come sia segnata da quella aristotelica[18]

P. Di Patre, *L'impianto aristotelico della nuova etica machiavelliana*, in *Ingenium. Revista Electrónica de Pensamiento Moderno y Metodología en Historia de las Ideas*, n. 18, 2024, pp. 15-26, p. 25

; e sia nelle opere del pensatore inglese come in quelle del fiorentino sono evidenti i debiti nei confronti di una comune tradizione filosofica e retorica. La conoscenza da parte di *Machiavelli della Politica di Aristotele,* probabilmente mediata *dal commento dell'Aquinate, appare evidente, tanto che la durevole originalità di Machiavelli* consisterebbe nell'aver concepito la politica come un'«arte» nell'accezione aristotelico-tomistica del termine, ossia come un'attività priva di connotazioni morali e orientata verso la produzione di oggetti[19]. E la *Politica* di Aristotele, filtrata come tutta la tradizione del pensiero greco attraverso la lettura del pensiero medievale, tomistico in particolare, era stata ampiamente studiata da Harrington. Il realismo di Machiavelli, la subordinazione del pensiero filosofico alle pratiche e alle tecn-

[13] R. Alibrandi, The *Cultural and Political Impact* of *Visit* to *Sicily based on British Grand Tour Accounts* (*xvii-xix centuries*), in *Mediterranean Chronicle*, n. 5, 2015, pp. 161-176, pp. 161-162.
[14] R. Alibrandi, *Rivoluzione Sovranità Libertà. L'aurora della modernità*, Napoli, La Città del Sole, 2015, pp. 124-127.
[15] Tra i repubblicani inglesi dell'epoca delle guerre civili, dell'interregno cromwelliano e della restaurazione monarchica, in particolare negli anni ricompresi tra l'esecuzione del sovrano (1649), la morte di Cromwell (1658) e la restaurazione (1660), John Milton (1608-1674) è il personaggio il cui percorso intellettuale e di vita più si avvicina a quello di Harrington. Anch'egli sarà drammaticamente colpito dal naufragio dell'esperimento repubblicano; anch'egli – di notevole carisma, dedito a una infaticabile attività scrittoria, devoto a una causa con ostinato disinteresse – riceveva come premio per tale devozione dolore e ignominia: una vita compiuta ma fratturata in due parti, disconnessa (per usare un termine contemporaneo), nell'ultima, dalla nuova realtà. In più, a Milton si deve, nell'ambito di una produzione letteraria non uniforme, il frutto poetico di un'arte raffinata, che affonda le radici e le ragioni nel cristianesimo che la domina permeandone i versi, in un tempo in cui il cristianesimo era terreno di convenienti dissidi.
[16] Harrington dopo la Restaurazione fu arrestato con l'accusa di tradimento, imprigionato, quindi mandato al confino. Non ottenne mai un processo pubblico. L'esperienza minò in modo definitivo la sua salute.
[17] M. Viroli, *Dalla politica alla ragion di Stato: la scienza del governo tra XIII e XVII secolo*, Roma, Donzelli, 1994, pp. 83-84.
[18]
[19] C. Ginzburg, Machiavelli, l'eccezione e la regola. Linee di una ricerca in corso, in Quaderni Storici, vol. 38, n. 112, 2003, pp. 195-213, pp. 204-205.

iche dell'arte della politica, produssero risultati peculiari, ben al di là di ogni precedente schema. Quando Firenze attraversò la fase di crisi della repubblica, Machiavelli operava all'interno di essa ed era padrone degli strumenti teorici come della prassi politica. Queste condizioni gli permisero di attuare un magistrale superamento della lezione del passato e di offrire, ne *I Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, alla cui stesura dedicò diversi anni, tra il 1513 ed il 1521, una lettura del testo liviano che compiva una significativa sintesi tra le esperienze del passato e la condizione presente. Il Segretari*o* finì così col formulare tesi di dimensione universale, teorizzando sul modo in cui le repubbliche nascono, crescono e deperiscono; su come lo Stato tenda, per un principio naturale di corruzione, a degenerare dai fini per i quali è stato creato; sui soggetti che portano le armi e quindi sono in grado di difendere la repubblica[20]. «Il maggior pensatore politico italiano di tutti i tempi»[21] fu per Harrington un maestro del disincanto, e se le vie attraverso le quali il suo messaggio è arrivato al presente sono molteplici, ci piace pensare che la trattatistica harringtoniana sia una di esse, traghettata al di là dell'Atlantico dai *Founding Fathers* della Rivoluzione Americana. Il concetto di virtù armata – usato da Machiavelli per trasformare la partecipazione dei molti in cittadinanza -, nel contesto americano si è evoluto in una sorta di *civic religion* direttamente riconducibile alle posizioni di Harrington, al quale la *material foundation* della repubblica appare condizione necessaria per assicurare *personal authority*, *liberty*, *virtue* (la virtù machiavelliana, ricordiamolo) e *equality*, ed è supportata prima dalle armi, quindi dalla proprietà, ovvero proprietà della terra, poiché la *freehold land* è una base più stabile del commercio[22]. In *Oceana* si sostanzia una profonda riflessione machiavelliana sulla storia. Pensata negli anni in cui si consolida il potere del Lord Protettore, attraverso la chiave di lettura fornita da Machiavelli e dai modelli di Stato costruiti da Aristotele, dipinge la realtà fattuale ed apre alle ipotesi costituzionali per l'Inghilterra, con l'ambizione, espressa, di disegnare un modello[23].

2. **Il "rivale" contemporaneo**

Le teorie sull'origine della monarchia assoluta configurano, da una parte, il processo di passaggio da un primitivo stato di natura allo stato sociale, e, dall'altra, quello della autoesautorazione del potere dei singoli nell'atto di conferimento del medesimo al sovrano o al corpo politico. Tracciare il percorso filosofico della legge che giunge fino ad Harrington non può prescindere da qualche cenno su Thomas Hobbes, il progenitore dell'idea contrattualistica, in base alla quale, nel consociarsi, i soggetti si spogliano della propria libertà trasferendola ad un organismo più ampio, la collettività, come se vi fosse un originario contratto alla base della volontaria traslazione dei poteri individuali tra il singolo e l'ins-

[20] R. Alibrandi, Rivoluzione, cit., pp. 124-126.
[21] Si veda il bel saggio di Pier Paolo Portinaro, *Le mani su Machiavelli: Una critica dell'«Italian Theory»,* Roma, Donzelli, 2018, al quale dobbiamo la definizione. Peraltro, James Harrington è stato a sua volta definito il «maggiore e più acuto fra gli interpreti di Machiavelli di tutti i tempi». G. Procacci, *Machiavelli nella cultura europea dell'età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 235.
[22] John G.A. Pocock, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition,* Princeton (NJ), Princeton University Press, 2016, p. 202; pp. 383-389; p. 463; p. 534.
[23] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., p. 81 e ss.

ieme di soggetti che compongono la società civile, che diviene società politica. L'obiettivo che si persegue è la cessazione del *bellum omnium contra omnes*, cioè il raggiungimento delle condizioni necessarie alla sopravvivenza. Hobbes, che di Harrington fu contemporaneo e al quale sopravvisse di un paio d'anni, scrive un trattato politico di eccezionale interesse destinato ad essere pietra di paragone per le dottrine successive, dal quale sono scaturite espressioni divenute modo comune di esemplificare l'umana condizione di perenne dissidio. Il sostenitore più logico, più coerente, più razionale del principio dell'assolutismo monarchico, formula un pensiero esplicativo del clima politico e delle condizioni di incertezza d'un Paese che non avrebbe potuto trovare la stabilità se non nella formazione di una monarchia nuova (o nel ritorno alla vecchia)[24]; da Hobbes in avanti, sarà rispetto alla sua dottrina che altre teorie politiche troveranno confronto, limite, spunto, a partire dal tema principe, la libertà[25]. La portata ideologica di un tal personaggio non può essere confinata al suo ragionamento sulla natura umana, o a una filosofia civile contingente elaborata in quel periodo di estrema turbolenza politica nel quale venne composto il Leviatano. Piuttosto, è espressione di un'epoca. La riflessione sull'uomo offre la prima, immediata spiegazione del carattere necessariamente conflittuale dei rapporti sociali, e fornisce fondamento teorico alla guerra spontanea e generalizzata insita nelle relazioni umane in assenza di «un potere comune che ritenga tutti in soggezione». La naturale disposizione al conflitto perpetuo è l'espressione riassuntiva di ciò che connota gli uomini rispetto agli altri animali. L'analisi, poi, del rapporto dell'uomo con la divinità, colloca Hobbes in un posto a sé stante fra cattolici e protestanti, in quanto lo rivela lucidamente ateo: «alcuni poeti antichi dicevano, che gli dèi furono dapprima creati dall'umana paura, il che, detto riguardo agli Dèi (ovvero, i molti Dèi dei gentili) è verissima»[26]. E nelle peculiarità dei poteri soprannaturali, egli rintraccia l'origine dell'uso politico della religione come *instrumentum regni*. Il timore per le cose è il seme naturale della religione, e questi semi vengono coltivati da due specie di uomini, la prima secondo una propria invenzione, la seconda per ordine di Dio, ma ambedue con lo scopo di rendere i loro seguaci il più possibile «*apt to Obedience, Lawes, Peace, Charity, and civil Society. So that the Religion of the former sort, is a part of humane Politiques*»[27]. Indipendentemente dal suo valore di verità, la funzione della religione può essere anche quella di stabilizzare l'incostante predisposizione all'obbedienza. Se la fragilità della sovranità e del potere umano espongono la convivenza civile al problema di tornare continuamente allo stato di caos e alla guerra di tutti contro tutti, predisporre un incentivo religioso al rispetto delle leggi civili costituisce un'ottima strategia

[24] R. Alibrandi, *Rivoluzione*, cit., pp. 115-116. Nell'ambito della vastissima bibliografia su Hobbes, si vedano D.P. Gauthier, *The Logic of Leviathan. The Moral and Political Theory of Thomas*, Oxford, Clarendon Press, 1969; N. *Bobbio, Thomas Hobbes*, Torino, Einaudi, 1989; G. Borrelli, *Il lato oscuro del Leviathan. Hobbes contro Machiavelli*, Napoli, Cronopio, 2009, e, con una interessante prospettiva riguardo alla recezione di Hobbes in Irlanda, il nuovissimo lavoro di M. Ward, *Thomas Hobbes and Political Thought in Ireland (1660-1730). The Leviathan released*, Oxford, Oxford University Press, 2024.
[25] A.C. Houston, *Algernon Sidney and the Republican Heritage in England and America*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1991, pp. 117-118.
[26] T. Hobbes, *Leviathan. Or The Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and civill*, London, printed for Andrew Crooke, 1651, p. 83. Da qui in avanti, traduzione nostra.
[27] T. Hobbes, *Leviathan*, cit., p. 85.

per rafforzare il potere politico, mediante il monito di ineluttabili punizioni e premi. Per questo «i primi fondatori e legislatori di Stato fra i Gentili, i cui fini erano solo quelli di mantenere il popolo in obbedienza e in pace, in ogni luogo si sono dapprima preoccupati di imprimere nella mente di esso la credenza che quei precetti che essi davano relativamente alla religione non si poteva pensare procedessero dalla loro inventiva, [...] in secondo luogo, hanno avuto cura di far credere che le cose che dispiacevano agli dèi erano le stesse che proibivano le leggi»[28]. E Hobbes non può che approvare questa strategia fondativa della società civile. Inoltre, l'analisi della natura umana offre la possibilità di comprendere in modo unitario le due differenti forme di conflittualità – riguardo ai beni terreni e alle differenti opinioni religiose -, che devono essere risolte per produrre la convivenza pacifica degli uomini in società[29]. Il nesso tra obbedienza dei cittadini e sovranità dello Stato è fondamentale, e il potere «si sostiene su un duplice obbligo dei cittadini: quello nei confronti dei concittadini e quello nei confronti di chi ha il potere»[30]. Tale duplice obbligo non è solo all'origine del potere sovrano, ma anche dell'esistenza del popolo. Ciò che definisce quest'ultimo come unità, segnando la sua differenza specifica rispetto alla moltitudine, è infatti l'identica soggezione dei cittadini che la compongono all'identico potere sovrano. Hobbes afferma l'origine artificiale della sovranità e parte dall'analisi del primitivo stato di natura, caratterizzato da un'uguaglianza di fatto. Tale iniziale uguaglianza conduce alla guerra, che rende la vita degli uomini solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve[31]. Concentrando la sua attenzione sull'individuo, nota come i rapporti di sovranità e di soggezione siano costruiti a posteriori sul cupo sfondo d'uno stato naturale infelice e insicuro, e che l'orologio al quale, nella prefazione al *De Cive*, paragona lo Stato[32], è passibile di essere decostruito. Conferisce così alle sue tesi un portato eversivo: l'individuo, in quanto si consocia, è *in nuce* il cittadino moderno, ma la sua natura intrinseca non muta («la lingua dell'uomo è una tromba di guerra e di sedizione»[33]); il suo rapporto con lo Stato può logorarsi al punto di giungere al momento rivoluzionario. Non è casuale che già dagli anni immediatamente successivi alla pubblicazione del Leviatano, contro Hobbes si siano dirette le aspre critiche dei legittimisti e dei sostenitori della monarchia per diritto divino[34]. E che, rispetto alla copiosa letteratura sul filosofo, in questa chiave di lettura presenti ancor oggi qualche interesse la visione "reazionaria" del suo genio diabolico, che lo conside-

[28] T. Hobbes, *Leviathan*, cit., p. 85.
[29] J. Rawls, *Lectures on the History of Political Philosophy* (2007), *Lezioni di storia della filosofia politica*, traduzione italiana di V. Ottonelli, Milano, Feltrinelli, 2009, pp. 32-33.
[30] T. Hobbes, *De Cive*, edizione italiana a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1979, p. 144.
[31] T. Hobbes, *Leviathan*, cit., p. 96.
[32] «Come in un orologio o in un'altra macchina un poco complessa non si può sapere quale sia la funzione di ogni parte e di ogni ruota, se non lo si scompone, e si esaminano separatamente la materia, la figura, il moto delle parti, così nell'indagine sul diritto dello Stato e sui doveri dei cittadini si deve, *se non certo scomporre lo Stato*, considerarlo come scomposto, per intendere correttamente quale sia la natura umana, in quali cose sia adatta o inadatta a costruire lo Stato, e come debbano accordarsi gli uomini che intendono riunirsi». T. Hobbes, *De Cive*, cit., p. 71.
[33] T. Hobbes, *De Cive*, cit., p. 126.
[34] Si vedano J. Bowle, *Hobbes and His Critics. A Study in Seventeenth Century Constitutionalism*, London, Cape, 1951; S.I. Mintz, *The Hunting of Leviathan. Seventeenth-century Reactions to the Materialism and Moral Philosophy of Thomas Hobbes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1962.

ra l'inventore del sistema del contratto sociale e della delegazione del potere, nel disegno di stabilire il più assoluto dispotismo[35]. Hobbes segna dunque l'atto di nascita dell'individuo moderno, che esce dalla condizione naturale vestendo i panni del cittadino nel momento della stipula del patto coi simili, anche quando non si sia ancora in presenza del potere comune che ne garantisca il rispetto. Lo sviluppo del pensiero politico successivo, mentre tiene fermi alcuni dei presupposti fondamentali (in primo luogo, la centralità dell'individuo), introdurrà una serie di mediazioni che attenuano la forza eversiva delle tesi, e rendono più comprensibile il passaggio dallo stato di natura allo stato civile, pur rimanendo nel quadro delle teorie contrattualistiche in cui prenderanno forma alcune delle categorie fondamentali della politica moderna[36]. L'individuo nato con Hobbes diviene cittadino[37] con il decisivo contributo che, sul finire del Seicento, sarà apportato dall'opera di John Locke[38], nel cui impianto teorico sarà la proprietà a porsi come baricentro della nuova antropologia politica. Obiettivo di Hobbes, d'altra parte, non è stato quello di giustificare un momento rivoluzionario che non avrebbe vissuto, come la *Glorious Revolution*, ma giustificare lo Stato assoluto. Che sia quello dell'esiliato figlio del re decapitato (colui che poi sarebbe diventato Carlo II e di cui è precettore quando è ancora principe) oppure quello del Paese nel quale si trovava a risiedere per un certo periodo, la Francia dell'assolutismo di Luigi XIV, poco importa: il problema è costruire, giustificare, la costruzione del modello assolutistico[39].

3. **Una nuova dottrina politica**

Harrington elabora una teoria politica, che, spenti gli ardori rivoluzionari, possa contrapporsi all'idea dilagante che la situazione richieda necessariamente una virata di stampo assolutistico che, di fatto, Cromwell è destinato a realizzare. In un'epoca connotata dai *pamphleteers* egli non segue i canoni pungenti della libellistica propri dei movimenti minoritari, né della critica moralistica alla Milton, ma conduce una riflessione di tipo scientifico; costruire il suo personale modello dottrinale gli richiede la sistematica scrittura di fiumi di pagine, per comporre trattazioni spesso prolisse, che mancano di riscuotere grandi plausi dai contemporanei. *Oceana* è maniacalmente scandita in classificazioni, descrizioni, puntualizzazioni e ripetizioni apparentemente inutili, ma che rispondono a una esigenza non meramente autoreferenziale: esplicitare le istanze, nel corso del progressivo rafforzarsi del potere personale del Lord Protettore, di gruppi di soggetti preoccupati della piega che

[35] Secondo questa interpretazione, Hobbes teorizzava il dispotismo «al fine secondo egli pretende, di conservar la pace. Partigiano del futuro Carlo II, egli seguì questo principe a Parigi ove scrisse le due opere di cui io parlo, non già per difendere i veri diritti del re, ma per tentare di giustificare o colorire tutti gli abusi della possanza reale» C.L. Von Haller, *La restaurazione della scienza politica*, Dall'Ufficio dell'Eco dell'Esperienza, Napoli 1851, p. 20.
[36] R. Alibrandi, *Rivoluzione*, cit., p. 121.
[37] P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 2, *L'età delle rivoluzioni (1789-1848)*, Laterza, Bari 2000, p. 10, p. 506.
[38] Riguardo al grande filosofo (1632-1703) il quale durante la Rivoluzione era un ragazzo, negli anni della dittatura di Cromwell studiava a Oxford, e visse l'ultima fase del Seicento inaugurando nuove prospettive di pensiero rispetto ai predecessori, si rimanda a R. Alibrandi, *Rivoluzione*, cit., pp. 145-158.
[39] R. Alibrandi, *Rivoluzione*, cit., pp. 115-123.

stanno prendendo gli eventi, ancora legati all'idea primaria del modello repubblicano. Harrington sviluppa un pensiero che possa contrapporsi alle nuove, e quanto mai vecchie, formulazioni teoretiche di come le esigenze di governo e la necessità di una stabilità politica giustifichino una nuova tirannia, propugnando strenuamente, controvento, una teoria della politica ancora fortemente repubblicana, e a lui si devono le proposte più lucide. Il *New Model Army*, composto da gente comune, reclutata nelle campagne, nelle città, nei ceti artigianali, mercantili[40], rispecchia la società inglese; non bisogna dimenticare che è quell'esercito col quale si sono duramente dovuti confrontare Cromwell ed Ireton a Putney, ove si tracciano prospettive riguardo alla partecipazione popolare quale elemento costitutivo di una organizzazione del potere radicalmente innovativa non solo riguardo alla monarchia, ma anche alla dittatura parlamentare del Lord Protettore[41]; è quell'esercito che ha determinato la decapitazione di Carlo I, lo sconvolgimento del *Rump Parliament*. È un soggetto politico, proprio come l'esercito dei cittadini in armi del quale parla Machiavelli[42]. Ed ora, il retroterra culturale repubblicano del *New Model Army* si preoccupa dei tentativi di ritorno monarchico, delle nuove forme di concentrazione del potere in capo a un unico soggetto. Harrington ha messo a frutto la conoscenza della scienza della politica così come si va dipanando da Machiavelli in avanti, ha presente l'esperienza costituzionale di alcune città italiane ed in particolare di Venezia (della quale riproduce il modello nella sua *Oceana*: una repubblica in cui tutti devono essere cittadini, ma comunque una repubblica aristocratica), e ha assimilato il pensiero aristotelico sulla partecipazione dei cittadini alla vita della repubblica e sulle cause delle trasformazioni al suo interno dovute alle lotte per la ripartizione della ricchezza. La sua riflessione assume una ulteriore connotazione: posto che vi sia tale rapporto tra la trasformazione degli Stati e la distribuzione della ricchezza, l'unico modo per formare una repubblica che sopravviva è impedire la concentrazione della ricchezza. Spostando l'analisi sul piano storico, secondo Harrington è accaduto che quando la ricchezza si è concentrata nelle mani di un solo soggetto, si è affermato l'assolutismo monarchico. Il teorema è semplice: il potere scaturisce dal modo in cui è distribuita la ricchezza, che determina la configurazione dello Stato. Tale impostazione è per molti versi rivoluzionaria nel senso che pone in luce un elemento che mai era stato posto in evidenza prima: non si tratta di forza, né di valore, né di nobiltà: è la ricchezza che ha un ruolo determinante per detenere il potere. Certo, Harrington è pur sempre un uomo del suo tempo, immagina quasi esclusivamente la ricchezza nei termini del possesso della proprietà fondiaria, ma è altrettanto vero che questa consapevolezza del ruolo decisivo che il dato della struttura economica assume nel determinare la forma dello Stato, è assolutamente innovativa. In questo Harrington va anche al di là del pensiero del maestro Machiavelli; considerato utopista, lo è tanto poco da imprimere, partendo dal dato di realtà, carattere razionale ad una riflessione fondata sullo

[40] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., pp. 186-187.
[41] A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito*, in A. Torre, J.O. Frosini (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2012, pp. 20-21.
[42] J. Harrington, *The Prerogative of Popular Government being a Political Discourse*, in *The Oceana of James Harrington and his Other Works,* cit., pp. 318-319.

studio della storia. Ripercorrendo i secoli passati, analizza il processo attraverso il quale, a fronte di una feudalità debole, dopo la guerra delle Due Rose, Enrico VII ha operato una redistribuzione fondiaria. L'assunzione del potere politico, originariamente determinata dalla concentrazione della proprietà fondiaria nelle mani di un numero relativamente ridotto di famiglie non corrisponde più alla parcellizzazione della stessa e all'indebolimento politico delle casate tradizionalmente titolari del potere. E, secondo il corollario harringtoniano del rapporto ineliminabile tra forma di governo e distribuzione della proprietà, la rottura del sistema proprietario medievale pone fine al predominio della feudalità inglese: non è un caso infatti che, dopo Enrico VII, il suo successore Enrico VIII continui su questa linea di tendenza, e dopo lo scisma, espropriando le terre della Chiesa, operi un'ulteriore ripartizione territoriale[43].

2. ***Had he a dream?*** **Il sogno repubblicano**

«Why may we not as well have golden Dreams of
what this Commonwealth may be?»
James Harrington[44]

Dopo l'esecuzione di Carlo I, Harrington per alcuni anni vive tra i libri, scrivendo, traducendo e, soprattutto, *«dreaming dreams»*[45]; si dedica alle speculazioni sulla scienza politica che lo avevano affascinato fin dai tempi in cui era studente a Oxford, approfondendo lo studio dei testi filosofici; elabora le proprie osservazioni, con l'arricchimento datogli dai viaggi, per poi uscire dal suo isolamento enunciando un ideale *«of a body-politic than had yet been explained to world»*[46]. Figura seminale nel solco di una tradizione speculativa che si interrogava su quale insieme di istituzioni garantisse all'individuo la libertà dallo strapotere dei tiranni, Harrington supera l'enfasi sulla libertà senza lasciarsi distogliere dalla più ampia questione della legittimità che motiva il suo repubblicanesimo. L'assioma, come detto, è chiaro: a) la libertà che la proprietà conferisce è una condizione necessaria ma insufficiente per un governo *de jure*; b) la libertà popolare che la distribuzione della ricchezza assicura deve essere integrata dall'autorità affinché il regime diventi legittimo; c) la legittimità repubblicana richiede il connubio tra potere popolare e virtù aristocratica. E la legittimità, tornando al punto di partenza, comporta sia un'ampia distribuzione della proprietà sia l'integrazione dell'autorità, nel senso romano di *auctoritas*, nella costituzione politica. Governo *de jure* e governo de facto possono essere conciliabili, ed è questo il compito dell'arte politica[47]. L'esplicitazione della teoria della sovranità equilibrata *(balanced sovereignty)* di Harrington implica che la soluzione all'anarchia sia un governo misto, nell'ambito del quale la rappresentanza politica svolga il ruolo di integrare i vasti e vari interessi materiali nella compagine istituzionale. L'umano egoismo, piuttosto che essere negato, viene

[43] R. Alibrandi, *Rivoluzione*, cit., p. 130.
[44] J. Harrington, *The Third Book containing a Model of popular Government*, The Preface, in The Oceana *of James* Harrington and his Other Works, cit., p. 434.
[45] D. Masson, *The Life of John Milton*, cit., vol. V, p. 481.
[46] D. Masson, *The Life of John Milton*, cit., vol. V, p. 482.
[47] C. Gabrielli, *James Harrington e la concezione del «commonwealth» come organismo,* in *Rivista Di Storia Della Filosofia*, vol. 64, n. 3, 2009, pp. 469-490, pp. 478-479, p. 479 n. 37.

orientato, proprio per appagare gli interessi di tutti, verso il bene comune[48]. La convinzione che gli accordi istituzionali possano costringere i comportamenti auto-interessati a servire l'interesse comune, esplicitata da questo repubblicano del XVII secolo, noto soprattutto per la sua teoria sulle fondamenta economiche del potere e delle forme politiche, sarà alla base del sistema di poteri separati e di pesi e contrappesi centrale dell'ordinamento costituzionale americano. Come scrisse John Toland nella sua narrazione introduttiva a Oceana della vita di Harrington, *«empire follows the balance of property»*[49]. In buona sostanza, i problemi dell'epoca non erano dovuti esclusivamente «all'intemperanza delle fazioni, al malgoverno di un re o alla testardaggine di un popolo, ma al cambiamento dell'equilibrio della proprietà»; l'opinione fondativa di Harrington fu che la stabilità del regime dipendesse, in una società, dalla equilibrata distribuzione della proprietà, e su essa pose le basi della sua *Commonwealth*[50]. Occorre difatti mettere in rilievo come il rapporto tra eguaglianza (ovvero equa ripartizione dei beni) e possibilità di sopravvivenza di una repubblica rappresenti il concetto centrale della riflessione harringtoniana, e, come si è messo in rilievo, introduce un corollario politico di eccezionale interesse come quello del rapporto ineliminabile fra distribuzione della proprietà e forma di governo. L'idea non solo è modernissima, ma persino rivoluzionaria, anche se Harrington la formula a vantaggio della classe dei medi proprietari terrieri inglesi. Ma quest'idea, su cui si innescano le teorie inglesi sulle possibili forme di governo, sopravviverà e avrà una sua diffusione autonoma, ben al di là dell'immaginazione, pur fervida, del nostro Autore, anche in forza della straordinaria vicenda nella quale nasce e si afferma. Scendendo nei dettagli che tanto amava descrivere, secondo Harrington la monarchia è la forma di governo corrispondente alla distribuzione della proprietà che la attribuisce, tutta o in maggior parte, a una sola persona; nella società aristocratica la proprietà è distribuita in modo più ampio, ma ancora concentrata nelle mani di una nobiltà; infine una commonwealth si realizza in uno scenario in cui la proprietà è molto più ampiamente distribuita e di conseguenza vi è una maggiore partecipazione del popolo al governo. I regimi che impongono una forma politica non correlata alla descritta distribuzione della proprietà si affidano alla forza e sono quindi tirannici e intrinsecamente instabili; difatti, se l'impero si fonda sul dominio, e il dominio è una proprietà, la natura dell'impero risponde ai criteri di proporzione di tale dominio e la *foundation* di un sistema consiste appunto nella sua equilibrata distribuzione: e Harrington lo scrive e riscrive in modo martellante, quasi ossessivo[51]. Se si usa la forza, il governo non è naturale, ma violento; e quindi, se esercitato da un principe, è tirannia; se da pochi, è oligarchia; o, se è potere del popolo, è anarchia. Ognuna di queste condizioni

[48] C. Gabrielli, James Harrington, cit., p. 471.
[49] Toland sintetizzò così la didascalica premessa a J. Harrington, *The Prerogative of Popular Government*, cit., p. 236.
[50] J. Toland, *The Life of James Harrington*, cit., p. xviii.
[51] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., pp. 37-40.

di governo[52] è di breve durata, perché è contro la natura dell'equilibrio che distrugge ciò che gli si oppone[53]. Dalla storia quindi Harrington trae la conferma della propria teoria sul rapporto tra ripartizione della proprietà e sistema politico per concludere che il movimento rivoluzionario è inevitabile in quanto è la necessaria conseguenza della trasformazione della società e della proprietà fondiaria inglese. L'approdo alla repubblica non è una scelta volontaristica di questo o quel legislatore, è il risultato quasi automatico di una trasformazione che è avvenuta, prima che nelle strutture istituzionali, nelle strutture della società[54]. E tuttavia questa piena irreversibilità del processo non si verifica. Harrington, se solo ne avesse avuto il tempo, avrebbe potuto obbiettare che tale processo non è arrivato a pieno compimento, e che occorre fissare dei correttivi per arginare possibili derive. Difatti, uno degli elementi centrali del suo ragionamento è che il legislatore di una ideale repubblica debba impedire che possa verificarsi la concentrazione della proprietà; e che, per la sopravvivenza della stessa, il rapporto tra cittadini liberi debba essere non solo garantito dal possesso delle armi, ma anche da una sostanziale eguaglianza delle condizioni economiche, nella quale si rispecchia la struttura istituzionale. Prima di morire, Harrington vedrà per brevissimo tempo la Restaurazione di Carlo II. Gli sarà, su tutti i piani, nefasta[55]. Il sogno di Harrington, destinato a divenire pietra miliare del sistema costituzionale ultra-atlantico, tuttavia non troverà, se non molto tardi, un'eco nell'Europa continentale, ad opera di un magistrato francese molto attento alle condizioni di fatto, che tenta di collegare le istituzioni con queste ultime. Montesquieu costruirà una teoria in cui il rapporto non sarà tra istituzioni e proprietà ma tra istituzioni e clima, natura, ambiente: un tentativo importante di togliere dall'Empireo, nel quale continuavano a navigare, i vari modelli di tradizione aristotelica, per collegarli ad una realtà concreta, ma sarà una scelta di tipo diverso da quella harringtoniana e, in ultima analisi, meno acuta riguardo alla concreta istanza che le ragioni della proprietà rappresentano. Harrington prescinde da qualsiasi valutazione di tipo etico e disseziona il cadavere del sistema monarchico: se si vuole la repubblica non vi è altro sistema che frazionare la proprietà, e i mutamenti che vive gli consentono di impostare su queste basi il suo ragionamento. E questa è un'ulteriore dimostrazione di come il periodo compreso tra il 1640 e il 1660 sia stato davvero rivoluzionario, nel senso che ha liberato una serie di energie e capacità intellettuali che hanno prodotto risultati che vanno ben al di là delle contingenze immediate: se la Restaurazione ripristina, in una certa misura, alcune istituzioni scardinate nel periodo rivoluzionario, non può impedire gli effetti delle elaborazioni condotte da una nuova *historical intelligence* capace di sintetizzare gli schemi del cambiamento sociale che fissano i risultati conseguiti nella guerra civile nel lungo periodo e persino in processi storici di portata universale[56], né che l'opera di un autore come Harrington continui ad essere letta e diffusa, assurgendo a

[52] Per Harrington, *confusions*.
[53] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., p. 40.
[54] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, pp. 270-272.
[56] J.G.A. Pocock, *Introduction* to Harrington. The Commonwealth of Oceana and A System of Politics, Cambridge University Press, Cambridge 1992, p. XVI.

compendio dell'ideale politico e religioso[57]. Inoltre, la trattazione della repubblica e della *Commonwealth*[58] che, una volta fondata, ha il compito di ampliare i propri territori, adombra una forma di imperialismo *in nuce*[59]. In effetti si tratta della proiezione a livello teorico della politica estera del Lord Protettore. Sono gli anni nei quali l'Inghilterra si è dotata di una forte flotta e tenta esperimenti espansionistici non soltanto con l'attività della guerra di corsa, ma anche, soprattutto in un determinato momento, con l'ambizioso obiettivo di costituire una sorta di Stato unico con i potenti Paesi Bassi, avvalendosi in modo utilitaristico della comunanza di religione. L'Olanda, decifrati i propositi di annessione degli invadenti vicini, come è noto scatena una guerra. L'Inghilterra vuole rompere un isolamento che non si adatta più alle nuove potenzialità del paese e alle esigenze dei ceti mercantili, che da una parte sono tagliati fuori dalle grandi correnti della ricchezza: il denaro scorre dalle colonie portoghesi o spagnole mentre la Virginia e le altre terre sottoposte alla Corona non rendono tanto da istituire un circuito virtuoso tra madrepatria e colonie. Dall'altra parte, verso l'Oriente, l'Inghilterra è bloccata dai Paesi Bassi; piuttosto che fare guerra alla Spagna per il mercato occidentale, si pensa all'alleanza coi vicini per quello orientale, che potrebbe essere fondato sulla comunanza di religione che affratella: l'ombra del Lord Protettore si affaccia oltre il mare del Nord. Al di là delle conseguenze immediate, mediate, e a lungo termine nel contesto europeo, la teoria di Harrington che una repubblica per essere tale deve anche allargare la propria sfera d'azione ed esportare il proprio modello di governo, ha una duratura ricaduta oltreoceano[60].

L'idea che l'impero di *Oceana* potenzialmente fosse senza limiti riemergerà in contesti diversi e lontani nel tempo, e avrà gran rilievo nella formazione della cultura politica della giovane potenza che si affaccia in modo preponderante alla scena mondiale, l'America[61], specie dopo la Rivoluzione, ove nella prima fase costituzionale il pensiero politico di Harrington, essenziale per cogliere i movimenti concreti attraverso i quali si sostanzia la Rivoluzione inglese nella fase del Protettorato, fa presa sotto diversi profili[62]. La tensione al perseguimento della virtù fa da sottofondo al paradigma della scienza politica repubblicana dei Padri Fondatori; la dimensione religiosa del pensiero costituente si fa vessillo della libertà di espressione e di culto; la definizione del sistema di proprietà della terra si traduce nell'espansione agraria[63], in perfetta consonanza con la realtà sociale di un paese nel quale non è mai esistito il feudalesimo né i conflitti tra i ceti, almeno non con i connotati che assumono in Europa[64].

---

[57] M. Walzer, *The Revolutions of the Saints*, cit., p. 3; G. Burgess, *Religious war and Constitutional Defence,* cit., p. 206.
[58] J. Harrington, *The stumbling block of Disobedience & Rebellion, Cunningly imputed by P.H. unto Calvin, removed in a letter to the said P.H. from I.H.*, London, Printed for D. Pakeman, at the Rainbow in Fleet street, 1658.
[59] J. Harrington, *The System of politics delineated in short and easy aphorisms, published from the Author's own Manuscript*, in *The Oceana of James Harrington and his Other Works,* cit., pp. 539-540.
[60] J. Harrington, *The System of politics*, pp. 530-531.
[61] E.G. Andrew, *Imperial Republics: Revolution, War and Territorial Expansion from the English Civil War to the French Revolution*, Toronto, Toronto University press, 2011, pp. 38-45.
[62] R. Alibrandi, *Rivoluzione,* cit., pp. 132-133.
[63] M.N.S. Sellers, pp. 126-132.
[64] J.G.A. Pocock, *The Political Works of* J. Harrington, cit., I, pp. 144-152.

Avviene infine la pratica traduzione del pensiero harringtoniano sulla libera professione della religione, senza la quale non vi è quella libertà di coscienza dalla quale discende la libertà civile, e del corollario secondo il quale «ovunque gli uomini hanno parte alla proprietà, agli impieghi civili, e militari, hanno anche i mezzi di assicurare la libertà di coscienza»[65].

3. **L'equazione di Harrington**

«And if Reason be nothing else but Interest, and the Interest of
Mankind be the right Interest, then the Reason of
Mankind must be right Reason».
James Harrington[66]

Lo Stato di diritto, un tempo ampiamente abbracciato ed emulato, si trova ora ad affrontare serie minacce alla sua vitalità. Per orientarci dobbiamo tornare ai principi fondamentali. Harrington articola e difende una concezione completa, coerente e convincente dello Stato di diritto e la difende contro le gravi sfide alla sua intelligibilità, rilevanza e forza normativa. Ma qual è oggi l'ambizione dello Stato di diritto? In modo sempre più evidente, anzi, necessario, quella di fornire protezione e ricorso contro l'esercizio arbitrario del potere utilizzando gli strumenti distintivi della legge. Il diritto è un baluardo di protezione, una briglia per i potenti e un vincolo che costituisce e tiene insieme la politica e dà espressione pubblica a un modo ideale di associazione. Da questo nucleo centrale discendono immediatamente due principi: la sovranità della legge, che esige che coloro che esercitano il potere governino con la legge e che la legge li governi; l'uguaglianza di fronte alla legge, che esige che la protezione della legge si estenda a tutti coloro che ne sono vincolati. L'etica impegna – o dovrebbe impegnare – tutti i membri della comunità politica ad assumersi la responsabilità di rendere conto gli uni agli altri in base alla legge. Questa concezione trova il suo fondamento morale nell'impegno all'appartenenza comune di ogni persona, riconoscendone la libertà, la dignità e lo status di pari, anche se oggi sono ben gravi le sfide che il *rule of law* deve affrontare: trovare un posto nel sistema giuridico per l'equità, la misericordia e le risposte efficaci alle emergenze, domare i «nuovi leviatani» del mondo digitale ed estendere il governo della legge oltre i confini nazionali[67]. Nel pensiero di Harrington, l'asse portante della stabilità politica è l'ordine economico: solo una società equa fornisce garanzie sufficienti al mantenimento del governo popolare nel comune interesse[68]. Dall'ambito del rapporto tra potere e legge discende il potere di governare per ogni governo duraturo; *il rule of law* è possibile, se le istituzioni funzionano nel contesto di relazioni di potere e di condizioni sociali legate alla virtù civica[69]. Ancor oggi e secondo studi recentissimi appare sempre attuale la caratteristica centrale del modello bicame-

[65] J. Harrington, *The System of politics*, cit., pp. 506.
[66] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., p. 46.
[67] G.J. Postema, *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. ix-xii.
[68] C. Blitzer, *An Immortal Commonwealth. The Political Thought of James Harrington*, New Haven, Yale University Press, 1960, pp. 192-195, 198-199.
[69] C. Blitzer, *An Immortal Commonwealth*, cit., pp. 146-148.

rale[70], sullo sfondo del quale le istituzioni fondino e corroborino lo Stato di diritto, esercitando il potere per un *equal commonwealth*, ove «*the balance of property is held by the people and not concentrated in the aristocratic class*»[71]. *A commonwealth is but a civil society of men*. Coloro che fanno le leggi sono solo uomini, naturalmente orientati verso il proprio utile. L'uomo, dunque, deve identificare il suo interesse come diritto comune. Si tratta di una mera equazione: se la ragione non è altro che interesse, e l'interesse dell'uomo è il giusto interesse, allora la ragione dell'uomo deve essere la giusta ragione. Ogni uomo in un governo popolare deve essere educato a dare il meglio di sé nell'interesse comune, in quanto parte di una società civile[72]. Andando oltre una effimera polarizzazione del dibattito pubblico, alimentata dalle molteplici fazioni in campo, il pensiero sistematizzante di Harrington costituisce un appuntamento imprescindibile per comprendere l'evoluzione della storia, e sancisce, discostandosi dalle premesse, la fine delle illusioni su cui era stata edificata la ribellione contro il sistema, con le sue parole d'ordine, i suoi dogmi, i suoi idoli e le ardite sfide che pose. Il carismatico Oliver Cromwell orientò lungo una breve parabola il destino inglese. Altre voci descriveranno una crisi profonda dalla quale si risorse solo risalendo quella che da tempo ci piace definire la scala elicoidale della storia.

4. **Una *Commonwealth immortale*? Considerazioni finali.**

«I am that spirit unfortunate
Who, leagu'd with millions more in rash revolt,
Kept not my happy station, but was driven
With them from bliss to the bottomless deep,
Yet to that hideous place not so confin'd
By rigour unconniving, but that oft,
Leaving my dolorous prison, I enjoy
Large liberty»
John Milton[73]

Le interpretazioni storiche del perché e del quando l'Inghilterra sia passata dal feudalesimo al capitalismo sono vaste e varie, e investono comunque la questione del rapporto tra individui pensanti e quella volontà di cambiamento delle sorti del Paese che ne tracciò l'identità peculiare nella prima età moderna. Il diritto fondiario nazionale era stato a lungo oggetto di riflessione della società inglese: definiva lo *status* personale ed era il collante dell'ordine sociale. La proprietà terriera divenne naturalmente tema centrale dei dibattiti sulla libertà durante la Rivoluzione. Ad esempio, per un celebre contemporaneo di

[70] Sulla *bicameral republican constitution* e sull'influenza del repubblicanesimo di Harrington sul pensiero politico di John Adams si veda J. Macpherson, *The Friendships of John Adams, 1774-1801: The Art of Politics*, London, Routledge, 2024.
[71] F. Lovett, *Harrington's Empire of Law*, in *Political Studies*, vol. 60, n. 1, 2012, pp. 59-75.
[72] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, cit., pp. 45-47; da qui in avanti, traduzione nostra.
[73] J. Milton, Paradise Regained, in H. J. Todd (ed.), The Poetical Works of John Milton: With Notes of Various Authors; and with Some Account of the Life and Writings of Milton, Derived Principally from Original Documents in Her Majesty's State-paper Office, 4 vols., London, Rivingtons, Longman and Company, 1852, vol. 3, vv. 358-365, pp. 33-34.

Harrington, John Milton, la terra, così come veniva riconcettualizzata nel diritto del XVII secolo e nell'agone politico, era la manifestazione materiale della libertà individuale, convinzione che informa costantemente i suoi scritti, da *Areopagitica* del 1644 a *The Readie and Easie Way to Establish a Commonwealth* del 1660. In *The Tenure of Kings and Magistrates*, del 1649[74], Milton pone l'accento sui diritti fondiari come parte integrante delle libertà individuali, equiparando la libertà di una nazione di determinare il proprio governo alla libertà di un individuo di gestire la sua proprietà. Una nazione deve avere il potere, origine di ogni libertà, di disporre e di economizzare la terra che Dio le ha dato. Senza questo potere naturale, essenziale per una nazione libera, i suoi abitanti possono essere considerati, a giusto titolo, solo schiavi e vassalli di un signore ereditario. Pur rispecchiandone le posizioni rispetto alla necessità di cambiare l'equilibrio del potere, posto che «il potere si accompagnava alla proprietà»[75], Milton – non dimentichiamo che anche il grande poeta, attivo uomo di Stato durante il Protettorato[76], aveva stilato una sua *teoria politica riguardo all'autogoverno dei "virtuosi"* - muove alcune critiche al sistema pensato da Harrington[77], ma il suo "repubblicanesimo aristocratico" e la sua visione di Cromwell hanno con l'idea della *Commonwealth* harringtoniana molto in comune[78]. Il diritto fondiario fu rivisto e modernizzato in modo così radicale che, per la prima volta nella storia britannica, si sviluppò un mercato fondiario e, con esso, un rinnovamento della natura dell'aristocrazia, delle idee sulla mobilità sociale e sull'identità individuale e, in ultima analisi, delle nozioni di potere e libertà. L'eredità fondamentale della Rivoluzione fu che l'idea del re come unico "proprietario" di tutte le terre fu definitivamente spazzata via[79]. Il singolare esperimento repubblicano dell'Inghilterra fu di breve durata, ma ebbe un impatto duraturo sulla monarchia, sulla politica, sulla religione e sulla cultura, nonché, soprattutto, sulla storia che gli inglesi continuano a raccontare di loro stessi, scegliendo, talvolta, di dimenticarlo, o di ricordarlo come un fallimento. Ma le idee formulate durante la Rivoluzione e dopo la Rivoluzione, dipingono un quadro costituzionale nuovo, colorato dalle riflessioni dei massimi pensatori del tempo, tra i quali, probabilmente, Harrington non fu il più celebre, anche se la permanenza delle sue costruzioni teoriche andò oltre i suoi anni: anni nei quali gli eventi, spesso catastrofici, si succedevano velocemente. Fu un'epoca di cambiamenti sconcertanti e di incertezza, ma anche di innovazione e di opportunità. E per coloro che li vissero, quegli anni, non si trattò certamente di un *interregnum*. L'incontestabile dato di rea-

[74] J. Milton, *Complete Prose Works*, Don M. Wolfe et al. eds., 8 vols, New Haven, Yale University Press, 1953-82, vol. 3, pp. 190-258.
[75] C. Hill, *Liberty against the Law: Some Seventeenth Century Controversies*, London, Allen Lane, 1970, p. 275.
[76] Milton fu nominato, il 15 marzo del 1649 Segretario per le Lingue Straniere nel Consiglio di Stato della *Commonwealth*, ruolo che mantenne per più di dieci anni. R.T. Fallon, *Milton in Government*, Pennsylvania State University Press, Philadelphia (PA), 1997, pp. 1-14.
[77] J. Milton, *The Ready and Easy Way to Establish a Free Commonwealth*, edited with Introduction, Notes, and Glossary by Evert Mordecai Clark, New Haven, Yale University Press, 1915, pp. 125-126.
[78] D. Bush, *English Literature in the Earlier Seventeenth Century*, 1600-1660, Oxford, Oxford University Press, 1962, pp. 267-270.
[79] M.C. Fenton, *Hope, Land Ownership, and Milton's "Paradise Within"*, in *Studies in English Literature*, 1500-1900, The English Renaissance, vol. 43, n. 1, 2003, pp. 151-180, p. 154; p. 155 e n. 20; p. 175 n. 13.

ltà che la restaurazione di Carlo II sia avvenuta non significa che fosse inevitabile, né che venne accolta con favore da tutti[80]. Con dettagli emozionanti, Harrington mise in scena una rappresentazione della repubblica con uno straordinario cast di personaggi, filosofi e principi, politici e poeti, profeti e Dio stesso, finché divenne consapevole che l'onda del cambiamento si era prosciugata; continuò, invano, a sperare, ma aveva concluso la sua parabola. Immaginò mai che la sua futuristica visione avrebbe ispirato, un centinaio di anni più tardi, i costituenti oltremare e oltremanica.

[80] Si veda il nuovissimo lavoro di A. Hunt, *Republic: Britain's Revolutionary Decade*, 1649–1660, London, Faber & Faber, 2024, in particolare il prologo, *Execution*, e la conclusione della Part III, Republic, *Epilogue: Restoration.*

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-Z7X

Teoria e storia costituzionale

La Corona e i Primi ministri: forma e sostanza della Costituzione britannica

Claudio Martinelli
Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università Milano Bicocca

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

La Corona e i Primi ministri: forma e sostanza della Costituzione britannica**

di Claudio Martinelli*

Abstract (Ita): Il rapporto tra il Sovrano e il Primo Ministro è un aspetto decisivo della Costituzione britannica. Sul piano storico, perché a partire dagli anni Venti del XVIII secolo scandisce le tappe del percorso di affermazione del Westminster Model e di successiva democratizzazione dell'intero impiantocostituzionale. Sul piano ordinamentale, perché descrive fedelmente il diverso ruolo che le forme e la sostanza ricoprono negli attuali assetti della Costituzione britannica. Il saggio intende ripercorrere e discutere i momenti cruciali di questo processo storico, nonché proporre alcune considerazioni sulle attuali attribuzioni della Monarchia.

Abstract (Eng): The relationship between the Sovereign and the Prime Minister is a decisive aspect of the British Constitution. On a historical level, because starting from the Twenties of the eighteenth century it marks the stages of the path of the Westminster Model affirmation and subsequent democratization of the entire constitutional system. On the legal level, because it faithfully describes the different role that forms and substance play in the current arrangements of the British Constitution. This essay intends to retrace and discuss the crucial moments of this historical process, as well as to propose some considerations on the current attributions of the Monarchy.

Parole chiave: Monarchia; Primo Ministro; Parlamento; Governo; Westminster Model

Keywords: Monarchy; Prime Minister; Parliament; Government; Westminster Model

Sommario: 1. La Corona nella storia costituzionale inglese; 2. Le evoluzioni storiche del Potere esecutivo: dal Privy Council al Cabinet; 3. Giorgio I e la nascita della figura del Primo Ministro; 4. Il Primo Ministro nella Monarchia costituzionale; 5. Il ruolo del Primo Ministro nell'affermazione della Monarchia parlamentare; 6. La Monarchia e i Primi Ministri nella democrazia contemporanea

1. La Corona nella storia costituzionale inglese

Nel quadro della storia costituzionale britannica mettere in relazione la Corona e la figura del Primo Ministro è un po' come descrivere due atleti in gara che si passano la staffetta, oppure, se si preferisce, due piatti della stessa bilancia: maggiore è il peso del primo, minore quello del secondo, e viceversa. E sarà proprio questo viceversa a dettare la tendenza della storia costituzionale del Regno Unito a partire dalla seconda decade del XVIII secolo.

Queste affermazioni non devono stupire se prendiamo come riferimento la sostanza del potere, inteso come elaborazione e capacità di implementazione dell'indirizzo politico, mentre ovviamente risulterebbero del tutto destituite di fondamento se adottassimo il metro esclusivamente formale: perfino al giorno d'oggi si parla del Governo di Sua Maestà (HM Government).

Proprio questa discrasia tra forma e sostanza, da almeno trecento anni concetto chiave per capire il diritto costituzionale d'oltremanica, trova la sua genesi appunto nel momento

** Contributo sottoposto a double blind review.
* Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato, Università Milano Bicocca

dell'emersione del Primo Ministro come elemento imprescindibile della *governance* del Regno Unito[1].

Ma per capire pienamente il rilievo cruciale di quella novità e delle sue conseguenze plurisecolari, è necessario fare un passo indietro e proporre qualche considerazione sul ruolo della Monarchia nella storia costituzionale inglese: un ruolo tutt'altro che formale, anzi decisivo sia come propulsore degli eventi, sia come interlocutore per i suoi avversari.

Anche volendo limitare temporalmente la ricostruzione alle vestigia normanne, e dunque fissando come *dies a quo* la Battaglia di Hastings, appaiono fin da subito evidenti i tratti peculiari del contesto sociale e giuridico in cui si colloca la nuova Monarchia inglese. Un contesto molto frastagliato e variegato, fatto di comunità locali dotate di ampia autonomia, di borghi e di contee che si considerano parte integrante delle modalità di governo del regno, di sudditi consapevoli di alcuni principi di libertà già enucleati nella *lex angliae*, certamente non una costituzione ma soltanto un insieme di *customs* validi su tutto il territorio e che fanno da collante tra entità così diversificate.

Ebbene, partendo da questo quadro storico i sovrani normanni e plantageneti, per circa quattro secoli e inevitabilmente in mezzo a mille contraddizioni, svolgono un'opera di razionalizzazione e di riunificazione delle strutture istituzionali, delle dinamiche del potere politico, e dei caratteri del sistema giuridico.

Per capire questi processi rimane imprescindibile il contributo offerto dal grande giurista medievale Henry de Bracton con il suo trattato del XIII secolo *De legibus et consuetudinibus Angliae*[2], in cui spiega come, dopo la conquista Normanna del 1066, l'azione unificatrice dei sovrani abbia favorito processi sociali grazie a cui gli antichi principi di libertà sono andati sedimentandosi, affinandosi e arricchendosi nella Common law[3].

Questa è stata la via peculiare alla costruzione della nazione e all'affermazione di una statualità, pur sempre *sui generis*, intrapresa dagli inglesi. A differenza di quanto accaduto nei tipici processi unitari maturati nel continente, risalenti o tardivi che fossero, l'Inghilterra non ha mai puntato sulla potenza unificante dell'uniformità amministrativa, bensì sulla diffusione capillare della funzione giudiziaria in grado di portare la Common law nei meandri dell'intero territorio della nazione. Un processo che trova il suo compimento, tra il XII e il XIII secolo, grazie all'opera di sovrani come Enrico II ed Edoardo I. In particolare, il primo promuove la pratica delle corti di giustizia itineranti che, attraversando i territori del regno per decidere delle controversie grazie all'applicazione imparziale delle regole e dei precedenti che via via andavano formandosi uniformemente all'interno della nazione, finiscono per dare un volto preciso agli istituti giuridici e alle procedure giudiziarie. Un volto in cui si rispecchierà tutta la nazione e che farà da collante collettivo, plasmando lo spirito di un popolo e il suo rapporto con la libertà.

---

[1] Come vedremo più chiaramente in seguito, questa genesi viene fatta risalire all'ascesa sulla scena politica di Robert Walpole, forse anche per esigenze convenzionali della storiografia ma soprattutto perché effettivamente la sua premiership segnò un momento di rottura rispetto al passato. Su questo tema cruciale della storia costituzionale britannica cfr. A. Torre, *Robert Walpole. I Earl of Orford. 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 attraverso i Primi Ministri*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, pp. 1-142.

[2] Secondo C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 89, questo libro costituisce «la più grande opera medievale sulla legge e sul costituzionalismo inglese, se non sul diritto di tutta l'Europa». Sulla figura di questo risalente ma cruciale interprete delle radici della Common law cfr. S. Pennicino, *Henry de Bracton e le origini del diritto inglese*, in A. Torre (a cura di), *Common law. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 75-95.

[3] Sull'affermazione dei diritti nella storia costituzionale inglese e britannica vedasi C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica. Perché gli inglesi amano tanto il loro sistema giuridico*, il Mulino, Bologna, 2014.

Dunque, una Corona che manifesta il suo potere non tanto con atti autoritativi dall'alto quanto con l'amministrazione della giustizia dal basso: una dinamica pienamente coerente con il principio non scritto che da sempre pervade di sé il rapporto tra individuo e potere nella cultura inglese: la *Rule of law*.

E tuttavia, come sempre accade nelle dinamiche del potere, anche i sovrani inglesi non sono immuni da tentazioni espansionistiche, talvolta a discapito di libertà o privilegi di cui godono alcuni loro interlocutori diretti, si tratti di singoli, di corpi sociali o entità territoriali. Da questo punto di vista, il caso paradigmatico è quello che porta alla concessione della Magna Carta. Depurata di ogni illusione ottica frutto di una retorica propensa a proiettare nel passato stilemi concettuali e culturali del presente, l'atto decisivo del costituzionalismo inglese non fu altro che la risoluzione di una lotta di potere tra re Giovanni Senzaterra e un'alleanza tra baroni, vescovi e città. Costoro, premendo sul sovrano perché accettasse di fissare in un documento scritto e solenne i loro diritti, agivano *pro domo loro* e non certo per il perseguimento di un astratto bene comune e men che meno per trasformare il regno in senso "democratico". Pur in tale contesto tutt'altro che idealistico e irenico, il risultato storico fu l'affermazione del principio che il monarca è anch'esso soggetto a limiti, che il suo *gubernaculum* non trova un argine solo nella *jurisdictio* delle Corti di Common law[4], ma anche nelle norme scritte in carte di origine pattizia che il re è costretto ad accettare, sia pure spesso *obtorto collo*.

Dunque, ora appare chiaro come la Monarchia inglese abbia assunto fin dagli albori un doppio ruolo "costituente", al di là delle funzioni simboliche che furono proprie di tutte le monarchie europee. Da una parte, essere un fattore propulsivo di unificazione, omogeneizzazione e connessione tra tutti i territori, pur nel rispetto delle specificità locali. Dall'altra, costituire un interlocutore dialettico, e talvolta conflittuale, su cui misurare l'effettività e l'incremento delle libertà individuali e delle prerogative delle comunità. Come una sorta di sistema dei vasi comunicanti applicato alle strutture costituzionali: all'aumento dei limiti al suo potere corrispondeva un innalzamento del livello dei diritti.

Attraverso questa chiave di lettura è possibile descrivere e interpretare buona parte delle tendenze maturate nei secoli successivi. I Tudor determinano e fissano alcuni caratteri peculiari della nazione. Tra l'altro, l'Anglicanesimo come affrancamento dal potere temporale del Papa e l'affermazione dell'Inghilterra come potenza dominatrice dei mari in perenne conflitto con le potenze continentali. Riescono nei loro intenti anche manovrando in modo energico e spregiudicato le leve del potere ma senza mai assumere pienamente gli stilemi dell'Assolutismo, bensì trovando un *modus vivendi*, a loro favorevole ma non soffocante, con gli altri organi del potere, segnatamente il Parlamento e le Corti. Per non parlare degli Stuart e del loro secolare braccio di ferro con i due corpi appena menzionati. Le loro tentazioni assolutistiche erano evidenti e in certi momenti perfino rivendicate, ma proprio lottando a più riprese e in modo drammatico contro questo muro le rivendicazioni dei diritti si fecero più intense e alla fine risultarono vittoriose con la *Glorious Revolution* e il *Bill of Rights 1689*. Un passaggio costituzionale che continua perfino ai giorni nostri ad informare di sé la Costituzione britannica e la concezione del potere e dei diritti nella cultura giuridica e politica d'oltremanica, dispiegando profonde influenze anche sulla cultura continentale, e che all'epoca costituì la base concettuale e normativa per tutte le successive evoluzioni di quel costituzionalismo, comprese quelle riguardanti i rapporti tra sovrano e

[4] Come opportunamente sottolineato da N. Matteucci, *Introduzione* a C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 15.

Primo Ministro[5]. Il *Revolution Settlement* del 1688-89, conclamando la definitiva affermazione del principio dei limiti costituzionali alle prerogative del sovrano e il correlato diritto del Parlamento di sostituirlo perché non in sintonia con i tratti essenziali costitutivi della nazione, rappresenta un momento decisivo rispetto ai successivi mutamenti della forma di governo, tra cui anche la titolarità delle funzioni esecutive e l'organizzazione delle relative strutture[6].

Infine, non si può non rilevare come una dimostrazione paradossale ma fondamentale del ruolo essenziale assunto dalla Monarchia anche quando si poneva nel modo peggiore rispetto alle tradizionali libertà degli inglesi è costituita dalla deriva della Prima Rivoluzione nella Dittatura repubblicana di Oliver Cromwell. Fu come se, cancellato il parametro fondamentale su cui misurare l'ampiezza dei diritti, fossero venuti meno anche i limiti e i freni al potere, con conseguenze di segno opposto rispetto alle premesse da cui questa fase storica aveva preso le mosse. E allora, conclusa questa esperienza, gli inglesi procedono alla *Restoration*, proprio di quel casato che avevano decapitato pochi anni prima, e non in senso figurato. In sostanza, preferiscono riprendere il loro cammino sulla strada della modernità ripristinando la figura protagonista con cui comunque erano arrivati fin lì: appunto, il re.

2. Le evoluzioni storiche del Potere esecutivo: dal Privy Council al Cabinet

Naturalmente durante tutti questi secoli che precedono la Seconda Rivoluzione il sovrano, pur titolare indiscusso di poteri e prerogative di ordine legislativo ed esecutivo, si è sempre avvalso di organi che corrispondevano proprio alla funzione di coadiuvarlo e consigliarlo nell'elaborazione di indirizzi, nell'assunzione delle decisioni, nell'esecuzione capillare della sua volontà politica. A partire dalla conquista normanna il sovrano inglese è affiancato da un consiglio, chiamato Curia Regis o King's Court, composto da suoi fiduciari scelti tra i membri della Casa reale o tra persone con cui si trova in stretta amicizia. In sostanza, inizialmente la qualifica determinante e quasi esclusiva per farvi parte coincideva con la fiducia personale del re e anche le competenze del consesso erano stabilite in modo estemporaneo sulla base delle sue volontà. Invece in seguito, soprattutto da Enrico I in poi, assunse una struttura e dei compiti maggiormente definiti. Da questo nucleo originario, con il passare del tempo nacquero e si svilupparono diverse declinazioni che andarono a costituire l'ossatura degli organi costituzionali, tra cui, per esempio, l'amministrazione del Tesoro (Exchequer and the Treasury, l'antesignano dell'attuale Cancelliere dello Scacchiere). Con Edoardo I le principali funzioni di *advice and execution* cominciarono ad essere appannaggio di un ristretto gruppo di funzionari pubblici selezionati anche in relazione alle loro competenze, gli *officials*, ossia il primo nucleo fondativo di quello che poi verrà chiamato

[5] Secondo E.Wicks, *L'eredità di un governo limitato*, in *The Bill of Rights [1689]*, liberilibri, il Monitore Costituzionale, Macerata, 2010, p. IX: «la *Declaration of Rights* (in seguito trasformata in atto legislativo con la denominazione di *Bill of Rights*) [è] un documento che nell'odierno Regno Unito conserva tutta la sua attualità e che ha contribuito a dare forma all'unicità della sua Costituzione evolutiva, estendendo inoltre su scala mondiale la sua influenza in virtù della promozione di una nuova forma di governo limitato posta sotto il dominio di un libero Parlamento».

[6] Cfr. E. Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 29-30.

Privy Council: «The King was formerly the sole repository, in theory of law, of executive power, which he executed by and with the advice of his Privy Council»[7].
In età Tudor questa istituzione vivrà un momento di grande fulgore, anche come contraltare di un evidente appannamento del ruolo e dell'autorità del Parlamento. Le ragioni vanno ricercate nella crescente complessità nella conduzione degli affari di Stato che caratterizzò in tutta Europa il '500, nonché nella correlata stabilizzazione e riorganizzazione dell'organo, che tra l'altro, vide la creazione dell'Office del Clerk of the Council con compiti di convocazione e segreteria.
La Seconda Rivoluzione e gli avvenimenti degli anni successivi ad essa collegati costituiranno la svolta decisiva anche per la struttura complessiva del Potere esecutivo. Con il passare del tempo il Privy Council era diventato un organo pletorico e dispersivo, a discapito della sua efficacia. Gli esiti della Rivoluzione e la fase storica che aveva inaugurato richiedevano invece un organismo compatto e reattivo, i cui componenti si segnalassero per capacità ed esperienza nel campo degli affari di Stato. Fu così che già sotto Guglielmo III nell'ambito del Privy Council cominciò ad enuclearsi e ad assumere funzioni cruciali un consesso più ristretto e maggiormente in grado di servire il re nelle sue molteplici incombenze, anche nel quadro di un rapporto dialettico che si stava instaurando con gli altri corpi costituzionali, primo fra tutti la Camera dei Comuni. Così, negli anni della transizione post-rivoluzionaria, dapprima con gli Orange e poi con gli Hannover, si verifica un processo di emersione del Consiglio di Gabinetto (Cabinet) e di progressivo svuotamento del ruolo politico-esecutivo del Privy Council. Come era inevitabile in quel contesto così magmatico, si trattò di un percorso tutt'altro che lineare e armonioso[8]. Al contrario, le incrostazioni si fecero sentire opponendo forti resistenze al cambiamento, come sempre accade in questi casi, ma alla fine il mutamento di paradigma venne accettato come irreversibile, anche perché andava nello stesso senso della linea di tendenza della storia: un inevitabile trasferimento di quote di potere dalla Corona agli organi della rappresentanza politica[9].

3. Giorgio I e la nascita della figura del Primo Ministro

Nel torno di tempo che va dal *Revolution Settlement* all'ascesa della nuova dinastia, avvenimenti di portata storica e innovazioni di carattere giuridico gettano le basi per il disegno della nuova struttura costituzionale del Regno Unito[10], consolidando la forma di governo monarchico-costituzionale, con la sua dimensione duale dei rapporti tra Parlamento e sovrano. In questa fase il corpo Esecutivo non gode ancora di autonomia rispetto al re, di cui rimane sostanzialmente un organo di supporto e consiglio, e i cui componenti sono pertanto politicamente responsabili solo nei suoi confronti poiché il rapporto fiduciario

[7] Così E.C.S. Wade, G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law*, Longmans, Green and Co, London, Fourth edition 1950, p. 128.
[8] Sul punto cfr. G. Caravale, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 15-19.
[9] Sull'emersione del Cabinet e sulle cruciali funzioni che fu chiamato ad assolvere cfr. U. Bruschi, *Rivoluzioni silenziose: l'evoluzione costituzionale della Gran Bretagna tra la* Glorious Revolution *e il* Great Reform Act, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2014, pp. 187-225.
[10] Solo per citare i momenti cruciali e imprescindibili: il *Triennial Act 1694*, l'*Act of Settlement 1701*, l'*Act of Union 1707*, il *Septennial Act 1715*.

non si instaura tra Parlamento e Governo, bensì tra la compagine governativa e il Monarca[11].
Ma questa sarà appunto solo la base di partenza per le evoluzioni costituzionali che attraverseranno tutto il XVIII secolo e porteranno in quello successivo all'affermazione del Westminster Model.
Il passaggio dagli Orange agli Hannover si rivelerà infatti storicamente determinante sia per l'affrancamento del Cabinet, sia per l'enucleazione e il consolidamento della figura del Primo Ministro. Premesso che in questo genere di ricostruzioni storiografiche è sempre importante rifuggire da determinismi, semplicismi e aneddotica, tuttavia non vi è dubbio che negli anni successivi al 1714 abbiano pesato non poco le caratteristiche personali di Giorgio I e la loro difficile compatibilità con le crescenti responsabilità che richiedeva la conduzione di un regno destinato a diventare sempre più protagonista sullo scacchiere internazionale. Come è noto il nuovo re rappresentava un elemento di discontinuità sotto diversi profili: «Salito al trono cinquantaquattrenne, tedesco di cultura e di lingua, estraneo alla corte che trova, egli non sarebbe in grado di destreggiarsi da solo nella lotta politica e nell'esercizio oculato della prerogativa regia di una monarchia costituzionale unica nel suo genere. Avvalersi di un personale della sua stessa origine gli è precluso anche costituzionalmente. Devono entrare in vigore proprio col successore di Anna le norme dettate dall'*Act of Settlement* allo scopo: tutti gli affari sono devoluti al Consiglio privato, dove sottoscrivono i componenti che in concreto hanno deciso, e del collegio, così come delle camere, non fanno parte che inglesi, scozzesi e irlandesi»[12].
Dunque, il combinato disposto tra i caratteri della nuova dinastia, il tratto personale del sovrano incoronato nel 1714 e le evoluzioni costituzionali già in atto, determina un contesto molto particolare nel cui ambito prenderà forma nel giro di pochi anni una figura funzionale a rispondere a tutte le necessità sul tappeto in quel momento: il Primo Ministro, appunto.
Gli assetti politici in cui gli attori si muovevano sono importanti per capire questo approdo. Su forte impulso del partito whig si giunge ad una stabilizzazione dell'attività e delle funzioni del Parlamento, conseguita grazie all'approvazione del *Septennial Act 1715*, cioè lo *statute* con cui la durata massima della legislatura veniva portata a sette anni, e quella in corso in quel momento prolungata di altri quattro. In questo caso la legge non fu il frutto di una lotta tra il Parlamento e il sovrano, bensì di un comune interesse tra Giorgio I e i Whig in funzione antigiacobita, cioè la rivolta filo-Stuart che stava incendiando la Scozia[13]. Particolarmente attiva fu quella aristocrazia whig così ben rappresentata nel Privy

[11] L'unico strumento era l'*Impeachment*, ossia una procedura giuridica con cui il Parlamento poteva perseguire e processare individui, normalmente titolari di cariche pubbliche, per alto tradimento o altri crimini e delitti. È interessante rilevare come storicamente la procedura di *impeachment* individuale per far valere la responsabilità di un ministro, per lungo tempo e fino almeno a tutto il XVIII secolo, abbia svolto anche una funzione di controllo politico da parte del Parlamento per poi perdere il suo ruolo una volta che il rapporto fiduciario tra i Comuni e l'intero Esecutivo si andò affermando come esplicito caposaldo del Modello Westminster. Da quel momento responsabilità politica e responsabilità penale hanno subito una definitiva scissione e la procedura, pur formalmente mai abrogata, è ormai ritenuta caduta in disuso e considerata obsoleta, come ebbe a ribadire nel 1999 un Report del Joint Committee on Parliamentary Privilege, secondo cui «the circumstances in which impeachment has taken place are now so remote from the present that that the procedure may be considered obsolete» (cfr. *HL Paper*, n. 43-1 e *HC Paper*, n. 214-1). Sul risalente ruolo di questo istituto nella forma di governo inglese cfr. C. Mortati, *Le forme di governo*, Cedam, Padova, 1973, p. 115.
[12] Così E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, il Mulino, Bologna, 2005, p. 53.
[13] Sul punto cfr. J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 149-158; nonché R. Blackburn, *The Electoral System in Britain*, St. Martin's Press, New York, 1995, p. 19.

