

I GIUDICI INGLESI, IL DIRITTO EUROPEO E LA BREXIT: ALCUNE SOMMARIE RIFLESSIONI

di Elena Falletti, ricercatore di diritto privato comparato presso l'Università Carlo Cattaneo-LIUC di Castellanza (VA)

1. English “Leave”, Scottish “Remain”

All'inizio dell'estate scorsa si è svolto il referendum britannico consultivo sulla permanenza del Regno Unito nell'Unione Europea, il c.d. “Brexit”. I “leave” hanno prevalso con una percentuale del 51,9% imponendosi sul 48.1% del “remain”.

Sotto il profilo politico la maggioranza della popolazione britannica ha manifestato la contrarietà all'integrazione europea, probabilmente perché nostalgica dei trascorsi fasti imperiali, o ancora orgogliosa del ruolo vincente nella vittoria delle due guerre mondiali oppure più semplicemente affaticata dalla crisi economica che ha incrementato la disoccupazione giovanile, aizzando i timori di una immigrazione incontrollata e di un impoverimento dilagante. Siffatti erano gli scenari che la propaganda a favore del “leave” ha illustrato con successo. Non si può tacere che la campagna elettorale referendaria è stata insanguinata dall'omicidio della parlamentare Jo Cox, fautrice del “remain”, colpita nel suo collegio elettorale.

Sotto il profilo istituzionale, il risultato di questo voto se non ha rotto, ha sicuramente incrinato il disegno europeista partito nel 1955. Anche in passato ci furono votazioni referendarie negative. Si ricordano le consultazioni dirette che bocciarono l'entrata in vigore della Costituzione europea (come in Francia e Olanda nel 2005) o l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (come avvenne in Irlanda nel 2008, consultazione poi ripetuta con successo nel 2009), ma è la prima volta che esplicitamente un corpo elettorale si esprime per “l'abbandono della nave”.

Tuttavia, analizzando nel dettaglio i risultati è possibile notare che a esprimere il favore più forte al “leave” sono stati gli elettori di Inghilterra e Galles, mentre quelli di Scozia e Irlanda del Nord, per motivi diversi, si sono espressi in larga maggioranza a favore del “remain”¹.

A parere di chi scrive, la questione non può essere ricondotta solamente alla disillusione e a gli inganni populistici che avrebbero sedotto il corpo elettorale inglese e alla nuova voglia di indipendenza di quello scozzese, per tacere del timore delle riviviscenze delle tensioni socio-religiose di quello nord-irlandese.

Tale situazione parrebbe avere radici più lunghe, che affondano nella peculiarità del sistema giuridico del Regno Unito, il quale racchiude in sé una lunga, forte e orgogliosa tradizione costituzionale non scritta e vede la convivenza delle peculiarità del common law inglese insieme al civil law scozzese.

Già prestigiosi autori, come Ambrose Evans-Pritchard (non solo figlio del celebre antropologo Edward, ma pure ascoltato columnist del Telegraph) criticano da tempo le “invadenze” dei giudici europei sul sistema di common law anglosassone². Ascoltandone alcuni suggerimenti con questo contributo si cerca di comprendere quel punto di vista per verificare se possono essere trovati nuovi equilibri, seppure resta difficile da capire cosa succederà nei prossimi mesi³.

1 M. Elliott, *Brexit | Legally and constitutionally, what now?*, *Constitutional Law For Everyone*, Wordpress, 24.6.2016.

2 E. A. Evans-Pritchard, *Britain's defiant judges fight back against Europe's imperial court*, The Telegraph, 8.6.2016.

3 C. Bovino, B. Biancaniello, *Con la Brexit, vince anche la difesa dell'autonomia UK contro il potere della Corte Ue*, Il Quotidiano Giuridico, 4.7.2016

Tuttavia, non si può dimenticare che le lotte, l'integrazione, gli scismi, le guerre, le contrapposizioni, il dialogo, la reciproca ispirazione e le influenze tra il Regno Unito e l'Europa continentale hanno radici profonde, lunghe di secoli; esse hanno dato linfa a uno scambio continuo culturale, politico, economico e giuridico, che certo non terminerà in una giornata di principio dell'estate.

