

“Serial Miller”. Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse.

di Alessandro Torre

Abstract: “Serial Miller”. Revival of the prerogative, parliamentary sovereignty, Supreme Court (and the need of a constitutional codification?) in the Brexited United Kingdom. Some reflections. - The aim of the essay is not to comment indeed the Prime Minister’s activity at the ending of the Brexit affair and of the “no deal” visceral campaign of a huge part of the conservative party, but rather to assess how far the Royal Prerogative might really be a significant part of the Executive’s commitment to the implementation of the British withdrawal from the EU. The reflection on the inherent, non-statutory powers that the Prime Minister is committed to carry on in order to subvert the Parliament’ opposition is worth of a serious review in order to see how far the traditional “unwritten constitution” can actually work, and whether some further codification of constitutional non statutory rules, most of which fall under the very governmental power, would prevent a disestablishment of the institutional order coming from the senseless policy of a patrol of hard brexiteers supporting the sacredness of the popular referendum in opposition to the representative democracy. Will the UK Supreme Court, eventually acting as a powerful constitutional arbitrator, successfully defend the sovereignty of Parliament and the balance of working conventions within the chaotic landscape of the Brexit?

3083

Keywords: Prerogative; Sovereignty; UK Supreme Court; Brexit; Miller decisions.

1. Introduzione

Sulla clamorosa vicenda della *prorogation* dell’attività del Parlamento di Westminster, da Sua Maestà Elisabetta II proclamata per sua prerogativa dietro formale richiesta del *premier* conservatore Boris Johnson, la Corte Suprema del Regno Unito si è pronunciata il 24 settembre 2019 con la sentenza diventata nota come *Miller/Cherry* (o più semplicemente *Miller 2*)¹. Questa decisione, e non meno il

¹ *R. (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) / Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)* [2019] UKSC 41. Questa sentenza ha avuto all’origine un ricorso su una decisione di una *Divisional Court* scozzese ed è intervenuta dopo tre udienze (17, 18 e 19 settembre) in cui la Corte Suprema si è riunita *en banc*, ovvero nell’interezza della sua composizione, e pronunciandosi all’unanimità. Tra i molti commenti v. i recenti G. Caravale, *Il Miller2/Cherry case: la Corte Suprema Britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, 18, 2 ottobre 2019, 1 ss., e T. Kostandinides, N. O’Meare, R. Sallustio, *The UK’s Supreme Court’s Judgment in Miller/Cherry: Reflections on Its Context and Implications*, U.K. Const. L. Blog (2nd October 2019).

conflitto costituzionale in cui è inserita, sta sollevando tra i costituzionalisti britannici un dibattito di considerevole vivacità che ha eguagliato (e forse superato, se si considera il brevissimo arco di tempo in cui contenuti e implicazioni della sentenza hanno formato materia di una raffica di interventi comparsi nel *blog* della *UK Constitutional Law Association*) quello che aveva accompagnato le diverse fasi della Brexit. Queste fasi, che sono tuttora ben lontane dalla conclusione, sono partite dal referendum del giugno 2016 per giungere, attraverso il filtro perentoriamente costituito dalla sentenza *Miller* del 24 gennaio 2017, alle nuove clamorose battaglie parlamentari che monopolizzano quotidianamente le cronache dell'attività pubblica nelle antiche aule di Westminster.

Le due menzionate sentenze della Corte Suprema sono giunte, in una fase cruciale della storia costituzionale britannica del nuovo secolo, per riaffermare alcuni principi fondamentali la cui integrità ha rischiato di essere messa radicalmente in discussione da una condotta governativa eccessivamente propensa a sottovalutare il ruolo che al Parlamento è attribuito dalla logica evolutiva della costituzione “non scritta”, e a far ciò ricorrendo, in entrambi i casi che sono sfociati nelle due memorabili decisioni, a un uso della prerogativa che è stato considerato illegittimo (*Miller*) o distorto (*Miller 2*), in entrambi i casi per diretta responsabilità governativa. Partendo da tale presupposto, le riflessioni che seguono non si occuperanno della Brexit in sé, ovvero del frenetico susseguirsi di eventi che ne stanno derivando, ivi compresa la nuova elezione parlamentare prevista per il dicembre 2019, o degli effetti finanziari, economici, politici, sociali, internazionali che, qualora sia realizzato secondo il programma dei Conservatori e dell'*UK Independence Party*, l'abbandono dell'Unione Europea recherà con sé. La questione a cui si tenterà di dare sviluppo sarà, partendo da alcuni tra i più significativi elementi di accelerazione del sistema costituzionale che si stanno attualmente delineando nel Regno Unito e che trovano un nodo essenziale nell'odierno conflitto che il ministro Johnson ha scatenato tra lo strumentale uso governativo della prerogativa regia, ultimamente evocata per ottenere una *prorogation* tattica dell'attività parlamentare, e la sovranità del Parlamento che pur sempre resta un principio-cardine dell'intero sistema, quali concrete ripercussioni potrebbero ragionevolmente prodursi in un ordinamento in cui la flessibilità della *unwritten constitution* non sembra stia operando, quale ammortizzatore degli incidenti politico-istituzionali, con la stessa efficacia del passato.

In sintesi: l'odierno clima del dibattito sulla Brexit, che di certo sarà produttivo di conseguenze sul cui esito è prudente che si eviti alcun pronostico, vede intensificarsi una diatriba politica sulle condizioni della realizzazione dell'abbandono dell'Unione Europea che fin d'ora danneggia alcuni principi su cui si regge l'equilibrio ordinamentale avendo reso iperattive, per lo più in forme distorte – le iniziative dell'Esecutivo e della sua *premiership*, e rallentando o ostacolando l'attività del Parlamento quale primario legislatore del regno. Il coinvolgimento delle Corti di giustizia e, al vertice del sistema, della Corte Suprema ha assunto forme arbitrali più evidenti proponendo una nuova configurazione del potere politico del Giudiziario nelle quali, in nome della *rule of law*, la condotta governativa è stata

scrutinata sotto inediti profili e, fin dal periodo thatcheriano, con esiti non sempre favorevoli. Infine resta da considerare criticamente la marginalità istituzionale di una Corona simbolica, alla quale restano tuttavia attribuiti dei poteri di prerogativa che trovano fondamento in un catalogo inscritto nella tradizione ma il cui materiale esercizio le è alieno, se non per consentire all'Esecutivo di dare legittimazione ad atti di amministrazione e di politica attiva che nella forma sono consentiti dal diritto ma ultimamente risultano privi di correttezza costituzionale.

2. La codificazione costituzionale tra attivismo riformatore e Brexit.

Prima dell'apertura del ciclo della Brexit, sorta di stagione della caccia costituzionale condotta dall'Esecutivo con armi sempre meno convenzionali che stanno alterando molti degli equilibri non scritti che un tempo garantivano la prevedibilità del gioco delle istituzioni, particolarmente feconda era stata la produzione parlamentare di fonti di *statute law* che aveva dato luogo a significative riforme (invero non tutte efficaci) di settori del diritto pubblico a vario titolo rientranti nell'orbita di un sistema comunemente definito di *unwritten constitution*. Sebbene i suoi spazi vitali fossero fortemente minacciati dall'espansione della *delegated legislation* che vede l'Esecutivo, nuovo amministratore della prerogativa, esercitare ruolo e funzioni di artefice di interi complessi di norme, la legislazione parlamentare aveva manifestato una chiara tendenza verso la codificazione normativa in aree tradizionalmente non scritte nelle quali si considerava urgente che il diritto scritto introducesse nuove regole destinate a razionalizzare valori e meccanismi della costituzionalità, il che era fatto introducendo la certezza del diritto scritto laddove le regole erano convenzionali o di antica produzione storica, e per lo più obsolescenti.

Sebbene non sia da trascurare come l'intero Novecento sia stato caratterizzato da significative riforme che hanno mutato il volto dello Stato britannico², particolarmente nutrita e ravvicinata nei suoi tempi è stata la sequenza di interventi legislativi che a partire dall'ultimo decennio del secolo hanno accelerato questa trasformazione. Emblematico era stato, sotto tale riguardo, lo *Human Rights Act 1998* che si era sovrapposto al vetusto *Bill of Rights* del 1689 e ad altri Atti di settore che avevano garantito progressi limitati dei diritti mediante una serie di integrazioni *ad hoc* dell'ordinamento, ma non dedicando particolare attenzione ai protocolli sociali e del lavoro su cui invece l'Unione Europea aveva indicato chiari percorsi: è in tal modo che la CEDU era stata inserita nell'ordinamento nazionale. Ultimamente nuove statuizioni avevano disciplinato taluni elementi del potere governativo e della prerogativa regia che di fatto è sotto l'integrale controllo del Primo ministro e del suo partito³, ovviamente con particolare riguardo alle loro

² Ce lo rammenta R. Jones nel saggio *Constitutional Reform and the Contribution of the Political Parties since the Beginning of the 20th Century*, in *Manchester Student Law Review*, 2, 2013, 110 ss.

³ Ma non certo nel confuso scenario della Brexit, come opportunamente osservano G. Baldini, E. Brassanelli, E. Massetti in *Who Is in Control? Brexit and the Westminster Model*, in *The Political Quarterly*, 4, 2018, 537 ss.

interferenze con l'attività parlamentare (perché ovviamente è sotto il profilo di questo fondamentale dualismo che si misura la consistenza di ogni riflessione sulla prerogativa): per esempio, sebbene le vicende che hanno condotto alla *snap election* dell'aprile 2017 abbiano dimostrato quanto facile possa essere l'elusione politica delle sue norme, con il *Fixed-term Parliaments Act 2011*, che abrogava il *Septennial Act 1716* adottato nel quadro dell'avvicendamento dinastico hannoveriano, era stato stabilito che lo scioglimento della Camera dei Comuni fosse sottratto alla discrezionalità del Primo Ministro e, da qui, alla prerogativa della Corona da quest'ultimo di fatto gestita secondo la propria discrezione politica per orientare gli equilibri di partito traendo conferma dal responso dell'elettorato e, facendo tesoro di un buon esito, sospingere ai margini l'Opposizione e consolidare il proprio potere per un'intera nuova legislatura⁴. Un tentativo di nuova razionalizzazione del procedere democratico si riscontrava inoltre nel miscellaneo *Parties, Elections and Referendum Act 2000* (in cui gli articoli 101-129 introducevano una regolazione sufficientemente estesa del referendum, ma senza chiarirne la funzione costituzionale⁵); tuttavia con il voto del giugno 2016, pur nel formale rispetto dei criteri di base fissati dalla legge, le implicazioni populiste della propaganda non hanno mancato di inquinare fortemente il fondamentale rapporto tra società civile e istituzioni, con la conseguenza che il fattuale cedimento del principio di sovranità parlamentare alla nuova dogmatica della sacralità della pronuncia popolare, a cui anche la Corte Suprema nella prima decisione *Miller* sembra essersi adeguata, sta

⁴ Nondimeno questo nuovo congegno legislativo, che sembrava portare pienamente nell'alveo parlamentare la questione dello scioglimento anticipato della legislatura e limitare radicalmente la *dissolution* sovrana, è stato eluso dalla modalità con cui è stato possibile celebrare le elezioni nel 2017 (la precedenti risalivano al 2015); e pertanto, accertata la sua limitata utilità, l'ipotesi di un'abrogazione, che riporterebbe il sistema a quanto statuito con il *Parliament Act 1911* restituendo vigore alla tradizionale *dissolution prerogative*. Per un'analisi critica v. R. Craig, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011 (Part 1) e (...) (Part.2)*, U.K. Const. L. Blog, <https://ukconstitutionalallaw.org>, risp. (24th May Oct 2017) e (25th May 2017).