Council e nel Cabinet che, come il Re, temeva che il corpo elettorale potesse esprimersi in senso favorevole alla rivolta, con la sua impronta cattolica ed eversiva.
Questo elemento strettamente politico avrà anche altre ripercussioni sulla forma di governo. Infatti, la saldatura politica tra la Corona e i Whigs cancella ogni interesse del sovrano ad esercitare il potere di scioglimento anticipato, che pure permaneva nelle sue mani, e quindi il termine di durata della legislatura finirà per essere interpretato non come una lunghezza massima, bensì come il tempo normale della vita parlamentare.
Ebbene, il concetto fondamentale che si può trarre dall'insieme di tutti questi processi, vuoi di natura giuridica e istituzionale, vuoi di stampo meramente politico, è che il loro effetto fu di accrescere come mai in precedenza l'autorevolezza e la stabilità del Parlamento e del Cabinet, nonché il potere dei Whig sulla vita politica del regno[14].
È in questo contesto che maturano le condizioni per l'emersione della figura del Primo Ministro. Il partito whig è tutt'altro che un monolite; al contrario, è solcato da diverse linee di frattura tra numerose fazioni che, complice anche la crisi dei Tory, si contendono i principali incarichi di potere nell'amministrazione del regno, a cominciare ovviamente dalle funzioni esercitate dal Cabinet. Nel 1721, al culmine di queste lotte intestine, uno dei principali notabili whig viene nominato primo lord della Tesoreria e cancelliere dello Scacchiere. Si chiama Robert Walpole, aveva già avuto l'incarico nel 1715 ma si era dovuto dimettere meno di due anni dopo; ora invece è il vincitore delle battaglie interne ed è destinato a ricoprire quel ruolo per i successivi vent'anni: «A questo uomo di governo […] giovava l'essere riconosciuto come più idoneo, per capacità propria o attitudine alle alleanze politiche, o per assenza di scrupoli, o a volte anche per mancanza di governanti migliori, a influenzare l'intero andamento degli affari di Stato. Per tali motivi gli era oggettivamente riconosciuta la preminenza all'interno del collegio che reggeva le sorti del Paese»[15].

4. Il Primo Ministro nella Monarchia costituzionale

4.1 Le istituzioni trasformate dalla Storia.

Dunque, da queste ricostruzioni risulta chiaramente come la nascita della figura del Primo Ministro sia essenzialmente un portato della Storia. In un duplice senso, uno contingente e uno di più lungo respiro. Il primo riguarda appunto il complesso intreccio tra, da una parte, i caratteri del sistema politico dell'epoca, così intimamente legato al notabilato di cui si componevano i due partiti, e nel caso specifico ai personalismi interni a quello dominante il ciclo storico in questione, cioè il partito whig, e, dall'altra, alcune particolarità della nuova Casa reale e di re Giorgio I. Il secondo significato del richiamo alla Storia assume invece una valenza prospettica più ampia, abbracciando il ruolo geo-politico del Regno Unito sullo scenario internazionale, la crescente complessità nella *governance* di un regno così composito e multiculturale, le necessarie qualità politiche postulate da un'epoca densa di cambiamenti epocali sulla strada della modernità.

[14] Questa accresciuta importanza si manifestò anche nel fatto che i futuri scioglimenti non verranno decisi sotto l'esclusiva responsabilità del monarca, bensì «on the advice of the Privy Council under the Great Seal». Risale quindi a queste circostanze l'embrione dell'*Advice* del Primo Ministro, ovvero la decisione politica di sciogliere il Parlamento, che con il tempo si sedimenterà in una fondamentale *constitutional convention* del parlamentarismo britannico.
[15] Così A. Torre, *Robert Walpole. I Earl of Orford. 1721-1742. Nascita e formazione di un Primo Ministro. Una durevole governabilità whig fondata sul potere della sterlina*, cit., pp. 8-9.

Ecco, se tutte queste osservazioni sono vere in rapporto al ruolo di Giorgio I rispetto all'attività di statista di Robert Walpole, lo sono allo stesso modo in relazione allo sviluppo della carica di Primo Ministro per tutto l'arco di tempo in cui la forma di governo del Regno Unito è stata rubricabile sotto la categoria della Monarchia costituzionale. Ovvero, questa carica non è nata e non si è radicata sulla base di una precisa scelta normativa, vuoi del Parlamento, oppure del sovrano stesso, bensì esclusivamente per via di fatto, consuetudinaria, trasformativa ed evolutiva, per rispondere a esigenze precise e pressanti, appunto suscitate dalla Storia. In quel contesto era inevitabile che le istituzioni già esistenti, collegiali o monocratiche, dovessero adeguarsi al mutamento dei tempi, e infatti lo fecero con un metodo che non avrebbe potuto essere maggiormente rispondente agli stilemi classici della cultura inglese e del suo diritto costituzionale: far emergere dall'esistente un qualcosa di utile per il presente e per le prospettive di un futuro a medio termine. Come sottolinea con grande chiarezza G.M. Trevelyan «i primi due sovrani della Casa di Hannover cedettero ai *Whigs* determinate prerogative della Corona che né Guglielmo III né Anna si sarebbero mai lasciati sfuggire di mano. La formazione dei ministeri, lo scioglimento del Parlamento, il patronato esercitato dalla Corona sulla Chiesa e sullo Stato, passarono al completo, effettivamente, dal monarca ai dirigenti *Whig*. In tal senso, a partire dal 1714 si instaurò una vera oligarchia politica. Ma, sotto un diverso aspetto, il mutamento consistette in un ulteriore sviluppo dell'elemento popolare della nostra costituzione, con l'affermarsi dell'onnipotenza dei ministri, dipendenti dal voto della Camera dei Comuni, e con la limitazione del potere esercitato dal monarca ereditario»[16].

4.2 Giorgio II e il "ciclo whig".

Da questo punto di vista il lungo regno di Giorgio II (1727-1760) non poteva che essere più funzionale ad accompagnare l'evoluzione dell'intera forma di governo. Infatti, quanto abbiamo rilevato in ordine alla figura del Primo Ministro potrebbe tranquillamente essere proiettato sui canoni fondamentali dell'insieme dei rapporti tra gli organi di indirizzo politico. Il Primo Ministro vede progressivamente consolidarsi come vertice politico del Potere esecutivo non solo perché la carica viene occupata da personalità autorevoli e dotate di spiccate capacità di governo, come appunto Walpole e i suoi successori, ma anche grazie alla chiara tendenza evolutiva in senso parlamentarista che caratterizzerà il secolo, almeno fino all'ascesa al trono di Giorgio III.
Con i primi due sovrani Hannover si determina e si allarga sempre più quello iato tra forma e sostanza che, arrivato fino ai giorni nostri, costituisce uno dei principali canoni interpretativi della *British Constitution*. Sul piano formale il re mantiene pienamente la titolarità delle decisioni del Potere esecutivo ed è parte integrante di quello legislativo (King in Parliament), oltre che garante del Giudiziario. Ma da un punto di vista sostanziale, già a metà Settecento comincia ad essere evidente come le funzioni del sovrano, grazie essenzialmente alle dinamiche innescate dalla Seconda Rivoluzione, non siano nemmeno lontanamente paragonabili a quelle dei Tudor o degli Stuart. Un altro mondo si sta affermando, e senza che siano intervenute altre "rivoluzioni" o sia stato necessario strappare al re altri documenti costituzionali, come furono la Magna Carta o il Bill of Rights. Per queste trasformazioni è sufficiente che il re non si metta di traverso rispetto ad un rapporto sempre più stretto tra Camera dei Comuni e Primo Ministro, ovvero tra il ramo elettivo del Parlamento, in cui si contendono la maggioranza i due partiti del sistema politico inglese, e dove il leader della parte vincitrice, sia pure *pro tempore* come fu il "ciclo whig" in quei dec-

[16] Così G.M. Trevelyan, *Storia d'Inghilterra*, Garzanti, Milano, 1979, pp. 439-440.

enni, è naturale che incontri il favore dell'assemblea come guida dell'Esecutivo. Ovviamente non vi è nulla di istantaneo in tutto ciò. Al contrario, si tratta di un lungo processo grazie a cui il sistema comincia ad assumere caratteri che vanno nella direzione dell'approdo a quella forma di parlamentarismo che chiamiamo Westminster Model, che però verrà acquisita molto più tardi e in virtù di alcuni passaggi cruciali, di ordine istituzionale e socio-economico.
Tuttavia, va riconosciuta a Giorgio II la funzione storica di avere assecondato questo processo, preferendo coltivare attribuzioni rappresentative della nazione, che nessuno aveva in animo di contestare, piuttosto che rivendicare anacronismi politici e legislativi[17].

4.3 Giorgio III e la crisi del 1783-1784

Uno dei passaggi cruciali cui si faceva riferimento si concretizzò durante il regno di Giorgio III (1760-1820), un sovrano il cui profilo istituzionale, essendo radicalmente diverso rispetto a quello del padre, ebbe ricadute notevoli sull'evoluzione della forma di governo, a conferma che i processi storici non sono mai completamente lineari e uniformi ma presentano spesso un andamento sinusoidale fatto di momenti in controtendenza e scogli da superare.
La Camera dei Comuni nel XVIII secolo non era né un club dove albergava grande *fair play*, né un'assemblea novecentesca composta da forze politiche ben organizzate e rappresentative della volontà delle masse. Si trattava piuttosto di un luogo dominato da pochi notabili, dediti a giochi di potere che richiedevano spiccate virtù manovriere e che spesso contemplavano anche metodi corruttivi o minacciosi. E tuttavia era comunque l'assemblea parlamentare cui guardavano gli Illuministi di tutta Europa, un continente ancora in preda ad un tardo-Assolutismo che solo la Rivoluzione francese riuscirà a mettere in crisi.
Ebbene, in questo contesto, che Giorgio II aveva lasciato dispiegare evitando il più possibile di esercitare le prerogative politiche di cui pure restava titolare, si inserisce la concezione del ruolo del monarca di cui era portatore Giorgio III. Quest'ultimo, a differenza dei due predecessori della sua famiglia, mostrava sovente una notevole propensione ad entrare in prima persona nelle dinamiche parlamentari, volendo ribadire le funzioni politiche del monarca ma in una fase storica che, come sottolineato, stava andando in senso opposto. La contraddittorietà di questi elementi è resa plasticamente dalla rievocazione di un celeberrimo episodio, il cui esito sortirà effetti di lungo periodo che andranno in senso contrario rispetto alle aspettative del sovrano[18].
Gli inizi degli anni Ottanta sono un momento di grande instabilità politica, da cui Lord North e Charles Fox, rispettivamente leader dei Tory e dei Whig intendono uscire appoggiando un governo di coalizione presieduto dal Duca di Portland. Giorgio III, però, è contrariato da questa manovra parlamentare poiché ritiene che la ricerca di un'ampia maggioranza corrisponda ad una strategia volta a ridurre il suo potenziale di intervento nel gioco politico.
L'occasione per far valere la propria autorità si presenta nel mese di dicembre, quando la Camera dei Comuni approva un progetto di legge sulla Compagnia delle Indie, fortemente voluta dal Governo ma visto dal re come il fumo negli occhi. Giorgio III non si dà per

[17] In questo senso anche E. Rotelli, *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, cit., pp. 68-72.
[18] Ne riassumono i passaggi salienti, tra gli altri, G.B. Adams, *Constitutional History of England*, Jonathan Cape, London, 1949, pp. 406-409; C. R. Lovell, *English Constitutional and Legal History*, Oxford University Press, Oxford, 1962, pp. 448-449; nonché, anche con una ricostruzione del contesto socio-economico in cui questa battaglia politica si inserì, P. Langford, *Il XVIII secolo (1688-1789)*, in K. O. Morgan (a cura di), *Storia dell'Inghilterra. Da Cesare ai giorni nostri*, Bompiani, Milano, 2007, pp. 348-356.

vinto e, compiendo una notevole scorrettezza costituzionale, esercita un'indebita pressione sui Lord facendo loro sapere che chi avesse approvato il progetto sarebbe stato considerato un avversario del re. Un comportamento criticabile da vari punti di vista ma che nell'immediato colpisce nel segno visto che la House of Lords boccia il progetto. A questo punto il re costringe il governo Portland alle dimissioni e impone un gabinetto presieduto da William Pitt (meglio conosciuto come Pitt il giovane), esponente Tory a lui molto vicino. Un tentativo esplicito di ritorno al passato: il sovrano che costringe la Camera Bassa ad accettare un Esecutivo a lei sgradito, in luogo di uno che invece godeva della fiducia dell'Assemblea.
L'indubbia capacità tattica di Pitt riesce nell'immediato a tamponare la situazione[19], e tuttavia sia lui che il sovrano stesso si rendono conto della necessità di rivolgersi al corpo elettorale per avere un suo pronunciamento definitivo, e pertanto procedono allo scioglimento anticipato del Parlamento. Ecco il punto cruciale: nemmeno Giorgio III e Pitt il giovane ritengono possibile governare senza acquisire il consenso dell'elettorato che si sostanzi nella costruzione di una maggioranza parlamentare ai Comuni sulla piattaforma politica da loro caldeggiata.
Il risultato delle elezioni tenute nel 1784 conforta questa strategia: i candidati vicini alla linea Pitt sconfiggono quelli favorevoli alla riedizione della Coalizione. Evidentemente gli elettori l'avevano giudicata come il frutto spurio di un gioco di potere, mentre il comportamento del re, pur criticabile sotto diversi profili, lo ritenevano corrispondente agli interessi della nazione.
Come è evidente, questa vicenda, tutta giocata sul terreno di un braccio di ferro politico, porta con sé un curioso paradosso sul piano della storia costituzionale, un caso di scuola di eterogenesi dei fini: un rigurgito di attivismo politico del sovrano crea l'occasione per riaffermare la centralità del circuito rappresentativo: solo il voto del corpo elettorale è in grado di determinare in modo stabile i rapporti di forza in Parlamento, l'indirizzo politico maggioritario e la guida dell'Esecutivo. Un *turning point* fondamentale sul sentiero delle trasformazioni della forma di governo in senso pienamente parlamentarista.

5. Il ruolo del Primo Ministro nell'affermazione della Monarchia parlamentare

5.1. Il Great Reform Act 1832

Il secolo successivo sarà quello del completamento di questa lunga parabola, con la definitiva affermazione della forma di governo parlamentare, talmente identificativa sul piano storico, giuridico e politico da prendere il nome di Westminster Model. Una traiettoria che determinerà per sempre il confinamento della Corona nei ruoli che ricopre attualmente, per niente marginali ma certamente privi di potere politico in senso stretto.
E tuttavia il secolo era iniziato su altre basi, antitetiche rispetto alla tendenziale democratizzazione del sistema. La rivoluzione francese, e soprattutto le sue derive giacobine, avevano innescato nei settori più conservatori della società britannica il fondato timore che il virus sovversivo potesse diffondersi anche sull'altra sponda della Manica. Con la presa del potere da parte di Napoleone le preoccupazioni divennero sempre più marcate e generalizzate. Le conseguenze furono di un duplice ordine: da una parte, sul piano della politica estera e geostrategica, la Gran Bretagna assunse il ruolo di avversario per eccellenza dell

[19] Cfr. M. Galizia, *Caratteri del regime parlamentare inglese del settecento*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. Quarto, Cedam, Padova, 1974, p. 2403.

'imperialismo francese; dall'altra, in politica interna, prese il via una stagione che può essere tranquillamente definita come una svolta reazionaria, con una violenta compressione delle libertà e dei diritti individuali e collettivi. Una lunga fase, durata circa trent'anni, di cui il sovrano e i suoi Primi Ministri si fecero interpreti e custodi[20].

Venuto meno l'incubo napoleonico, lentamente il cammino sulla strada della modernizzazione del Paese potette riprendere, prima con Giorgio IV (1820-1830, peraltro già Principe reggente dal 1811) e poi con Guglielmo IV (1830-1837). Ma non vi è dubbio che la ventata portata dal liberalismo inglese del XIX secolo non sia stata né innescata né guidata dai sovrani di quel torno di tempo, bensì da una corrente filosofica che seppe incidere profondamente nel tessuto culturale e legislativo della nazione: l'Utilitarismo di matrice benthamiana, con la sua proiezione politica che fu il Radicalismo.

Il momento determinante fu la battaglia parlamentare per l'approvazione della riforma elettorale, il *Representation of the People Act*, meglio conosciuto come *Great Reform Act 1832*[21]. Sul finire degli anni Venti i Radicali cominciarono a mobilitarsi per porre la questione del suffragio al centro del dibattito politico[22]. Finalmente, nel marzo 1831 approdò in Parlamento un *bill* fortemente voluto dal Premier whig Charles Grey: un compromesso tra le istanze dei Radicali e la prudenza del partito di governo. Le spaccature parlamentari indussero Grey a chiedere a Guglielmo IV lo scioglimento anticipato. Le elezioni del 1831 ebbero come posta in palio proprio la riforma elettorale e i risultati premiarono il coraggio del Primo Ministro. Così il progetto, superata l'accesa opposizione dei Lord anche grazie alla concreta minaccia avallata dal re di una massiccia creazione di nuovi Pari, venne approvato il 7 giugno 1832.

La legge verteva sostanzialmente su due punti cardine. Il primo rivedeva il rapporto tra quantità di popolazione e rappresentanza parlamentare, ponendo mano ad una redistribuzione dei seggi in grado di riequilibrare l'anacronistico rilievo di antichi villaggi di campagna, ormai in disarmo (i cosiddetti "borghi putridi") a favore della capacità rappresentativa delle città industriali. Il secondo incideva sulla questione censitaria, sganciando l'elettorato attivo dal rilievo tradizionale del possesso fondiario. La riforma fissava il limite minimo per godere del diritto di voto a 10 sterline di reddito o di affitto di una casa, oppure di 50 sterline per l'affitto di un podere. Il risultato dell'introduzione di questi nuovi parametri fu di accrescere l'elettorato di circa la metà: si calcola che grazie alla riforma poteva votare un inglese su cinque, uno scozzese su otto e un irlandese su venti[23].

Ma persino al di là delle reali dimensioni tecniche del suo impianto riformatore, la legge avviò un mutamento profondo nella concezione della rappresentanza politica, innescando una tendenza, sia nei Whig (favorevoli alla riforma) che nei Tory (contrari ad essa), ad aprirsi a settori sempre più variegati di popolazione, ciascuno con le proprie necessità, aspirazioni, paure e desideri, spesso generati dalla Rivoluzione industriale e dalle sue conseguenze sociali. L'insieme di queste nuove norme non poteva che avere un effetto gra-

[20] Per una penetrante analisi degli aspetti più rilevanti del brodo di coltura in cui maturò la svolta reazionaria a cavallo tra la fine del Settecento e i primi decenni dell'Ottocento, con una particolare attenzione alle ricadute sul piano giuridico, cfr. A.V. Dicey, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 134-144.

[21] I dettagli della lunga battaglia parlamentare sono descritti in E. Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, cit., pp. 70-75.

[22] Sui caratteri della mobilitazione, attiva in particolare nei grandi centri urbani, cfr. A. Briggs, *The Background of the Parliamentary Reform Movement in Three English Cities*, in *Cambridge Historical Journal*, n. 3, 1952, pp. 293-317.

[23] A. Briggs, *L'età del progresso. L'Inghilterra fra il 1783 e il 1867*, il Mulino, Bologna, 1993, p. 299.

hie. Pertanto, il loro impatto deve essere valutato sul lungo periodo. Da questo punto di vista non vi è dubbio che rappresentò una pietra miliare nella storia del progresso politico britannico, un momento "costituente" nel significato che gli inglesi attribuiscono a questa espressione. Il suo enorme potenziale di trascinamento verso la democratizzazione del sistema politico si rivelerà con il passare degli anni in tutta la sua forza e verrà poi fotografato molto efficacemente da George Macauley Trevelyan con queste parole: «the sovereignty of the people' had been established in fact, if not in law»[24], e più in generale «Many textbooks and popular histories still record England's Great Reform Act of 1832 as perhaps the central political event of the nineteenth century»[25]. Pertanto, guardando retrospettivamente al risultato prodotto, si può concordare con chi afferma che «The connection between political reform and aristocratic decline is central to an understanding of nineteenth-century Britain»[26].

5.2 Guglielmo IV e la scelta del Premier

Ma a conferma che questi processi non sono mai lineari e procedono per *stop and go*, ovvero grazie a momenti topici che determinano il corso della Storia, è importante ricostruire un episodio risalente al 1834-35 che contribuì non poco alla definitiva fissazione delle reciproche prerogative tra sovrano e Primo Ministro nel Modello Westminster[27].
Nel luglio del 1834 si era formato un governo monocolore capeggiato dal leader whig Lord Melbourne. Al momento della sua formazione Guglielmo IV aveva insistito perché nella compagine ministeriale fossero rappresentati anche i Tory. Una richiesta piuttosto stravagante, visto che il nuovo Esecutivo poteva contare su un'ampia maggioranza whig ai Comuni, ma il suo mancato soddisfacimento suscitò un notevole scontento nella Corona.
Nel mese di novembre accadde che il Cancelliere dello Scacchiere J. C. Spencer Althorp, leader whig alla Camera Bassa, alla morte del padre ereditasse il suo titolo di Conte, entrando così a far parte della Camera dei Lord ma lasciando sguarnita la rappresentanza dei whig alla Camera dei Comuni. Quando Lord Melbourne si recò dal re per comunicargli la sostituzione del nuovo Lord con un altro leader whig ai Comuni, Guglielmo IV ritenne di cogliere l'occasione per determinare un cambio dell'Esecutivo. Fece dimettere Lord Melbourne, nonostante continuasse a godere di un'ampia maggioranza ai Comuni, e nominò Primo Ministro il leader tory alla Camera Bassa, Robert Peel. Quest'ultimo, però, essendo alla testa di un Governo voluto dal re contro la volontà della Camera dei Comuni, dovette subire diverse sconfitte parlamentari, tanto che dopo poche settimane non gli rimase altro da fare che ricorrere alle elezioni anticipate, che si tennero nel gennaio del 1835 e dalle quali uscì confermata proprio la forte maggioranza whig. Di conseguenza Guglielmo IV, il principale sconfitto, fu costretto a richiamare Lord Melbourne come capo del nuovo Governo.
Il risultato finale di questa curiosa operazione politica del sovrano fu che da quel momento cominciò ad essere chiaro a tutti gli osservatori che il lungo processo verso la parlamentarizzazione della forma di governo era approdato ad un punto di non ritorno e che la rif-

[24] Cfr. G. M. Trevelyan, *British History in the Nineteenth Century and After (1782-1901)*, Longmans Green, London, 1966, p. 242.
[25] Così J.A. Phillips and C. Wetherell, *The Great Reform Act of 1832 and the Political Modernization of England*, in *The American Historical Review*, n. 2 (April) 1995, p. 411.
[26] Cfr. E. A. Wasson, *The Spirit of Reform, 1832 and 1867*, in *Albion: A Quarterly Journal Concerned with British Studies*, n. 2 (Summer) 1980, p. 164.
[27] Per una descrizione di questa singolare vicenda cfr. B.S. Markesinis, *The theory and practice of dissolution of Parliament*, Cambridge University Press, Cambridge, 1972, pp. 62-63; nonché J. P. Mackintosh, *The British Cabinet*, Stevens & Sons Limited, London, 1977, pp. 119-121.

orma elettorale, passaggio fondamentale per una definitiva affermazione del parlamentarismo, aveva già cominciato a dare i frutti sperati da chi vedeva nell'estensione del suffragio uno strumento imprescindibile per il radicamento delle prerogative della Camera Bassa a discapito di un ormai anacronistico protagonismo politico del re. E, infatti, nella storia del costituzionalismo britannico fu l'ultima occasione in cui il sovrano costrinse alle dimissioni un Governo che godeva dell'appoggio della Camera dei Comuni.
Ormai il terreno era spianato per la definitiva affermazione delle *constitutional conventions* riguardanti sia la nomina del Primo Ministro, Premier in quanto leader del partito di maggioranza assoluta ai Comuni e sempre più spesso un membro di questo ramo del Parlamento, sia il potere di quest'ultimo di determinare lo scioglimento del Parlamento attraverso un *advice* al sovrano, formalmente un consiglio ma sostanzialmente la comunicazione di una decisione[28].

5.3 Queen Victoria e i "suoi" Primi Ministri.

Il lungo e storico regno della regina Vittoria (1837-1901) ebbe il merito di accompagnare il processo di democratizzazione del sistema istituzionale, anche se ovviamente, sia per la spiccata personalità della sovrana, sia per il ruolo dominante sullo scacchiere internazionale assunto dal Regno Unito del Secondo Impero, il ruolo della Monarchia non fu mai relegato a mera rappresentanza simbolica della nazione, conservando spazi importanti di intervento soprattutto attraverso una costante interlocuzione con i Primi Ministri, talvolta dialetticamente simpatetica, talvolta maggiormente conflittuale. Non è un mistero che Queen Victoria fosse animata da vicinanze e lontananze, entrambe determinate essenzialmente da sensazioni di carattere personale e dal rilievo delle questioni riconducibili alla politica estera.
Malcelate antipatie le riservò in particolare ai due più grandi Premier liberali della sua epoca: Lord Palmerston e William Gladstone. Con il primo i contrasti risalivano già all'epoca in cui era stato ministro degli Esteri del Gabinetto Russell, per il suo appoggio ai movimenti insurrezionali europei del 1848-49. Una politica che non abbandonerà mai, nemmeno quando diventerà Primo Ministro, come testimonia il ruolo giocato anche nel Risorgimento italiano. Nei confronti di Gladstone, invece, pur nutrendo considerazione e stima, era animata da una certa diffidenza, probabilmente perché vedeva nelle sue convinzioni riformatrici un attacco alle tradizioni di un vecchio mondo cui restava legata. E, per converso, anche così si spiega il *favor* verso il grande avversario dei due liberali, cioè Benjamin Disraeli, protagonista di una riscossa conservatrice nel periodo medio-vittoriano e portatore di un tratto personale particolarmente congeniale alla grande regina.
Ma al di là di questi elementi contingenti, è importante ribadire come già nell'Età vittoriana le grandi tendenze di fondo della politica fossero determinate dalle scelte di un corpo elettorale sempre più ampio in virtù delle riforme elettorali che si succedettero fino alla fine del secolo, dai rapporti di forza tra i partiti, nonché dalla visione e dalla personalità dei loro leader. La Monarchia, nonostante tutto, si stava progressivamente ritagliando un ruolo più adeguato ai tempi, coltivando gelosamente la propria magnificenza imperiale ma nella consapevolezza che la Storia andava verso gli stilemi dialettici della democrazia liberale.

[28] Per una ricostruzione dell'affermazione delle *constitutional conventions* nel diritto costituzionale britannico si veda C. Martinelli, *Le* constitutional conventions *per la* dissolution *della* House of Commons *nell'evoluzione della forma di governo britannica*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 18, II semestre 2009, pp. 255-291.

Per comprendere appieno tale contesto, vale sempre la pena di rivolgersi alla classica fotografia scattata nel 1867 da Walter Bagehot: «È solitamente celata come un mistero e, talvolta, ostentata come in una parata, ma in nessun caso essa è implicata in controversie. La nazione è divisa, ma la Corona è al di sopra delle parti. Il suo apparente distacco dagli affari è ciò che la tiene lontana sia dalle inimicizie sia dalla dissacrazione; è ciò che mantiene il suo mistero, che le consente sia di garantirsi la fiducia delle parti in lotta, sia di essere un simbolo visibile di concordia, almeno per chi è ancora talmente poco istruito da aver bisogno di simboli»[29].

6. La Monarchia e i Primi Ministri nella democrazia contemporanea

6.1 La Corona nel sistema politico del primo Novecento.

Il passaggio tra fine Ottocento e primo Novecento è un ideale scambio di testimone. La parabola vittoriana si compie e lascia un'eredità importante a Edoardo VII (1901-1910) e al sistema politico. La potenza britannica è al suo culmine, il Modello Westminster è ormai disegnato e prosegue la sua opera di democratizzazione, confermata e ulteriormente stimolata dall'affacciarsi nell'agone parlamentare del Partito laburista. Coerentemente con queste premesse, si tratta ora di consolidare la forma di governo e accelerare sul piano dell'inclusione sociale.

L'occasione più rilevante si presenta tra il 1909 e il 1911, e temporalmente coinciderà anche con la fine del regno del figlio di Vittoria, il cui decesso avvenuto nel 1910 accrescerà di pathos drammatico i coevi conflitti istituzionali. La vicenda è nota: prese il nome di *People's Budget* ed ebbe il merito di fornire la dimostrazione plastica di come fossero mutati, radicalmente e per sempre, i rapporti di forza tra la parte tradizionale della Costituzione e quella rappresentativa, ovviamente a tutto vantaggio di quest'ultima.

Sul finire del 1909 il Governo presieduto dal liberale Asquith[30], e con Lloyd George Cancelliere dello Scacchiere, presentò in Parlamento una legge di bilancio fortemente innovativa, che, tra l'altro, disponeva un sensibile inasprimento fiscale per la proprietà terriera finalizzato al finanziamento di programmi di assistenza pubblica[31].

In spregio alle consuetudini risalenti, secondo cui il ramo non rappresentativo doveva lasciare una materia che investiva direttamente il rapporto fiduciario alla dialettica tra Governo e Camera dei Comuni, i Lord si opposero strenuamente. Poiché si trattava di un caposaldo irrinunciabile dell'indirizzo politico del suo Esecutivo, il Primo Ministro si avvalse della prerogativa di chiedere al sovrano lo scioglimento anticipato del Parlamento, caricando poi la campagna elettorale di una valenza politica decisiva rispetto a questa questione: «We shall not assume office, and we shall not hold office, unless we can secure the safeguards which experience tells to be necessary for the legislative utility and honour of

[29] Così W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, il Mulino, Bologna, 1995, p. 77.
[30] Sul ruolo di Asquith in questi delicati passaggi parlamentari e, più in generale, sulla sua importante figura di capo del governo cfr. C. Hazlehurst, *Asquith as Prime Minister, 1908-1916*, in *The English Historical Review*, n. 336, 1970, pp. 502-531.
[31] Per una ricostruzione delle vicende che portarono all'approvazione del *Parliament Act 1911* cfr. A.L.P. Dennis, *The Parliament Act of 1911*, in *The American Political Science Review*, n. 2, 1912, pp. 194-215; W.R. Anson, *The Parliament Act and the British Constitution*, in *Columbia Law Review*, n. 8, 1912, pp. 673-684. Più recentemente, A. Torre, In praise of the House of Lords. *Riflessioni sulle prospettive di riforma della seconda Camera britannica*, in C. Decaro (a cura di), *Il bicameralismo in discussione: Regno Unito, Francia, Italia. Profili comparati*, Luiss University Press, Roma, 2008, pp. 52-57, nonché, con un'attenzione particolare al ruolo giocato in questa crisi costituzionale prima da Edoardo VII e poi da Giorgio V, V. Bogdanor, *The Monarchy and the Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 113-122.

the party of progress»[32].
I liberali perdettero parecchi seggi ma, forti dell'appoggio alle riforme di Laburisti e Nazionalisti irlandesi, riuscirono a lasciare i Conservatori all'opposizione e a far approvare il bilancio. Inoltre, avviarono l'iter legislativo di una riforma organica del Parlamento, prospettando un altro ricorso alle urne in caso di nuova opposizione dei Lord, che infatti si verificò puntualmente visto che il progetto di legge prevedeva una forte riduzione della potestà legislativa della Camera Alta, con la cristallizzazione di una sua subordinazione ai Comuni.
Si trattò di una battaglia politica asperrima che portò Asquith a ventilare la richiesta al sovrano per un'«infornata» di nuovi Pari di orientamento liberale[33]. E infatti, Giorgio V (1910-1936), salito al trono nella primavera del 1910, fece capire che, se necessario, avrebbe assecondato le richieste del Primo Ministro. Il messaggio era chiaro: la Corona non avrebbe appoggiato antistorici ritorni ad un passato ormai anacronistico e incompatibile con la democratizzazione del sistema politico e istituzionale.
Forte di questa posizione, Asquith si decise a chiamare le nuove elezioni anticipate, che si svolsero nel dicembre del 1910 e videro la conferma della linea politica del Governo. A questo punto anche i Lord capirono che non avrebbe avuto senso proseguire il braccio di ferro con Gabinetto e maggioranza della Camera dei Comuni e così, anche grazie ad una visione lungimirante del re, il *Parliament Act* non trovò più grossi ostacoli e venne approvato nel 1911[34].
I decenni a venire sostanzialmente confermarono questo *trend* storico rispetto al ruolo della Monarchia e delle sue relazioni con i Primi Ministri che si succedettero. Un ciclo politico non semplice per il Regno Unito, con due guerre mondiali, momenti di crisi economica, la secessione irlandese, l'avvio del processo di decolonizzazione, e perfino un caso particolarmente spinoso da gestire sul piano istituzionale per il Premier Baldwin come quello dell'abdicazione di Edoardo VIII (gennaio-dicembre 1936), a seguito del celebre *affaire* con Wallis Simpson.
Difficoltà importanti, che però in definitiva contribuirono a consolidare i reciproci ruoli e confini tra Corona ed Esecutivo, tra simbologia nazionale e indirizzo politico. Un assetto che trovò uno dei momenti più significativi nella collaborazione (resa celebre anche da letteratura e filmografia) tra Giorgio VI (1936-1952) e Winston Churchill durante il secondo conflitto mondiale, quando in gioco vi era niente meno che la salvezza della Gran Bretagna.

6.2 Elisabetta II nel Modello Westminster

Il lunghissimo regno di Elisabetta II (1952-2022) costituisce il precipitato di questa plurisecolare evoluzione della sovranità in capo al monarca inglese. E pertanto, da questo punto di vista, assume una dimensione storica estremamente precisa e definita. Quando Elisabetta sale al trono è una giovane donna chiamata a calarsi nei panni del padre deceduto improvvisamente. Il contesto in cui tutto ciò accade è quello di un regno che ancora una

[32] Sul punto cfr. B.K. Murray, *The People's Budget, 1909-10: Lloyd George and Liberal Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1980, pp. 232-240.
[33] Sui caratteri di questo particolare aspetto della vita istituzionale britannica cfr. G. Marshall, *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1984, pp. 23-25.
[34] Il testo normativo del *Parliament Act 1911* è riportato in A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 520-523. Per un'analisi dell'iter parlamentare del progetto di legge cfr. J. Jaconelli, *The Parliament Bill 1910-1911: The Mechanism of Constitutional Protection*, in *Parliamentary History*, Vol. 10, 2, 1991, pp. 277-296. Per un commento ai contenuti della legge cfr. E. Wicks, *The Evolution of a Constitution. Eight Key Moments in British Constitutional History*, cit., pp. 83-110.

volta deve cambiare pelle rispetto ai canoni tradizionali. Pur vittoriosa nella Seconda guerra mondiale, la Gran Bretagna è chiamata, per ragioni geopolitiche di portata planetaria, a ridimensionare il proprio ruolo sullo scacchiere internazionale, rinunciando ai fasti imperiali dell'Età vittoriana per assumere una posizione rilevante dentro il blocco occidentale egemonizzato dalla superpotenza degli Stati Uniti d'America. In pochi decenni l'Impero si sfarina e con il Commonwealth prende forme e sostanza più in linea con lo spirito del secolo. In politica interna, il processo di democratizzazione è ormai conclamato in tutti i suoi pilastri e le sue dinamiche. L'indirizzo politico della nazione viene deciso nell'ambito del circuito della democrazia rappresentativa: corpo elettorale, rappresentanza parlamentare, maggioranze che sostengono Esecutivi capeggiati da Primi Ministri solo formalmente nominati dalla regina ma in realtà legittimati dalla leadership politica[35]. L'evoluzione del sistema in senso spiccatamente bipartitico, giocato sulla dialettica tra Conservatori e Laburisti, favorisce il consolidamento e la linearità di una democrazia sempre più inclusiva e radicata, capace di accompagnare i profondi cambiamenti sociali e di costume che attraverseranno tutta la seconda metà del Ventesimo secolo[36].

Ecco, la grandezza di Elisabetta deve essere apprezzata in questo contesto, ovvero nella sua capacità di interpretare magistralmente il ruolo che l'evoluzione storica le aveva riservato. La democrazia liberale è incompatibile con una valenza politica sostanziale della figura del monarca. Elisabetta non solo lo sa perfettamente, ma trae da questo limite la vera forza del suo regnare. Spetta ad altre istituzioni governare, decidere, confliggere, gestire l'agone politico, con tutte le inevitabili bassezze. La regina, invece, deve porsi al di sopra, su un piano diverso rispetto agli attori politici, dove non vi è spazio per il conflitto, nemmeno dialettico. Il suo terreno è quello dell'incarnazione dell'unità e lo spirito della nazione, della continuità di alcuni capisaldi pur dentro un quadro in perenne evoluzione. In tale contesto, la persona che indossa la Corona deve dimostrarsi capace di alternare sapientemente i momenti in cui apparire sulla scena pubblica e quelli in cui è bene ritrarsi, lasciando il campo ad altri attori, appunto. E, infatti, di Elisabetta non si ricordano episodi epocali, dichiarazioni scolpite nella pietra o sconfinamenti in terreni di competenza altrui. La sua cifra identitaria è stata la cura quotidiana di uno stile, l'ancoraggio all'idea che la moderna Monarchia britannica, per interpretare al meglio i tratti essenziali della Costituzione, debba separare nettamente la propria funzione rappresentativa dai ruoli spettanti ai protagonisti della lotta politica, pur conservando una certa magnificenza nelle forme proprio come elemento distintivo e significativo. Solo così la Monarchia sarà in grado di giustificare la propria esistenza anche nei tempi moderni, in cui altrimenti apparirebbe come irrimediabilmente superata e anacronistica. E più questa separazione sarà coerentemente praticata, maggiore sarà la capacità del monarca di farsi riconoscere dal popolo quale punto fermo e *super partes*, appunto incarnazione, in una persona fisica e nelle funzioni della Corona, della continuità nazionale, sintesi di un passato che si proietta nel futuro.

Il bilancio finale ci dice che sul piano della vita istituzionale la regina ha sempre tenuto fede a quella convinzione e che semmai i momenti che l'hanno vista vacillare, soprattutto nell'immaginario della gente comune, sono sempre stati causati da vicende legate alle dinamiche della *Royal Family*, che purtroppo tanto appassionano le masse e i mezzi d'informazione, come nel caso della fredda reazione al tragico decesso di Lady Diana. E tuttavia

[35] Sui rapporti tra Corona ed Esecutivo nel Modello Westminster cfr. G. Caravale, *Il governo del Premier nell'esperienza costituzionale del Regno Unito*, cit., pp. 73-84.
[36] Sulle concrete modalità di funzionamento del parlamentarismo britannico contemporaneo cfr. I. Jennings, *The British Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, Fifth Edition, 1971.

proprio il popolo, consapevole di avere perduto l'interprete della sua continuità, nel momento dell'addio ha voluto tributarle un saluto imponente, tra le suggestioni medievali di Westminster Hall, al centro di una città cosmopolita e dinamica come poche altre al mondo. Ancora una volta passato e futuro che si saldano in un presente denso di prospettive ma anche carico di incognite e preoccupazioni.
Questo modo di intendere il ruolo della Monarchia in una moderna democrazia di massa e nel Modello Westminster è testimoniato anche dal rapporto che Elisabetta ha intrecciato con i numerosi Primi Ministri che si sono succeduti in ben sette decenni. Infatti, non è dato riscontrare atteggiamenti sostanzialmente diversi di fronte a Premier laburisti o conservatori, a riprova della sua lucidità nel separare la cura delle procedure e dei rituali previsti dalla Costituzione dagli indirizzi politici contingenti, sempre provvisori anche quando energici e determinati, come nel caso di Margaret Thatcher o Tony Blair. Naturalmente, come qualunque essere umano, coltivava simpatie e antipatie personali, e tuttavia è sempre stata attenta a non scaricarle sulla vita istituzionale, perlomeno in maniera esplicita e impropria.

6.3 Carlo III e il futuro della Monarchia

Dunque, un'eredità pesante quella in capo al suo successore, e non solo per la capacità di Elisabetta di interpretare le funzioni della Corona, ma anche per la fase particolarmente difficile che vive il Regno Unito in questo torno di tempo. Un'inflazione come non si vedeva da decenni, un sistema economico meno reattivo del consueto, le complesse conseguenze della Brexit, il riacutizzarsi di pulsioni indipendentiste in Scozia e in Irlanda del Nord, le crescenti difficoltà del sistema politico a governare in modo efficace questi processi: sono solo alcuni dei temi che caratterizzano il dibattito pubblico nel settembre del 2022, momento in cui il Principe di Galles succede alla madre come Carlo III.
Il nuovo re sarà in grado di assolvere al proprio ruolo senza far rimpiangere Elisabetta? In particolare, saprà conservare e continuare ad affermare la sua funzione primaria, ovvero essere il simbolo rappresentativo di un popolo, di una nazione e di una storia? Interrogativi che potranno trovare una risposta solo sul campo, cioè nella conduzione quotidiana delle proprie funzioni[37]. Per adesso, si possono solo analizzare le premesse e il contesto che fanno da sfondo al passaggio della Corona[38].
A differenza di Elisabetta a suo tempo, Carlo non è un giovane re che sale al trono. Da più di cinquant'anni è sotto i riflettori e non ha mai fatto molto per sottrarvisi. Oltre ad alimentare il chiacchiericcio delle cronache del jet-set mondiale, ha dimostrato una spiccata propensione verso le tematiche ambientali, artistiche, urbanistiche. Diventato re Carlo dovrà tenere a freno questi antichi afflati, magari nobili e generosi ma potenzialmente rischiosi sul piano della condivisione politica. Non si tratta affatto di postulare un cambio di personalità individuale in coincidenza con il mutamento della carica. Il tema non ha nulla di psicologico perché è prettamente costituzionale. Un sovrano contemporaneo non è chiamato a connotare il tempo in cui detiene lo scettro in ragione delle proprie caratteristiche personali o sensibilità culturali, non deve caricare l'esercizio delle funzioni con orientamenti o convinzioni, ed è necessario che non si esponga a critiche come invece accade fisiologicamente per un qualunque attore politico.

[37] Per interessanti considerazioni sul futuro della Monarchia britannica cfr. R. Hazell, *Future challenges for the monarchy*, Institute for Government, London, December 2022.
[38] Sulle procedure che presiedono storicamente alla cerimonia di incoronazione cfr. D. Torrance, *The coronation: history and ceremonial*, in *House of Commons Library*, Research Briefing, 30 March 2023.

Invece, Carlo potrà, e forse dovrà, concentrarsi su un'opera di ulteriore modernizzazione della Monarchia britannica, sulla via dell'adeguamento ai tempi in cui oggi è chiamata a vivere ed operare. I profili su cui intervenire non mancano certamente: dal ridimensionamento di alcuni eccessi sfarzosi, ad un utilizzo più razionale del patrimonio immobiliare; dai privilegi dei componenti della *Royal Family* ad uno snellimento della corte. Con un obiettivo di fondo sempre presente: favorire il corso dell'evoluzione della Storia proponendo la Corona come simbolo di una tradizione costituzionale. Un ruolo che, anche a prescindere da ogni altra considerazione, continua a legittimare il mantenimento di un'istituzione altrimenti fuori dal tempo.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-U2Q

Teoria e storia costituzionale

«Intelligenza» e «volontà» nella produzione legislativa. Noterelle a margine delle «Riflessioni sul Governo rappresentativo» di John Stuart Mill

Franco Sicuro
Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

«Intelligenza» e «volontà» nella produzione legislativa. Noterelle a margine delle «Riflessioni sul Governo rappresentativo» di John Stuart Mill**

di Franco Sicuro*

Abstract (Ita): Il contributo si propone di analizzare alcune Considerations di Mill sul Governo rappresentativo, con particolare riferimento alle questioni del voto plurimo e della qualità della legislazione. Più nello specifico, oggetto di analisi è la proposta del pensatore di Pentonville di istituire una Commissione di legislazione chiamata ad elaborare il testo di leggi che il Parlamento potrebbe accettare o rigettare, in toto o parzialmente, senza tuttavia potervi apportare modifiche. Sullo sfondo di tali riflessioni si staglia, infine, la questione della funzione del Parlamento e la perdurante necessità di ricondurre a coerenza il dato politico- normativo e quello tecnico-scientifico, soprattutto di fronte a problematiche – come quelle climatiche e ambientali – che impongono una precisa progettualità politica di "governo".

Abstract (Eng): The paper aims to thoroughly analyze some of Mill's considerations on representative government, particularly focusing on the issues of plural voting and quality legislation. Specifically, the paper scrutinizes the proposal of the Pentonville thinker to establish a Committee on Legislation tasked with drafting concrete texts of laws for Parliament's consideration, without the ability to make changes. Against this backdrop, the paper delves into the pivotal role of Parliament and the ongoing imperative to integrate normative and technical-scientific aspects, particularly in addressing pressing problems such as climate and environmental issues, demanding precise political governance.

Parole chiave: Governo rappresentativo; procedimento legislativo; Commissione di codificazione

Keywords: Representative government; law making process; Commission of legislation

Sommario: Il Mill liberal-riformista e la «forma ideale di governo»; 2. Voto plurimo come contrappeso all'estensione del suffragio elettorale; 3. Mill e la proposta di istituire una «Commissione di codificazione» all'interno di un Parlamento che «sorveglia» e «controlla» il Governo; 4. Sulla perdurante attualità di alcune Considerations di Mill sulla doverosa qualità della produzione legislativa

Il Mill liberal-riformista e la «forma ideale di governo»

Decisamente complesso appare il tentativo di riassumere in poche righe le dense e, a tratti, contraddittorie *Considerations* di John Stuart Mill sul governo rappresentativo[1]. Pensatore enciclopedico[2] e membro della *House of Commons* dal 1865 al 1868, nell'opera pubblicata nel 1861 lo studioso di Pentonville condensò le ragioni politico-sociali e istituzionali che, agli occhi di un liberale riformista, rendevano quella rappresentativa la «forma ideale di governo». In quanto tale, tuttavia, non scevra da esigenze pratiche di rinnovamento, necessarie a conservarne le funzioni ideal-tipiche nella mutata realtà sociopolitica del XIX

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] J.S. Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Editori Riuniti, Roma, 2019.

[2] Sui plurimi percorsi argomentativi seguiti da Mill nel corso della sua intera produzione scientifica, così come sulle numerose – e, a volte, contraddittorie – ricezioni del suo pensiero, cfr., tra i tanti che hanno approfondito diversi aspetti della sua opera, D.F. Thompson, *John Stuart Mill and Representative Government*, Princeton, 1976, e N. Urbinati – A. Zakaras (eds.), *J.S. Mill's Political Thought. A Bicentennial Reassessment*, Cambridge, 2007.

secolo[3].

Al pari di Alexis de Tocqueville, Mill era infatti convinto che «la tendenza verso la democrazia fosse storicamente non contrastabile»[4], sicché, piuttosto di ricercare inutili e fors'anche dannose (dall'ottica liberale) strategie di chiusura totale alle istanze di trasformazione che salivano "dal basso", appariva necessario premunirsi contro i pericoli di una possibile degenerazione democratica dell'assetto politico-istituzionale allora consolidato. E tanto, non solo attraverso l'introduzione di forme meno esclusive di godimento proprietario dei beni e la creazione di organizzazioni politiche e sindacali autonome, con la possibilità di far competere le cooperative dei lavoratori con le imprese private; ma anche, per quel che qui più interessa, per il tramite di una vasta opera riformatrice capace di garantire che, all'estensione progressiva e inarrestabile del suffragio elettorale, si affiancasse l'elevazione culturale delle classi meno abbienti ammesse al voto. Emerge, qui, sin da subito, la duplice "anima" – liberale e riformista, appunto – del Mill studioso delle questioni politico-sociali, costantemente alla ricerca delle tecniche più adeguate a garantire la qualità dei soggetti che animano la sfera pubblico-decisionale.

In questa prospettiva, l'interesse precipuo di Mill si concentrò, da un lato, sull'istruzione come necessario strumento di emancipazione politica e sociale, nella ferma convinzione che è «inammissibile che una persona partecipi al suffragio senza saper leggere, scrivere e (…) senza possedere i primi rudimenti di aritmetica»[5]; e, dall'altro lato, e in misura decisamente più argomentata, sulla creazione di un sistema di corpi rappresentativi locali in grado di immettere concretamente le masse sociali nel divenire dei rapporti e della conflittualità politica[6]. Pur con tutti i limiti che ora si andranno esplicitando, talora invero individuabili soltanto indossando le lenti della contemporaneità, Mill dimostrò, in tal modo, una sensibilità sociale certamente non comune tra i pensatori liberali di metà '800, con i quali, tuttavia, condivideva le preoccupazioni per un utilizzo non congruo del diritto di voto da parte delle classi più povere e «non educate». Queste, infatti, nel perseguire i propri interessi immediati, avrebbero potuto compromettere consolidati equilibri socio-istituzionali, rendendo più difficoltoso, per il «governo rappresentativo» britannico, fornire quelle prestazioni di unità e capacità decisionale di cui aveva dato, sino ad allora, costantemente prova.

Ed è proprio al fine di scongiurare i sempre possibili abusi derivanti da una concezione soltanto numerica della maggioranza parlamentare, potenzialmente esiziali per le libertà negative tanto care al liberalismo moderno, che Mill venne elaborando un articolato intarsio di riforme istituzionali indirizzate a garantire complessi, ma al contempo innovativi, equilibri tra la società e le istituzioni e tra gli stessi poteri costituiti (su tutti, Parlamento e

[3] Sulla genesi e sui caratteri politico-costituzionali del «governo rappresentativo», inevitabile è il rinvio a B. Manin, *Principi del governo rappresentativo (1997)*, il Mulino, Bologna, 2010.
[4] M.L. Salvadori, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Feltrinelli, Milano, 2020, p. 277.
[5] J.S. Mill, *op. cit.*, p. 151.
[6] Sulla dimensione costituzionale dei «conflitti», cfr. G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

Governo). E così, oltre ad invocare l'estensione del diritto di voto alle donne[7], sostenendola con valide e innovative argomentazioni, perfezionate dallo scambio intellettuale con la moglie Harriet Taylor, la proposta di ampliare la piattaforma elettorale condusse Mill ad individuare meccanismi tecnico-sostanziali capaci di scongiurare che un più esteso grado di pluralismo degli interessi rappresentati in Parlamento finisse per sacrificare la qualità delle leggi approvate dai rappresentanti della «nazione». È da qui, allora, che principiano le riflessioni del pensatore londinese sulla predilezione per la formula elettorale proporzionale[8], realizzata attraverso il metodo di Hare[9], e, soprattutto, sulla possibilità di introdurre una forma di voto plurimo a favore degli appartenenti ai vertici della cultura e delle più nobili professioni, chiamati ad «attivare», anche in Parlamento, «quella grande funzione sociale che potremmo chiamare dell'antagonismo e che spetta alle minoranze colte»[10]. Ed è sempre qui, ancora, che si radicano le proposte di istituire strumenti istituzionali capaci di assicurare la – più elevata possibile – qualità delle leggi approvate da un Parlamento chiamato ad assolvere primariamente la sua più propria funzione: quella, cioè, di discutere e decidere sulle proposte legislative previamente elaborate da organi tecnicamente attrezzati e composti da esperti nelle materie di volta in volta all'esame dell'Assemblea legislativa. Non già, dunque, di redigere essi stessi, direttamente, testi legislativi, dacché, assai spesso, i parlamentari sarebbero privi delle competenze a ciò necessarie.

Innovazioni istituzionali, queste, cui si aggiungeva la proposta di affiancare alle Camere elettive una Camera non elettiva, la «Camera degli uomini di Stato», composta a vita da «tutti gli uomini politici che hanno occupato cariche od assolto funzioni pubbliche di Stato», come tali non direttamente raggiungibili dagli interessi di parte che vengono a compromettere l'emersione dell'interesse nazionale in Parlamento. Camera che, sorgendo per via evolutiva «sulle fondamenta della Camera dei Lord», avrebbe avuto la forza e il prestigio necessari per opporsi agli «errori» e alle «debolezze della maggioranza», ergendosi ad organo titolare del «potere di dirigere la nazione» attraverso la sapiente opera degli «uom-

[7] Innovazione, questa, su cui Mill ritenne non esservi «bisogno di lunghe dissertazioni», in quanto «l'esclusione delle donne dal diritto di voto poggia su principi già da tempo divenuti obsoleti e abbandonati nelle loro premesse». Così, J.S. Mill, *op. cit.*, pp. 133-134, cui si rinvia anche per i doverosi approfondimenti in merito all'illogica e antistorica esclusione delle donne dal corpo elettorale, con riferimento alla quale il pensatore londinese sottolinea come si abbia «chiara percezione dell'irrazionalità e dell'ingiustizia, a malapena camuffata, quando si aggiunge che il paese in cui questo principio discriminatorio viene innalzato è governato da una donna e che il più grande sovrano mai espresso da questa nazione è stata una donna» (p. 136).

[8] «La sola a garantire alla minoranza di essere rappresentata per intero così come accade per la maggioranza. Se questo manca il governo non postula l'eguaglianza ma il privilegio e l'ineguaglianza. Una parte della società domina sul resto. Alla minoranza è negata l'influenza eguale cui avrebbe diritto nella rappresentanza. Questo avviene in contrasto con ogni idea di governo della giustizia sociale e soprattutto violando il principio democratico che reclama l'eguaglianza quale radice e fondamento della politica». Così, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 98.

[9] Questo, infatti, argomentava Mill, «consente di rappresentare, in modo proporzionale ai voti ottenuti, ciascuna parte del corpo elettorale. Non solo i due grandi partiti o una grande minoranza concentrata in aree specifiche, ma ogni minoranza distribuita nell'intera nazione che non raggiunge un numero di voti sufficiente ad averne diritto, può eleggere dei rappresentanti secondo i requisiti di una giustizia equa. Nessun elettore si troverebbe, come accade oggi, ad essere rappresentato solo nominalmente da un candidato che non ha votato. (…) Oggi non abbiamo alcuna idea della forza che il vincolo tra deputato ed elettori riuscirebbe a ottenere con questa relazione. Ogni elettore si identificherebbe con il suo deputato e ogni rappresentante si sentirebbe legato al suo elettorato». Così, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 105.

[10] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 109.

ini più capaci» e «più desiderosi di sospingere la collettività sulla strada di un progresso sostanziale»[11].

È proprio sui meccanismi istituzionali immaginati da Mill per elevare la qualità dei testi legislativi approvati dal Parlamento che si appunteranno le brevi riflessioni che seguono, le quali, senza pretesa di esaustività alcuna, tenteranno di gettar luce su una proposta riformatrice che fatica ancora ad incunearsi nel dibattito pubblico, soprattutto italiano. Eppure, oggi forse ancor più di ieri, rizomatica appare l'esigenza di garantire la qualità tecnico-scientifica del dato politico-normativo, senza, per ciò stesso, compromettere i delicati equilibri su cui si reggono i procedimenti democratici. Ciò soprattutto con riferimento alle problematiche connesse alla tutela delle componenti (biotiche e abiotiche) che strutturano l'ambiente di vita in cui la specie umana viene realizzando sempre più complessi rapporti economico-politico-sociali; problematiche non riducibili a questioni di mera prevalenza numerica di una transeunte maggioranza parlamentare e degli interessi, più o meno trasparenti, di cui essa è espressione[12].

2. Voto plurimo come contrappeso all'estensione del suffragio elettorale

Come pure si è in parte anticipato, per il liberale Mill la perdurante esclusione di una parte significativa – e numericamente prevalente – della società dal diritto di elettorato attivo appariva contraria all'interesse generale. Sin dalla prima edizione delle *Considerations on Representative Government* del 1861, Mill si fece dunque sostenitore dell'estensione graduale del suffragio elettorale, sino ad arrivare ad una condizione di universalità che – si è, in parte, anticipato anche questo – avrebbe implicato un previo, doveroso ed esteso intervento educatore dello Stato a favore delle classi sociali sino ad allora emarginate[13]. Estensione del suffragio elettorale da cui non sarebbero rimaste escluse neppure le donne, in quanto «tutti sono ugualmente interessati ad avere un buon governo, ad assicurarsi il proprio benessere, e a possedere un voto che garantisca la parte dei benefici cui s'ha diritto»[14]. Tutti fuorché coloro che «sono a carico del comune», i quali, non pagando le tasse, non avrebbero potuto essere inclusi nel corpo elettorale: ciò, infatti, avrebbe leso il «principio fondamentale di un governo libero»[15], dacché soltanto l'inclusione – anche formale – tra coloro che possono a pieno titolo partecipare alla vita collettiva rende consapevoli di esser parte di una comunità politica in cui si è chiamati a formare libere opinioni capaci, a loro volta, di orientare l'azione dei rappresentanti eletti in Parlamento.

[11] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 217.
[12] Come fa notare lo studioso di Pentonville, «l'adeguata rappresentanza proporzionale della minoranza costituisce un ingrediente indispensabile della democrazia. Una democrazia che non soddisfa questa esigenza è solo uno spettacolo di falsa democrazia». Cfr. J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 102.
[13] Non a caso, Mill sosteneva che l'istruzione, resa «accessibile a tutti», «deve precedere il suffragio universale». Cfr. J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 152.
[14] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 145.
[15] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 154.

Nell'elaborare un sì rilevante progetto riformatore «felicemente ambiguo»[16], Mill assunse una posizione sicuramente peculiare rispetto a quei pensatori liberali che, soltanto qualche anno prima, con le parole di Benjamin Constant, avevano ribadito che «nelle nostre attuali società, la nascita nel paese e la maturità dell'età non sono affatto sufficienti per conferire agli uomini le qualità necessarie all'esercizio dei diritti politici». E tanto, dal momento che «quelli che sono costretti dalla povertà a un'eterna dipendenza a svolgere, sin dall'infanzia, lavori giornalieri, non sono né più illuminati dei bambini riguardo agli affari pubblici, né più interessati degli stranieri a una prosperità nazionale di cui non conoscono gli elementi e di cui godono i vantaggi solo indirettamente». Solo la proprietà privata appariva, allora, in grado di rendere «gli uomini capaci di esercitare i diritti politici. Soltanto i proprietari, dunque, possono essere cittadini»[17].

Il costituzionalismo liberale nacque, dunque, con questo «marchio classista»[18], di cui erano espressione concreta quelle formule elettorali che istituzionalizzavano conseguentemente il censo e la ricchezza quali condizioni, formali e sostanziali, di accesso alla rappresentanza della «nazione» in Parlamento. Formatosi nel medesimo *humus* culturale, il progressista Mill non avrebbe, di certo, potuto sottovalutare le preoccupazioni che Constant e gli altri pensatori liberali vedevano dischiudersi dall'ingresso delle masse proletarie nel circuito rappresentativo, in un'epoca in cui, peraltro, in concomitanza con la rivoluzione industriale e le prime vicende politico-rivoluzionarie dell'Europa continentale, si venivano organizzando forme, dapprima soltanto embrionali, di partiti di massa[19]. Ed ecco che, allora, pur convinto dell'inarrestabile affermazione dell'ideologia democratica, Mill non

[16] Così lo definisce M. Prospero, *Introduzione. La rappresentanza tra deliberazione e conflitto*, in J.S. Mill, *op. ult. cit.*, XV-XVI, poiché esso «riflette nel solco di un pensiero liberale critico, in cui pulsano a vario modo tendenze repubblicane e civiche, sensibilità che tendono ad allargare lo spazio della partecipazione e del dibattito». Da un lato, infatti, Mill «tende a diffidare del moderno dominio del numero, e quindi a proteggere lo spazio delle libertà del singolo dalle ondate di conformismo sociale e dalle chiusure cognitive degli organi rappresentativi»; dall'altro, invece, le *Considerations* sono state interpretate «come il frutto alquanto evocativo di un esponente del repubblicanesimo classico che pensa a "scuole di civismo" in direzione dell'apertura degli istituti del parlamentarismo ai dispositivi di fiducia che la condivisione dei diritti produce, cioè di una curvatura delle procedure della rappresentanza nel senso dell'orizzonte democratico più avanzato».

[17] B. Constant, *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo. Versione del 1806*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 213-214.

[18] Come lo definisce, in contrapposizione alla democrazia radicale *à la* Rousseau, G. Zagrebelsky, *Diritto allo specchio*, Torino, Einaudi, 2018, p. 94. Come ha puntualizzato S. Cassese, *Correzioni epistocratiche della democrazia. Prefazione*, in J. Brennan, *Contro la democrazia*, Roma, Luiss University Press, 2018, p. 11, «La democrazia rappresentativa è nata come forma epistocratica e tale è rimasta per lungo tempo». Dopo l'introduzione del suffragio universale, e le conseguenti critiche – di cui, lo si è visto, Mill è tra i principali e più autorevoli esponenti – saranno i partiti politici a svolgere, per lo Stato, «il compito di "palestra" per la "Bildung" e la selezione dei candidati. I partiti politici, dunque, hanno supplito gli Stati in un compito essenziale, quello di portare persone capaci e con esperienza alla guida di quella macchina complessa che sono oggi i poteri pubblici. Ma, a un certo punto, anche i partiti sono venuti meno, si sono "liquefatti"» (p. 12).

[19] Su tali aspetti, qui soltanto lambiti, cfr. A. Bergounioux – B. Manin, *La social-democrazia o il compromesso*, Roma, Armando Armando, 1981.

mancò di punteggiare, sul piano storico-concreto[20], il suo disegno riformatore con istituti di estrazione tipicamente aristocratico-liberale, a partire proprio dalla possibile introduzione del voto plurimo quale forma di contrappeso istituzionale da opporre all'allargamento del suffragio e del perimetro degli interessi rappresentati in Parlamento attraverso la formula elettorale proporzionale[21].

Da questa prospettiva, pur esaltando le virtù del governo rappresentativo, Mill rimarcò i due principali pericoli cui esso, così aderente alle condizioni politico-economico-sociali britanniche, poteva incorrere: «primo, l'ignoranza e l'incapacità generale del corpo controllante o più precisamente l'insufficienza delle sue qualità intellettuali; secondo, il pericolo che questo corpo sia soggetto alla sfera di influenza di interessi che non coincidono con gli interessi della comunità»[22]. Pericolo, quest'ultimo, inscritto in qualsiasi scivolamento delle procedure democratiche a questione di puro «governo della maggioranza numerica», interessato alla sola traduzione legislativa dei propri interessi «di classe o di parte» come interessi dell'intera collettività. Esito per contrastare il quale Mill evocava un elevato «*ethos*»[23] pubblico, guadagnabile attraverso l'azione illuminata di *élites* il cui voto – qui il *punctum crucis* della nostra riflessione – doveva allora pesare di più rispetto a quello di una collettività ancora largamente immatura e, pertanto, prigioniera di interessi di parte che non riuscivano ad elevarsi al di là dell'immediata soddisfazione di istanze e bisogni giornalieri[24].

Intento precipuo del disegno riformatore di Mill era, dunque, quello di attribuire un voto plurimo alle *élites* culturali e professionali; voto da poter esercitare in più collegi elettorali e che avrebbe scontato il solo limite di «accertare chi in concreto meriti questo diritto». Dilemma la cui risoluzione appariva a Mill «impossibile per quanto riguarda i singoli individui», ma non «per quanto concerne le masse». In tal caso, infatti, non si tratterebbe di ric-

[20] Come ha evidenziato M. Prospero, *op. cit.*, XIII, nelle *Considerations* «Mill intende conferire una cornice teorica allo sforzo, che ha intrapreso in diversi momenti e occasioni, di andare oltre i credi politici del vecchio liberalismo (istituzioni come scelta razionale, strumenti per fini) e del conservatorismo (istituzioni come organismi naturali, consuetudinari). Il suo tentativo non è condotto però sul piano dei soli concetti politici, ma viene calibrato a ridosso dei problemi pratici e amministrativi che emergono nella vicenda delle moderne istituzioni del parlamento in relazione ai processi storici e spingono verso nuove esplorazioni di cultura politica».

[21] «Ogni soggetto che non versa in una condizione di tutela ed è direttamente interessato ai problemi, ha diritto di esprimere il proprio voto. Non è possibile negare questo diritto ad avere voce se non quando il suo esercizio urta con la sicurezza della collettività. Completamente diversa» appariva però a Mill la questione «se tutti debbano vantare un voto, e un voto uguale». Cfr., J.S. Mill, *op. cit.*, p. 126.

[22] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 82.

[23] Come lo stesso Mill non mancò di precisare, «in ogni elezione politica, anche nel caso del suffragio universale (e anche a più forte ragione nel caso del suffragio limitato) esiste per il votante un'obbligazione morale assoluta di considerare non il suo interesse privato ma l'interesse pubblico, di votare secondo il proprio intelligente criterio esattamente come sarebbe obbligato di fare s'egli fosse l'unico votante e l'elezione dipendesse da lui solo». Così, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 180. Sulla dimensione etica della concezione istituzionale di Mill inevitabile è il rinvio a N. Urbinati, *L'ethos della democrazia. Mill e la libertà degli antichi e dei moderni*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

[24] Scrive, ancora, Mill: «Il governo rappresentativo dovrebbe essere costituito in modo da mantenere questo stato di cose: cioè non dovrebbe permettere ai numerosi interessi di classe di essere così influenti da prevalere sulla verità e sulla giustizia o contro altri interessi particolari. Dovrebbe garantire sempre un equilibrio siffatto, tra i vari interessi individuali, da costringere ciascuno di essi a non poter contare sul successo a condizione di attirare a sé almeno una gran parte di coloro che agiscono per motivi più elevati e sulla base di vedute più comprensive e aperte». Così, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 131.

ercare o stabilire una differenza quantitativa o «di grado», come pure la chiamava Mill, ma «qualitativa tra cose incommensurabili», giacché «ogni soggetto deve sentirsi offeso se la sua opinione non può essere espressa o vagliata. Solo un pazzo invece può sentirsi colpito solo perché si riconosce l'esistenza di altri soggetti con opinioni e aspirazioni superiori alle sue». Quel che occorre «soltanto assicurarsi» è che «questa superiore influenza accordata alle persone capaci venga attribuita sulla base di motivi giusti e comprensibili»[25].

Mill era, infatti, convinto che l'introduzione del voto plurimo non fosse affatto contraria all'ascesa dell'ideologia democratica (anche) in Gran Bretagna, dacché questa pareva appuntare la sua critica sui privilegi legati alla ricchezza piuttosto che sulla – per Mill fisiologica – «superiorità personale» di una ristretta cerchia di individui. Il che, è ancora Mill a precisarlo con inattuale chiarezza, consentiva di accettare, senza particolari turbamenti morali o sociali, che «solo la superiorità intellettuale di un individuo può giustificare che si apprezzi l'opinione come qualcosa di più di una opinione di un solo individuo»[26]. Superiorità intellettuale non già inscritta *iure sanguinis* all'interno di ristrette e inaccessibili oligarchie sociali, ma talora emergente – invero, alquanto problematicamente – anche nell'umanità più povera e diseredata, cui, dunque, era necessario consentire l'accesso all'istruzione[27]. È un'oligarchia aperta, si potrebbe dire, pur con i limiti prima esplicitati, quella che Mill intendeva premiare attraverso il riconoscimento del voto plurimo, a testimonianza della sua estrazione borghese e della dinamicità che essa imprime alla concezione del potere elaborata da un pensatore che nutriva «fiducia nella forza naturale della ragione e della verità»[28].

Cionondimeno, lo stesso Mill fu costretto a confessare l'indisponibilità di strumenti che consentano di accertare la suddetta «superiorità intellettuale». Appariva, pertanto, impossibile indicare in concreto, e in modo sufficientemente puntuale, i criteri per assegnare al voto di un «associato nelle Università di Oxford o Cambridge» o di un «capo-officina» un *surplus* valoriale e numerico rispetto a quello di un operaio. Mill si limitò, perciò, a ribadire che «il vero valore del governo rappresentativo andrebbe rintracciato in questa direzione», dacché «la strada maestra dell'innovazione politica e del reale miglioramento è quella che induce a lavorare nella direzione qui delineata»[29].

È innegabile. L'aspirazione al voto plurimo interseca quella tendenza epistocratica radicata in alcune note pagine platoniane sul «governo dei filosofi» o «*noocrazia*»[30]. Non a caso, è lo stesso Mill a citare espressamente Platone allorché rimembra la sempiterna predisposiz-

[25] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 127.
[26] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 75.
[27] Scrive J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 129: «A mio parere il voto plurimo è un diritto aperto anche all'individuo più povero che, a dispetto degli ostacoli, può affermarsi in virtù della sua intelligenza».
[28] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 131, il quale ribadisce, ancora una volta, che, «se le speranze migliori che si possono formulare su questi argomenti fossero anche certezze, propugnerei sempre il voto plurimo. Non presento il voto plurimo come un istituto desiderabile in sé, lo considero solo relativamente buono». «Ogni cittadino», infatti, «dovrebbe convenire che è per lui un bene fare in modo che tutti dispongano di una certa influenza ma che i cittadini più colti sviluppino una influenza maggiore. Le istituzioni dovrebbero mettere in pratica questa credenza dei singoli e lo Stato dovrebbe professarla. Proprio questo è lo *spirito* delle istituzioni di una nazione» (p. 132).
[29] Cfr., dunque, anche per una più esaustiva ricognizione delle riflessioni milliane, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, pp. 128-129.
[30] A ricordarlo è R. De Mucci, nel *saggio* introduttivo di J. Brennan, *op. cit.*, p. 18.

ione degli aspiranti al potere «a lusingare strumentalmente e pretestuosamente i sentimenti degli elettori e a farsene interpreti»[31]; predisposizione per contrastare la quale doverosa si stagliava la necessità che «a dare il tono al sentimento pubblico» siano i titolari del voto plurimo, anziché i demagoghi. Con ciò, tuttavia, non giustificando in alcun modo l'obbedienza passiva della massa agli individui dotati di «superiorità intellettuale», ma anzi espressamente invocando il dialettico equilibrio tra le parti contrapposte che strutturano l'assetto sostanziale della Costituzione britannica. «Per nessun motivo», infatti, «il voto plurimo va associato a requisiti troppo esigenti che rendano alla classe che li soddisfa il potere prevalente sull'intera collettività»[32].