2. Il Common law e diritto di provenienza europea attraverso lo *Human Rights Act 1998*

Come è noto, il common law è tradizionalmente caratterizzato dalla peculiarità del precedente vincolante. Ciò nonostante esso si è manifestato aperto alle influenze di provenienza europea, in particolare del giudice europeo dei diritti umani, incorporando la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali attraverso l'approvazione dello *Human Rights Act 1998*. Ai sensi della *Section 3(1)* i giudici inglesi devono interpretare ogni volta che è possibile il diritto interno alla luce dei diritti della CEDU, mentre la *Section 6(3)* stabilisce che illegittimo per le autorità pubbliche agire in modo non compatibile con i diritti della Convenzione. In caso contrario, le parti lese potranno agire di fronte alle corti in caso di decisioni amministrative contrarie alla Convenzione. Ulteriormente, la *Section 2(1)* dello *Human Rights Act 1998* afferma che nel determinare ogni questione connessa con un diritto della Convenzione, i giudici devono tenere in considerazione l'intera giurisprudenza (sentenze, decisioni e opinioni) della Corte europea. Ne consegue che la giurisprudenza di Strasburgo è richiamata in ogni decisione inerente la giurisprudenza interna che coinvolga la CEDU e ciò potrebbe portare i giudici inglesi a ignorare precedenti vincolanti che siano incompatibili con essa⁴. Ciò ha consentito il radicamento presso i giudici inglesi di cause per violazione dei diritti umani perpetrate da società o aziende aventi un collegamento giuridico con il Regno Unito, ma operanti in parti del mondo ove la protezione dei diritti umani non presenta gli stessi standard⁵; nonostante i tentativi dei giudici inglesi di rifiutare la giurisdizione con l'applicazione della *forum non conveniens doctrine* (FNC), con la (ragionevole) giustificazione che testi e prove sono meglio raggiungibili e verificabili presso i luoghi delle asserite violazioni⁶.

Seppure il disagio dei giudici inglesi sull'invadenza del diritto convenzionale su quello di Common law era noto da tempo⁷, esso si è manifestato apertamente in due differenti recenti decisioni della *Supreme Court of United Kingdom*. Vediamo quali.

1. *R (on the application of Nicklinson and another) (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent); R (on the application of AM) (AP) (Respondent) v The Director of Public Prosecutions (Appellant) [2014] UKSC 38* in materia di suicidio assistito. Si tratta di una duplice istanza: da un lato vi è la richiesta di due pazienti sofferenti simili patologie irreversibili: Mr Nicklinson patisce i postumi di un ictus che lo ha reso completamente paralizzato tranne che per la possibilità di muovere soltanto la testa e gli occhi mentre Mr Lambs può muovere soltanto la mano destra, entrambi richiedono aiuto nel suicidio assistito. Dall'altro lato vi è l'istanza di Mr Martin che, a seguito della sua

4 E. Steiner, *The Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006*, Electronic Journal of Comparative Law, vol. 10.3 (December 2006), <http://www.ejcl.org>

5 Si cita quale esempio la controversia *The Bodo Community & Ors v The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* [2014] EWHC 1973 (TCC) (20 June 2014)

6 A. Yilmaz Vastardis, *Brexit and business and human rights litigation in England*, EU Law Analysis Blog, 26.9.2016.

7 Ad esempio, nella decisione *Ullah v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323, nella quale Lord Bingham scrisse: "The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less".

malattia incurabile, chiede di essere aiutato ad espatriare in Svizzera per porre termine ai suoi giorni presso la clinica Dignitas. In tutte queste tre situazioni la Corte Suprema del Regno Unito è chiamata a verificare l'influenza della giurisprudenza di Strasburgo in materia di Articolo 8 sulla tutela della vita privata sul diritto inglese attraverso l'applicazione dello *Human Rights Act 1998*. Secondo i pazienti il divieto di suicidio assistito vigente nel diritto inglese è contrario alla giurisprudenza di Strasburgo, nonostante l'ampio margine di apprezzamento, perché contrasterebbe con il principio di autodeterminazione garantito dall'art. 8 CEDU.