⁵ Tuttora irrisolta resta peraltro la questione se questo classico strumento di democrazia partecipativa sia consultivo (*advisory*) o vincolante (*mandatory*), rispetto alla quale la posta in gioco resta la supremazia di un Parlamento che nel quadro della Brexit è drammaticamente condizionato dalle espressioni di una volontà popolare che si è trasformata in una decisione politica di carattere populista. Sugli effetti deformanti del voto che ha deciso a favore del recesso dall'Unione Europea aprendo il passo alla Brexit v. C. Martinelli (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Santarcangelo di Romagna, 2017. Numerose le trattazioni che affrontano il tema di questa particolare forma di sovranità, che è tipica della cultura inglese, e incidentalmente della sua crisi: tra queste cfr. J. Jowell, *Parliamentary Sovereignty under the New Constitutional Hypothesis*, in *Public Law*, 4, 2006, 562 ss.; S. Lakin, *Debunking the Idea of Parliamentary Sovereignty: The Controlling Factor of Legality in the British Constitution*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 2008, 709 ss.; A.W. Bradley, in *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in J. Jowell, D. Oliver (eds), *The Changing Constitution*, Oxford, 2011, 7^a ed., 25 ss.; V. Bogdanor in *Imprisoned by Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 2012, 171 ss.; M. Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, 2015. Per un ampio approfondimento dottrinale soccorre il classico volume di J. Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Oxford, 2001.

tuttora sottoponendo a una dura prova le tradizionali convenzioni costituzionali. Anche la Camera dei Pari veniva fatta rientrare nel contesto riformatore, compiendosi in tal modo un piccolo passo in avanti nella lenta ridefinizione dello *status* dei suoi componenti: l'*House of Lords Reform Act 1999* e quello del 2014 si impegnavano in tale direzione, rispettivamente restringendo la presenza in Parlamento delle antiche aristocrazie e consentendo ai Pari di dare le dimissioni o ritirarsi della vita politica: tuttavia la vera metamorfosi strutturale è ancora incompleta e una plurisecolare attesa (le prime istanze di modifica furono formulate nel tardo Settecento) è rimasta priva di risposta. Infine gli Atti di *devolution* introducevano nuove strutture istituzionali e coerenti meccanismi di loro formazione (metodi elettorali misti, organizzazioni parlamentari differenziate) e di governabilità (anche inediti, come nel peculiare *power-sharing* nordirlandese) nell'ampia sfera di una territorialità che mai era stata immaginata come basilare soggetto politico e costituzionale e che dal 1998 in poi, attraverso le legislazioni concernenti la Scozia, il Galles e l'Irlanda del Nord, era organizzata come luogo dell'organizzazione di grandi autonomie costituzionali da commisurare alle esigenze delle comunità civili ed eppure accomunate da sostanziali analogie organizzative nelle loro istituzioni. Prendeva forma in tale periodo la distinzione tra *old* e *new Constitution*, di cui certamente la prima era destinata a una severa revisione e la seconda solennizzata attraverso un attivismo modernizzatore dalla cui complessità emergeva l'urgenza che attraverso forme di *judicial review* anche la prerogativa, segnatamente nei suoi residui che erano fondati sull'esistenza di molti poteri non stabiliti per legge bensì per antica convenzione, e che riguardavano ampi settori pubblici come l'intero *civil service* (il pubblico impiego appartenente alla Corona) e la proprietà di ingenti parti del patrimonio nazionale, fosse sindacabile e, in ipotesi, fatta rientrare nel quadro della trasformazione. Si osservava a tale proposito, senza più le tradizionali reticenze dovute all'ossequio verso l'*establishment* monarchico-governativo e invocando una nuova funzione costituzionale delle Corti quali mediatrici del rapporto tra quest'ultimo e il Parlamento, che «*The mere fact that a power derives from the royal prerogative does not make it unreviewable*»⁶.

È con viva nostalgia che il costituzionalista odierno è indotto a guardare oggi in direzione del vasto programma riformatore in cui erano rientrati i menzionati Atti parlamentari (ed altri, compreso quello che nel 2005 ha istituito la *United Kingdom Supreme Court*), all'epoca realizzato allorché, secondo le prospettive quasi messianiche della “Terza Via” maturata nel periodo del conservatorismo post-thatcheriano⁷, sembrò che le sembianze democratiche del Regno Unito si avviassero verso un radicale rinnovamento fondato sul riavvicinamento tra società civile e Parlamento rappresentativo⁸. Questa nostalgia si rende più acuta se l'osservazione

⁶ Così D. Oliver, *Constitutional Reform in the UK*, Oxford, 2003, 93.

⁷ Il manifesto riformatore trova espressione, nelle sue ispirazioni meta-costituzionali, in A. Giddens, *The Third Way. The Renewal of Social Democracy*, London, 1998 ove in particolare nel cap. *State and Civil Society*, 69 ss., trovava sviluppo la nozione di “Stato senza nemici”; v. anche A. Barnett, *This Time: Our Constitutional Revolution*, London, 1997.

⁸ Grandi speranze e valutazioni favorevoli, tra i molti, in V. Bogdanor, *Power and the People. A Guide to Constitutional Reform*, London, 1997; e, dopo le prime riforme, in D. Beetham, I.

si limita, come in un tipico *case study*, al solo periodo gennaio-settembre 2019, ovvero a un arco di tempo politico in cui prossimi alla ventina sono i disegni di legge che si pongono sotto l'egida del *withdrawal* dall'Unione Europea e ne affrontano le presunte conseguenze, ma il cui *iter* non è ancora concluso. Per quel che riguarda la restante attività legislativa, si verifica l'esistenza di una miriade di progetti di ristretta settorialità che di rado attengono al tessuto istituzionale del Paese (ma conviene tenere conto di un nuovo *bill* che prevede l'abbassamento a sedici anni dell'età elettorale). Nel mentre si avvicendano nel dibattito di entrambe le Camere dichiarazioni e relativi documenti recanti istruzioni governative che intendono preparare il Parlamento alla realizzazione del fatidico “*no deal*”, si accumulano un *European Union (Referendum on Withdrawal Agreement) Bill* che si proporrebbe di fermare lo slittamento verso un recesso incontrollato⁹, un paio di progetti di legge che contemplano la revoca del *withdrawal agreement* e giacciono anch'essi nello spazio morto del procedimento, e infine un nuovissimo disegno di legge di questo stesso genere che per la sua complessità e per l'intricato percorso che dovrebbe seguire ha già meritato un commento in cui si dedica particolare attenzione alle «*broader implications of the Bill's novel incorporation of a “parliamentary sovereignty” clause*»¹⁰. Quanto infine all'apporto dei costituzionalisti, aumentano i loro interventi che tentano di riannodare i fili del diritto pubblico che, ripetutamente spezzati nel periodo intercorso tra il referendum del 2016 e l'approssimarsi del 31 ottobre 2020 e, con esso, del minaccioso *no deal*, lasciano prevedere, in un quadro destabilizzato, un'intensificazione del ricorso governativo a poteri di prerogativa¹¹.

Byrne, P. Ngan, S. Weir, *Democracy under Blair: A Democratic Audit of the United Kingdom*, London, 2002, 2^aed.

⁹ L'ipotesi di un secondo referendum sulla Brexit, la cui concretizzazione di certo offrirebbe numerose occasioni di riflessione ai costituzionalisti, rientra fra le possibilità del momento: ne ha trattato, ma con diversi accenti critici, K. Murray, *Putting Parliament in Its Place: The Pro-Brexit, Democratic Case for a Second Referendum*, U.K. Const. L. Blog (26th July 2019).

¹⁰ L'elemento di particolare originalità che emerge da questo progetto di legge ora iscritto nell'agenda della Camera dei Comuni consiste nell'affidamento a una statuizione formale la garanzia di un principio, ovvero la sovranità del Parlamento, che non era mai stato oggetto di legislazione, bensì di un diffuso *understanding* di origine dottrinale; v. M. Gordon, *The European Union (Withdrawal Agreement) Bill: Parliamentary Sovereignty, Continuity and Novelty*, U.K. Const. L. Blog (22nd Oct 2019).

¹¹ La nuova letteratura britannica “della confusione” ha invariabilmente accompagnato le maggiori crisi costituzionali, autentiche o presunte, che si sono avvicendate da un secolo o poco più (conflitto interparlamentare del 1909-11, ingresso nella CEE, realizzazione della *devolution*) ed oggi può essere ben rappresentata dagli scritti di M. Flinders, *What a Mess! The Politics and Governance of the British Constitution*, Bristol, 2017, ove in particolare v. il capitolo *What Kind of Democracy Is This?*, 73 ss.; e i suoi attuali argomenti si possono desumere dal criticamente ricostruttivo *paper* di D. Halberstam, *EU Brexit Litigation: A Short Guide to the Perplexed*, U.K. Const. L. Blog (11th Oct 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Sono di molto interesse anche le osservazioni di A. Weale, nel contributo *Britain and the Improvised Constitution*, in B. Martill, U. Staiger (eds.), *Britain and Beyond: Rethinking the Futures of Europe*, London, 2018, 28 ss., in cui la fibrillazione costituzionale britannica è considerata come riflesso dell'inconsistenza della costituzione dell'Unione Europea e, nel clima della Brexit, causa di un ulteriore e grave alterazione degli squilibri continentali.

L'attuale entrata del Regno Unito in un periodo critico del suo costituzionalismo induce a considerare con nostalgia il periodo in cui un complessivo impegno riformatore aveva prodotto una serie di Atti parlamentari che, in un singolare ordinamento ove l'alea dell'evoluzione politica trasforma direttamente il dato costituzionale, riguardavano questioni inerenti ai numerosi aspetti di un persistente medievalismo che ancora innervava, con le sue obsolescenze, l'impianto complessivo della statualità, e che andavano ridimensionati o eliminati. Si trattava di strumenti della *statute law* che il riformatore, per lo più di ispirazione neolaburista (Gabinetti Blair e Brown) ma senza escludere un *tory* (Gabinetto Cameron) proveniente da una scuola politica certamente meno scadente dell'attuale dominata dai *brexiteers* radicali, aveva inserito in contesti che erano ancora condizionati nella loro funzionalità da molte classiche regole che erano proprie della cultura costituzionale di derivazione inglese. Ancora di fonte “non-statutaria” è la prerogativa nell'insieme delle potestà che comporta, e il cui materiale esercizio si è di fatto trasferito sotto l'egida del Primo ministro¹². Sinteticamente passati in rassegna i principali elementi di una trasformazione costituzionale che oggi confluisce nell'inquietante scenario aperto dalla Brexit, resta da considerare se ve ne siano alcuni ai quali, nell'incerto contesto che si è aperto nell'attuale storia della costituzione britannica, sia lecito attribuire una particolare efficacia performativa la cui valenza che sia tale da alterare in profondità le connessioni tra politica e costituzione che un tempo erano governate da intese e *understandings* condivisi, generalmente ricapitolati entro la categoria dei *concordats* e di quel convenzionalismo che da Dicey in poi è stato accolto tra i formanti della costituzione¹³. Se osservata da questo punto di vista, è plausibile che la questione della prerogativa – i cui elementi storici e costituzionali saranno considerati più attentamente nella parte finale di questo scritto – sarà tra le prime a richiedere l'intervento del legislatore e probabilmente anche alcuni degli *inherent powers* che vi sono inclusi ed oggi sono sotto il diretto controllo del Primo Ministro, potrebbero cadere sotto la sua scure.

3. Il binomio referendum-prerogativa al vaglio della Corte Suprema

Particolarmente eclatanti, se in particolare si osserva il ruolo che il voto popolare ha da ultimo ricoperto nel promuovere la caotica sequenza di accadimenti della Brexit, sono gli episodi referendari prodotti da fonti di *statute law* che hanno diffuso e, a quanto sembra, solidamente impiantato in un sistema costituzionale che

¹² Tratta della questione, con dovizia di esempi, M. Cohn nel saggio *Medieval Chains, Invisible Inks: On Non-Statutory Powers of the Executive*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 2005, 97 ss.