3. Mill e la proposta di istituire una «Commissione di codificazione» all'interno di un Parlamento che «sorveglia» e «controlla» il Governo

Oltre al voto plurimo, di cui – lo si è appena visto – lo stesso Mill sottolineava la difficile istituzionalizzazione sul piano giuridico-formale, il pensatore di Pentonville elaborò un ulteriore meccanismo capace, nelle sue intenzioni, di garantire la qualità dei processi legislativi senza, peraltro, imbattersi nelle più complesse questioni epistocratiche sollevate dal primo.

Non era il solo corpo elettorale, infatti, a palesare, nella sua generalità, la mancanza di qualità intellettuali necessarie a sostenere culturalmente i meccanismi decisionali del «governo rappresentativo». Una simile carenza Mill la scorgeva anche all'interno del corpo rappresentativo, spesso incapace di formulare proposte e di organizzare efficacemente l'azione governativa, oltre che limitato, nelle sue capacità operative, dall'errato intendimento di ritenere conclusa la propria attività istituzionale con l'esercizio di «una facile parola», cui si associava la ricerca costante, e non sempre trasparente, del consenso trasversale su testi in cui confluivano interessi plurimi e conflittuali, talora espressione di confinate aree geografiche[33]. Ciò determinava la scarsa qualità della legislazione e l'incapacità del Governo di assolvere appieno alla sua funzione decidente, all'interno di un contesto politico-istituzionale in cui «la riforma delle leggi» veniva paradossalmente affidata «a coloro che non le hanno studiate professionalmente»[34].

Mill era, pertanto, perentorio nell'affermare che «in fatto di legislazione come di amministrazione il solo compito cui una assemblea rappresentativa è idonea, non è di esplicare

[31] M.L. Salvadori, *op. cit.*, p. 289.
[32] J.S. Mill, *op. cit.*, p. 129.
[33] Con le parole di J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 112: «Quello che non ammetto è che questi interessi locali che si organizzano secondo il territorio debbano essere ritenuti i soli interessi meritevoli di rappresentazione. Non accetto che quello geografico diventi l'unico canone di classificazione politica escludendo altri sentimenti e interessi».
[34] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 70. «Tutte queste difficoltà», prosegue Mill, «vengono aggirate da un'assemblea rappresentativa che pretende di pronunciarsi su speciali misure di carattere amministrativo. Nel migliore dei casi, si insedia l'inesperienza che è chiamata a giudicare dell'esperienza. L'ignoranza pretende di giudicare il sapere. Non sospettando neppure l'esistenza di cose che ignora, l'inesperto è superficiale e supponente e tratta con leggerezza, se non con ostilità, ogni pretesa di far valere un giudizio più competente del suo. Ecco cosa si verifica quando intervengono motivi di interesse. In caso contrario si assiste allo spettacolo di un traffico poco trasparente, ancor più sfacciato e audace della corruzione più aperta che possa proliferare in un pubblico ufficio di un governo della pubblicità».

essa stessa questa funzione, ma di ordinare che venga esplicata da altri, di decidere a chi sarà affidata, di accordare o rifiutare la sanzione nazionale una volta compiuta». E tanto, dal momento che, a differenza di un ministro o di una commissione di legislazione, l'«assemblea non si sente per nulla responsabile» degli atti che ha approvato, soprattutto se ha conquistato «il favore dell'opinione pubblica». Ciò, non solo per una questione puramente numerica, dacché il carattere plurale dell'organo rende difficile – se non impossibile – imputare concretamente delle responsabilità, come dimostra il fatto che «non si è mai visto un deputato perdere il suo seggio solo perché ha votato su alcuni dettagli amministrativi»; ma, *radicitus*, poiché l'interesse dei deputati è quello di intercettare il favore immediato dell'opinione pubblica, allorché, invece, i risultati attesi dall'azione governativa si proiettano in un'ottica di lungo periodo, la sola nelle cui trame poter concretamente far valere la responsabilità per l'adozione di provvedimenti potenzialmente impopolari al momento della loro entrata in vigore[35].

Il compito più appropriato dell'istituzione parlamentare non è, allora, quello di governare, ma «sorvegliare e controllare il governo, (…) sottoporlo alla critica proiettando la luce della pubblicità dei suoi atti, (…) rimuovere i ministri che abusano del loro incarico o si comportano in modo contrario alla volontà espressa dalla nazione». Alla funzione di controllo sul Governo si associa, poi, quella, «non meno importante della prima, (…) di costituire al tempo stesso un comitato delle controversie della nazione e un congresso delle opinioni»[36]. Mill riteneva, pertanto, necessario far scegliere alla Camera elettiva e poi nominare dalla Corona i componenti di una «Commissione di codificazione» (*Commission of legislation*), in carica per un certo periodo di tempo («per cinque anni ad esempio»), esperti e tecnicamente in grado di assolvere l'alto compito loro affidato, consistente nella redazione di testi legislativi formati *anche* – ma non esclusivamente – in attuazione delle direttive formulate dalle Camere; direttive che, se inerenti «una legge che si prefigge uno scopo determinato, vanno considerate come imperative per i commissari che potrebbero disattenderle solo se si dimettono dall'incarico». Le Camere, a loro volta, avrebbero potuto accettare o rifiutare *in toto* o soltanto parzialmente il testo elaborato dalla Commissione, ma non modificarlo, essendo in tal caso doveroso il suo rinvio alla commissione.

I membri della Commissione sarebbero, poi, rimasti soggetti al potere di revoca del Parlamento «per motivi di condotta personale» o «per il rifiuto di preparare un disegno di legge conforme alle richieste parlamentari», e alla possibile mancata riconferma nella carica allo scadere dei cinque anni dalla nomina, così da aversi «un valido strumento per togliere chi si è rivelato non all'altezza del compito e per ricaricare il corpo con energie fresche»[37]. Energia politica invero necessaria per scongiurare che il governo rappresentativo si tras-

[35] Tanto le citazioni, quanto le riflessioni succitate sono tratte da J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 71.
[36] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 78. Il Parlamento appare, dunque, a Mill come «un'arena nella quale riescono ad esprimersi in piena luce e nella disputa della discussione non solo l'opinione generale della nazione, ma anche l'opinione delle diverse categorie della nazione, e per quanto possibile quella di tutti gli individui eccellenti della nazione. In questa arena della discussione ogni cittadino è sicuro di trovare espressa anche la sua opinione, forse meglio di quanto potrebbe fare egli stesso, alle prove delle avverse polemiche da parte dei suoi amici di parte ma anche dei suoi avversari. Ciò fa sì che un'opinione venga sottoposta al dibattito pubblico. Anche chi vede soccombere la propria opinione ha così avuto la prova che, prima di essere accantonata, la sua idea è stata ponderata».
[37] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, pp. 76-77.

formi in «pedantocrazia»[38], ossia in un'organizzazione burocratica in cui la politica, fattasi professione[39], ricerca e legittima l'immodificabilità delle regole che hanno concorso al consolidamento della situazione di potere dei ceti dominanti. Se ciò accadesse, infatti, «un governo di funzionari esperti» non saprebbe garantire alla «nazione» l'adozione degli «stessi atti positivi che porta a termine un governo libero»[40].

Nell'ottica della democrazia parlamentare, la proposta di istituire – a partire dalla Camera dei Lords – una «Commissione di codificazione» appare tra le più interessanti delle intere *Considerations* milliane. La «Commissione» rappresenterebbe, infatti, «l'elemento intelligenza», al cospetto di un Parlamento in cui albergherebbe «l'elemento volontà nella costruzione delle leggi», poiché preposto a consacrare, mediante il «consenso della nazione», il testo previamente redatto da un organo tecnicamente attrezzato a garantire la qualità del dato politico-normativo[41]. Qualità peraltro già ricercata, ancor prima dell'istituzionalizzazione del rapporto rappresentativo, attraverso il meccanismo del voto plurimo, cui la «Commissione di codificazione» inevitabilmente corrispondeva quale usbergo istituzionale ad ulteriore garanzia dell'adeguatezza della produzione legislativa al cospetto dei plurimi e conflittuali interessi rappresentabili dalla formula elettorale proporzionale[42]. Anzi, da questa prospettiva, sembrerebbe quasi che il liberale Mill non si accontentasse del solo voto plurimo e della formula elettorale proporzionale come strumenti di filtraggio degli interessi e delle competenze da garantire *ex parte institutionis*, ma volesse ulteriormente punteggiare la qualità dell'attività rappresentativa attraverso la costituzione di un organo a trazione tecnica e composto dalle menti più "allenate" della società.

Mill era, infatti, convinto dell'impossibilità di lasciare l'elaborazione delle politiche pubbliche «nelle mani di chi è abituato a parlare e formulare emendamenti» o «sapersi guadagnare i voti in una circoscrizione elettorale». La regolamentazione degli affari pubblici doveva, invece, essere affidata, tanto in materia di legislazione, quanto in tema di amministrazione (*i.e.*, di «governo»), all'«opera di menti addestrate ed esperte che alle loro spalle hanno studi lunghi e dispendiosi», le sole in grado di garantire la qualità e la sistematicità del complessivo ordito normativo. Oltre a non disporre del tempo necessario, per i meccanismi che ne presidiano la formazione e il funzionamento, il Parlamento e, per esso, soprattutto la Camera dei Comuni non apparivano, ai suoi occhi, in grado di traguardare siffatti risultati, dal momento che, «quando l'intera Camera si pronuncia sulla legge, le

[38] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 86.
[39] Inevitabile, qui, il rinvio a M. Weber, *La politica come professione*, Roma, Armando Editore, 1997.
[40] J.S. Mill, *op. cit.*, p. 87.
[41] «Nessuno», infatti, precisa J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 76, «vorrebbe che questo corpo diventasse un potere che può *emanare* leggi».
[42] Con specifico riferimento al problema del governo, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 80, sottolinea che «per godere insieme dei vantaggi del controllo popolare e di quelli offerti da una amministrazione e da una legislazione intelligente (ogni giorno più necessari dinanzi a problemi sempre più grandi e complessi) è necessario stabilire dei limiti razionali alle funzioni dei corpi rappresentativi». Ossia, affidare il governo «a un piccolo numero di uomini eminenti, esperti, preparati da una educazione e da una esperienza apposita», da rendere «personalmente responsabili di fronte alla nazione». E tanto, affidando il potere di controllo «ai rappresentanti della maggioranza».

opinioni e i capricci privati, fino a quel momento messi a tacere dalla competenza, ritrovano la loro seconda *chance* davanti al tribunale dell'ignoranza»[43].
Ecco, allora, spiegato il motivo per cui Mill, ancora una volta sul modello della democrazia ateniese, individuava nella «procedura della Camera dei Lord» il luogo istituzionale idoneo a «far entrare nella costituzione questo grande miglioramento», sancendo, al contempo, espressamente «la regola che ogni componente della commissione legislativa diventi pari a vita, a meno che non venga rimosso da un indirizzo del parlamento». Dalla Camera Alta, simile innovazione avrebbe poi propagato i suoi effetti, mediante l'applicazione, a quella Bassa, sino ad indurre «i semplici membri dei Comuni» a trovare «più agevole e favorevole presentare una legge non alla Camera ma alla commissione legislativa»[44]. Con il suo operare anche in funzione meramente consultiva, la Commissione di codificazione avrebbe certamente ridimensionato non solo il frequente sovrapporsi di istanze di modifica e/o integrazione legislativa espressione di interessi particolaristici o localistici, ma anche il ruolo del *Committee of the Whole House*, il quale, pur non «abolito formalmente», sarebbe tuttavia caduto «in desuetudine»[45], un po' come già accaduto al potere reale di veto. Epperò, «con dispositivi di questa natura la legislazione verrebbe a configurarsi come una attività che esige capacità, esperienza, studi speciali e la nazione conserverebbe la sua più importante libertà di essere governata solo dalle leggi approvate dai suoi rappresentanti eletti», liberandosi «dagli inconvenienti seri anche se inevitabili che l'accompagnano entro un processo legislativo male congegnato e una legislazione ignorante»[46].

4. Sulla perdurante attualità di alcune *Considerations* di Mill sulla doverosa qualità della produzione legislativa

Sono tanti i profili che, pur direttamente incidenti sul circuito politico-rappresentativo, queste brevi riflessioni sulle *Considerations* di Mill non hanno potuto approfondire per ragioni di economia di spazio e di continuità delle argomentazioni pur soltanto abbozzate.
Dall'espressa contrarietà di Mill rispetto a candidature elettorali imposte dal partito, che «spesso» trasformano «il candidato» in «un politico privo di rilevante personalità», di cui «tutti ignorano le opinioni ma non il simbolo del partito»[47], alla riprovazione per spese elettorali «folli» che favoriscono gli interessi della ricchezza a discapito della «superiorità

[43] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, pp. 73-74. Inflessibile il giudizio che Mill dà dell'operato soprattutto dei Comuni: «quando una legge che presenta numerose clausole riesce ad essere discussa nei suoi risvolti particolari, come può raffigurarsi lo stato in cui esce dal lavoro del comitato! Sono omesse delle clausole strettamente collegate al funzionamento delle altre. Alcuni articoli incongruenti vengono inseriti solo per favorire interessi particolari o soddisfare i desideri di qualche deputato che minaccia altrimenti di ritardare l'entrata in vigore della norma. Dietro la sollecitazione di qualche saputello (*sciolist*) che in modo alquanto superficiale conosce l'argomento, vengono introdotti degli articoli integrativi le cui conseguenze non sono state previste dal deputato proponente e da coloro che li hanno sostenuti. Per questo alla sessione seguente toccherà correggere tutti gli effetti degli errori» (pp. 74-75).
[44] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 77.
[45] J.S. Mill, *op. et loc. ult. cit.*
[46] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 78.
[47] J.S. Mill, *op. ult. cit.*, p. 101.

intellettuale»[48]; per non dire, poi, dell'altrettanto ferma opposizione del pensatore di Pentonville al riconoscimento di somme di denaro a favore degli eletti, intese come un mero incentivo a ricercare la conferma nella carica per soddisfare esigenze meramente materiali, le più distanti dalla doverosa tensione verso l'interesse nazionale che dovrebbe alimentare l'attività rappresentativa.

E, ancora, un'analisi ben più approfondita avrebbe certamente meritato la contrarietà di Mill alla possibile introduzione di forme di mandato vincolato, come tali potenzialmente esiziali per l'attività di sintesi politica e strumento di oppressione delle minoranze, schiacciate dalla prevalenza numerica di maggioranze vincolate ad attuare le istruzioni provenienti dal collegio di elezione dei singoli deputati. O, infine, la sua ferma opposizione rispetto ad ogni forma di voto segreto, anch'esso percepito quale potenziale fattore di nascondimento dei reali interessi che contribuiscono alla formazione della volontà politica della «Nazione» e, per ciò stesso, ostacolo insormontabile per una pubblica opinione chiamata a controllare l'operato degli eletti e a far valere la loro responsabilità (pur soltanto politica) per il modo in cui hanno esercitato il mandato.

Con riferimento al mandato elettorale, alcune pagine delle *Considerations* disvelano una certa vicinanza intellettuale con quelle del Tocqueville della *Parte prima* della *Democrazia in America*, in cui il pensatore francese stigmatizzò quel «costume», che «si diffonde sempre più negli Stati Uniti» e che «finirà per rendere inutili le garanzie del governo rappresentativo»: il «piano d'azione» che, «eleggendo un deputato», gli elettori tracciano, imponendogli «un certo numero di obblighi positivi da cui egli non può in alcun modo allontanarsi». Nel far ciò, «è come se la maggioranza deliberasse direttamente sulla piazza pubblica», nelle trame di un «impero morale della maggioranza» che «si fonda in parte sull'idea che vi sia più saggezza e acume in molti uomini riuniti che in uno solo, nel numero piuttosto che nella qualità dei legislatori. È la teoria dell'uguaglianza applicata alle intelligenze», teoria che «attacca l'orgoglio dell'uomo nel suo ultimo rifugio» e che «perciò la minoranza (…) ammette solo a fatica e vi si abitua solo col tempo»[49].

Già da queste notazioni preliminari appare, dunque, evidente il legame delle riflessioni di Mill con quelle del pensatore francese in viaggio nel Nord America, entrambe incentrate sull'indispensabile tutela di una minoranza colta quale freno ai poteri della maggioranza numerica suffragata dal voto elettorale. Del resto, fu proprio la recensione di Mill alla *Democrazia in America* di Tocqueville ad avviare un carteggio tra i due pensatori liberali, tratteggiando un percorso di riflessione che – pur attraversato da (inevitabili) divergenze – porterà Mill ad affermare, proprio sulla scia di Tocqueville, che «l'uguaglianza applicata alle intelligenze non è il sistema migliore per assicurarsi una democrazia ben amministrata», in quanto, riducendo la democrazia al «solo governo della maggioranza

[48] Motivo, questo, per cui – come pure si è anticipato – Mill prediligeva l'adozione del metodo di Hare, il solo per lui capace di offrire «maggiori garanzie rispetto ad altri congegni circa la possibilità di veder premiate le attitudini intellettuali dei rappresentanti», scongiurando l'elezione dei soli notabili locali a favore di quella di «personalità indipendenti». «Nessun altro sistema», sottolineava Mill, «riuscirebbe a portare in Parlamento l'élite del paese». È «falsa», infatti, «una democrazia che non dà rappresentanza a tutti ma solo alle maggioranze locali e cancella dal parlamento ogni spazio riservato alla minoranza colta del paese». Così, J.S. Mill, *op. ult. cit.*, pp. 106-107.

[49] A. De Tocqueville, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1982, p. 254.

numerica», questo non sarebbe in grado di garantire «la considerazione imparziale degli interessi generali»[50].

I profili che nelle pagine che precedono si è tentato di ricostruire a tinte rapide e veloci attengono, dunque, più specificamente, a questioni strettamente – ma non esclusivamente – connesse alla democrazia parlamentare e alla problematica ricerca della qualità tecnico-scientifica della produzione legislativa. Allo stesso modo di quel che accadeva nella realtà costituzionale osservata da Mill, anche i Parlamenti contemporanei faticano ad assumere le sembianze di organi di «volontà» rispetto a consessi più ristretti e tecnicamente esperti, chiamati a costituire «l'elemento intelligenza» nella produzione legislativa. Anzi, è tutt'oggi contestata l'opportunità di favorire una simile mutazione genetica delle Assemblee legislative, in quanto ciò sembrerebbe poter sacrificare il contenuto propriamente politico dell'attività rappresentativa sull'altare della "ragionevole" prevalenza delle competenze tecnico-scientifiche.

Ed è qui, allora, che le *Considerations* rivelano percorsi argomentativi potenzialmente innovativi al cospetto di una realtà economico-politica sempre più complessa da «governare», attraversata com'è da problematiche scientifiche di cui i Parlamenti non possono non tener conto. Percorsi argomentativi in parte confluiti all'interno di proposte di correzione epistocratica dei meccanismi di funzionamento della democrazia rappresentativa, che, preso atto della generalizzata incompetenza della classe politica e dell'apatia o ignoranza della più gran parte dell'elettorato, hanno sottolineato la doverosità di «pensare in modo scientifico e razionale la politica». Ciò che, nelle argomentazioni di Jason Brennan, apparirebbe possibile solo sostituendo alla conflittualità propriamente politica, radicata nell'uguaglianza del diritto di elettorato attivo e passivo, un «governo dei competenti» o di «coloro che sanno», ottenuto mediante una più attenta selezione del corpo elettorale, prima ancora che – com'era in Mill – attraverso la modifica dei meccanismi di funzionamento degli organi rappresentativi. Ossia, provando a riassumere in poche righe il contenuto delle proposte di Brennan, introducendo legislativamente: *I)* il suffragio ristretto (limitato a coloro che risultino sufficientemente informati); *II)* il voto plurimo (con i cittadini "competenti" chiamati ad esercitare un voto dal coefficiente maggiore); *III)* il voto soppesato (subordinato ad un esame inerente a materie che definiremmo di scienza politica); *IV)* il suffragio per sorteggio (con successiva formazione dei sorteggiati); *V)* il suffragio universale limitato dal diritto di veto degli esperti[51].

---

[50] J.S. Mill, *op. cit.*, p. 98. Per una ricostruzione dei punti di contatto nel pensiero dei due pensatori, cfr. M. Zoli, *Nell'Ottocento liberale: Tocqueville e John Stuart Mill*, in *Treccani online*.

[51] Sugli aspetti qui soltanto velocemente lambiti, cfr., *amplius*, J. Brennan, *op. cit*. In particolare, Brennan considera gli elettori o alla stregua di «hobbit», ossia di individui apatici che non hanno pur basilari cognizioni politiche, o come «hooligan», intendendo con ciò indicare coloro che si informano sulle questioni politiche, ma sono "di parte", e dunque irrazionali. Vi sono poi alcuni elettori «vulcaniani», i quali si approcciano alla politica con metodo scientifico-razionale, ma sono una esigua minoranza. Ecco, dunque, spiegato il motivo per cui Brennan ritiene irrazionale l'intero sistema forgiato attorno all'eguale diritto di voto, dacché il voto, prima ancora che un diritto, si rivelerebbe uno strumento di potere nelle mani della maggioranza incolta degli elettori che, data la sua prevalenza numerica, finirebbe per nuocere allo stesso interesse pubblico. Ed ecco allora perché, ancora, Brennan ritiene doveroso modificare tale meccanismo ugualitario prevedendo che, per poter partecipare alle votazioni, sia doveroso dimostrare di possedere un certo grado di conoscenza delle problematiche che investono l'azione dei Governi.

Ora, senza poter qui adeguatamente indagare le plurime problematiche dischiuse dalla legittimazione di un presunto «governo dei competenti» e dalla ridefinizione del concetto stesso di politica che la sua eventuale introduzione determinerebbe, quel che parrebbe opportuno evidenziare è che, soprattutto al cospetto di questioni politicamente – ma non scientificamente – controverse, come sono quelle che attengono alla crisi climatico-ambientale, le leggi approvate dai Parlamenti appaiono, quando non del tutto assenti, troppo spesso espressione istituzionale di quello che Mill definiva il «tribunale dell'ignoranza», alimentato da statiche visioni ideologiche prive della doverosa razionalità tecnico-scientifica. Per non dire, poi, dello stato non certo soddisfacente in cui versa la funzione di controllo politico sull'Esecutivo, sempre più ridotta a mero avallo formale di innovazioni normative espressione di micro-interessi soltanto inclusi – ma non sintetizzati – dai rappresentanti dell'intera collettività.

Parrebbe innegabile: seppur in misura inferiore rispetto alle riflessioni burkeane sulla rappresentanza della «nazione»[52], anche in Mill affiora un certo ancoraggio metafisico, evidente allorché egli costruisce la sfera pubblica su «verità» e «ragione» attraverso l'azione delle «minoranze colte». Epperò, a differenza del "Cicerone britannico", le pagine di Mill sulla democrazia parlamentare non sembrano anestetizzare del tutto l'antagonismo politico nell'astratta e unificante idea della rappresentanza nazionale, sebbene gli elementi di conflittualità siano maggiormente recuperati "dall'alto", attraverso l'azione della Commissione di codificazione, piuttosto che "dal basso", attraverso il voto plurimo (di difficile istituzionalizzazione), la formula elettorale proporzionale e i corpi rappresentativi locali. Il che, per più aspetti, ha condotto la modernità politico-costituzionale a rigettare, nella loro interezza, le proposte di Mill su voto plurimo e Commissione di codificazione, senza, tuttavia, adeguatamente vagliarne possibili applicazioni "corrette" all'interno di un Parlamento organizzato e funzionante per gruppi, e non già per il tramite di singoli notabili rappresentanti[53].

In particolare, è la proposta di istituire una «Commissione di codificazione» che sembra poter rivelare, nei limiti che ora si andranno esplicitando, una sorprendente attualità proprio con riferimento alla risalente questione del rapporto tra scienza e democrazia. È attraverso l'attività delle commissioni parlamentari[54], infatti, che le coeve Assemblee legislative tentano di acquisire conoscenze tecnico-professionali necessarie ad elevare la qualità della produzione legislativa, adeguandola al perpetuo divenire delle acquisizioni tecnico-scientifiche che incidono sulla (qualità della) vita degli individui. Tuttavia, almeno per quel che concerne l'ordinamento italiano, ancora assenti appaiono forme istituzionalizzate – e

[52] Con riferimento alle quali cfr. 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*, Edizioni Università Macerata, Macerata, 2015, pp. 13-45, e, se si vuole, F. Sicuro, *Costruire l'interesse della «Nazione» in Parlamento. Edmund Burke e il libero mandato parlamentare*, in *Questa Rivista*, n. 1, 2024, pp. 268-285. Ad ogni modo, per un diretto confronto con le argomentazioni burkeane, cfr. 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.

[53] Sull'ontologica organizzazione per gruppi dei Parlamenti contemporanei cfr. A. Gusmai, *Il gruppo parlamentare. Profili evolutivi di un soggetto della rappresentanza politica*, Bari, Cacucci, 2019.

[54] Organi interni delle Camere su cui ragiona C. Fasone, *Sistemi di commissioni parlamentari e forme di governo*, Padova, Cedam, 2012.

dunque trasparenti – di consultazione di esperti e formazioni sociali chiamati a dare fondamento tecnico-scientifico al dato politico-legislativo poi approvato dall'Aula o direttamente dalle commissioni. L'informalità della loro audizione impedisce, infatti, di realizzare, se non di rado, il concreto incremento della qualità del dato legislativo, stante anche l'insoddisfacente rendimento di altre soluzioni istituzionali (dal Comitato per la legislazione alla valutazione delle politiche pubbliche) immaginate per traguardare un sì rilevante obiettivo. Il che, sia detto per inciso, ad ulteriore riprova di quanto argomentato da Mill sull'impossibilità di incrementare la qualità dei testi legislativi senza allargare il perimetro delle competenze a sostegno – ma non in sostituzione – dell'istruttoria legislativa su cui poi si pronunceranno i rappresentanti della «nazione»[55].

Ed ecco che, allora, soluzioni istituzionali ispirate – ma non del tutto aderenti – al modello della «Commissione di codificazione» elaborato da Mill potrebbero probabilmente garantire che i legislatori assorbano "a monte", nel procedimento legislativo, le evidenze scientifiche necessarie a "governare" una realtà sempre più complessa, onde evitare che siano poi "a valle" i soli giudici, o gli apparati tecnico-amministrativi[56], a dover re-inserire nel discorso costituzionale la necessaria legittimazione scientifica del dato normativo. Le Camere potrebbero, dunque, riconoscere come formalmente doverosa l'audizione – secondo crismi di trasparenza tutt'oggi assenti – di esperti e formazioni sociali nella fase genetica dell'*iter legis* che si svolge in commissione[57] o, in via non necessariamente alternativa, il ricorso diretto a commissioni speciali formate da esperti estratti a sorte da un elenco formato da studiosi di riconosciuta fama internazionale (non per forza della stessa nazionalità,

[55] Sulla rappresentanza nazionale senza vincolo di mandato, cfr., *inter alia*, e con prospettive diverse, N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze, Firenze University Press, 2004; A. Morelli, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, ES, 2018; C. Martinelli, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2018.

[56] Ed è proprio per la presenza di tali organi «composti da personale scelto sulla base delle loro competenze, del loro sapere e della loro esperienza, secondo il *merit system*», che S. Cassese, *op. cit.*, p. 14, muove una critica alle riflessioni di Jason Brennan sull'«epistocrazia», dacché, sotto tale aspetto, «gli odierni ordinamenti sono già in larga misura epistocratici, come Brennan stesso riconosce quando considera il potere della Corte suprema di dichiarare incostituzionali atti deliberati da organi democratici». Cionondimeno, residuerebbero «ancora spazi per innestare ulteriori elementi epistocratici nelle democrazie», come testimonierebbero gli artt. 48 Cost. (che «apre due spiragli, quello dell'incapacità civile e quello della riserva di legge finale»), 33 Cost. (che richiede l'abilitazione per l'esercizio delle professioni), 51 Cost. (che dispone che l'accesso ai pubblici uffici avvenga sulla base dei requisiti previamente stabiliti dalla legge) e 84, 97 e 106 Cost., i quali ultimi stabiliscono requisiti d'età (l'art. 84: il compimento dei cinquant'anni per poter essere eletto Presidente della Repubblica) e di "merito" (gli artt. 97 e 106 Cost.) per accedere ad impieghi pubblici e magistratura. Il che, a detta del prof. Cassese, riproverebbe che «l'epistocrazia può operare come correzione della democrazia, come un suo limite, non al posto di essa, salvo tornare al suffragio limitato per livello di istruzione». Sicché, «requisiti ulteriori di candidabilità possono essere disposti, insieme ad azioni positive che diano un contenuto al principio di eguaglianza in senso sostanziale, per rendere concreto l'articolo 3 della Costituzione» (p. 15).

[57] Insistono sull'apertura della fase genetica dell'*iter legis* all'intervento di esperti e formazioni sociali A. Ruggeri, *I malati gravi (e incurabili?) degli Stati costituzionali: i partiti politici*, in *Federalismi.it*, n. 22, 2017, pp. 6-7, e A. Gusmai, *Note minime sul rapporto tra sistemi elettorali e rappresentanza politica*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 1, 2018, pp. 12-13.

eno per alcuni dei loro componenti – in via digitale[58], così da facilitare la partecipazione di esperti internazionali. Come anche in parte argomentato da Mill[59], il testo licenziato da tali commissioni potrebbe comunque essere rigettato dall'Aula o da essa essere modificato, soltanto però attraverso una formale e trasparente motivazione delle ragioni che hanno indotto i parlamentari a non accogliere o modificare i rilievi e il testo previamente elaborato dagli esperti, soprattutto in alcune materie scientificamente rilevanti (tutela dei diritti fondamentali, ambiente, salute, clima, energia, etc.). Tutto ciò potrebbe, dunque, responsabilizzare, dinanzi all'opinione pubblica e agli stessi partiti di appartenenza, parlamentari spesso facilmente e informalmente raggiungibili da gruppi di pressione e interessi privatistico-localistici, nella perdurante e grave assenza di una regolamentazione pubblica e trasparente del fenomeno del *lobbying* nell'ordinamento italiano[60]. E, in tal modo, restituire centralità ad una partecipazione non necessariamente radicata nella consistenza numerica, ma nella qualità delle argomentazioni che l'associazionismo civile e scientifico si dimostra capace di immettere in processi politici resi finalmente trasparenti e responsabili.

Piuttosto che immaginare un Governo «dei competenti»[61], quel che parrebbe realmente improcrastinabile è l'individuazione di adeguate forme di selezione dei rappresentanti politici; forme capaci di individuare, al di là o in aggiunta alla mera 'nomina' da parte delle segreterie di partito, candidati allo *status* di rappresentanti della «Nazione» dotati delle competenze e della professionalità richiesta per esercitare una sì rilevante funzione pubblica[62].

Nella contemporaneità, il compito più difficile del costituzionalismo sembra essere proprio questo: incorporare nella democrazia, senza annullarla o umiliarla, la dimensione scientifica delle decisioni politiche. Troppo spesso, infatti, su questioni etico-morali e ambientali il cittadino è costretto a confrontarsi con le acquisizioni scientifiche soltanto dinanzi ad organi giurisdizionali[63], con ciò, peraltro, alimentando non solo una sempre più critica cont-

[58] Su tali aspetti, sebbene in chiave più critica rispetto alle riflessioni qui enucleate, cfr. N. Lupo, *La rivoluzione digitale e i suoi effetti sull'attività parlamentare*, in *Lo Stato*, n. 17, 2021.

[59] Sebbene, come ha argomentato J.H. Burns, *J.S. Mill and Democracy*, in J.B. Schneewind (ed.), *Mill. A collection of Critical Essays*, London, 1968, 315, Mill fosse fermamente convinto che «non è compito del popolo governare, esso può solo scegliere un'assemblea ben qualificata incaricata di governare in sua vece; non tocca all'assemblea fare le leggi, ma solo vedere che sono fatte da un comitato di esperti».

[60] Sul *lobbying* e sulle numerose questioni da esso sollevate, cfr. P.L. Petrillo, *Teorie e tecniche del lobbying. Regole, casi, procedure*, Bologna, il Mulino, 2019.

[61] Metodo epistocratico che parrebbe, in qualche modo, emergere già nelle argomentazioni di uno dei leader della c.d. Destra storica, Marco Minghetti, il quale, ne *I partiti e la ingerenza loro nella giustizia e nella amministrazione*, Bologna, Zanichelli, 1881, p. 78, rilevava che «il progresso delle scienze e della divisione del lavoro richiedono che il governo sia posto nelle mani non solo degli individui più capaci in modo generico ma di quelli che sono più specialmente tecnici. Ora la forma parlamentare ed il governo di partiti sono l'antitesi di questo principio. La tendenza scientifica porta l'elemento tecnico contrapposto al politico: in avvenire non sarà possibile far ministro dell'agricoltura un maestro di musica e di marina un avvocato». La citazione di Minghetti è tratta da A. Di Giovine, *Dal principio democratico al sistema rappresentativo: l'ineluttabile metamorfosi*, in *Rivista AIC*, n. 1/2020, p. 92, nt. 257.

[62] Come ha sottolineato G. Pasquino, *Rappresentanza e decisione*, in Id. (a cura di), *Rappresentanza e democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 1988, 59, «rappresentare è decidere con competenza su mandato popolare».

[63] Sulle complesse questioni sollevate dall'attività interpretativo-applicativa degli organi giurisdizionali, cfr., *amplius*, A. Gusmai, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, Cacucci, 2015.

rapposizione tra Parlamento e magistratura[64], ma lo stesso ridimensionamento di un'istituzione parlamentare come incapace di intercettare e soddisfare esigenze di tutela inestricabilmente connesse al divenire delle tecno-scienze. Riattualizzare alcune pagine milliane sulla democrazia parlamentare potrebbe, allora, consentire di individuare strumenti istituzionali capaci di riattivare un'energia politica che, attraverso la partecipazione di esperti e formazioni sociali, possa a sua volta garantire la qualità di una funzione rappresentativa sempre più autoreferenziale, a trazione verticistica e ingabbiata nella ricerca del consenso elettorale che scandisce il "tempo" e definisce i contenuti (lo 'spazio') della politica contemporanea.

[64] Contrapposizione alquanto critica, spesso rivelatrice della «incapacità del legislatore di porre in essere adeguate regole di fronte alle continue sollecitazioni sociali». Così, A.M. Nico, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno Annuale del Gruppo di Pisa su Dis-uguaglianza e Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 237.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-T5W

Modello Westminster nel mondo

Il Senato canadese tra una riforma impossibile e uno *status quo* problematico

Rino Casella
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato
Università di Pisa

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

IL SENATO CANADESE TRA UNA RIFORMA IMPOSSIBILE E UNO *STATUS QUO* PROBLEMATICO*

di RINO CASELLA**

ABSTRACT (ITA): Il Senato è da sempre al centro del dibattito politico e istituzionale canadese in quanto la sua composizione e il suo funzionamento non appaiono in grado di rappresentare e proteggere gli interessi delle province, la nomina dei suoi componenti ha risposto a lungo a esigenze di tipo politico e il ruolo che svolge nel sistema non è riconducibile a quello rivestito dalle altre camere alte negli ordinamenti di tipo federale. Così, numerose sono state le proposte di riforma finalizzate a rafforzare la sua legittimazione democratica, a trasformarlo in una camera chiamata a rappresentare i territori e a ridurre i suoi poteri legislativi a vantaggio della Camera dei Comuni. Tutti i tentativi di riforma non sono tuttavia mai sfociati in una revisione costituzionale, ma la soluzione adottata fin dal 2016 dal premier Justin Trudeau attraverso l'introduzione di una *non-partisan selection* delle candidature senatoriali pare stia contribuendo a rendere politicamente più indipendente l'*Upper House.*

ABSTRACT (ENG): The aim of this paper is to recall the reasons why the Senate has always been at the center of Canadian political and institutional debate. Since its composition and functioning do not appear capable of representing and protecting the interests of the provinces, the appointment of its members has long responded to political needs and the role it plays in the system cannot be traced back to that played from the other upper houses in federal-type systems, there have been numerous reform proposals to which it has been the subject. These projects sought to strengthen its democratic legitimacy, to transform it into a representative assembly of the territories and to redefine its legislative powers. However, all the reform attempts have never resulted in a constitutional revision, but the solution adopted since 2016 by Prime Minister Justin Trudeau through the introduction of a non-partisan selection of senatorial candidacies seems to be contributing to making the *Upper* House more politically independent.

PAROLE CHIAVE: Senato, Canada, riforma.

KEYWORDS: Senate, Canada, reform.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il Senato nel dibattito costituente canadese; 3. Una camera non rappresentativa delle province; 4. Il Senato come camera politica; 5. Il ruolo del Senato nel procedimento legislativo; 6. I tentativi di riforma del Senato; 7. Dal nuovo processo di nomina dei senatori avviato dal governo di J. Trudeau nel 2016 alla riforma delle *Rules of Senate* del 2024; 8. Alcune considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il 25 settembre 2024, il Primo ministro canadese Justin Trudeau ha proceduto, per l'88ª volta, alla designazione di un membro del Senato sulla base del processo di selezione delle candidature aperto e *non-partisan* da lui inaugurato nel 2016 subito dopo l'arrivo al governo[1]. Sebbene in passato altri Primi ministri canadesi abbiano al riguardo effettuato più *appointments*[2], la scelta da parte del *premier* liberale di un numero così elevato di senatori "indipendenti" ovvero non affiliati a nessun partito canadese, ha conferito un particolare

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Professore associato di diritto pubblico comparato nell'Università di Pisa.

[1] PRIME MINISTER OF CANADA, *Prime Minister announces the appointment of a senator*, 25 September 2024, 25-09-2024.

[2] Così, William L. Mackenzie King designò 103 senatori, mentre John. A. Macdonald rispettivamente 92.

valore politico e istituzionale al nuovo processo di selezione visti gli effetti che quest'ultimo ha prodotto sulla composizione e sul ruolo dell'*Upper House*.
Infatti, uno dei temi politico-istituzionali più dibattuti in Canada è da anni proprio la riforma del Senato soprattutto in ragione della sua incapacità di rappresentare e proteggere gli interessi delle province, delle modalità di nomina dei suoi componenti e della sua debolezza rispetto alle altre camere alte presenti negli ordinamenti federali.
Così, fin dalla nascita della federazione, innumerevoli sono state le proposte di riforma finalizzate a trasformarlo in una camera autenticamente rappresentativa dei territori, a rafforzarne la legittimazione democratica attraverso l'elezione popolare diretta dei suoi membri e a ridefinirne il ruolo, a vantaggio della Camera dei Comuni, all'interno del procedimento legislativo.
Significativamente, tutte le iniziative per la riforma della camera alta, comprese quelle più radicali incentrate sulla sua abolizione in nome di una soluzione di tipo monocamerale, non solo sono sempre state osteggiate sul piano politico, ma hanno anche sollevato numerose obiezioni costituzionali legate alla complessa e articolata procedura di revisione prevista dall'ordinamento canadese, tanto che nel 2014 la Corte suprema, esprimendosi su di esse, è giunta a sancire l'illegittimità costituzionale di ogni riforma adottata dal parlamento di Ottawa senza il consenso delle province.
Alla luce di ciò, l'analisi intende richiamare le motivazioni che spinsero i Padri della federazione a istituire il *Senate* e, dopo aver sottolineato la sua peculiare natura di camera politica non rappresentativa dei territori, si propone di richiamare i principali tentativi di riforma di cui l'*Upper House* è stata oggetto fin dalla sua istituzione.
In tale quadro, una particolare attenzione è rivolta alle nuove regole adottate dal governo di J. Trudeau per selezionare le candidature senatoriali, soprattutto alla luce degli effetti che la loro quasi decennale applicazione ha indotto sul funzionamento della *Red Chamber*, compresa una controversa modifica, da poco approvata, delle sue regole procedurali potenzialmente destinata a incidere sullo *status quo*.

2. Il Senato nel dibattito costituente canadese

Il Senato canadese è stato istituito nel 1867 attraverso l'approvazione da parte del parlamento di Londra del *British North America Act* (BNA), costituivo del *Dominion of Canada*[3].
In particolare, l'atto definiva l'assetto istituzionale di quest'ultimo sulla base degli accordi raggiunti nel settembre 1864 nella Conferenza di Charlottetown composta dai delegati delle Province Unite (l'*Upper* e il *Lower Canada*, oggi corrispondenti alle Province del Quebec e

[3] Com'è noto, dopo la c.d. *Patriation* del 1982 tale atto è diventato il *Constitutional Act, 1867*; T. GROPPI, *Canada*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 84 ss.; R. MACGREGOR, *The Governament of Canada*, Toronto, Toronto University Press, pp. 21-39; G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione. Il Senato canadese alla luce dei modelli comparati del bicameralismo*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2007, p. 1 ss. R. VIPOND, *1867: Confederation*, in P. OLIVER, P. MACKLEM, N. DES ROSIERS (eds.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 83 ss.; A. HEARD, *The Senate: A Late Blooming Chameleon*, in J. BICKERTON, A.G. GAGNON (eds.), *Canadian Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 7th, 2022, p. 81 ss; G.W. O'BRIEN, *The Senate of Canada*, Toronto, Irwin Law, 2023, p. 7 ss..

dell'Ontario), del Nuovo Brunswick, della Nuova Scozia e dell'Isola del Principe Edoardo, poi approvati in via definitiva, nell'ottobre successivo, dalla Conferenza del Quebec, comprendente anche i delegati di Terranova e del Labrador[4]. Proprio l'accordo raggiunto in sede costituente dai *Padri della federazione* sulla creazione dell'*Upper House* (inizialmente definita *Legislative Council*) risultò un passo decisivo per la nascita della federazione canadese soprattutto alla luce delle «garanzie»[5] di rappresentanza che offriva alle province.

In seno alla *Quebec Conference*, infatti, una volta evidenziata la necessità di istituire un parlamento bicamerale con il compito di assicurare l'unità del *British North America*, diviso per la diversità della razza, della lingua e della religione, nonché per le enormi distanze geografiche presenti, la questione del ruolo e della composizione della seconda camera divenne assolutamente centrale, finendo per costituire un tassello essenziale dell'intero *compact* alla base della nascente federazione[6].

Così, i delegati, forti dell'esperienza rappresentata dalle seconde camere provinciali che, eccetto quella dell'Isola del Principe Edoardo, erano tutte non elettive, esclusero l'elezione diretta della camera alta non solo per il timore di istituire un'assemblea che, pur non legata al governo da un rapporto di fiducia, potesse finire per contrapporsi politicamente all'*House of Commons*, ma anche in considerazione dell'eccessiva ampiezza delle sue circoscrizioni elettorali e dell'insostenibilità dei costi imposti ai candidati[7].

Nello stesso tempo, i costituenti non vollero neppure attribuire all'*Upper House* il compito di assicurare la rappresentanza di tipo paritario degli enti federati attraverso l'adozione del modello dell'*U.S. Senate*, allora ancora eletto dalle assemblee legislative statali. Tale soluzione, infatti, se da un lato rispondeva alla richiesta della comunità francofona, di vedersi riconosciuto, a tutela della propria identità linguistico-culturale, un peso maggiore in seno all'*Upper House* di quello basato sul mero dato demografico, dall'altro evocava il pericolo di quella sovranità statale all'origine della guerra civile da poco conclusa proprio nella federazione statunitense[8].

Così, l'originale soluzione istituzionale che fu poi adottata dai costituenti rendeva il Senato rappresentativo non delle stesse province, ma delle *Divisions*, delle entità puramente di tipo

[4] La conferenza del Quebec adottò 72 *resolutions* che furono poi discusse dalle assemblee legislative provinciali, dando così forma a un progetto di unificazione incentrato su un testo di 147 articoli che in seguito fu approvato solo da parte del Canada, del Nuovo Brunswick e della Nuova Scozia. Il BNA stabilì tuttavia le modalità per consentire all'Isola del Principe Eduardo e a Terranova, contrari alla ratifica, l'adesione alla federazione, poi avvenuta, rispettivamente, nel 1873 e nel 1949. In merito, D. CREIGHTON, *The Road to Confederation: The Emergence of Canada, 1863-1867*, Toronto, Macmillan of Canada, 1964, p. 188; J. AJZENSTAT, P. ROMNEY, I. GENTLES, W.D. GAIRDNER, *Canada's Founding Debates*, Toronto, University of Toronto Press, 2nd ed., 2003, p. 77 ss.; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 17 ss.

[5] T. GROPPI, *op. cit.*, p. 84.

[6] Sul punto, D. PINARD, *The Canadian Senate: An Upper House criticized yet condemned to survive unchanged?*, in J. LUTHER, P. PASSAGLIA, R. TARCHI (eds.), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, Giuffré , 2006, p. 493.

[7] D.E. SMITH, *The Canadian Senate in Bicameral Perspective*, Toronto, University of Toronto Press, 2003, p. 79. Sul punto anche P. PSSAGLIA, *Il Senato canadese: anomalia o originalità?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, p. 1918 ss.

[8] J. SMITH, *Canadian Confederation and the Influence of American Federalism*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 21, n. 3, 1988, p. 455 ss.

geografico prive di un qualsiasi legame con gli enti federati, di cui in realtà costituivano solo di una semplice aggregazione. Così, in base rispettivamente all'ottava e all'undicesima *resolution* approvate dalla conferenza del Quebec, il numero dei componenti del *Legislative Council* fu fissato, come già in molte altre camere alte presenti prima della nascita della confederazione[9], a 24 per ognuna delle tre grandi *Divisions* in cui si articolava la federazione, ovvero Basso Canada, Alto Canada e le due province marittime (Nuova Scozia e Nuovo Brunswick)[10], mentre per la loro designazione, fu scelto di adottare la soluzione più prossima a quella della madrematria, ovvero un procedimento di nomina vitalizia affidata al Governatore generale su proposta del Primo ministro[11].

In altri termini, nel quadro del delicato processo di unificazione politica del Canada, l'adozione di tale modello costituiva l'espressione di un complesso compromesso tra i *Fathers* capace, da un lato, di superare le difficoltà che scaturivano dalle sproporzioni esistenti, in termini di numero degli abitanti, tra le province, nonché tra la comunità anglofona e quella francofona[12], dall'altro di ricondurre la funzione della camera alta non alla mera protezione degli interessi regionali e provinciali, ma a quella, più politica, di bilanciamento dell'*House of Commons*, ben al di là dell'esigenza di importare dalla Gran Bretagna l'esperienza della *House of Lords*.

Così, non potendo riprodurre nel contesto canadese la componente monarchico-aristocratica alla base della camera dei *Lords* della madrepatria, i costituenti intesero rendere il Senato una camera di riflessione chiamata a moderare «gli «eventuali eccessi egualitari»[13] dell'assemblea elettiva e al fine di garantirne l'indipendenza da quest'ultima e dai suoi speciali interessi, decisero che i suoi membri rimanessero in carica a vita. Nello stesso tempo, per assimilare ulteriormente la natura del Senato a quella di una camera di proprietari a impronta conservatrice, i *Fathers* stabilirono che i suoi membri dovessero rispettare precisi e stringenti requisiti per la loro nomina: il possesso della cittadinanza canadese (per nascita o naturalizzazione), il compimento del trentesimo anno di età, la

[9] G.W. O'Brien, *op. cit.*, p. 21.

[10] Tale schema fu modificato nel 1870 quando furono concessi 2 senatori al Manitoba poi elevati, sulla base dei censimenti decennali, a 3 nel 1882 e a 4 nel 1892, nel 1871 e nel 1887 con l'attribuzione, rispettivamente, di 3 seggi alla Columbia Britannica e di 2 seggi ai Territori del Nord-Ovest (diventati 4 nel 1903). L'adesione alla federazione, nel 1905, delle province dell'Alberta e del Saskatchewan comportò l'assegnazione a entrambe di 4 senatori (con la contestuale eliminazione dei 4 seggi riconosciuti ai Territori del Nord-Ovest). Grazie al *Constitution Act 1915* fu creata una quarta *Division*, rappresentata da 24 senatori divisi in modo paritario tra le quattro grandi province dell'Ovest (Manitoba, Columbia Britannica, Saskatchewan e Alberta) che elevò a 96 il numero complessivo dei senatori. Nel 1949, il *Newfoundland Act assegnò 6 Senatori al Labrador (divenuto Provincia, ma non inserita in una Divisione), mentre il Constitution Act (n. 2) 1975* assegnò 2 senatori ai Territori del Nord-Ovest e allo Yukon. Infine, nel 1993, una volta riconosciuto un seggio al Territorio Nunavut dopo la sua separazione dai Territori del Nord-Ovest, il totale dei seggi senatoriali è salito a 105. In merito, T. Groppi, *op. cit.*, p. 84; G.W. O'Brien, *op. cit.*, pp. 22 e 39 ss.

[11] Sull'esigenza, avvertita dai costituenti canadesi, di riprodurre in pieno l'«estetica istituzionale» britannica, I. Ruggiu, *Contro la Camera delle Regioni*, Napoli, Jovene Editore, 2006, p. 224.

[12] Sulla necessità di affidare al Senato canadese il compito di «equilibrare e fungere da collante tra aree territoriali diversamente disegnate per ragioni etniche o economiche», P. Martino, *Seconde camere e rappresentanza politica*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 189.

[13] T. Groppi, *op. cit.*, p. 84.

residenza nella provincia di designazione e una precisa condizione censitaria, ovvero la disponibilità di beni di un valore pari ad almeno 4.000 dollari canadesi[14].

Riguardo i poteri riconosciuti al Senato, il BNA, una volta espressamente richiamato nel suo preambolo l'assetto costituzionale britannico («*with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom*»), escluse il Senato dal circuito fiduciario, ma gli riconobbe lo stesso peso della *House of Commons* nel procedimento legislativo con l'eccezione rappresentata dai *money bills* che dovevano essere presentati in prima lettura da quest'ultima[15]. In sostanza, alla *Red Chamber* veniva riconosciuto un veto assoluto in quanto il suo assenso era necessario affinché un progetto di legge potesse essere definitivamente approvato e poi sottoposto alla sanzione regia.

Così, nel corso dei *Confederate Debates* del 1865, Sir John A. Macdonald, primo capo del governo del Canada, sottolineò come il Senato dovesse svolgere un ruolo complementare a quella *dell'House of Commons* in quanto chiamato a garantire sui testi di legge adottati da quest'ultima una «riflessione indipendente, equilibrata e attenta» («*sober second thought*»)[16] in grado di evitare contrapposizioni tra i due rami del parlamento.

Al riguardo, proprio il timore di un *deadlock* politico-istituzionale spinse il governo inglese a imporre, nel corso della conferenza di Londra, una modifica del testo scaturito dalle *Quebec resolutions* che, pur mantenendo tutte le procedure di conciliazione tra le due camere in caso di dissenso sull'approvazione di un testo, introduceva la possibilità di ricorso allo *swamping* attraverso la nomina da parte della Corona, su proposta del Governatore generale, di 3 o 6 nuovi senatori (numero poi elevato a 4-8 dal *British North America Act*, 1915) da dividere tra le *Divisions*.

Da sottolineare come al Senato venga riconosciuto solo un veto sospensivo nel procedimento ordinario di revisione in base all'art. 47 del *Constitution Act, 1982*. In base a tale disposizione, infatti, la proposta di modifica costituzionale, una volta approvata da due terzi delle assemblee legislative delle province, rappresentative di almeno la metà della popolazione complessiva del Canada, può superare dopo 6 mesi l'opposizione della camera alta grazie a una seconda deliberazione dell'*House of Commons*[17].

Tale revisione è l'unica che ha inciso in modo significativo sul ruolo politico-istituzionale del Senato, visto che quelle precedentemente adottate hanno invece riguardato il numero complessivo dei componenti, la diversa consistenza numerica delle *Divisions* e l'abolizione nel 1965 del principio del *during good behaviour* sotteso al mandato vitalizio (previsto dall'art. 29 del BNA) attraverso l'introduzione dell'obbligo di ritiro dei senatori al compimento del loro 75° anno di età[18].

---

[14] Tale somma è ormai da tempo assolutamente ininfluente sullo *status* economico dei senatori, tanto che dal 1953 è stata introdotta un'indennità a loro favore (cfr., P. PASSAGLIA, *op.cit.*, p. 1922).

[15] Così, secondo G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p.46, il sistema costituzionale canadese è caratterizzato da «bicameralismo paritario senza parità di legittimazione».

[16] J.A. MACDONALD, *Legislative Assembly*, Monday, February 6, 1865, p. 35 (trad. mia come tutte le altre a seguire).

[17] T. GROPPI, *op. cit.*, p. 89.

[18] Al riguardo, per P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 1924, la riforma ha introdotto «la scadenza predeterminata del mandato senatoriale».

3. Una camera non rappresentativa delle province

Il Senato, progettato dai Padri fondatori non in riferimento a un preciso modello di istituzione bicamerale, ma sulla base dell'esigenza di definire l'architettura istituzionale più adatta alla storia, alle tradizioni e alla cultura politica del Paese, è da considerarsi come una vera e propria «tipologia pan-canadese chiamata a soddisfare le esigenze unicamente canadesi»[19] e quindi, come tale, un *unicum* tra le camere alte presenti negli ordinamenti federali.

L'originalità del Senato canadese risulta infatti evidente soprattutto alla luce della sua incapacità di operare come un'effettiva seconda camera rappresentativa delle province, rispondendo a uno dei modelli elaborati per classificare le camere alte in funzione della diversa struttura istituzionale del bicameralismo presente in uno Stato di tipo federale[20].

Com'è stato infatti efficacemente osservato, mentre appare incerta la «qualificazione giuridica del federalismo», invece la sua organizzazione risulta segnata dalla certezza, evidenziata dalla stessa ricerca comparatistica, della presenza di una seconda camera chiamata «a dare la rappresentanza agli enti territoriali»[21]. Dal momento che proprio questo profilo consente di definire una camera federale in modo «minimale»[22], appare problematico considerare come tale il *Senate* canadese in quanto i suoi componenti non sono i rappresentanti giuridici dei governi provinciali (come nel modello c.d. «ambasciatoriale»), né i rappresentanti politici delle comunità provinciali (sulla base invece del modello c.d. «senatoriale»)[23].

In effetti, i senatori canadesi, a differenza dei membri del *Bundesrat* tedesco, non sono soggetti a un vincolo di mandato e quindi non possono essere istruiti, richiamati e, al limite, sostituiti, ma nello stesso tempo, non sono neppure legati da un rapporto di rappresentanza politica con le province per il fatto che la loro nomina spetta al governo centrale, responsabile verso l'intero popolo e non nei confronti delle comunità provinciali «separatamente intese»[24].

In effetti, sebbene obbligati a risiedere nelle province (art. 23 del BNA), i senatori non svolgono una funzione di rappresentanza dei territori tale da rendere l'*Upper House* «un autentico *forum* degli interessi e delle istanze» di questi ultimi (compito ormai svolto dal 2003 del *Council of the Federation*, chiamato a sviluppare le relazioni intergovernative e la

[19] G.W. O'Brien, *op. cit.*, p. 1 ss.
[20] Tra gli altri, P. Martino, *op. cit.*, p. 186 ss.
[21] T.E. Frosini, *Federalismo e bicameralismo*, in *Federalismi*, n. 14, 2003, p. 1.
[22] Per G. Doria, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 21, infatti, «è la camera federale l'assemblea in cui si esplica una forma di rappresentanza degli enti federati».
[23] *Ibid.*, p. 22; in merito, si veda anche Id., *Bicameralismo e federalismo. Analisi dei modelli di relazione*, Roma, Carocci editore, 2014, p. 75 ss.
[24] Id., *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 24. In merito, anche R. Pelletier, *Le principe fédératif et les institutions fédérales: le Sénat canadien correspond-il au «modèle» d'une Chambre haute dans une fédération?*, in *Revue québecoise de droit constitutionnel*, n. 3, 2010, p. 1 ss.

cooperazione tra centro e periferia)[25], ma rispondono invece, almeno fino alla riforma adottata dal Primo ministro J. Trudeau, alle logiche politiche nazionali sottese all'adesione al *caucus* di un partito[26]. Così, le strategie sui progetti di legge, la disposizione dei posti a sedere nella *Red Chamber*, l'appartenenza ai comitati, le liste dei discorsi, l'assegnazione degli uffici e le attività delle commissioni sono state infatti decise in base al partito di appartenenza e in funzione del perseguimento dell'interesse nazionale[27] e solo raramente di quello regionale[28].

Oltre a ciò, la distribuzione dei seggi del Senato, in ragione della dimensione demografica delle *Divisions*, impedisce un'equilibrata rappresentanza non solo delle province, ma anche delle ripartizioni geografiche di tipo regionale presenti sul territorio canadese. In altri termini, la scelta adottata in sede costituente di salvaguardare le province fondatrici nella composizione della camera alta al prezzo di introdurre una forte disparità nel riparto dei seggi di quest'ultima, ha generato un effetto «non solo genericamente dis-rappresentativo, ma addirittura talora anche *anti*-rappresentativo»[29].

Così, sulla base dei dati del censimento 2021, è possibile infatti evidenziare come l'Ontario, a fronte di una popolazione pari a ben il 35,8% di quella nazionale (e corrispondente a più di 14 milioni di abitanti) sia fortemente sottorappresentato, disponendo solo di 24 senatori (ovvero il 22,9% del totale) al pari della provincia del Quebec che però ha un numero di abitanti (circa 8 milioni e mezzo) pari al 23% del totale. Inoltre, la Divisione del *Western Canada* (Columbia Britannica, Alberta, Manitoba e Saskatchewan) dispone dello stesso numero di senatori delle *Maritimes provinces* (Nuova Scozia, Nuovo Brunswick e Isola del Principe Edoardo) nonostante le rispettive popolazioni siano, rispettivamente, il 31,7% e il 5,1% del totale. Ulteriori distorsioni indotte dal rapporto tra la popolazione e il numero dei membri del *Senate* risultano evidenti una volta preso in considerazione il numero di abitanti per ogni senatore, oscillante tra i 36.858 dell'Isola del Principe Edoardo e gli 833.480 della Columbia Britannica[30].

4. Il Senato come camera politica

[25] A. BARRA, *Un federalismo dinamico: l'evoluzione dei rapporti tra Stato federale e Province in Canada*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. IV, 2011, p. 1546 ss.

[26] In merito, sia consentito il rinvio a R. CASELLA, *L'irrisolta questione della riforma del Senato in Canada: dall'"impossibile" revisione costituzionale al Trudeau Plan*, in *Nomos*, n. 2, 2016, p. 13.

[27] G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 33; per J. WALDRON, *Political Theory: Essays on Institutions*, MA&London, Harvard University Press, 2016, p. 82, «naturalmente i partiti vogliono garantirsi che i membri della seconda camera siano sottoposti alla stessa disciplina dei membri della prima». Sulla presenza di un «sistema Ottawa» finalizzato a tutelare l'interesse nazionale e a servire il centro del Paese, D. SAVOIE, *Democracy in Canada: The Disintegration of Our Institutions*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2019, p. 6.

[28] Significativo, tra gli altri, il caso citato da G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 33, riguardante il rigetto da parte del *Senate Transport and Communication Commitee* di una modifica del *Maritime Code* del 1977 (Bill C-14) introdotta dal governo e approvata dalla Camera dei Comuni che istituiva un registro navale nazionale in sostituzione di quello invece incentrato sui porti locali (cfr., *Debates of the Senate*, 30-2, vol. 2 (14 October 1977), pp. 1319-22.

[29] G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 36.

[30] Cfr. *Population and dwelling counts: Canada, provinces and territories*, in *Statistics Canada*, 09-02-22.

Oltre a ciò, com'è stato già sottolineato, la composizione della *Red Chamber* è stata a lungo incentrata su una *partisan affiliation* dei senatori, visto che in base a una *constitutional convention* spetta al Primo ministro proporre i loro nomi al Governatore generale[31]. Così, fino alla decisione di J. Trudeau di espellere i membri dal *caucus* liberale dall'*Upper House* e di coprire i seggi vacanti con personalità *non-partisan*, la quasi totalità dei nuovi senatori sono sempre state nominati in funzione della loro appartenenza al partito del *premier* e la loro successiva collocazione politica all'interno dell'assemblea ha ricalcato quella dei deputati di maggioranza e di minoranza presenti alla Camera dei Comuni[32].

Inoltre, sebbene la durata del mandato senatoriale copra potenzialmente più legislature parlamentari, il gabinetto può sempre sfruttare il fisiologico *turn-over* dei senatori per ricorrere a un'"infornata" di questi ultimi finalizzata ad allineare gli equilibri interni della camera alta a quelli presenti nell'altra. In altri termini, è stato possibile per gli esecutivi creare una «riserva»[33] di seggi, spesso utilizzando la loro nomina come strumento di «*patronage* verso i sostenitori del partito»[34] e così assicurarsi una maggioranza capace di garantire un lungo periodo il controllo politico della *Red Chamber*. Tuttavia, non tutti i governi all'inizio della legislatura sono stati nelle condizioni di assumere il controllo della camera alta, annullando il predominio acquisito in precedenza dal partito uscito sconfitto dalle elezioni, in quanto lo *swamping* consente di elevare il numero dei seggi soltanto fino al massimo di 113 e comunque dopo aver riassorbito quelli eccedentari[35].

numero 1/2024

In base al regime dell'alternanza tra i due principali partiti che fin dalla nascita della federazione è alla base del sistema canadese[36], l'*Upper House* non è la «camera di ciascun

[31] Su cui A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions: the Marriage of Law and Politics*, 2nd ed., Toronto, Oxford University Press Canada, 2014, p. 41.

[32] Solo alcuni Primi ministri hanno nominato senatori dell'opposizione o indipendenti (in percentuali comprese tra il 10 e il 30%) talvolta per impedire che venisse superata la soglia minima oltre la quale viene perso l'*official status party* (cfr., PARLIAMENT OF CANADA, SENATE, *The Canadian Senate in Focus, 1867-2001*, Committees and Private Legislation Directorate, Ottawa, 2001, p. 7; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 104, n. 11).

[33] P. PASSAGLIA, *Il Senato canadese*, cit., p. 1926.

[34] K. SWINTON, *La forma di Governo*, in J. FRÈMONT, A. LAJOIE, G. OTIS, R. J. SHARPE, R. SIMEON, K. SWINTON, S. VOLTERRA (a cura di), *L'ordinamento costituzionale del Canada*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 133. Sul punto anche L. SCAFFARDI, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, in S. BONFIGLIO (a cura di), *Composizione e funzioni delle seconde camere. Un'analisi comparativa*, Padova, Cedam, 2008, p. 228 e T. GROPPI, *op. cit.*, p. 85 per la quale i seggi scoperti vengono «sbandierati come potenziali premi da elargire». Per G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 47, il *Senate* ha costantemente richiamato «personale politico di secondo piano e tendenzialmente alla fine della propria carriera» che di rado è entrato a far parte del *Cabinet*.

[35] In merito, M. DUNSMUIR, *The Senate: Appointments Under Section 26 of the Constitution Act, 1867*, Library of Parliament Research Paper, 1990.

[36] Al riguardo, dal secondo dopoguerra a oggi, i due partiti hanno conosciuto lunghe fasi di predominio che hanno assicurato loro la guida del governo federale anche per più legislature. Così, i conservatori hanno il guidato il Paese dal 1957 al 1963 con John Diefenbaker, dal 1979 al 1980 con Joe Clark, dal 1984 al 1993 con Brian Mulroney, nel 1993 con il breve governo di Kim Kampbell e dal 2006 al 2015 con Stephen Harper. I liberali, dopo essere stati al governo dal 1948 e il 1957 sotto la guida di Louis Saint-Laurent, hanno conosciuto un lungo periodo di permanenza al potere con gli esecutivi di Lester Pearson dal 1963 al 1968, di Pierre Trudeau dal 1968 al 1979 e dal 1980 al 1984, di John Turner nel 1984, di Jean Chrétien dal 1993 al 2003, di Paul Martin dal 2003 al 2006 e, grazie alla *premiership* di Justin Trudeau, dal 2015 a oggi. Sul sistema politico e partitico canadese, tra gli altri, J. BICKERTON, *Parties and Elections. An End to Canadian Exceptionalism*,

governo», ma al contrario una «camera del governo di ieri»[37]. In altri termini, il Senato canadese, in quanto destinato a contrapporsi ciclicamente al governo in carica[38] e a svolgere, pur con un'intensità diversa, un ruolo oppositivo ad esso, costituisce una vera anomalia rispetto alle analoghe camere alte a nomina governativa presenti principalmente negli ordinamenti costituzionali del XIX secolo[39].

Così, nel periodo tra la nascita della federazione e gli anni Venti del XX secolo, il *Senate* assunse una posizione antigovernativa, anche se non particolarmente intensa, dopo la conquista del governo da parte dei liberali (1873-1878 e 1896-1900) e il ritorno al potere dei *Tories* (1911-1913)[40], mentre dagli anni Trenta agli anni Settanta, grazie alla permanenza pressoché ininterrotta al potere del *Liberal Party*, garantì il proprio costante sostegno alle politiche governative[41].

In seguito, dopo le esperienze, dei governi conservatori Diefenbaker (1957-1963) e Clark (1979-1980), troppo brevi per modificare in modo significativo gli equilibri tra i senatori, il Primo ministro P. Trudeau fu in grado di costituire nella *Red Chamber* una forte maggioranza liberale che si contrappose frontalmente all'esecutivo conservatore di Mulroney, vincitore nelle elezioni politiche del 1984. Così, fu proprio il rigetto da parte della camera alta di un importante disegno di legge sugli accordi di libero scambio con gli Stati Uniti, a costringere il premier *tory* a dimettersi e a ritornare alle urne alla fine del 1988[42].

Lo stesso Mulroney, appena riconfermato Primo ministro, al fine di superare la dissonanza politica tra le due camere, decise per la prima volta di ricorrere allo *swamping* previsto dall'art. 26 del BNA e con la nomina di 8 senatori riprese il controllo del Senato. In seguito, grazie sempre alla "riserva" dei seggi vacanti, la maggioranza dei *tories* si rafforzò ulteriormente, ma nel 1993 l'arrivo al potere di Chrétien garantì ai liberali di tornare in maggioranza nell'*Upper House*, vantaggio poi mantenuto dal suo successore Martin fino al 2006.

---

in J. BICKERTON, A.G. GAGNON (eds.), *Canadian Politics*, 7th éd., University of Toronto Press, Toronto, 2022, p. 253 ss:, X. LAFRANCE, *Les systèmes partisans et l'organisation des partis politiques au Canada et au Quebec*, in A.G. GAGNON, D. SANSCHAGRIN (eds.), *La politique québécoise et canadienne. Acteurs, institutions, sociétés*, 2me éd., Presse de l'Université du Québec, Québec 2017, p. 269 ss.

[37] G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 13 ss.

[38] Su un possibile modello predittivo della dissonanza politica del Senato rispetto al governo, elaborato in rapporto alla ciclicità (fissata in 10-15 anni) con cui i due principali partiti canadesi si alternano al potere, *ibid.*, p. 13 ss.

[39] Il riferimento è, tra le altre, alla *Chambre des Pairs* presente in Francia dalla Restaurazione alla Monarchia di Luglio (che, grazie allo *swamping*, raddoppiò i sui membri fino al 1830), al successivo *Sénat* del Secondo Impero, al *Senado* spagnolo tra la Costituzione del 1845 e quella del 1869, alla *Herrenhaus* austriaca del 1867 e al Regio Senato italiano. La *House of Lords*, invece, seppur influenzata dai grandi partiti e spesso su posizioni dissonanti rispetto al *cabinet* in carica, non ha mai visto limitata in modo sistematico e costante la propria indipendenza a seguito di "infornate" di nuovi membri, posti l'alto numero dei suoi componenti e, almeno fino al *Life Peerage Act* del 1958 e all'*House of Lords Act* del 1999, la sua particolare composizione. In merito, A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 86 ss; e P. MARTINO, *op. cit.*, p. 129.

[40] THE SENATE OF CANADA, *A Legislative and Historical Overview of the Senate of Canada*, cit., p. 12 ss..

[41] Sul Senato intesa, in questa fase politico-istituzionale, come «una mera *chambre d'enregistrement* chiamata, sempre più ai margini della dinamica politico-istituzionale, ad avvallare tutte le decisioni dell'esecutivo», R. CASELLA, *op. cit.*, p. 8.

[42] Sul punto, PARLIAMENT OF CANADA, SENATE, *The Canadian Senate in Focus, 1867-2001*, cit., p. 7.

Posto ciò, i problemi legati alla tendenza del Senato canadese a riproporsi come «un'istituzione intrinsecamente anticiclica»[43] ovvero espressione dei precedenti equilibri politici sono riemersi in modo evidente con la vittoria nel 2006 del conservatore Harper e nel 2015 del liberale J. Trudeau.

In effetti, il primo è intervenuto fin dall'avvio della nuova legislatura per invertire i rapporti di forza tra i senatori grazie a ben 59 nomine (alcune delle quali, peraltro, operate in base al risultato delle elezioni popolari dirette svoltesi nell'Alberta[44]), ma alla vigilia delle nuove elezioni generali del 2015 si è rifiutato di coprire i 22 seggi ancora vacanti, prevedendo una sorta di "moratoria" nella nomina dei nuovi membri della *Red Chamber*[45]. Il secondo, invece, prima ha deciso l'espulsione dei senatori dal *caucus* liberale per obbligarli a occupare il seggio come indipendenti[46] e poi, con l'obiettivo di impedire a un solo gruppo parlamentare di orientare l'intera attività legislativa in rapporto alle decisioni adottate dal governo, ha coperto i 7 seggi divenuti vacanti con personalità che gli erano state raccomandate sulla base di una *non-partisan selection*.

5. Il ruolo del Senato nel procedimento legislativo

La posizione che la costituzione attribuisce al Senato nel procedimento legislativo è molto meno ambigua di quella relativa al suo «*regional role*»[47].