L'aspetto che qui interessa riguarda proprio i "confini" che i giudici supremi inglesi intendono stabilire per il diritto convenzionale di Strasburgo nei confronti dell'applicazione nel Common law inglese. Il ragionamento dei Supremi giudici inglesi, dal loro punto di vista, è lineare. La maggioranza dei giudici della *Supreme Court of United Kingdom* riconosce che i giudici inglesi debbano far riferimento allo *Human Rights Act* nel determinare se il divieto universale sul suicidio assistito è compatibile con l'articolo 8 della CEDU, ma ribadiscono il preminente potere legislativo del Parlamento (inglese) poiché questo è più democratico e aperto al dibattito pertanto maggiormente legittimato a decidere la materia e le corti sono tenute a rispettare la deliberazione parlamentare. Il punto riguarda proprio quale organo (Corte europea e la sua giurisprudenza da un lato, Parlamento nazionale dall'altro) sia in grado di ponderare meglio il bilanciamento tra autonomia privata e tutela della vita, in particolare relativamente a situazioni in cui si possono trovare persone anziane, deboli e fragili, che vanno protette da rischi di pressioni, le quali non possono mai essere del tutto eliminate. È il Parlamento inglese, dunque, ad essere legittimato in materia in quanto organo costituzionale rappresentativo, ciò per tre motivi:

- a). la questione coinvolge una scelta tra due diritti fondamentali moralmente contrapposti: la santità della vita e il principio di autodeterminazione, entrambi tra i valori maggiormente e socialmente condivisi nella società inglese;
- b). il Parlamento ha già effettuato scelte rilevanti di siffatta natura negli anni precedenti (e la Corte sottintende che non vede il motivo di sottrargli questa specifica materia);
- c). Il processo legislativo parlamentare è il miglior strumento, rappresentativo e democratico, per risolvere questioni fattuali controverse e complesse che presentano dilemmi sociali e morali che consentono a tutte gli interessi e le opinioni di prendere parte alla discussione pubblica e venire considerate.

In altri termini: il Parlamento è una garanzia di democraticità e trasparenza, mentre la Corte di Strasburgo non presenterebbe le medesime caratteristiche.

2. *Pham (Appellant) v Secretary of State for the Home Department (Respondent)*. [2015] UKSC 19.

Si trattava della controversia giudiziaria avente come protagonista un soggetto, in precedenza cittadino britannico, di origine vietnamita, cui era stata revocata la cittadinanza perché sospettato di far parte di una cellula terrorista collegata ad Al Qaeda. Secondo le argomentazioni del ricorrente la revoca della cittadinanza, che lo avrebbe reso apolide, era una misura sproporzionata alla luce del diritto dell'Unione Europea, e dello *Human Rights Act 1998*, visto che revocargli la cittadinanza britannica avrebbe comportato anche la cancellazione della cittadinanza dell'Unione Europea, aprendogli le porte all'extradizione verso gli Stati Uniti e negandogli così le garanzie del *due process* affermate dall'art. 6 della CEDU. Nel rigettare il ricorso, i supremi giudici inglesi si esprimono senza mezzi termini affermando da un lato che la cittadinanza dell'Unione Europea rappresenta un mero attributo di quella nazionale e dall'altro lato che, "le condizioni secondo le quali la cittadinanza è conferita, mantenuta o revocata sono integrali all'identità dello Stato

nazione”. Ne consegue che in assenza di un accordo tra gli Stati membri dell’Unione è errato conferire ai giudici europei, come alla Corte di Giustizia, ogni condizione procedurale per gestire, conferire, confermare, revocare la cittadinanza (inglese) senza prima sapere se il Parlamento (ai sensi dell’*European Communities Act 1972*) ha ceduto il suo ruolo alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea per modificare le leggi del Regno Unito in materia⁸.