¹³ Su cui v. l'ampio saggio di R. Rawlings, *Concordats of the Constitution*, in *The Law Quarterly Review*, 1, 2000, 57 ss., ove queste intese, che si suppongono originate da classici *gentlemen's agreements*, vengono fatte rientrare in una sfera estremamente ricca di sfumature e, pertanto, accessibile a pochi. Ancora più su tale argomento si rivela attuale la lezione di T.R.S. Allan, nella sezione *Law, Convention and Prerogative*, in *Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitution*, Oxford, 1993, 237 ss. (ad illustrazione dei principi che regolano la giurisdizione della Corte Suprema canadese in relazione alle fonti del diritto inglese).

ancora, ma invero con un'aporia essenziale che è lasciata in sospeso¹⁴ e sul cui merito la Corte Suprema ben si è guardata dall'intervenire, intenderebbe fondarsi sul primato della rappresentanza parlamentare. Nel Regno Unito la democrazia diretta nella sua forma referendaria si è più volte riproposta attraverso statuizioni che sono state elaborate *ad hoc*¹⁵ e la cui promozione, soprattutto nei casi più recenti (riforma elettorale, indipendenza scozzese e recesso dall'Unione Europea) così come nelle prime consultazioni del 1975 e del 1979, è stata dettata non da precise esigenze di ordine costituzionale bensì da contingenze politiche che gli Esecutivi di turno, in regime di coalizione o di mera guida conservatrice, hanno percepito come problematiche e di difficile soluzione se affrontate con i convenzionali strumenti di una decisione politica basata su solidi allineamenti di partito. Non adeguatamente controllabile mediante i canoni di una tradizione che nonostante le molte consultazioni effettuate non si può considerare stabilizzata, il referendum sulla Brexit ha suscitato l'azione di potenti contropoteri che hanno posto a dura prova la dogmatica della supremazia parlamentare e all'Esecutivo *tory*, alleato per l'occasione con uno schieramento sovranista, ha consentito di enfatizzare il primato della volontà popolare e un supplemento potestativo che oggi sfugge a ogni controllo e tende a rappresentarsi come autoreferenziale. Se la legge scritta è stata posta a base della democrazia referendaria, trascurando tuttavia di includere il referendum tra gli istituti permanenti dell'ordinamento e pertanto omettendo di renderlo una componente sistemica della costituzione, per altro verso ha attribuito al voto popolare effetti che nel 2011 avrebbero potuto modificare il metodo elettorale¹⁶ o, come nel 2014, dare luogo a un grave dissesto costituzionale¹⁷ ponendo

¹⁴ Cfr. M. Elliott, *United Kingdom: Parliamentary Sovereignty under Pressure*, in *International Journal of Constitutional Law*, n.4, 2004, 545 ss.; con analoghe immagini ectoplasmatiche v. N.W. Barber, *The Afterlife of Parliamentary Sovereignty*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2011, 144 ss. e A. Torre, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in questa *Rivista*, numero speciale 2019, 745 ss. Per ricapitolare diverse chiavi di lettura v. M. Johnson, *The Models of Parliamentary Sovereignty*, <https://legel-research.blogs.bris.ac.uk/2018/12/>. Si segnalano inoltre, anche sotto il profilo di una analogica rievocazione storica avente riguardo all'uso della prerogativa, le ottimamente argomentate osservazioni di G. Clément, "Roundheads vs Cavaliers": *The British Constitution and Parliamentary Sovereignty in the Face of Brexit*, in *Observatoire de la société britannique*, Numero speciale *The United Kingdom of Theresa May*, 21, 2018, 35 ss.

¹⁵ Nel Regno Unito il ricorso al referendum, nonostante allarmate ammonizioni (cfr. K. O'Hara, *The Referendum Roundabout*, Exeter, Imprinting Academic, 2006) e molti inviti a considerarne criticamente l'occasionalità normativa, si sottrae a una regolazione che ne fissi l'applicazione in via generale. Sulla varietà della fenomenologia referendaria v. i molti saggi e le ampie bibliografie in A. Torre, J.O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2012; qui in particolare v. P. Leyland, *The Case for the Constitutional Regulation of Referendums in the UK*, 125 ss., il quale parla esplicitamente dell'assenza di regole costituzionali che diano ordine alla materia referendaria.

¹⁶ Su questa consultazione popolare, che è stato il prodotto di un mero compromesso all'interno del Gabinetto di coalizione Cameron-Clegg del 2010-15, v. C. Martinelli, *Molto rumore per nulla, ovvero il referendum elettorale nel Regno Unito*, in A. Torre, J.O. Frosini (cur.), *Democrazia rappresentativa e referendum...*, cit., 375 ss.

¹⁷ Su questo serio rischio v. A. Torre, *Una costituzione sotto stress: riflessioni sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, in *Rivista AIC*, 2, 2017.

fine all'integrità del regno, e che oggi rischiano di dissociare irreversibilmente il Regno Unito dal sodalizio europeo. Il risultato è che l'asistematicità legislativa che ha sovrapposto un voto popolare che, oltremodo enfatizzato nella sua autorità che di fatto si impone sulla decisione parlamentare, si sta proponendo come un pessimo erede del *people's veto* di concezione diceyana e, creando un orientamento che di fatto è eccessivamente propizio a limitazioni governative dell'autorità del Parlamento, altera a tutto favore dell'Esecutivo l'equilibrio dei fondamentali poteri politici¹⁸. Semplificando: la frequenza con cui referendum apparentemente “consulativi” sono stati indetti per decidere concretamente sull'attuazione di importanti riforme (*devolution*, metodo elettorale) o di svolte significative per l'intero Paese (adesione alla CEE, Brexit), mai prevista in statuizioni di portata generale, può anch'essa ritenersi come il prodotto di intese politiche e meriterà anch'essa la cura del legislatore-codificatore costituzionale.

In questo grande scenario entra inoltre, e a pieno titolo, il *Constitutional Reform Act 2005* con cui il riformatore neolaburista si era proposto di garantire quella separazione dei poteri che nel Regno Unito, pur mai essendo aprioristicamente rifiutata per quanto concerne il collegamento a Westminster tra Parlamento e Governo, tant'è vero che numerosi costituzionalisti l'hanno inclusa tra i principi basilari dell'ordinamento¹⁹, ancora risultava irrisolta nel caso del potere giudiziario. Senza alcun dubbio il costituzionalismo classico fondato da Dicey e confermato da tutti i suoi continuatori (ovvero dalla componente dominante della cultura giuspubblicistica britannica dal Novecento a oggi) considerava l'indipendenza delle Corti come un pilastro dell'ordine costituzionale degno di porsi a fianco della sovranità del Parlamento, e purtuttavia questo principio necessitava di un'ulteriore e definitiva conferma che in qualche misura rendesse il moderno costituzionalismo britannico più credibile agli occhi dell'Unione Europea. Questo obiettivo era pertanto legislativamente realizzato sia trasferendo il *patronage*, ovvero il congegno di prerogativa che sovrintendeva alle nomine dei giudici e il cui uso storicamente rientrava nella potestà del Lord Cancelliere (da secoli al vertice del Giudiziario e nel contempo presidente della Camera dei Pari e autorevole membro dell'Esecutivo), dalla dimensione governativa a quella di una commissione indipendente appositamente istituita. Inoltre la riforma modificava i criteri di selezione dei giudici senza tuttavia annullare del tutto la possibilità di un *advice* governativo sui nomi dei designati, residuo di un potere comunque esercitato attraverso il

¹⁸ Tale è uno stato di cose non meramente britannico, come si legge in chiave comparativa in D.J. Galligan, *The Sovereign Deficit of Modern Constitutions*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 4, 2'13, 703 ss.: l'enfaticizzazione della democrazia diretta, la delegazione legislativa, le pressioni autodeterminative e l'estensione dell'attività governativa ne sono le principali cause e manifestazioni.

¹⁹ Con eccezione di pochi, tra cui conviene rammentare il Walter Bagehot che nel 1867 diede alle stampe *The English Constitution* e secondo il quale alla separazione, evidentemente da lui considerata un fumoso lascito illuministico il cui effetto era la disaggregazione, e con essa l'indebolimento della potestà governativa («*weakens the whole aggregate force of government*»), andava contrapposta la *fusion* tra poteri risolta a tutto favore dell'Esecutivo e, si può dedurre, della *premiership*. Ma Bagehot non era propriamente un costituzionalista: Dicey lo qualificava come un *political scientist*.

Cancelliere²⁰. Tuttavia la maggiore innovazione costituzionale emergente dall'Atto del 2005 va ravvisata nell'istituzione della Corte Suprema del Regno Unito, nuovo collegio giudicante che in origine è stato formato trasferendovi in blocco i *Law Lords* (più propriamente, i *Lords of Appeal in Ordinary*); a molti di questi, andando in pensione, sono gradualmente subentrati giudici selezionati con il procedimento indipendente. Come di solito avviene in presenza di riforme di gran rilievo, la novità istituzionale non manca di punti che più o meno esplicitamente rievocano elementi di tradizione²¹: tuttavia se la decisione di dare vita a una Corte Suprema sembra affondare alcune sue radici nella storia pregressa per via della sua funzione di appello dalle Corti del regno e dalla continuità metodologica con la giustizia un tempo esercitata nell'*Appellate Committee* della Camera alta, il suo carattere di originalità nel campo della *adjudication* non ha tardato a manifestarsi con una forza che ha oltrepassato le aspettative del riformatore.

L'attività della Corte Suprema va oggi apprezzata alla luce della duplice controversia costituzionale provocata dalla reiterata distorsione dell'uso governativo della prerogativa regia che stata messa a nudo attraverso le due sentenze *Miller*²².

²⁰ E per questo motivo, onde evitare che questa interferenza governativa riacquisti uno spazio significativo, non sono mancate proposte di potenziamento del ruolo del Parlamento nel processo di selezione, come ipotizzava A.L. Horne nel *paper* n.3 dello *Study of Parliament Group, Is There a Case for Greater Legislative Involvement in the Judicial Appointment Process*, London, 2014. Sulle condizioni selettive che in qualche misura limiterebbero l'autonomia della Corte Suprema v. l'intervento critico di R. Masterman, *A Supreme Court for the United Kingdom: Two Steps Forward, but One Step Back on Judicial Independence in Public Law*, 1, 2004, 48-58.

²¹ Fornendo abbondante materia per una sua configurazione come organo di fisionomia composita, come si può evincere da W. Arnold, *The Supreme Court of the United Kingdom: "Something Old" and "Something New"*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 3, 2010, 443 ss., e G. Drewry nel saggio *The UK Supreme Court – A Fine New Vintage, or Just a Smart New Label on a Dusty Old Bottle?*, in *International Journal for Court Administration*, April 2011, 20 ss. Ma, prima ancora, v. A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di storia costituzionale*, 1, 2006, 259 ss.

²² Fin dalla nascita della Corte Suprema è stato previsto senza troppe esitazioni, da chi scrive, che questo alto collegio all'epoca formato da tutti i *Law Lords* sedenti nella Camera alta avrebbe esteso il campo di azione della sua *adjudication* verso casi di peculiare fisionomia costituzionale la cui connotazione emergeva contestualmente dall'Atto del 2005 (tali i *devolution cases*) e dai contenuti dei ricorsi provenienti dalle Alte Corti delle diverse parti del regno (casi inerenti a diritti fondamentali, sistematicamente scrutinati a norma della CEDU: v. in argomento B. Dickson, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, 2013), di fatto qualificandolo come una corte costituzionale: A. Torre, *Regno Unito: giustizia costituzionale e comparazione in un paese "senza costituzione"*, in G.F. Ferrari, A. Gambaro (cur.), Napoli, 2006, 167 ss.; e *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 317 ss. Del resto l'intervento delle due sentenze che nello scenario della Brexit hanno affrontato con autorità il conflitto tra poteri emerso tra Parlamento ed Esecutivo conferma tale assunto e definisce la fisionomia della Corte Suprema (sulla prima decisione *Miller v. A. Torre, P. Martino, La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6, 2018, 2910 ss., e in particolare 2954 ss.; prossimamente sulla sentenza *Miller-Cherry* si leggerà l'analisi del biennio 2018-2019, in via di scrittura per la medesima *Rivista*). Del resto tali previsioni trovavano conforto, prima ancora che la Corte Suprema iniziasse la sua attività, in D. Woodhouse, *The Constitutional and Political Implications of a United Kingdom Supreme Court*, in *Legal Studies*, n.1/2, 2004, 134 ss., e in A.W. Bradley, *The Supreme Court of*