Come già sottolineato in precedenza, ai due rami di *Parliament Hill* sono infatti riconosciuti gli stessi identici poteri nello svolgimento della funzione legislativa ordinaria (compresa la

[43] Così G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 17. Sul Senato canadese come organo «mosso da una forza di inerzia che lo lega alla maggioranza di ieri, al governo inteso come istituzione e non come forza governante», A. MASTROMARINO, *Un senato per le società distinte del Canada*, in E. CECCHERINI (a cura di), *A trent'anni dalla* Patriation *canadese. Riflessioni della dottrina italiana*, Genova, Genova University Press, 2013, p. 108.

[44] Su cui *amplius* al par. 6.

[45] Secondo Harper, il Governo non voleva contribuire a mantenere lo *status quo* di «un Senato non eletto e non riformato», ma riproporre l'urgenza di una sua «ampia riforma» o l'ineluttabilità della sua abolizione» (in merito, S. LAMBERT, *Harper Announces Moratorium On Senate Appointments*, in *The Canadian Press*, 24-07-15). Al riguardo, per E. MACFARLANE, *Senate Reform: The Good, the Bad and the Unconstitutional*, in *Policy Options*, 21-09-15, p. 2, la decisione di Harper di non coprire i seggi vacanti, modificando unilateralmente «l'essenziale funzionamento del Senato», operava come un «tentativo incostituzionale di emendare la Costituzione». Contro la decisione del *premier* conservatore, nel 2014 fu presentato dall'avvocato di Vancouver Aniz Alani un procedimento innanzi alla Corte federale affinché fosse accertata la sussistenza dell'obbligo, a carico del Primo ministro, di suggerire al Governatore generale, «entro un tempo ragionevole», i nomi dei senatori da nominare nei seggi divenuti vacanti. Al riguardo, nel 2015 la Corte riconobbe al richiedente la legittimità ad agire e la propria competenza a pronunciarsi riguardo la decisione del *premier* anche se quest'ultima veniva adottata sulla base di una convenzione costituzionale, ma dopo la conferma della decisione in appello, nel 2016 respinse in via definitiva il ricorso, rifiutandosi di entrare nel merito alla luce delle novità introdotte nella nomina dei senatori dal governo di J. Trudeau (cfr., Alani v. Canada (Prime Minister), 2016 FC 1139, CanLII).

[46] J. TRUDEAU, *Major Announcement: Ending partisanship and patronage in the Senate*, in *Liberal Party of Canada*, 29-01-14; C. SPENCER, *Justin Trudeau kicks all 32 Liberal Senators out of caucus in bid for reform*, in *National Post*, 29-10-14.

[47] G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 34.

possibilità di emendare i *money bills*[48]), anche se nella pratica alcuni elementi introducono un certo grado di differenziazione tra le due camere, posto che all'*Upper House* spettano i *private bills* che conferiscono vantaggi speciali a una persona o a un gruppo di persone specifico, comprese le *corporations*, mentre alla *House of Commons* vengono invece presentati la maggioranza dei *public bills*, i progetti di legge con una maggiore rilevanza politica (comprendenti anche i *governement bills* ovvero quelli presentati dall'esecutivo per dare attuazione al suo programma dopo il voto di approvazione del *Throne Speech*)[49].

I *private bills* costituiscono un'importante parte dell'insieme dei progetti di legge non governativi adottati dal Senato e poi oggetto della sanzione reale e sebbene generalmente approvati con lo stesso procedimento previsto per i *public bills*, vengono depositati alla camera alta con delle particolari modalità, essendo richiesta la presentazione di una petizione da parte dei richiedenti sostenuta dal patrocinio di un senatore[50].

Anche le commissioni rappresentano un peculiare aspetto dell'attività del Senato e la loro costante evoluzione – dalle prime tre costituite nel 1867 alle diciotto attuali – ha finito per riflettere la storia sociale, economica e politica del Canada[51].

In effetti, i *Senate committees*, oltre a svolgere un'attività conoscitiva sulle questioni più attuali (come, tra le altre, la riforma del sistema scolastico per gli indigeni, la valuta digitale e le interferenze straniere sulle elezioni), si caratterizzano per la capacità di presentare, grazie alle competenze, al background professionale e alla lunga esperienza parlamentare dei suoi membri, studi e *report* di elevata qualità[52]. Le audizioni delle commissioni, peraltro, hanno visto negli anni crescere il numero dei cittadini a cui viene offerta la possibilità di confrontarsi con i senatori sulle principali *public issues*[53], spesso in diretta televisiva nazionale, nonché nel corso di incontri e di missioni conoscitive svolti non solo nella capitale federale, ma anche a livello locale e regionale[54].

Posto ciò, è necessario sottolineare come nella sua storia il *Senate*, grazie a un equilibrato impiego dei propri poteri di veto e di emendamento, sia riuscito a mantenere una posizione nel sistema politico-costituzionale canadese non riconducibile a quella

[48] Sulle molte e spesso contrastanti interpretazioni sul potere di emendamento dei *money bills* da parte del Senato, D. PINARD *The Canadian Senate: An Upper House criticized yet conemned to survive unchanged?*, in J. LUTHER, P. PASSAGLIA, R. TARCHI, (eds.), *op. cit.*, p. 493; P. PASSAGLIA, *op. cit.*, pp. 1927 ss.

[49] SENATE OF CANADA, *Senate Procedure in Practice*, Ottawa, 2015, p. 127 ss.

[50] *Ibid.*, p. 165 ss.

[51] Cfr. SENATE COMMITTEES DIRECTORATE, *Activities and Expenditures Annual Report 2019–2020*, Ottawa, 2020, p. 12 ss.; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 45.

[52] Per F.A. KUNZ, *The Modern Senate of Canada, 1925–1963: A Re-appraisal,* Toronto, University of Toronto Press, 1965, p. 233, le commissioni rappresentano «il gioiello del Senato». Per P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 1929, attraverso le proprie commissioni, il Senato si dimostra «un'organo nel quale la sensibilità politica si compenetra con quella tecnica».

[53] Sul punto, A.P. PROSS, *Parliamentary Influence and the Diffusion of Power*, in *Canadian Journal of Political Science*, vol. 18, n. 2, 1985, p. 235.

[54] Sull'attività delle commissioni, HOUSE OF COMMONS, *The Senate Law Clerk and Parliamentary Counsel*, Ottawa, 2019-20, p. 3 ss.; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 46.

riconosciuta alla *House of Lords* britannica dopo la progressiva riduzione del suo *delaying power* a opera dei *Parliament Acts* del 1911 e del 1949[55].

In effetti, dalla nascita della federazione a oggi, il numero dei progetti di legge adottati dalla Camera dei Comuni che non hanno ottenuto la sanzione reali perché rigettati dal Senato oppure modificati da quest'ultimo sulla base di modifiche non approvate dai deputati è andato, pur con un ritmo non sempre costante, riducendosi nel tempo, complice anche l'adozione da parte delle due camere di una prassi cooperativa relativa alle modifiche da introdurre nel testo in discussione[56].

L'adozione di un *self-restraint* nell'esercizio del proprio ruolo[57], non ha tuttavia impedito all'*Upper House* di utilizzare il potere di emendamento e di veto contro un disegno di legge approvato dalla camera quando lo ha ritenuto contrario all'interesse pubblico, incostituzionale o privo di chiarezza[58], né di contrastare, come già sottolineato in precedenza, l'attività del governo in una dinamica di tipo anti-maggioritario.

6. I tentativi di riforma del Senato

Molteplici sono state le proposte di riforma incentrate sulla modifica della composizione e dei poteri dell'*Upper House*.

Sebbene inserita nel dibattito politico-parlamentare canadese già subito dopo la nascita della Federazione [59], la questione della *Senate Reform* è diventata oggetto di comitati di studio, commissioni *ad hoc*, *white papers* e proposte soprattutto a partire dagli anni Sessanta dello scorso secolo[60].

In tale fase, l'obiettivo dei riformatori era quello di trasformare il Senato in un'effettiva camera di rappresentanza delle province e di operare una redistribuzione dei seggi in modo

---

55 SENATE OF CANADA, *A Legislative and Historical Overview of the Senate of Canada*, elaborato dal *Committees and Private Legislation Directorate*, 2001, p. 1.

56 Come ha calcolato l'*House Of Commons, The Senate Law Clerk and Parliamentary Counsel*, durante il XX secolo il Senato ha utilizzato il proprio potere di veto solo 44 volte (citato da G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 35). In particolare, le mancate approvazioni sono state 4 tra il 1975 e il 1977, ben 7 nel 1988 (durante il governo Mulroney) e 5 tra il 1988 e il 2019. In merito, A. HEARD, *The Senate's Role in Reviewing Bills from the House of Commons*, *Special Committee on Senate Modernization*, 22-04-16; P. PASSAGLIA, *op. cit.,* p. 1930; E. MACFARLANE, *The Renewed Canadian Senate: Organizational Challenges and Relations with the Government*, in IRPP, *Institute for Research on Public Policy*, 29-05-2019.

57 P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 1931.

58 R.A. MACKAY, *The Unreformed Senate* of Canada, Toronto, McClelland and Stewart, 1963, p. 137, nota che prima del 1925 il Senato era spesso accusato di attivarsi sul piano legislativo solo per difendere «gli interessi acquisiti», in quanto, secondo P. PASSAGLIA, *op. cit.,* p. 1930, ancora camera di impronta «elitaria». Al riguardo, F. KUNZ, *The Modern Senate of Canada, 1925-1963*, cit., pp. 312 ss., richiamando il veto del 1961 contro il *bill* che avrebbe consentito al governo Diefenbaker di licenziare il governatore della *Bank of Canada*, sottolinea invece la tendenza del Senato a utilizzare i propri poteri legislativi come «una sorta di difensore civico all'interno del sistema parlamentare canadese». Sulle mancate approvazioni decise dal Senato per riaffermare la propria migliore tecnica legislativa, M. R. PELLETIER, *Le pouvoir législatif: le Sénat et la Chambre des communes*, in M. TREMBLAY, R. PELLETIER, M. R. PELLETIER (eds.), *Le parlamentarisme canadien*, Les Presses de l'Université de Laval, Sainte-Foy Québec, 2000, p. 227; L. SCAFFARDI, *La revisione del mandato senatoriale in Canada*, cit., p. 232.

59 Sul punto, F.L. SEIDLE, *Senate Reform and the Constitutional Agenda: Conundrum or Solution?*, in J. AJENZSTAT (ed.), *Canadian Constitutionnalism: 1791-1991*, Ottawa, Canadian Study of Parliament Group, 1991, p. 92 ss.

60 Per un elenco delle iniziative avviate tra il 1968 e il 1992, G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 77 ss.

da assicurare una migliore rappresentanza di quelle occidentali, peraltro sempre critiche, al pari del Quebec, verso il governo di Ottawa. Così, nel 1978 il *British Columbia's Reform of the Canadian Senate* proponeva l'adozione di un modello organizzativo simile a quello del *Bundesrat* tedesco e una limitazione del ruolo del Senato nel procedimento legislativo[61], mentre l'anno successivo la Commissione Pepin-Robarts suggeriva, alla luce del conflitto allora esploso in Australia tra i due rami del parlamento federale[62], l'istituzione di un «Consiglio della Federazione» non eletto direttamente, ma composto da membri nominati dai governi provinciali.

Sempre nel 1979, l'esigenza di modificare le norme costituzionali riguardanti il Senato, spinse il governo federale a investire la Corte Suprema di un quesito sulla possibilità di ricorrere all'art. 91, 1° comma del BNA che accordava al parlamento di Ottawa il potere di procedere alla revisione della Carta, ad eccezione di alcuni casi che non ricomprendevano l'*Upper House*. La Corte, tuttavia, nella sua pronuncia *Upper House Reference* del 1980[63], stabilì che il Senato, in ragione del ruolo centrale che era chiamato a svolgere nei rapporti tra il governo federale e le province, non poteva essere oggetto di una revisione adottata unilateralmente dal parlamento[64]. Nello specifico, i giudici federali esclusero che potesse essere introdotta l'elezione popolare diretta dei suoi componenti in quanto ciò avrebbe rappresentato un cambiamento radicale nella struttura del parlamento canadese, fondato, ai sensi del preambolo del BNA, sugli stessi principi della costituzione britannica e quindi, tra l'altro, sulla presenza di una camera non elettiva chiamata, grazie alla propria indipendenza, a rivedere con imparzialità tutti i provvedimenti adottati dall'*House of Commons*.

In seguito, la riforma dell'*Upper House* venne a intrecciarsi alla complessa questione della *Patriation* della costituzione canadese.

Com'è noto, una volta falliti di tutti i tentativi, avviati nel corso degli anni Settanta, di raggiungere un accordo, nel 1980 il governo di P. Trudeau, al fine di modificare la formula di revisione e introdurre una *Charter of Rights and Freedoms*, decise di sottoporre al parlamento di Londra un progetto di revisione del BNA già approvato da quello di Ottawa, ancora non competente riguardo la modifica di alcune sue disposizioni.

L'anno seguente, il testo, sebbene adottato da entrambi i rami di *Parliament Hill* ottenne il consenso solo di due province su dieci (Ontario e New Brunswick) e fu impugnato da altre tre di fronte alla Corte suprema che nel 1981 lo ritenne contrario alla consuetudine

---

61 Cfr. BRITISH COLUMBIA, *Reform of the Canadian Senate*, Victoria, 1978. Sul punto si veda anche *The Canadian Senate in Focus, 1867-2001*, cit., p. 6.

62 Il Senato australiano, nel tentativo di far valere propria natura elettiva, assunse un ruolo di indirizzo politico, ma ciò provocò nel 1975 la più grave crisi costituzionale del Paese, poi sfociata nelle dimissioni del Governo del laburista Whitlam e nello scioglimento di entrambi i rami del parlamento di Camberra. In merito, G. WINTERTON, *1975: The Dismissal of the Whitlam Government*, in H.P. LEE, G. WINTERTON (eds.), *Australian Constitutional Landmarks*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 229; L. SCAFFARDI, *L'ordinamento federale australiano. Aspetti problematici*, Padova, Cedam, 2000, p. 82 ss.

63 Cfr. *Authority of Parliament in relation to the Upper House (Re)*, [1980], 1 S.C.R., p. 54 ss.

64 In merito, J.D. WHYTE, *The Federal Senate Proposals: A Challenge to Canada's Constitutional Principles*, in *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 5, 2013, p. 65 ss.

costituzionale in base alla quale gli emendamenti destinati ad incidere sui diritti e i poteri delle province richiedono il consenso di un numero «sostanziale» di esse[65].
Nel novembre 1981, un nuovo testo predisposto dall'esecutivo federale ottenne l'approvazione da parte di tutte le province con l'eccezione del Quebec e, una volta adottato dal parlamento di Westminster divenne il *Constitutional Act, 1982* che consacrava lo storico «rimpatrio» della costituzione canadese. Quest'ultima, nel modificare il procedimento di revisione, introduceva delle procedure differenziate a seconda delle norme costituzionali oggetto della revisione, che riguardavano, tra l'altro, direttamente il Senato. Il ruolo di quest'ultimo nel processo di revisione risultava tuttavia sensibilmente ridimensionato dalla partecipazione delle province, mentre alcuni aspetti importanti della sua disciplina costituzionale rientravano tra le materie alle quali si applicavano procedure diverse[66].

Proprio a partire da tali modifiche costituzionali, i progetti di riforma elaborati nei primi anni Ottanta – come quelli della *Canada West Foundation* del 1981 e dello *Special Joint Committee on Senate Reform* (comitato Molgat-Cosgrove) del 1984 – oltre a modificare il ruolo del Senato nel procedimento legislativo ordinario, anche attraverso l'introduzione di limiti al suo potere di veto, prevedevano l'elezione popolare diretta dei suoi membri (con rinnovi parziali ogni tre anni) e un limite alla durata del loro mandato[67].

Particolarmente innovativa fu la proposta elaborata dal comitato speciale istituito dalla provincia dell'Alberta, poi destinata a porsi al centro del dibattito come «una delle ipotesi di riforma più accreditate»[68], in cui veniva prospettata la necessità di creare un «*triple E-Senate*» ovvero una camera «*elected*», «*equal*» ed «*effective*» che, grazie alla propria diretta legittimazione popolare e alla capacità di assicurare un'eguale rappresentanza di ogni Provincia, fosse in grado di esercitare degli effettivi poteri decisionali[69].

---

[65] Cfr. *Resolution to Amend the Constitution*, [1981], 1 S.C.R., 753, 906. Sul punto, T. GROPPI, *op. cit.*, p. 37.
[66] La procedura «normale» di revisione (*seven-fifty*" o "7/50"), prevista dall'art. 38 *Constitutional Act, 1982* stabilisce che le risoluzioni della Camera dei Comuni e del Senato debbano essere obbligatoriamente accompagnate da quelle delle assemblee legislative di almeno 7 province che rappresentino almeno il 50% della popolazione. Le materie a cui tale procedura viene specificatamente applicata, ai sensi dell'art. 42, comprendono «le competenze del Senato e le modalità di nomina dei senatori» (lett. *b*), nonché il numero minimo di senatori da cui una provincia può essere rappresentata e le condizioni da rispettare per essere considerati senatori residenti in una provincia (lett. *c*). In base invece al procedimento previsto dall'art. 44, il parlamento federale può modificare con semplice legge ordinaria le norme costituzionali relative al governo federale, al Senato e alla Camera dei Comuni, fatte salve quelle disposizioni alle quali si applicano espressamente i procedimenti disciplinati dagli artt. 41 e 42. Sulla revisione costituzionale in Canada, N. OLIVETTI RASON, *Manutenzione costituzionale: l'esperienza canadese*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti tra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffré, 2007, p. 339 ss.
[67] CANADA WEST FOUNDATION, *Regional Representation. The Canadian Partnership*, Calgary, Canada West Foundation, 1981, p. 94 ss.; SPECIAL JOINT COMMITTEE ON SENATE REFORM, *Report of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on Senate Reform*, Ottawa, January 1984. In merito, tra gli altri, G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 79 ss.
[68] P. PASSAGLIA, *op. cit.*, p. 1938.
[69] La proposta prevedeva così, tra l'altro, un'eguale rappresentanza per ogni provincia, l'introduzione dello scrutinio uninominale, il limite al mandato dei senatori, il rinnovo parziale dei seggi e il veto sospensivo. In merito, A. TREMBLAY, *La réforme de la constitution au Canada*, Montréal, Les éditions Thémis, 1995, p. 148.

L'iniziativa fu ostacolata dalla mancata intesa tra il governo federale e quelli provinciali sulla modifica costituzionale necessaria per la riforma del Senato e così l'accordo di Meech Lake del 1987, pur limitandosi ad affidare a Ottawa la nomina dei senatori per ciascuna provincia a partire da una lista di candidati stilata da ogni provincia[70], nel 1990 non fu ratificato entro la scadenza prevista. Tuttavia, quasi contemporaneamente, la conferenza dei Primi ministri raggiunse un accordo sull'adozione di gran parte del progetto dell'Alberta che, intanto, era diventata la prima e unica provincia a scegliere con elezioni popolari dirette i senatori da indicare al Governatore generale per la nomina. Le consultazioni svoltesi sulla base dell'*Alberta's Senatorial Selection Act* adottato nel 1987 proprio sulla base degli accordi di Meech Lake, sebbene non vincolanti per il governo federale, spinsero nel 1989 il Primo ministro Mulroney a nominare senatore uno dei candidati eletti l'anno precedente.

Nel 1992, in risposta al fallimento di Meech Lake, furono siglati gli accordi di Charlottetown che di nuovo proponevano un'ambiziosa riforma del Senato mutuata dal modello *Triple-E* (elezione dei suoi membri da parte del corpo elettorale o dell'assemblea provinciale e la presenza di un veto assoluto strettamente limitato ad alcune leggi, come quelle riguardanti la lingua e la cultura francese francofoni), ma il *referendum* indetto su di essi nell'ottobre 1992 vide imporsi il voto contrario della maggioranza della popolazione nella maggioranza delle province[71].

numero 1/2024

L'ennesimo fallimento del processo riformatore, consentì all'esecutivo federale di continuare a nominare di propria volontà i senatori, tanto che nel 1998, il premier Chrétien decise di coprire due seggi dell'Alberta resisi vacanti prima dello svolgimento delle elezioni, ma il governo provinciale, favorevole alla riforma, adottò delle modifiche alla legge del 1987 per consentire l'elezione dei membri dell'*Upper House* prima che i seggi assegnati alla provincia fossero scoperti. In sostanza, non solo i candidati al Senato venivano eletti per sei anni, ma ogni volta fosse risultato necessario nominare un nuovo membro per l'Alberta, il governo provinciale richiedeva a quello federale di tener conto del risultato elettorale nella proposta da sottoporre al Governatore generale[72].

---

[70] P. HOGG, *Meech Lake Constitutional Accord, Annotated*. Carswell, Toronto, 1988; G. ROBERTSON, *A House divided: Meech Lake, Senate Reform and the Canadian Union*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy, 1989.

[71] Cfr. art. 4, *Charlottetown Accord, 1992*. Sul fallimento degli accordi di Meech Lake e di Charlottetown, A. SCERBO, *La Costituzione canadese tra principio federale, potere di revisione e spinte alla disgregazione*, in S. GAMBINO, G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit., p. 865 ss.; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 81 ss.

[72] Nel 1990 solo uno *Senators-in-waiting* fu nominato dal *premier* Mulroney e dopo il rifiuto dei successivi governi liberali di prendere in considerazione i risultati delle consultazioni del 1998 e del 2004, il Primo ministro Harper accolse la richiesta dell'Alberta nel 2007 e nel 2012, procedendo a quattro nomine. Significativamente, dopo il ripristino nel 2019 del *Senatorial Selection Act* (lasciato scadere tre anni prima dal governo provinciale), il *premier* J. Trudeau non ha scelto nessuno dei tre candidati eletti nelle elezioni del 2021, preferendo piuttosto nominare nell'agosto 2024 due nuovi senatori dell'Alberta tra personalità locali non coinvolte nella selezione operata dagli elettori. Sul punto, in generale, P. MALCOLMSON, ***Reflections on Canada's First Senate "Election"*, in** *Canadian Parliamentary Review*, 3, 1991**, p. 15 ss., mentre, sugli sviluppi più recenti,** J.P. TASKER, *Jason Kenney to hold elections for Alberta Senate seats*, in *CBC News*, 27-07-23

Nel 2006, alla luce dell'insuccesso delle precedenti iniziative e delle difficoltà sottese all'avvio del procedimento di revisione costituzionale, il gabinetto Harper, privo della maggioranza assoluta dei seggi alla Camera dei Comuni, decise di proporre alcune limitate modifiche e di farle approvare solo dal parlamento federale, senza il coinvolgimento delle province. Così, mentre l'introduzione di elezioni popolari a livello provinciale finalizzate a designare i senatori era affidata a un disegno di legge di tipo ordinario, l'introduzione di un mandato di otto anni richiedeva una revisione attraverso il procedimento semplificato previsto dal già richiamato art. 44 del *Constitutional Act, 1982*, ovvero senza l'intervento delle province[73].

I due *bill* furono ripresentati anche nelle due legislature successive a conferma della volontà del governo Harper di garantire l'approvazione della riforma[74], ma nel 2012, il Primo ministro fu costretto, in un clima peraltro di crescente ostilità dell'opinione pubblica canadese verso l'*Upper House* a causa di uno scandalo che aveva coinvolto alcuni suoi membri, a chiudere alla Corte suprema un giudizio sulla riforma.

Nel 2014, tuttavia, i giudici dichiararono l'incostituzionalità di ogni riforma del Senato adottata dal governo e dal parlamento federale senza coinvolgere le province (*Reference re Senate Reform*[75]) e al riguardo stabilirono che la Carta doveva ricevere un'interpretazione «ampia e teleologica» in grado di tutelarla da revisioni unilaterali adottate dal parlamento federale destinate a non tutelare la sua «architettura» complessiva, la sua «struttura fondamentale» e il «patto fondativo»[76] all'origine della federazione incentrato sul diritto delle province a partecipare alle modifiche costituzionali destinate a mettere in discussione i loro interessi.

Così, secondo i giudici, l'adozione di elezioni finalizzate alla designazione dei senatori, trasformando il Senato da «camera legislativa complementare»[77] in «un organo legislativo dotato di un mandato popolare e di una legittimità democratica»[78], era da considerarsi una riforma destinata a modificare, senza una formale revisione della Carta, l'intera architettura costituzionale.

---

e N. MURRAY, *Prime minister unveils 2 Senate appointments for Alberta, including prominent Liberal donor*, ivi, 31-08-24. All'esperienza dell'Alberta si è ispirata anche la provincia del Saskatchewan che nel 2009 ha adottato il *Senate Nominee Selection Act* (ch-S46.46.003), mai promulgato e poi abrogato nel 2013 contestualmente all'adozione di una mozione con cui veniva richiesta l'abolizione dell'*Upper House* (cfr., J. GRAHAM, *Saskatchewan passes motion calling for Senate abolition, repeals law for electing nominees*, in *The Canadian Press*, 06-11-2013).

[73] Su tale approccio «minimale», G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 3 ss.; D. GROS, *La réforme du Sénat canadien: considérations politiques et constitutionnelles*, in *Revue du droit public*, n. 6, 2014, p. 1739 ss.

[74] Emblematica la formula «*change or vanish*» con cui il governo si interrogava sul futuro del Senato. Lo stesso premier Harper giunse pubblicamente ad affermare già nel 2007: «i canadesi hanno ben chiaro che il nostro Senato, per come esso è fatto oggi, deve o cambiare o – come già accaduto alle antiche camere alte delle nostre province – svanire» (citato da G. DORIA, *In cerca di una normalizzazione*, cit., p. 1). Sul complesso percorso parlamentare dei due disegni di legge, R. CASELLA, *op. cit.,* p. 21 ss.

[75] Cfr., *Reference re Senate Reform*, 2014, CSC 32. In merito, S. GRAMMOND, *Qui peut reformer le sénat canadien?*, in *Revista catalana de droit públic*, 48, 2014, p. 60 ss.; D. GROS, *op. cit.*, p. 1743; G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 68 ss.

[76] Cfr., *Reference re Senate Reform*, cit., parr. 25 e 27.

[77] *Ibidem*, par. 52.

[78] *Ibidem*, par. 63.

Inoltre, l'introduzione di tali consultazioni, oltre a esporre il Senato agli stessi rischi di un'elezione diretta (soluzione già respinta dai Padri fondatori), finiva per incidere sull'intero processo di selezione dei senatori e quindi doveva essere adottata con il procedimento ordinario di revisione incentrato sulla partecipazione delle province[79], mentre l'abolizione dell'*Upper House* richiedeva invece quello "superaggravato" *ex* art. 41 della costituzione da adottare attraverso la deliberazione di tutte le province.

7. Dal nuovo processo di nomina dei senatori avviato dal governo di J. Trudeau nel 2016 alla riforma delle *Rules of Senate* del 2024

Il liberale J. Trudeau, diventato *premier* nell'ottobre del 2015, in linea con la decisione, assunta un anno prima, di espellere tutti i membri dal *caucus* liberale della *Red Chamber* affinché occupassero il proprio seggio come indipendenti, avviava, senza il ricorso a una modifica della costituzione, una profonda riforma del ruolo del Senato[80]. L'iniziativa prevedeva per la selezione dei possibili candidati alla nomina a senatore il ricorso a una nuova procedura pubblica rivolta a identificare personalità altamente qualificate a ricoprire tale alto incarico in quanto selezionate solo in base al criterio del merito.

Sulla base di ciò, il governo, appena entrato in carica, provvedeva a coprire sette seggi vacanti con personalità *non-partisan* selezionate, tra un *pool* di 25, dall'*Independent Advisory Board for Senate Appointments*, un comitato di "saggi" composto da tre membri permanenti federali (chiamati ad esprimersi su tutti i seggi vacanti) e da due membri *ad hoc* provenienti da ciascuna delle province con il seggio senatoriale vacante (e, come tali, presenti solo per deliberare su tale nomina). Il *Board*, dopo una fase transitoria successiva alla sua costituzione in via amministrativa all'interno del *Privy Council Office*, ha garantito a tutti i cittadini la possibilità di presentare la propria candidatura a senatore non soltanto in base a qualità personali come il rispetto dei principi della vita pubblica, dell'etica e dell'integrità, ma anche a una serie di precisi requisiti e criteri comprendenti, tra gli altri, la capacità di assicurare la rappresentanza dei sessi, il riconoscimento dei popoli autoctoni, la tutela delle minoranze linguistiche e la valorizzazione del ruolo svolto dall'*Upper House* nel sistema parlamentare canadese.

Come già sottolineato in precedenza, le nomine che dal 2016 al 2024 il *premier* Trudeau ha effettuato rispettando tutte le designazioni scaturite da questa procedura di selezione hanno ormai coperto oltre i 3/4 dei membri del Senato (ovvero 76 membri su 99)[81]. Il risultato è che quest'ultimo ha ormai definitivamente perso la propria tradizionale natura di camera politica, in cui centrale era il ruolo svolto dal *caucus* di partito, per articolarsi invece ormai secondo gruppi indipendenti costituiti e operanti come «organismi di mero

[79] *Ibidem*, par. 57.
[80] S. DION, *Time for Boldness on Senate Reform, Time for the Trudeau Plan*, in *Constitutional Forum Constitutionnel*, n. 2, 2015, p. 61.
[81] Da sottolineare come attualmente i seggi vacanti siano 6 su 105 (2 della Columbia Britannica, 2 dell'Ontario, 1 del Quebec e 1 del Nunavut (cfr., PARLIAMENT OF CANADA, *Parlinfo: Senators appointed on the advice of the Prime Minister*, 03/11/2024.

coordinamento»[82] (l'ISG, *Indipendent Senators Group* formato da 42 senatori e quindi numericamente più consistente e il CSG, *Canadian Senators Group*, composto da 19 membri) oppure fondati sulla condivisione di una linea politica e sul legame diretto con il preesistente gruppo liberale (il PSG, *Progressive Senate Group*, 13 membri). La presenza di un gruppo di senatori costituito con un chiaro riferimento a un partito politico è invece limitata al solo CPC, *Conservative Senators Group* (12 membri), espressione del *Conservative Party of Canada* e chiamato a rappresentare ufficialmente l'opposizione al gabinetto di J. Trudeau[83].

La radicale trasformazione politica conosciuta dall'*Upper House* nell'ultimo decennio ha però evidenziato l'evidente inadeguatezza delle *Rules of the Senate*, disegnate su un assetto parlamentare di tipo bipartitico e quindi ancora funzionali al confronto tra *Tories* e liberali che aveva scandito per quasi un secolo e mezzo tutta l'attività politico-istituzionale della camera alta[84]. Così, l'esigenza di adeguare la *Red Chamber* ai cambiamenti scaturiti dal processo di riforma avviato nel 2016 ha imposto una modifica delle sue regole procedurali finalizzata a garantire il trattamento equo e corretto dei gruppi apartitici e un rinnovamento delle procedure[85].

In effetti, le nuove *Rules*, adottate l'8 maggio 2024 dopo il fallimento delle altre iniziative riformatrici (come quelle proposte dallo *Special Senate Modernization Committe*[86]) e l'adozione nel 2022 di alcuni circoscritti emendamenti al *Parliament of Canada Act*[87], hanno attribuito ai gruppi indipendenti della camera alta gli stessi poteri riconosciuti al governo e all'opposizione ufficiale. Tuttavia, proprio in ragione di ciò, la riforma è stata avversata dai senatori del partito conservatore in quanto giudicata parte di una strategia politica più ampia adottata dai liberali per danneggiare l'opposizione al Senato in vista della pressoché sicura sconfitta che attende il partito del *premier* nelle prossime elezioni politiche generali del 2025[88].

In particolare, tra l'altro, gli emendamenti alle *Rules*, oltre ad assicurare un tempo di parola illimitato al leader del gruppo senatoriale più consistente (al pari dei gruppi del governo e dell'opposizione), consentono a ciascuno capo degli altri due gruppi numericamente più grandi di intervenire nel dibattito per 45 minuti, garantendo anche ai gruppi apartitici la possibilità di esprimersi sul rinvio del voto e sulla durata delle votazioni. Oltre a ciò, le

---

[82] A. FIORENTINO, *Nuovo anno, vecchie questioni: il Canada tra la riforma delle* Rules *del Senato e lo spettro della clausola* notwithstanding, in *Nomos*, n. 1, 2024, p. 2.

[83] All'interno della *Red Chamber* è presente anche un gruppo di 13 senatori *non-affiliated*, comprendente lo *Speaker* e i rappresentanti del governo (cfr. PARLIAMENT OF CANADA, *Senators, Standings in the Senate*, 03/11/2024.

[84] Così, secondo il *Leader of Government* Mark Gold, *Senate rules must keep pace with a changing institution*, in *Policy Options*, 25-04-2024, «le regole devono tenere il passo con l'uscita graduale, ma drammatica, dal duopolio governo-opposizione che ha caratterizzato il Senato per quasi 150 anni».

[85] A. FIORENTINO, *op. cit.*, p.6.

[86] Lo *Special Senate Modernization Committe*, dall'11 dicembre 2015, data della propria istituzione (con l'obiettivo di «rendere il Senato più efficace nel quadro costituzionale esistente») all'11 dicembre 2018, ha presentato ben 13 *reports* sulle possibili opzioni per «modernizzare» l'*Upper House*.

[87] Tali modifiche al testo hanno previsto il trattamento equo dei gruppi dirigenti del Senato, inclusa l'estensione a tutti i gruppi della *Red Chamber* delle consultazioni sulla nomina di alcuni funzionari.

[88] S. WRIGHT ALLEN, *Senate rule change 'tough pill to swallow' for Conservatives, but backers say vote protects Red Chamber's independence*, in *The Hill Times*, 13-05-2024.

modifiche consentono a un membro di ogni gruppo di partecipare alla discussione di un *bill* e ai rappresentanti del governo di fissare i limiti del dibattito prima del voto anche se privi del sostegno di un *caucus* di partito, ma nello stesso tempo introducono l'obbligo a carico dell'esecutivo di rispondere entro 60 giorni alle interrogazioni scritte presentate dai senatori[89].

8. Alcune considerazioni conclusive

Il fallimento di tutti i tentativi di riforma avviati degli ultimi decenni e gli effetti della sentenza della Corte suprema del 2014 hanno bloccato, forse in modo definitivo, l'avvio di una revisione costituzionale rivolta a modificare la natura e i poteri del Senato di Ottawa. L'agenda politico-istituzionale canadese non contempla, a differenza di quella britannica, segnata dalla proposta di riforma dell'*House of Lords* presentata dal neoeletto *premier* Keir Starmer, la trasformazione della *Red Chamber* in un'assemblea elettiva chiamata a rappresentare i territori[90].

In effetti, la riforma del Senato resta dunque «avvolta nel pessimismo»[91], a fronte di un'opinione pubblica canadese che, secondo i più recenti sondaggi, per il 23% non ritiene più necessaria la presenza di una seconda camera e per il 48% riconosce invece la sua importanza, ma a condizione di poter partecipare al processo di scelta dei suoi membri[92].

Anche il nuovo processo con cui da quasi un decennio, grazie alla riforma introdotta dal governo di J. Trudeau, vengono selezionati i candidati alla nomina a senatore non ha raccolto un generale consenso e viene ritenuto da una parte significativa della politica canadese come un'iniziativa non orientata al rinnovamento politico e istituzionale del Senato e alla sua trasformazione in una *non partisan institution*.

Così, sebbene non siano mancati riconoscimenti dell'imparzialità e della professionalità con cui sono state raccomandate le nomine[93], la riforma continua a essere avversata dai conservatori canadesi che, da sempre favorevoli all'elezione popolare diretta del Senato, sono pronti, una volta tornati al governo, ad abolire, come peraltro già promesso nel 2017, l'*Independent Advisory Board* o comunque a non seguirne le indicazioni riguardo la designazione dei nuovi membri della *Red Chamber*[94].

---

89 A. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 6.

90 Sul progetto laburista e il passaggio a un'*Assembly of The Nations and Regions*, J. FROSINI, *Nuova Gran Bretagna, Nuova Camera dei Lords?*, in *Dir. pubblico comparato e europeo online*, n.3, 2024, p. 1980 ss.

91 G.W. O'BRIEN, *op. cit.*, p. 84.

92 Così, meno di un canadese su cinque preferisce una delle altre tre opzioni: avere un comitato di selezione che nomina i senatori apartitici, abolire del tutto il Senato, far nominare i senatori direttamente al Primo ministro (cfr. *Research.Co*, 01/11/2024).

93 Fra tutti, si veda D. J. SAVOIE, *Democracy in Canada: The Disintegration of Our Institutions*, Montreal & Kingston: McGill-Queen's University Press, 2019, p. 210, già membro del comitato consultivo del New Brunswick. Al riguardo, secondo D E. SMITH, *The Senate of Canada: Renewed Life to an Original Intent*, in N. BIJLEVELD, C. GRITTNER, D. SMITH, W. VERSTEGEN (eds.), *Reforming Senates: Upper Legislative Houses in North Atlantic Small Powers 1800-Present*, London & New York, Routledge, 2020, p. 5, i senatori si sono ormai «liberati dalle catene dei partiti che li hanno legati per un secolo e mezzo alla Camera dei Comuni».

94 Cfr. K. MCKENNA, *More than half of recent Senate appointments have ties to Liberal Party*, in *CBC News*, 12-07-2024.

Secondo i *Tories*, infatti, la procedura di selezione adottata dal 2016 è funzionale al disegno politico del governo di J. Trudeau di assicurare la designazione di personalità solo in apparenza "indipendenti", ma in realtà impegnate a sostenere e a finanziare il partito liberale.

A conferma di ciò, i senatori dell'opposizione sottolineano come ben 8 dei 12 senatori nominati da Trudeau dal luglio 2023 ad agosto 2024 (il 66% del totale e il 30% in più rispetto al periodo 2019-2023) abbiano donato denaro al *Liberal party* e collaborato con quest'ultimo sia a livello federale che provinciale[95].

Inoltre, sempre secondo i conservatori, il processo di nomina introdotto da J. Trudeau ha portato a un drastico aumento (pari al 58%) dei costi annuali della camera alta, a una forte crescita (32,5%) del numero dei suoi dipendenti e a una significativa diminuzione della sua produttività in termini di numero delle relazioni prodotte dalle sue commissioni (dalle 152 nel periodo 2015-2019 alle 43 nell'attuale legislatura)[96].

Infine, oltre a essere stata avversata sul piano politico, la riforma Trudeau è stata anche criticata per le conseguenze che la sua applicazione ha prodotto sull'attività legislativa del Senato.

Una delle sfide più significative che il governo ha dovuto infatti affrontare nel far passare la propria agenda legislativa alla camera alta è stata proprio quella legata al ««passaggio da un Senato di partiti a un Senato di individui»[97]. Così, se da un lato l'esecutivo ha dovuto «lavorare di più» per dimostrare di avere un consenso a favore di un importante e controverso disegno di legge», dall'altro ha visto il procedimento legislativo diventare alla camera alta sempre più «confuso e frammentato»[98].

Tuttavia, quando chiamata a esprimersi su questioni controverse (come, tra le altre, le esenzioni dalla tassa sul carbonio previste dal recente *bill* C-234), l'*Upper House* ha visto tutti gli attuali gruppi dei senatori dividersi sul voto, a dimostrazione di quanto sia accresciuta la sua indipendenza politica e la sua capacità di svolgere, all'interno del sistema istituzionale canadese, un ruolo assai diverso da quello svolto in passato[99].

---

95 S. KILPATRICK/THE CANADIAN PRESS, *The Trudeau Senate is not a Better Senate*, in *The Globe and Mail*, 19-07-2024.

96 *Ibid*.

97 Così, Paul Thomas, professore emerito della Manitoba University e studioso dell'*Upper House*, citato in C. PAAS-LANG, *81 senators later, Trudeau has changed the Senate. Is it ready to change again?*, in *CBC News*, 17-02-2024. Sulla complessa «transizione» vissuta dal Senato, già E. MACFARLANE, *The Renewed Canadian Senate: Organizational Challenges and Relations with the Government*, cit.

98 *Ibid.* Significativamente, tra gli altri, il dibattito al senato svoltosi nel 2019 sul disegno di legge C-69 relativo all'energia ha visto il Senato approvare ben 230 emendamenti al testo (sul punto, G. ROBERTSON, *Memoirs of a Very Civil Servant: Mackenzie King to Pierre Trudeau*, Toronto, University of Toronto Press, 2000, p. 359). In merito, già all'avvio della riforma, A. HEARD, *The Senate's Role in Reviewing Bills from the House of Commons*, cit., p. 9, aveva sottolineato il rischio che molti senatori, in assenza di un *caucus* parlamentare di riferimento, si potessero dimostrare non adeguatamente preparati ad esprimersi con il necessario equilibrio sulle diverse e complesse questioni sottoposte abitualmente all'assemblea, né capaci di garantire la trasparenza del dibattito politico.

99 Sulla capacità del Senato di porsi come una «presenza costruttiva» all'interno del sistema istituzionale canadese, C. PAAS-LANG, *op. cit.*

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-HV3

Modello Westminster nel mondo

L'influsso britannico sul costituzionalismo giapponese

Giacomo Mannocci
Dottore di ricerca in Diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Genova

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

L'influsso britannico sul costituzionalismo giapponese**

di Giacomo Mannocci*

Abstract (Ita): Il presente contributo verte sull'influenza del costituzionalismo britannico sulla forma di governo giapponese a partire dalla seconda metà dell'Ottocento. Dopo aver esaminato l'incontro – scontro del pensiero filosofico – politico autoctono con il pensiero occidentale, si esamina come il modello Westminster ha influenzato sia la Costituzione imperiale giapponese del 1889, che notoriamente è assimilata esclusivamente al modello tedesco, che la vigente Costituzione democratica del 1947. In particolare, saranno esaminate le analogie e le differenze tra il Sovrano inglese e l'Imperatore del Giappone e il loro ruolo all'interno dell'ordinamento costituzionale

Abstract (Eng): This essay focuses on the influence of British constitutionalism on the Japanese form of government starting from the second half of the nineteenth century. After examining the encounter - clash of indigenous philosophical - political thought with Western Legal thought, it examines how the Westminster model influenced both the Imperial Japanese Constitution of 1889, which is notoriously assimilated exclusively to the German model, and the current democratic Constitution of 1947. In particular, it will be examined the similarities and differences between the English Sovereign and the Emperor of Japan and their role within the constitutional system.

Parole chiave: Giappone; Costituzione; Imperatore

Keywords: Japan; Constitution; Emperor

Sommario: 1. L'incontro del Giappone col pensiero occidentale (1853-1878); 2. Era Meiji (1868-1912); 3. Periodo Taishō (1912 – 1926); 4. Il militarismo giapponese (1931-1945); 5. L'influenza del costituzionalismo inglese nel secondo dopoguerra (1945-1947); 6. Ulteriori influssi del modello britannico sulla costituzione del 1947; 7. Conclusioni

1. L'incontro del Giappone col pensiero occidentale (1853-1878)

L'influenza del costituzionalismo britannico sulla formazione del sistema giuridico giapponese rappresenta un caso di studio affascinante e complesso, che evidenzia l'interazione tra tradizioni giuridiche occidentali e istituzioni orientali. Sebbene la Gran Bretagna non abbia assolutamente imposto il proprio modello costituzionale al Giappone, l'evoluzione del costituzionalismo britannico ha avuto un ruolo significativo nel plasmare il pensiero giuridico e istituzionale giapponese durante il periodo di modernizzazione iniziato nella seconda metà del XIX secolo.

Dopo la Restaurazione Meiji del 1868[1], il Giappone intraprese un processo accelerato di modernizzazione per rafforzare lo Stato e proteggere la propria sovranità di fronte alle pressioni coloniali occidentali. In questo contesto, i leader giapponesi guardarono a vari modelli costituzionali occidentali, tra cui quello britannico, per creare un sistema politico e giuridico che fosse all'altezza di competere con le potenze europee[2]. Il costituzionalismo britannico, caratterizzato da un bilanciamento tra sovranità parlamentare e monarchica,

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale comparato, Università degli Studi di Genova

[1] Per un'ottima ricostruzione delle vicende politiche del Giappone negli ultimi due secoli, si rinvia a A. Revelant, *Il Giappone moderno*, Einaudi, Torino, 2023 e a F. Gatti, *Il Giappone contemporaneo*, Einaudi, Torino, 2017.

[2] G. F. Colombo, Cenni Storici, in AAVV, *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 5-18.

nonché dal rispetto delle libertà civili, offriva un paradigma interessante per il Giappone, che cercava di mantenere un equilibrio tra modernità e tradizione.

Per oltre due secoli (1637–1853), il Giappone non ebbe relazioni diplomatiche di alcun tipo con le potenze occidentali, salvo limitatissime eccezioni concernenti gli scambi commerciali con gli Olandesi nell'isola posta dinanzi al porto di Nagasaki: in questo periodo, conosciuto con il nome di *Sakoku*, traducibile con l'espressione di «paese incatenato» o «blindato», agli stranieri fu vietato l'ingresso e il soggiorno in tutte le isole dell'arcipelago nipponico e i giapponesi stessi non potevano lasciare il loro paese: qualora avessero emigrato clandestinamente, non potevano più tornarvi, pena la morte.

Con l'apertura dei porti commerciali nel 1854[3], iniziarono a circolare i primi testi giuridici europei e nordamericani, grazie ai quali i giuristi giapponesi cominciarono a confrontarsi con nuove categorie giuridiche diverse da quelle confuciane e taoiste, sino ad allora conosciute.

I giuristi si preoccuparono anzitutto di rendere nella loro lingua gli etimi giuridici occidentali: ad esempio, in un'opera del 1861 intitolata «Breve descrizione degli Stati Uniti» che era nient'altro che un adattamento di un'altra opera scritta da un missionario americano in Cina, E.C. Bridgman[4], i termini *Kokkai*, *Genrō*, sono utilizzati per la prima volta per designare rispettivamente il «Congresso» e il «Senato». Inoltre, tramite la mediazione culturale cinese a cui il Giappone deve gran parte della propria essenza, negli anni Sessanta dell'Ottocento, vengono portati a conoscenza degli intellettuali e dei funzionari giapponesi alcuni testi sul diritto internazionale e sul diritto britannico in particolare.

Alla fine dell'epoca Tokugawa (1867-1868) e con l'apertura dei propri porti alle potenze occidentali, i giapponesi si ispirarono soprattutto a due modelli giuridici europei: il modello francese, incarnato dal classico *Code Civil*, e il modello tedesco, il cui diritto si presentava come lo strumento che aveva accompagnato l'ascesa della Germania unificata sotto la ferrea guida di Bismarck. Del resto, dopo una cruenta guerra civile (1867-1868), il Giappone ha condotto una battaglia durata un decennio (1868-1878) per giungere alla completa accettazione di uno Stato unificato nettamente diverso da quello precedente caratterizzato dalla presenza di molteplici feudi. È quindi evidente che l'esperienza tedesca era quella che storicamente più si avvicinava a quella giapponese.

I politici e i giuristi nipponici non mancarono però di dare uno sguardo molto interessato anche all'esperienza costituzionale britannica.

La recezione di questi modelli europei va però correttamente intesa: per secoli il Confucianesimo, il Taoismo e lo Shintoismo avevano plasmato il Giappone con una concezione sincretica non solo del diritto che influì in modo determinante sull'interpretazione e sull'applicazione delle leggi ispirate all'Occidente[5]. È proprio per questo motivo che il diritto

[3] V. Ferretti, *Al confine fra due epoche: un aspetto dei rapporti fra la corte imperiale e il bakufu durante il periodo Edo*, in *Il Giappone*, (1991), pp. 191-208; V. Ferretti, *Stato e mito nel primo impero giapponese*, in *Rivista degli studi Orientali*, 2004, pp. 209-229.

[4] E. C. Bridgman; S.W. Williams, *The Chinese repository,* Shanghai, 1861.

[5] G.F.Colombo, *Stato, diritto e sincretismo religioso in Giappone: lo sguardo del giurista*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Vol. 19, 2016, pp. 19-34.

giapponese, dall'epoca Meiji ad oggi, presenta delle caratteristiche proprie e non certo esportabili in altri contesti. Il sincretismo religioso è tuttora molto forte perché la tradizione religiosa giapponese è caratterizzata dal culto sincretico fra buddhismo e shinto, che si uniscono però senza mai fondersi.
In questo senso il comparatista Kitagawa Zentaro[6] parla di una «nipponizzazione» del diritto occidentale, cioè di un adattamento di quest'ultimo alle peculiarità della società giapponese.

2. Era Meiji (1868-1912)

Nel 1868 sale al trono l'imperatore Meiji, inaugurando un'Era[7] segnata da profondissime trasformazioni politiche, istituzionali, economiche e sociali: nel giro di poco più di quarant'anni il Giappone passa da una società feudale e da una condizione di inferiorità rispetto alle Potenze occidentali ad una posizione che lo inserisce da protagonista nello scacchiere geopolitico dell'Asia orientale.
L'Imperatore Meiji assumerà un ruolo simbolico paragonabile a quello che ebbe il Re Vittorio Emanuele II nel contesto italiano.
Con la fine dello shogunato e l'inizio del Rinnovamento del 1868 che aveva portato alla completa unificazione del Giappone sotto un'unica autorità centrale, varie missioni diplomatiche giapponesi avevano iniziato a prendere conoscenza diretta degli Stati occidentali: per la prima volta diplomatici, giuristi, funzionari governativi giapponesi furono a stretto contatto con le tradizioni di *civil law* e di *common law*, attingendo – come in precedenza accennato – soprattutto alla tradizione giuridica britannica, a quella francese e a quella tedesca. Quest'ultima è quella più nota perché ha fortemente orientato i primi tentativi costituzionali nipponici e poi la stessa carta costituzionale del 1889. Non bisogna però dimenticare che, sia negli anni Settanta che nei primi anni Ottanta, i due modelli giuridici di riferimento erano quello francese per quanto riguardava la redazione del codice civile e di procedura civile e quello britannico per il diritto costituzionale. Risalgono, inoltre, a questo periodo storico i primi studi sul diritto romano e sulla concezione della sovranità e dell'*imperium* nella tradizione romanistica.
Furono necessari ben venti anni al ristretto gruppo di potere che guidava il Giappone per giungere ad un testo costituzionale condiviso che si inserisse nella continuità con la propria storia pur utilizzando un linguaggio giuridico prettamente occidentale[8].

[6] K. Zentaro, *Reception and Development of European Private Law in Japan*, Francoforte, 1970, p. 10.
[7] Ancora oggi, al momento dell'assunzione al Trono da parte dell'erede imperiale, inizia un nuovo regno o più precisamente una nuova «Era» che prende il nome dell'imperatore. Pur essendo normalmente utilizzato il calendario gregoriano a partire dal capodanno del 1873, in Giappone si osserva ancora l'antica tradizione in base alla quale gli anni si calcolano con riferimento alla durata di un regno: ad esempio il 2024 corrisponde al quarto anno dell'Era Reiwa, la quale è iniziata lo stesso giorno in cui l'imperatore Akihito ha abdicato a favore del figlio Naruhito. Per maggiori informazioni, P. Corradini, *Sui nomi delle ère giapponesi nel periodo Tokugawa*, in *Il Giappone*, 2005, pp. 55-70.
[8] G. Akita, *The Foundations of Constitutional Government in Modern Japan 1868-1900*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1967.

Conoscere il diritto costituzionale straniero per poi compiere una scelta ponderata per il Giappone, rappresentava un interesse specifico per lo stesso imperatore Meiji il quale emanò un messaggio il 6 settembre 1876 in cui si affermava che «*È nostro desiderio studiare attentamente le leggi di tutti i paesi esteri in rapporto al nostro ordinamento istituzionale e determinare per questo mezzo la Nostra legge costituzionale. Voi dunque preparate per presentarci un disegno di legge a questo scopo- allora faremo la Nostra scelta*[9]».

Il decennio 1880 – 1890 segna un grande fermento a livello costituzionale[10] e rappresenta l'inizio di una duratura collaborazione tra i giuristi giapponesi e quelli occidentali: missioni giapponesi in Occidente e giuristi occidentali in Giappone, tra cui alcuni italiani[11]. Contestualmente, sotto la guida del Primo Ministro Itō Hirobumi[12], procedevano i lavori per la redazione della Carta costituzionale, lavori che avvenivano in segreto senza un coinvolgimento delle élite dell'epoca e ovviamente senza una partecipazione della nascente opinione pubblica. Fu un lavoro molto complesso dove certo non mancò un confronto con il diritto europeo e americano: i giuristi giapponesi presero a modello il sistema tedesco e in misura minore quello inglese per il diritto costituzionale; il modello francese per il sistema di giustizia amministrativa e degli enti locali; il diritto romano e il diritto germanico per la redazione dei codici.

Tra il 1878 e il 1890 si posero quindi le basi di un assetto costituzionale e amministrativo che, nelle sue linee fondamentali, rimase tale fino al crollo politico e militare del 1945.

2.1. La Costituzione imperiale

La Costituzione imperiale del Giappone del 1889 (大日本帝国憲法) esalta il ruolo dell'Imperatore (*rectius* Tennō[13]) perché solo la Casa imperiale poteva rappresentare l'elemento unificante del nuovo Stato giapponese: a tal proposito è interessante un'osservazione dello stesso premier Itō Hirobumi che mette in evidenza la diversità tra la storia giapponese e quella occidentale. In un discorso pronunciato nel 1888, Itō osserva che «*Il governo costituzionale in Europa ha una lunghissima storia. Non solo i popoli europei hanno dimestichezza con questo sistema, ma la loro religione ha fornito un asse portante che impregna e unisce gli animi. Invece, in Giappone il potere della religione è debole, e non esiste niente che possa servire da asse dello stato. Quando era nel suo fulgore, il buddhismo fu in grado di unire tutti gli stati sociali; ma oggi esso è in stato di declino.*

[9] A. Stead, *Il Giappone, descritto dai giapponesi esaminato dalle sue più alte autorità,* traduz. italiana A. Agresti, Milano, 1905, p. 7.
[10] F. Mazzei, *La «teoria del governo assembleare» e i primi esperimenti istituzionali del Giappone Meiji*, in *Il Giappone*, (1974), pp. 5-32.
[11] M. G. Losano, *Alle origini della filosofia del diritto in Giappone. Il corso di Alessandro Paternostro a Tokyo nel 1889*, Torino, Lexis, 2016.
[12] T. Kazuhiro**,** *Itō Hirobumi – Japan's First Prime Minister and Father of the Meiji Constitution*, Routledge Studies in the Modern History of Asia, Milton, 2014.
[13] Il termine Tennō utilizzato nel linguaggio giuridico giapponese rende molto meglio il concetto di sovranità a differenza dell'etimo Imperatore che richiama al concetto di kaiser. Tradurre Tennō con imperatore ha ingenerato una molteplicità di equivoci perché la nozione di Caesar non collima con l'esperienza storica giapponese. Infatti, la parola «imperatore» indica da sempre colui che guida, che impera, che impone la propria volontà: la parola latina *imperator* indicava durante il periodo della Repubblica romana chi era il comandante in ambito militare. Il Tennō nipponico corrisponde assai poco ad un imperatore nell'accezione occidentale o comunque latina del termine. Per maggiori approfondimenti, D. De Palma, *Note sull'origine del titolo imperiale giapponese Tennō*, in *Rivista degli studi orientali*, 1992, pp. 171-183.

Lo shintoismo trasmette sì gli insegnamenti dei nostri antenati, su cui è fondato, ma come religione non ha la capacità di muovere il cuore degli uomini. In Giappone solo la Casa imperiale può divenire l'asse portante dello Stato. È sulla base di queste considerazioni che nel compilare il testo della Costituzione abbiamo attribuito sì alto valore all'autorità imperiale cercando di restringerla il meno possibile»[14].

Tutto il sistema costituzionale giapponese prebellico si basa quindi sulla figura dell'Imperatore che – a differenza dei sovrani occidentali – ha innanzitutto e prima di tutto una valenza sacrale e sacerdotale e – solo dopo – svolge una funzione politica ed istituzionale. Sta in questo specifico aspetto, ad esempio, la profonda e marcata differenza tra il sistema inglese e quello giapponese.

Comprendere il ruolo dell'Imperatore è indispensabile per analizzare la Costituzione imperiale del 1889 e gli influssi occidentali che l'hanno caratterizzata. Nel comparare l'esperienza inglese con quella nipponica, non si può certo dimenticare che in Giappone "*il culto dell'Imperatore è da concepirsi secondo una prospettiva di sacralità, più che di divinità. Il ruolo dell'imperatore … [è] … da intendersi come espressione di una funzionalità sacra, come estrinsecazione di un potere a cui essere devoti, come qualcosa a cui essere reverenti, quindi come kami. … siamo lontani dal concetto di venerazione divina: si tratta di una pratica devozionale dello Stato e della Nazione allo spirito del Giappone, quanto potrebbe esserlo l'omaggio reso alla bandiera*"[15].

Ciò premesso, il testo della Costituzione del 1889, assai sintetico nei suoi settantasei articoli suddivisi in sette capitoli, non è certo sufficiente a presentare un'immagine precisa ed esauriente dell'ordinamento costituzionale nipponico che rimase in vigore fino al 1945.

Potrà sembrare particolare per la mentalità occidentale, ma la Costituzione non era all'epoca l'unica fonte al vertice delle fonti perché questa va interpretata e applicata tenendo presente altre fonti di pari rango che vennero promulgate lo stesso giorno della Costituzione dall'imperatore Meiji:

- il Preambolo costituzionale;
- il Proclama del Tennō per la promulgazione della Costituzione;
- il Giuramento del Tennō agli Antenati imperiali pronunziato nel santuario imperiale;
- la Legge sulla Casa imperiale.

Questi sono atti aventi una propria e autonoma valenza normativa ed hanno lo scopo di far comprendere la ratio legis della Carta: questa, infatti, non è benignamente concessa per stabilire e limitare i poteri dello Stato, compreso il Tennō, ma semplicemente per spiegare – secondo una nuova e moderna terminologia giuridica presa in prestito dalla tradizione giuridica occidentale – i poteri che l'Imperatore ha ricevuto dai suoi antenati e che egli a sua volta trasmetterà integri ai suoi successori.

Tale concetto è chiaramente affermato nel Giuramento del Tennō ai suoi Antenati in occasione della promulgazione della Costituzione: «considerando la tendenza progressiva del corso degli affari umani, e in armonia con il progresso della civiltà, Ci è sembrato opportuno, per rendere chiare ed evidenti le istruzioni tramandateci dal Fondatore imperiale della Nostra Casa e dagli altri Antenati, di emanare delle leggi fondamentali formulate in

[14] F. Mazzei, *La Costituzione Meiji, il ruolo del Tennō*, in *Il Giappone*, 1991, p. 39.
[15] F. L. Ramaioli, *Per Dio e l'Imperatore. I cristiani del Grande Giappone Imperiale*, Aracne, Roma, 2016, pp. 54-55.

precisi articoli normativi»[16].

Quindi la Costituzione imperiale ha un valore di carattere espositivo dei poteri del Sovrano e ciò la rende un *unicum* rispetto alle carte ottriate ottocentesche elaborate in Europa nei decenni precedenti. Non si può quindi ritenere che i giuristi giapponesi si siano limitati semplicemente a riprendere dei modelli costituzionali a loro estranei: essi li hanno reinterpretati secondo la loro peculiare, autoctona tradizione giuridica che si basa sulla nozione di *Kokutai*[17].

Tra le tante definizioni di *kokutai* si cita in questa sede quella di Itō Tasaburō, studioso del pensiero moderno giapponese, secondo cui il *kokutai* è «l'eterna e immutabile politica nazionale», «la forza spirituale dietro le attività dello Stato» e il «principio di unità nazionale», derivato dalla «armoniosa unità dell'imperatore e del popolo, che rendeva l'intera nazione come una famiglia sotto il governo dell'imperatore, essendo la sua stirpe ininterrotta per secoli a venire»[18]. Il *kokutai* rappresenta quindi l'essenza di continuità spirituale in contesti di mutamenti istituzionali.

Fatta questa debita precisazione, è interessante verificare come l'esperienza tedesca e anglosassone hanno influenzato in modo diretto la Costituzione nipponica del 1889, influsso che poi si ripercuoterà anche nelle prassi e nelle consuetudini costituzionali dei decenni successivi all'entrata in vigore della Carta.

2.2 Il modello tedesco e la contaminazione britannica

Per oltre vent'anni, dal 1868 al 1889, il dibattito giuridico[19] (e che aveva un indubbio riflesso politico) si concentrava su un terribile dilemma: bisognava ispirarsi al modello britannico dove il sovrano regna ma non governa e dove il governo era legato da un rapporto di fiducia con le Camere oppure al modello tedesco dove i poteri del Kaiser erano molto più incisivi e dove il governo del Reich a lui solo rispondeva?

Nella Costituzione imperiale del 1889 sono rinvenibili echi di entrambi i modelli, anche se poi fu l'esperienza tedesca ad influenzare maggiormente il testo finale: nel dibattito sviluppatosi nel corso degli anni Ottanta all'interno della c.d. «oligarchia Meiji» – solo in parte oggi conoscibile grazie alle testimonianze postume degli estensori – si trovano infatti sia riferimenti alla tradizione britannica che a quella tedesca, pur essendo le stesse profondamente diverse tra loro.

Inoue Kowashi, che assieme ad Itō era stato uno dei principali consiglieri del Tennō e che diede un contributo significativo alla scrittura della Carta, propendeva per il modello Westminster e cercava di individuare nella prassi politica nipponica delle similitudini.

Secondo Inoue[20] erano tre i cardini dell'esperienza inglese:

---

[16] P. Biscaretti di Ruffia, *Il diritto costituzionale dell'Impero nipponico,* Giuffrè, Milano, 1942, pp. 67-88.

[17] F.L. Ramaioli, *Dal mito del Cielo alla Legge dello Stato. Il Kokutai e ordinamento giuridico in Giappone,* Giappichelli, Torino, 2022.

[18] D. Irokawa, *The Culture of the Meiji Period*, New Jersey, Princeton University Press, 1985, pp. 246-47.

[19] K. Takii, *The Meiji Constitution: The Japanese Experience of the West and the Shaping of the Modern State*, International House of Japan, Tokyo, 2007.

[20] G. Akita e H. Yoshihiro, *The British Model. Inoue Kowashi and the Ideal Monarchical System*, in Monumenta Nipponica, 1994, pp. 413-421.

1° il Re regna ma non governa;
2° la controfirma ministeriale volta a sancire la responsabilità governativa;
3° l'individuazione di un catalogo di diritti come individuati nel Bill of Rights.

Inoltre nella tradizione britannica, il sovrano pur essendo privo di poteri di indirizzo politico, era (e lo è anche oggi) la fonte di legittimità del potere: pur avendo un rapporto strettamente fiduciario con la Camera dei Comuni, ancor'oggi si parla del «governo di Sua Maestà», perché comunque la legittimità proviene dal sovrano che provvede ad effettuare la nomina del Prime minister e dei più alti funzionari governativi. Oltre a ciò, la stessa opposizione parlamentare è definita «His Majesty's Most Loyal Opposition»; gli ambasciatori sono accreditati in nome di Sua Maestà, etc. etc.
Secondo Inoue, questi caratteri distintivi sono rinvenibili anche nell'esperienza nipponica: a sostegno di questa tesi, si rileva che in Giappone, già prima della promulgazione della Costituzione, venne costituito un governo sul modello occidentale; venne teorizzata l'irresponsabilità imperiale, introducendo l'obbligo di controfirma degli atti del Tennō da parte dei ministri che se ne assumevano la relativa responsabilità; si cominciò ad enucleare un catalogo di diritti per tutti i sudditi che troveranno poi definitiva sistemazione nella Carta del 1889.
È sulla stessa nozione di sovranità che si crea un forte parallelismo tra il monarca inglese e l'imperatore giapponese: a giudizio di Inoue, la legittimità degli organi di governo proviene dal Tennō, come nel caso del Re d'Inghilterra, anche se questi materialmente affida ai propri collaboratori l'effettivo esercizio dei poteri di governo. Ne consegue che, secondo questa accezione, pur essendo titolare di poteri formali pressoché illimitati, il sovrano giapponese in realtà regna ma non governa.
Al tempo stesso proprio per la prevalente dimensione mistico sacrale dell'Imperatore, i giapponesi non possono accettare per la propria esperienza l'evoluzione del ruolo del monarca britannico verificatosi a partire dalla Glorious Revolution e dal Bill of Rights del 1689. Da quel tornante storico, determinato dalla vittoria del parlamento sulle pulsioni assolutistiche degli Stuart, prende avvio un lungo e articolato processo di confinamento e relativizzazione del ruolo del sovrano, molto più stringente di quanto avvenuto in precedenza nei secoli medievali, per esempio in occasione della promulgazione della Magna Carta. E di questo i giuristi giapponesi della seconda metà dell'Ottocento sono pienamente consapevoli.
L'evoluzione della Costituzione britannica verso la democrazia parlamentare e il modello Westminster postula da sempre una trasformazione in senso simbolico e rappresentativo della figura del monarca ed è per questo che non poteva neanche essere presa in considerazione nel dibattito costituzionale giapponese.
Inoltre i giuristi nipponici dell'epoca non vedevano – giustamente – una similitudine tra il monarca britannico e quello giapponese quanto alla sfera religiosa: dai tempi di Enrico VIII, il Re è il supremo governatore della Chiesa d'Inghilterra pur non ricevendo l'ordine sacro e rimanendo un soggetto laico. Tutt'altro accadeva in Giappone dove il Tennō era

tia ritenuta discendente diretta della divinità. Ciò non significa però che il Tennō sia un dio, come inteso nelle grandi religioni monoteiste e in particolare in quella cristiana.
L'imperatore è un «*kami*»[21], nozione fondamentale nello shintoismo che non può essere tradotta sic et simpliciter con «divinità». In alcune circostanze i kami sono identificati come vere e proprie divinità, simili agli dei dell'antica Grecia o dell'antica Roma. In altri casi invece, i Kami sono gli spiriti che dimorano negli alberi, o forze della natura. I kami sono i fenomeni naturali come il vento e il tuono, gli oggetti naturali come il sole, le montagne, i fiumi, gli alberi; alcuni animali; gli spiriti degli antenati. In quest'ultima categoria di kami sono ricompresi gli spiriti degli antenati della Casa imperiale, delle tribù, delle singole famiglie. I kami sono centinaia di migliaia ed hanno influenza nella vita degli esseri umani: sono concepiti come spiriti dotati di nobiltà e di autorità. Per questo motivo, tradurre kami con «dio» o «divinità» sarebbe una errata interpretazione.
Sta in questo la specificità nipponica che ha influenzato non solo il diritto nelle sue varie branche, ma la stessa società. Se non si tiene in considerazione questa nozione, ogni comparazione tra ordinamenti resta solo ad un livello superficiale. I modelli occidentali si sono innestati in questo *humus* culturale profondamente sentito e vissuto da tutta la popolazione. Ne consegue che la Costituzione imperiale è il portato finale di questa concezione sincretica.
Lo scopo del Costituente giapponese dell'epoca non era quello di delineare i compiti dei vari organi dello Stato, né di definire politicamente il ruolo del Capo dello Stato: era invece quello di salvaguardare l'unicità, a loro avviso, del Giappone che sta nel fatto che essa è retta da un'unica dinastia che regna dalla protostoria. Si cerca pertanto di capire come preservare l'autorità non politica ma sacrale dell'Imperatore, utilizzando un modello esogeno moderno e straniero che più si attagli alla storia giapponese.
Secondo parte della dottrina nipponica, l'impostazione britannica si rinviene non solo nel dibattito preparatorio ma anche nella stessa Carta, nonostante le disposizioni testuali propendano per il modello tedesco.
A conferma di ciò si fa solitamente riferimento a quanto dichiarò Itō ad una seduta del Consiglio privato un anno prima della promulgazione: «*We must respect as much as possible the imperial prerogatives and endeavor not to restrict them. But should the imperial prerogatives be made too powerful, there is danger of abuse. We say that the ruler does not govern; but if, however, he does govern, then the prime minister takes responsibility*»[22].
Itō Hirobumi, quindi, era consapevole che il potere sovrano poteva degenerare in un abuso: pur affermando che non voleva in alcun modo comprimere le prerogative imperiali, sostenne di fatto in tale occasione che – se il Tennō decideva di dar vita ad un gabinetto – questi era politicamente responsabile dinanzi a lui.

[21] E. Ohnuki-Tierney, *The Emperor of Japan as Deity (Kami)*, in *Ethnology*, University of Pittsburgh, 1991, pp. 199-215.
[22] G. Akita e H. Yoshihiro, *The British Model. Inoue Kowashi and the Ideal Monarchical System*, in *Monumenta Nipponica*, 1994, pp. 413-421.

La propensione di Itō per il modello britannico è comunque indiscutibile in primo luogo leggendo i «*Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan*[23]», l'opera che divenne informalmente l'interpretazione ufficiale della Costituzione, in quanto scritta dal suo principale estensore; in secondo luogo per il contributo scientifico che Itō richiese al giurista tedesco Roesler che – prima della promulgazione della Carta – commentò e fece proposte in merito al testo definitivo di ciascun articolo costituzionale[24].

Hermann Roesler (1834 – 1894), assieme ad un altro giurista tedesco, Albert Mosse, era stato chiamato da Itō Hirobumi a risolvere il principale problema di natura costituzionale che assillava i giapponesi: coniugare la natura sacrale, divina del Tennō con un concreto esercizio del potere che doveva necessariamente ispirarsi alla tradizione occidentale.