3. Il Common law e la prevalenza del diritto costituzionale sul diritto dell’Unione

Che l’interpretazione del diritto nazionale alla luce del diritto dell’Unione europea sia un terreno molto delicato di confronto tra i giudici europei e quelli nazionali è noto, e i giudici inglesi hanno trovato alleati sul continente quando il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ha circoscritto gli effetti della nota sentenza Åkerberg Fransson nel diritto tedesco. Il caso tratta di una pronuncia del 24 aprile 2013 di parziale incostituzionalità della *Antiterrordateigesetz-ATDG*. In quell’occasione il BVerfG aveva scelto di non sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia rivendicando il diritto di arrogarsi l’ultima parola in materia di rapporti tra fonti multilivello e interpretazione conforme. Secondo i giudici di Karlsruhe sul punto non è neppure applicabile la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea perchè la discussa legge ATDG avrebbe ratio e origine esclusivamente interni, non influenzabili dal diritto dell’Unione Europea, nonostante la protezione comunitaria dei dati personali e della riservatezza persegua fini analoghi. A fondamento di questa tesi, il BVerfG argomenta che l’ATDG è una legge emanata a seguito degli attentati terroristici, fortunatamente sventati, contro la sicurezza dei trasporti ferroviari tedeschi. L’esigenza di tutela della sicurezza ha persuaso il Governo federale a creare una banca dati per lo scambio di informazioni sulla sicurezza tra le istituzioni nazionali.

La sentenza della Supreme Court of United Kingdom “equivalente” a quella del BVerfG riguarda il caso “HS2” e si tratta di una decisione del 2014, relativa alla costruzione della ferrovia ad alta velocità HS2 e ad una possibile ipotesi di violazione della direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell’impatto ambientale (VIA) di determinati progetti pubblici e privati⁹.

1. R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) (Appellant) v The Secretary of State for Transport and another (Respondents), R (on the application of Heathrow Hub Limited and another) (Appellants) v Secretary of State for Transport and another (Respondents), R (on the application of Hillingdon London Borough Council and others) (Appellants) v The Secretary of State for Transport (Respondent) [2014] UKSC 3

Si tratta di una causa relativa ad una ipotesi di violazione della direttiva 2011/92/UE, concernente la valutazione dell’impatto ambientale (VIA). Come si accennava, il contenzioso concerneva la realizzazione di una ferrovia ad alta velocità, tuttavia il vero nocciolo del contendere riguardava la possibile supremazia del diritto di provenienza europea sulle prerogative del Parlamento inglese, in particolare per quel che concerne la corretta informazione ambientale nel procedimento legislativo. Con l’unanime concordia sull’opinione del relatore Lord Reed, la Corte suprema inglese rigetta che la direttiva 2011/92/UE possa essere interpretata nel senso che la democrazia rappresentativa espressa dal Parlamento sia sottoposta allo scrutinio della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Tale possibilità si evince dalla possibilità prevista per le corti nazionali di sollevare questioni pregiudiziali proprio sull’interpretazione degli strumenti di protezione ambientale predisposti alla

⁸ A. A. Khan, *Case Comment: Secretary of State for the Home Department v Pham (formerly known as B2)* [2015] UKSC 19, UK Supreme Court Blog, 6.8.2015.

⁹ C. Bovino, M. Biancanello, op. cit.

summenzionata direttiva. A questo proposito i giudici supremi inglesi si richiamano alla separazione dei poteri caratteristica delle democrazie occidentali, nonché sul mutuo rispetto nelle relazioni tra corti e legislatori “*non solo in questo Paese, ma ovunque e questa Corte non intende calpestarlo*”¹⁰. In caso contrario si verificherebbe un contrasto tra il diritto dell’Unione e il *Bill of Rights* del 1689 che vieta il controllo giudiziale sulle attività parlamentari. A questo proposito, Lord Reed si riferisce proprio alla summenzionata decisione del BVerfG, quale modello nel senso che una decisione della Corte di Giustizia non può essere letta da una corte domestica per mettere in dubbio l’identità dell’ordine costituzionale nazionale. Specificamente, Lord Reed precisa

79. Contrary to the submission made on behalf of the appellants, that question cannot be resolved simply by applying the doctrine developed by the Court of Justice of the supremacy of EU law, since the application of that doctrine in our law itself depends upon the 1972 Act. If there is a conflict between a constitutional principle, such as that embodied in article 9 of the Bill of Rights, and EU law, that conflict has to be resolved by our courts as an issue arising under the constitutional law of the United Kingdom. Nor can the issue be resolved, as was also suggested, by following the decision in...Factortame Ltd (No 2) [1991] 1 AC 603, since that case was not concerned with the compatibility with EU law of the process by which legislation is enacted in Parliament.