La grave aggressione mediatica compiuta da *brexiteers* radicali nei confronti dei giudici della *High Court* di Londra, che nel novembre 2016 avevano deciso dichiarando la fondamentale illegittimità della pretesa dell'Esecutivo May di fare uso della prerogativa per l'invio alle istituzioni europee della dichiarazione di recesso ex art.50 del Trattato istitutivo dell'UE²³, non si ripeteva nei confronti della Corte Suprema allorché dopo breve tempo erano gli stessi suoi giudici a dichiarare illegittima l'opzione ministeriale. Con ciò si confermava sia che la sovranità parlamentare e con essa l'osservanza della *rule of law* sono da considerarsi come due cardini dell'intero sistema costituzionale, sia che l'evocazione governativa della prerogativa regia come mezzo per aprire il procedimento di recesso dall'Unione Europea è una usurpazione²⁴. A ciò si può aggiungere che l'assenza di ogni nuova aggressione mediatica nei riguardi di una Corte Suprema anche aveva confermato la posizione era un segno alquanto evidente dell'autorevolezza riconosciuta ai suoi giudici. Se la si valuta sotto questo aspetto, la notificazione ex art.50 (giudicata illegittima dalla Corte Suprema), che fu in origine concepita pretendendo che l'arcaico potere di prerogativa che un tempo era proprio della Corona fosse definitivamente entrato nella piena disponibilità dell'Esecutivo, era interpretabile ben più che alla stregua di atto *ultra vires* di amministrazione, bensì quale grave violazione della sovranità del Parlamento e di norme di comportamento che di certo sono “non scritte”, ma non meno eticamente codificate poiché rientranti nella categoria diceyana della “moralità costituzionale”: sotto questo profilo, la pronuncia *Miller* della Corte Suprema ha prodotto un impatto costituzionale tra i più fondamentali nella storia del Giudiziario britannico, e il suo intervento nel contesto della Brexit ne ha considerevolmente amplificato le potenzialità quale nuova “corte della costituzione”²⁵. Più di recente, l'evocazione dell'*ultra vires* è stato un argomento basilare per la Corte Suprema: nella decisione *Miller 2*, giudicandosi la condotta del Primo Ministro nel quadro della vicenda della *prorogation* del settembre 2019, è stato duramente stigmatizzato lo sviamento di potere compiuto nel prestare il proprio

the United Kingdom – Towards a British “Constitutional” Adjudication?, relazione al Colloquio costituzionalistico italo-britannico del Devolution Club, 10 aprile 2008, inedita.

²³ Ancora oggi c'è chi sottolinea senza mezzi termini l'incostituzionalità usurpativa di tale atto governativo; forti rilievi critici riguardano anche atti di successiva emanazione che ne sono derivati quale l'*European Union (Withdrawal) (n°2) Act 2019*, come si legge in M. Detmold, *The Unconstitutional Brexit Letter*, U.K. Const. L. Blog (20th Sept 2019), <https://ukconstitutional-law.org>. All'indomani della sentenza, i tre giudici della *High Court* furono segnalati su un *tabloid* sostenitore della Brexit come “*enemies of the people*”, e ancora oggi non mancano rilievi che criticano aspramente i magistrati della Corte Suprema accusandoli, nella decisione *Cherry-Miller*, di avere agito in a «*partisan fashion*» contro i legittimi interessi del popolo britannico: così in D. Nicol, *Supreme Court Against the People*, U.K. Const. L. Blog (25th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

²⁴ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant* [2017] UKSC 5, sez.152. Per una analisi molto approfondita v. M. Elliott, A. Young, J. Williams (eds.), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Oxford, 2018.

²⁵ Questa prospettiva emerge, in varie forme, dal contributo di A.L. Young, *Miller and the Future of Constitutional Adjudication*, *ibidem*, 277 ss.

ingannevole *advice* alla Regina per ottenere, fidando ancora una volta nella prerogativa, uno strumentale *Order in Council* di sospensione dell'attività parlamentare che per un lungo periodo di cinque settimane avrebbe neutralizzato un'attività della Camera dei Comuni che si prevedeva alquanto ostile nei riguardi dell'eventualità del *no deal*²⁶.

Con ciò, avendo inserito il suo giudizio nel punto focale della vicenda della Brexit, la Corte Suprema si confermava come autorità costituzionale di indiscutibile prestigio. Nondimeno, l'immagine che oggi il Regno Unito restituisce all'osservatore continentale è quella di un sistema di governo che, nonostante di rado sia stato messo in discussione il suo culturale radicamento in un substrato storico di antica fattura e sedimentato attraverso le epoche, è percorso dai numerosi elementi di una trasformazione che pervade numerosi settori del suo ordinamento. Sebbene la presente attività riformatrice del Parlamento stia attraversando una fase di relativa stasi, questa trasformazione è un'evidente realtà la cui origine vede prevalere oltre certi limiti, e con una rapidità molto accentuata e a tratti disordinata (si pensi all'influenza del populismo euroscettico che sta molto contribuendo alla volatilità del classico sistema di partito) il mutevole canone della "costituzione politica"²⁷ su quello dei suoi classici principi ordinatori. A causa della Brexit questo sistema è entrato in uno stato di conflittualità che sta mettendo a dura prova i dogmatismi tradizionali e li frammenta: tra questi il principale terreno di scontro è nella sovranità del Parlamento che, sebbene sia stata ribadita con argomenti inequivocabili nella decisione *Miller* della Corte Suprema, è entrata in un rapporto fortemente dialettico con un potere esecutivo singolarmente privo di freni. Nel complesso la sintetica rassegna, fin qui proposta, degli interventi legislativi che si sono collocati nell'ultimo ventennio dimostra l'esistenza di sintomi molto evidenti di una tensione che si vede orientata nel senso della ricerca di un impianto più razionale dell'organizzazione del potere, in cui la prospettiva della scrittura costituzionale sembra trovare un'accoglienza più favorevole che in passato.

²⁶ Nella misura in cui la portata di questa decisione si è estesa verso l'abuso governativo dell'attività di *delegated legislation*, sono stati aggiunti ulteriori argomenti all'azione della Corte Suprema quale garante dei *checks and balances* costituzionali, come rileva J. King, *Miller/Cherry and Remedies for Ultra Vires Delegated Legislation*, U.K.Const. L. Blog (19th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Di fatto l'operazione della *prorogation* del 2019 ricade politicamente sotto la responsabilità del Primo Ministro; la legittimità della cui azione che ha attivato la prerogativa sottopone a dure prova l'ordine costituzionale e potrebbe trovare una lontana giustificazione nell'eccezionalità politica del momento, come emerge dalla riflessione di A. Fowles, in *Can the Prime Minister Prorogue Parliament to Deliver a No Deal Brexit?*, in U.K. Const. L. Blog (12th July 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

²⁷ Su cui, nella fase avanzata del riformismo neolaburista, si interrogavano avendo come riferimento della loro lettura il dualismo tra normatività costituzionale e processo politico G. Gee, G.N.C. Webber nel saggio *What Is a Political Constitution?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 2010, 273 ss. Secondo M. Loughlin, il diritto costituzionale è la "terza dimensione" della politica, come si legge nel suo contributo *Constitutional Law: the Third Order of the Political*, in N. Banforth, P. Leyland (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, 2003, 27 ss.

4. Costituzione-convenzione e costituzione-normazione: urgente codificare

Il dibattito sulla prerogativa regia e sul ricorso ad essa di cui i due ultimi Primi Ministri conservatori, Theresa May e l'odierno Boris Johnson, hanno inteso avvalersi per dare avvio al procedimento di Brexit – la prima – ed accelerarlo – il secondo – induce ad affrontare la questione della trasformazione costituzionale con una peculiare chiave di lettura in cui il dualismo tra costituzione-convenzione e costituzione-normazione acquista una posizione di particolare rilievo.

Da diverso tempo la consapevolezza delle proporzioni assunte da situazioni di incertezza applicativa nel quadro di alcune basilari relazioni costituzionali regolate, in particolare tra Parlamento e Governo, attraverso regole convenzionali, ha acuito la sensibilità di diversi giuristi britannici verso l'ipotesi della scrittura di una Carta fondamentale²⁸. A questa prospettiva si legava l'importanza attribuita al consolidamento ordinamentale di un sistema in cui, negli anni del *post-welfare* laburista e del lungo periodo di connotazione thatcheriana, si era fatta strada l'aleatorietà di alcune connessioni tra *premiership* e Legislativo tra cui era incuneato un uso governativo della prerogativa mai esplicitamente enunciato ma molto efficace sotto il profilo delle relazioni inter-istituzionali. Un'alternativa a tale situazione, che era denunciata da osservatori di diverse tendenze ma egualmente vigili sui sintomi di un cambiamento tanto indesiderato quanto più risultava orientato nel senso della fattuale subordinazione della sovranità parlamentare, da un lato, agli impulsi provenienti da un ordine sociale non più adeguatamente interpretato dalla rappresentanza²⁹; e, dall'altro lato, alla supremazia di un Esecutivo “presidenzializzato”³⁰, era intravista nell'introduzione anche nel Regno Unito di una costituzione scritta. Che questa scrittura fosse intesa come analoga a quelle esistenti in pressoché tutti gli Stati del globo (ivi compresi quelli dell'area di *common law* che alla rigidità dei precetti costituzionali attribuiscono un senso non inferiore a quello riconoscibile in costituzioni di altri mondi giuridici), o che almeno trovasse forma concreta in una codificazione dei settori più nevralgici del sistema, era una pure questione di orientamento culturale e di opzione metodologica.

²⁸ Numerosi scritti in argomento, per una cui sintesi problematica v. G. Parry, *Finer's Sixth Constitution: The Continuing Debate on a Written Document for Britain*, in *Government and Opposition*, 5, 1994, 662 ss.; e A. McHarg, *Reforming the United Kingdom Constitution: Law, Convention, Soft Law*, in *The Modern Law Review*, 6, 2008, 853 ss.

²⁹ Tra le più lucide analisi di questo stato di cose, che in qualche modo si poteva considerare prodromico allo sviluppo del thatcherismo, v. J.J. Richardson, A.G. Jordan, *Governing under Pressure: The Policy Process in a Post-Parliamentary Democracy*, Oxford, 1979; per un'analisi più aggiornata dell'odierno malessere della rappresentanza parlamentare v. D. Judge, *Democratic Incongruities. Representative Democracy in Britain*, Basingstoke, 2014.

³⁰ La questione è di lungo corso. Una articolata ricostruzione dell'evoluzione, più che del concetto di presidenzializzazione, della sua graduale, concreta affermazione attraverso l'accentuazione di alcuni tratti delle figure primo-ministeriali succedutesi nel secondo dopoguerra fino al periodo thatcheriano, è in S. Pryce, *Presidentializing the Premiership*, Basingstoke, 1997: puntuali le osservazioni in K. Dowding, *The Prime Ministerialisation of the British Prime Minister*, in *Parliamentary Affairs*, 3, 2013, 617 ss.

Come un tempo volle Jeremy Bentham iniziando nel 1822 la laboriosa stesura del suo *Constitutional Code*³¹, l'obiettivo dei nuovi sostenitori britannici della scrittura della costituzione consiste, oltre che nel rendere accessibili alla comprensione generale taluni *arcana imperii* che risultano ancora riservati all'azione delle *élites* politiche (e in tal modo contribuire alla riduzione di quel divario tra politica e sentimento popolare di cui si sono spesso resi consapevoli i governanti degli ultimi decenni, ma invero senza realizzare visibili risultati a meno di cadere nella trappola populista), mettere ordine in un convenzionalismo che in taluni frangenti, venendo meno le tradizionali regole di *fair play* politico, risultava eccessivamente condizionato dall'esistenza di frammentari retaggi del passato. Sotto questo profilo, molti spazi di una tradizione applicativa che non di rado risultava di incerto riconoscimento, erano colmati da un decisionismo governativo spesso propenso a oltrepassare quei confini della propria responsabilità amministrativa che di solito erano regolati da regole di correttezza costituzionale³²: così, per esempio, nelle disequilibrate relazioni correnti, talvolta a fasi alterne, tra il governo guidato da un Primo ministro *leader* del proprio partito e il Parlamento sede rappresentativa di una sovranità basata sulla rappresentanza, o tra l'Esecutivo centrale e le diverse parti territoriali del Paese in cui, a partire dal prototipo scozzese, si stavano delineando nuove costruzioni istituzionali che si ponevano in alternativa al modello della *English constitution*³³. Nell'odierno contesto costituzionale, affinché la *rule of law* sia definitivamente messa al riparo da incursioni governative e la supremazia del Parlamento sia restaurata (è trasparente oggi la reazione nei riguardi delle pretese di esercizio della prerogativa) e con ciò al procedere costituzionale siano restituite più riconoscibili condizioni di linearità, oltre a quanto già lo Corte

³¹ Rimasto incompiuto con la morte dell'autore (1832, anno del *Great Reform Act*) e reso di pubblico dominio nei *Collected Works of Jeremy Bentham* curati da J. Bowring, Edinburgh/London, 1843, l'ambizioso scritto si ripartiva in sezioni che illustravano i diversi scopi della scrittura costituzionale: *enactive* (normativo), *expositive* (didattico), *instructional* (redazionale), *ratio-cinative* (illustrativo) e *exmplicative* (orientativo), ma non codificava una costituzione britannica illustrando bensì metodo e finalità per un uso generale. Su tale opera benthamiana v. tra i molti, F. Rosen *Jeremy Bentham and Representative Democracy*, Oxford, 1983.