Roesler, non solo era fermamente contrario all'interpretazione mitologica della sovranità giapponese che sarà poi contenuta nell'art. 1, (il primo articolo del progetto che lui preparò affermava unicamente: «*Il Giappone è una monarchia ereditaria per sempre indivisibile*»), ma era anche favorevole all'inserimento nel testo della Costituzione di uno specifico articolo con cui si attribuisse la presidenza dell'esecutivo al Tennō. Prevalse, invece, la tesi di Itō, secondo cui il Trono doveva essere politicamente passivo, con funzioni quindi ben diverse da quelle esercitate dal *Kaiser* che, secondo lo stesso Itō, aveva invece la funzione di influenzare personalmente l'intero meccanismo costituzionale[25].

Gli storici[26] che ritengono che sulla stesura della Carta giapponese del 1889 influì non tanto il modello tedesco bensì quello anglosassone, si basano sull'analisi dell'art. 55 della Costituzione imperiale che prevedeva il principio della responsabilità ministeriale per gli atti del Tennō.

Tale interpretazione sembrerebbe pure confermata da una lettera del 1875 di Inoue Kowashi, uomo politico e giurista che tra l'altro tradusse sia la Costituzione tedesca del 1871 che quella belga, nella quale chiariva la sua «posizione fondamentale»: «*Il monarca è il sovrano ma non governa. Anche se dovesse governare, non può farlo secondo la sua volontà ed essere arbitrario nelle sue azioni. Quello significa che non è considerato responsabile e solo i suoi Ministri sono responsabili*»[27]. Il Tennō, secondo tale interpretazione, era sorgente e fonte di legittimità, ma non era un agente politico attivo e quindi non era considerato responsabile degli atti di governo[28].

Inoltre, non si può certo negare l'influsso britannico sugli stessi giuristi e uomini di governo nipponici: quest'ultimi erano coloro che di fatto avevano posto fine allo shogunato e ripristinato l'autorità imperiale nel 1868, concedendo i poteri al quindicenne imperatore Meiji: questi, nei primi anni di regno, non esercitò ovviamente un effettivo potere, essendo

[23] I. Hirobumi, *Commentaries on the Constitution of the Empire of Japan,* Gale, Making of Modern Law, Michigan, 2013..
[24] M. G. Losano, *La recezione dei modelli giuridici europei nella realtà giapponese: Hermann Roesler*, in *Sociologia del Diritto*, n. 3, (1984), pp. 29-44.
[25] F. Mazzei, *La Costituzione imperiale del Giappone. Il ruolo del Tennō*, in *il Giappone*, 1991, p. 50.
[26] D. De Palma, *L'interpretazione della sovranità giapponese da parte delle diplomazie occidentali nel XIX secolo*, in Il Giappone, 1993, pp. 159-176.
[27] G. Akita e H. Yoshihiro, *The British Model – Inoue Kowashi and the Ideal Monarchical System*, op. cit., p. 419.
[28] K. Yoshimitsu, *Inoue Kowashi and the dual images of the Emperor of Japan*, in *Pacific Affairs*, 1998, pp. 215-230.

irà gli «oligarchi»: era chiaro che questi sperassero che il Tennō si avvicinasse di più al modello britannico. Tuttavia non potevano sostenere pubblicamente una simile posizione perché avrebbe minato in radice il fondamento dello Stato che si basava sull'autorità assoluta dell'Imperatore, da cui loro stessi traevano la legittimazione politica.
Almeno formalmente gli uomini politici dell'Era Meiji non potevano quindi non ispirarsi al modello di un «sovrano forte», visto che avevano preso il potere, sgominando il clan Tokugawa, invocando proprio il ripristino dei pieni poteri del Tennō. Nella prassi politica invece ben si ispiravano all'idea di un Cabinet, dove avrebbero assunto quelle determinazioni che sarebbero state portate alla ratifica dell'Imperatore.
Tuttavia, non vi è quindi dubbio che la Costituzione materiale del 1889 risenta in modo preponderante del prototipo tedesco. Infatti, nella Costituzione del secondo Reich[29], si rinvengono delle disposizioni che saranno poi riprodotte quasi testualmente nella Costituzione nipponica: il Capitolo 1 della Costituzione nipponica, relativo all'imperatore, richiama quasi in modo identico gli artt. 11 – 19 della Costituzione tedesca che attengono alle prerogative del kaiser. La similitudine tra questi sovrani riguarda però lo stretto rapporto che sia il kaiser che il Tennō instaurano con le proprie forze armate: quest'ultime saranno l'elemento unificante di queste due nazioni, diventate solo recentemente stati moderni e accentrati, grazie alla coscrizione obbligatoria, nonostante in Germania sia rimasto forte l'elemento federale.
È nel rapporto sovrano – forze armate che va probabilmente ricercato il parallelismo maggiore tra l'esperienza tedesca e quella giapponese. Il legame che unisce il Tennō ai propri soldati, codificato non tanto nella Costituzione quanto nell'Ordinanza imperiale sull'Esercito del 1882 – che ha una sua peculiare valenza giuridica e morale – è lo stesso che si rinviene nelle disposizioni della Costituzione tedesca.
I giuristi nipponici trassero inoltre spunto dalle Costituzioni del 1850 e del 1871, ma pure da altre esperienze costituzionali dell'area germanica[30]. Ad esempio, analizzarono con attenzione la Costituzione del Granducato di Württemberg del 1819 per delineare le competenze del Consiglio privato della Corona; è proprio da questa esperienza costituzionale che i giapponesi trassero l'idea di creare un organo consultivo del Sovrano, posto al di sopra e all'esterno dello stesso Governo, che avesse il compito specifico di deliberare «*sugli affari pubblici più importanti, quando il parere era stato richiesto dal Tennō*» (art. 56 Cost. nipponica)[31].
Esaminando quindi la Costituzione imperiale del 1889 si potrebbe essere indotti a credere che il Tennō avesse gli stessi poteri propri dei monarchi costituzionali europei, vissuti nell'Ottocento, ma tale somiglianza era apparente perché i giapponesi lo consideravano non come il loro Capo dello Stato, bensì come il diretto discendente di una ininterrotta stirpe divina e il più importante sacerdote del culto scintoista.

[29] M. Fioravanti, *Costituzione e giuristi nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979; F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*, Milano, Giuffrè, Milano, 2009.
[30] F. Lanchester, *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn* cit.
[31] K. Colegrove, *The Japanese Privy Council*, in *The American Political Science Review*, 1931, pp. 881-905.

Lo stesso Itō Hirobumi, l'estensore materiale della Carta, era consapevole che l'autorità del Tennō rimaneva formalmente illimitata dopo l'emanazione della Costituzione.
In Giappone, era la Casa Imperiale che poteva diventare l'asse portante dello Stato. È proprio su questo punto che sta la più importante differenza con l'Occidente: in Europa il cristianesimo nel corso dei secoli aveva permeato sia la tradizione giuridica sia plasmato l'intera società, nonostante il processo di secolarizzazione iniziato con la rivolta di Lutero e poi con l'illuminismo.
Secondo Itō, «*in Giappone il potere della religione è debole, e non esiste niente che possa servire da asse dello stato. Lo shintoismo trasmette sì gli insegnamenti dei nostri antenati, su cui è fondato, ma come religione non ha la capacità di muovere il cuore degli uomini. In Giappone, solo la Casa Imperiale può diventare asse portante dello stato. È sulla base di queste considerazioni che nel compilare il testo della Costituzione abbiamo attribuito sì alto valore all'autorità imperiale, cercando di restringerla il meno possibile*»[32].
In realtà, subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione imperiale, accadde qualcosa di inaspettato per gli estensori della stessa che ritenevano che il modello tedesco fosse stato la garanzia per evitare ogni degenerazione del parlamentarismo e per frenare la creazione di partiti politici.
Già nelle prime sessioni della Dieta si verificarono dissidi fra parlamentari e la classe dirigente dei cosiddetti oligarchi, i quali non immaginavano che potesse radicarsi nella Camera dei Rappresentanti un'inclinazione verso il parlamentarismo e che la stessa Camera potesse condizionare il governo attraverso l'approvazione del bilancio dello Stato. Supportati dai consulenti tedeschi, gli oligarchi ritenevano che un eventuale impasse parlamentare sul bilancio, potesse essere superato dal ricorso all'art. 71 della Costituzione che consentiva al governo di fare ricorso al bilancio dell'anno precedente qualora la Dieta non avesse esaminato o approvato il bilancio dell'anno in corso.
A dire il vero non fu così per ragioni di carattere prettamente economico: un'economia in rapida espansione, la necessità di aprirsi ai nuovi mercati asiatici, la necessità di creare sempre maggiori infrastrutture dimostrarono che il ricorso al bilancio dell'anno precedente non era uno strumento utilizzabile a lungo termine. Per questo il governo fu costretto a fare delle concessioni ai gruppi di potere presenti nella Dieta e, quando la situazione diveniva politicamente insostenibile, a sciogliere anticipatamente la Camera dei Rappresentanti.
Già nell'ultima decade dell'Ottocento[33], la Camera dei Rappresentanti divenne il terreno di scontro tra il governo e i gruppi di opposizione, che si erano coagulati in due partiti, quello liberale e quello progressista. I partiti compresero subito che lo strumento per cercare di condividere il potere col governo era rappresentato proprio dall'approvazione del bilancio annuale.
Tuttavia, queste dinamiche parlamentari non incisero sul reale assetto di potere: per il restante periodo dell'Era Meiji si mantenne fermo il concetto che il governo dovesse assumere una posizione trascendente rispetto ai partiti e ai gruppi sociali.

[32] F. Mazzei, *La Costituzione imperiale del Giappone. Il ruolo del Tennō*, op. cit., p. 39.
[33] D. Keene, *Emperor Of Japan: Meiji And His World, 1852-1912*, Columbia University Press, New York, 2005.

L'applicazione di questo postulato avrebbe altresì impedito che la classe di governo dell'epoca potesse perdere il controllo delle istituzioni a favore di uomini non previamente selezionati dalla stessa: in questo modo si sarebbe perpetuato nel tempo il potere di determinati gruppi e clan che avevano avuto un ruolo negli eventi del 1868.

3. Periodo Taishō (1912 – 1926)

Dal punto di vista costituzionale, l'Era Taishō (1912-1926) presenta comunque delle significative differenze rispetto all'era precedente: è nel corso degli anni Venti del Novecento che i partiti assumono un ruolo determinante nella formazione dei governi ed è proprio per questo motivo che la storiografia contemporanea post bellica conia la definizione di «Democrazia Taishō».

Durante questo periodo, le due più importanti formazioni politiche agirono sul piano parlamentare affinché venisse adottato un sistema di governo parlamentare proprio sul modello britannico: alcuni di loro volevano giungere addirittura alla formazione di veri e propri «governi di partito» (*seitō naikaku*), presieduti dal leader del partito di maggioranza della Camera bassa e ad essa legati da un rapporto fiduciario. Storicamente il rafforzamento del sistema parlamentare raggiunse l'apice negli anni 1924-32: in questo periodo si alternarono con continuità al governo i due principali partiti, *Rikken Seiyūkai* e *Kenseikai*: quest'ultimo si riorganizzò nel 1927 nel Rikken Minseitō.

Rispetto al periodo Meiji, si provò ad evitare che la composizione ministeriale si basasse solo su una ristretta cerchia di consiglieri imperiali (i genrō), guidata da esponenti dell'alta burocrazia civile o delle forze armate, nel quale i ministri si riconoscevano responsabili unicamente verso il sovrano. È stato però correttamente posto in evidenza che «*i partiti erano inoltre particolarmente vulnerabili alle pressioni dei gruppi di potere più conservatori (alta burocrazia civile e militare, nobiltà ereditaria), poiché si trovavano ad agire in un contesto istituzionale nel quale le forze armate godevano di ampia autonomia e notevoli poteri erano attribuiti a organi non rappresentativi, quali Camera dei Pari e Consiglio privato dell'imperatore*»[34].

In conclusione, si può individuare proprio nelle politiche adottate dai governi del Seiyūkai e del Kenseikai uno dei fattori determinanti del fallimento della "democrazia Taishō" e della successiva degenerazione del sistema politico-istituzionale giapponese.

In questa fase storica il Tennō (e il Reggente Hirohito dal 1921) svolse un ruolo politicamente passivo molto simile a quello del monarca inglese: peraltro la stessa monarchia inglese suscitava ammirazione nella Corte imperiale sin dall'era Meiji: le relazioni tra le due Case regnanti andavano al di là del mero scambio di voti augurali e raggiunsero l'apice in occasione del viaggio in Europa del Principe ereditario Hirohito nel 1921 che – al suo ritorno – avrebbe dopo poco assunto l'incarico di Reggente, date le gravi condizioni di salute del padre Taishō.

L'avvicinamento al modello britannico negli anni Venti del Novecento è dovuto ad una pluralità di contingenze: in primo luogo occorre accennare all'influsso sul Principe regg-

[34] A. Revelant, *Governi di Partito e nomina alti funzionari nel Giappone Taisho*, in Asiatica Venetiana, Venezia, nn. 10-11, 2009, pp. 155-174.

ente delle teorie del professor Minobe, docente di diritto costituzionale all'Università imperiale di Tokyo, secondo il quale il Tennō era uno degli organi dello Stato e agiva secondo i dettami della Carta Costituzionale; in secondo luogo a contingenze di carattere storico: con la fine della Prima Guerra Mondiale, dove il Giappone si era schierato a favore della Triplice Intesa, era venuto meno il sostegno da parte della dottrina e della classe politica al modello tedesco. Il Giappone rafforza l'ammirazione verso il Regno Unito che non veniva ancora percepito come concorrente principale nello scacchiere geopolitico estremo orientale.

Il c.d. «modello Westminster» sembrava poi rafforzato nel 1925 dalla decisione di estendere il suffragio universale maschile per l'elezione della Camera dei Rappresentanti. Ciò contribuì all'alternarsi dei partiti al governo, fatto visto con favore dallo stesso Reggente Hirohito che era rimasto impressionato dalla figura di Re Giorgio V durante il suo soggiorno londinese nel 1921.

Durante questa fase, non mancarono però provvedimenti volti a limitare le libertà civili: nel 1925 venne emanata la «Legge per il mantenimento della pace» in base alla quale promuovere cambiamenti sostanziali alla politica nazionale era considerato reato.

4. Il militarismo giapponese (1931-1945)

Dopo l'inizio delle ostilità militari in Manciuria nel 1931 e la netta presa di posizione della Società delle Nazioni, del Regno Unito e degli Usa contro la politica aggressiva giapponese verso la Cina, il dibattito giuridico nipponico si allontanò completamente dal costituzionalismo occidentale[35].

Risorse un modello di sovranità, antitetico alle concezioni occidentali e in linea con le concezioni che animarono i restauratori del 1868, prima che questi fossero influenzati fortemente dalle missioni diplomatiche che portarono nel 1873 i giuristi e gli uomini politici nipponici a viaggiare in Europa e negli Stati Uniti.

Nel 1938 il Governo giapponese pubblicò un fascicolo che venne diffuso capillarmente in tutte le scuole, negli uffici pubblici e nelle forze armate: il *Kokutai no hongi*, nel quale si ribadisce in primo luogo che la dottrina dello Stato giapponese non è «*cieca imitazione della dottrina europea dello Stato*».

Per tagliare in radice ogni similitudine con il costituzionalismo occidentale si chiarisce la natura della forma di governo nipponica: «*il principio fondamentale di organizzazione del governo non consiste nel fatto che si tratti di un governo che si basa su un incarico o una delega, come nel Medioevo; né si concretizza in un «regnare senza governare», secondo i dettami della scuola inglese; né si traduce in un governare insieme del Sovrano e del popolo*; *né si tratta del principio della divisione dei poteri, e ancor meno di quello del governo da parte della legge; ma si sostanzia invece unicamente nell'augusto governo personale del Tennō*».

[35] F. Gatti, *Fascismo giapponese e categorie storiografiche eurocentriche*, in *Annali di Ca' Foscari*, *Serie Orientale 18*, 1987, pp. 217-232.

Secondo il *Kokutai no hongi*[36], la distinzione tra Dieta, Governo e Magistratura, presente nella Carta del 1889, non corrisponde alla divisione dei poteri, come delineata dal costituzionalismo occidentale a partire dalla metà del XIX secolo: questa distinzione non ha lo scopo di limitare l'autorità del Sovrano, mirando a sottrarre a quest'ultimo la legislazione e la giurisdizione e restringendo le sue prerogative alla sfera del potere esecutivo.
Nell'esperienza giapponese la tripartizione dei poteri tra la Dieta, il Governo e la Magistratura non corrisponde alla «divisione dei poteri sovrani» ma serve esclusivamente a distinguere le attribuzioni dei singoli organi sottoposti tutti al governo personale del Tennō.
Emerge altresì nel *Kokutai no hongi* un forte antiparlamentarismo e infatti in esso si prendono nettamente le distanze sia dalla forma di governo costituzionale «pura» sia da quella parlamentare: «*mentre nelle cosiddette democrazie dell'Occidente il Parlamento è un organo rappresentativo del popolo, che appare il detentore della potestà sovrana, e in quelle monarchie, in cui si attua in comune il governo del Sovrano e del popolo, esso costituisce comunque l'organo di rappresentanza del corpo elettorale, destinato a fornire un contenuto alla volontà popolare e a permettere il governo di ambedue [il Re e il popolo], in Giappone il Parlamento risulta avere una natura completamente diversa, presentandosi semplicemente quale un'istituzione che tende a dare ai cittadini la possibilità di fornire il loro apprezzabile aiuto, con distinte modalità nelle diverse contingenze, all'illuminato governo personale del Tennō*».
A questo dibattito pose drammaticamente fine la seconda guerra mondiale.
La decisione di porre fine alle ostilità fu presa in prima persona dall'Imperatore, rivolgendosi per la prima volta direttamente al popolo il 15 agosto 1945. Fu la prima volta che in assoluta autonomia ed esercitando tutti i poteri derivanti dal suo status, l'Imperatore riuscì a far accettare ad una società fortemente militarizzata la resa dinanzi al nemico. Ed è proprio per questo motivo, come si vedrà nel prosieguo, che Hirohito non fu processato come criminale di guerra[37], ma fu il perno delle Autorità di occupazione per ricostruire il Paese[38]. Anzi, Hirohito era perfettamente consapevole che il Giappone avrebbe subito una occupazione militare che avrebbe cambiato in radice l'ordinamento dello Stato; era conscio che rischiava egli stesso di essere considerato un criminale di guerra, anche solo confrontando cosa era accaduto in Italia e in Germania dopo la loro resa. Su questo Hirohito dimostra un coraggio politico che sarà confermato il mese successivo, quando il 27 settembre 1945, nel suo primo incontro con il gen. Mac Arthur si assunse la piena responsabilità della guerra come comandante supremo nel cui nome i giapponesi avevano combattuto dal 1937.

[36] F.L. Ramaioli, *Kokutai no hongi, l'essenza del Giappone*, Idrovolante edizioni, Roma, 2023.
[37] Sul ruolo controverso dell'Imperatore Hirohito durante la seconda guerra mondiale, si rinvia a N. Kawamura, *Emperor Hirohito and the Pacific War*, University of Washington Press, Washington, 2015; P. Wetzler, *Hirohito and war: imperial tradition and military decision making in prewar Japan*, University of Hawai'i press, Honolulu, 1998.
[38] G. Cutolo, *Identità e dignità nazionale nel periodo dell'occupazione: la questione del Tennō*, in *Il Giappone*, 2005, p. 132; D. De Palma, *Il sistema imperiale (Tennōsei), nel Giappone contemporaneo*, in *Il Giappone*, 1990, pp. 225-251.

5. L'influenza del costituzionalismo inglese nel secondo dopoguerra (1945-1947)

L'influenza del costituzionalismo inglese sul progetto di revisione della Costituzione giapponese del 1947 è un aspetto interessante e, al tempo stesso, complesso del processo di riforma giuridica che il Giappone intraprese dopo la Seconda guerra mondiale.

Dopo la resa del Giappone nel 1945 e la successiva occupazione da parte delle forze alleate, guidate principalmente dagli Stati Uniti, fu avviato un vasto programma di democratizzazione e riforma delle istituzioni giapponesi. Questo programma includeva la revisione della Costituzione del 1889, un documento che a giudizio degli Americani aveva ormai dimostrato i propri limiti, soprattutto a causa della concentrazione del potere nelle mani dell'imperatore e della classe militare, che aveva preso il sopravvento sullo stesso Hirohito.

Nei primi giorni del settembre 1945 il governo giapponese era perfettamente consapevole di dover modificare in profondità l'ordinamento politico ed istituzionale[39]: il primo ministro Higashikuni, zio dell'Imperatore, in un discorso alla Dieta imperiale due giorni dopo la sottoscrizione della resa nella baia di Tokyo, manifesta la volontà di abrogare le misure di carattere eccezionale adottate durante la guerra che limitavano la libertà di stampa e di associazione e arriva a definire la Dieta come organo rappresentante la volontà popolare secondo lo spirito della Costituzione[40]. Questa affermazione, agli occhi della dottrina giuridica nipponica del tempo, rappresentava una svolta epocale perché fino ad allora la Dieta aveva il compito di coadiuvare il Tennō nell'esercizio delle sue funzioni.

Per la prima volta nella sua bimillenaria storia, l'istituzione imperiale diventa, tra la fine del 1945 e tutto il 1946, oggetto di discussione politica sia sui mezzi di informazione – controllati e orientati dalle Autorità di occupazione – sia nel dibattito parlamentare: questa è una delle più visibili e rivoluzionarie conseguenze della sconfitta bellica del Giappone. Solo dieci anni prima, il professor Minobe Tatsukichi fu costretto ad abbandonare l'insegnamento universitario e a ritirarsi dalla vita politica per aver sostenuto nel dibattito accademico che il Tennō fosse un «organo dello Stato», ammettendo implicitamente l'esistenza di una entità – lo Stato per l'appunto – superiore al Tennō stesso: nel 1945, invece, i dirigenti comunisti, recentemente usciti dal carcere[41], mettevano addirittura in discussione l'esistenza stessa dell'istituzione imperiale, auspicandone la sua abolizione.

La necessità di elaborare una nuova Carta fu chiara ai giapponesi da subito: all'inizio questi speravano che fosse sufficiente apportare delle modifiche formali alla Costituzione del

[39] J. M. Maki, *The Documents of Japan's Commission on the Constitution*, in *The Journal of Asian Studies*, Vol. 24, (1965), pp. 475-489.

[40] «*It is my sincere wish that the Imperial Diet as an organ representing the nation will discharge its true function in accordance with the spirit of the Constitution so that it may reflect fairly the will of the people in fact as in name*». Discorso del premier, riportato dal New York Times del 5 settembre 1945 Messaggio del Primo ministro Higashikuni all'apertura dei lavori dell'87 esima sessione della Dieta imperiale circa le cause della sconfitta http://www.ibiblio.org/pha/policy/1945/1945-09-05a.html.

[41] Il 4 ottobre 1945 lo SCAP emanò una apposita direttiva sulle libertà civili, a seguito della quale vennero rilasciati i principali oppositori al governo che erano stati internati a partire dalla fine degli anni Trenta.

ative parlamentari, instaurando un rapporto fiduciario tra il Governo e la Dieta, aumentando infine le libertà civili.

Nel febbraio 1946 il Governo elaborò una proposta rifacendosi espressamente al sistema britannico. Si prevedeva infatti che l'Imperatore esercitasse il potere legislativo con il consenso della Dieta Imperiale, ratificasse i trattati internazionali dopo l'approvazione della Dieta e che non avesse più alcun ruolo militare di comando: neppure formale.

Per la prima volta appare nel dibattito politico interno la nozione di *King in Parliament* che era stata duramente rigettata in occasione del dibattito che portò alla stesura della carta del 1889.

Nel memorandum esplicativo[42] di questa bozza, che il governo giapponese inviò allo SCAP, si sostiene che «*la bozza di revisione prevede in primo luogo che l'autorità dell'imperatore debba essere grandemente ridotta prevedendo che tutti gli importanti affari di Stato debbano avere il consenso della Dieta imperiale o, in caso di necessità e di urgenza, di un Comitato permanente che rappresenta la Dieta; secondariamente è solo con il consenso dei ministri di Stato che l'imperatore può adempiere ai suoi uffici, anche per quanto riguarda la guida del popolo e infine* [si prevede] *che i ministri di Stato e il Gabinetto di cui essi fanno parte non possono rimanere in carica senza la fiducia e il sostegno della Camera dei Rappresentanti. Sotto la vigenza della Costituzione così emendata, il potere sovrano dell'Imperatore sarà esercitato attraverso la Dieta imperiale per quanto concerne il campo della legislazione; attraverso il Gabinetto, il quale si basa esclusivamente sulla Dieta, nel campo della pubblica amministrazione; attraverso le Corti indipendenti di Giustizia nella sfera giudiziaria*». In questo modo il governo giapponese era profondamente convinto di rifarsi al modello anglosassone, che veniva espressamente citato nel memorandum, ma lo SCAP ritenne del tutto insufficiente la proposta emendativa presentata e decise a sua volta di elaborare un proprio progetto costituzionale. Non è un caso che spesso la nuova Costituzione giapponese sia stata definita «*Mac Arthur's Japanese Constitution*», proprio per sottolineare che questa fu elaborata dalle Autorità americane e consegnata al Governo giapponese affinché venisse presentata alla Dieta come proposta emendativa alla Costituzione imperiale del 1889, utilizzando proprio la sua modalità di revisione[43].

Infatti in poco meno di due settimane, lo staff del generale Mac Arthur predispose una bozza completa di costituzione che fu presentata il 13 febbraio 1946 al governo giapponese che la rese pubblica nell'aprile successivo quasi in concomitanza con le prime elezioni post belliche della Dieta.

La proposta di MacArthur, che proponeva un parlamento monocamerale, fu cambiata per le insistenze dei giapponesi che volevano un parlamento bicamerale con entrambe le camere elette direttamente dal popolo. Nella maggior parte degli altri aspetti importanti, tuttavia, le idee del documento presentato il 13 febbraio furono adottate dal governo giapponese nel preparare la sua proposta del 6 marzo 1946. Questa includeva le caratteristic-

[42] Relazione illustrativa del progetto di revisione costituzionale, elaborato dal Governo giapponese https://www.ndl.go.jp/constitution/e/shiryo/03/074b_e/074b_etx.html#t001

[43] K. Inoue, *Macarthur's Japanese Constitution: A Linguistic and Cultural Study of Its Making*, University of Chicago, 1991.

he più peculiari della costituzione: il ruolo simbolico dell'Imperatore, l'importanza della garanzia dei diritti civili e umani e la rinuncia alla guerra.
Fu deciso che l'adozione del nuovo documento sarebbe stata attuata in accordo con la Costituzione Meiji in modo da mantenere la continuità legale. Per questo motivo, la costituzione del 1946 fu adottata con un emendamento della Costituzione Meiji secondo quanto previsto dal suo articolo 73. La nuova costituzione fu dunque formalmente presentata dall'imperatore alla Dieta Imperiale il 20 giugno. La Costituzione fu presentata e votata come proposta di revisione della Costituzione Imperiale. La vecchia costituzione richiedeva che la proposta fosse approvata dai due terzi dei membri di ogni camera della Dieta per entrare in vigore. Dopo alcuni emendamenti da parte di entrambe le Camere, la Camera dei Pari approvò il documento il 6 ottobre 1946; fu adottato nello stesso testo dalla Camera dei Rappresentanti il giorno seguente, con soli cinque voti contrari, e divenne legge con l'assenso dell'imperatore, il 3 novembre. Secondo quanto stabilito dalla Costituzione stessa, entrò in vigore sei mesi dopo, il 3 maggio 1947.
Il primo capitolo della vigente Costituzione (artt. 1–8), dedicato all'Imperatore, è quello su cui si è concentrata maggiormente l'attenzione del legislatore costituente perché ha inciso profondamente nella percezione dell'istituzione imperiale da parte del popolo. L'articolo 1 della Costituzione vigente ha infatti una portata rivoluzionaria dal momento che si pone in netta antitesi con la concezione giuridica del Tennō che era emersa a partire dal Rinnovamento Meiji del 1868, in quanto afferma solennemente che «*Il Tennō è il simbolo dello Stato e dell'unità del popolo; egli deriva le sue funzioni dalla volontà del popolo, in cui risiede il potere sovrano*».
Non è pertanto un Capo dello Stato.
Essendo un «simbolo»[44] e non Capo dello stato, la dottrina è arrivata a definire il Giappone come «*una monarchia simbolica basata sul principio democratico*»[45]. Un giurista contemporaneo, Hiroaki Kawabata, ha aggiunto un ulteriore aggettivo per contraddistinguerla più efficacemente: «*depoliticizzata*»[46]. Questo termine rende meglio di tutti l'essenza peculiare dell'esperienza giapponese, tale da renderla unica[47].
Parlando di «*monarchia depoliticizzata*», si fa capire che il Tennō non svolge una funzione di garanzia e di «valvola di sfogo» dell'ordinamento costituzionale, a differenza di altri sovrani. Questo non significa però che egli è inutile: egli è il simbolo, il punto di riferimento dei giapponesi anche se non ha poteri. È un concetto che gli occidentali hanno difficoltà a comprendere perché mentalmente non si riesce a capire come sia possibile che chi in astratto ha il potere, non solo non lo eserciti ma neppure voglia agire in tal senso[48].

[44] D. Titus, *The making of the «Symbol Emperor System» in postwar Japan*, in *Modern Asian Studies*, 1980, pp. 529-574.
[45] S.R. Artacho, *La Monarquia japonesa*, Centro de estudos politicos, Madrid, 2001, pp. 570- 572.
[46] H. Kawabata, *The empire of the Rising sun and the empire on which the sun never sets: Spain and Japan, four centuries of relations*, Bensei, Tokyo, 2016.
[47] M.Del Bene, T*radizione e modernità del sistema imperiale nel Giappone contemporaneo*, in *Avallon*, 2004, pp. 79-95.
[48] D.A. Titus, *The Making of the 'Symbol Emperor System' in Postwar Japan*, in *Modern Asian Studies*, 1980, pp. 529-578.

L'esperienza storica ha dimostrato che, pur privo di poteri formali, nella ricostruzione del Giappone e nell'ancoraggio dello stesso agli Stati Uniti durante la Guerra Fredda, l'Imperatore Hirohito ha giocato un ruolo molto importante.
Nel Giappone post bellico, era infatti utile per gli Americani che il Tennō «incoraggiasse» il popolo a collaborare con loro e a ricostruire: tuttavia, decisero di attribuirgli un ruolo di mero simbolo e quindi con poteri ancor più limitati rispetto al monarca britannico solo per ragioni contingenti.
Nella loro decisione, secondo quanto riportato dagli stessi a posteriori dai giuristi dello SCAP («*Supreme Commander of Allied Powers*»), influì il ruolo di Re Giorgio VI nel 1938: questi, su suggerimento dell'allora premier Arthur Neville Chamberlain (1869-1940), si affacciò al balcone di Buckingham Palace per salutare l'avvenuta sottoscrizione del Patto di Monaco con cui l'Inghilterra e la Francia avevano di fatto permesso ad Hitler di smembrare la Cecoslovacchia e di assegnare al Reich la regione dei Sudeti.
Nei giuristi americani addetti allo SCAP, si temeva che in futuro il Tennō potesse ancora essere sfruttato come immagine dal governo di turno per avallare la propria politica: del resto – questa era l'opinione corrente – ciò era avvenuto proprio in Giappone durante la Seconda Guerra Mondiale. Per questo i giuristi americani decisero di limitarne il ruolo al compimento solo degli «atti di Stato», espressamente previsti dalla Costituzione: in questo modo, sarebbe stato solo un simbolo, politicamente non influenzabile[49].
Kenneth Ruoff, uno dei principali storici anglosassoni sul sistema imperiale giapponese del dopoguerra, ha però messo in evidenza che il Tennō si è sempre occupato di politica, anche sotto l'attuale Costituzione, seppur nel rispetto rigoroso del proprio ruolo. Egli sostiene che Hirohito, durante tutto il suo regno (1926-1989), e quindi non solo fino al 1945, si è sempre considerato come un monarca le cui opinioni politiche erano importanti. Più volte durante il suo regno, si è ispirato all'esperienza britannica dove la Regina, pur essendo sicuramente percepita come un simbolo della più antica tradizione britannica, svolge comunque un ruolo attivo di garanzia istituzionale, senza per questo esorbitare dalle proprie prerogative, invadendo l'ambito del *Cabinet*[50].
Soprattutto negli anni immediatamente susseguenti all'entrata in vigore della nuova Costituzione, la stessa dottrina riteneva che il Tennō fosse qualcosa di più che un semplice simbolo (*tan ni socho ni suginai*): i giuristi volevano trovare un fondamento di legittimità alla quotidiana attività istituzionale dell'imperatore affinché non venisse accusato di aver esorbitato dalle proprie prerogative.
Alla fine degli anni Quaranta e nel decennio successivo, c'era un certo attivismo intorno al Tennō perché le Autorità americane consideravano indispensabile la sua presenza fisica nelle varie province del Giappone perché tramite i suoi gesti, le sue parole, la sua vicinanza materiale, Hirohito esortava il popolo sulla via della ricostruzione economica. In questo

[49] K. J. Ruoff, *The People's Emperor. Democracy and the japanese Monarchy, 1945-1995*, Harvard University Center, Harvard, 2001.
[50] S. Large, *Emperor Hirohito and Shōwa Japan: A Political Biography*, Nissan Institute Japanese Studies, Routledge, Londra, 1994.

senso, egli interpretò in modo molto attivo la sua funzione di simbolo dell'unità del popolo.

Come ha notato sempre Kenneth Ruoff, Hirohito fu sovrano per venti anni prima di divenire un mero simbolo ed è quindi comprensibile che nella sua agenda quotidiana la politica avesse un ruolo di rilievo: psicologicamente doveva essere per lui difficile passare da un ruolo in cui era il Capo dello Stato e in tale veste si informava di tutti gli affari correnti, civili e militari, a una funzione prettamente ed esclusivamente cerimoniale. Un altro suo biografo, Stephen Large, mette in evidenza che Hirohito, anche più di suo padre e di suo nonno, mostrò sempre un significativo interesse verso la vita pubblica, anche se dopo la guerra rafforzò i suoi studi e i suoi interessi verso le scienze marine, cercando di dare di sé una immagine di studioso.

Merita poi rilevare che con Hirohito si è instaurata una prassi di carattere costituzionale che è proseguita anche con i suoi successori: il valore altamente simbolico delle allocuzioni imperiali alla Dieta nazionale in occasione dell'apertura di ciascuna sessione.

Dal punto di vista costituzionale occorre ricordare la prima allocuzione che Akihito, Imperatore dal 1989 al 2019, pronunciò alla Dieta, il mese successivo alla sua salita al Trono. In quella occasione non fece alcun riferimento né alla memoria del padre né al suo nuovo ruolo ma si limitò ad affermare: «*Il nostro Paese ha superato numerose difficoltà, ha consolidato la stabilità e la prosperità del popolo, grazie alla sua capacità di giudizio e ai suoi sforzi; si è guadagnato un posto d'onore come nazione pacifica all'interno della comunità internazionale. Considerando i profondi cambiamenti che si stanno vivendo sia in campo internazionale che interno, si spera che il nostro Paese realizzi continui sforzi per migliorare il benessere della gente e apportare un contributo maggiore come nazione che aspira alla pace, alla prosperità del mondo e che ama la natura e la cultura*»[51].

Da quanto detto, è evidente che le allocuzioni imperiali alla Dieta sono molto simili ai discorsi che normalmente i sovrani continentali europei fanno in analoghe circostanze, mentre sono nettamente diverse dai Discorsi della Corona dei monarchi britannici che invece illustrano le linee politiche del Governo in carica, essendo gli stessi discorsi predisposti dallo stesso Cabinet e dalla Regina meramente letti. Le allocuzioni imperiali toccano temi di alto valore simbolico, sono generalmente condivisibili da tutta l'assise parlamentare e solo raramente hanno dato luogo a larvate polemiche[52]. In tutto questo vi è quindi una profonda differenza con l'esperienza britannica: infatti uno degli appuntamenti più importanti della vita costituzionale inglese è proprio la cerimonia del "King's Speech", con tutti i suoi rituali risalenti e sempre uguali a sé stessi, mentre il contenuto del discorso viene stabilito dal primo ministro e il sovrano è "costretto" a leggerlo parola per parola, perfino se intimamente in disaccordo. Forme rituali e sostanza politica, chiavi di lettura di

[51] Bollettino della Camera dei Consiglieri n. 14 del 10 febbraio 1989.

[52] Nel 1952 l'opposizione socialista criticò il Tennō per aver difeso la sottoscrizione del Trattato di pace di San Francisco con cui gli Usa e il Giappone riprendevano i rapporti diplomatici in condizione di pari sovranità; nel 1969 la sua neutralità politica venne messa in dubbio perché disse: «*non posso nascondere la mia felicità perché sembra che stia per realizzare il ritorno di Okinawa* [sotto la sovranità del Giappone], *che lo desidera tutto il popolo giapponese*». Per maggiori informazioni sui discorsi alla Dieta del Tennō si rinvia a S. R. Artacho, *La Monarquia japonesa*, op. cit., pp. 329-343.

equilibri delicati ma consolidati che il re è chiamato non solo a rispettare ma ad incarnare nella sua persona e nella sua Corona[53].

Negli ultimi decenni, ormai è pacifico che l'Imperatore[54] – al pari del sovrano inglese – svolga un ruolo cerimoniale attivo, soprattutto nelle relazioni internazionali e sia considerato sostanzialmente un capo dello stato, anche se non gli è riconosciuto, né a livello formale né di prassi costituzionale, un potere paragonabile a quello dei re nei regimi parlamentari: non gli si può, ad esempio, applicare la celebre massima di Walter Bagehot (1826-1877) secondo cui «*il sovrano in una monarchia costituzionale ha solo tre diritti: quello di essere consultato, quello di essere ascoltato e quello di mettere in guardia*»[55]. Basti pensare che l'Imperatore non nomina il Primo ministro eletto dalla Dieta ma attesta l'avvenuta nomina[56].

Negli ultimi anni si è discusso della possibilità di consentire la successione al Trono anche alle principesse imperiali ma la questione è ancora aperta e di difficile soluzione[57]. Il tema è sempre acceso così come le questioni relative alla successione al Trono: nell'aprile 2024 il Partito liberaldemocratico, che da sempre guida il Giappone, ha elaborato un documento ove rivendica il principio della linea ininterrotta di imperatori che discendono direttamente dalla Dea del Sole e questo ha riaperto un dibattito storico politico molto acceso[58].

6. Ulteriori influssi del modello britannico sulla costituzione del 1947

Sarebbe altamente riduttivo ritenere che l'esperienza britannica sulla costituzione giapponese attuale si riverberi esclusivamente sulla figura del sovrano.

L'influenza del costituzionalismo britannico sulla Costituzione del Giappone del 1947 è sicuramente meno diretta rispetto a quella esercitata durante il periodo Meiji, ma rimane comunque significativa nel contesto della trasformazione del Giappone in una democrazia parlamentare moderna.

A differenza del Regno Unito, che non ha una costituzione scritta e si basa su leggi e convenzioni che possono essere modificate, la Costituzione giapponese è una costituzione talmente rigida, che richiede un processo complesso per essere emendata a causa del quale non ha mai subito modifiche. Questo riflette un'influenza più forte del costituzionalismo statunitense, ma il concetto di supremazia della legge e del diritto scritto è comunque in linea con il modello britannico.

Le Autorità americane non potevano del resto imporre al Giappone una forma di governo analoga a quella statunitense per l'ovvia considerazione dei forti poteri che deteneva il

[53] C. Martinelli, *God save the King: la Monarchia britannica dal secondo al terzo millennio*, DPCE Online, [S.l.], v. 53, n. 3, sep. 2022.
[54] D. De Palma, *La famiglia imperiale Heisei – Evoluzione, sentimenti popolari e prospettive future,* in *Atti del XXIX Convegno Aistugia*, Venezia, 2006, pp. 165-181.
[55] W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, (a cur.) A. Pastorino, Collezione di testi e di studi, Il Mulino, Bologna, 1995; E. Fischel, *Storia della Costituzione inglese*, volume primo, Milano, 1866, p. 101.
[56] Per un'analisi della Costituzione giapponese si rinvia a S.Matsui, *The Constitution of Japan: a contextual analysis*, Hart Publishing, Londra, 2010.
[57] G. Mannocci, *Abdicazione e successione femminile: Il Giappone si interroga a settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione democratica,* in *Ianus – Rivista di studi giuridici*, Università di Siena, nn. 15-16/2017, pp. 373-404.
[58] K. Hideya, *Can "Stable Imperial Succession" Be Realized?,* in Discuss Japan, Tokyo, ott. 2024.

Capo dello Stato e quindi fu naturale per la sezione giuridica dello SCAP prendere spunto dal modello Westminster per il loro progetto che divenne poi la Costituzione del Giappone.

Per quanto concerne la forma di governo, in Giappone, al pari dell'esperienza inglese, assistiamo ad una prevalenza della Camera Bassa. Infatti, la Camera dei rappresentanti ha un ruolo costituzionale più forte rispetto alla Camera dei Consiglieri, svolgendo diverse funzioni chiave che riguardano la legislazione, il controllo dell'esecutivo e altre importanti responsabilità. Sono quindi forti le analogie con la Camera dei Comuni.

Anche se l'iniziativa legislativa è riconosciuta ad entrambe le Camere che compongono la Dieta Nazionale, la Camera dei Rappresentanti ha un ruolo predominante nel processo legislativo: Può superare il veto della Camera dei Consiglieri su proposte di legge con una maggioranza qualificata, ed è responsabile dell'approvazione finale del bilancio e della nomina del Primo Ministro. Inoltre la Camera dei Rappresentanti ha il potere di esprimere la fiducia o la sfiducia nei confronti del governo. Se la Camera vota una mozione di sfiducia, il governo deve dimettersi o chiedere lo scioglimento della Camera e nuove elezioni.

Anche se a livello costituzionale l'influsso inglese è innegabile e sia il Giappone che il Regno Unito abbiano una forma di governo incentrata sul ruolo del primo ministro, le divergenze non mancano e dipendono sia dal differente sistema elettorale adottato che dal sistema politico e partitico[59]. Quanto al primo aspetto, il sistema elettorale giapponese è un sistema misto, combinando due metodi di elezione: un prevalente sistema uninominale maggioritario che favorisce i partiti più grandi e candidati con un forte radicamento locale, ma può portare a una disparità tra il numero di voti ricevuti e il numero di seggi ottenuti a livello nazionale; un restante sistema proporzionale al fine di garantire una rappresentanza parlamentare anche alle formazioni politiche minori.

Una delle critiche più frequenti al sistema elettorale giapponese è la disuguaglianza nel valore del voto, dove il peso del voto di un elettore in una zona rurale può essere significativamente maggiore rispetto a quello di un elettore in una grande area urbana. Proprio per questo motivo, la Corte Suprema del Giappone ha emesso diverse sentenze nel corso degli anni, dichiarando che tali disuguaglianze sono incostituzionali e richiedendo al governo di apportare modifiche per ridurre la disomogeneità tra aree rurali e aree, più limitate ma densamente popolate. Nel Regno Unito si assiste invece ad una modifica dei collegi elettorali molto frequente e basata su criteri oggettivi.

Un altro aspetto di divergenza riguarda il ruolo del Primo ministro che non ha la stessa forza di quello inglese, fosse altro perché i governi sono sempre di coalizione (Partito liberaldemocratico e New Komeito), tranne rarissime eccezioni. Il Primo Ministro giapponese, sebbene eserciti una significativa leadership, resta comunque legato e fortemente influenzato politicamente dalle dinamiche interne del suo partito.

[59] C. Fusaro, T. Takahashi, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee: il caso del Giappone*, in A. DI GIOVINE, A. MASTROMARINO, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee,* Torino, Giappichelli, 2007, pp. 287-312.

Ne consegue che il sistema britannico tende a conferire un potere esecutivo più centralizzato e diretto al Primo Ministro, mentre il sistema giapponese può comportare una maggiore influenza dei gruppi di pressione politici e una maggiore complessità nelle dinamiche di partito e parlamentari.

7. Conclusioni

Il modello Westminster ha avuto un'influenza significativa nel corso degli ultimi due secoli sulla storia costituzionale giapponese e in particolare sulla forma di governo e sulla concezione dei diritti inviolabili della persona.

Si tratta di un aspetto che è rimasto in secondo piano nel dibattito giuridico perché è sempre invalsa l'opinione comune che la Costituzione imperiale del 1889 non fosse altro che una versione, lievemente modificata, della Costituzione imperiale tedesca del 1871, mentre la vigente Costituzione democratica fosse solo una diretta ed esclusiva emanazione della volontà egemonica degli Stati Uniti, usciti vittoriosi dal secondo conflitto mondiale.

La realtà è invece molto più complessa perché sia i giuristi che la classe politica giapponese hanno sempre guardato con interesse al modello inglese, seppur per motivazioni che sono cambiate nel corso del tempo. Fino al 1945, il modello Westminster era interessante per i giapponesi per delineare la natura giuridica delle prerogative dell'imperatore e individuare gli elementi di similitudine con il sovrano inglese; dopo il 1945 lo stesso modello rimane un punto di riferimento per il sistema dei diritti e dei valori che esso rappresenta e in misura molto minore sulla forma di governo.

Indipendentemente dai redattori materiali e dal dibattito sulla originalità o meno della Costituzione del 1946-47, è indubbio che questa delinea chiaramente un sistema politico e giuridico che combina elementi della tradizione giapponese con i principi democratici moderni e con i valori che affondano le loro radici più profonde nel Bill of Rights.

Come già accennato in precedenza, la stessa attuale forma di governo giapponese presenta delle significative similitudini con l'esperienza inglese. È soprattutto il ruolo del primo ministro all'interno del governo che presenta delle forti analogie che sono però mitigate dal fatto che i sistemi politici e partitici sono molto diversi: mentre nel Regno Unito si assiste ad una alternanza (almeno fino ad oggi) tra il Partito Conservatore e quello laburista; in Giappone dal 1955 ha sempre governato – tranne due limitate eccezioni – il Partito liberaldemocratico, con il supporto di un partito minoritario di ispirazione buddhista.

La Costituzione del 1947[60] – che non è mai stata soggetta a revisione in oltre 75 anni[61] – incorpora anche principi che la distinguono però dal modello britannico, come l'articolo 9, che ripudia la guerra, e una dichiarazione forte sui diritti umani, riflettendo l'influenza americana e le esperienze storiche uniche del Giappone. Inoltre, il sistema giudiziario

[60] J. Ashida, T. Takahashi, Diritto costituzionale, in AAVV. *Introduzione al Diritto giapponese*, op. cit., pp. 19-30.
[61] G.F. Colombo; S. Donati, *La proposta di riforma della Costituzione giapponese. Tentazioni nazionalistiche o ricerca dell'identità?* in DPCE ONLINE, vol. 33, pp. 831-843.

giapponese, pur ispirandosi al modello britannico, ha sviluppato caratteristiche proprie, in particolare una Corte Suprema con poteri di revisione costituzionale[62].
In conclusione, il modello Westminster ha fornito una base strutturale per il sistema politico giapponese, contribuendo a stabilire una democrazia parlamentare stabile e funzionante. Tuttavia, la Costituzione del Giappone non è una mera copia del sistema britannico o di quello americano, ma un documento che integra influenze diverse, adattandole alla storia, cultura e necessità del Giappone del dopoguerra. Questa sintesi unica ha permesso al Giappone di sviluppare un proprio sistema politico che, pur rispettando la tradizione, si è dimostrato capace di affrontare le sfide della modernità.

[62] K. Takami, *From Divine legitimacy to the Myth of Consensus: The Emperor system and Popular Sovereignty*, University of Tokyo Press, Tokyo, 2001.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-G8E

Osservatorio irlandese

Le sfide della digitalizzazione nella Repubblica d'Irlanda

Domenico Gabriele Nuzzolese
Dottorando di Ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Le sfide della digitalizzazione nella Repubblica d'Irlanda**

di Domenico Gabriele Nuzzolese*

Abstract (Ita): Il presente contributo esamina il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione irlandese attraverso il prisma dei principi costituzionali e dell'innovazione tecnologica.L'analisi si concentra sulle strategie Harnessing Digital - The Digital Ireland Framework e Connecting Government 2030, che delineano un modello di governance digitale volto all'efficientamento dei servizi pubblici e all'inclusione sociale. Emerge come l'Irlanda promuova parallelamente l'alfabetizzazione digitale sia dei cittadini sia del personale amministrativo. Lo studio approfondisce inoltre la dimensione costituzionale della trasformazione digitale, esaminando il bilanciamento tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali, con particolare attenzione al principio di uguaglianza sostanziale e al diritto all'istruzione nell'era digitale.

Abstract (Eng): This paper examines the digitalization process of Irish public administration through the lens of constitutional principles and technological innovation. The analysis focuses on the strategies Harnessing Digital - The Digital Ireland Frameworkand Connecting Government 2030, which outline a digital governance model aimed at improving public services efficiency and social inclusion. It emerges that Ireland simultaneously promotes digital literacy for both citizens and administrative personnel. The study further explores the constitutional dimension of digital transformation, examining the balance between technological innovation and the protection of fundamental rights, with particular attention to the principle of substantive equality and the right to education in the digital era.

Parole chiave: Governo Digitale; Innovazione Amministrativa; Divario Digitale

Keywords: Digital Government; Administrative Innovation; Digital Divide

Sommario: 1. Premesse generali; 2. Dall' E-Government all'Open Government; 3. La situazione nella Repubblica d'Irlanda; 4. Riflessioni finali

1. Premesse generali

L'avvento di Internet[1] rappresenta una delle trasformazioni più profonde della storia contemporanea, influenzando in maniera capillare il modo in cui le persone vivono, lavorano e interagiscono.

La Rete, infatti, non è soltanto un mezzo di comunicazione, ma rappresenta un'infrastruttura essenziale per la società moderna, abbattendo le barriere geografiche e consentendo un accesso immediato e globale alle informazioni.

** Contributo sottoposto a double blind review.

* Dottorando di Ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] Per un approfondimento sull'evoluzione della Rete Internet, nonché quindi sull'architettura e la finalità della Rete cfr. A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 21 ss.; nonché si rimanda agli studi di R.G. Rodio, *Diritto e informatica*, Lecce, Milella, 1988; P. Costanzo, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Dir. informazione e informatica*, 1996, pp. 831 ss.; Id., *Profili costituzionali delle telecomunicazion*i, in F. Bonelli, S. Cassese (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Padova, Cedam, 1999, pp. 347 ss.; Id., voce *Internet (Diritto pubblico)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Aggiornamento, Torino, UTET, 2000, pp. 347 ss.; P. Costanzo, *Profili costituzionali di internet*, in E. Tosi (a cura di), *Diritto di internet e dell'e-business*, 3a ed., Milano, Giuffrè, 2003, tomo I, pp. 53 ss.

Questo cambiamento ha altresì rivoluzionato anche le modalità di esercizio dei diritti fondamentali, come la libertà di espressione, il diritto all'informazione[2], nonché la partecipazione politica.
Conseguentemente alla nascita, ma soprattutto a seguito dell'evoluzione della Rete Internet, si è sentita, tra le altre, l'esigenza di provvedere ad un adeguamento della pubblica amministrazione e pertanto al rapporto instaurando tra cittadino e Istituzioni. Di conseguenza, la digitalizzazione degli enti pubblici è un obiettivo essenziale per far sì che il modo in cui lo Stato operi sia al passo coi tempi.
Queste Istituzioni, che spesso sono ancora legate a metodi di lavoro tradizionali e "analogici", devono necessariamente modernizzarsi per due ordini di ragioni: per continuare a essere efficaci nel loro ruolo e per offrire ai cittadini servizi più trasparenti e di migliore qualità.
La digitalizzazione, spesso definita come la quarta rivoluzione industriale[3], può migliorare l'efficienza amministrativa, facilitare l'accesso ai servizi pubblici e rafforzare la partecipazione democratica, creando nuovi canali di dialogo tra lo Stato e la società civile.
Ed ancora, la trasformazione digitale rappresenta un presupposto determinante per il rinnovamento della democrazia costituzionale, superando il mero aspetto tecnologico. Infatti, l'implementazione delle tecnologie digitali nella pubblica amministrazione persegue due finalità principali: garantire una maggiore equità nell'accesso ai servizi pubblici e promuovere una cittadinanza più partecipativa. Questo processo di innovazione costituisce dunque uno strumento chiave per modernizzare e rafforzare i principi democratici, facilitando una più efficace partecipazione dei cittadini alla vita pubblica.
In questo senso, la digitalizzazione delle Istituzioni pubbliche rappresenta non solo una sfida, ma anche una straordinaria opportunità per realizzare una *governance* più giusta e inclusiva.
In tale contesto, garantire l'accesso universale a Internet si configura come una necessità fondamentale. Tale accesso non può essere considerato un privilegio riservato a determinate fasce della popolazione, ma deve essere riconosciuto e tutelato come diritto fondamentale per prevenire l'emergere di nuove forme di disuguaglianza sociale.

[2] Si rinvia tra i tanti a P. Costanzo, *Le nuove forme di comunicazione in rete: Internet*, in R. Zaccaria (a cura di), *Informazione e telecomunicazioni*, in *"Trattato di diritto amministrativo" a cura di Santaniello*, vol. XXVIII, 1999, p. 323; G. Pitruzzella, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Media Laws*, n. 1, 2018; M. Viggiano, *Internet. Informazione, regole e valori costituzionali*, Napoli, Jovene, 2010.
[3] L'analisi del panorama contemporaneo rivela come la quarta rivoluzione industriale sia caratterizzata dalla convergenza degli ambiti fisico, digitale e biologico. Questa integrazione è facilitata dall'adozione di tecnologie avanzate come l'intelligenza artificiale, il cloud computing, la blockchain, la robotica, l'Internet of Things (IoT), l'ingegneria genetica, le neurotecnologie e i sistemi di guida autonoma. Il concetto di Industria 4.0, introdotto dal governo tedesco alla Fiera di Hannover nel 2011, rappresenta l'emblema di questa trasformazione tecnologica. Come le precedenti rivoluzioni industriali, l'attuale fase è contraddistinta da specifiche tecnologie abilitanti che influenzano non solo la produzione industriale, ma l'intero sistema socioeconomico. La caratteristica distintiva di questa fase storica è il ruolo centrale dell'elaborazione dati e la diffusione capillare delle tecnologie digitali nei processi produttivi. Questo fenomeno sta ridefinendo sia l'organizzazione del lavoro, con una crescente integrazione tra settore manifatturiero e servizi, sia il tessuto sociale, come evidenziato dallo sviluppo delle smart city. Questa trasformazione presenta significative opportunità e sfide, con implicazioni rilevanti per diversi attori sociali, tra cui le istituzioni governative, il settore imprenditoriale e la società civile. Sul punto cfr. K. Schwab, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, Franco Angeli, 2016; Id., *Governare la quarta rivoluzione*, Milano, Franco Angeli, 2019.

L'esclusione dall'ecosistema digitale rischia di aggravare le disparità socioeconomiche preesistenti, creando ulteriori barriere tra coloro che hanno accesso a risorse e informazioni e coloro che ne sono esclusi.
Il fenomeno del *digital divide* assume particolare rilevanza poiché non si limita alla mera disponibilità di infrastrutture tecnologiche, ma enuclea anche l'acquisizione delle competenze necessarie per un utilizzo efficace degli strumenti digitali. Questa duplice dimensione (accesso infrastrutturale e competenze digitali) rende il *digital divide* una questione centrale nel dibattito sulla giustizia sociale e l'inclusione nella società contemporanea.
Nell'era del *Digito ergo sum*[4] la privazione dell'accesso ad Internet conduce ad una inevitabile esclusione sociale e in una società inclusiva non si può non valorizzare l'accesso alle nuove tecnologie[5], considerato un vero e proprio diritto sociale, "una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche"[6].
Pertanto, la digitalizzazione della pubblica amministrazione presenta al contempo opportunità e rischi. Se non adeguatamente gestita con un impegno strutturato da parte dello Stato, questa trasformazione potrebbe generare effetti controproducenti per la comunità. E infatti, mentre da un lato offre la possibilità di innovare i servizi pubblici e rafforzare il rapporto Stato-cittadino, dall'altro rischia di accentuare il divario digitale esistente tra chi possiede competenze e strumenti tecnologici e chi ne è privo. L'esperienza internazionale conferma questa criticità: nonostante numerosi Paesi abbiano avviato ambiziosi programmi di digitalizzazione delle istituzioni pubbliche, i risultati ottenuti sono stati spesso limitati.
Ma ci sono delle eccezioni.
Il presente studio analizza le innovazioni nella digitalizzazione dei servizi pubblici in Irlanda, Paese che emerge nel contesto europeo per il suo approccio all'avanguardia nella trasformazione digitale e nella garanzia dell'accesso universale alla rete.
La Repubblica d'Irlanda ha implementato una serie di iniziative strategiche con un duplice obiettivo: eliminare le barriere digitali esistenti e promuovere una trasformazione digitale complessiva dell'apparato statale. Questo processo di modernizzazione rappresenta un caso significativo di come un Paese europeo stia affrontando, nonostante alcune difficoltà, la sfida della transizione digitale.

2. Dall' E-Government all'Open Government

L'*E-Government* rappresenta un fenomeno giuridico complesso che attraversa diverse aree del diritto. La sua rilevanza, infatti, si estende dal diritto pubblico, costituzionale e amministrativo fino al diritto del lavoro, privato e commerciale. Questa ampia portata riflette la capacità della digitalizzazione amministrativa di influenzare e modificare molteplici aspetti dell'ordinamento giuridico, generando interconnessioni significative tra i diversi settori

[4] Cfr. T.E. Frosini, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, pp. 8 ss.
[5] P. Passaglia, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Media Laws*, 2021, p. 1.
[6] Cfr. *ex multis* G. De Minico, *Uguaglianza e accesso a Internet*, in *forumcostituzionale.it*, n. 3, 2013; T.E. Frosini, *op. cit.*, pp. 8 ss.; G. D'Ippolito, *Il diritto di accesso ad Internet in Italia: dal 21 (-bis) al 34-bis*, in *Media Laws*, n. 1, 2021, pp. 84 ss. che riprende S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 131, che parla di Internet come un «*common*», uno spazio comune dove dev'essere respinta ogni forma di diseguaglianza digitale, controllo esterno, censura.

del diritto[7].
L'analisi del fenomeno dell'*E-Government*, secondo la concezione cristallizzata in sede europea[8], si caratterizza per una peculiare complessità definitoria.
Il paradigma concettuale elaborato dalle istituzioni dell'Unione configura tale fenomeno quale integrazione sinergica tra l'implementazione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nell'ambito della pubblica amministrazione, l'evoluzione degli assetti organizzativi e l'acquisizione di competenze innovative.
Tale triangolazione si pone quale strumentazione finalizzata all'ottimizzazione dei servizi pubblici, al consolidamento dei processi democratici e al potenziamento delle politiche pubbliche.
Sotto il profilo dogmatico, l'*E-Government* si qualifica come un processo di ridefinizione delle dinamiche relazionali, sia endogene che esogene, della pubblica amministrazione.
Tale processo trova nella digitalizzazione il proprio catalizzatore, mirando ad una triplice finalità: l'efficientamento nell'erogazione dei servizi, il potenziamento della partecipazione degli *stakeholders* (cittadini e imprese) e l'ottimizzazione della *governance* amministrativa.
La letteratura scientifica in materia ha evidenziato, sin dalle prime elaborazioni dottrinali, come tale fenomeno sia portatore di potenzialità trasformative di particolare rilevanza.
Queste investono non solo il piano delle relazioni tra pubblica amministrazione e consociati, ma anche i rapporti interamministrativi, che incidono in maniera determinante sulla disciplina giuridica di tali relazioni e sulla configurazione delle posizioni giuridiche soggettive, tanto attive quanto passive, che da esse promanano[9].
Negli anni, però, si è rilevato che il semplice accesso alle informazioni digitalizzate non è sufficiente a garantire una reale partecipazione e una collaborazione efficace tra cittadini e amministrazioni.

[7] Cfr. R.G. Rodio, *Diritti fondamentali e tecnologie informatiche: i profili problematici dell'egovernment*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 2, 2016, pp. 251 ss.
[8] Comunicazione del 26 settembre 2003 della Commissione per "Il ruolo dell'eGovernment per il futuro dell'Europa" (Com (2003) 567), il cui testo espressamente individua l'eGovernment come «*The use of Information Communication Technologies in public administration combined with organizational change and new skills in order to improve public services and democratic processes*».
[9] L. Tivelli, *Verso una nuova amministrazione: un passaggio complesso*, Roma, Fazi Editore, 2004, p. 201. Sul punto si sofferma anche P. Minardi, *Nel cambiamento. Scenari, temi e percorsi delle organizzazioni pubbliche che cambiano*, Potenza, EditricErmes, 2005, pp. 41-42. Bisogna anche rilevare che la dottrina ha ricostruito in maniera sempre diversa tale termine, sul punto si rimanda a L. Torres, V. Pina, S. Royo, *E-Government and the transformation of public administration in EU countries: Beyond NPM or just a second wave of reforms?*, in *Online Information Review*, 2005, pp. 531 ss.; C.B. Stahl, *The ethical problem of framing e-government in terms of e-commerce*, in *The Electronic Journal of E-Government*, 2005, pp. 77 ss.; D.F. Norris, M.J. Moon, *Advancing e-government at the grassroots: Tortoise or hare?*, in *Public Administration Review*, 2005, pp. 64 ss.; S. Dawes, *The evolution and continuing challenges of e-governance*, in *Public Administration Review*, 2008, pp. 86 ss; M.J. Moon, J. Lee, C.Y. Roh, *The evolution of internal IT applications and e-government studies in public administration: Research themes and methods*, in *Administration & Society*, 2014, p. 3 ss.

Risulta invece necessario disciplinare in modo adeguato l'apertura e il riutilizzo delle informazioni pubbliche[10].
È pertanto essenziale che le amministrazioni pubbliche comprendano e valorizzino il principio dell'accesso libero ai dati e ai documenti amministrativi, comunemente definito come *open data*[11].
Un contenuto, un'informazione o un dato può essere considerato aperto quando chiunque abbia la possibilità di utilizzarlo, riutilizzarlo e redistribuirlo liberamente per qualsiasi fine, senza limiti legali, tecnologici o sociali, salvo l'obbligo di garantirne l'origine e la trasparenza.
Questo comporta che il vasto patrimonio di dati pubblici disponibile potrà esprimere pienamente il suo potenziale solo se offerto in formato aperto per tutte le amministrazioni. Solo in questo modo è possibile rielaborare informazioni utili e riutilizzarle per creare servizi innovativi e su misura delle esigenze effettive dei cittadini, permettendo, al contempo, la piena realizzazione del principio di trasparenza nell'operato della Pubblica Amministrazione.
Ed infatti, proprio l'*open government* saluta con successo l'innovazione e l'espansione dei *big data* e degli algoritmi, poiché per via dell'enorme numero di dati presenti è possibile permettere una migliore trasmissione di dati e documenti, nonché informazioni cruciali per garantire una migliore prestazione pubblica nei confronti del cittadino.
Nel contesto dell'analisi dei *Big Data*, il settore pubblico svolge un ruolo di primaria importanza, poiché le amministrazioni pubbliche dispongono di una quantità significativa di dati, appartenenti a categorie molto diverse tra loro[12].
Per tali ragioni, il processo di digitalizzazione del patrimonio informativo delle P.A. ha dato origine a sistemi di raccolta dati costantemente aggiornati, che includono volumi considerevoli di informazioni, tra cui dati personali, dati sensibili e informazioni di carattere generale.
Le amministrazioni pubbliche si presentano come attori principali nella produzione e gestione dei *Big Data*, ruolo che si pone in continuità storica con la tradizionale funzione

[10] Cfr. *ex multis*, C. Alberti, *E-society e riutilizzo dell'informazione nel settore pubblico. Disciplina comunitaria e riflessi nazionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5, 2005, pp. 1237-1274; B. Ponti, *Il riutilizzo di documenti del settore pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8, 2006, pp. 817 ss.; M. Alovisio, *Criticità Privacy nel riuso dei dati pubblici*, in *Informatica e diritto*, n. 1-2, 2011, pp. 45-64; M. Maggiolino, *Il riutilizzo dell'informazione detenuta dal settore pubblico: alcune riflessioni di politica e diritto della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2012, pp. 765-802; M. Ragone, *I dati aperti: l'innovazione a portata dei cittadini, pubblica amministrazione, imprese*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, n. 3, 2012, pp. 803-812; F. Costantino, voce *Open government*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, aggiornamento, 2015; F. Gaspari, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico*, Torino, Giappichelli, 2016; G. Carullo, *Big data e pubblica amministrazione nell'era delle banche dati interconnesse*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 181-204; F. Costantino, *Lampi. Nuove frontiere delle decisioni amministrative tra open e big data*, in *Diritto amministrativo*, n. 4, 2017, pp. 799-836.
[11] L'evoluzione della politica di *open data* nell'ambito della pubblica amministrazione trova un momento di svolta paradigmatica nell'esperienza statunitense del 2009, allorquando l'amministrazione Obama intraprese un'iniziativa di portata storica in materia di trasparenza amministrativa. Di precipuo rilievo risulta il memorandum presidenziale emanato all'atto dell'insediamento, mediante il quale venivano enucleati i principi cardine del nuovo corso amministrativo, imperniato sui concetti di trasparenza e *Open Government*. Il documento cristallizzava l'impegno dell'amministrazione verso un'inedita apertura istituzionale, finalizzata al duplice obiettivo di consolidare la fiducia della cittadinanza e strutturare un sistema amministrativo fondato sul trittico concettuale: trasparenza, partecipazione e collaborazione. Tale impostazione si configurava quale strumento di rafforzamento dei principi democratici e di ottimizzazione dell'apparato burocratico.
[12] G. Carullo, *op. cit.*, p. 182.

ale di raccolta e distribuzione delle informazioni.
Il patrimonio informativo pubblico, naturalmente esteso, si compone di una molteplicità di dati provenienti da diverse fonti: dalle informazioni fornite direttamente dai cittadini, ai dati generati internamente durante lo svolgimento delle attività amministrative, fino alle informazioni acquisite da altre amministrazioni e successivamente rese accessibili alla cittadinanza.
In un contesto sempre più digitalizzato, queste banche dati diventano interconnesse e interoperabili, assegnando alle amministrazioni la responsabilità di gestire, organizzare e trattare grandi volumi di dati.
Questo impone obblighi di protezione e utilizzo corretto delle informazioni in possesso, in grado di migliorare i servizi pubblici o, in casi estremi, mettere a rischio interessi pubblici e privati[13].
L'aspetto più innovativo è rappresentato dalla capacità delle amministrazioni di tradurre enormi quantità di dati in decisioni operative attraverso l'impiego di algoritmi, ridisegnando così il processo decisionale pubblico[14].
L'introduzione della *Big Data Analytics* ha apportato una rivoluzione nella gestione pubblica: l'utilizzo di algoritmi permette oggi di analizzare i dati in modo più efficiente, consentendo l'elaborazione di politiche pubbliche e servizi più mirati ai bisogni della popolazione[15], riducendo tempi e costi.
Tuttavia, questa evoluzione tecnologica solleva nuove sfide e responsabilità per le amministrazioni, soprattutto in merito alla gestione dei dati.

3. La situazione nella Repubblica d'Irlanda

La Repubblica d'Irlanda emerge come caso emblematico nell'implementazione della digitalizzazione del settore pubblico. Il rapporto del Digital Economy and Society Index (DESI) 2022 colloca il Paese al quinto posto tra gli Stati membri dell'UE, evidenziando particolare eccellenza nell'integrazione delle tecnologie digitali.
Un progresso significativo si è registrato nel 2020 nel settore della connettività, con la copertura della rete fissa ad alta capacità (VHCN) più che raddoppiata, passando dal 35% all'83%.
Il Paese si distingue, inoltre, per l'eccellenza dei servizi pubblici digitali, raggiungendo il punteggio massimo di 100 nella fornitura di servizi digitali a cittadini e imprese, e ottenendo risultati notevoli nel campo degli *open data*.
Tale Stato ha, tra l'altro, avviato un percorso di trasformazione digitale che prosegue rapidamente. Il Dipartimento del *Taoiseach* ha elaborato una nuova Strategia Digitale Nazionale, che affronterà in modo organico l'intero ecosistema digitale.

[13] Cfr. S. Calzolaio, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 31, 2016, p. 198.
[14] Cfr. A. Simoncini, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 5; F.F. Pagano, *Pubblica Amministrazione e innovazione tecnologica*, in P. Costanzo, P. Magarò, L. Trucco (a cura di), *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, p. 303.
[15] F. Costantino, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2019, p. 46.

Basata sui progressi nella connettività raggiunti con il Piano Nazionale per la Banda Larga, tale strategia mira a consolidare la leadership del Paese nelle tecnologie digitali emergenti, tra cui *cloud computing*, *data analytics*, *blockchain*, *Internet of Things* (IoT) e *Intelligenza Artificiale* (AI). Questa si propone, inoltre, di accelerare la digitalizzazione dei servizi pubblici, con una maggiore integrazione dei servizi digitali.
Proprio su quest'ultimo punto e ai fini della presente ricerca è importante rilevare che l'Irlanda sta accelerando il processo di digitalizzazione dei servizi pubblici, migliorando piattaforme governative come *gov.ie* e il portale nazionale per i dati aperti (*data.gov.ie*).