In altri termini: di fronte al diritto costituzionale interno, i giudici supremi inglesi stabiliscono che a retrocedere debba essere il diritto dell’Unione. Sul punto, la dottrina inglese sottolinea che il ruolo legittimo dei partiti è riconosciuto nel diritto dell’Unione Europea, nei Trattati dell’Unione e nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione ed è altresì parte integrante della tradizione costituzionale del Regno Unito e degli altri Stati membri¹¹. Ne consegue che i membri del Parlamento sono in grado di assumere informazioni ambientali adeguate per deliberare la propria decisione sia sul progetto legislativo inerente la ferrovia HS2, a cui sarebbe applicabile la Direttiva 2011/92/UE la cui preminenza è rigettata dalla *Supreme Court of United Kingdom*.

4. I giudici inglesi e la Brexit: quale ruolo per il Parlamento?

Mentre nell’agone politico inglese, sui giornali internazionali e nelle istituzioni comunitarie si discute su come, quando e con quali strumenti giuridici esplorare una circostanza sconosciuta in precedenza, cioè l’attivazione dell’articolo 50 del Trattato dell’Unione Europea, si sta formando un interessante paradosso giuridico e politico. Ci si riferisce alla causa “*Gina Miller and Dier Tozetti Dos Santos v. Secretary of State for Exiting the European Union*”¹² depositata presso la *High Court* da parte di alcuni sostenitori del “Remain” per dolersi di alcuni presunti vizi nei primi passi della procedura di uscita del Regno Unito dall’Unione Europea.

Il presupposto risiede nel fatto che il Primo Ministro inglese, Ms Theresa May, abbia intenzione di attivare tale procedura *motu proprio*, senza alcun preventivo dibattito parlamentare. Il ragionamento sotteso a questa iniziativa attiene alla circostanza che il “leave” è stato espresso con un referendum, strumento di democrazia diretta, seppure adito con un mandato meramente consultivo, come stabilito dall’*EU Referendum Act 2015*.

Alla luce di quanto espresso nelle citate sentenze della Corte suprema inglese, sovengono alla mente quelle perplessità manifestate da certa dottrina sull’abuso dello strumento referendario

10 D. Hart, High speed rail, Parliament, and the EU Courts, UK Human Rights Blog, 22.1.2014

11 D. Hart, cit.

12 [2016] EWHC 2768 (Admin).

costituzionale negli ultimi anni, senza che ne fosse stata compiutamente studiata la natura dogmatica e la relazione con la teoria della separazione dei poteri dello Stato¹³. Si tratta di un fenomeno in crescita come se, in generale, i rappresentanti della democrazia rappresentativa percepissero una crescente carenza della loro legittimazione politica e deresponsabilizzando il loro ruolo nelle riforme di natura costituzionale.

Indubbiamente il Brexit ha significative ripercussioni di natura costituzionale, come già evidenziato da altra dottrina di fronte alla possibile introduzione di un “*Great Repeal Bill Act*” che, nelle intenzioni manifestate al congresso Tory, cancelli dalle fonti giuridiche inglesi ogni traccia di diritto europeo¹⁴.