³² Critiche in argomento le osservazioni di V. Bogdanor nel saggio *Ministers, Civil Servants and the Constitution*, in *Government and Opposition*, 5, 2014, 676 ss.

³³ Questi tipi di conflitti, prevalentemente relativi alla questione irlandese, approdavano tradizionalmente al Consiglio privato della Corona; dal 2005 tale giudizio è proprio della Corte Suprema competente per i *devolution cases*. Sul vivace dibattito inerente alla *constitution writing* nella cultura giuridica scozzese, a cui la devoluzione ha impresso un significativo impulso, v. J. McFadden, D. McFadzean, *Scottish Administrative Law Essentials*, Edinburgh, 2006, ove in particolare si veda il capitolo introduttivo *Doctrines of the Constitution*, 5 ss. D'altra parte, la stessa Corte Suprema, spesso indicando lo *Scotland Act 1998* come riferimento per il proprio *judicial review* dei casi di *devolution* portati alla sua conoscenza da tale area, ha contribuito a definirlo come normativa-parametro, come sostenuto anche da B.K. Winetrobe in *Enacting Scotland's "Written Constitution": The Scotland Act 1998*, in *Parliamentary History*, 1, 2011, 85 ss. Che la Scozia sia la *constituent part* del Regno Unito più titolata a vantare una peculiarità costituzionale si può evincere dai saggi raccolti in C. Martinelli (cur.), *La Scozia nella costituzione britannica. Storia, idee, devolution in una prospettiva comparata*, Torino, 2016, ove sul ruolo della Corte Suprema in relazione ai casi scozzesi e all'individuazione di distinti parametri costituzionali normativamente definiti v. P. Martino, *La Scozia nella giurisprudenza della Supreme Court of the United Kingdom*, 145 ss.

Suprema ha fatto per restituire affidabilità al sistema di “freni e contrappesi” tra le due istituzioni politiche³⁴, si sta viepiù diffondendo tra diversi costituzionalisti del Regno Unito una maggiore propensione a mettere in discussione la natura di un sistema istituzionale che la vulgata suole ancora definire ricorrendo all'icona culturale della *unwritten constitution*, ma a volte ignorandovi l'evidenza di alcune gravi cesure e degli squilibri che ne possono derivare, come appunto nel caso del tentativo di *prorogation* parlamentare del settembre 2019³⁵.

Per chi ha importanti responsabilità di governo un corretto orientamento entro il dualismo “scrittura-non scrittura” della costituzione britannica richiede tuttavia, laddove non esistono regole scritte e ci si affida a usi e convenzioni, cospicue dosi di un autocontrollo dettato dal senso comune e da una basilare lealtà istituzionale che, in presenza di eventi che stiano evolvendo i renda oltremodo problematico per i disegni maggioritari possono risultare cedevoli al realismo politico³⁶, e che nell'odierna stagione sembrano essersi dissolte. Per tale motivo si può essere indotti a pensare che entro la cornice del nuovo dibattito sulla codificazione costituzionale, che è invocata da chi ritiene ormai desueto l'affidamento di fondamentali equilibri politico-istituzionali a regole diventate aleatorie o, in alternativa, a norme rigidamente codificate, sembra riprodursi la classica categoria hobbesiana che pone l'obbligazione politica alla base della formazione del potere: da un lato, se privata attraverso la scrittura integrale, di quelli che Dicey individuava come *understandings* o intese, la nuda codificazione costituzionale rischia di essere considerata oppressiva; d'altra parte, la difesa della totale flessibilità e della non scrittura lascia intravedere un regresso del sistema verso una sorta di stato di natura in cui sia vigente il diritto del più forte. Tali sono le due consapevolezza che un tempo erano sorte nel contesto del thatcherismo e che oggi innervano la grande controversia della Brexit dando argomenti a chi sostiene progetti di scrittura costituzionale. D'altro canto, sembra proprio che la stessa scrittura della

³⁴ Tra le molte, una recente *laudatio* di questo ruolo di regolazione costituzionale esercitato dalla Corte Suprema è in J.S. Caird, *The Supreme Court and Parliament: The Constitutional Status of Checks and Balances*, U.K. Const. L. Blog (27th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

³⁵ Dalla miriade di interventi apparsi sul *blog* telematico della *UK Constitutional Law Association*, questa vicenda connessa al governativo ricorso alla prerogativa può essere commentata in sintesi attraverso una selezione dei più significativi che si segnalano nella loro frenetica successione cronologica: P. Craig, *Prorogation: Three Assumptions*, U.K. Const. L. Blog (10th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>; A. Greene, *Our Constitution, Accountability and the Limits of the Power to Prorogue*, *ibidem*, (26th Sept. 2019); M. Gordon, *The Prorogation Case and the Political Constitution*, *ibidem* (30th Sept.2019); V. infine anche i *papers* di M. Elliott, *Prorogation and Justiciability: Some Thoughts Ahead of the Cherry/Miller (N°2) Case in the Supreme Court*, in *Public Law for Everyone*, 12 Sept. 2019, <https://publiclawforeveryone.com/2019/09/12/>; e di S. Tierney, *Prorogation and the Courts: Some Thoughts Ahead of the Cherry/Miller (N° 2) Case in the Supreme Court*, U.K. Const. L. Blog (13th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>.

³⁶ È tale l'argomento a cui è dato sviluppo in M.S.R. Palmer, *Using Constitutional Realism to Identify the Complete Constitution: Lessons from an Unwritten Constitution*, in *The American Journal of Legal Studies*, 3, 2006, 587 ss., in cui, con chiavi di lettura in gran parte adattabili al caso britannico, si tratta della costituzione della Nuova Zelanda che quanto a non codificazione ricalca quella dell'ordinamento del Regno Unito.

costituzione, proposta da alcuni emuli di Bentham come risolutiva³⁷, non possa sostituire completamente il diritto non scritto a meno di rinnegare il substrato culturale che tradizionalmente disciplina forme e pratiche dell'agire costituzionale. Più probabilmente la via del consolidamento costituzionale, se riconosciuto come una necessità storica, potrà trovare migliore espressione non in un'operazione di scrittura integrale, bensì nella produzione di nuovi Atti organici e di settore che si aggiungano a quelli che già in diversi momenti sono stati introdotti con le diverse riforme attuate a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, nonché con il contributo dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte Suprema³⁸. A questo proposito resta da chiarire se una generale codificazione delle regole costituzionali o, ancora più una loro totale scrittura, contribuisca effettivamente a realizzare l'operazione di scongelamento ordinamentale che da alcuni è auspicata per dare fluidità a quegli ampi spazi di diritto costituzionale che non è scritto ma formalizzato attraverso applicazioni o prassi percepibili come consuete e informate a un peculiare tradizionalismo, e che ciononostante, come nel caso dell'uso della prerogativa da parte degli ultimi ministeri retti dai *tory*, si espongono a interpretazioni soggettive e a giudizi di incostituzionalità³⁹). Se si presta fede a un'opinione non meno immaginativa che intravede la medesima prospettiva⁴⁰, scopo di un ulteriore impegno di codificazione del dettato costituzionale dovrebbe essere l'eliminazione dei principali "buchi neri" di cui l'ordinamento è cosparso, che in determinate contingenze quale la Brexit attraggono nel caos norme o condotte politiche che un tempo si

³⁷ E non senza sfumature che possono essere percepite come particolarmente ottimistiche, come in A. Blick, *The Merits of a Written Constitution*, in *Judicial Review*, 1, 2016, 1 ss.; e B. Ackerman, *Why Britain Needs a Written Constitution – and Can't Wait for Parliament to Write One*, in *Political Quarterly*, 4, 2018, 584 ss. Si aggiungano R. Blackburn, *Enacting a Written Constitution for the United Kingdom*, in *Statute Law Review*, 1, 2015, 1 ss.; e il più recente B. Dickson, *Writing the United Kingdom Constitution*, Manchester, 2019.

³⁸ La questione è dibattuta da molto tempo; su questo punto numerosi, a partire soprattutto dagli anni Ottanta dello scorso secolo, sono stati i costituzionalisti che hanno aggiunto argomenti a favore dell'ipotesi di una normazione costituzionale che trovi un'artefice nell'alta giurisdizione, ma non sempre raggiungendo risultati tra loro coerenti. Di recente l'azione giurisdizionale della Corte Suprema, e in particolare il suo ruolo nell'ampia vicenda della Brexit, è stata considerata come un elemento fondativo di un plausibile progetto di costituzione scritta: così si esprime S. Payne, *The Supreme Court and the Miller Case: More Reasons Why the UK Needs a Written Constitution*, in *The Round Table. The Commonwealth Journal of International Affairs*, 2018.

³⁹ Questa rappresentazione della problematica emerge chiaramente dal contributo di A. Georgopoulos, *The Melting of Constitutional "Glaciers": Miller 2 and the Prerogative Powers of Government*, U.K. Const. L. Blog (30th Sept 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>: qui degli elementi mai codificati, e in primo luogo della prerogativa, si enfatizza una glaciale rigidità che, in presenza di situazioni inedite quale, appunto, quella aperta dalla Brexit, oltrepassa i limiti della correttezza costituzionale.

⁴⁰ Di cui si dà sviluppo in A. Greene, *Miller 2. Non-justiciability and the Danger of Legal Black Holes*, *ibidem* (13th Sept.), che individua una serie di contenuti di oscura definizione nell'intero assetto dei poteri politici, come per esempio la prerogativa, che si sottraggono al sindacato delle Corti e rendono diversi aspetti della vita pubblica non regolabili in termini di *rule of law* o che, in caso di loro sottoposizione ne connotano come invasiva l'attività di *judicial review*. Entrambe tuttavia hanno come base comune la riflessione aperta dalla Corte Suprema.

effettuavano ordinatamente, in tal modo compromettendo sia le loro concrete applicazioni, sia l'affidabilità delle autorità di governo di fronte al Paese.

Oltre che nel referendum di recente configurazione populista di cui a gran voce folle di manifestanti chiedono oggi una seconda convocazione, è nella dimensione della prerogativa che si forma un blocco contenutistico di oscura definizione e, almeno nel diritto antico, tendenzialmente omnicomprensivo. In quanto formalmente attinente alla potestà della Corona e di sua esclusiva pertinenza, quella che d'ora dovrebbe essere citata come prerogativa regia risulta sottratta al sindacato delle Corti e pertanto non direttamente conoscibile attraverso la classica *rule of law*. Nondimeno, attualmente un nuovo punto di partenza della riflessione che la riguarda è offerto da quanto è emerso dalle due decisioni *Miller* di una Corte Suprema che, pur rendendone inefficaci le applicazioni pretese dal Primo Ministro di turno, ben si è guardata dall'entrare a contatto diretto con tale categoria costituzionale. Su tale base, e muovendo a ritroso, una ricostruzione del senso costituzionale della prerogativa può essere utile per verificare in qual modo e in quale misura l'istituto possa essere oggi modificato, o almeno razionalizzato senza che un intervento che ne limiti portata e applicazioni comporti un delitto di lesa maestà. Di certo a questo proposito, sebbene sia alquanto immaginabile che molte saranno le voci contrarie secondo le quali qualsiasi codificazione della prerogativa sarà considerata costituzionalmente eterodossa, resta un'assoluta priorità il passaggio verso una sua razionalizzazione che riduca la sovrabbondanza di potere dell'Esecutivo ed esorcizzi la compressione della supremazia parlamentare.