3.1 La digitalizzazione della Pubblica Amministrazione Irlandese

I percorsi più ambiziosi della Repubblica d'Irlanda su quest'ultimo tema sono due: *Harnessing Digital – The Digital Ireland Framework* e il *Connecting Government 2030: A Digital and ICT Strategy for Ireland's Public Service.*
Il primo[16] rappresenta un piano strategico volto a consolidare l'Irlanda come attore di primo piano nel settore digitale, sia a livello europeo che globale.
Tale strategia si fonda sui principi fondamentali di inclusività, sicurezza e tutela dei diritti, supportati da un solido sistema di *governance* e da un quadro regolatorio moderno.
L'obiettivo primario del *Framework* è promuovere il benessere della popolazione e delle imprese irlandesi attraverso una maggiore flessibilità lavorativa, nuove opportunità professionali, l'accesso a mercati esteri per le imprese, servizi pubblici più efficienti e una partecipazione sociale e formativa più ampia.
In tale ottica, il Governo si impegna a garantire l'accesso universale alla connettività attraverso il Piano Nazionale per la Banda Larga, con l'obiettivo di garantire una copertura Gigabit per tutte le abitazioni e imprese entro il 2028 e una copertura del 5G per tutte le aree popolate entro il 2030.
La strategia prevede l'incremento delle competenze digitali in tutta la popolazione, partendo dall'istruzione scolastica fino alla formazione continua, con l'ambizione di raggiungere almeno l'80% di adulti dotati di competenze digitali di base entro il 2030. Contestualmente, il programma mira a rendere il 90% dei servizi pubblici accessibili online entro il medesimo termine temporale, promuovendo una pubblica amministrazione trasparente e più efficiente.
Sul versante della sicurezza, il *Digital Ireland Framework* prevede il rafforzamento delle risorse destinate al Centro Nazionale per la Sicurezza Cibernetica (NCSC), per proteggere i cittadini e le imprese da minacce digitali in evoluzione.
A tale fine, la strategia prevede una revisione della Strategia Nazionale di Sicurezza Cibernetica per rispondere alle nuove sfide poste dalla digitalizzazione, garantendo un contesto normativo che tuteli diritti fondamentali e assicuri un mercato digitale sicuro e competitivo.
Il *Digital Ireland Framework* si inserisce armoniosamente nelle politiche europee, in particolare nella *Digital Decade*, e nei piani nazionali di rilancio economico, come il Piano di Ripresa Economica 2021 e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza Irlandese[17].

[16] Cfr. https://www.gov.ie/en/press-release/3a922-online-launch-of-harnessing-digital-the-digital-ireland-framework/.
[17] Cfr. https://www.gov.ie/en/publication/adf42-harnessing-digital-the-digital-ireland-framework/.

Il programma *Connecting Government 2030*[18] rappresenta, invece, in maniera mirata una strategia di ampio respiro volta a promuovere e innovare la digitalizzazione dell'amministrazione pubblica irlandese, al fine di conseguire una *governance* più inclusiva ed efficiente, con ricadute positive tanto per la società quanto per l'economia nazionale.
Tale programma pone l'accento sulla necessità di sfruttare le tecnologie digitali per realizzare un mutamento radicale nelle modalità di interazione tra cittadini, imprese e attori istituzionali, con l'obiettivo di garantire una piena interoperabilità tra i vari livelli di governo e i servizi pubblici.
Fondamentale, in tale processo di digitalizzazione, è l'adozione di un approccio che metta al centro sia l'utente che le esigenze delle imprese, assicurando che i servizi digitali siano accessibili e rispondenti alle reali necessità della collettività.
Questa iniziativa strategica riveste un ruolo centrale nel quadro delle riforme della Pubblica Amministrazione, contribuendo altresì all'avanzamento delle priorità legate al settore *GovTech* e generando notevoli benefici di carattere pubblico.
Il programma delinea un quadro di riferimento entro cui le organizzazioni del servizio pubblico possono strutturare i propri impegni digitali, seguendo gli obiettivi specificati nella dimensione relativa alla Digitalizzazione dei Servizi Pubblici prevista dalla strategia nazionale pressappoco illustrata, *Harnessing Digital – The Digital Ireland Framework*.
Questa, altresì, con le finalità espresse nel *Civil Service Renewal 2030*[19] si conforma ai traguardi fissati dall'Unione Europea in ambito di trasformazione digitale.
Il *Connecting Government 2030* sostituisce formalmente la precedente strategia *Public Service ICT* e la strategia *eGovernment 2017-2020*, costituendo una sorta di "strategia ombrello" in grado di coordinare e integrare diverse politiche e programmi governativi affini. In tal modo, si garantirà un approccio unitario nell'attuazione delle misure, rafforzando la coerenza tra le varie iniziative di *policy*[20].
Il programma si sviluppa su molteplici assi d'intervento, la cui caratteristica principale è mirata al riutilizzo dei dati dei cittadini da parte delle amministrazioni, valorizzando pertanto il principio dell'*open government*. Attraverso il riutilizzo sicuro e trasparente dei dati, i servizi pubblici potranno, infatti, efficientare la loro performance nei confronti della popolazione.
I dati devono interoperare all'interno e tra le organizzazioni del servizio pubblico e potenzialmente con terze parti[21].
Su tale aspetto, la *Public Service Data Strategy 2019 – 2023*[22] definisce obiettivi chiari e azioni concrete per garantire un approccio uniforme nella gestione dei dati all'interno del Servizio Pubblico, riconoscendo che i dati possano rivestire un ruolo centrale per il funzionamento delle attività governative, costituendo, pertanto, uno strumento essenziale per l'elaborazione delle politiche pubbliche.

[18] Cfr. https://www.gov.ie/en/publication/136b9-connecting-government-2030-a-digital-and-ict-strategy-for-irelands-public-service/.
[19] Cfr. https://www.gov.ie/en/publication/efd7f-civil-service-renewal-2030/.
[20] Cfr. https://www.gov.ie/en/publication/136b9-connecting-government-2030-a-digital-and-ict-strategy-for-irelands-public-service/.
[21] Connecting Government, pp. 13 ss.
[22] https://www.gov.ie/en/publication/1d6bc7-public-service-data-strategy-2019-2023/.

Il piano strategico *Connecting Government 2030* potenzierà e amplierà proprio la *Public Service Data Strategy 2019-2023*.
L'obiettivo prioritario è il miglioramento della qualità dei dati e la promozione di un riutilizzo più efficiente degli stessi, in modo da garantire che la tutela della *privacy* e la protezione dei dati personali siano centrali nella progettazione e nell'erogazione dei servizi digitali.
L'adozione del principio del "*once-only*" comporterà che cittadini e imprese non debbano fornire più volte le medesime informazioni alle amministrazioni, evitando così duplicazioni e inefficienze[23].
Terzo pilastro del programma *Connecting Government* è definito *"Government as a Platform"*.
L'obiettivo principale consiste nel semplificare i servizi pubblici attraverso la creazione di un sistema integrato di risorse e strumenti a supporto di chi progetta ed eroga tali servizi.
Questo sistema includerà la diffusione di buone pratiche, linee guida operative, meccanismi di governance e strumenti digitali condivisi, come l'identità digitale, i sistemi di pagamento, le notifiche e la gestione dei dati. Investire in infrastrutture digitali comuni consentirà di sviluppare servizi digitali in modo più rapido e con costi contenuti.
L'implementazione di tecnologie scalabili e interoperabili consentirà di ottimizzare l'efficienza degli investimenti pubblici e generare significativi risparmi, allineandosi alle direttive delle Nazioni Unite sul coordinamento degli investimenti digitali per il raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile[24].
Questo approccio consentirà la creazione di servizi pubblici digitali di alta qualità, capaci di soddisfare le esigenze di cittadini e imprese, e riconosciuti come un modello di riferimento internazionale.

4. Riflessioni finali

Nel quadro dell'evoluzione dell'ordinamento giuridico-amministrativo irlandese, emerge però con particolare evidenza il paradosso di un Paese che, pur collocandosi ai vertici della classifica DESI (Digital Economy and Society Index), manifesta significative criticità nell'implementazione diffusa delle competenze digitali di base.
Tale dicotomia costituisce un elemento di particolare interesse nell'analisi della transizione digitale della Pubblica Amministrazione irlandese.
L'ordinamento irlandese, infatti, pur distinguendosi nel panorama europeo per l'eccellenza nelle competenze digitali avanzate, presenta peculiari lacune strutturali relativamente alla diffusione delle competenze digitali basilari nella popolazione.
In risposta a tale problematica, il legislatore irlandese ha predisposto un articolato sistema di interventi formativi, caratterizzato da una pluralità di strumenti programmatici.
Tra questi, particolare rilevanza assumono le iniziative *Springboard+* e *Human Capital Initiative Pillar 1* nell'ambito dell'istruzione superiore, affiancate da programmi specificatamente dedicati alla formazione professionale quali *Skills to Compete*, *Skills to Advance* ed *EXPLORE*.
Di peculiare interesse risulta l'adozione, nel settembre 2021, dell'*Adult Literacy for Life Strategy* (2021-2031), piano strategico decennale promosso dal *Department of Further and Higher Education, Research, Innovation and Science*.

[23] *Connecting Government*, pp. 11 ss.
[24] *Connecting Government*, pp. 13 ss.

Questo strumento rappresenta un esempio concreto dell'impegno verso un'alfabetizzazione digitale strutturata e sistematica.
Il divario digitale "culturale" costituisce di conseguenza una sfida significativa per la Pubblica Amministrazione, interessando tanto i cittadini quanto il personale amministrativo. Proprio l'implementazione del programma *Connecting Government 2030* richiede, infatti, lo sviluppo di competenze specifiche, essenziali per la transizione verso un'amministrazione digitale.
In tale contesto, emerge come elemento caratterizzante la necessità di un approccio formativo continuativo e trasversale, che coinvolga l'intero apparato amministrativo e non solamente i professionisti del settore ICT.
Tale esigenza si fonda sulla progressiva pervasività delle tecnologie digitali nell'attività amministrativa, che richiede competenze trasversali per garantire una gestione efficace e conforme alla normativa in materia di protezione dei dati e sicurezza informatica.
La predisposizione di un *framework* di competenze aggiornato si configura, pertanto, come presupposto imprescindibile per la definizione delle competenze digitali e analitiche necessarie al personale amministrativo.
Tale quadro deve necessariamente contemplare elementi relativi all'innovazione e alla *cybersecurity*, in ottemperanza alle normative sovranazionali in materia di protezione dei dati e gestione del patrimonio informativo pubblico.
In ordine alle competenze digitali del cittadino fruitore dei servizi, nel 2022 il Governo irlandese ha approvato il *Digital Strategy for Schools to 2027*[25] che si prefigge come scopo quello di garantire che ogni studente possa sviluppare le competenze e le conoscenze necessarie per orientarsi con successo in un mondo digitale in costante cambiamento.
La strategia identifica obiettivi chiave articolati su tre pilastri fondamentali: un sostegno all'integrazione delle tecnologie digitali nell'insegnamento, nell'apprendimento e nella valutazione; un approfondimento dell'infrastruttura della tecnologia digitale; un focus sul futuro: politiche, ricerca e leadership digitale.
I tre pilastri della Strategia Digitale hanno l'obiettivo di preparare il sistema scolastico e garantirne il costante avanzamento nell'integrazione delle tecnologie digitali all'interno di insegnamento, apprendimento e valutazione.
L'obiettivo centrale è supportare il sistema educativo nella progettazione di esperienze didattiche che favoriscano lo sviluppo di competenze digitali per tutti gli studenti.
Il sistema deve essere in grado di saper cogliere le opportunità e le sfide poste dal mondo digitale, garantendo a ciascuno studente (indipendentemente dal contesto socioeconomico o dalla posizione geografica) l'accesso alla tecnologia digitale come parte determinante del proprio percorso formativo.
La strategia si integra con le politiche precedentemente delineate, creando sinergie con altre iniziative per sviluppare competenze digitali trasversali. Queste risultano fondamentali per permettere agli studenti di partecipare attivamente come cittadini in una società sempre più tecnologica e dinamica.
Parallelamente, saranno sviluppati processi e procedure di monitoraggio e valutazione per garantire una corretta attuazione della strategia, oltre alla costituzione di gruppi di lavoro

[25] Cfr. https://www.gov.ie/en/publication/69fb88-digital-strategy-for-schools/.

dedicati che contribuiranno alla realizzazione di quest'ultima.
La gestione e l'implementazione di tale piano sarà affidata a un gruppo interno di coordinamento della strategia digitale, che manterrà un dialogo continuo con i principali partner educativi e gli attori chiave del settore.
Il primo piano di attuazione coprirà il periodo 2022-2024 e, al termine di questa fase, verrà condotta una revisione intermedia per orientare il successivo piano di attuazione per il periodo 2025-2027[26].
Pertanto, la transizione digitale della pubblica amministrazione irlandese si configura, alla luce dell'analisi sin qui condotta, non già come mero processo di innovazione tecnologica, bensì quale questione di preminente rilevanza costituzionale che interseca molteplici principi fondamentali dell'ordinamento giuridico.
Il programma di digitalizzazione, infatti, si pone in diretta correlazione con l'attuazione dell'art. 40.1 della Costituzione irlandese, che sancisce l'uguaglianza di tutti i cittadini, principio che la *Supreme Court* ha costantemente interpretato nelle sue pronunce[27].
Pertanto, in questa prospettiva ermeneutica, il *digital divide* "culturale" emerge quale problematica di natura prettamente costituzionale, configurandosi come potenziale *vulnus* all'effettivo godimento dei diritti fondamentali.
La *Digital Strategy for Schools to 2027* assume, in quest'ottica, una valenza costituzionale peculiare, configurandosi quale strumento attuativo del diritto all'istruzione sancito dall'art. 42 della Costituzione irlandese, nel combinato disposto con l'art. 40 comma 3 sulla tutela dei diritti della persona.
Il percorso di modernizzazione digitale della pubblica amministrazione irlandese si inserisce, pertanto, in un più ampio quadro di tutela costituzionale dei diritti fondamentali, con il fine di garantire che tale processo non si traduca in una violazione del principio di uguaglianza ma divenga invece uno strumento di sua piena realizzazione.
In questa prospettiva, emerge la necessità di un approccio costituzionalmente orientato alla digitalizzazione, che consideri le competenze digitali non quale mero requisito tecnico-amministrativo, bensì come presupposto essenziale per l'esercizio dei diritti di cittadinanza nel XXI secolo.
Perciò, in conclusione, la sfida sarà quella di elaborare politiche che, (come in realtà sta già accadendo) nel promuovere l'innovazione digitale, garantiscano al contempo la piena attuazione dei principi costituzionali, secondo i parametri di ragionevolezza e proporzionalità, evitando che la modernizzazione tecnologica si traduca in forme di discriminazione o esclusione sociale contrarie al dettato costituzionale.
Questo processo richiede un attento bilanciamento tra modernizzazione amministrativa e tutela dei diritti fondamentali, attraverso un'interpretazione costituzionale che ne garantisca l'efficacia nell'era digitale. L'alfabetizzazione digitale emerge come elemento cruciale per il successo delle politiche di digitalizzazione della pubblica amministrazione, evitando che queste rimangano mere dichiarazioni d'intenti, come già accaduto in altri contesti europei. La formazione digitale diventa quindi un pilastro fondamentale della modernizzazione amministrativa, fungendo sia da strumento per attuare i principi costituzionali di

[26] Cfr. *Digital Strategy for Schools to 2027*, pp. 18 ss.
[27] *Ex multis* sul principio di uguaglianza O'Brien v Keogh [1972] IR 144; East Donegal Co-Operative Livestock Mart Ltd. v Attorney General [1970] IR 317; DPP v Aylmer [1995] 2 IR 55.

uguaglianza e buon andamento della pubblica amministrazione, sia da garanzia per l'esercizio effettivo dei diritti di cittadinanza digitale.

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

Osservatorio irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-C3A

A 'Plebiscitary democracy'? Popular Sovereignty and Political Process Review in Ireland

Colm O'Cinneide
Professor of Constitutional and Human Rights Law
University College London

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

A 'Plebiscitary democracy'? Popular Sovereignty and Political Process Review in Ireland*

di Colm O'Cinneide**

Abstract (ITA): Il contributo si propone di indagare il ruolo fondante della sovranità popolare nell'ordinamento costituzionale irlandese, concentrandosi in particolare sul frequente e peculiare uso dello strumento referendario. Dopo i necessari cenni di carattere storico, si vaglieranno le principali conseguenze costituzionali interne e le implicazioni nei rapporti con gli ordinamenti esterni della particolare concezione di sovranità popolare, sottolineandone i pregi ed evidenziano le criticità.

Abstract (ENG): The paper aims to investigate the foundational role of popular sovereignty within the Irish constitutional system, focusing in particular on the frequent and distinctive use of the referendum instrument. After providing necessary historical background, the paper will examine the main internal constitutional consequences and the implications for relations with external legal systems stemming from the conception of popular sovereignty, highlighting both its strengths and its criticisms.

Parole chiave: Irish constitution, sovranità popolare, referendum.

Keywords: Costituzione irlandese, sovereignty within, referendum.

Sommario: 1. Introduction and overview; 2. Popular Sovereignty as (i) Foundational Basis and (ii) Active Constituting Principle of the Irish Constitutional Order; 3. Popular Sovereignty and the Irish Constitutional Imaginary; 4. Political Process Review in Ireland; 5. Conclusion.

1. Introduction and Overview

Popular sovereignty is regularly described as the 'cornerstone' of the Irish constitutional order. It serves both as (i) the foundational basis for the constituted structure of the Irish state and as (ii) an active 'constituting' mechanism within the functioning of this state structure – with the Irish people as a collective being regularly called upon to vote in referendums addressing significant issues such as same-sex marriage, abortion rights and Irish participation in the process of European integration[1].

Case-law, academic commentary and the official rhetoric of state bodies constantly affirm the sacrosanct status of the popular will – which, in a formal sense at least, is understood to be unconstrained, i.e. not bound by limiting constitutional principles requiring respect for human dignity or any other type of foundational norms. Furthermore, multiple different aspects of the Irish constitutional system – including the design of the national electoral

* Contributo sottoposto a *double blind review*.

** Professor of Constitutional and Human Rights Law in the University College London.

[1] In this paper, 'popular sovereignty' is understood to mean a collective process of self-rule, whereby the people of a state territory are conceptualised as a unitary political entity and asked to engage in what Grewal and Purdy have described as «majoritarian process of formal univocal constitution-making» – whereby «a popular majority qualifies as speaking for "the people" as a whole by satisfying certain procedural criteria for proposal and amendment». D.S. Grewal, J. Purdy, *The Original Theory of Constitutionalism*, vol. 127, n. 3, 2017-8, in *Yale Law Journal*, p. 682.

system, its separation of powers structure, the state's formal legal relationship with the EU and other supranational legal structures, and judicial approaches to constitutional interpretation – are all based upon the assumption that primacy should be given to the collective will of the *demos*, as channelled through constitutional text and the referendum process. As a leading Irish judge has put it, Ireland is a «plebiscitary as well as a parliamentary democracy»[2].

This contrasts in interesting ways with the design, value system and normative self-understanding of certain other European democracies[3]. For example, in contrast to Germany, there are no limits to the popular power to approve amendments to the Irish Constitution and thus no 'eternity clause' in the constitutional text or any legal doctrine of 'unconstitutional constitutional amendments' to constrain the free exercise of the popular will. The Irish Supreme Court has concluded that proposals for constitutional change which have been approved by a popular referendum vote cannot be challenged on the basis they do not conform to fundamental constitutional values[4]. On the other hand, in contrast to the UK, sovereignty is vested in the people at large, instead of the elected legislature – which in Ireland is a constituted organ of the state, subject to the fundamental rights and separation of powers provisions set out in the popularly endorsed constitutional text and enforced by judicial review, with no power to amend that text unless the general public approve an amendment proposal by a referendum vote. In Ireland, the *voluntas populi* is truly the highest law, once given constitutional articulation[5].

Reflecting this emphasis on popular sovereignty, the Irish courts have developed a relatively robust 'political process' jurisprudence – which is primarily concerned with protecting the free and equal exercise of voting rights and protecting the procedural integrity of the democratic process. Relevant judgments include *Doherty v Government of Ireland* (breach of constitutional duties caused by a failure to hold a by-election within a reasonable time)[6], *King v Minister for the Environment (No 2)* (unconstitutional to exempt political parties from a legislative requirement imposed on independent candidates to be nominated by thirty named members of the electorate)[7], *O'Donovan v Attorney General* (a clear difference in population size between electoral constituencies will breach the requirements of Article 16

[2] J. HOGAN, in *Doherty v Referendum Commission* [2012] IEHC 211, at para 21: see Paragraph 3 below for further discussion of this quote.

[3] See more generally C. O'CINNEIDE, *Irish Popular Sovereignty from a Foreign and Comparative Perspective*, in C. O'MAHONY, M. CAHILL, C. O'CINNEIDE (eds.), *Constitutional Change and Popular Sovereignty*, London, Routledge, 2021, which is the original textual basis for much of Paragraph 2 and 3 of this paper.

[4] *In re Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995* [1995] 1 I.R. 1.

[5] See A. KAVANAGH, *Unconstitutional Constitutional Amendments from Irish Free State to Irish Republic*, in E. CAROLAN (ed.) *The Constitution of Ireland: Perspectives and Prospects*, London, Bloomsbury, 2012, pp. 331-354. Kavanagh notes that the first Irish Constitution – the 1922 Constitution of the Irish Free State – was essentially hollowed out through unconstrained use of the *legislative* power to amend its provisions. As discussed below in Paragraph 2, this was one reason why the constitutional amendment power is now vested in the people at large, through the referendum procedure provided for in Articles 46 and 47 of the 1937 Irish Constitution.

[6] [2010] IEHC 369.

[7] [2007] I IR 296 (SC).

of the Constitution)[8], and *McMahon v Attorney General* (absolute secrecy of the secret ballot must be maintained)[9].

Reflecting the central importance of the referendum process to the Irish constitutional order, the Irish courts have been particularly interventionist in protecting the formal integrity of this specific voting mechanism. In a string of cases concerning the conduct of constitutional referendums, beginning with *McKenna v An Taoiseach (No 2)* in 1996, the courts have held that the Irish government is not entitled to spend taxpayer's money on promoting a particular side in a referendum vote[10]. Instead, information on the issues at stake must be provided in a balanced and accurate manner by an impartial Referendum Commission – whose work is regularly subject to legal challenges.

However, the courts have also made it clear that they will only intervene in the referendum process to correct any perceived unfairness when there is a clear case on the balance of probabilities that the outcome of the vote has been affected[11]. In addition, it should also be noted that the Irish courts have granted the Oireachtas (the Irish Parliament) considerable leeway when it comes to decisions about widening the franchise and improving effective access to voting facilities – sometimes to a questionable degree[12]. The courts have also not developed much in the way of a substantive political process jurisprudence, concerned with protecting minority rights, clearing blockages in the political system and the like. Instead, their focus in this regard tends to be essentially procedural in character. It is focused on protecting the formal integrity of the popular voting process, rather than venturing forth on a wider crusade to reinforce the health and general well-being of Ireland's democratic culture[13].

This reflects a wider reluctance on the part of the Irish courts to push the boundaries of judicial review in general. For the most part, they view their constitutional role as facilitating the democratic process and giving effect to the popular will as manifested though the text of the Constitution and legislation enacted by the Oireachtas – rather than securing respect for an amorphous set of underlying fundamental values. In other words, as Casey and Doyle have recently put it, the Irish courts regard the purpose of constitutional interpretation as «effecting the will of the People expressed through the Constitution» – and generally tend to treat the constitutional text as a «higher law» laid down by an act of popular sovereignty, rather than as a «charter of moral commitments»[14].

---

[8] [1961] IR 114.
[9] [1972] IR 69.
[10] [1995] 2 IR 10 (SC).
[11] See e.g. *Jordan v Minister for Children and Youth Affairs* [2015] IESC 33, discussed further below in Paragraph 4 of this paper.
[12] See e.g. *Draper v Attorney General* ([1984] *IR* 277 (SC) (no obligation to provide postal votes for persons with disabilities) and *Breathnach v Ireland* [2001] 3 *IR* 230 (SC) (no obligation to provide postal votes for prisoners). See further Paragraph 4 below.
[13] D. Prendergast, *Article 16 of the Irish Constitution and Judicial Review of Electoral Processes*, in L. Cahillane, J. Gallen, T. Hickey (eds), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 2017, pp. 252-268.
[14] C. Casey, O. Doyle, *Charter or Higher Law? The Constitution under the New Supreme Court*, vol. 44, n. 1, 2024, *Dublin Uni LJ*, forthcoming.

This is not to say that legal protection of fundamental rights, rule of law or separation of powers is weak in Ireland. The text of the Irish Constitution contains strong written guarantees in this respect. Furthermore, the role of the Irish courts in interpreting, applying and enforcing these guarantees through the exercise of judicial review is well established and not controversial. In exercising these powers of review, the judiciary have built up a robust framework of legal controls over time, through the incremental development of constitutional case-law. These controls are mainly focused on (i) protecting core civil and political rights and (ii) ensuring that the exercise of public power respects the constraints of the constitutional system of separation of powers. However, the primacy of the popular will, as expressed through constitutional text, remains the ultimate reference point – reflecting the historical legacy of Ireland's subjugation as a colonised territory, and the central role assigned to popular self-determination and the importance of democratic self-governance within the Irish constitutional imaginary[15].

Ultimate constitutional authority in Ireland is thus vested in the hands of the people at large, who have the final say over any disputed constitutional issue. If politicians dislike a court judgment, or otherwise wish to try and change the constitutional status quo, they can initiate a referendum process and give the population at large the chance to decide the issue in question. This has helped to ensure that the population at large have enjoyed direct democratic input into key decisions on issues such as same-sex marriage and abortion rights[16].

The referendum process also offers a way to involve the people at large in resolving issues of constitutional identity in a multi-layered European legal order. Indeed, Ireland has been troubled less than other European states by the concerns about democratic deficits and constitutional identity stemming from the influence exerted by EU law, in part because every significant expansion of EU competency since the 1980s has been approved by a referendum vote in Ireland – as required by the *Crotty v Ireland* judgment of 1987[17]. This makes it difficult to frame such decisions as elite, anti-popular impositions. As Cahill elegantly puts it, «the lasting impression is that those decisions have come about as a direct result of our decisive democratic participation»[18].

In general, the primacy of popular sovereignty to the functioning of the Irish constitutional order, as channelled through the referendum process, is viewed very favourably in Ireland – and has helped to make its constitutional system one of the most stable in Europe. Leading constitutional commentators like Eoin Carolan and David Kenny have argued that Ireland

[15] Ireland could be viewed as an early adopter of what Richard Albert has described as 'decolonial constitutionalism' see R. ALBERT, *Decolonial Constitutionalism*, in *U of Texas Law, Legal Studies Research Paper No. 8/20/2024-RDA*, August 20, 2024, available at SSRN.

[16] As discussed below, it also helps to reinforce the legitimacy of judicial review in Ireland, as all court judgments can hypothetically be reversed by a popular referendum vote. See O'CINNEIDE, *Irish Popular*, n. 3 above.

[17] [1987] IR 713. See also C. O'CINNEIDE, *Democracy, Sovereignty and Europe: The Contrasting European Trajectories of Ireland and the UK*, in *VerfBlog*, 2023/4/12.

[18] See the Introduction to Part 1 of M. CAHILL et al (eds.), *Constitutional Change and Popular Sovereignty in Ireland*, London, Routledge, 2021.

has developed a distinct 'referendum culture', whereby strong expectations exist that the public at large should have an opportunity to participate via the referendum process in determining complex and contested social issues – with such referendum initiatives now being usually preceded by the establishment of citizen assemblies and other consultative mechanisms[19].

Having said that, there are certain qualifications that need to be added to this picture. To start with, Ireland has not adopted Swiss-style direct democracy. The 1937 Constitution, unlike its earlier predecessor the 1922 Constitution of the Irish Free State, does not provide for a plebiscitary power of initiative[20]. Referendum votes can only be triggered by the Oireachtas passing a bill which provides for an amendment to the constitutional text to be put to a popular vote. This ensures that the government of the day can usually control which amendment proposals are put to the people[21]. At times, this can let to popular demand for constitutional reform being left unsatisfied – as happened for example in 2024, when a government proposal to insert new language relating to the provision of care in the home into Article 41 of the Constitution failed, due to a widespread perception that the new language lacked any tangible content.

Also, as is increasingly common across the liberal democratic world, Irish voters often feel a lack of connection with their elected politicians and the state structure more generally. This is despite the manner in which the Irish electoral system, which uses the single transferable vote (STV-PR) system, has been designed so to as to closely track popular preferences – and the way in which elected politicians in Ireland generally have strong personal connections to the local communities they represent. Now, as elsewhere, this sense of disconnection may reflect wider pattern of democratic disconnect, which may ultimately be traced back to exaggerated expectations about how the governance of highly complex state structures can and should function in the contemporary world. Also, public dissatisfaction with the functioning of the Irish democratic process is less than in many other similarly situated European states. However, it does should that constitutional affirmations of the importance of popular sovereignty, plus a well-developed 'referendum culture', is no easy cure for the current democratic/constitutional malaise that afflicts much of the world. Also, it remains to be seen whether the unquestioned primacy of the *vox populi* as expressed through constitutional form within the Irish constitutional order will continue to be as generally welcomed and acclaimed in the future as it is at present – and function as well as a salve for constitutional irritation as it has in recent years. As explored briefly in the

[19] E. CAROLAN, *Constitutional Change Outside the Courts: Citizen Deliberation and Constitutional Narrative(s) in Ireland's Abortion Referendum*, in *Federal Law Review*, vol. 48, n. 4, 2020, pp. 497-510; D. KENNY, *The Risks of Referendums: "Referendum culture" in Ireland as a solution?*, in M. CAHILL et al (eds), *Constitutional Change*, cit., pp. 198-223.

[20] As discussed in Paragraph 2 of this paper below, this aspect of the 1922 Constitution rapidly became a dead letter, along with many other of its more innovative provisions. For an overview of the birth, life and death of the 1922 Constitution, see in general D. COFFEY, L. CAHILLANE (eds), *The Centenary of the 1922 Free State Constitution*: *Constituting a Polity?*, Springer, 2004.

[21] This means that, as Eoin Carolan puts it, «the referendum is more likely to be the end point of a process of constitutional change rather than the vehicle or impetus for it»: E. CAROLAN, *Constitutional Change Outside the Courts*, n. 19 above. See also D. KENNY, *The Risks of Referendums*, also n. 19 above.

Conclusion of the paper, some potential legal tensions opened up in the 1980s and 1990s between the anti-abortion provisions inserted into the Constitution by a popular referendum in 1983 and the free movement and freedom of expression requirements of EU and ECHR law respectively. This could have generated an awkward debate about how popular sovereignty should be reconciled with the demands of EU and European human rights law. Now, as it happened, these particular tensions were addressed through political means – with later referendums ultimately eliminating the points of tension at issue. However, it is not impossible that other areas of contestation will open up in the future – and it remains to be seen how the Irish courts and other bodies will engage with such tensions as and when they develop.

For now, it is worth noting that the majority of the Irish Supreme Court concluded in the 2023 case of *Costello v Government of Ireland* that ruled that Ireland could not ratify the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) within the existing state of Irish law, as it would breach the principle of popular sovereignty to allow an international arbitration tribunal to make binding decisions enforceable in Irish law without intervening supervision by the relevant constitutional organs of the state, i.e. the Irish courts and legislature[22]. It remains to be seen how far the logic of this 'constitutional identitarian' position will be extended in subsequent cases[23].

In what follows, this outline is fleshed out with further detail. Paragraph 2 explores how popular sovereignty serves as the conceptual 'cornerstone' of the Irish constitutional order. Paragraph 3 examines how the centrality of the popular will to the Irish constitutional imaginary has influenced legal doctrine. Paragraph 4 analyses the evolution of political process review in Ireland, to illustrate the wider arguments made previously. The Conclusion draws together these strands of analysis, and outlines further the potential conceptual tensions that may lurk beneath the valorisation of the popular will within Irish constitutionalism.

2. Popular Sovereignty as (i) Foundational Basis and (ii) Active Constituting Principle of the Irish Constitutional Order

[22] [2022] IESC 44.

[23] O. Doyle, *Trojan Horses and Constitutional Identity: Ireland's Supreme Court Holds up Ratification of CETA*, in *VerfBlog*, 2022/11/23.

In presenting the draft text of the Irish Constitution of 1937 (*Bunreacht na hÉireann* in Irish) to the lower house of the Irish Parliament (*Dáil Éireann*) in May 1937, the then Prime Minister *Taoiseach*) Eamon de Valera stated that «[i]f there is one thing more than another that is clear and shining through this whole Constitution, it is the fact that the people are the masters»[24]. This frequently-quoted remark well summarised the primary objective of the new Constitution[25]. It was designed to affirm that the Irish people were their own sovereign and democratic masters, and the ultimate source of authority for all constituted organs of the state. To reinforce this, the text of its Preamble, together with the provisions of Arts 1, 5 and 6, repeatedly affirm the sovereign status of the people as the source of all lawful authority – while the Constitution itself was put to the people and approved in a plebiscite in July 1937[26].

THE IRISH CONSTITUTION (1937)

ARTICLE 1

The Irish nation hereby affirms its inalienable, indefeasible, and sovereign right to choose its own form of Government, to determine its relations with other nations, and to develop its life, political, economic and cultural, in accordance with its own genius and traditions.

ARTICLE 5

Ireland is a sovereign, independent, democratic state.

ARTICLE 6

1 All powers of government, legislative, executive and judicial, derive, under God, from the people, whose right it is to designate the rulers of the State and, in final appeal, to decide all questions of national policy, according to the requirements of the common good.

2 These powers of government are exercisable only by or on the authority of the organs of State established by this Constitution.

The 1937 Constitution thus affirmed the foundational status of popular sovereignty within the Irish constitutional order. Its provisions assume that the people of Ireland constitute a unitary political entity, capable of deliberating and acting together to promulgate a

[24] 67 *Dáil Debates* Col.40, May 11, 1937: quoted by J.A. MURPHY, *The 1937 Constitution. Some Historical Reflections*, in T. MURPHY, P. TWOMEY (eds.) *Ireland's Evolving Constitution, 1937-97: Collected Essays*, Oxford, Hart, 1998, p. 13.

[25] Its predecessor, the Constitution of 1922, was similarly designed to affirm the principle of Irish popular sovereignty, while also establishing the institutional framework of the new Irish Free State. However, it was irrevocably tainted in republican eyes by the manner in which its provisions were made subordinate to the Anglo-Irish Treaty of 1921. See B. KISSANE, *New Beginnings: Constitutionalism & Democracy in Modern Ireland*, Dublin University College Dublin Press, 2011, pp. 28-56.

[26] In contrast, the 1922 Constitution formally derived its authority from legislation enacted by Dáil Éireann sitting as a constituent assembly (the Constitution of the Irish Free State (Saorstát Éireann) Act 1922), which was subsequently paralleled by legislation passed by the UK Parliament (the Irish Free State Constitution Act 1922) and brought into force following a royal proclamation issued on December 6, 1922.

fundamental law for themselves. This collective self-organisation is deemed to be the originating source of all legal authority, including that of the Constitution itself and all the various organs of the state it establishes and empowers.

This represented a decisive break with the British constitutional tradition, which treated legal sovereignty as vested in the constituted organs of the state – specifically the Crown-in-Parliament – rather than in the people as such[27]. The new Irish constitutional order essentially dethroned the British sovereign, both prospectively and retrospectively: not alone did the sovereign cease to play any residual role in the post-1937 constitutional order, he was also displaced as the primordial source of existing lawful authority and replaced by the popular will[28]. The newly established constitutional framework was not acknowledged to be an inheritance from the Crown: instead, it was conceptualised as something called into being by the constituent power of the people themselves[29].

But the role of popular sovereignty within the new post-1937 constitutional order was not just confined to serving as its originating source of legal authority. The Irish republican tradition had long embraced a Rousseauian concept of the popular will, with the Irish people conceptualised as a unitary political entity, capable of exercising non-delegable sovereign power[30]. Furthermore, this tradition also defined itself in opposition to the distant, mediated, elite-driven authority of the Westminster Parliament and the British Crown more generally.

numero 1/2024

Indeed, from the first moment of Irish independence back in 1922, the architects of the new Irish constitutional order wished to do more than simply establish the constituted form of the new state on a popular sovereigntist foundations. They also wanted to establish a more permeable, immediate, persisting relationship between the constituent people and the constituent organs of state, and in particular the Oireachtas as the legislative branch, than had been possible under Westminster rule – while also keeping channels open for the direct exercise of popular sovereignty, through plebiscitary-style mechanisms.

This ambition is neatly encapsulated in a quote from Kevin O'Higgins T.D., the first Justice Minister of the newly established state, speaking in the 1922 Constituent Assembly (which approved the earlier 1922 Constitution which was later replaced by the 1937 Constitution): «[P]ersonal, actual contact between the people and the laws by which they are governed is

[27] For the classic exposition of this idea, see A.V. DICEY, *Introduction to the Law of the Constitution*, ch. 1. 8th ed, London, Macmillan, 1915. For a discussion of Dicey's distinction in this respect between legal and political sovereignty, see J. KIRBY, *A.V. Dicey and English Constitutionalism*, in *History of European Ideas*, vol. 45, n. 1, 2019, pp. 33-46. For the later development of Dicey's views as to the potential for referendums to play a potential veto role within the functioning of the UK constitutional order, influenced in particular by his strong opposition to Irish Home Rule, see M. QVORTRUP, *A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto*, in *History of Political Thought*, vol. 20, n. 3, 1999, pp. 531-546; H. TULLOCH, *A.V. Dicey and the Irish Question 1870-1922*, in *Irish Jurist* (n.s.), vol. 15, n. 1, 1980, pp. 137-165.

[28] As Kissane puts it, the Bunreacht «sought to refound the state on the basis of first principles», with popular sovereignty being to the fore: B. KISSANE, *New Beginnings*, n. 25, pp. 76-77.

[29] De Valera's first draft of what became the Preamble to the 1937 Constitution contained the phrase «the people … give themselves this constitution fundamental organic law»: see B. KISSANE, *New Beginnings*, n. 25, p. 76.

[30] See D. FIGGIS, *The Gaelic State in the Past and Future*, Dublin, Manusel, 1917.

advisable in a country where the traditional attitude of the people is to be against the law and against the Government. The Referendum, we consider, will be a stimulus to the political thought and the political education of the people»[31].

This desire to close the gap between government and governed fed through into the design of the Free State Constitution of 1922. Many of its provisions were inspired by a desire to give direct or indirect expression to the principle of popular self-rule. In particular, it made provision for both constitutional and legislative referendums and a Swiss-style power of popular initiative[32].

However, these ambitions failed to translate into reality. The power to amend the Constitution conferred on the Oireachtas by the 1922 Constitution, originally time-limited, was used, in Cahillane's words, to facilitate the «dismantling of the entire edifice»[33]. The provisions establishing legislative referendums and the power of popular initiative were repealed, while the constitutional referendum mechanism was never triggered.

These popular mechanisms were not resurrected by the 1937 Constitution. However, the desire remained to ensure that the Irish people in general would continue to lay a direct and continuing role in constitutional governance. As a result, Articles 46 and 47 of the 1937 Constitution provided that constitutional amendments must be approved by referendum

AMENDMENT OF THE CONSTITUTION

ARTICLE 46

1 Any provision of this Constitution may be amended, whether by way of variation, addition, or repeal, in the manner provided by this Article.

2 Every proposal for an amendment of this Constitution shall be initiated in Dáil Éireann as a Bill, and shall upon having been passed or deemed to have been passed by both Houses of the Oireachtas, be submitted by Referendum to the decision of the people in accordance with the law for the time being in force relating to the Referendum…

ARTICLE 47

1 Every proposal for an amendment of this Constitution which is submitted by Referendum to the decision of the people shall, for the purpose of Article 46 of this Constitution, be held to have been approved by the people, if, upon having been so submitted, a majority of the votes cast at such Referendum shall have been cast in favour of its enactment into law…

votes.

[31] *Dáil Debates* vol 1 col 1211 (5 October 1922).
[32] Articles 47, 48 and 50 of the 1922 Free State Constitution.
[33] See L. CAHILLANE, *Popular Sovereignty under the 1922 Constitution: Theory and reality*, in M. CAHILL et al, *Constitutional Change*, cit., pp. 22-36.

Furthermore, the single transferable voting system (STV) that had been used since 1922 was retained and embedded in Article 16 of the new Constitution, with the Oireachtas given a general power to regulate the details of its functioning.

In general, the 1937 Constitution made clear that popular sovereignty represented the foundational basis of the new constitutional order; that constitutional amendment required popular approval via referendum vote; and that the central purpose and function of the newly constituted state structure was to give effect to the will of the people, as expressed via the constitutional text and legislation generated by the Oireachtas elected in line with the requirements of Article 16.

3. Popular Sovereignty and the Irish Constitutional Imaginary

The idea that popular sovereignty constitutes the foundation of the Irish constitutional order, and should remain active within its functioning, exerts a significant influence on other features of Irish law and politics – and the Irish constitutional imaginary more generally[34]. In particular, the idea that it represents the highest expression of democratic will-formation has exerted a powerful influence over (i) the constitutional jurisprudence of the Irish courts and (ii) attitudes towards the representative/political organs of the state in particular, i.e. the legislature and executive.

To start with, popular sovereignty features as the ultimate trump card within the constitutional case-law of the Irish courts. The Supreme Court has been at pains to emphasise how all power exercised under the Bunreacht is derived from the will of the people, and makes regular reference to this principle in interpreting the constitutional text. Thus, in *Hanafin v Minister of the Environment* Denham J. described the Constitution as «grounded in the will of the people», while in the same case O'Flaherty J. referred to the «sanctity of the role of the people in our constitutional scheme of things»[35]. In this regard, Jacobsohn has commented caustically on the high «decibel level» and «quasi-religious intonation» with which Irish judges have proclaimed «their complete devotion to the demos»[36].

But this veneration of popular sovereignty is not just rhetorical. In interpreting the text of the 1937 Constitution, the Irish courts have concluded that any exercise of public power by the constituted organs of state, not matter how established in constitutional practice, must align with the primacy assigned to popular sovereignty as the foundation stone of the constitutional order. Thus, in *Byrne v Ireland*, the Court concluded that executive powers traditionally derived from the royal prerogative of the British Crown had not been carried over into the post-1937 constitutional dispensation, because the concept of the prerogative – and its royal origins – was deemed to be incompatible with the principle of popular

[34] For an analysis of the concept of the 'constitutional imaginary', see G. TORRES, L. GUINIER, *The Constitutional Imaginary: Just Stories about We the People*', in *Maryland L. Rev.*, vol. 71, n. 4, 2012, pp. 1052-1072.
[35] [1996] 2 I.L.R.M. 61 (June 12, 1996).
[36] G.J. JACOBSOHN, *An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 3, p. 469.

sovereignty.[37] In *Crotty v An Taoiseach*, the majority of the Court concluded that the executive's power to conduct foreign relations under Article 29(4) of the *Bunreacht* could not be used in a way which resulted in a «diminution of Ireland's sovereignty which is declared in unqualified terms in the Irish Constitution» (Henchy J): such an erosion of state sovereignty was only permissible if explicitly endorsed in a referendum by the Irish people, the ultimate arbiters of the constitutionality of any form of state action[38].

Similarly, in *Costello v Government of Ireland*, as mentioned in the Introduction, the majority of the Supreme Court ruled that the executive could not use its power to ratify the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), as the legal mechanism which was proposed to be used to give legal effect to the provisions of CETA within Irish law was not compatible with the overriding status accorded to the constitutional principle of popular sovereignty. More specifically, it would allow an international arbitration tribunal to make binding decisions which would be enforceable in Irish law, but not be subject to supervisory review by the organ of the state charged with ensuring that all Irish law conformed with constitutional requirements, i.e. the Irish courts themselves[39]. Such a state of affairs was deemed to be incompatible with Ireland's embedded constitutional commitment to popular sovereignty: unlike EU membership and the supremacy accorded to judgments of the Court of Justice of the EU (CJEU), it could not be read as authorised by any existing constitutional part of the constitutional text, as approved by the people. The majority thus ruled that Ireland could only ratify CETA if the implementing legislation made provision for the possibility of Irish courts exercising a form of residual judicial scrutiny over arbitration awards.

The Irish courts thus treat popular sovereignty as the central structuring principle of the constitutional order. The powers of all constituted organs of the state must were exercised in ways that respect the primacy of the popular will. Even historically well-established aspects of separation of powers must yield to the primacy of popular sovereignty. More generally, so too must the functioning of the elected branches of the state. The Oireachtas and (less directly) the executive may indirectly represent the people: however, their authority is subordinate to the popular will, as directly expressed through the original and amended constitutional text.

In other words, the primacy of popular sovereignty establishes what Greene has described as the «weaker legitimacy» of the constituted organs of the state «vis-à-vis the People»[40]. This weaker legitimacy has regularly been cited to justify the extensive judicial review powers of the Irish courts. More generally, it forms the basis for a wider concept of the constitutional order, which sees the functioning of the constituted organs of state as only forming part of a wider structure of democratic self-governance.

---

[37] [1972] I.R. 241.

[38] *Crotty v An Taoiseach* [1987] IR 713, now best read together with *Pringle v Government of Ireland* [2012] IESC 47.

[39] [2022] IESC 44.

[40] A. GREENE, *Parliamentary Sovereignty and the Locus of Constituent Power in the United Kingdom*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 18, n. 4, 2020, pp. 1166-1200.

One particular judicial opinion is especially worthy of note in this regard. In *Doherty v Referendum Commission*, Mr. Justice Hogan – the *primus inter pares* commentator on Irish constitutional law, in both his academic and judicial capacities – waxed lyrical about the overriding importance of popular sovereignty to the Irish constitutional order: «The Constitution envisaged a plebiscitary as well as a parliamentary democracy and, in doing so, it has created a State which can demonstrate – in both word and deed – that it is a true democracy worthy of the name. By providing in Article 6(1) for popular sovereignty in which the People would "in final appeal...decide all questions of national policy", it envisaged a society in which all citizens would be called upon from time to time to make critical decisions regarding their future, the future of their neighbourhood and, ultimately, the future of their country»[41]. «Hogan J. went on to emphasise that the concept of popular sovereignty…which is reflected in Article 5, Article 6, Article 46 and Article 47 of the Constitution…has become our own constitutional cornerstone. It is that very cornerstone on which the entire referendum edifice is constructed»[42].

Within these few short paragraphs, Hogan J. articulates an entire constitutional philosophy. Popular sovereignty is conceptualised as not just the originating source of constitutional authority but also as a continuing constitutive force, with citizens periodically called upon via the referendum process to participate collectively in the shaping of the fundamental norms of their shared society. This 'plebiscitary' form of democracy – a concept which, as discussed below, is viewed as something of a contradiction in terms by certain influential strands of liberal constitutional thought – is described as co-existing with 'parliamentary democracy' within the framework of the Irish constitutional order. Most remarkably, to cap off his analysis, Hogan J. suggests this 'plebiscitary' dimension is an integral part of Ireland's claim to be a «true democracy worthy of the name».

What is particularly significant about Hogan J's analysis is how popular sovereignty is conceptualised as giving Irish constitutional democracy an extra dimension, which the functioning of the institutions of 'parliamentary democracy' – i.e. the constituted organs of the state – cannot replicate by themselves. As the rest of the judgment makes clear, this extra dimension must be respected by the various organs of the state in exercising their constitutionally derived powers and functions – and defended and vindicated, if necessary, by the courts in their capacity as constitutional guardians. However, it also suggests that the institutional mechanisms of Irish parliamentary democracy have certain inherent limits, i.e. that their representative capacity is insufficient or unsuitable to serve as a perfect mirror for the popular will. Hence Hogan J's emphasis on the referendum mechanism supplementing parliamentary democracy in order to achieve 'true democracy': the people are conceptualised as capable of engaging in an authentic, collective, participative process of

[41] *Doherty v. Referendum Commission* [2012] IEHC 211, at para 21.
[42] *Ibid.*, at para 23. Hogan J. invoked a remarkable roll-call of the shapers of the Irish constitutional order in support of this analysis, describing it as the «theory of popular sovereignty for which Griffith argued and Pearse fought and Collins died and de Valera spoke and Hearne drafted and Henchy wrote and Walsh decided».

democratic will-formation through the referendum process, which cannot be fully duplicated through the workings of the established institutional organs of the state.

Significantly, the Irish courts have also extended this logic to themselves: even the exercise of constitutional review powers by the judiciary must respect the overriding primacy of the principle of popular sovereignty. Thus, in the *Regulation of Information Bill* case, the Supreme Court rejected the argument that the power of the people to amend the Constitution was limited by the requirements of natural law[43]. In this case, a proposed constitutional amendment designed to guarantee the right to access information about how to obtain an abortion was approved in a popular referendum, despite an earlier vote in 1983 to insert a clause into the 1937 Constitution obliging the State to vindicate the right to life of the unborn child[44]. The Bill implementing this vote was challenged, on the basis that it threatened to undermine the constitutionally recognised right to life and human dignity of the foetus in the womb, and thus was contrary to fundamental natural law principles. The Supreme Court decisively rejected this challenge, ruling that there were no limits to the popular amendment power – and thus no inherent limits on popular sovereignty more generally, whether alleged to be derived from the constitutional text itself or by reference to natural law principles[45]. In *Doherty*, the Supreme Court confirmed this analysis – in line with Hogan J's analysis of the 'plebiscitary' character of Irish constitutional democracy.

Thus, within the Irish constitutional imaginary, the will of the people is conceptualised as the supreme good, rather than any specific substantive set of values: in a modification to the classic Ciceroan formula, *vox populi* has displaced *salus populi* as the *suprema lex* of the Irish constitutional order. This has had implications for how the Irish courts have engaged in 'political process' review, to use the phrase associated with the 'democracy reinforcing' role envisaged for national courts by John Hart Ely and others – in ways that deserve careful disentanglement.

4. Political Process Review in Ireland

Respect for popular sovereignty inevitably entails respect for all forms of voting procedure – including the electoral process used to select members of the legislature, and in particular the referendum process which gives the Irish people at large the final say as to how and whether the 1937 Constitution should be amended. The Irish Supreme Court has recognised the particular importance of the judicial protective role in this regard, and has been quick to protect the formal integrity of Irish voting procedures.

Thus, as mentioned in the Introduction, the Court has intervened several times to ensure fair procedure in the functioning of the electoral process, in cases such as *Doherty v Government*

[43] *In re Article 26 and the Regulation of Information (Services outside the State for the Termination of Pregnancies) Bill 1995* [1995] 1 I.R. 1.

[44] See in general F. De Londras M. Enright, *Repealing the 8th: Reforming Irish Abortion Law*, Bristol, Bristol University Press, 2018.

[45] See also Barrington J's remarks in *Riordan v An Taoiseach (No 2)* [1999] 4 IR 321, 330, that 'there can be no question of a constitutional amendment properly before the people and approved by them being itself unconstitutional'

of Ireland[46], *King v Minister for the Environment (No 2)*[47], *O'Donovan v Attorney General*[48] and *McMahon v Attorney General*[49]. Similarly, in the string of cases concerning the conduct of constitutional referendums, the Court has concluded that the government is not entitled to spend taxpayer's money on promoting a particular side in a referendum vote[50], and must also ensure that the electorate receive fair and impartial information setting out the pros and cons of every proposed constitutional amendment[51].

However, as Cahill has noted, this case-law also shows a marked preference for maintaining «procedural constitutional integrity» over «substantive constitutional integrity»[52]. The Irish courts have been very reluctant to disturb the functioning of the political process, once it conforms to the formal rules of the established electoral game. Thus, for example, the Supreme Court has made it clear that it will not overturn referendum results even if the campaign featured unlawful government advocacy for one side – unless there is compelling evidence that the outcome of such votes would have been different but for the impugned behaviour (a test which has as yet never been satisfied). Thus, for example, the Supreme Court in *Jordan v Minister for Children and Youth Affairs*[53] rejected an application to annul the results of a 2012 referendum on children's rights, even though the Court had earlier ruled that public funds had unlawfully been spent effectively promoting a particular outcome[54].

As mentioned in the Introduction, the courts have also been reluctant in the past to impose positive obligations on the Oireachtas to facilitate access to voting for the disabled, prisoners and other groups[55]. These specific cases would probably be decided differently today, in particular because of the influence of ECHR law. But they are still worth mentioning as an illustration of how reluctant in general the Irish courts are to interfere in the political process, absent some infraction of the formal rules of the game.

These decisions are also an example of how reluctant the Irish courts are to impose positive obligations on public authorities, unless the text of the Constitution itself provides a clear legal basis for so doing[56]. This reflects a wider reluctance on the part of the Irish courts to

[46] [2010] IEHC 369.
[47] [2007] I IR 296 (SC).
[48] [1961] IR 114.
[49] [1972] IR 69.
[50] *McKenna v An Taoiseach (No 2)* [1995] 2 IR 10 (SC).
[51] *McCrystal v Minister for Children and Youth Affairs* [2012] IESC 53. This case-law has the effect of creating a somewhat odd legal situation, whereby a government that has piloted legislation proposing that a particular constitutional amendment be put to the people then has to adopt an institutional position of neutrality in respect of that proposal during the referendum campaign itself. (Government ministers can campaign for a particular side in their capacity as individuals: see *Jordan v Ireland* [2018] IEHC 438.) The rationale for this position is that the sovereign people should be empowered to decide for themselves how to vote on a particular amendment proposal, without being unduly influenced by the government of the day. Views differ as to how convincing this rationale is. But it does graphically illustrate the semi-sacred status accorded to popular sovereignty in the Irish constitutional imaginary.
[52] M. Cahill. *Introduction*, n. 18 above.
[53] [2015] IESC 33.
[54] *McCrystal* [2012] IESC 53, referred to at n. 51 above.
[55] *Draper v Attorney General* ([1984] *IR* 277 (SC); *Breathnach v Ireland* [2001] 3 *IR* 230 (SC).
[56] L. Cahillane, *The TD Case and Approaches to the Separation of Powers in Ireland*, in *Irish Judicial Studies Journal*, n. 3, 2022, pp. 10-19.

interfere with political decision-making, absent clear constitutional authorisation to do so. This should not be confused with a general, across-the-board, straightforwardly deferential stance. The Irish courts can be highly protective of rights, and quite interventionist in enforcing compliance with the constitutional scheme of separation of powers – but in so doing are careful to refer back to the specifics of the constitutional text, as amended over time via the referendum process.

Once again, this reflects the centrality of popular sovereignty to the Irish constitutional imaginary. The courts view their constitutional role as facilitating the democratic process and giving effect to the popular will as manifested though the text of the Constitution – rather than securing respect for an amorphous set of underlying fundamental values. This general description is backed up by a survey of recent Supreme Court jurisprudence by Casey and Doyle – who (as cited in the Introduction to this paper) note the Court's repeated emphasis on the importance of ascertaining the expressed will of the Irish people as articulated via the constitutional text, and their contrasting reluctance to invoke general moral precepts as a basis for their reasoning[57].

This stance explains certain notables features of Irish constitutional jurisprudence, which contrast in interesting ways with approaches adopted in many other democratic states. To start with, the Irish courts have also not developed much in the way of a substantive political process jurisprudence, concerned with protecting minority rights, clearing blockages in the political system and the like. They also tend to tread warily in giving effect to unenumerated constitutional rights, Dworkinian-style inherent legal principles or other unwritten values and norms which lack an explicit basis in the written text – although their position in this regard has fluctuated to some extent over time. Nor have they actively leaned into a 'transformative' constitutional agenda, in contrast to some national judiciaries – except insofar as adjusting colonial law from the era of British rule is deemed to require adjustment to reflect the new centrality of Irish popular sovereignty within the constitutional order, as was the case in *Byrne v Ireland* discussed above. In general, in the absence of an explicit constitutional mandate to embark on such alternative interpretative trajectories, the Irish courts focus instead on enforcing compliance with the framework of norms set out in the existing text of the 1937 Constitution – and see their constitutional role as bounded in those terms[58].

As a consequence, Irish constitutional rights jurisprudence tends to be extensive and detailed where the text provides a clear basis for normative development, but thin and lacking in development and structure when it does not. Thus, for example, the case-law on personal liberty rights and associated restraints on police search and seizure and the like is

[57] C. Casey, O. Doyle, *Charter or Higher Law?*, n. 14 above.
[58] See in general D. Prendergast, *Article 16 of the Irish Constitution and Judicial Review of Electoral Processes*, in L. Cahillane, J. Gallen, T. Hickey (eds), *Judges, Politics and the Irish Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 2017, pp. 252-268.

robust. However, the same could not generally be said for equality and non-discrimination protection – even though recent judgments have broken new ground in this respect[59].
Similarly, Irish separation of powers jurisprudence is often rigorous, but tends to be more detailed and precise in areas where the constitutional text indicates clear distinctions need to be made competencies of different branches of the state. It also can be at times quite formalistic in character, often taking its cue from the specific turns of phrase in the wording of constitutional provisions rather than from a more general conceptual vision of how the various elements of the constitutional framework should be read together as a unified whole. Again, however, changes are happening in this respect, with judges like the already mentioned Hogan J. seeking to set Irish constitutional jurisprudence on more normatively coherent foundations.
The form which Irish political process jurisprudence takes, and case-law related to fundamental rights/separation of powers doctrine more generally, has thus been heavily influenced by the centrality of popular sovereignty to the national constitutional imaginary. Far from being a residual or even a suspect concept, as it has become in many European states since 1945, the concept of the popular will continues to play a key structuring role within the ongoing evolution of Irish constitutional law.

6. Conclusion

numero 1/2024

Thus, as discussed, the primacy of the popular will, as expressed through constitutional text, remains the ultimate reference point of the Irish constitutional order. Popular sovereignty is not just viewed as the originating source of the legitimacy of the Irish constitutional order, but rather plays a continuing direct role in constitutional governance via the referendum mechanism and its status as the controlling value of constitutional interpretation. This reflects the historical legacy of Ireland's subjugation as a colonised territory, and the desire to shake off foreign rule and to affirm democratic self-determination[60]. It also reflects a certain reluctance to equate the legislative will with the popular will more generally, and an underlying strong commitment to the idea of a 'plebiscitary democracy'.
Few if any voices challenge the primacy accorded to popular sovereignty in the Irish constitutional imaginary. Eoin Daly and Tom Hickey have mapped out an alternative understanding of how the principle of popular self-government could be conceptualised within the Irish constitutional order, drawing upon neo-republican and political constitutionalist theory[61]. In particular, Tom Hickey has criticised how this orthodoxy is built around the dubious notion that the Irish people are a «single agent, with a collective

[59] C. O'Cinneide, *Equality Authority v Portmarnock Golf Club*, in *Dublin University Law Journal*, vol. 43, n. 2, 2022-3, pp. xx-yy.
[60] Ireland could be viewed as an early adopter of what Richard Albert has described as «decolonial constitutionalism» see R. Albert, *Decolonial Constitutionalism*, in *U of Texas Law, Legal Studies Research Paper No. 8/20/2024-RDA*, available at SSRN.
[61] E. Daly, T. Hickey, *The Political Theory of the Irish Constitution: Republicanism and the Basic Law*, Manchester, Manchester University Press, 2015.

will»[62]. In his view, this assumes that the people share a «thick, value-laden identity that renders [them] antecedent and superior to the Constitution», which disregards the reality that «the people are too vast to ever come together as one in any concrete sense». In contrast, Hickey argues that the constitutional text and existing case-law can be re-interpreted as supporting a different understanding of the ideal of popular sovereignty, one which views the people as «immanent within, rather than as antecedent to, the democratic constitutional system»[63]. But such views remain a minority perspective. Hogan J's views in *Doherty* encapsulate constitutional orthodoxy.

Indeed, if anything, this orthodoxy has strengthened in recent years. In particular, the functioning of the referendum mechanism has been credited with reinforcing a popular sense of participation in, and ownership of, the democratic process. Furthermore, numerous commentators have attributed what they see as Ireland's relative immunity from divisive 'populist' politics to these persisting traces of popular sovereignty in its constitutional governance structure[64]. In other words, the elements of popular sovereignty that remain active within the Irish constitutional order are widely regarded as deepening Irish democratic life. By supplementing the functioning of parliamentary democracy, they are credited with reducing the type of voter disconnection from the levers of power that has fuelled the growth of populism elsewhere.

However, some qualifications need to be entered here, as mentioned in the Introduction to this paper. To start with, voter discontent is not unknown in Ireland. Indeed, anti-establishment parties – specifically Sinn Féin – have grown considerably in strength over the last half decade or so. So copious constitutional affirmations of popular sovereignty and frequent recourse to the referendum mechanisms should not be taken as confirmation that Irish democracy is in perfect health. Such political dissatisfaction as exists is generally not targeted at the constitutional order as such. But it should be read as counselling against excessive complacency about democratic bona fides of Ireland's 'plebiscitary democracy'.

Furthermore, the recent failed attempt to amend the provisions of Article 41 of the Constitution which relate to care in the home showed how difficult it can be to generate broad popular support for specific reform proposals – especially, as happened in this case, when they are seen to be lacking in substance. This failed referendum also illustrated how government control over which amendment proposals are put to the public can be limiting. More ambitious reform proposals, supported by elements of civil society, were not put to the public – and this was widely seen as having restricted the referendum debate in an unsatisfactory way. In general, this debate highlighted the limitations of the referendum

[62] T. Hickey, *Popular Sovereignty in Irish Constitutional Law*, in *Dublin University Law Journal*, vol. 4, n. 2, 2018, pp. 147-170.

[63] Hickey cites Lars Vinx to the effect that «there can be no people prior to or apart from constitutional law, and all talk of the people as the historical author of the constitution is taken to be a fiction without normative relevance»: L. Vinx, *The Incoherence of Strong Popular Sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, n. 1, 2013, pp. 102.

[64] S. Hix, *Remaking Democracy: Ireland as a Role-Model*, in *Irish Political Studies*, vol. 35, n. 4, 2020, pp. 585-601.

process as a tool for engaging with complex social issues. Appeals to the popular will may not always be a workable substitute for ordinary political process.

The centring of popular sovereignty within the Irish constitutional order also potentially raises issues in respect of Ireland's place within wider structures of European governance, such as the EU and ECHR – which obviously entail a degree of *shared* sovereignty, in practice if not necessarily in theory. In one way, as discussed in Paragraph 3 and the Introduction, the continuing role played by the people as a collective entity has smoothed the way for Ireland's participation in EU integration in particular, with the referendum process being used to get public endorsement for treaty revisions resulting in enlarged EU competency. Also, Irish public opinion tends to be supportive of both the EU and ECHR as political projects, reflecting a wider sense that the national sovereignty of a small state like Ireland is best achieved via participation in larger governance structures[65]. Thus, when the legal ramifications of the above mentioned 'pro-life' 8th Amendment, approved by a referendum vote in 1983, started to clash with the requirements of EU and ECHR law, this conflict was headed off by subsequent referendums – passed in haste, with the explicit intention of bringing Irish constitutional law into line with European law. However, it is not impossible to envisage a future hypothetical scenario where a potential conflict between European legal norms and the claims of popular sovereignty might be less easy to resolve[66].

Finally, it is worth noting that the post-1937 Irish constitutional system has never faced a situation where it had to deal with a constitutional amendment that was widely perceived to threaten its 'basic structure' of democratic values, or which ran clearly counter to established international human rights norms. As a consequence, Irish fidelity to popular sovereignty as the supreme constitutional value has never come under any sustained normative pressure.

It remains to be seen whether and how this may change in the future. It may be the case that e.g. a deepening relationship with Northern Ireland, perhaps as art of a move towards unification, may provoke new thinking about popular sovereignty – not so much about the principle of popular self-government as such, but instead about the assumed unitary status of the Irish people. In this respect, Arato's concept of 'post-sovereignty' might come in play, i.e., the idea that the normative limits of 'sovereignty' as a democratic principle should be acknowledged and 'thematised' in the formulation of new constitutional norms[67]. But only time will tell. What is clear for now is that the centrality of popular sovereignty to the Irish constitutional order is deeply rooted. It remains integral to both popular and elite understanding of what respect for 'true democracy' entails, and continues to shape the

[65] C. O'Cinneide, *Democracy, Sovereignty and Europe: The Contrasting European Trajectories of Ireland and the UK*, in *VerfBlog*, 2023/4/12.

[66] In his judgment in *Costello v Government of Ireland* [2022] IESC 44, [179], Hogan J. indicated that ECHR membership – which has not been endorsed by a referendum – might be viewed as handing over excessive authority to a supranational court, if it was not for the ECHR's unique status as a rights protective instrument which «has long been a favourite of the law and our constitutional order».

[67] A. Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2016.

substance of political process review in Ireland and constitutional jurisprudence more generally.

numero 1/2024

numero 1/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-O1L

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a John Pitcairn Mackintosh *"The Devolution Of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism"*

Luigi Maria Pepe
Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato
Università degli Studi eCampus

costituzionalismo britannico e irlandese

n. 2/2024

RECENSIONE A JOHN PITCAIRN MACKINTOSH "*THE DEVOLUTION OF POWER. LOCAL DEMOCRACY, REGIONALISM AND NATIONALISM*"

di LUIGI MARIA PEPE*

ABSTRACT (ITA): *The Devolution of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism* di John Pitcairn Mackintosh esplora il concetto di devoluzione come processo di trasferimento di potere decisionale da istituzioni centrali a enti locali e regionali. L'Autore analizza il fenomeno nel contesto del Regno Unito, con una riflessione critica sulla tensione tra le esigenze di unità nazionale e le crescenti richieste di autonomia locale e regionale, alimentate spesso da sentimenti nazionalistici. Questo libro rappresenta un contributo fondamentale al dibattito sul decentramento, fornendo strumenti analitici utili per comprendere le dinamiche della politica locale e nazionale in un mondo sempre più interconnesso, ma allo stesso tempo frammentato.

ABSTRACT (ENG): *The Devolution of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism* by John Pitcairn Mackintosh explores the concept of devolution as a process of transferring decision-making power from central institutions to local and regional authorities. The author analyzes the phenomenon in the context of the United Kingdom, with critical reflection on the tension between the demands for national unity and the growing demands for local and regional autonomy, often fueled by nationalist sentiments. This book is a key contribution to the debate on decentralization, providing useful analytical tools for understanding the dynamics of local and national politics in an increasingly interconnected yet fragmented world.

PAROLE CHIAVE: Devoluzione, Nazionalismo, riforme costituzionali.

KEYWORDS: Devolution, Nationalism, constitutional reforms.

SOMMARIO: 1. John Pitcairn Mackintosh: biografia di uno scozzese errante; 2. Il percorso verso la *Devolution*; 3. A Proposito di "*The Devolution of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism*"; 3.1 Sulle problematiche del decentramento amministrativo britannico; 3.2 La proposta di Mackintosh: il quasi-federalismo asimmetrico; 4. Considerazioni conclusive: Mackintosh oggi.

1. John Pitcairn Mackintosh: biografia di uno scozzese errante

"*Why should the words «local government » induce a sense of boredom in even the most politically interested citizens?*"

È con queste parole che J.P. Mackintosh apre il suo lavoro "*The Devolution of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism*", chiedendo ai lettori perché talvolta susciti disinteresse il parlare del governo locale. In realtà, ciò che J.P. Mackintosh intendeva dire è che il parlare di governo locale può suscitare non tanto disinteresse, bensì ben più complessi dilemmi e interrogativi. Difatti, ciò che aveva ben compreso è come il nodo del governo locale fosse particolarmente delicato – nonché cruciale – da risolvere all'interno della forma di governo britannica. Aveva capito che l'intensità delle istanze nazionaliste sarebbe incrementata e che risolvere la sfida del governo locale significava risolvere la crisi dell'unità del Regno.

Siamo nella Gran Bretagna della seconda metà del XX secolo, nel pieno delle politiche unioniste, in un contesto in cui qualsiasi iniziativa o proposta di decentramento delle

* Professore associato di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi eCampus.

competenze veniva accolta con distacco, se non decisamente osteggiata, al fine di evitare i tumulti e le problematiche sulla scia degli episodi dell'Irlanda del Nord[1]. È, dunque, in questo contesto tumultuoso che, di contro, uno studioso alquanto visionario volse lo sguardo non alle vicende che sarebbero poi diventate europee e internazionali, ma a quelle interne, ben più importanti per la stabilità costituzionale del Paese.

John Pitcairn Mackintosh (24 agosto 1929 – 30 luglio 1978), nato a Simla, in India, ma cresciuto a Edimburgo, è stato un eminente storico, politico e accademico scozzese, noto per il suo significativo contributo alla teorizzazione, in tempi non sospetti, della *Devolution* nel Regno Unito e per aver alimentato il dibattito intorno a quella che sarà la più importante riforma costituzionale per il Regno Unito.

Mackintosh, di radici scozzesi (il padre, di origine scozzese, era un ufficiale dell'amministrazione coloniale britannica in India), sin dall'infanzia venne esposto a una realtà multiculturale che, benché distante dalla Scozia, contribuì a plasmare in lui non solo una visione internazionale ma, allo stesso tempo, un profondo legame con l'identità scozzese, la quale ben presto divenne un elemento distintivo del suo pensiero. Dopo aver intrapreso il suo percorso formativo presso il Melville College e poi l'Università di Edimburgo, proseguì gli studi al Balliol College dell'Università di Oxford, fino ad arrivare presso l'Università di Princeton, dove ebbe occasione di seguire, in prima persona, i momenti cruciali della politica americana e, perché no, di immaginare il modello federale americano trapiantato nel Regno Unito di Gran Bretagna[2].