Se di fronte alle istituzioni europee la Corte Suprema inglese ha più volte ricordato la centralità costituzionale delle istituzioni inglesi, in particolare del Parlamento quale dimostrazione democratica e politicamente rappresentativa, ora lo scontro rischia di riaprirsi all’interno, sotto il profilo del diritto costituzionale inglese. Infatti, ai sensi dell’articolo 50 del TEU “*Ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall’Unione*”. Ma vista la novità della materia ancora non è chiaro tra i commentatori quali siano in questo caso quali siano le “proprie norme costituzionali” cui fare riferimento e quale sia il ruolo del Parlamento, così spesso evocato nelle decisioni dei giudici inglesi nei confronti dei giudici europei. Al momento non è dato conoscere a chi scrive quali siano le argomentazioni dei ricorrenti, ma sono state diffuse quelle dei resistenti. Il *Secretary of the State for Exiting the European Union* rimarca l’esclusivo potere della Corona (e quindi del suo governo delegato) di emendare trattati internazionali, come nel caso dell’uscita inglese dell’Unione. Nello specifico si tratterebbe di “notificare” l’apertura della procedura di recesso, mentre l’intervento parlamentare sarebbe successivo e in via meramente ratificatoria delle avvenute modifiche. Ora, sarà interessante seguire lo svilupparsi di questa vicenda fin davanti alla *Supreme Court of United Kingdom*, alla luce del Common law e di tutte le fonti che esso ha inglobato al suo interno. Si tratterebbe non soltanto dei suoi precedenti più antichi (la difesa governativa cita casi risalenti al XVII secolo), ma soprattutto quelli più recenti, dove il rapporto con il diritto dell’Unione è ben presente nelle dettagliate motivazioni dei giudici britannici, soprattutto quelli della *Supreme Court of United Kingdom*. Sembrerebbe quasi che il diritto dell’Unione si trovi ad essere utilizzato, seppure in via mediata ed argomentativa e con vero *sense of humour*, per fondare la procedura di uscita dall’Unione stessa.

Il primo atto di questa rappresentazione giudiziaria è andato in scena di fronte alla *High Court of Justice* londinese e ha visto prevalere le ragioni dei ricorrenti rispetto a quelle del Governo.

Innanzitutto, la *High Court* sottolinea una evidenza costantemente presente nella secolare storia inglese, cioè la centralità del Parlamento nella vita giuridica e politica del Regno Unito. Pertanto il Governo non può esercitare poteri che prevarichino la legislazione approvata dal Parlamento. Nello specifico, la *High Court* si riferisce sia all’*Economic European Communities Act 1972* relativo all’adesione britannica all’allora Comunità Economica Europa, sia all’*European Union Referendum Act 2015*, che convocava il referendum consultivo del quale stiamo trattando.

L’argomentazione governativa relativa al potere delegato della Corona in capo al Governo di condurre relazioni internazionali, di fare o sciogliere trattati internazionali non è accolta dalla *High*

13S. Tierney, Constitutional Referendums: A Theoretical Enquiry in *Modern Law Review*, 2009, 360.

14 M. Elliott, Theresa May’s “*Great Repeal Bill*”: *Some preliminary thoughts*, Constitutional Law For Everyone, Wordpress.

Court. Si tratterebbe, invece, di una delega della Corona, che a sua volta non ha effetti diretti nel diritto interno, proprio a causa del principio generale di sovranità parlamentare.

Ne consegue che, prima di procedere all'attivazione dell'articolo 50 del Trattato di Lisbona, il compito centrale del Governo è di ricostruire una interpretazione storica di ciò che il Parlamento intendeva quando emanò l'*Economic European Communities Act* 1972. Nello specifico, è necessario verificare le modalità di attribuzione dell'esercizio dei poteri di recesso alla Corona, e conseguentemente stabilire se la Corona ha il potere di scegliere se il diritto EU debba continuare ad avere effetto nel diritto interno del Regno Unito o no.

Da un punto di vista giuridico, considerata la delicatezza della materia, la *Hight Court* ha già autorizzato il Governo ad impugnare siffatta decisione direttamente alla *Supreme Court of United Kingdom*. È previsto che le prime udienze si terranno in dicembre. Da un punto di vista politico si tratta del ristabilimento, seppure in via giudiziaria, della centralità degli organi rappresentativi rispetto agli strumenti di democrazia diretta. Ciò in netta controtendenza rispetto al resto d'Europa, come le esperienze referendarie accadute (quale il referendum ungherese sulle quote migratorie) o imminenti (come il referendum italiano confermativo in materia di riforma costituzionale) stanno a dimostrare.