5. La Royal Prerogative: un apparato potestativo ancora attuale?

Per addentrarsi nel pur affascinante campo della *Royal prerogative* e delle sue attuali applicazioni, nonché dei due tentativi di promozione governativa che sono stati entrambi impediti dalle due sentenze *Miller* attraverso una *ratio decidendi* diversificata negli argomenti ma comune negli esiti, si può partire da quel frammento che è emerso nel confronto giudiziario della prima *Miller* allorché senza troppe remore di carattere dottrinale la *respondent* Miller metteva a nudo della prerogativa il suo essere un elemento dell'antica prassi politica della monarchia. Ciò essa faceva annotando polemicamente, nella sua perorazione di fronte alla Corte Suprema, che del tutto arbitrario era il ricorso governativo a questa espressione della potestà regia per dare autonomamente avvio, con la spedizione della fatidica dichiarazione *ex art.50*, al recesso britannico dall'Unione Europea: molti sinteticamente, la Prerogativa era qui definita come l'«*ancient self-serving right that Kings and Queens once used to rid themselves of their enemies*». Ne risultava una rappresentazione dell'impiego della prerogativa da parte dell'amministrazione May come un atto degno delle violazioni che nel primo Seicento erano commesse da un sovrano Stuart il quale, ritenendosi *legibus solutus*, si considerava nel pieno diritto di applicare eccezioni all'ordinamento del regno (e, come tale, di un atto indegno di una forma costituzionale che dalle turbolenze del periodo stuartiano era emersa con ben altre garanzie fondamentali poste sotto la tutela della *rule of law*). In altri termini, la

prerogativa delle origini era l'espressione di un potere sovrano squisitamente politico e ricco di implicazioni arbitrarie che trovavano le proprie giustificazioni nell'antico monarchismo, ovvero di quelle concezioni sulla sovranità del re che ancora nella metà del Seicento il Robert Filmer autore del *Patriarcha* poneva sotto l'egida dell'origine divina del potere regio e come corollario di quella che in tempi più moderni sarebbe stata considerata come la «*absolute authority of the Crown-in-Parliament to speak for the British nation*»⁴¹. L'argomento Miller, in seguito riconosciuto nelle decisioni della *High Court* e delle Corti Suprema, sollevava la questione della violazione dell'ordinamento del regno e della sovranità del Parlamento: nella misura in cui per dare avvio alla Brexit e con essa a tutte quelle conseguenze che avrebbero inevitabilmente inciso sul diritto stabilito e su un alto numero di statuzioni parlamentari, l'amministrazione May aveva scelto la via della trasmissione della volontà di rescindere lo storico vincolo europeo ciò facendo, per dare fedele esecuzione al mandato popolare emerso dal referendum del 2016, in via diretta, senza alcun passaggio parlamentare (e ovviamente senza un coinvolgimento formale della Corona). L'affermazione di Gina Miller era sufficientemente chiara e di facile comprensione, ma in realtà la definizione della prerogativa, alquanto efficace sotto la forma di un appassionato motivo processuale, era alquanto riduttiva poiché la configurava, più che come un complesso di attribuzioni del monarca che lo ponevano in modo altamente interlocutorio con il Parlamento, come un primordiale strumento di eliminazione di antagonisti che gli si erano resi politicamente sgraditi; come fu spesso preteso dai sovrani Stuart⁴² (ed è in questo senso che si può comprendere l'argomento estratto dal caso *Miller*), l'uso di tale potere sostanzialmente autocratico rientrava nella disponibilità del sovrano, ma violava le garanzie degli Inglesi di cui più volte la Camera dei Comuni aveva richiesto, ma con poca utilità, la riconferma.

Secondo gli storici del diritto inglese la prerogativa, o più propriamente la *Royal prerogative*, esprime le attribuzioni potestative del re che si sono accumulati in via di fatto attraverso l'evoluzione della monarchia inglese, e li ricapitola tutti. È pertanto una categoria omnicomprensiva i cui contorni possono risultare alquanto indeterminati e, in ciò assecondando la variabile geometria del potere regio, la si può definire una fattispecie aperta. Per quanto la sua origine sia circondata dalle nebbie dell'antico regime di formazione feudale, ha tratto fondamento e si è vieppiù consolidata seguendo conformandosi alle diverse concezioni della monarchia e l'evoluzione del legittimismo o, più modernamente, della convenzione. Essa riunisce un intero complesso di poteri autonomi del sovrano che gli erano riconosciuti in via esclusiva attraverso la concentrazione nella sua persona di diritti,

⁴¹ M. Loughlin, *Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice*, 28, in M. Loughlin, N. Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2008, 28 ss. Nella classicità: J.N. Figgis in *The Divine Right of Kings*, Cambridge, 1914; e L. d'Avack, *La ragione dei re. Il pensiero politico di Giacomo I*, Milano, 1975, 247 ss.

⁴² Ampiamente ne trattava il pluricitato saggio di F.D. Wormuth, *The Royal Prerogative, 1603-1649. A Study in English Political and Constitutional Ideas*, Ithaca, 1939.

potestà e immunità, in modo che la sua posizione giuridica risultasse nettamente distinta da quella ogni altra persona. Esistente quale categoria cripto-costituzionale già nei secoli della feudalità allorché il re esercitava una potestà suprema definibile come preminente ma tutt'altro che assoluta per via delle opposizioni baronali (la *Magna Carta* del 1215 e le sue trasformazioni duecentesche sono espressioni eloquenti del contrasto determinatosi tra prerogative del re e diritti dei baroni e dei *liberi homines*), la *Royal prerogative* si suppone formata nel grande periodo di transizione coincidente con la monarchia rinascimentale dei Tudor. In particolare l'affermazione della prerogativa si rendeva visibile nel regno di Enrico VIII, regime assolutista caratterizzato da una concentrazione del potere pressoché totale⁴³, tale da lasciare ai margini della decisione politica lo storico potere che nei due precedenti secoli il Parlamento aveva acquisito sia in materia fiscale e finanziaria, sia come occasionale arbitro dei conflitti di potere sorti intorno alla Corona. Se, da un lato, in questo stadio evolutivo della costituzione inglese ben scarso riconoscimento era riservata dal monarca ai diritti tramandati dalle carte concesse dai precedenti sovrani, dall'altro lato la base tradizionale del potere di prerogativa era individuata nella comune accettazione della credenza della sacralità della persona del re e dell'inevitabilità che proprio al re come persona fisica identificabile con il corpo statutale e dotata di una volontà individuale, e non propriamente alla Corona come istituzione, andassero garantiti diritti e poteri suoi propri. Strumenti tipici di questo stile di conduzione della prerogativa nel campo di produzione del diritto erano, per esempio, le *proclamations* reali il cui uso raggiunse il culmine nell'epoca Tudor⁴⁴ e, finché il Parlamento non oppose loro un determinante argine, nel periodo stuartiano.

Numerosi poteri, che in seguito sarebbero stati modernamente riepilogati entro la formula della prerogativa, erano esercitati dal re in epoche precedenti e si erano via via accumulati in un complesso variegato e tuttavia coerente nell'aderire alla concezione sacrale che la monarchia nutriva di sé stessa. Tuttavia nei riguardi della prerogativa non mancavano nelle istituzioni del regno motivate resistenze, sicché non rare furono le opposizioni e, con esse, i tentativi di riforma o almeno di suo contenimento. Va rammentata a tale proposito la vicenda della parlamentare *Commission of Reform*, organo la cui istituzione era stata imposta dalla Camera dei Comuni per porre rimedio al rifiuto di Riccardo II di riconoscere la legittimità di alcuni atti di *statute law* che erano risultati limitativi del suo potere e che si proponevano di condizionare per il futuro, in senso ovviamente restrittivo, l'esercizio della prerogativa. Questo antesignano conflitto tra Parlamento e Corona, sorto tra il 1386 e il 1387, fu infine portato a conoscenza delle Corti le quali risposero con

⁴³ Così annotava Sir D. Lindsay Keir in *The Constitutional History of Modern Britain, 1485-1951*, London, 1955, 5^a ed., a proposito di questo sovrano: «*His recognition as king freed him, as a man, from his attained part. He acquired in its fullness the royal Prerogative – the mass of powers, rights, and immunities which distinguished a king from a private individual*», cui conseguenza era che «*All that kingship implied was Henry's, to make of what use he could*», 10.

⁴⁴ Per una cui rassegna, e per conoscerne metodo e finalità applicative, si vedano i tre volumi di P.L. Hughes, J.F. Larkin, *Tudor Royal Proclamations*, London, 1964-69.

un'articolata decisione dalle gravi implicazioni politiche: infatti i giudici dichiararono la nullità di tutti gli Atti che il Parlamento aveva approvato per limitare la prerogativa, incriminando i promotori di tali leggi e proclamandoli degni della pena capitale. Le Corti confermavano inoltre, a futura memoria, la piena legittimità della prerogativa con particolare menzione dei poteri che il Parlamento aveva contestato, tra i quali il potere di convocazione e di scioglimento della Camera dei Comuni, il potere di determinare ordine e andamento dei lavori parlamentari, di annullamento di qualsiasi atto di *statute law*, e infine di decidere sulla procedibilità di ogni atto di *impeachment* che fosse promosso dai Comuni nei riguardi di chi avesse operato in nome della Corona (a questa preclusione la Camera dei Comuni avrebbe reagito introducendo la figura alternativa dell'*attainder*, forma di accusa di origine e gestione parlamentare che era realizzata sotto l'egida della *statute law*, riproduceva la formula duale dell'*impeachment* e la sottraeva al diretto controllo del re e delle Corti, risultando non meno efficace quale versatile strumento di eliminazione politica o fisica degli incriminati⁴⁵). In questo modo poteri attivi, diritti e immunità attribuiti al sovrano potevano da quest'ultimo essere trasmessi a chiunque agisse per suo conto, e sebbene in seguito alcuni *writs* della giurisdizione di *equity*, del genere del *quo warranto*, del *certiorari* o del *trespass*, fossero conati per punire le illegittimità compiute da agenti del monarca in assenza di potere o in suo abuso o in violazione di diritti, la sfera della prerogativa regia si ampliava ulteriormente mediante atti che immunizzavano il reo o introducevano eccezioni al diritto di produzione parlamentare. Si concretizzava in tal modo l'idea dell'assoluta legittimità di un intero complesso di potestà regali basate sull'asserzione i ministri erano ministri "del re" e che il Parlamento era un Parlamento "del re", e che pertanto il sovrano, supremo garante della pace del regno, poteva legittimamente estendere a dismisura la sua azione di prerogativa declinandola in senso atecnico, ovvero svincolato dalle leggi che incombevano sui sudditi, in direzione di «*a complex of institutions, procedures and conventional conduct in public affairs*»⁴⁶.

⁴⁵ Nondimeno anche l'*attainder*, pur non diventando un elemento della prerogativa, fu fattualmente attratto nella disponibilità del sovrano, purché egli fosse in grado di manovrare a suo piacimento azione e volontà della Camera dei Comuni ed evitare di esporsi personalmente delegando – anche in questo caso modificando, per prerogativa, il suo potere di promulgazione del relativo *bill* mediante una delega a un suo fiduciario. Così, ovviamente in epoca Tudor ove questa forma di incriminazione condusse sul patibolo numerosi oppositori del re o, nel quadro della ribellione parlamentare contro Carlo I per sopprimere suoi fiduciari invisi al Parlamento o infine, nella Restaurazione, per irrogare in via postuma la massima sanzione nei confronti dei principali capi rivoluzionari, come documenta C. Rhys Lovell in *English Constitutional and Legal History. A Survey*, New York, 1962, 316 ss. Sulla diffusione del procedimento v. S.E. Lehmborg, *Parliamentary Attainder in the Reign of Henry VIII*, in *The Historical Journal*, 4, 1975, 675 ss.