Siamo in anni non semplici per il Regno Unito, in un'epoca profondamente segnata da mutamenti nella politica britannica, con un costante e crescente malcontento verso il centralismo di Westminster, soprattutto in Scozia e Irlanda del Nord. La concentrazione del potere a Londra stava alimentando un risentimento nelle nazioni periferiche del Regno Unito, dando origine ai movimenti che reclamavano una maggiore autonomia. In questo contesto, Mackintosh seguì con attenzione gli sviluppi e le dinamiche, cosicché, ispirato

[1] Verso la prima metà degli anni '90, la devoluzione, non era completamente fuori dai tavoli politici essendo stata sollevata come un'opzione per la Scozia e per il Galles, principalmente in relazione alle implicazioni di un cambiamento costituzionale di vasta portata in Irlanda. Nel 1924, George Buchanan, deputato per la circoscrizione di Glasgow, tentò di promuovere un nuovo disegno di legge per la Scottish Home Rule a Westminster. Fu rapidamente respinto perché i politici unionisti ritenevano che qualsiasi ulteriore cambiamento nell'assetto politico del Regno Unito a quel tempo, sulla scia dell'Irlanda, avrebbe senza dubbio posto una pressione insopportabile sulla natura unitaria della costituzione britannica. L'home rule scozzese fu spesso discussa alla Camera dei Comuni, soprattutto nell'ambito dei progetti di "devoluzione a tutto tondo" di Gladstone, ma nessun disegno di legge arrivò a legiferare per istituire un Parlamento per la Scozia, simile a quello previsto per l'Irlanda del Nord (e per l'Irlanda del Sud, anche se mai attuato) dal *Government of Ireland Act 1920*, capitolo 67. Vedi C. SMOUT, *A History of the Scottish People 1560-1830*, Londra, 1972, p. 470; C. SMOUT, *A Century of the Scottish People 1830-1950*, Londra, Fontana Press, 1986, p. 320.

[2] Durante la permanenza negli Stati Uniti assistette a momenti cruciali della politica americana, tra cui le elezioni presidenziali del 1952, che segnarono l'elezione di Dwight Eisenhower. Mackintosh osservava con attenzione la società americana e il clima politico della Guerra Fredda, registrando osservazioni pungenti nei suoi scritti personali'. Mackintosh osservava gli effetti del maccartismo (Joe McCarthy) nel campus di Princeton, notando come molti accademici in tutto il paese erano nel mirino intimidatorio di McCarthy e gli studenti erano troppo terrorizzati per firmare una petizione contro questa "caccia alle streghe". Vedi J. P. MACKINTOSH, *Forty Years On?*, in *The Political Quarterly*, vol. 39, n. 1, 1968.

dalle istanze autonomiste, si dedicò alla teorizzazione della questione devolutiva quale possibile rimedio alle tensioni territoriali nel Regno Unito. L'Autore, *in primis*, temeva la concentrazione del potere a livello di governo centrale a discapito delle realtà locali e della loro rappresentanza. Da qui, iniziò a distinguersi quale fervente sostenitore dell'autonomia scozzese e del concetto di doppia nazionalità, che consentisse ai cittadini scozzesi di identificarsi sia come scozzesi che come britannici[3]. In particolare, per la Scozia, il decentramento amministrativo già avviato nel 1885 con l'introduzione dello *Scottish Office* ad opera del *The Secretary for Scotland Act 1885*, seppur garantisse una distintività scozzese e un'autonomia amministrativa anche su importanti questioni di politica pubblica[4], ancora non assicurava quel dato di rappresentatività del popolo scozzese nelle questioni di rilievo nazionale tale da sedare le istanze autonomiste[5]. Fu così che Mackintosh si ostinò a difendere le virtù della devoluzione pur essendo consapevole delle difficoltà politiche che essa comportava, specie attraverso una penetrante critica della legislazione del governo laburista negli anni '70[6].

L'interesse per la questione devolutiva nacque, senz'altro, dai suoi studi accademici sulle forme di governo[7], partendo dal presupposto che la *Devolution* andava considerata, essenzialmente, quale una forma di governo a più livelli, tra il federalismo e il regionalismo, tale da creare degli accordi costituzionali e di dialogo tra centro e periferia se non altro al fine di migliorare la rappresentanza democratica e, pertanto, preservare l'unità dello Stato. Siamo in anni bui, in cui i cittadini avevano fortemente perso interesse verso la cosa pubblica e il Regno Unito affrontava significativi cambiamenti economici, tra cui il declino dell'industria che, talaltro, colpì duramente la Scozia. Era necessario un coinvolgimento non soltanto intellettuale bensì politico, al fine di dar voce alle istanze autonomiste e per intavolare presso *Westminster* delle riforme volte a un effettivo decentramento e a un maggiore autogoverno. Mosso da queste idee, partecipò alle elezioni per il collegio di *Edinburgh Pentlands* nel 1959 e per *Berwick* e *East Lothian* nel 1964, venendo poi eletto membro del Parlamento nel 1966. Nelle elezioni del febbraio del 1974, tuttavia, perse il suo seggio a favore del Partito Conservatore, ma lo riconquistò nell'ottobre dello stesso anno. Appassionato sostenitore della *Devolution* in Scozia, nel 1976, durante il suo mandato parlamentare, celebre è l'affermazione pronunciata alla Camera dei Comuni: *"La gente in*

[3] G. WALKER, *John P. Mackintosh, Devolution and the Union,* in *Parliamentary Affairs,* vol. 66, 2013, pp. 557-578; vedi anche H. DRUCKER (ed.), *John P. Mackintosh on Scotland*, London, Longman, 1982.

[4] Accanto allo *Scottish Office*, venne deciso di decentralizzare anche altre istituzioni per una gestione locale delle stesse: si pensi al corpo di polizia, al National Health Service o ad alcune industrie nazionalizzate con l'eccezione della competenza tributaria, cfr. M. KEATING, *The Government of Scotland: Public Policy Making after Devolution*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 2010, p. 290.

[5] Con il *The Secretary for Scotland Act 1885,* venne introdotto un vero e proprio ministro per gli affari scozzesi, il *Secretary for Scotland.*

[6] G. WALKER, *John P. Mackintosh, Devolution and the Union*, cit., p. 558 ss.

[7] R. PARR, C. RAAB, *John Pitcairn Mackintosh 1929-1978 Archives Of An Academic And Political Life*, University of Edinburgh, 2023, p. 26.

Scozia desidera un certo grado di governo per sé stessa. Non è al di là dell'ingegno dell'uomo ideare le istituzioni per soddisfare queste esigenze"[8].

All'impegno politico non poté che affiancarsi quello accademico con numerosi incarichi universitari i quali, senza dubbio, conferirono alle sue tesi devolutive quella forza disciplinare e teorica[9]. Invero, le sue tesi non trovarono ospitalità esclusivamente all'interno delle aule parlamentari, bensì trovarono ampia divulgazione attraverso la sua fervida produzione scientifica, sia accademica che giornalistica[10], pubblicando opere quali: *"The Devolution of Power", "The English Cabinet"* (1968)[11], *"The Government and Politics of Britain"* (1970), *"Nigerian Government and Politics"* (1966), quest'ultima opera emblematica testimonianza per il suo interesse per il diritto straniero, fino ad arrivare a *"British Prime Ministers in the Twentieth Century"* (1977), approfondendo il ruolo dei primi ministri britannici del XX secolo ed esaminando le loro politiche, le sfide che hanno affrontato e il loro impatto sulla società e sulla politica britannica[12].

John P. Mackintosh morì in carica nel 1978, all'età di 48 anni, e riposa nel cimitero di Gifford, nell'East Lothian. Il suo impegno politico e accademico, tutt'oggi, viene ricordato e omaggiato, segno che il percorso costituzionale intrapreso dal Regno Unito e la relativa spinta democratica a favore degli accordi devolutivi non fu che frutto del suo impegno, della sua dedizione e del suo ingegno[13].

numero 1/2024

1. Il percorso verso la *Devolution*

Mackintosh sviluppò una visione equilibrata e pragmatica della *Devolution*.

Non era un separatista, piuttosto, credeva in un Regno, unito ma più decentralizzato, in cui le diverse nazioni che lo componevano potessero gestire autonomamente questioni locali, senza rompere l'unità nazionale. Questo approccio lo differenziava da coloro che, in

[8] Citazione che, ad oggi, è incisa sulla soglia della Donald Dewar Room del Parlamento scozzese di Holyrood.

[9] Dal 1961 al 1963 ha ricoperto il ruolo di *Senior Lecturer* in *Government* presso l'Università di Ibadan in Nigeria, per poi diventare professore in *Politics* all'Università di Strathclyde e all'Università di Edimburgo, riuscendo così a conciliare le sue responsabilità alla Camera dei Comuni con l'insegnamento. Era un fervente sostenitore delle lezioni formali, e scriveva le sue osservazioni a mano, un approccio che lo rese particolarmente apprezzato dagli studenti.

[10] Dirigeva una rubrica sia sul *Times* che sul *The Scotsman*, apparendo anche in programmi televisivi e conferenze pubbliche nonché redattore di *The Political Quarterly* e presidente della Hansard Society.

[11] 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, Giappichelli, 2004.

[12] G. ROSEN, *Reputations John P. Mackintosh: His Achievementsand Legacy*, *The Political Quarterly Publishing Co. Ltd*, 1999; cfr. anche D. MARQUAND (ed)., *John P. Mackintoshon on Parliament and Social Democracy*, London, Longman, 1982, p. 288.

[13] Si ricordi che le celebrazioni del 40° anniversario della morte di John P. Mackintosh, si sono tenute attraverso un *Memorial Debate* organizzato congiuntamente dall'Università di Edimburgo, dalla John P. Mackintosh Lecture Committee e dal Parlamento scozzese con una tavola rotonda dal titolo "*Where now for democracy?",* presieduta dal Presiding Officer, Ken Macintosh MSP. Importanti sono anche le testimonianze di eminenti personalità del mondo della politica quali Gordon Brown, leader del Partito Laburista dal 2007 al 2010, il quale più volte e in pubbliche occasioni, ha affermato che fu grazie a J.P. Mackintosh che la fiamma e l'impegno laburista per la devoluzione vennero mantenuti vivi specie durante gli anni di dura gestione dell'ufficio scozzese da parte di Willie Ross; cfr. Intervista con Rt Hon. Gordon Brown MP.

Scozia, reclamavano l'indipendenza totale. Mackintosh iniziò a dedicarsi al tema quando percepì che il centralismo di Westminster stava erodendo la legittimità del sistema politico britannico nelle regioni periferiche, in particolare in Scozia. Questa consapevolezza derivava sia dalle sue esperienze politiche che dalle sue radici scozzesi che, dunque, lo spinsero a cercare soluzioni tali da poter preservare l'unità del Regno, rispettando e preservando le diversità interne. Negli anni '60, l'emergere del Partito Nazionale Scozzese (SNP) e il suo crescente sostegno preoccupavano molti esponenti del governo centrale, ma Mackintosh vide nella sua affermazione un'evidente risposta democratica a questa sfida piuttosto che una minaccia. La sua visione si inseriva in un contesto storico di tensione tra centralismo e decentralizzazione, in cui i cittadini delle diverse nazioni del Regno Unito chiedevano maggiore controllo sulle loro vite e territori.

Non c'è da stupirsi, dunque, sull'impatto che hanno avuto il pensiero dell'Autore e, di conseguenza, la sua opera, capaci di influenzare profondamente il dibattito successivo sulla questione della devoluzione, grazie ad una visione, la sua, che ha contribuito alla nascita di una diversa dottrina politica. Una dottrina che vede la *Devolution* non come un compromesso temporaneo, ma come un processo essenziale per la democrazia britannica[14]. Non credeva in soluzioni drastiche come la secessione, ma in un processo graduale di riforma che avrebbe potuto risolvere le tensioni regionali e rafforzare la democrazia; testimonianza questa di un approccio pragmatico e non ideologico alla questione[15]. Sebbene Mackintosh sia morto prematuramente nel 1978, il suo pensiero ha gettato le basi per le riforme che seguiranno negli anni '90 e che condussero alla creazione del Parlamento scozzese e dell'Assemblea Nazionale del Galles. Queste riforme costituzionali rispecchiano, in gran parte, le idee da lui promosse, facendo della *Devolution* una delle riforme costituzionali più significative del Regno Unito e lui uno dei principali teorizzatori.

Pertanto, oggi Mackintosh è correttamente ricordato quale uno dei padri fondatori della *Devolution* britannica con il suo Volume "*The Devolution Of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism*", il quale delinea precisamente il nuovo volto che il Regno Unito di Gran Bretagna avrebbe, per molti aspetti, assunto in seguito.

2. A proposito di *"The Devolution of Power. Local Democracy, Regionalism and Nationalism"*

2.1 Sulle problematiche del decentramento amministrativo britannico

[14] Ciò testimoniato dalla dottrina successiva sia internazionale che nazionale che ha definito la *Devolution* quale un processo ancora oggi in corso di evoluzione. Sul punto v. per la dottrina britannica C. HIMSWORTH, C.M. O'NEILL, *Scotland's Constitution: Law and Practice*, Edimburgo, Bloomsbury, 2021, p. 1372; S. TIERNEY, *Giving with one hand: Scottish Devolution within a unitary state,* in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, n.4, 2007, pp. 730-753. Per la dottrina italiana cfr. A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, Il Mulino, 2021; C. MARTINELLI, *Il processo devolutivo come specchio delle specificità costituzionali del Regno Unito,* in *Istituzioni del Federalismo*, 2018, n. 2, pp. 393-410; G. CARAVALE, *A family of nations. Asimmetrie territoriali nel Regno unito tra Devolution e Brexit,* Napoli, Jovene, 2017.

[15] D. MARQUAND, *J. P. Mackintosh, Scotland, the Constitution and Change*, Edimburgo, Edinburgh University Press, 1982.

L'opera *"The Devolution of Power"* ha avuto un impatto significativo nel dibattito politico britannico, contribuendo a creare una base teorica per le successive riforme costituzionali. Il Libro rappresenta una delle analisi più significative e lungimiranti sul tema della *Devolution* e sulla riforma costituzionale nel Regno Unito. Pubblicato verso la fine degli anni Sessanta, in un periodo di crescente dibattito sul decentramento amministrativo e sull'autonomia regionale, si configura come una sintesi delle proposte di Mackintosh per un sistema politico più democratico e decentralizzato, capace di rispondere alle esigenze delle nazioni costitutive del Regno Unito, in particolare Scozia e Galles.

Affidandosi ad uno stile lucido e accessibile, qualità non scontate per un tema complesso come la riforma dell'apparato costituzionale britannico, l'Autore di *"The Devolution of Power"* si distingue, rispetto a coloro che anche hanno ugualmente affrontato il tema in quel contesto storico, per il rigore analitico e l'approccio inclusivo, attraverso cui riesce a coniugare la teoria costituzionale con il pragmatismo politico. La chiarezza con cui Mackintosh illustra il suo progetto dimostra non solo la sua padronanza del tema, ma anche la sua capacità di trasmettere idee complesse a un pubblico più vasto, oltre che agli operatori del diritto e della scienza politica.

La sua è una prospettiva chiara e documentata che, a differenza di altri sostenitori della *Devolution*, si distacca dalle semplici rivendicazioni identitarie o etniche, ma si delinea come una proposta costituzionale ben ponderata, in cui il decentramento è visto come una riforma pragmatica e funzionale. Dunque, nella sua opera, egli esplora le dinamiche del decentramento e delinea la *Devolution* come strumento necessario per rendere il governo più rappresentativo e responsabile nei confronti delle regioni periferiche, come la Scozia, il Galles e l'Irlanda del Nord.

Il pensiero dell'Autore è caratterizzato da una forte visione pragmatica e riformista, che respinge il nazionalismo estremo, osservando gli accordi devolutivi quale leva per rafforzare e non indebolire l'Unione. Infatti, piuttosto che proporre una rottura radicale con il passato, egli vede questo processo di devoluzione come un'evoluzione necessaria del sistema britannico, volta a preservare l'unità del Regno Unito adattandosi alle mutevoli evoluzioni delle realtà politiche e sociali[16]. Non c'è da sorprendersi, dunque, che l'accademico non fosse favorevole all'indipendenza scozzese, ma piuttosto a una forma di autogoverno che mantenesse la Scozia all'interno del Regno Unito, pur garantendole maggiori poteri decisionali sulle questioni locali. A differenza di molti altri pensatori della sua epoca[17], egli riteneva che la centralizzazione non fosse sempre la soluzione migliore per la stabilità politica e amministrativa, anzi sottolineava i numerosi pericoli di un approccio troppo rigido e insisteva sulla necessità di un sistema politico più flessibile, capace di rispondere alle diverse esigenze delle regioni. Secondo l'Autore, la *Devolution* avrebbe consentito ai

[16] A. TORRE, *Pluralismo e asimmetrie in uno Stato unitario: Istituzioni, caratteri e politiche della Devolution nel Regno Unito* in A. BENAZZO (a cura di), *Federalismi a confronto. Dalle esperienze straniere al caso veneto*, Padova, Cedam, 2010, p. 460.

[17] Tra i principali sostenitori del diritto costituzionale britannico quale sistema chiuso fortemente ancorato alla dottrina diceyana della sovranità del Parlamento a discapito dell'autonomia delle entità substatali giova menzionare Lord Hailsham, Lord Denning, Lord Diplock, Enoch Powell, Edward Heath.

cittadini delle regioni di avere una rappresentanza più vicina alle loro realtà, una maggiore partecipazione democratica, preservando così l'unità nazionale. La sua proposta si fondava sul principio di sussidiarietà, per cui le decisioni dovevano essere prese al livello più vicino possibile ai cittadini, mantenendo centrali temi come la difesa e la politica estera e conferendo ai Parlamenti "devoluti" poteri su materie come l'istruzione, la sanità e le infrastrutture.

L'opera si divide in diversi capitoli.

Nella prima parte del Volume, l'Autore si sofferma sulle origini del centralismo britannico. Egli traccia l'evoluzione del sistema parlamentare britannico, sottolineando come il Regno Unito abbia sviluppato un modello di governo unitario che, nel tempo, ha trascurato le peculiarità regionali. In aggiunta, illustra i limiti del sistema e propone riflessioni sulle possibili riforme, volte a migliorare l'efficienza e l'autonomia delle autorità locali e regionali.

L'Autore parte con l'elencare le debolezze strutturali e di percezione che affliggono il governo locale, soffermandosi sulla particolare attenzione che viene data all'inadeguatezza dei sistemi elettorali a livello locale e alla scarsa partecipazione pubblica, spesso dovuta alla percezione dell'inefficacia del governo decentrato medesimo.

Infatti, occorre ricordare che fino alle riforme costituzionali degli anni '90, il Regno Unito aveva semplicemente optato per un decentramento amministrativo che, per quanto necessario e funzionale, risultava ancora inadeguato, non riflettendo le più moderne esigenze di rappresentatività[18].

L'Autore, difatti, parla di distinzioni amministrative tra città e campagna, ancora di retaggio medievale. Il *Municipal Corporations Act* del 1835, ad esempio, uniformò il sistema dei *borough* nelle aree urbane, mentre nelle aree periferiche il sistema di suddivisione amministrativa risentiva ancora del retaggio aristocratico, dovendo attendere l'introduzione dei *county councils* nel 1888 per mezzo del *Local Government Act 1888*. Già questa distinzione denotava un'amministrazione frammentata, con complessità aggiuntive per le città minori, che godevano di limitata autonomia e continuavano a dipendere da questa suddivisione amministrativa a discapito di una gestione autonoma di determinate competenze strategiche. Dunque, sotto il profilo amministrativo, l'Autore fotografa un sistema di governo locale ancora non organico sui vari livelli amministrativi e caratterizzato da inefficienze e complessità dovute a sovrapposizioni di competenze inadeguate, specie tra aree urbane e rurali.

Ovviamente, la disorganicità delle suddivisioni amministrative tra aree urbane e periferiche si riversava e cagionava problematicità anche sotto un profilo finanziario. Per l'Autore, questa frammentazione amministrativa coniugata all'assenza di competenza esclusiva nella gestione della tassazione e delle imposte locali - costringendo le autorità locali a dipendere quasi esclusivamente dai contributi del Governo centrale – aveva, senza dubbio, aggravato ulteriormente il malcontento generale. Tali limitazioni del sistema finanziario e tributario,

[18] G. MORTON, *Unionist-Nationalism: Governing Urban Scotland, 1830-1860*, East Linton, Tuckwell Press, 1999, p. 190. Vedi ulteriormente J. KELLAS, *The Scottish Political System*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 176.

in aggiunta alla complessità delle riforme fiscali, rendevano talaltro difficile per i cittadini comprendere poi l'aumento dei costi dei servizi essenziali.
Sul punto, l'Autore pone un interessante esempio illustrando come un politico locale di quegli anni, durante un'intervista, non fosse in grado di rispondere alle domande sui costi degli investimenti in nuove abitazioni e infrastrutture nel piano di espansione delle *Scottish Borders* intrapreso nel 1968 (poi conclusosi nel 1975 con l'unificazione delle contee Berwickshire, Peebleshire, Roxburghshire, Selkirkshire e parte di Midlothian nell'area amministrativa dei *Scottish Borders*) palesando, appunto, i problemi di coordinamento tra le diverse autorità locali, nonché tra il governo centrale e le autorità locali.
Ulteriore problematicità ad aver creato le frizioni tra centro e periferia, secondo l'Autore, riguarda la forte sperequazione salariale e le conseguenti difficoltà di assunzione e mantenimento di personale qualificato, sottolineando come all'incirca il 48% degli impiegati considera di lasciare il proprio posto di lavoro. L'assenza di salari competitivi e retribuzioni adeguate anche per le amministrazioni periferiche comporta la difficoltà nell'attrarre talenti e, quindi, garantire competenze a livello gestionale della cosa pubblica. Una reazione a catena che porta a una stagnazione e conseguente mancanza di vento riformista di cambiamento, creando un quadro inadeguato per affrontare le sfide moderne. Non solo.
Mackintosh critica il fatto che le riforme vengano affrontate in modo frammentato attraverso diverse commissioni, ognuna che esamina questioni separate, senza un approccio integrato. Queste criticità dovrebbero invece suggerire un approccio che consideri le interconnessioni tra le diverse aree e settori amministrativi. Sottolinea, inoltre, l'importanza di analizzare le funzioni del governo locale, suggerendo l'inserimento di una commissione chiamata a esaminare non solo le competenze attuali, ma anche quelle che potrebbero essere delegate dal governo centrale.
Non manca poi all'Autore di menzionare la percezione pubblica del governo locale, segnata da una crescente sfiducia nei confronti delle autorità locali e del loro impatto reale sulla vita dei cittadini. Mackintosh sostiene che per rendere il sistema democratico efficace sia necessaria una struttura locale realmente rappresentativa e in grado di attirare l'interesse del pubblico. Propone, quindi, un sistema che permetta variazioni regionali per meglio rispondere alle esigenze locali, aumentando l'efficacia e la partecipazione democratica. Difatti, anche la *Royal Commission*, in quegli anni ('60), valutò diverse opzioni di *governance* locale in Inghilterra, con l'iniziale preferenza per il mantenimento delle autorità esistenti, con alcune modifiche. Tale posizione rispecchiava la visione di R. H. S. Crossman, ministro per l'edilizia, che favoriva un sistema di autorità regionali "unitarie" centrato su aree come *Coventry*[19].
Proseguendo nell'analisi del Volume, si può osservare come Mackintosh descriva come la *devolution* possa superare tali criticità, proponendo un sistema basato su autonomie regionali

[19] Cfr. anche D. TANNER, *Richard Crossman, Harold Wilson and Devolution, 1966–70: the making of government policy*, in *Twentieth Century British History*, vol. 17, n. 4, 2006, pp. 545–578.

forti e indipendenti. L'Autore esamina l'idea di un governo locale incentrato su aree urbane di grande rilevanza.

Questo modello ibrido di "città - regione" vede come sette conurbazioni principali (Londra, Glasgow, Birmingham, Manchester, Liverpool, Leeds e Newcastle) possano costituire centri autonomi capaci di amministrare una vasta popolazione. Il modello ipotizzato estenderebbe i confini per abbracciare le aree adiacenti e periferiche, seguendo l'esempio di Londra, facilitando l'identificazione culturale per alcune città e potenziando la gestione dei servizi essenziali. Tale configurazione risolverebbe problematiche di identificazione culturale, ad esempio per le città di Newcastle e Sunderland o Manchester e Bolton, con un approccio peraltro in linea con i suggerimenti contenuti nel *White Paper on Local Government in Wales* del 1967 che, appunto, raccomandava la riduzione delle aree amministrative gallesi da tredici a cinque. Le restanti contee verrebbero riorganizzate in unità più grandi, riducendo il numero totale e creando un equilibrio politico tra le diverse aree.

Questo modello riformato permetterebbe il mantenimento delle attuali funzioni delle autorità locali in un sistema a due livelli, ove i distretti urbani potrebbero organizzarsi secondo il modello dei *borough* londinesi, mentre le contee verrebbero suddivise in borghi di contea e ampi consigli distrettuali rurali. In questo contesto, l'aumento delle dimensioni delle unità di governo locale agevolerebbe la gestione delle funzioni istituzionali, risolvendo alcune inefficienze del sistema attuale. La proposta mira a concentrare funzioni amministrative e decisionali in queste ampie unità regionali, trasferendo competenze dal governo centrale alle autorità locali con specifico riferimento a: pianificazione economica e uso del suolo, industria (almeno sulle piccole e medie imprese), istruzione, risorse energetiche e trasporti, agricoltura e silvicoltura, pianificazione turistica e ambientale, servizi sociali, sanità e servizi di polizia. Le regioni disporrebbero anche di una "competenza generale" per promuovere il benessere locale attraverso iniziative non espressamente vietate dal riparto di competenze, riducendo così l'ingerenza centrale. Molto simile al principio secondo cui tutte le competenze non espressamente riservate a Westminster sono da intendersi di rilievo e competenza per le autorità devolute. La gestione di queste grandi regioni urbane o metropolitane presenterebbe, però, alcune e ulteriori sfide, tra cui la necessità di unità amministrative intermedie per aree urbane estese come Londra, al fine di evitare che queste grandi aree siano poi percepite come distanti dalla popolazione locale, indebolendo conseguentemente il senso di rappresentanza. L'adozione di questo sistema, infatti, si scontrerebbe con il rischio di frammentazione tra le aree urbane e rurali e potrebbe generare disparità nell'accesso ai servizi.

L'Autore poi continua a esplorare le sfide e le limitazioni del regionalismo britannico, concentrandosi sulle tensioni tra centralismo e decentralizzazione. L'analisi evidenzia come la spinta a mantenere il controllo a livello centrale, soprattutto a Whitehall e Westminster, ostacoli una vera autonomia regionale, necessaria per rispondere alle specificità locali. In questo contesto, sebbene esista un certo interesse per un'organizzazione amministrativa regionale, tale tendenza viene spesso strumentalizzata per limitare l'effettiva distribuzione

del potere, preferendo modelli centralizzati con margini di autonomia solo apparenti. Esempio emblematico - riportato dall'Autore - è proprio la Scozia e lo *Scottish Office*, ovverosia quello di un'amministrazione regionale che funziona meglio grazie a una struttura più coordinata, ma soffre comunque delle limitazioni imposte dalla centralizzazione delle risorse e delle decisioni. Tale assetto è replicato anche in Galles, dove l'autonomia regionale è amministrata dal *Secretary of State for Wales*. La Scozia, in particolare, vede una distribuzione frammentaria delle competenze tra dipartimenti locali e Whitehall, impedendo una vera autonomia politica. Inoltre, ci si sofferma anche sulla creazione del *Greater London Council* (G.L.C.), nato nel 1963 per rispondere alle esigenze di una metropoli con otto milioni di abitanti. Questo ente, progettato per coordinare la pianificazione e i servizi, dimostra come le autorità locali elettive possano comunque trovare limitata la propria capacità decisionale sotto il peso del controllo centrale, limitando l'efficacia di politiche su misura.

Nell'analizzare le forme del decentramento amministrativo nel Regno Unito e le relative limitazioni, Mackintosh non può che giungere alla naturale conclusione che seppur una semplice *Devolution* amministrativa abbia arrecato dei vantaggi (sebbene insufficienti), l'effettiva autonomia rimane ridotta e il regionalismo appare destinato a un ruolo subalterno. Per realizzare una vera riforma a favore di un governo regionale realmente autonomo, la *Devolution* da amministrativa deve diventare costituzionale con l'introduzione di enti elettivi indipendenti, capaci di garantire un controllo diretto da parte dei cittadini, superando l'accentramento che domina il sistema britannico.

Questo vento democratico della *Devolution* non può che avere che un impatto positivo, specie sotto il profilo della rappresentanza politica e dell'efficacia delle istituzioni britanniche. Se da un lato il centralismo di Westminster ha progressivamente allontanato i cittadini, soprattutto nelle regioni più periferiche, dalla politica nazionale, la creazione di istituzioni "devolute", come parlamenti e assemblee regionali, costituisce l'unico modo per rafforzare il sistema democratico del Regno Unito, permettendo una maggiore partecipazione dei cittadini e una più adeguata rappresentanza degli interessi locali. La devoluzione, quindi, quale unico mezzo per colmare questo divario, permette ai cittadini di partecipare in maniera più diretta alle decisioni che riguardano il loro contesto specifico.

2.2 La proposta di Mackintosh: il quasi-federalismo asimmetrico

I Capitoli Settimo e Ottavo sono dedicati all'analisi – da parte di Mackintosh – dell'ascesa del nazionalismo scozzese e gallese, non mancando all'Autore di individuare un altro dei tratti fondamentali della riforma costituzionale devolutiva, ovverosia il suo carattere flessibile-asimmetrico. Difatti, Mackintosh non può che notare come le diverse realtà locali di Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord devono essere trattate (e quindi amministrate) distintamente con un certo grado di flessibilità che la *Devolution* costituzionale deve conferire alle politiche regionali. L'asimmetria è giustificata da disparità economiche, sociali e culturali di antico retaggio con tali differenze che, chiaramente, richiedono

soluzioni politiche su misura; specie se tale riforma deve rispondere e sedare le sempre più pressanti istanze nazionaliste.

Il sorgere del nazionalismo in questi Paesi, infatti, viene visto dall'Autore come risposta automatica all'alienazione provocata dal centralismo statale, sempre più lontano dalle reali esigenze del popolo. Al fine di supportare l'anzidetta tesi, Mackintosh fa un passo indietro esplorando nello specifico il nazionalismo gallese e scozzese alla ricerca delle cause storiche, sociali e politiche che ne hanno alimentato l'emergere e, di conseguenza, l'evoluzione.

Il nazionalismo gallese trova le sue origini nelle tradizioni locali e in una forte identità culturale, spesso in contrasto con la nobiltà inglese e la Chiesa anglicana poiché percepite come distanti dalle masse gallesi. Le politiche di assimilazione culturale e linguistica hanno rafforzato invece il desiderio di una coscienza nazionale, con sviluppi nell'istruzione e nella cultura tali da sostenere una vera a propria rinascita della letteratura gallese e di una crescente consapevolezza dell'identità nazionale. Tuttavia, il Galles è rimasto diviso, con forti contrasti tra le aree rurali e industriali. Il movimento nazionalista ha guadagnato terreno tra le élite culturali, ma ha faticato ad ottenere supporto nelle aree urbane, dove prevaleva il *Labour*. Negli anni '60, il partito gallese di centrosinistra, il *Plaid Cymru,* ottenne maggiore sostegno, culminando con l'elezione di *Gwynfor Evans*, il quale divenne un simbolo di riscatto nazionale. Nonostante le divisioni interne, il sentimento gallese di autonomia e rappresentanza crebbe, anche se la mancanza di un'assemblea gallese eletta continua a sentirsi come un forte ostacolo[20].

Situazione diversa in Scozia, dove il nazionalismo ha avuto radici storiche differenti. Il Paese, pur unito all'Inghilterra dall'Act of Union del 1707, ha mantenuto istituzioni distintive, come il proprio sistema giuridico e la Chiesa presbiteriana[21]. A differenza del Galles, la lingua gaelica non ha rappresentato un elemento unificante, e il nazionalismo scozzese non si è coagulato attorno a un'identità culturale unica. Tuttavia, a partire dal XIX secolo, si manifestarono movimenti di protesta contro la sottorappresentanza, culminando con la fondazione del Partito Nazionale Scozzese (SNP) nel 1934, che sfruttò abilmente questo malcontento, promuovendo un'immagine della Scozia come nazione oppressa[22]. Mackintosh attribuisce il successo del movimento nazionalista anche alla percezione di una disparità economica tra Scozia e Inghilterra, suggerendo che una

[20] Per un approfondimento vedi R. RAWLINGS, *Delineating Wales: Constitutional, Legal and Administrative Aspects of National Devolution*, Cardiff, University of Wales Press, 2003, nonché A. TRENCH, *Wales and the Westminster Model*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 63, n. 1, 2010, pp. 117-133.

[21] Vedi A. TORRE, *Le Corti di Scots law. Sistema giuridico e autogoverno pluralistico del suo Giudiziario*, in *DPCE*, n. 4, 2020, pp. 5033-5044; cfr. D.M. WALER, *The Scottish Legal System: An Introduction to the Study of Scots Law*, Londra, W. Green, 2001.

[22] Il *National Party for Scotland* fu fondato nel 1928 e si presentò alle elezioni l'anno successivo. Nel 1934, il *National Party of Scotland* si fuse con un altro partito di governo interno, lo *Scottish Party*, per formare lo *Scottish National Party* (SNP). Lo SNP ottenne il suo primo seggio parlamentare in un'elezione suppletiva a Motherwell nel 1945, ma lo perse alle elezioni generali dello stesso anno. Per oltre vent'anni, lo SNP non riuscì più ad avanzare in termini di seggi parlamentari ma guadagnò un numero crescente di voti, soprattutto nelle elezioni parziali. Nel 1967 conquistarono il seggio laburista di Hamilton, in un'elezione suppletiva e l'anno successivo ottennero il 30% dei voti e 108 seggi nelle elezioni amministrative; v. J. MITCHELL, *Devolution in the UK*, Manchester, Manchester University Press, 2009, p. 10 ss.

maggiore autonomia potrebbe rispondere in modo adeguato a tali tensioni. Negli anni '50 e '60, la consapevolezza delle specificità economiche scozzesi, come la dipendenza da settori industriali in declino, ha dato slancio al nazionalismo. Difatti, nel 1967, l'SNP ottenne un successo elettorale significativo, raccogliendo il malcontento verso il governo centrale[23].

Mackintosh discute anche il rapporto tra *Devolution* e responsabilità politica. A suo avviso, la creazione di enti regionali con poteri decisionali specifici accrescerebbe il senso di responsabilità dei *leader* locali, i quali sarebbero direttamente responsabili verso gli elettori delle rispettive regioni per le politiche adottate e i risultati raggiunti. In questo modo, si genererebbe un sistema di governo più trasparente e responsabile, in cui gli elettori avrebbero maggiore controllo e possibilità di giudicare l'operato dei propri rappresentanti locali. Questo processo, secondo Mackintosh, rafforzerebbe il sistema di pesi e contrappesi, promuovendo una maggiore *accountability* politica a tutti i livelli.

Infine, Mackintosh si sofferma sui vantaggi culturali e identitari della *Devolution*.

Egli sostiene che la creazione di istituzioni regionali autonomi permetterebbe alle diverse identità culturali presenti nel Regno Unito di trovare una rappresentazione ufficiale e istituzionale, contribuendo a preservare e valorizzare le peculiarità locali. In particolare, la Scozia e il Galles, che vantano tradizioni e identità distinte, potrebbero esprimere la loro specificità all'interno di un quadro giuridico che li riconoscerebbe e proteggesse. La *Devolution*, quindi, non minaccerebbe l'unità del Regno Unito, bensì la consoliderebbe, poiché permetterebbe alle diverse comunità di sentirsi parte integrante di un sistema che riconosce e rispetta le loro caratteristiche distintive.

Vengono analizzate, inoltre, le complessità delle rivendicazioni nazionaliste, con diversi esponenti politici che ritengono necessario opporsi al crescente desiderio di autogoverno in regioni come Scozia e Galles, sostenendo che qualsiasi concessione possa alimentare richieste di indipendenza. Tuttavia, è appurato che la concessione di autonomie può ridurre il malcontento, come evidenziato dalla storia irlandese. Gli argomenti anti-autonomisti temono l'emergere di poteri locali che potrebbero rivaleggiare con il governo centrale e si suggerisce di riformare i comitati locali scozzesi e gallesi per garantire una rappresentanza adeguata.

L'Autore poi si sofferma sulle altre proposte di riforme costituzionali che in quegli anni si affacciavano nel dibattito politico e giuridico del Regno Unito, tra cui alcune anche in senso federale.

Sul punto, vengono menzionate quella di *Russell Johnston* (Scozia) di un Parlamento scozzese con poteri legislativi interni e finanziari, quella di *Emlyn Hooson* (Galles) di un Parlamento gallese con ampia autonomia legislativa ma con limitazioni su questioni di rilevanza

[23] Non bisogna dimenticare che in quegli anni, la Scozia aveva scoperto importanti risorse energetiche e di combustibili fossili nel Mar del Nord, non lontano dalla costa. Da un lato la certezza che l'industria energetica avrebbe potuto ravvivare l'economia scozzese, dall'altro la consapevolezza della competenza esclusiva da parte del Parlamento britannico a gestire questa opportunità strategica. Il successo del Partito Nazionale Scozzese partì anche da qui, dal farsi portavoce di queste istanze; sul punto v. L.M. PEPE, *Diritto, Ambiente, Governance nell'esperienza scozzese. Dalla Devolution alla Brexit*, in *Federalismi*, n. 33, 2020, pp. 114-134.

nazionale come la difesa e il sistema fiscale, fino ad arrivare alla vera e propria proposta federalista sia per la Scozia che il Galles che per l'Irlanda del Nord e Inghilterra: stati sovrani, facenti parte di una federazione, con Parlamenti federali.
Seguendo queste coordinate, Mackintosh giunge alla sua proposta partendo dall'esempio dell'esperienza di autogoverno dell'Irlanda del Nord quale sistema parzialmente federale (il cosiddetto *Stormont Model*). Difatti, Mackintosh riteneva che il modello *Stormont* fosse "un successo amministrativo". Sicuramente non ignorava i problemi che l'Irlanda del Nord aveva affrontato e continuava a vivere in virtù della causa nazionalista, delle divisioni politiche e religiose ma, a suo avviso, ciò era tutto frutto degli abusi di potere da parte dell'*Unionist Party,* il quale aveva monopolizzato il governo dell'Irlanda del Nord. Tuttavia, l'Irlanda del Nord, per uno studioso delle forme di governo come Mackintosh, costituiva una fucina di idee e un tavolo di lavoro dai quali la Scozia e il Galles non potevano che apprendere.
Volgendo lo sguardo oltre il Mare d'Irlanda, sottolinea come una volta devoluto un certo ed effettivo grado di potere, l'elettorato locale, invece di risentire Whitehall, avrebbe iniziato a interrogarsi su cosa fosse meglio: se appunto che alcune competenze fossero devolute oppure rimanessero in capo al Governo centrale. Di certo, la situazione tumultuosa che l'Irlanda del Nord affrontò non aiutò la causa di Mackintosh screditando, per quanto ingiustamente, la *Devolution*. Tuttavia, Mackintosh continuò a insistere sulla rilevanza della dimensione nordirlandese quale spunto e modello per nuovi accordi costituzionali all'interno del Regno Unito.
Sul punto, il *Government of Ireland Act* del 1920 già aveva stabilito e garantito un certo grado di autonomia per il governo nordirlandese introducendo già un'assemblea devoluta con, ad esempio, competenze sulle imposte nordirlandesi. Questo perché la fragile e instabile situazione sociale e politica nell'Irlanda del Nord aveva condotto il governo britannico, da un lato, ad anticipare le riforme costituzionali della devolution già negli anni '20 del XX secolo con l'introduzione di due assemblee legislative: una a Dublino e un'altra a Belfast. Il Parlamento di Dublino non riuscì a consolidarsi sotto il contesto britannico e il sud dell'Irlanda si separò dall'Unione nel 1922, formando il Dominio indipendente dello Stato Libero d'Irlanda. Secondo tali sviluppi, l'Irlanda del Nord rimaneva parte del Regno Unito e, in base ai termini del *Government of Ireland Act*, essa poteva godere di una misura significativa di autogoverno; una realtà istituzionale che fu inizialmente messa in discussione in quanto per taluni non si riteneva necessaria a seguito dell'indipendenza della Repubblica d'Irlanda. Nonostante le proteste iniziali, dopo il 1922 il Parlamento dell'Irlanda del Nord assunse una posizione relativamente stabile all'interno del nuovo Stato riconfigurato del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Tuttavia, le difficoltà economiche del Paese e il controllo britannico sulle risorse avevano reso questo modello inefficace. Il governo di Stormont, che fino a quel momento aveva mantenuto ampi margini di manovra, rimase comunque vincolato al supporto finanziario e alle politiche di Londra. Criticata, dunque, la mancanza di alternative strutturate per una vera *Devoluzione* o per un sistema

federale, verso la fine degli anni 60' il governo britannico dovette intervenire in Irlanda del Nord insediando un nuovo governo[24].

L'aver incluso, in questi capitoli, un'ampia discussione sull'Irlanda del Nord specie sui temi del federalismo e del regionalismo, servirà a Mackintosh per tracciare le coordinate del suo quasi-federalismo[25]. Partendo dall'esperimento dell'Irlanda del Nord, definito come un esperimento "federale", e ritenendo che le proposte di legge sulla *Home Rule* irlandese, inclusa la legge del 1920, fossero formulate in una forma federale sì, ma antiquata e inadatta (pp. 173-176), aggiunge che la politica federalista del Partito Liberale negli anni Sessanta e Settanta non fosse abbastanza flessibile e lungimirante per le evoluzioni politiche moderne. Il modello di Mackintosh per la devoluzione del Regno Unito faceva invece della flessibilità suo vessillo e virtù, tanto che questa sua idea troverà ospitalità e applicazione tramite gli accordi costituzionali asimmetrici tra centro e periferia nel Regno Unito.

Se da un lato Mackintosh affermava come fosse necessario chiarire lo scopo delle riforme costituzionali e definire le competenze e gli obiettivi delle istituzioni riformate (p. 39), dall'altro lato, tuttavia, una classificazione troppo rigida dei poteri e delle responsabilità avrebbe comportato una nuova serie di problemi. Da qui nasce l'idea di un assetto quasi-federale o di un "federalismo senza difetti" per realizzare il decentramento e una migliore democrazia (pp. 170-176). Per Mackintosh era, dunque, preferibile un assetto quasi federale[26], auspicando una elaborazione della devoluzione come un processo fluido, con la possibilità che i poteri trasferiti inizialmente alle regioni devolute potessero volentieri essere restituiti al centro, o che parti di particolari competenze, come l'istruzione, l'agricoltura oppure l'edilizia abitativa, potessero essere ripartite come competenze concorrenti.

L'ultima parte dell'opera viene dedicata all'analisi delle possibili riforme di *governance* nel Regno Unito, proponendo un modello di regionalismo che attribuisca maggiore autonomia a Scozia, Galles e regioni inglesi, con l'obiettivo di bilanciare la gestione centralizzata con le esigenze locali, riducendo così il rischio di un separatismo radicale.

La proposta dell'Autore parte dalla suddivisione dell'Inghilterra in nove unità regionali, incluse le aree metropolitane di Londra e del Sud-ovest con la Scozia e il Galles, che

[24] Il governo laburista insediatosi e capeggiato da Harold Wilson approvò il *Northern Ireland (Temporary Provisions) Act.* Come suggerisce la definizione del provvedimento, l'intervento del governo britannico era concepito solo per essere temporaneo, al fine di ristabilire la pace e l'ordine e per provvedere alla reintroduzione dell'autogoverno devoluto. Durante il periodo pressocché ininterrotto di governo sotto la guida britannica e non devoluta dal 1972 al 1998, furono sperimentati diversi tentativi per assicurare un nuovo compromesso politico tra le forze unioniste e nazionaliste, e per fare in modo che la devoluzione si riaffermasse costituzionalmente v. M. WALLACE, *British Government in Northern Ireland. From Devolution to Direct Rule*, Newton Abbot, David&Charles, 1982.

[25] Questo suo associare la riforma costituzionale devolutiva al Modello Stormont diventerà un suo vessillo di tal che, in uno scritto successivo, Mackintosh indagherà, attraverso l'esercizio comparativo, l'esperimento britannico-nordirlandese con quello canadese al fine ultimo di risolvere gli interrogativi e lo scetticismo nei confronti di un governo devoluto anche per la Scozie; vedi J.P. MACKINTOSH, *Federalism: Central/Regional Government Relations*, in *Seminar Paper of University of Edinburgh Centre of Canadian Studies*, vol. 1, n. 3, 1975.

[26] La tesi del quasi-federalismo di Mackintosh ha poi, effettivamente trovato applicazione e implementazione nella forma di governo britannica e negli accordi devolutivi come confermato dalla dottrina successiva; vedi N. MACCORMICK, *Questioning sovereignity Law, State and Practical Reason*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 61 ss.; A. TORRE, *Scozia: Devolution, quasi-federalismo, indipendenza*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2013, pp. 1-19.

rimarrebbero unità istituzionali indivise. I governi regionali e le assemblee scozzesi e gallesi, eletti per tre anni, eserciterebbero una gamma di poteri che spaziano dalla pianificazione regionale alla gestione dei servizi di sicurezza pubblica. I territori meno densamente popolati avrebbero unità amministrative più estese, mentre nelle aree urbane verrebbero preferite dimensioni più contenute per rispondere meglio alle realtà locali. I governi locali avrebbero il potere di adottare previsioni legislative di carattere secondario, adattandosi alle esigenze specifiche delle proprie regioni mentre le assemblee parlamentari dovrebbero essere composte da membri designati attraverso elezioni dirette per garantire autorità e rappresentatività. I collegi elettorali, invece, sarebbero ridefiniti per evitare sovrapposizioni con quelli parlamentari nazionali, facilitando una distinzione tra i ruoli locali e nazionali. Inoltre, la rappresentanza nelle assemblee regionali dovrebbe essere sufficientemente ampia per garantire stabilità e rappresentatività.

Il modello prevede un esecutivo regionale formato da un primo ministro e un gabinetto di otto ministri con portafogli specifici (ad esempio, sviluppo territoriale, finanza, edilizia)

Tema centrale è ovviamente quello della gestione delle risorse finanziarie che, secondo l'Autore, rimane il nodo più critico da sciogliere: gli esecutivi regionali dovrebbero ricevere fondi adeguati dal governo centrale, dovendo anche garantire una distribuzione equa e un utilizzo efficace delle risorse. In aggiunta, da Westminster dovrebbero giungere dei criteri minimi per l'allocazione delle risorse, lasciando spazio alle assemblee regionali l'esercizio di autonomia e gestione specifica dei fondi in risposta alle necessità locali.

Fondamentale, per garantire il rispetto dei diritti regionali e la stabilità del sistema, è una collaborazione costruttiva tra le regioni e il governo centrale. L'obiettivo è creare un equilibrio tra autonomia regionale e supervisione centrale, che consenta a entrambe le parti di esercitare i propri poteri senza interferenze eccessive, promuovendo così un modello di *governance* capace di rispondere alle esigenze contemporanee. Nonostante il rischio di conflitto tra governo centrale e autonomie regionali è sempre dietro l'angolo, Mackintosh sostiene che è soltanto una struttura federale o quasi federale a poter mantenere e garantire una certa stabilità e rispondere alle richieste di autogoverno.

In conclusione, la proposta devolutiva - di cui si è fatto portavoce - rappresenta una sorta di compromesso tra federalismo e centralismo, composto da regioni con un certo grado di autonomia, ma sempre sotto una supervisione nazionale finalizzata a garantire l'unità e la stabilità complessiva del Regno Unito.

Non mancherà a Mackintosh l'approccio comparativo con l'esperienza dell'Irlanda del Nord, interrogandosi, in via definitiva, sulla devoluzione e se essa abbia comportato vantaggi oggettivi per l'Irlanda del Nord; se così fosse stato, non ci sarebbero stati dubbi sul fatto che avrebbe comportato benefici significativi anche per la Scozia e per il Galles. Quindi, Mackintosh utilizza l'esempio dell'Irlanda del Nord per sostenere la sua tesi della de-centralizzazione e per sconfutare la tesi contraria alla devoluzione, secondo la quale la devoluzione avrebbe portato inesorabilmente alla separazione e alla disgregazione del Regno Unito (pp. 181 e ss.). Difatti, giungerà poi alla conclusione che, sulla scia del modello nordirlandese, al fine di generare un sistema governativo-costituzionale effettivamente

democratico è necessario devolvere competenze governative ad autorità locali, nonché introdurre *regional councils* eletti localmente. Questi *regional councils* non solo soddisferanno le istanze nazionaliste in Galles e Scozia, ma saranno portatori di una serie di riforme e interventi *ad hoc* su temi quali la pianificazione urbanistica e i trasporti, ad esempio evitando dunque "*both the retrograde step of total separation and the unnecessary complications of a formal federal system*" (p. 187).

3. Considerazioni conclusive: Mackintosh oggi

La battaglia politica più vicina al suo cuore è stata vinta alla fine degli anni Novanta: la devoluzione per la Scozia (e similmente per il Galles e l'Irlanda del Nord), in una forma molto vicina a quella che aveva sostenuto negli anni Settanta, è diventata una realtà.

Non si può negare come Mackintosh abbia svolto un ruolo cruciale nel raggiungimento di tale traguardo, seppur con impatto postumo. Anche una tra le figure chiavi della *Devolution* (e dello *Scotland Act 1998*), Donald Dewar, riconobbe il suo debito nei confronti di Mackintosh, ammettendo che le convinzioni sulla devoluzione si sono plasmate anche attraverso le sue intuizioni[27].

La sua idea di una "britannicità positiva" ha trovato ospitalità in un'intelaiatura costituzionale del Regno Unito più sciolta e quasi federale, dando vita non più a uno Stato Unitario, ma a uno Stato Unione[28]. Nonostante le sue forti radici scozzesi e le sue intenzioni di raggiungere l'ottimo sociale per la Scozia e le nazioni devolute, non mancarono le critiche da parte dei sostenitori di una maggiore autonomia e/o indipendenza per la Scozia e il Galles, che hanno spesso considerato le idee di Mackintosh insufficienti per affrontare le vere aspirazioni nazionaliste[29]. Come sottolineava Crick, Mackintosh poteva apparire fuorviantemente antinazionalista non lottando per l'indipendenza della Scozia e probabilmente avrebbe dovuto sforzarsi di più per rendere chiare le sue posizioni sia contro il separatismo che contro il centralismo[30].

Oggi Mackintosh sarebbe forse, più correttamente, definito come un pensatore "post-nazionalista", nel senso di aver visto oltre il modello dello Stato-nazione, oltre le nozioni diceyane della sovranità di Westminster e a favore di un concetto di "doppia nazionalità"

[27] L'importanza di Mackintosh è diventata più evidente nel Regno Unito post-riforme ovvero verso la fine del XX e l'inizio del XXI secolo non solo tra i giuristi e politologi bensì anche tra gli storici; vedi G. MORTON, *Unionist Nationalism*, Edinburgh, Tuckwell Press, 1999; C. KIDD, *Union and Unionism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008; E. CAMERON, *Impaled Upon a Thistle*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2010.

[28] In uno Stato unitario le stesse regole giuridiche si applicano indistintamente su tutto il territorio dello Stato e non esiste frammentazione di sovranità tra il centro e i livelli substatali, come invece accade a livello federale. Allo stesso tempo, lo Stato Unione della Gran Bretagna è stato da molti definito, nei rapporti tra centro e periferia, come un "*incomplete contract*" che lascia la stipula degli accordi costituzionali ad una evoluzione e ad una negoziazione sempre in divenire con la Scozia in prima linea a guidare queste negoziazione; *ex multis* cfr. J. MITCHELL, *Devolution in the UK*, cit., p. 10 ss.; D. MONTOLIO, G. TURATI, *Constitutions as Incomplete Social Contracts*, in *Politica Economica*, n. 33, 2017, 3, pp. 259-268; N. WALKER, *Beyond the unitary conception of the United Kingdom Constitution?*, in *Public Law*, n. 1, 2000, pp. 384-404.

[29] Sul punto v. T. NAIRN, *The Break-up of Britain*, Londra, Verso Books 1977.

[30] B. CRICK, *The Four Nations: Interrelations*, in *Political Quarterly*, n. 79, 2008, pp. 71–79.

che, nel Regno Unito, si sarebbe potuto manifestare solo attraverso una riforma costituzionale verso la devoluzione.
La sua capacità di anticipare le tensioni tra centralismo e regionalismo lo ha reso un pensatore lungimirante, che ha saputo vedere la devoluzione non come una minaccia, ma come una soluzione pratica per migliorare il governo e mantenere l'unità del Regno. *Devolution* per lui significava buon governo, democrazia equa, che elevava e creava opportunità per i cittadini.
Da qui la sua intuizione più attuale e lungimirante: interpretare e osservare le riforme costituzionali in senso devolutivo non come sintomo della frammentazione dell'unità del Regno, ma come volano per consolidarne l'assetto.
Specie in un momento storico in cui le rivendicazioni autonomiste e le spinte populiste trovano nuovamente ospitalità nella realtà politica-istituzionale, il suo insegnamento risulta sempre più attuale. Il costituzionalismo non deve assolvere alla funzione di risolvere i conflitti tra la sovranità dello Stato e il principio di autodeterminazione dei popoli, ma deve assumersi la responsabilità di creare un quadro di riferimento istituzionale al fine di accomodare e rendere possibile la coesistenza tra le diverse istanze, trovando una collocazione politico-costituzionale[31].
La sua eredità intellettuale continua, dunque, a vivere nel sistema politico attuale, dove le sue proposte sono diventate realtà e continuano a influenzare la *governance* e le relazioni interregionali.
"The Devolution of Power" non solo ha segnato un momento chiave nella riflessione politica britannica, ma rappresenta oggigiorno una base per il dibattito sulle riforme costituzionali.

[31] L.M. PEPE, *Costituzionalismi senza Costituzioni. L'esperienza scozzese nel diritto comparato,* Milano, Cedam, 2023, p. 327.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-R6D

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a Robert Hazell e Bob Morris (eds.) The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared, Hart Publishing, 2020

Laura Fabiano
Professoressa Associata di Diritto Pubblico Comparato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Recensione a Robert Hazell e Bob Morris (eds.) The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared, Hart Publishing, 2020

di Laura Fabiano*

Abstract (Ita): L'istituzione monarchica (nei Paesi ove essa è riuscita a sopravvivere all'evoluzione politica e sociale moderna e contemporanea) presenta degli spiccati caratteri adattivi e trasformativi. La carica di paradossalità insita nella sussistenza dell'istituto monarchico (ereditario e fondato sulla tradizione) in ordinamenti giuridici democratici e moderni si scioglie, nelle riflessioni di Robert Hazell e Bob Morris (così come nelle pagine di ogni scritto che compone il volume) attraverso la valutazione del contributo in termini di stabilità e continuità che ogni Corona riesce a garantire in un mondo globalizzato e caratterizzato da incessanti (ed a volte difficilmente governabili) cambiamenti.

Abstract (Eng): Monarchies that have survived modern and contemporary political and social evolution exhibit strong adaptive and transformative characteristics. The paradox inherent in the fact that in democratic and modern legal systems there is still the monarchical institution (hereditary and based on tradition) is explained in the reflections of Robert Hazell and Bob Morris (as well as the pages of each writing that makes up the volume) through consideration of the contribution in terms of stability and continuity that each Crown manages to guarantee to its country in a globalized world.

Parole chiave: Monarchie; Democrazia; Legittimazione

Keywords: Monarchies; Democracy; Legittimation

1. L'istituto monarchico fra tradizione e contemporaneità: genesi di un volume.

L'istituzione monarchica (e le persone fisiche che, di volta in volta, ne incarnano ruoli e funzioni) detiene, tuttora in epoca contemporanea, una carica di fascino e mistero che attrae, ma allo stesso tempo, intimorisce il grande pubblico.

Lungi dall'essere relegati nell'"oblio collettivo", quali desueti rappresentanti di società politicamente sorpassate, gli esponenti dei casati reali di tutto il mondo (e certamente, in particolar modo, i rappresentanti più noti della nobiltà monarchica europea) – sia quando risultano ancora titolari delle proprie funzioni, ma anche quando già spogliati istituzionalmente dalle stesse –, sono spesso assimilati a personalità dello show business e ciò, frequentemente, anche grazie ad una certa opera manipolativa di esposizione mediatica.

L'attrattiva pubblica nei confronti delle corone reali non è, evidentemente, un dato recente, sol se si consideri come, da sempre, i cerimoniali di corte (in tutti i contesti monarchici del mondo) sono stati elaborati anche tenendo conto di strategiche finalità simboliche orientate ad alimentare nei sudditi il mito della Corona e del sovrano (o della sovrana) che lo incarna.

Oggi, come già in passato, tali scopi sono perseguiti non solo (o prevalentemente) attraverso la condivisione mediatica dei rituali istituzionali nei quali le monarchie prendono parte, ma anche, o forse soprattutto, attraverso l'amministrazione delle Corone sovrane e delle

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

ario collettivo riguardante la parte "nobile" di alcune società che, fra l'altro, ammicca spesso alla possibilità che anche una persona non strettamente discendente da un casato aristocratico, in virtù delle proprie caratteristiche personali (estetiche, economiche o di estrazione sociale e culturale), possa ambire ad essere associata alla famiglia reale divenendone un esponente di grande rilievo[1].

A fronte di tale grande interesse mediatico nutrito per le istituzioni monarchiche risulta in effetti singolare la parallela circostanza per cui al medesimo istituto (inteso in termini più strettamente istituzionali) sono stati dedicati, in tempi recenti, pochissimi lavori di analisi giuridica che possano dirsi effettivamente sistematici, così come pochissimi studi che abbiano approfondito il tema in tutti i suoi molteplici e complessi profili (formali, istituzionali, sociali, politici ecc.).

Ciò ha prodotto, nel corso del tempo, quello che i curatori del volume *The Role of Monarchy in Modern Democracy: European Monarchies Compared* (Robert Hazell e Bob Morris), nella parte introduttiva dell'opera (la c.d. «*Genesis of the Book*») definiscono un «*gaping void*» nella letteratura giuridica mondiale ed è dunque in funzione della necessità di colmare questo specifico divario che il libro ha trovato la sua ideazione e la sua fortunata realizzazione.

2. What is the justification for retaining a hereditary monarchy in a modern democracy?

Il volume è il prodotto di una precedente conferenza organizzata dagli stessi Hazell e Morris, nel marzo del 2019, presso la *Royal Foundation of St Katharine a Limehouse* («*a suitable venue for our topic, having been founded by Queen Matilda in 1147, with the current Patron being Queen Elizabeth II*»[2]) ove sono stati invitati numerosi studiosi di diritto, storia e politica (insieme ad alcuni esponenti di famiglie reali) sollecitati a rispondere ad alcuni quesiti di fondo, ovvero se la sopravvivenza dell'istituto monarchico nel continente europeo sia il prodotto di un incidente storico o di un'inerzia costituzionale, se la sua perdurante presenza aggiunge qualcosa alle istituzioni della democrazia rappresentativa e, in caso di risposta affermativa a quest'ultima domanda, in cosa consista il suo valore aggiunto.

Per rispondere compiutamente a tali interrogativi i partecipanti al convegno (e successivamente i contributori al volume oggetto della presente recensione) hanno esplorato numerose e diverse sfaccettature collegate all'istituto monarchico: le sue funzioni (costituzionali, politiche, cerimoniali, internazionali); la regolamentazione (la linea di successione, le finanze reali e i vincoli alla monarchia in termini di limiti alla libertà di parola, di viaggio, di matrimonio, di religione e di scelta della carriera); il rapporto della Corona con l'opinione pubblica. Ciò ponendosi nell'ottica dell'interrogativo fondamentale posto dagli organizzatori del convegno: «*what is the justification for retaining a hereditary monarchy in a modern democracy*?».

[1] Cfr. M. Cecini e G.E. Vigevani, *Il fascino discreto della Monarchia, dalla stampa alla rete*, in *Costituzionalismo Britannico e Irlandese*, n. 1, 2024, pp. 287 ss. Per una lettura critica, si veda altresì 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/constitutionunit/news/2023/apr/new-report-british-monarchy.

[2] Cfr. https://constitution-unit.com/2019/03/22/comparing-european-monarchies-a-conference-first/.

Il volume successivo alla detta conferenza segue la medesima impostazione e si propone, dunque, un'aspirazione decisamente ambiziosa. Considerando, fra le altre cose, che le monarchie sparse per il mondo, secondo i dati riportati nel medesimo libro, sono 44, i curatori scelgono di effettuare sin dall'inizio una selezione in termini di perimetrazione dello studio fondata in primo luogo sulla comparabilità dei sistemi (al fine di analizzare l'istituzione monarchica in Paesi solidamente democratici ed economicamente del tutto sviluppati) e si propongono perciò di approfondirne "soltanto" otto esperienze costituzionali monarchiche.

I Paesi prescelti sono: Norvegia, Svezia, Danimarca, Paesi Bassi, Lussemburgo, Gran Bretagna, Belgio e Spagna.

Si tratta di monarchie dotate di un significativo rilievo storico nell'evoluzione dei rispettivi regni, ove la corona è ancora percepita come un'istituzione centrale nella forma di governo del Paese e, nonostante ciò, si tratta di ordinamenti che si segnalano per la propria caratterizzazione democratica e per il significativo sviluppo economico.

Altresì, sei fra i citati otto ordinamenti (Norvegia, Svezia, Danimarca, Paesi Bassi, Lussemburgo, Gran Bretagna), secondo quanto riportato esplicitamente nello stesso volume, figurano fra i primi 15 posti del *Democracy Index dell'Economist Intelligence Unit* del 2018.

Sono invece escluse dall'indagine le restanti quattro monarchie europee (Andorra, Liechtenstein, Monaco e Vaticano) in relazione principalmente al fatto che, rispetto agli otto Paesi prescelti, questi ultimi ordinamenti non sono propriamente monarchie costituzionali e/o presentano connotazioni del tutto peculiari.

Ogni singolo contributo dedicato ad ognuna delle monarchie considerate segue uno schema legato a degli specifici quesiti che i curatori dell'opera pongono ad ogni studioso; essi richiamano lo schema già seguito nella conferenza che ha condotto all'elaborazione del volume e riguardano, difatti, il ruolo della monarchia considerata nella forma di governo del Paese nel quale essa regna, la struttura i precetti e le norme del cerimoniale dell'istituto monarchico preso in considerazione e, infine, le regole (e le limitazioni) cui i membri della Corona sono assoggettati.

3. **Analisi ordinamentale e proposte modellistiche.**

L'analisi ordinamentale non è fine a sé stessa; essa viene ampiamente utilizzata dai curatori per elaborare un approfondimento comparativo volto all'elaborazione di alcune proposte modellistiche e di sistema. In apertura del volume, al fine di suggerire una forma di possibile organizzazione delle istituzioni monarchiche studiate, i curatori, pur sottolineando alcuni aspetti comuni delle monarchie oggetto dell'indagine, non mancano di rilevare le profonde differenze che possono evidenziarsi nella struttura storico-costituzionale dei Paesi indagati ed elaborano, dunque, delle categorizzazioni interessanti.

Si rileva *ab initio*, ad esempio, quale minimo comune denominatore presente in ogni ordinamento analizzato, la vigenza della regola della primogenitura nella successione al trono e, tuttavia, le esperienze prese in considerazione sono suddivise in tre categorie: le monarchie antiche (Danimarca, Norvegia, Svezia e Gran Bretagna), le monarchie post-napoleon-

iche (Belgio, Lussemburgo e Paesi Bassi) e, come caso a sé, la monarchia spagnola, restaurata nel 1976 dopo decenni di regime autoritario.
Altresì, una categorizzazione suggerita dai curatori attiene alla tipologia di Costituzione che caratterizza i Paesi considerati, distinguendo fra *evolutionary* ed *revolutionary Constitutions* ove la prima espressione è volta ad individuare le costituzioni evolutive ed incrementali (il *tipus* emblematico di tale categoria è rappresentato certamente dalla Costituzione britannica; in tale categoria gli autori iscrivono anche il caso scandinavo ed i Paesi Bassi) mentre la seconda si riferisce a quei documenti costituzionali che rappresentano il prodotto di un cambiamento esplicito e di un momento di innovazione formale (l'archetipo di tale seconda categoria è certamente il caso spagnolo).
La carica di paradossalità insita nella sussistenza dell'istituto monarchico (ereditario e fondato sulla tradizione) in ordinamenti giuridici democratici e moderni si scioglie, nelle riflessioni di Robert Hazell e Bob Morris (così come nelle pagine di ogni scritto che compone il volume) attraverso la valutazione del contributo in termini di stabilità e continuità che ogni Corona riesce a garantire in un mondo globalizzato e caratterizzato da incessanti (ed a volte difficilmente governabili) cambiamenti individuando nella monarchia un istituto in grado di rappresentare la tradizione e la continuità storica pur modernizzandosi ed incarnando (letteralmente) l'identità del Paese in cui regna nella sua evoluzione identitaria[3].

4. I caratteri adattivi delle monarchie europee e il paradosso della monarchia democratica.

Il risultato cui si perviene al termine del lavoro è che l'istituzione monarchica (nei Paesi ove essa è riuscita a sopravvivere all'evoluzione politica e sociale moderna e contemporanea) presenta degli spiccati caratteri adattivi e dunque, paradossalmente, (si potrebbe dire, invero che "il paradosso della monarchia democratica" avrebbe potuto essere agevolmente il sottotitolo del volume) le monarchie sono istituzioni tradizionali suscettibili di profonda ed efficace trasformazione. La portata di tale continuo rinnovamento è un argomento sviluppato in più parti del volume ove si sottolinea come, a volte, la trasformazione del ruolo della monarchia nella forma di governo di un Paese avviene in via di fatto e viene recepita nella dimensione costituzionale solo molto tempo dopo. Viene tuttavia evidenziato come non mancano casi di norme innovative che hanno alterato i poteri reali (si pensi al *Fixed Term Parliament Act* che, dal 2011 al 2022, ha tolto al sovrano britannico il potere formale di sciogliere la Camera dei Comuni)[4] o di specifiche vicende giuridiche o politiche a fronte delle quali si è registrata una diminuzione dei poteri formali di alcune Corone (esempi di tali casi sono la discussa questione della *prorogation* chiesta e ottenuta da Boris

[3] Sul punto si rinvia alle sempre interessanti riflessioni di E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983.
[4] Sul *Fixed-term Parliaments Act* 2011 e sul successivo *Dissolution and Calling of Parliament Act* del 2022 si rinvia a G. Caravale, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos-Le Attualità nel Diritto*, n. 3, 2021 ed a 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, p. 177 ss.

Johnson nel 2019 cui è seguita la nota sentenza *Cherry* nell'esperienza britannica[5], così come l'accesa polemica che nel 2010 ha coinvolto la regina Beatrice nei Paesi Bassi, in relazione al margine di autonomia a disposizione del Sovrano nella formazione del governo, vicenda che ha condotto infine, nel 2012, alla relegazione della stessa Corona olandese ad istituto esclusivamente cerimoniale[6]).

Il libro è suddiviso in quattro parti: una prima sezione introduttiva dedicata alla presentazione del volume ed all'analisi delle monarchie nei testi costituzionali.

Una seconda parte è dedicata alle funzioni costituzionali e politiche delle monarchie (cap. 3 e 4), alle funzioni cerimoniali delle stesse ed alle cosiddette attività caritatevoli (cap. 5 e 6).

La terza parte del volume (cap. 7) è dedicata alle regole che disciplinano le istituzioni monarchiche nei Paesi considerati: le norme sulla successione e gli oneri gravanti sui membri della famiglia reale. Questa parte del volume pone in evidenza come spesso i membri delle *Royal families* subiscono restrizioni, anche significative, in alcuni diritti fondamentali (libertà di espressione del pensiero, libertà religiosa, diritto a contrarre liberamente matrimonio, diritto alla riservatezza ecc.) e conformano dunque la loro stessa esistenza all'istituzione cui appartengono. A tale proposito, significative risultano alcune vicende riguardanti il potere di promulgazione delle leggi detenuto da alcuni sovrani che, in alcuni casi, hanno manifestato certune perplessità etiche personali nell'apportare la propria firma su determinate leggi. Nel 1990, ad esempio, il Re del Belgio ha ottenuto dal Governo di essere sollevato temporaneamente dalla necessità di promulgare la legge sull'aborto attraverso l'escamotage della proclamazione di temporanea indisposizione fisica; non ha ottenuto altrettanta disponibilità, nel 2008, il Re del Lussemburgo nel suo tentativo di rifiutare la promulgazione della legge sull'eutanasia, vicenda che finì per condurre ad un Emendamento costituzionale adottato al fine di sollevare il sovrano dal potere di promulgazione.