⁴⁶ Così intendeva T.P. Taswell-Langmead, in *English Constitutional History. From the Teutonic Conquest to the Present Time*, London, 1960, 11^a ed., 172. Su tale ampia gamma potestativa che è propria del monarca anglo-britannico cfr., tra i molti, le analisi di P. Jackson, *The Royal Prerogative*, in *The Modern Law Review*, 6, 1964, 709 ss.; A. Taylor, *Royal Prerogative and Act of State*, in *The Cambridge Law Journal*, 1, 1968, 1 ss.; B.S. Markesinis, *The Royal Prerogative Re-Visited*, in *The Cambridge Law Journal*, 2, 1973, 287 ss.; H.V. Evatt, *The Royal Prerogative*, Sydney, 1987; P. Hennessy, C. Anstey, *Jewel in the Constitution?: The Queen, Parliament and the Royal Prerogative*, Glasgow, 1992; S. Payne, *The Royal Prerogative*, in *The Nature of the*

Sulla base di questo precedente storico che vide le Corti schierarsi a difesa del potere esercitato dal monarca e in contrasto con l'orientamento della Camera dei Comuni, l'intera storia dei rapporti tra la Corona e il Parlamento è stata pesantemente condizionata dall'evoluzione della prerogativa e da quella sua estensione a intere categorie di atti di Stato, di diritto sia interno sia internazionale, che nella formula di separazione dei poteri elaborata da Locke rientravano nelle sfere del potere esecutivo e del federativo, pur non mancando nel pensiero dell'eminente filosofo, che si rese interprete del parlamentarismo sorgente, annotazioni critiche sulla consistenza costituzionale della pura prerogativa⁴⁷. Le conseguenze tuttavia sono ben note al costituzionalista e su esse è quasi superfluo dilungarsi: sarà sufficiente sottolineare come con il grande confronto seicentesco, in cui l'assolutismo stuartiano coltivò l'illusione di poter imporre all'intero regno la supremazia del proprio potere di legittimazione divina sulle leggi parlamentari e sui diritti tradizionali, alla *Royal prerogative* si opponesse la speculare categoria del *Privilege* parlamentare anch'esso costituito da poteri, immunità e diritti che tuttora sono vigenti e osservati come elementi della costituzione non scritta⁴⁸ e configurabile come il principale antidoto storico al prevalere della prerogativa⁴⁹. Se considerata sotto questo profilo, il Privilegio parlamentare delle origini va inteso non come espressione di una sovranità apertamente rivendicata dal Legislativo (questo principio è di pura formazione dottrinale e di gran lunga posteriore alla formazione del *Privilege*) bensì all'interno di un sistema di separazione dei poteri: definita da Blackstone la *Royal Prerogative* come «*that special preeminence, which the King hath, over and above all other persons, and out of the ordinary course of the common law, in right of his regal dignity*», la contrapposizione del Privilegio ha rappresentato l'unica

Crown, Oxford, 1999, cap.4; T. Poole, *United Kingdom: The Royal Prerogative*, in *International Journal of Constitutional Law*, 1, 2010, 146 ss.; J. Law, *The Royal Prerogative*, Oxford, 2018, 9^a ed. Per due eruditi studi storici v. M. Hale, *Prerogativa Regis* (c. 1660), edito per la *Selden Society* con il titolo *The Prerogatives of the King*, London, 1976; e J. Allen, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, 1830 e 1849.

⁴⁷ Utili annotazioni in P. Pasquino, *Locke on King's Prerogative*, in *Political Theory*, 2, 1998, 198 ss.

⁴⁸ Ma certamente codificata con altri mezzi: vale per tutti il pressoché esaustivo *Erskine Mays' Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (noto anche come *Parliamentary Practice*) giunto oggi alla 25^aed., New York, 2019, che articola l'intera materia nella Parte 2 *Powers and Privileges of Parliament*.

⁴⁹ Un classico studio delle origini ed evoluzione del Privilegio parlamentare è C.F. Wittke, *The History of English Parliamentary Privilege*, Columbus (OH), 1921. Per una aggiornata riorganizzazione della materia v. il rapporto *Parliamentary Privilege* (London, Cm 8318) presentato alla Camera dei Comuni dal *Leader of the House of Commons* e dal *Lord Privy Seal* nell'aprile 2012; e a Westminster anche un apposito *Joint Committee* parlamentare esercita un costante scrutinio sul tema, su cui v. *Parliamentary Privilege*, London, 2013. Anche il *Ministry of Justice* aveva precedentemente prodotto un rapporto di analogo contenuto, volto principalmente a verificare quanto della prerogativa fosse applicabile per agevolare l'attività dell'Esecutivo: *The Governance of Britain: Review of the Executive Royal Prerogative Powers. Final Report*, London, 2009. V. anche un'analisi costituzionalistica del primo Novecento che collega il consolidamento del Privilegio all'art.9 del *Bill of Rights*, ossia, P. Evans, *Privilege, Exclusive Cognisance and the Law*, che apre il *reader* di A. Horne, G. Drewry (eds.), *Parliament and the Law*, Oxford, 2018, 7 ss.

significativa fonte della protezione dall'arbitrio dei singoli rappresentanti elettivi, e con essi dell'intera istituzione di Westminster, e molto più della sovranità parlamentare, categoria in parte fittizia, configura la più concreta garanzia di evoluzione di un sistema un tempo dominato dal diritto divino dei re.

Ciò detto, e tornando alla *Royal Prerogative* come attributo potestativo del monarca che ne legittima un'azione discrezionale nel campo della politica del regno, è opportuno sottolineare come la sua accettazione nel campo del diritto costituzionale non implichi necessariamente la possibilità che il re, pur titolare del potere di eccezione, possa violare il diritto del regno: verrebbe in tal modo meno la sua dignità di suo supremo garante, e di fatto – come dimostrò l'evoluzione costituzionale dal periodo stuartiano in poi – la prerogativa resta soggetta all'analisi delle Corti, alle quali compete verificare se un determinato potere di prerogativa esista o meno, nonché del Parlamento stesso che può limitare la prerogativa mediante un atto di *statute law* (ed è in questa direzione che si orienta lo sguardo di chi, sostenendo la causa della scrittura costituzionale o almeno della codificazione di sue parti, indica la prerogativa come il settore più esposto a tale operazione). La trasformazione dell'antico diritto, che in determinate fasi evolutive aveva consegnato al monarca poteri che non si avrebbe difficoltà nel definire despotici, apriva nuove prospettive di esercizio legittimo della prerogativa come condizionata dal controllo concreto e successivo esercitato dal potere Giudiziario⁵⁰ e astratto e generale esercitato dal Parlamento, ma a condizione che questo si erigesse a incondizionato legislatore del regno. Ma, per quanto ciò possa risultare un (apparente) paradosso, nello stato momento in cui questa *plenitudo potestatis* si trasferiva dalla Corona al Parlamento, il nuovo *settlement* costituzionale esprimeva da sé, nel giro di una scarsa generazione di statisti e di formazioni politiche, la figura del Primo ministro, primo consigliere del monarca, sua figura sostitutiva sul piano dell'esercizio del potere e principale interlocutore, e in seguito *dominus*, del Legislativo. La traslazione della prerogativa, ovviamente non della sua titolarità bensì del suo esercizio, dalla regalità al governo consegnava nelle mani di esponenti sempre più autorevoli del potere esecutivo un potere sempre più penetrante nei riguardi del Parlamento entro un quadro che Walter Bagehot, quasi prendendosi gioco delle filosofie del periodo rivoluzionario che evidentemente giudicava astratte, descriveva di stretta cooperazione anziché di separazione tra i poteri. Una costola della prerogativa antica è tuttora il complesso delle cosiddette *Henry VIII clauses* con cui, in un tipico quadro di cooperazione che tuttavia a stento nasconde una forma di cedimento del "sovrano" Parlamento all'interferenza dell'Esecutivo in campo legislativo, i ministri risultano autorizzati a intervenire su Atti di *statute law* già approvati dai Comuni e dotati di *Royal Assent*, mutandone le statuizioni attraverso altri Atti di legislazione "secondaria" che siano prodotti con procedimento autonomo. Questa previsione di una diversa corsia legislativa che attribuisce

⁵⁰ Specialmente nel caso delle *proclamations* che della prerogativa costituivano l'elemento più direttamente contiguo al potere legislativo del Parlamento e produttore di potenziali conflitti: v. G.A. Schubert, *Judicial Review of Royal Proclamations and Orders-in-Council*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1, 1951, 69 ss.

all'Esecutivo un ulteriore supplemento di potere nella sfera della legislazione configura un esempio alquanto vistoso del *revival* della prerogativa che è stato inserito nelle relazioni tra un Governo già arbitro della *delegated legislation* e l'istituzione parlamentare autrice della *statute law*⁵¹. Di queste clausole è stata prefigurata, e certamente temuta, un'applicazione estensiva proprio nello scenario che sarà aperto dalla realizzazione della Brexit⁵², e ciononostante l'aver più volte ipotizzato, nel corso della contesa sui già menzionati *withdrawal bills*, che il Governo possa fare un grande uso delle *clauses* per contrastare l'eventuale opposizione che i Comuni produrrebbero per via legislativa, non si sottrae a considerazioni critiche fondate sull'osservazione che, se per via del suo valore costituzionale puro ogni *withdrawal bill* dovrebbe restare di esclusiva pertinenza parlamentare (in tal senso essendosi pronunciata in *Miller* la Corte Suprema), la propensione dell'Esecutivo di ricorrere alle *Henry VIII clauses* per alterare le statuizioni parlamentari risulterebbe un'ulteriore prova di condotta costituzionalmente impropria che rischierebbe di radicalizzare i rapporti tra Corona e Parlamento⁵³. In questo caso, per via della loro natura, e in questo caso ben più dell'offensiva foga argomentativo-linguistica con cui dal *frontbench* governativo il *premier* Johnson ha vilipeso l'istituzione parlamentare che per suo privilegio, accertata la perseveranza nel *contempt*, sarebbe stata nel pieno in diritto di applicare quella parte del suo Privilegio che sanziona tale condotta, approvare anche stavolta, come già fatto per la prima volta nella storia con la *privilege motion* che è stata votata a maggioranza nel dicembre 2018, una severa apostrofe di censura nei riguardo di un esponente dell'Esecutivo, ed eventualmente applicare al responsabile di tale condotta una dura ammenda politica (ma ultima risorsa difensiva resterebbe tuttavia, da Boris Johnson non essendo rispettata, a fronte delle reiterate sconfitte subite nella Camera dei Comuni e della perdita del sostegno di oltre una ventina di *tories* e dei deputati unionisti nordirlandesi, l'ovvia convenzione per cui «*when the Prime Minister loses his majority in the Commons, he must resign*»⁵⁴).

⁵¹ Ed è sotto questo aspetto che viene stigmatizzato da M. Pečarič in *An Old Absolutist Amending Clause in the “New” Instrument of Delegated legislation*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 1, 2016, 1 ss.; in precedenza, anche C. Forsyth, E. Kong, *The Constitution and Prospective Henry VIII Clauses*, in *Judicial Review*, 1, 2004, 17 ss.

⁵² Così nel breve *paper* della *UK Environmental Law Association, Brexit. Henry VIII Clauses and Environmental Law*, Bristol, 2017.

⁵³ Tale l'opinione di J. Law, che si trascrive integralmente: «*There is an irony in the necessity of Henry VIII powers. The Miller case vindicated the place of Parliament as a principal source of constitutional law, though I have with respect expressed some reservations as to some aspects of the majority's reasoning. Yet it appears that in order to give effect to the determinations of Parliament that the UK should leave the EU, substantial legislative powers (whatever their final form) will in fact have to be granted to the executive; no clean break, then, between the domains of the Crown and Parliament*», in M. Elliott, A. Young, J. Williams (eds.), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, cit., 218.

⁵⁴ C. Rhys Lovell, *English Constitutional and Legal History. A Survey*, cit., 444.