La parte finale del volume è dedicata al tema della legittimazione e del ruolo di garanzia costituzionale che l'istituzione monarchica assolve attualmente negli ordinamenti considerati, tematica non di poco conto considerando che in alcuni degli ordinamenti considerati essa è stata trattata anche attraverso la via referendaria (in Norvegia nel 1905, in Lussemburgo nel 1919, in Belgio nel 1950, in Danimarca nel 1953, in Spagna nel 1976 e nel 1978).

A ragione della quantità di dati offerti, della profondità delle riflessioni e dell'ampiezza dell'analisi svolta, il volume curato da Robert Hazell e Bob Morris rappresenta certamente un autentico tesoro di informazioni e riflessioni critiche sulle monarchie considerate; esso costituisce una preziosa mappa per la comprensione della funzione istituzionale di alcune monarchie europee particolarmente rilevanti e, più in generale, costituisce un contributo illuminante in tema di monarchia costituzionale quale forma di governo; ciò rende il

[5] Cfr. A. Torre, *"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2019, pp. 3083 ss.

[6] P. Schleiter, V. Belu, R. Hazell, *Hung Parliaments and the Need for Clearer Rules of Government Formation*, in *The Political Quarterly*, vol. 88, Is.3, pp. 404 ss.

volume medesimo un contributo certamente pregevole negli studi di diritto comparato contemporaneo, una lettura piacevole e significativa per penetrare nella cultura costituzionale di alcuni fra i più significativi Paesi europei dell'epoca contemporanea.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-I9F

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a A. Seldon, The Impossible Office? The History of the British Prime Minister, Cambridge University Press, 2021

Piercarlo Melchiorre
Dottorando di Ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Recensione a A. Seldon, The Impossible Office? The History of the British Prime Minister, Cambridge University Press, 2021

di Piercarlo Melchiorre*

Abstract (Ita): La recensione dell'opera "The Impossible Office? The History of The British Prime Minister" di Anthony Seldon si pone l'obiettivo di evidenziare l'evoluzione della figura del Primo Ministro del Regno Unito a causa di fattori metagiuridici quali avvenimenti storici e vicissitudini politiche. Dopo aver ricostruito le vicende relative ad alcuni tra i più rilevanti premier britannici, il contributo riflette sullo stimolo che il lavoro dell'Autore fornisce al dibattito sulla trasformazione delle forme di governo.

Abstract (Eng): The review of "The Impossible Office? The History of The British Prime Minister" aims to highlight the evolution of Prime Minister of the United Kingdom due meta-legal reasons such as historical events and political vicissitudes. After reconstructing the events surrounding some of the most relevant British premier, the paper focuses on the input that Seldon's work provides to the debate about transformation forms of governments.

Parole chiave: Primi ministri; Storia costituzionale britannica; Separazione dei poteri. K-WORDS: Prime Ministers; British constitutionalism history; Separation of powers

K-words: Prime Ministers, British constitutionalism history, Separation of powers

"*The Impossible Office? The History of the British Prime Minister*" dello storico inglese Anthony Seldon offre, attraverso una rigorosa ricostruzione, una completa panoramica delle vicende riguardanti i primi cinquantacinque primi ministri del Regno Unito, da Robert Walpole a Boris Johnson.

Sin dalle prime battute l'Autore riesce a trasmettere l'idea secondo cui l'evoluzione (e l'interpretazione) del ruolo di vertice dell'Esecutivo britannico siano enormemente legate tanto alla personalità degli inquilini succedutisi al numero 10 di Downing Street quanto – soprattutto – a vicende storiche e fattori politici incidenti nella configurazione dell'architettura istituzionale degli ordinamenti, a dimostrazione del rapporto inscindibile esistente tra scienza costituzionale e scienza storica.

Il volume si apre con una conversazione distopica tra Robert Walpole, ormai tricentenario, e Boris Johnson, i quali, nel 2021, in occasione dell'anniversario dalla nascita della carica di Primo Ministro, cenano insieme, discernendo dell'evoluzione dell'organo a distanza di tre secoli.

Al contrario di quanto può pensarsi a primo acchito, dato l'enorme intervallo temporale intercorrente tra i rispettivi mandati, dal singolare dialogo tra i protagonisti, più che differenze (pur esistenti, come dimostra – tra gli esempi – il turbamento di Walpole dinanzi alla scoperta dell'esistenza odierna della carica di *Foreign Secretary* o, ancora, lo stupore nei confronti di un'istituzione sovranazionale come l'Unione Europea) tendono a emergere importanti punti di contatto. Oltre a scoprire di aver studiato nella scuola più prestigiosa del Regno Unito – l'*Eton College* – tappa d'obbligo per moltissimi interpreti istituzionali

* Dottorando di Ricerca in Diritti, istituzioni e garanzie nelle società in transizione, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

si circa soluzioni efficaci a enormi problemi del Paese. In questo senso si segnalano, diffusamente, l'atavica, persistente e oltremodo delicata "questione" delle relazioni con Galles, Irlanda del Nord e Scozia, la gestione dei rapporti con la stampa e, su tutti, il racconto delle difficoltà di Johnson nell'affrontare il difficile periodo pandemico, a cui fa eco il ricordo di Walpole della gestione della *Great Plague of Marseille*, che colpì Londra durante il suo primo anno di mandato.

Dopo una parte iniziale dedicata al confronto dei primi ministri con le trasformazioni epocali che hanno riguardato la Gran Bretagna nel corso dei secoli dal punto di vista tecnologico, sociale, politico ed economico (dai graduali avanzamenti infrastrutturali utili a rendere più veloci gli spostamenti e le comunicazioni sino all'allargamento della rappresentanza nella Camera dei Comuni della *working class* di inizio Novecento), il lavoro dell'Autore si sofferma sulle ragioni storico-politiche che hanno portato la carica di Primo Ministro a nascere (formalmente) soltanto nel 1721, così consegnando a chi legge un notevole spaccato di cultura costituzionale del Regno Unito.

Seldon, infatti, ricorda puntualmente che l'emersione del "primo" Primo Ministro – come spesso accade – non è che il precipitato costituzionale di un preciso processo storico. Si tratta dell'ascesa al trono di Giorgio I Hannover, a seguito della morte, nel 1714, della regina Anna Stuart, in un territorio ormai predisposto, già dalla *Glorious Revolution* del 1688, all'affermazione della sovranità parlamentare e, di conseguenza, all'irrobustimento di gruppi politici. Più precisamente, nelle pagine del terzo capitolo, si coglie perfettamente che sia stato proprio l'approccio del primo sovrano della nuova dinastia tedesca, caratterizzato da un'estrema difficoltà linguistica e dalla lontananza da Londra, accompagnato dal notevole timore di essere spodestato per mano del *Tory Party* in favore della restaurazione della dinastia Stuart, a incoraggiare l'agibilità – sia politica sia istituzionale – dei *Whigs* e, dunque, di Robert Walpole, leader del partito, in grado di legittimarsi istituzionalmente dapprima in qualità di *First Lord of the Treasury*, successivamente quale "primo" Primo Ministro.

La seconda parte dell'opera tende a concentrarsi sulla storia britannica più recente, dedicandosi in particolare ad alcune riflessioni circa il nesso tra personalità dei premier e configurazione dei mandati. Passando in rassegna alcuni passaggi dei primi discorsi di insediamento di Margaret Thatcher, Tony Blair, David Cameron, Theresa May e Boris Johnson – definiti, provocatoriamente, primi ministri "vergini", per indicare la circostanza del primo incarico – lo storico inglese evidenzia una latente priorità condivisa nelle loro parole, ossia la volontà di fare meglio del proprio predecessore assieme alla necessità di perseguire egregiamente gli obiettivi di mandato. Invero, in questo passaggio, emerge con chiarezza che, al netto dei proclami, la capacità di svolgere la funzione di governo in maniera più o meno virtuosa ed efficace, abbia molto a che fare con la personalità degli interpreti, i quali – per avere successo – devono necessariamente presentare sette importantissime caratteristiche umane, non sempre edificanti dal punto di vista etico, ma di certo politicamente efficaci: *persuasion*, *oratory and story-telling*, *energy levels*, *intellectual ability*, *temperament*, *ruthlessness*, *opportunism and populism*.

Ma, tra tutte, la riflessione scientificamente più intrigante sviluppata nel testo risulta essere quella relativa ai vincoli, formali e informali, del premier britannico, in quanto utile a legare magistralmente il dato storico con considerazioni di carattere giuspubblicistico.
Più dettagliatamente, il sesto capitolo sottintende con una discreta chiarezza l'assoluta distanza del c.d. modello *Westminster* da ogni ipotesi di concentrazione del potere nei confronti del vertice dell'Esecutivo, tendendo invece, al contrario, a soffermarsi sulla descrizione di una forma di governo da cui emerge tanto un'effettiva distribuzione del potere tra organi costituzionali dello Stato quanto un notevole rendimento democratico grazie all'incidenza di fattori metagiuridici.
Dunque, occupandosi del rapporto con la monarchia e il Parlamento (soprattutto la maggioranza parlamentare) da parte dei primi ministri o della scarsa agibilità posseduta da questi nella configurazione e nell'indirizzo del Gabinetto, passando per le potenziali crisi interne al partito di appartenenza, per il dialogo con i governi locali o la Chiesa anglicana, senza trascurare l'importanza del potere giudiziario e del controllo giurisdizionale, Seldon compie una chirurgica operazione di ridimensionamento e, allo stesso tempo, umanizzazione della funzione sotto indagine, magistralmente espressa dalla brillante metafora con cui il capitolo si introduce ("*No one Prime Minister operates well as a general giving orders to troops (though some come to Number 10 thinking they can)*").
Tenendo conto di quanto appena sostenuto, è ora possibile dotare la presente recensione di una brevissima considerazione conclusiva.
Ad avviso di chi scrive, seppur indirettamente, attraverso strumenti metodologici tipici della scienza storica, "*The Impossible Office? The History of the British Prime Minister*" tenderebbe a collocarsi perfettamente all'interno del dibattito mai sopito – negli ultimi anni ancor più vigoroso – circa le trasformazioni delle forme di governo, che ormai coinvolge la maggior parte degli ordinamenti dell'Europa occidentale, suscettibili in misura sempre maggiore a crisi di stabilità degli esecutivi (si pensi alle difficoltà incontrate nella formazione dei governi di Spagna e Italia a partire dall'irruzione sulla scena politico-istituzionale di alcune formazioni populiste, alla sperimentazione obbligata della "coalizione semaforo" per il governo della Germania, alle due esperienze britanniche di *hung Parliament* o, addirittura, alle turbolenze del semipresidenzialismo francese a partire dal 2022, ancora oggi irrisolte).
Ripercorrendo per oltre trecento anni le vicende relative ai premier del Regno Unito, infatti, l'opera recensita non manca di smentire, per quanto indirettamente, le suggestioni – prevalentemente provenienti, più che dalla dottrina, da una parte della politica notevolmente incline a una cultura plebiscitaria – volte a un irrigidimento delle istituzioni tramite l'accentramento del potere nei confronti del capo dell'Esecutivo a (potenziale) garanzia di maggiore stabilità.
E così, rinnegando vigorosamente quell'idea, pur diffusa, secondo cui le enormi prerogative del primo ministro britannico rappresentino la principale causa del buon grado di rendimento della forma di governo sotto indagine, l'Autore sceglie di sostenere la tesi per cui – nonostante alcune fisiologiche turbolenze – il plurisecolare parlamentarismo britannico goda oggi di un buono stato di salute, sino ad assicurare efficacemente, grazie a fatt-

ori giuridici e metagiuridici, quella separazione dei poteri alla base del costituzionalismo, che proprio in Regno Unito ha mosso i primi passi.

numero 2/2024

costituzionalismo britannico e irlandese

ISSN 3035-1839
DOI: 10.69099/RCBI-2024-2-02-E4B

Recensioni e segnalazioni bibliografiche

Recensione a J. Brennan, Contro la democrazia, Luiss University Press, Roma, 2023

Franco Sicuro
Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

costituzionalismo britannico e irlandese

numero 2/2024

Recensione a J. Brennan, Contro la democrazia, Luiss University Press, Roma, 2023

di Franco Sicuro*

Abstract (Ita): La recensione al volume di Jason Brennan, «Contro la democrazia», si propone di evidenziare le principali questioni affrontate in un volume che, sin dalla sua prima edizione, ha suscitato grandi attenzioni e, al contempo, critiche da parte della pubblica opinione. Obiettivo precipuo di Brennan è, infatti, quello di introdurre meccanismi atti a selezionare il corpo elettorale, attesa la povertà di conoscenze e competenze degli elettori, causa principale della selezione di una classe dirigente inadeguata a gestire le complesse problematiche della contemporaneità. Quello che Brennan si propone di raggiungere, in tal modo, è l'agognato «governo degli esperti», sistema di governo ripetutamente evocato nella storia delle dottrine politico-filosofiche ma mai, sino ad ora, concretamente realizzato sul piano storico-concreto.

Abstract (Eng): The review of the book of Jason Brennan, «Against Democracy», aims to highlight the main issues addressed in a volume that has attracted great attention and criticism from public opinion since its first edition. Brennan's main objective is to introduce mechanisms for the selection of voters due to voters' lack of knowledge and skills. The main reason for selecting a ruling class is inadequate to deal with the complex problems of our time. What Brennan aims to achieve in this way is the coveted «government of experts», a system of government repeatedly evoked in the history of political-philosophical doctrines but never, until now, concretely realized on the historical-concrete level.

Parole chiave: democrazia; diritto di voto; epistocrazia

Keywords: democracy; electoral vote; epistocracy

In un libro apparso ormai nove anni fa, «*Against Democracy*»[1], il filosofo politico statunitense Jason Brennan riattualizzava un'idea dalle nobili origini, nascosta, come un fiume carsico sempre pronto a riemergere dal sottosuolo, al di sotto dei principi e delle regole di funzionamento delle moderne democrazie rappresentative. L'idea è quella della «epistocrazia», ossia di un sistema di governo che richiede agli elettori un grado minimo di conoscenze in materia politico-economica, in assenza delle quali essi dovrebbero essere esclusi dalla competizione elettorale o, comunque, veder limitato il peso del proprio voto rispetto a quello di «coloro che sanno». Allo stesso modo, l'epistocrazia richiede, in capo ai candidati a ricoprire cariche elettive, la dimostrazione del possesso di un'adeguata competenza, necessaria a rivestire una sì rilevante funzione pubblica, dacché le decisioni che essi sono chiamati a prendere finiscono per incidere sulla possibilità di esercizio dei diritti individuali e, oggi più di ieri, sulla stessa tutela di quell'ambiente di vita che, solo (al momento), consente la prosecuzione della vita umana sulla Terra.

Come pure è messo in evidenza dal prof. Sabino Cassese nella *Prefazione* all'edizione italiana del volume del filosofo politico statunitense, la stessa democrazia rappresentativa è, peraltro, nata come forma epistocratica, sol che si pensi alla limitazione del diritto di voto per censo e cultura che, per lungo tempo, ha perimetrato il «corpo elettorale» determinando il metodo di selezione dei rappresentanti della «Nazione» in Parlamento. Rappresentanti che, a loro volta, qui un ulteriore elemento epistocratico, esercitano il mandato ricevuto dal corpo elettorale senza vincoli giuridicamente rilevanti, la loro responsabilità di fronte alla pubblica opinione potendo, al più, assumere le sembianze della mancata rielez-

* Assegnista di Ricerca in Diritto Costituzionale e Pubblico, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

[1] J. Brennan, *Against Democracy*, Princeton University Press, 2016, consultato nella versione italiana con *Prefazione* di S. Cassese e con un *saggio* di R. De Mucci, edito da Luiss University Press, Roma, II ed., 2023.

ione o ricandidatura nelle elezioni successive. Se – pur non senza sollevare criticità – la rappresentanza nazionale senza vincolo di mandato costituisce, ancora oggi, il "punto di chiusura" del circuito politico-rappresentativo, l'avvento dei partiti di massa ha contribuito ad allargare la piattaforma elettorale, sino a traguardare il suffragio universale. Senonché, di fronte ad una realtà sempre più complessa da governare e alla liquefazione di quell'organizzazione politico-partitica che, per tutta la seconda metà del Novecento, ha consentito la selezione dei candidati competenti a ricoprire cariche pubbliche elettive, il carattere universale del suffragio elettorale rappresenta oggi, agli occhi di Brennan, una delle cause della debolezza e delle inefficienze da cui sono attraversate le democrazie contemporanee.

A sostegno della sua tesi, Brennan enuclea una serie rilevante di dati empirici atti a testimoniare la scarsa cognizione, da parte della generalità degli elettori, delle più basilari informazioni attinenti alle questioni che l'esercizio del diritto di voto intende affrontare e, *in parte qua*, risolvere: dalla conoscenza dei titolari delle principali cariche pubbliche, all'organizzazione concreta della forma di governo; dalla consapevolezza delle problematiche economiche che i Governi sono tenuti a fronteggiare, alla conoscenza effettiva dei programmi elaborati dai principali gruppi politici e sottoposti agli elettori. Sulla base di tali dati empirici, Brennan distingue, pertanto, gli elettori in tre macrocategorie: gli «*hobbit*», ossia individui apatici che non sembrano possedere cognizioni politiche neppure basilari; gli «*hooligan*», intendendo con tale espressione indicare coloro che si informano sulle questioni politiche, ma sono "di parte", e dunque, alla fine, irrazionali nei propri comportamenti elettorali; e, infine, i «*vulcaniani*», ossia cittadini-elettori che si approcciano alla politica con metodo scientifico-razionale, i quali, dunque, sarebbero i più indicati a costituire il corpo elettorale. Epperò, questi ultimi sono una esigua minoranza, spesso peraltro poco interessata alle vicende politiche proprio a causa della diffusa incompetenza degli altri cittadini e, soprattutto, dei governanti.

Per tal motivo, Brennan ritiene irrazionale l'intero sistema forgiato attorno all'eguaglianza del diritto di voto, dacché, sulla scia di alcune riflessioni di John Stuart Mill, il voto, prima ancora che un diritto, sarebbe uno strumento di potere nella disponibilità della maggioranza numerica degli elettori. Il che, nell'attuale contesto politico-sociale, vorrebbe dire affidare alla maggioranza incolta degli elettori un potere che, data la loro prevalenza numerica, finirebbe per nuocere allo stesso interesse pubblico, oltre che a molte delle libertà negative tanto care al costituzionalismo liberale. Ed ecco, allora, spiegato il motivo per cui Brennan ritiene doveroso modificare il meccanismo egualitario sotteso al riconoscimento del diritto di elettorato attivo prevedendo che, per poter partecipare alle votazioni, il cittadino-elettore debba dimostrare di possedere un certo grado di conoscenze sulle problematiche che investono l'azione dei Governi.

Tesi centrale del volume di Brennan è, infatti, quella di introdurre meccanismi di selezione del corpo elettorale, diretti ad escludere coloro che non siano in grado di superare un *test* preliminare di conoscenze di carattere politico e a differenziare il voto degli elettori in virtù del grado di competenza da loro dimostrato, al fine di premiare – con un voto più "pesante" – l'espressione elettorale di «coloro che sanno» e che meglio possono, dunque, orientare l'azione dei propri rappresentanti in Parlamento. Quello che Brennan rivendica è, infatti, il «diritto a un governo competente», la cui «condizione presuntiva» riposa nella circostanza che «le decisioni politiche siano prese in modo competente da organi compet-

enti, altrimenti esse sono illegittime e prive di autorità»[2]. Il «principio di competenza è», in sostanza, «un principio di esclusione: non ha lo scopo di giustificare l'assegnazione del potere a persone precise, quanto piuttosto fornisce i motivi per non consentire a certe persone o corpi politici di detenere il potere, ed evitare che certe decisioni siano messe in atto»[3].

Come realizzare, tuttavia, un «governo degli esperti»? Problema risalente, questo, radicato in ben note pagine platoniane intrise di «*noocrazia*» (come ricorda il prof. Raffaele De Mucci nel *saggio* introduttivo al volume) e costantemente all'opera nel pensiero dei pensatori liberali, se solo si pensa alle riflessioni di James Madison, sviluppate nei *Federalist Papers*, sulla dimensione dei collegi elettorali quale fattore di selezione "naturale" dell'*élite* colta e possidente della «Nazione» e alle sferzanti critiche rivolte da Benjamin Constant sulla possibile estensione universale del suffragio elettorale. Problema risalente, si diceva, eppure sempre attuale, dacché neppure nelle *Considerations* di John Stuart Mill esso sembrava trovare un'effettiva soluzione, soprattutto per quel che attiene al c.d. voto capacitario. È vero, al contrario delle soluzioni avanzate da Brennan nel volume che qui si recensisce, Mill propose un ampio intervento riformatore sugli stessi meccanismi istituzionali di funzionamento del governo rappresentativo: dall'introduzione di una *Commission of legislation*, al "ritorno" della Camera dei Comuni al ruolo di organo chiamato ad approvare – ma non redigere – testi legislativi. A differenza di Mill, Brennan non propone, invece, se non occasionalmente, un intervento sui meccanismi di funzionamento delle istituzioni rappresentative, né sull'assetto politico-territoriale e sul ruolo dei corpi rappresentativi locali. Suo obiettivo precipuo è dimostrare la necessità di stabilire meccanismi di selezione e differenziazione interna del corpo elettorale, poiché sarebbe il momento genetico del rapporto rappresentativo a determinare la gran parte delle inefficienze dei metodi di governo. È in questa prospettiva, dunque, che devono interpretarsi le proposte avanzate da Brennan sulla possibile introduzione di un suffragio ristretto (da cui sarebbero esclusi coloro che non superano il suddetto *test* preliminare in materie di scienza politica) o di un voto plurimo, o, ancora, di un suffragio per sorteggio, il che implicherebbe un'ulteriore azione statale a garanzia del livello adeguato delle cognizioni possedute dai sorteggiati. Infine, nel caso in cui le suddette soluzioni non dovessero rivelarsi soddisfacenti, Brennan propone di limitare il suffragio elettorale universale mediante il riconoscimento agli «esperti» di un vero e proprio diritto di veto, espressione di quell'esigenza – anch'essa già avvertita da John Stuart Mill – di tutelare le «minoranze colte» (l'espressione è di Mill) dalle possibili degenerazioni della maggioranza numerica.

L'opera di Brennan si attaglia alla realtà sociopolitica statunitense, inserendosi in un dibattito, Oltreoceano ormai consolidato, sulla necessità di intervenire a garanzia della qualità delle democrazie contemporanee e della competenza degli elettori e della classe politica da essi espressa. Cionondimeno, le considerazioni del professore della Georgetown University appaiono, di per sé, potersi estendere al contesto europeo e a quello italiano in particolare. Ormai da tempo, infatti, e con intensità crescente a seguito della crisi economico-finanziaria del 2008, della diffusione di movimenti – forse troppo frettolosamente – definiti "populisti", della *Brexit* e delle questioni dischiuse dalla pandemia da Covid-19 e conseguente *Green New Deal* europeo, si avverte una diffusa insoddisfazione verso i risultati raggiunti dalle istituzioni democratico-rappresentative. Senza voler e poter qui ragionare intorno alle «promesse non mantenute della democrazia» (secondo l'evocativa espressione

[2] J. Brennan, *op. cit.*, p. 199.
[3] J. Brennan, *op. ult. cit.*, p. 215.

utilizzata da Norberto Bobbio), resta il dato politico-costituzionale di una partecipazione popolare sempre più rarefatta (decisamente allarmante è l'astensionismo registratosi nelle ultime elezioni regionali italiane) e polarizzata, così come di una produzione legislativa ormai eterodiretta dall'Esecutivo e frammentata in una serie di leggi-provvedimento o Decreti-Legge *omnibus* che sembrano aver relegato tra le categorie della storia la generalità e l'astrattezza delle leggi. In questo contesto, è la stessa progettualità politica a sembrare come anestetizzata e preda degli interessi immediati – privatistici e localistici – che deformano l'interesse della «Nazione» cui pure dovrebbe tendere l'attività rappresentativa degli eletti (art. 67 Cost.), chiamata, peraltro, a tener conto degli interessi delle future generazioni (art. 9, c. 3 Cost.).

Quelle di Brennan possono, dunque, apparire delle provocazioni e, in parte, sembrano proprio esser tali. Provocazioni che, tuttavia, non possono che far riflettere gli studiosi e i cittadini che, quotidianamente, s'interrogano sulla vitalità della democrazia contemporanea. Soprattutto perché quelle di Brennan non sono artefatte invocazioni di superamento della democrazia rappresentativa, ma riflessioni su come poterne migliorare la capacità di gestire interessi pubblici sempre più complessi e tra loro interconnessi, non governabili dalla logica dell'«uno vale uno» ma, al contempo, neppure delegabili irresponsabilmente ad oligarchie elettive non selezionate mediante adeguati criteri di competenza.

Di certo, a parte ogni questione inerente al voto capacitario, il discorso di Brennan parrebbe eccessivamente schiacciato sul solo momento elettorale e sulle singole individualità, come se la crisi dei sistemi democratici fosse l'esito della sola crisi del rappresentato, e non degli stessi meccanismi di funzionamento del governo rappresentativo. Al contempo, pur non ignorandone l'azione, Brennan parrebbe non adeguatamente soffermarsi sulla centralità assunta, nelle democrazie contemporanee, da organi propriamente "competenti", come sono i Tribunali costituzionali e la magistratura ordinaria, o gli apparati amministrativi. Il che, tuttavia, non sembra privare di rilievo l'analisi dello studioso statunitense, atteso che sono i Parlamenti e i Governi, in quanto organi direttamente rappresentativi (a seconda delle diverse forme di governo vigenti), ad essere chiamati primariamente ad elevare la qualità delle proprie politiche pubbliche, al fine di scongiurare che i cittadini si trovino costretti a confrontarsi con il dato tecnico-scientifico soltanto dinanzi agli organi giurisdizionali. Circostanza che, a sua volta, per effetto della (statica) tripartizione dei poteri ereditata dall'iconografia liberale classica, porta le stesse Corti (costituzionali e comuni) a non poter concretamente "correggere" – se non "a prezzo" di sterili contrapposizioni politiche – le inadeguate politiche pubbliche elaborate dagli organi democratico-rappresentativi.

In conclusione, il lavoro di Brennan sembrerebbe testimoniare – sebbene non sia questa intenzione precipua del filosofo-politico statunitense – quanto indispensabile appaia, per le pubbliche istituzioni, investire nell'istruzione e nella cultura, al fine di non lasciare che la gestione della *res publica* diventi una questione di meri numeri (a garanzia della sola, transeunte, maggioranza di governo) e non già di qualità dei metodi impiegati (a tutela della collettività). E, in definitiva, a ricordare come la democrazia, sin dalla sua epifania greca, sia un regime proteso alla sperimentazione, mai pago di presunte verità ereditate dal passato e sempre pronto a rimettere in discussione i propri meccanismi di funzionamento (a partire dalla composizione del corpo elettorale: perché escludere – si chiede Brennan – di per sé, in maniera del tutto acritica, i minorenni dal corpo elettorale e includervi – anche qui, acriticamente – i maggiorenni sprovvisti di qualsiasi, pur minimale, conoscenza politica? Non sarebbe, epifania di epistocrazia?).

È anche soltanto per tornare a riflettere su tali problematiche che «*Contro la democrazia*» di Jason Brennan sembra conservare una perdurante attualità, a quasi dieci anni dalla sua prima edizione americana.

numero 2/2024

ISSN 3035-1839

costituzionalismo britannico e irlandese

So what? Le sorti della Brexit

So what?
Le sorti della Brexit
Seconda parte

a cura di **Aurélien Antoine**
Professore di Diritto Pubblico
Università Jean Monnet di Saint-Étienne

SO WHAT?
LE SORTI DELLA BREXIT

SECONDA 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

SO WHAT? N. 12

Après le discours de Florence, une dynamique semblait s'enclencher en faveur d'un plus grand volontarisme de la part des Britanniques pour parvenir à un terrain d'entente avec les Européens sur les modalités du Brexit. Depuis, force est d'admettre que les intentions affichées ont bien du mal à se traduire en solutions concrètes, au point que l'absence d'accord est de nouveau envisagée. La faiblesse du Premier ministre britannique empêche indéniablement la progression des négociations. Des rumeurs, démenties par Jean-Claude Juncker, faisaient même état de la détresse de Mme May lors d'un dîner en marge du dernier sommet européen. Le leader conservateur aurait sollicité l'aide du Président de la Commission pour débloquer la situation. Quoi qu'il en soit de la réalité de ces faits, plusieurs signes sont susceptibles de convaincre Mme May qu'elle a peut-être moins d'ennemis au sein de l'Union européenne qu'au cœur de son propre parti. Voilà un nouveau paradoxe dû au Brexit qui ne manque pas de saveur. Dans le relevé de conclusions du 20 octobre, le Conseil européen précise que "lors de sa prochaine réunion, en décembre (il) réexaminera l'état d'avancement des négociations afin de décider si des progrès suffisants ont été réalisés sur chacune des trois questions susmentionnées. Dans l'affirmative, il adoptera des orientations supplémentaires relatives au cadre des relations futures et concernant d'éventuelles modalités transitoires." Autrement dit, même si l'ordre des priorités (droits des citoyens européens, solde de tout compte, libre circulation entre les deux Irlande) n'est pas remis en cause, un accord de principe sur ces questions pourrait rapidement enclencher des échanges sur la période de transition et le futur traité commercial. Dans la droite ligne de ce léger assouplissement, Donald Tusk a reconnu que l'idée de blocage était exagérée, laissant à cette occasion toutes les options ouvertes, y compris l'absence d'un Brexit. Pour sa part, Angela Merkel a affiché son optimisme après le sommet en évoquant la conclusion d'un premier accord en décembre. L'aboutissement sur le droit des citoyens européen est, enfin, crédible. Boris Johnson a insisté sur le fait qu'ils seront garantis sur le sol britannique "quoi qu'il arrive". Un long chemin reste à parcourir jusqu'à décembre, et toutes les issues sont encore plausibles. Les représentants du Royaume-Uni doivent toutefois garder en tête la vulnérabilité de leur position face aux Européens. L'entente à laquelle sont parvenus les 27 sur la révision de la directive relative au détachement des travailleurs prouve indirectement que le Brexit joue un rôle certain dans le renforcement des liens entre États membres. La main tendue aux Britanniques pour que les négociations avancent doit être saisie, car sur le plan interne l'éclaircie ne semble pas se dessiner. Le projet de loi de retrait de l'Union en est toujours au stade de l'examen en commission. Plus de 300 amendements ont été déposés, notamment pour empêcher toute possibilité de "no deal". Le caractère

"transpartisan" de certaines propositions de modification du texte pourrait favoriser leur adoption et gêner les plans gouvernementaux. De surcroît, David Davis a braqué les parlementaires en prétendant que les chambres ne pourraient peut-être pas se prononcer sur l'accord obtenu avec l'UE avant le 29 mars 2019. Lors d'une intervention aux Communes, le ministre chargé du Brexit a dû revenir sur cette déclaration après avoir été désavoué par Mme May. Finalement, la fameuse impasse ("deadlock") évoquée par Michel Barnier reflète bien plus la réalité politique interne que l'état des négociations à l'échelle européenne.

SO WHAT? N.13

L'état des négociations en cette période cruciale de débats à la Chambre des Communes sur le projet de loi de retrait de l'Union européenne ne connaît pas d'améliorations notables. Donald Tusk a justement souligné que, s'il y avait eu des progrès sur les droits des citoyens, le solde de tout compte et la frontière irlandaise sont deux sujets qui n'ont, pour l'heure, fait l'objet d'aucun traitement satisfaisant. Le premier continue d'apporter son lot d'affirmations et de dénégations, tandis que le second suscite l'impatience des NordIrlandais qui menacent de bloquer les négociations tant que la question n'est pas résolue.

Dans ce contexte, une publication du site internet Politico est passée relativement inaperçue. Pourtant, elle a de quoi doucher les espoirs de ceux qui estiment élevées les probabilités que les négociations sur le Brexit se soldent par un accord satisfaisant. Les journalistes, qui ont eu accès à un ensemble de documents circulant au sein de la task force dirigée par Michel Barnier, révèlent que l'accord commercial entre l'Union européenne et le Royaume-Uni ne pourra être, au mieux, qu'un traité de libre-échange équivalant à celui qui a été conclu avec le Canada (le fameux Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA). Une telle perspective est susceptible de poser problème à trois égards. En premier lieu, recourir à cette catégorie d'accord (dont nombre de spécialistes de droit international ont souligné les insuffisances normatives, notamment dans le domaine de la protection de l'environnement et du consommateur) n'est pas ambitieux. Les citoyens britanniques, mais aussi européens pourraient donc connaître à cause du Brexit et de la résurgence d'un libre-échange peu exigeant une nouvelle atteinte à leur bienêtre. En deuxième lieu, ce document de travail affaiblit toujours plus Mme May qui a soutenu lors de son discours de Florence son attachement à "un partenariat approfondi et spécial" avec l'Union européenne. Naturellement, les opposants de la Première ministre britannique se félicitent de cette nouvelle preuve de son incapacité à faire prévaloir l'intérêt de son pays. Toutefois, il ne nous paraît pas pertinent que l'Union européenne profite trop de cette fragilité, au risque de renforcer un déséquilibre déjà manifeste dans les négociations. Il convient de ne pas oublier que lors de l'étape des discussions qui doivent aboutir

à un "contrat", il n'est jamais bon que l'une des parties soit en position trop dominante, au risque d'en abuser. Il serait dommageable que le Brexit se solde par un diktat européen ou une absence d'accord qui ne sera profitable pour personne. Car, en dernier lieu, tel est bien le danger. En marquant un intérêt limité à la demande de Mme May en matière commerciale, l'Union européenne pourrait convaincre la majorité de la classe politique britannique que l'objectif de parvenir à un accord avant le 29 mars 2019 n'est pas essentiel si cela revient à conclure un traité de libre-échange au rabais. L'idée que le no deal serait préférable au bad deal s'imposerait alors définitivement. Une raideur européenne couplée aux insuffisances britanniques serait le meilleur moyen de faire des négociations sur le Brexit un échec cuisant. Nous l'avons souligné à plusieurs reprises dans nos articles et nos éditoriaux : la future relation entre les deux parties ne sera de qualité que si l'inventivité politique et juridique l'emporte. Mais pour y parvenir, encore faut-il que ceux qui s'y attèlent en aient le désir et la capacité. Le bord du précipice (cliff edge) n'est plus très loin.

SO WHAT? N. 14

"Take back control". Le slogan des pro-Brexit asséné tout au long de la campagne référendaire résonne avec une certaine saveur après une année 2017 qui aura montré que le Gouvernement britannique aura tout fait sauf maîtriser le cours des événements.

Bref retour en arrière : dès le mois de janvier, la Cour suprême donnait une leçon de droit constitutionnel à Mme May qui comptait bien s'exonérer de l'intervention du Parlement pour actionner l'article 50 du TUE. À la même époque, la Première ministre fixait dans son discours de Lancaster House des ambitions que d'aucuns qualifièrent de suicidaires, puisqu'il a consisté à théoriser le fameux "no deal is better than a bad deal". Bien que Mme May s'est obstinée à affirmer la cohérence de son action depuis qu'elle occupe le 10 Downing Street (en particulier lors de sa prise de parole à l'automne à Florence), force est d'admettre que les concessions qu'elle a faites à la suite de l'accord du 8 décembre 2017 ont peu de choses à voir avec son mantra du début de l'année. En effet, il est acquis politiquement que le Brexit ne sera pas pleinement effectif le 29 mars 2019 à minuit. La période de transition - qui doit faire l'objet de discussions lors de la prochaine phase des négociations avec la task force - verra le droit de l'Union européenne s'appliquer très largement sans que le Royaume-Uni puisse peser sur les institutions de l'Union. De surcroît, tant que le Royaume-Uni bénéficiera de telle ou telle politique, il devra continuer à contribuer au budget européen. Boris Johnson et ses acolytes en sont d'ailleurs pour leurs frais sur le solde de tout compte : loin d'être nul, il devrait s'élever à 50 ou 60 milliards d'euros. Ce bilan déjà chargé pourrait s'arrêter là. Que nenni. L'inconfort de Mme May et de David Davis face aux responsables de

l'Union n'est que le reflet d'un contexte politique exécrable outre-Manche. Reconnaissons, toutefois, à la cheffe de file du parti conservateur son instinct de survie que nous pouvons résumer par le vieil adage "diviser pour mieux régner". En revanche, point de véritable stratégie à long terme ni de vision de l'avenir de son pays hors de l'Union européenne. Les limites de la tactique de la Première ministre se sont manifestées au moins à deux reprises en 2017 : lors de son échec retentissant aux élections anticipées de juin, puis pendant le débat sur le projet de loi de retrait du Royaume-Uni de l'UE. À cette occasion, le Gouvernement a dû accepter que le Parlement soit saisi de l'accord final pour approbation avant ratification. Cette seconde mésaventure n'est que la conséquence de la première et annonce d'autres obstacles parlementaires, notamment à la Chambre des Lords. Il sera également intéressant d'apprécier les relations à venir entre les conservateurs et le Democratic Unionist Party. La précarité de l'alliance entre ces deux forces politiques s'est révélée au grand jour lorsque le DUP a exigé une modification du joint report du 8 décembre pour s'assurer que l'Irlande du Nord ne serait pas traitée différemment du reste du Royaume-Uni après le Brexit. L'obtention du ralliement des unionistes s'est faite au prix de contradictions majeures dans le rapport qui apparaît, à bien des égards, comme un moyen de gagner du temps alors qu'il presse ; car l'allure à laquelle les rebondissements se succèdent n'est malheureusement pas révélatrice de l'état des progrès substantiels que nous aurions pu espérer après une année de négociations. 2018 s'annonce ainsi comme une année cruciale. Dans cette attente, l'équipe de l'Observatoire du Brexit vous souhaite de bonnes fêtes.

SO WHAT? N. 15

À la veille de la reprise officielle des négociations entre le Royaume-Uni et l'Union européenne, le processus du Brexit est toujours marqué par la rectitude de la position des institutions communautaires et les atermoiements du Gouvernement de Mme May. Depuis l'arrangement du début du mois de décembre 2017, rien n'est vraiment acquis. En particulier, le régime juridique applicable à la période de transition prévue entre la date du retrait (le 29 mars 2019) et la nature du futur traité commercial cristallisent les divergences. L'étendue des obligations à venir que devra supporter le Royaume-Uni est au cœur de l'affrontement entre David Davis et Michel Barnier. Dernièrement, c'est la capacité pour les institutions de l'Union de recourir à des sanctions contre les Britanniques durant la période de transition s'ils limitaient, par exemple, les droits des citoyens européens qui a suscité un vif émoi outre-Manche.

Ces antagonismes diplomatiques, compréhensibles, ont tendance à masquer la montagne de difficultés qui se dresse devant le Parlement britannique. Notre visite récente à Westminster nous a permis de constater que, malgré tout leur flegme, les MPs, les lords et le personnel qui leur est attaché se demandent dans

quelle mesure il sera possible d'aboutir dans environ un an à un cadre juridique sécurisé. Rappelons que le Parlement, après avoir adopté le EU (Withdrawal) Bill (EUWB), devra voter une résolution approuvant l'accord de retrait et les conditions générales de la future relation entre le Royaume-Uni et l'Union européenne. Ainsi que le souligne J. Simson Caird dans son article publié sur notre site, cette résolution n'a pas de valeur juridique expresse et amènera de vives discussions. Par conséquent, une fois l'accord d'octobre accepté, les Communes auront la possibilité de la bloquer en application du Constitutional Reform and Governance Act de 2010. Dernière étape : la mise en œuvre des traités qui, elle aussi, doit être soumise à l'approbation du Parlement. Les chambres devront également les incorporer en droit interne avant le 29 mars 2019. Au regard de la longueur de la procédure législative du EUWB, la circonspection prévaut quant à la capacité des Britanniques de se conformer aux délais définis par l'Union européenne, sauf à ce que les actes juridiques qui concluront les négociations demeurent vagues afin de garantir un large consensus. S'il n'appartient pas à l'Union européenne de se soucier des arrangements constitutionnels de l'État qui la quitte en application de l'article 50 du TUE, la task force ne pourra pas ignorer durablement la contrainte temporelle qui est telle qu'elle pourrait conduire à envisager la prorogation du délai prévu à l'article 50 (qui est loin d'être acquise en raison des conditions fixées par le § 3) ou un hard Brexit dans le pire des cas. Cependant, la quadrature du cercle à laquelle semble mener la procédure législative interne motive tout autant les ennemis du Brexit qui ont, de surcroît, bénéficié de 400 000 dollars de la part du milliardaire George Soros pour promouvoir leur cause. Il est vrai que les inquiétudes relatives à l'issue du Brexit ne font que grandir dans l'opinion publique, quand bien même elle reste partagée si un nouveau référendum avait lieu sur le sujet (51 % en faveur du remain). Les citoyens souhaitent ainsi être consultés au terme des négociations, tandis qu'une large majorité d'entre eux estiment que le Brexit a un impact négatif tant sur l'économie du pays que sur leurs finances personnelles. Dans cet océan d'incertitudes, Mme May, qui navigue à vue, parvient à surfer sur les divisions de son camp pour se maintenir à flot. Jusqu'à quand ?

SO WHAT? N. 16

Après les déclarations de Mme May du 2 mars dernier dans la résidence officielle du Lord-Maire de la City, la presse et plusieurs experts ont reconnu qu'un pas en direction des négociateurs européens a été franchi par les Britanniques afin de parvenir à un accord tangible. Pour la première fois, la locataire du 10 Downing Street a produit un effort de clarté sur nombre de sujets. Elle a enfin consenti à ce que son pays doive "faire face à des faits indiscutables" et parfois pénibles. Ainsi en est-il de l'impossibilité pour le Royaume-Uni de prétendre accéder

librement à tous les marchés européens après le Brexit.

Derrière ces termes conciliants teintés d'un optimisme dont Mme May ne se départit décidément pas à chacune de ses interventions majeures (à Lancastre House en janvier 2017 ou à Florence en septembre 2017), se cache en réalité une posture qui évolue peu sur le futur traité commercial. Les commentateurs du discours ont largement glosé sur le tweet de Michel Barnier qui, en substance, saluait les éclaircissements de Mme May. Il est regrettable que dans leur grande majorité, ces mêmes observateurs aient oublié de lire les derniers mots de l'opinion du chef de la task force sur le célèbre réseau social. Les annonces de la Première ministre n'ont été appréciées que dans la mesure où elles ont confirmé que la seule option envisageable pour les Britanniques serait de parvenir à un accord de libre-échange de type "FTA". Force est d'admettre que, quelques jours après la tentative de réalisme de Mme May, le soufflet est rapidement retombé. Lors de sa déclaration du 13 mars devant la session plénière du Parlement européen sur les négociations avec le Royaume-Uni, Michel Barnier a estimé que "c'est une idée assez étonnante en effet que de croire que les 27 pays membres de l'Union et votre Parlement pourraient accepter en quelque sorte la convergence quand le Royaume-Uni le souhaite, et lui laisser en même temps la possibilité de diverger quand il s'agirait pour lui de créer un avantage comparatif." Ce recadrage démontre, une fois de plus, que les progrès sont insuffisants du côté britannique sur la relation commerciale à venir, tandis que l'Union européenne semble peu habitée par le doute. Dominatrice, elle distribue au compte-gouttes les concessions à David Davis. Il a été récemment admis que, pendant la période de transition, le Royaume-Uni pourra établir des relations bilatérales avec des États tiers en vue de la conclusion d'accords commerciaux. À l'inverse, les Britanniques cèdent toujours plus de terrain comme en témoigne l'issue du round de négociations le 19 mars (notamment sur la durée de la transition et le droit des citoyens européens).

De l'autre côté de la Manche, le Parlement de Westminster a produit de nouveaux rapports dans lesquels le scepticisme à l'encontre de la politique gouvernementale est un leitmotiv. Par un document publié le 16 mars, la Commission chargée de suivre les affaires de l'Irlande du Nord à la Chambre des Communes exprime une inquiétude générale du fait de l'insuffisance des propositions du Gouvernement pour démêler l'imbroglio nord-irlandais. Nous continuons à soutenir que de cette question dépend le succès ou l'échec des négociations sur le Brexit, car elle cristallise tous les enjeux : la capacité pour l'Union européenne de garantir la paix sur le Continent, celle des Britanniques de rester unis, et l'ambition des deux parties de parvenir à un accord sur le retrait, puis dans un second temps, à un traité de libre-échange d'envergure. La tâche paraît incommensurable pour le Gouvernement britannique à un point tel que le 18 mars, la Commission parlementaire sur le

Brexit a expressément recommandé au Gouvernement de solliciter de ses partenaires européens un prolongement des deux ans de négociations prévus par l'article 50 du TUE. Se confirme donc le fait que le Royaume-Uni n'est pas véritablement prêt pour le Brexit. Ce sentiment est renforcé par le projet de traité produit par la Commission du 28 février qui fixe désormais le cadre des discussions et vis-à-vis duquel David Davis ne peut se départir, faute de pouvoir soumettre une alternative crédible. Ceteris paribus sic stantibus, l'optimisme de Mme May n'est pas sans rappeler l'attitude d'un Chamberlain qui, au lendemain de la conférence de Munich des 29 et 30 septembre 1938, était sûr de rapporter d'Allemagne le meilleur accord possible pour son pays et l'avenir de l'Europe. Dans ces heures sombres du Brexit, si nous avons bien trouvé un Chamberlain, nous sommes malheureusement encore à la recherche d'un Churchill.

SO WHAT? N.17

En 1729, Jonathan Swift rédigeait sa modeste proposition qui, teintée d'une ironie tout anglo-saxonne, formulait des solutions pour le moins cyniques en vue d'alléger le fardeau irlandais que les riches anglais étaient censés supporter. Offrant l'enfance irlandaise à la cause de la grandeur britannique, le texte piquant de l'auteur des Voyages de Gulliver stigmatisait, avec une maestria pamphlétaire qui a fait date, l'attitude abjecte des Anglais face à la misère sociale irlandaise. Les temps ont, fort heureusement, changé. Pourtant, le peu d'égards qui ont été accordés à la question nord-irlandaise durant la campagne du Brexit et le choix actuel de Whitehall de préserver son alliance avec le DUP plutôt que d'adopter une position claire en faveur d'une union douanière garantissant la paix entre les deux Irlande donnent l'impression que l'élite anglaise relègue toujours les nations celtes au second plan. Les beaux discours de Mme May sur sa volonté de parvenir à une solution pour éviter une frontière "dure" entre le Nord et le Sud de l'île sont certainement sincères. Les lignes rouges qu'elle a fixées dans le cadre des discussions sur le Brexit, les divisions au sein de son Gouvernement, et le dogmatisme du DUP qu'elle accepte en continuant de s'appuyer sur lui pour diriger le pays sont, cependant, en totale contradiction avec ses déclarations. Le Brexit, tel qu'il se déroule pour l'heure, est ainsi une nouvelle illustration de la prépotence anglaise sur l'Écosse, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles. La Chambre des Lords aborde à partir du mois de mai les dispositions du projet de loi de retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne qui concernent le rôle des entités dévolues. Pour une majorité des pairs du Royaume, le texte est insatisfaisant sur cet aspect, tant le Brexit risque de déposséder les parlements locaux de certaines compétences essentielles qu'ils étaient chargés d'assumer sur le fondement du droit de l'Union, notamment en matière de pêche et d'agriculture. Déjà fracturé par des votes opposés lors du référendum du 23 juin 2016, le Royaume-Uni le serait

encore plus par une recentralisation des compétences au profit d'une administration londonienne dominatrice. Quant à l'Union douanière, si elle est toujours officiellement rejetée par la Première ministre, elle n'en demeure pas moins la seule solution présentement plausible, tant les montages technicojuridiques du secrétariat d'État au Brexit sont peu viables. Mme May et son équipe pensaient trouver dans l'informatique et les contrôles des denrées par caméras l'outil le plus sûr pour s'affranchir des postes de douane physiques. La première ministre pourrait faire sien le constat de Swift sur son humble suggestion : "Mais, quant à moi, las de voir offrir, depuis maintes années, une foule de futiles et oiseuses visions, je désespérais entièrement du succès, lorsque je suis tombé par bonheur sur cette proposition, qui, outre qu'elle est tout à fait neuve, a quelque chose de solide et de réel, n'entraîne aucune dépense et exige peu de soins, est tout à fait dans nos moyens, et ne nous expose nullement à désobliger l'Angleterre." C'est sans compter sur la rigueur de la task force chargée de mener les négociations pour le compte de l'Union européenne qui n'a cessé de répéter que le Gouvernement britannique devra faire preuve d'un peu plus de crédibilité s'il souhaite s'extirper du guêpier nord-irlandais. Si aucune alternative n'était trouvée à l'Union douanière, force est d'admettre que le 29 mars 2019 à 24 h ne sera pas le grand soir rêvé par les Brexiteers. Plus encore, si le Royaume-Uni devait accepter un accord commercial aligné sur celui de la Norvège afin de garantir la liberté de circulation des travailleurs entre les deux Irlande et parce que l'Écosse refuserait de jouer les gardes-frontières, le référendum de 2016 accoucherait d'une souris. L'Union européenne s'en sortirait alors à moindre mal, le Brexit démontrant qu'il est impossible de rompre aisément avec elle lorsque l'on en a fait partie.

SO WHAT? N. 18

Le mois de juin s'annonce riche sur le front du Brexit. Les négociations relatives à la frontière nord-irlandaise et à la nature de la relation future vont se poursuivre le 4 juin, avec comme base de travail le livre blanc du ministère chargé du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Ce document, très attendu, est censé fournir des éléments précis rendant plausible la proposition de Mme May en faveur d'un partenariat douanier spécifique entre les deux parties. Le flou continu de régner autour de la solution avancée par la Première ministre britannique. Elle estime que le Royaume-Uni pourrait collecter les droits de douane fixés par l'UE pour les marchandises transitant sur le territoire britannique vers le Continent. Des tarifs nationaux seraient maintenus pour les biens qui demeureraient au Royaume-Uni. Ainsi, selon Mme May, la libre circulation des biens serait assurée, au prix d'un endossement partiel des règles de l'Union en la matière. Les Brexiteers qui y sont hostiles préfèrent une réponse purement technologique devant faciliter la circulation des marchandises ("Max

Facilitations" ou "Max fac"). Techniquement, les deux schémas soutenus ne présentent pas de garanties de réussite dans la mesure où ils n'ont jamais connu de réalisation concrète dans les échanges commerciaux contemporains. Politiquement, aucune des deux propositions ne permet de résoudre les dissensions au sein du war Cabinet qui réunit les ministres clefs pour traiter du Brexit. Diplomatiquement, les négociateurs européens sont peu enclins à adhérer à l'inventivité britannique qui mène, pour les plus optimistes, à des pis-aller. Les incompréhensions sur le projet Galileo pour lequel Whitehall exige un remboursement de l'Union européenne ne facilitent pas l'apaisement des tensions avec la Commission dont les négociateurs affichent continuellement leur impatience face à l'impéritie de leur partenaire.

Le Parlement britannique brocarde tout autant l'équipe gouvernementale dirigée par Mme May. Après avoir subi 15 échecs à la Chambre des Lords, elle devra fourbir des arguments convaincants aux membres des Communes pour les persuader de ne pas lui imposer le maintien de l'Union douanière. Dans un rapport publié le 24 mai, la commission sur le Brexit s'inquiète de l'absence de progrès concluants, y compris pour le sort des citoyens européens qui était censé être réglé. Les risques de fronde des MPs sont tels que la Première ministre ralentit autant qu'elle le peut le retour du projet de loi de retrait de l'Union européenne à la chambre basse. Les rumeurs font aussi état de sollicitations de la part de Mme May auprès des instances européennes pour que la période de transition vers le Brexit soit prolongée jusqu'en 2023. Les démentis se sont succédé à la suite de l'article du très sérieux quotidien The Times qui avait révélé cette nouvelle manœuvre dilatoire. Elle ne saurait pas, toutefois, dissiper les légitimes doutes quant à la stratégie choisie par le Gouvernement. Finalement, quel que soit le sujet évoqué à propos du Brexit, Mme May semble n'avoir comme seule tactique que de jouer la montre. Tel le lapin blanc d'Alice au Pays des Merveilles, elle court après le temps sans qu'elle sache vraiment où elle mènera les uns et les autres. Pour l'heure, la Première ministre britannique a attiré l'ensemble de la classe politique britannique dans un univers presque aussi improbable que celui créé par Lewis Caroll, mais qui se rapproche plus du mauvais rêve que du merveilleux.

SO WHAT? N. 19

Voilà un mois et demi que la lettre d'information de l'Observatoire n'est pas parue. Le motif en est simple : après une relative accalmie à la fin du mois de juin, les événements se sont précipités sur le front du Brexit, au point que tout écrit devenait obsolète d'un jour à l'autre, voire d'heure en heure. Rendre compte du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne est un travail de Sisyphe. Les chercheurs qui se penchent sur la question ont le sentiment désagréable que les rares certitudes acquises à un moment donné pour gravir la montagne d'obstacles qui se dresse contre l'élaboration d'un accord de sortie finissent toujours par être récusées,

impliquant de remettre cent fois l'ouvrage sur le métier. Michel Barnier a beau répéter que les 80 % du contenu de l'accord prévu pour l'automne étaient réglés, les 20 % restant recèlent les sujets les plus sensibles (frontière entre les deux Irlande, juridiction de la Cour de Justice en particulier). Le chef de la task force n'a d'ailleurs pas manqué d'insister sur la suspicion que lui inspire le fameux Livre blanc finalisé à la suite du compromis ministériel de Chequers. Mme May comptait pourtant sur ce document pour faire rapidement progresser les négociations. S'il n'est pas totalement satisfaisant, surtout en ce qui concerne sa compatibilité avec la feuille de route transmise par le Conseil européen à la task force de Michel Barnier en mars, il est plus abouti que les précédentes propositions du gouvernement britannique. C'est la raison pour laquelle il faut prendre le Livre blanc pour ce qu'il est : une nouvelle base de travail produite par les Britanniques qui ne saurait constituer l'accord final.

Il n'en demeure pas moins que la recherche du consensus au sein du parti conservateur et avec le parti unioniste irlandais - conduit à la quadrature du cercle. Soit le Gouvernement accepte un traité qui se situerait entre l'exemple norvégien et le CETA canadien, soit, en l'absence d'accord, les règles de l'OMC s'imposeront. Dans le premier cas, les hard Brexiteers feront tout pour se débarrasser de Mme May avant que le futur traité soit conclu; dans le second cas, c'est le camp pro-européen qui s'élèverait contre la leader conservatrice. Le destin de la Première ministre semble scellé, quelle que soit l'issue du Brexit. Cependant, elle résiste, et ce, pour trois raisons : le risque pour les tories de perdre leur majorité si des élections succédaient à la démission forcée de Mme May, le danger majeur d'un no deal en mars 2019, et la minorité de hard Brexiteers au Parlement. Toutefois, ces trois limites ne sont plus dirimantes pour les anti-européens. Aux yeux de certains MPs, le départ de Boris Johnson rend crédible l'alternative à Mme May. Si elle devait être évincée de la tête du parti (et, par suite, du 10 Downing Street) et que ses membres parvenaient à proposer une équipe pouvant rapidement remplacer l'actuel cabinet avec le soutien d'une majorité aux Communes, aucune nouvelle élection ne serait nécessaire. Quant au risque d'un no deal, il ne fait pas peur aux plus rugueux des Brexiteers. Jacob Rees-Mogg l'a pleinement assumé dans une interview donnée le 21 juillet. Enfin, la majorité antiBrexit et les softs Brexiteers à Westminster ont de plus en plus de difficultés à faire front commun. Le Labour a ainsi du mal à affirmer une ligne directrice, car il est tiraillé entre le désir d'affaiblir Mme May (voire de la pousser vers la sortie pour provoquer un scrutin qui serait favorable à l'opposition) et un soutien partiel à la Première ministre qui s'oriente désormais vers un Brexit doux. Dublin et Bruxelles ont bien compris que le risque d'un no deal est plus tangible que jamais. Des publications émanant des institutions irlandaises et européennes indiquent l'attitude qu'il conviendrait d'adopter si aucun accord

n'était concrétisé dans le courant de l'automne. Faut-il s'alarmer de cette énième crise ? Ceux qui suivent les négociations depuis le commencement sont habitués à cette valsehésitation à quatre temps consistant à formuler des propositions, menacer l'autre partie, s'inquiéter d'un no deal imminent par des retours en arrière, et finalement progresser. L'épisode de ce début d'été 2018 pourrait donc se solder par un compromis. Néanmoins, l'affaiblissement toujours plus fort de Mme May et la radicalisation des Brexiteers rendent une telle perspective bien optimiste. Le nouveau secrétaire d'État chargé du Brexit, Dominic Rabb, a demandé à la task force de poursuivre les discussions en août, malgré la traditionnelle suspension des travaux de nature politique à cette époque. Une certitude se dessine à l'issue de ces turbulences: il n'y a plus de temps disponible à la recherche d'un consensus entre conservateurs. Le péché originel de Mme May est d'avoir eu l'orgueil de penser qu'elle y parviendrait.

SO WHAT? N. 20

Il y a deux mois, nous concluions notre éditorial de So What ? en insistant sur le fait que Mme May ne réussirait certainement pas à rallier à son plan de Chequers ses comparses du parti conservateur les plus radicaux. La convention tory qui s'est achevée au début du mois d'octobre ne fait que le confirmer. Dès lors, il n'est guère étonnant que la Première ministre ait demandé à ses whips de convaincre quelques travaillistes pour soutenir l'éventuel accord qu'elle parviendrait à arracher à l'Union européenne durant l'automne. Le système politique britannique pourrait aussi conduire à ce que les parlementaires conservateurs ouvertement hostiles à la stratégie de Mme May soient finalement réduits à la portion congrue lors du vote sur le futur traité. Selon plusieurs fins connaisseurs des arcanes de Westminster, le travail souvent très efficace des whips est susceptible de ramener la cohorte de frondeurs de 80 à 10 MPs. Les précédents débats relatifs à la loi autorisant la Première ministre à notifier le retrait du Royaume-Uni de l'UE et ceux qui ont porté sur le EU (Withdrawal) Bill ont démontré, malgré les obstacles et quelques défaites, que l'essentiel aura été préservé grâce aux armes de dissuasion des députés chargés de faire respecter la discipline partisane. Mais avant d'en arriver là et de compter les forces de chaque camp, encore faudrait-il que les négociations parviennent à déboucher sur un traité de retrait et une déclaration politique fixant la nature de la future relation entre les deux parties.

L'incertitude est plus que jamais de mise à quelques jours du prochain sommet européen, Donald Tusk évoquant désormais un «Canada plus plus plus Brexit deal». Tant de subtilité dans le discours européen peut inquiéter, mais elle peut suggérer une issue plus positive. La mention d'un nouveau type d'accord par le Président du Conseil européen laisse, de prime abord, dubitatif.

Le Premier ministre irlandais, Leo Varadkar, n'a pas manqué de souligner qu'il ne savait pas ce qu'était un accord du type "Canada plus plus plus" et qu'il n'y voyait qu'un concept. La déclaration de Donald Tusk pourrait donc s'apparenter à une manifestation de l'indécision qui guetterait non plus seulement les Britanniques, mais également les Européens.

Vue sous un autre angle - plus optimiste l'évocation d'une modalité d'accord inédite qui se situerait entre le CETA et le cadre norvégien tend à démontrer qu'une solution sui generis pourrait se dessiner. Elle impliquerait forcément des concessions, même minimes, de la part de l'Union européenne. Le Royaume-Uni pourrait en faire de nouvelles, mais il convient d'admettre que son Gouvernement en a déjà consenti de substantielles. Il est temps pour l'Union d'évoluer à la marge pour parvenir à un accord. Dans le cas inverse, elle en ressortira fortement affaiblie. Alors qu'aucun sujet ou presque ne fait l'unanimité entre les 27, l'incapacité de mener à bien des négociations (dont l'un des objectifs est de préserver un équilibre précaire en Irlande du Nord) sera forcément interprétée comme un échec.

En cas de no deal, la pire des réactions serait de laisser croire que les Britanniques seront les seuls responsables et que, au contraire, l'Union aura été exemplaire. Dans une séparation, les torts sont souvent partagés. Il serait contreproductif pour l'Union européenne de faire du référendum du 23 juin 2016 une faute amenant un divorce dont seul le Royaume-Uni devrait supporter le poids. Une telle réaction ne ferait qu'aggraver la fracture entre l'Union et les citoyens. Elle apporterait de l'eau au moulin des "euro-hostiles" qui ne cessent de répéter que la construction européenne se fait contre les peuples et que le but de l'UE est d'imposer son diktat aux nations. À quelques semaines de l'échéance du Brexit, il est temps pour les États membres de faire un pas vers les Britanniques, aussi petit soitil. Un accord inédit est possible sans qu'il conduise, pour autant, à un cherry picking éhonté. Cette évolution suppose de sortir des postures politiciennes et de faire preuve d'un peu d'imagination juridique.

SO WHAT? N. 21

numero 1/2024

Notre ligne éditoriale a souvent consisté à critiquer défavorablement la conduite de Mme May, et ce, à juste titre. Les difficultés auxquelles elle est aujourd'hui confrontée étaient prévisibles. Dès le lendemain du référendum sur le Brexit, nous avions soutenu qu'une dissolution de la Chambre des Communes après la démission de David Cameron aurait respecté la logique des institutions et sans doute débouché sur une majorité plus solide que celle que nous connaissons désormais. En laissant passer une année après la consultation du 23 juin 2016 pour provoquer des élections générales, les conservateurs ont permis aux travaillistes et aux autres partis de tirer profit des premières hésitations, voire de l'impréparation manifeste des tories pour mener à bien les négociations sur le Brexit. C'est aussi sur ce point précis que

nos reproches à l'encontre de Mme May demeurent justifiés. À force d'avoir voulu préserver son poste en soutenant qu'elle parviendrait à concilier l'inconciliable au sein d'une majorité otage des unionistes irlandais, elle s'est voilée la face et a perdu un temps précieux.

À quelques semaines du retrait effectif du Royaume-Uni de l'Union européenne, cette position est devenue intenable. Quand bien même Mme May sauverait-elle sa tête au sein du parti conservateur, le consentement des Communes sur l'accord de retrait et la déclaration politique relative à la relation future est plus qu'hypothétique. L'issue ne sera positive pour la Première ministre que si elle parvient à convaincre une majorité de MPs dans le peu de jours qui lui restent, ou si elle profite des discussions avec Bruxelles sur la déclaration politique pour tempérer les dispositions problématiques de l'accord de retrait en matière commerciale. Ultime porte de sortie : le prolongement des négociations évoqué par Michel Barnier, mais au prix fort. Une surprise est toujours possible, mais il convient d'admettre que ces trois options sont pour l'heure peu plausibles. Le no deal est donc plus que jamais d'actualité.

Est-ce si tragique que cela ? Il y aura de fortes turbulences, c'est indéniable. Les pays frontaliers du Royaume-Uni devront faire face à un véritable casse-tête afin de réguler la circulation des personnes et des marchandises. Les citoyens touchés par le Brexit seront dans une situation juridique incertaine. L'Union européenne aura échoué à sécuriser la situation de l'île d'Irlande. Cependant, la crise politique au RoyaumeUni n'a que trop duré. Il est temps de sortir de l'ornière une bonne fois pour toutes, quitte à ce que cela passe par un no deal, certes douloureux à court terme, mais qui, sur le long terme, ne subsistera pas. Nous avions déjà démontré que l'opinion selon laquelle un hard Brexit conduirait à un vide juridique est fausse: il existe des textes qui permettront de régir les rapports entre le Royaume-Uni et l'Union, même sans accord a priori. Outre les normes de l'OMC, les lois adoptées en droit britannique en 2018 et le projet d'accord auquel sont parvenues les deux parties seront des bases utiles. Ajoutons aussi que, à l'échelle diplomatique, un gel des situations des citoyens peut être convenu sur la base de la réciprocité pour éviter des expulsions immédiates ou des privations de droits dans l'attente de l'élaboration de règles idoines (ce qui pourrait très bien être admis pour les marchandises également).

Par ailleurs, une petite musique commence à se faire entendre au sein des institutions de l'Union et des États membres pour tenter de relativiser un retrait sans accord. Tout d'abord, les chancelleries européennes ont préparé cette éventualité, ce qui contribuerait à amortir le choc. Ensuite, le projet révélé le 14 novembre est de nature à donner un répit de deux ans plutôt que de résoudre définitivement le Brexit. En effet, le filet de sécurité consistant à maintenir le RoyaumeUni dans une union douanière (le fameux backstop) n'est pas censé durer indéfiniment, même si les Britanniques ne pourront pas, seuls, y mettre un terme.

Comme l'a justement souligné Mme May, le backstop n'est ni plus ni moins qu'une "police d'assurance". L'épisode que nous connaissons actuellement pourrait très bien se renouveler une fois la période de transition dépassée d'autant que, en ce qui concerne la future relation commerciale, rien ne paraît acquis. Enfin, l'Union européenne est sortie grandie des négociations avec le Royaume-Uni. En pondérant sa position sur des quelques points, elle ne saurait, depuis le 13 novembre, être accusée d'avoir provoqué un no deal. Cette intransigeance bienveillante et la qualité du travail produit par l'équipe de Michel Barnier ont contrasté avec les tergiversations britanniques. Soyons toutefois honnêtes avec Mme May : depuis quelques semaines, elle semble avoir compris que le fiasco ne pouvait être évité que si elle acceptait le backstop. Son attitude depuis le 14 novembre est courageuse. Et nous partageons sa position : en dehors de ce projet qui n'est l'idéal pour personne (l'Union aussi a dû faire des concessions), la seule alternative crédible à brève échéance est l'absence d'accord. Paradoxalement, si les MPs devaient se prononcer entre le projet de de Mme May, le no deal, un nouveau référendum ou des élections générales, c'est sans doute la première solution qui l'emporterait. Le problème c'est que le texte du 14 novembre doit réunir 320 MPs et que ceux qui veulent écarter la Première ministre sont majoritaires, même si leurs opinions sur le Brexit sont diamétralement opposées. En somme, nous assistons à une espèce de conjuration des ennemis.

«May the force be with her». C'est tout ce que nous pouvons souhaiter à la Première ministre britannique qui va aborder, dans les prochains jours, les instants les plus périlleux de sa vie politique.

WHAT NOW? N. 22

«You have your Yellow vests in the street. In the UK, we had our Yellow vests in the ballot box two years ago». Ce constat a été fait par Kalypso Nikolaïdis à l'occasion du colloque international que le CERCRID et l'Observatoire du Brexit ont organisé à Saint-Étienne le 7 décembre dernier. La phrase prononcée par celle qui fait partie des meilleures spécialistes de relations internationales de l'Université d'Oxford outre le fait qu'elle admet une certaine convergence des luttes de populations désorientées par la gestion contemporaine des affaires publiques - souligne une différence majeure entre les attitudes française et britannique face à la crise. Alors que certains citoyens français s'expriment par l'occupation parfois violente de l'espace public dans un galimatias de revendications plus ou moins constructives, les seconds laissent les parlementaires s'écharper dans l'ambiance feutrée d'un palais multiséculaire sur l'issue à donner à une expression démocratique qui aura bouleversé la vie politique nationale.

Le Brexit, malgré tous ses défauts, permet ainsi d'apprécier concrètement le fonctionnement d'une démocratie parlementaire mature. S'il y a bien eu des

manifestations à Londres de la part de citoyens hostiles à la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne, aucun débordement grave n'a été recensé. Après que le peuple s'est prononcé le 23 juin 2016, les débats se sont poursuivis au Parlement et les organes de pressions ont promu leur point de vue.

Il en résulte sans doute une forte incertitude qui pourrait, in fine, aboutir à un no deal. Mais nul ne saurait prétendre que, dans le cadre du processus du Brexit, les citoyens, le Parlement et les corps intermédiaires n'auront pas eu la possibilité de s'exprimer. Bien que l'Exécutif outre-Manche soit dominant, force est d'admettre qu'il ne saurait mépriser le Parlement. Le report du meaningful vote sur le projet d'accord, dont l'introduction dans la loi de retrait de l'Union européenne fut une première défaite majeure du Gouvernement, est une reculade qui rend la position de Mme May de plus en plus intenable. La motion de défiance déposée contre elle par 48 députés conservateurs au sein de la Commission 1922 (qui réunit tous les MPS du parti tory) est une autre illustration du bon fonctionnement de mécanismes parlementaires rarement mis en œuvre, mais qui conservent tout leur intérêt pour tenter de surmonter une crise politique.

Ce temps de débat pourrait être perçu comme contre-productif et dangereux pour l'économie ou la sécurité juridique. Nous estimons plutôt qu'il s'agit d'un moment digne de considération, car il donne à apprécier que, parfois, la politique reprend ses droits sur une logique rationnelle qui conduit à penser qu'une décision aussi marquante que le départ de l'Union européenne se résout en deux ans seulement. À cet égard, il serait utile de réfléchir aux insuffisances de l'article 50 du TUE. En effet, le délai de deux ans pour négocier la sortie d'un État membre n'est tenable qu'en réduisant presque à néant le temps de la délibération. Les affrontements à Westminster auront permis de confirmer que le Traité a particulièrement mal évalué l'importance de cette variable démocratique. Dès lors, les échanges parfois houleux entre MPs ne sauraient être exclusivement interprétés comme une dérive de leaders politiques de piètre qualité perdus dans les méandres du Brexit. La situation actuelle doit aussi être saluée pour la valorisation du débat parlementaire dont elle témoigne. À la «chienlit» même compréhensible, nous préférerons toujours l'expression institutionnalisée des colères et des oppositions. C'est une leçon à méditer pour la France.

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