6. Nota finale sulla decisione Miller 2.

Se con la prima decisione *Miller* si è potuto verificare quanto, attingendo alla conoscenza della storia costituzionale anglo-britannica e riepilogandone le tappe evolutive, la giurisdizione possa operare quale principale avvocata di una supremazia del Parlamento che l'Esecutivo mostra oggi di contrastare proponendosi come soggetto di prerogativa o di sottovalutare come soggetto egemone della politica nazionale, una differente prospettiva è emersa dalla *Miller 2*. La sentenza merita molta attenzione e di certo su essa molto si scriverà in futuro, e purtuttavia fin d'ora è possibile una sintetica annotazione che si collega comunque alla questione della *Royal Prerogative* e al distorto uso di cui si è reso gravemente responsabile il Primo ministro inducendo la regina a dichiarare la *prorogation* del Parlamento.

Di contro a chi a prima vista si pronunciò per l'illiceità dell'atto, giova chiarire che disporre per la sospensione dell'attività parlamentare rientra legittimamente nel quadro del potere monarchico. Infatti è stato facendo appello a tale potestà che il 10 settembre 2019 era solennemente annunciato dal *Lord Privy Seal* che il Parlamento, "licenziato" per un periodo in sé breve, ma negativamente cruciale per l'andamento dell'intenso dibattito in corso sulla Brexit, si sarebbe potuto nuovamente riunire il 14 ottobre successivo, ovvero a pochi giorni dal termine del 31 di questo mese che era stato fissato come ultima scadenza oltre la quale, non essendo intervenuto alcun diverso accordo, si sarebbe giuridicamente compiuto l'abbandono dell'Unione Europea, molto presumibilmente con condizioni di *no deal*. Questa decisione è stata il prodotto di un *Order in Council*, predisposto in una riunione del Consiglio Privato della Corona e basato su una richiesta del Primo ministro sostenuta da un parere, o consiglio (*advice*) sulle necessità della sospensione; questo *advice* sottolineava l'argomento che nello stesso 14 ottobre sarebbe stato pronto l'annuale *Queen's speech* e che la fissazione di quella data non escludeva che il Parlamento fosse perfettamente in grado di dibattere e approvare un definitivo *Withdrawal Agreement Bill*, in cui larga parte ha la *delegated legislation* governativa su cui il controllo parlamentare incontrerebbe notevoli ostacoli⁵⁵, avendo peraltro preso conoscenza delle ultime determinazioni del Consiglio Europeo. Queste, in estrema sintesi, le condizioni che hanno condotto alla decisione regia della *prorogation*, a cui si sarebbero immediatamente opposti, in Scozia, il ricorrente Cherry nella causa *Cherry v The Lord Advocate* e, in Inghilterra, la già menzionata Gina Miller in *R(Miller) v Prime Minister*⁵⁶. In entrambi i casi la *Court of Session* di Edimburgo e una *Divisional* della *High Court* respingevano i ricorsi, argomentando che l'*advice* primo-ministeriale, palesemente strumentale a paralizzare per alcune

⁵⁵ Ne tratta A. Tucker in *A First Critical Look at the Scrutiny of Delegated legislation in the Withdrawal Agreement Bill*, U.K. Const. L. Blog (24th Oct 2019), <https://ukconstitutionallaw.org>. Le modalità procedurali che emergono da tale progetto di legge sono articolate in quaranta articoli e sei *schedules*, di cui una selezione è analizzata in dettaglio nel recente *paper* di A. Arnall, *The European Union (Withdrawal) Agreement Bill*, U.K. Const. L. Blog (4th Nov. 2019).

⁵⁶ Rispettivamente: [2019] CSOH 70 e [2019] EWHC 238.

settimane il Parlamento nella sua discussione del procedimento di recesso dall'Unione Europea, interferiva negativamente sull'attività del Legislativo e, con ciò, sugli *standard* di adeguato funzionamento che si ci attenderebbe ragionevolmente da istituzioni pubbliche; unanimemente i supremi giudici riconoscevano che la *prorogation*, producendo nel caso null'altro che l'effetto di sottrarre al Parlamento il tempo necessario per discutere a fondo l'andamento dell'attività governativa in merito alla Brexit, e non ritenendosi una *reasonable justification* l'eccessivo lasso di sospensione richiesto per scrivere il Discorso di apertura della nuova sessione parlamentare, l'*advice* del Primo ministro doveva essere considerato un eccesso di potere di entità tale da travolgere la deliberazione del Consiglio Privato e la proclamazione della stessa Elisabetta II, consegnandole a una condizione di nullità⁵⁷.

Pur valutando con favore l'orientamento della Corte Suprema nei riguardi di questo episodio di nuovo ricorso ministeriale alla prerogativa per, sostanzialmente, accelerare il processo di Brexit o eliminare gli ostacoli parlamentari che lo potrebbero ostacolare, si può dare ad alcuni elementi di critica che potrebbero condizionare per il futuro l'intera lettura costituzionale inerente ai rapporti tra Parlamento, Primo Ministro e Corona, e su cui sia possibile aprire un intenso dibattito⁵⁸. Quel che tuttavia giova porre in rilievo è che, secondo la Corte Suprema, l'esercizio di un potere legittimo della Corona è stato sindacato in giudizio non in sé (lo si potrebbe definire pertanto, aderendo alla cultura costituzionale classica⁵⁹, come un potere di prerogativa ancora assistito da intangibilità, su cui le Corti sono tenute a muoversi con estrema circospezione) quanto nell'atto prodromico consistente nell'*advice* del Primo ministro. La questione dell'*advice* e della sua natura come interpretata dal Primo Ministro forma, pertanto, il punto cruciale dell'intero caso *Miller 2*. Se si apprezza l'efficacia con cui la Corte Suprema si è inserita nella controversia politica e istituzionale di cui si sta tentando faticosamente di raccogliere

⁵⁷ E purtuttavia, a diretto commento della *Miller 2*, v'è chi riconosce che qualche residuo potere di determinazione dovrebbe essere riconosciuto alla regina, eventualmente prestando ascolto al Parlamento e (ma questo è un suggerimento di chi sta scrivendo) recuperando almeno un frammento dell'autorità che la tradizione colloca nella *Queen-in-Parliament*; qualche spunto che indurrebbe in tal senso la lettura del caso si può evincere da quanto si legge in M. Detmold in *The Monarch in the Room*, U.K. Const. L. Blog (2nd Oct. 2019).

⁵⁸ Recentissimo, molto documentato e sotto certi versi giuridicamente ineccepibile è quanto scrive M. Loughlin, nell'ampio rapporto *The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's Ruling on Appeal from the Judgment of the Supreme Court*, prodotto nell'ambito dell'attività di *Policy Exchange*, London, 2019. Tra i motivi critici qui dedotti sia rammentato il riferimento all'art.9 del *Bill of Rights* che sancisce la non conoscibilità da parte delle Corti dei procedimenti parlamentari (di fatto, l'annuncio della *prorogation* è per alcuni considerato tale al pari dell'annuncio dell'Assenso reale quale solenne promulgazione della legge) (9 ss.); la sottoponibilità al giudizio delle Corti dell'*advice* primo-ministeriale (11 ss.); la non proponibilità in giudizio di *constitutional principles* quali elementi tecnici della *ratio decidendi* (13 ss.); la sindacabilità della *prorogation* alla luce degli *standards* che debbono essere rispettati nell'azione pubblica (17 ss.).

⁵⁹ Si veda a tal proposito la voce *Prorogation*, in N. Wilding, P. Laundy, *An Encyclopaedia of Parliament*, London, 1968, 3^aed, 606 ss., che esordisce con «*A session of Parliament is terminated by prorogation. Parliament being prorogued by exercise of the Royal Prerogative*» (in questa voce si leggono anche dettagli sul cerimoniale e sulla sostanza che gli è attribuito nell'ambito del Privilegio parlamentare).

gli elementi più interessanti per il costituzionalista⁶⁰, un'ulteriore riflessione sull'evocazione della prerogativa da parte, stavolta, dalla lettura dell'azione del *premier* Johnson e degli effetti deteriori dell'appropriazione governativa delle leve della prerogativa. Di particolare utilità può essere pertanto, ma rinviando ad altra sede una considerazione dettagliata della questione, la riflessione sul senso politico e costituzionale dell'*advice* quale residuo dell'antica funzione feudale, riservata ai baroni nel quadro di un rapporto di *officium-beneficium*, di assistere il monarca con il proprio consiglio nell'esercizio dei suoi poteri, e oggi concentrata nel Primo Ministro che da Walpole in poi è diventato, nella maggior parte dei casi e oggi in una forma pressoché codificata dalla convenzione, l'unico, il costituzionale e, si spererebbe, il migliore assistente del monarca nella valutazione degli affari di Stato della cui materiale conduzione ha la massima responsabilità. Nella riflessione che in appena tre sedute (17, 18 e 19 settembre 2019) la Corte Suprema ha individuato nella questione dell'ingannevole gestione dell'*advice* un cavallo di Troia capace di oltrepassare il muro della *prorogation prerogative* e, senza intaccare – almeno per il momento – il nucleo di legittimità del potere della regalità di cui oggi materialmente dispone il moderno *premier*, di riconfermare intatto il principio di sovranità parlamentare. Se, come altrove è stato correttamente sottolineato nel quadro di una riflessione di ampio respiro sullo slittamento “presidenzialistico” della *premiership* britannica, l'*advice* non è soltanto un dovere-diritto per chi lo presta, auspicabilmente in modo leale e veritiero, ma anche un diritto-dovere intangibile di chi ne è il recettore (e di certo tale condizione deve caratterizzare il consiglio prestato dal Primo ministro a chi si cinge della corona perché l'*advice* è tra le primarie incombenze del suo ruolo di statista), di certo nel caso giudicato dalla Corte Suprema nella *Miller 2* è sul *premier* Johnson che ricade la grave responsabilità di avere trasformato la dimensione colloquiale della prassi costituzionale britannica forzandone i limiti⁶¹.

⁶⁰ Per i molti dettagli del caso, si rinvia al recente C. Martinelli, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (N° 2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC*, fasc.6, 2019. L'impegno della Corte Suprema a conferma della sovranità parlamentare, già emergente dalla prima *Miller* con sulla scorta di una *ratio decidendi* in cui convenienza costituzionale e opzione di principio si sono delineate nella loro complementarità – tale un dualismo ampiamente anticipato, entro i margini spesso incerti della *unwritten constitution*, nelle lucide annotazioni di D. Oliver, *A Pragmatic or Principled Doctrine*, U.K. Const. L. Blog (3rd May 2012) – aprendo nuove prospettive di definizione di fondamentali categorie costituzionali, su cui si sofferma, a commento dell'illegittima operazione compiuta dal Primo Ministro e dalla distorsione che ne è derivata nell'uso della prerogativa – S. Fowles, in *Cherry/Miller: What's Next?*, U.K. Const. L. Blog (26th Sept. 2019).

⁶¹ Osservava a tale proposito con riferimento al sorgere, in materia di conflittualità da *advice*, dell'eventualità più che concreta del sorgere di serie complicazioni costituzionali (uno stato di cose che ha trovato puntuale conferma nell'odierna vicenda), S. Pryce, in *Presidentializing the Premiership*, cit., che «*The development of British constitutional practice at least since the early seventeenth century makes the following things clear: 1. (...) 2. At a certain moments advice becomes politically and constitutionally controversial. Such moment also coincide with times when the executive appears to be attempting to rule alone, that is, when alternative advisers enable the executive to ignore the constitutionally accepted sources; 3. These periods of constitutional controversy lead to temporary settlements of the advice question, in which one side or the other gains some ground and attempts to constitutionalize and institutionalize the new position*», 18, in tal modo deformando quello, il britannico

tradizionale, che dall'autrice è definito «*a system of government by conversation*», 6. Rilievi fortemente critici emergono dal commento degli eventi istituzionali che si avvicendano nelle cronache della Brexit, di cui si occupa T. Khaitan, *On Coups, Constitutional Shameless, and Lingchi*, U.K. Const. L. Blog (6th Sept. 2019), concludendo che «*Far fewer coups will suffice to eviscerate the squishier British constitution*».