

L'Advisory Jurisdiction delle Corti supreme negli ordinamenti di *common law* dall'epoca coloniale a quella della *Judicialization of Politics*

di Emanuele Gabriele

Abstract: *Supreme courts' advisory jurisdiction in common law legal systems: from the colonial age to the judicialization of politics era* – The aim of the paper is to examine the advisory role of the judiciary power, with regard to some Common Law systems (or hybrid systems, in which the English tradition has played a fundamental role), from the colonial era to that of the so-called judicialization of politics. Specifically, the following issues are to be investigated: (a) the characteristics of the advisory function of the courts within the non-judicial functions of constitutional justice; (b) the characters of the advisory action of courts in the English law tradition; (c) the reasons underlying the contrasting conception of the advisory function in the United States and Canada; (d) the characters of the reception of function in former British colonies, with particular reference to two case studies; the Indian and Kenyan ones; (e) the characters of the reference function performed by the Supreme Court of London in the settlement of devolution issues. The analysis wants to highlight how the reference function today contributes to increasing the phenomenon of judicialization of politics, even in judicial systems traditionally obsequious to the principle of Parliamentary supremacy.

Keywords: Canada; India; Kenya; Reference jurisdiction; United Kingdom.

1035

1. Una premessa con finalità tassonomiche. L'Advisory Jurisdiction nel *genus* delle funzioni consultive degli organi di giustizia costituzionale

Oggetto del presente contributo è lo studio diacronico dei pareri formali forniti in sede non contenziosa dalle Corti supreme degli ordinamenti di *common law*. Tali pareri, o *references*, o *advisory opinions*, delineano una *species* del più ampio *genus* delle attribuzioni “altre” degli organi di giustizia costituzionale, andando, più specificamente, a ricomprendersi in quella funzione che è stata di recente definita di “*constitutional advice*”¹, non erroneamente ritenuta un campo d'indagine «relatively underexplored by legal scholarship»².

¹ J. de Poorter, G. van der Schyff, M. Stremmer, M. De Visser (eds.), *European Yearbook of Constitutional Law 2021. Constitutional Advice*, Berlin, 2022.

² Id., *Introduction: Mapping the Emerging Field of Constitutional Advice*, in Id., *European Yearbook of Constitutional Law 2021*, cit., 1.

Funzioni “altre” della giustizia costituzionale, dunque; contenitore categoriale in cui si ricomprendono un ampio ed eterogeneo numero di competenze – dal giudizio sui conflitti di attribuzione al controllo sulle elezioni, dalla giustizia penale costituzionale alla tutela dei diritti fondamentali – diverse dal controllo di costituzionalità degli atti, ma pure assolutamente centrali, specie quando si affibbi all’organo giurisdizionale supremo il ruolo di garante della Costituzione, e lo si ponga, come avvenuto a partire dal Secondo dopoguerra, a guardia di «una sorta di ideale trincea di estrema difesa che l’uomo libero è andato erigendo contro temuti ritorni di un’epoca [...] di tirannide»³.

All’interno di questo composito amalgama, la funzione consultiva – di cui evidentemente l’*advisory opinion* è una particolare espressione – presenta non poche difficoltà tassonomiche, solo talvolta risolte dalla dottrina, per lo più in maniera disomogenea. Analizzare gli sforzi classificatori che questa ha compiuto è utile, giacché l’attività di sistematizzazione aiuta a comprendere il ruolo dell’*advisory jurisdiction* all’interno delle funzioni della giustizia costituzionale. Del resto, se è vero che «[c]ategorization is the very process of reasoning itself»⁴, è vero pure che la tassonomia tipologica rappresenta ancora «uno dei risultati più alti della comparazione, in quanto esprime [...] l’aspirazione alla piena conoscenza e alla ordinata catalogazione dell’universo giuridico, oltre che all’esatta collocazione del proprio ordinamento»⁵.

Quello che si tenterà, allora, è un’operazione per dieresi, procedendo dal generale al particolare, non soltanto per meglio individuare i caratteri e la posizione ricoperta dalla *reference jurisdiction* nelle funzioni della giustizia costituzionale, ma pure per definire l’esatta estensione di queste ultime.

In questo senso, e preliminarmente, sembra necessario individuare l’anello più esterno di questa serie concentrica di funzioni delle corti, al cui centro si trova la capacità di emettere *advisory opinions*, e rappresentato da quella eterogenea categoria di competenze ricomprese sotto l’ombrello – non a caso assai vago – di funzioni “altre”⁶ o “anomale”⁷ della giustizia costituzionale, più su richiamate. Sebbene, infatti, parte della dottrina abbia ritenuto di dover ascrivere la funzione di *reference* alla categoria del controllo astratto di costituzionalità⁸ – basandosi esclusivamente sul criterio di

³ M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 4.

⁴ S.L. Winter, *A Clearing in the Forest: Law, Life, and Mind*, Chicago, 2001, 70, citato in S. Baldin, *The Fuzzy Logic and the Fuzzy Approach: A Comparative Law Perspective*, in 5 *Poliarchie* 3, 7 (2015).

⁵ G.F. Ferrari, «Civil law» e «common law»: aspetti pubblicistici, in P. Carrozza, A. Di Giovine, G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato. Tomo II*, Roma, Bari, 2014, 777.

⁶ S. Baldin, *Le “altre” funzioni delle corti costituzionali. Modelli europei e recezioni con particolare riferimento all’Est europeo*, Trieste, 2000.

⁷ G.F. Ferrari, *Le forme di controllo di costituzionalità “anomale”*, in *DPCE*, 1, 2000, 351 ss.

⁸ Tra gli altri: M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, 75-76 il quale individua, nella più ampia attribuzione del *contrôle abstrait préalable des règles de droit*, la possibilità, per gli attori politici, di «consulter la cour suprême [...] soit sur tout question de droit constitutionnel» (76); A. Abebe, C. Fombad, *The Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Saharan Africa*, in 46(1) *Geo. Wash. L. Rev.* 55,

accesso all'esercizio dell'attribuzione, che avviene in assenza di un procedimento concreto –, ci sembra che questo sia un approccio da rifiutare. Anzitutto perché, in tal modo, collimerebbero impropriamente due poteri assai diversi: l'*advisory jurisdiction*, che è funzione consultiva di *advice-giving* generalmente impostata prescindendo dalla presenza di un atto legislativo, e la *constitutional review of legislation*, che è funzione di controllo giurisdizionale (ad effetto vincolante) della costituzionalità di un atto normativo, sia essa dedotta o meno (di qui la differenza tra esame concreto e astratto) da una situazione di fatto⁹. A preferirsi è dunque la collocazione dell'*advisory jurisdiction* all'interno del variegato contenitore delle funzioni "altre" della giustizia costituzionale. Tra queste ultime, poi, è specificamente alla funzione consultiva che sembra doversi porre attenzione.

Certamente, tale attribuzione delle corti costituzionali e supreme è stata variamente denominata e intesa da parte della dottrina. In ambito italiano si è parlato, anzitutto, di funzione "di consulenza" delle corti. Tra gli altri, ha adottato questo approccio Baldin, la quale ha pure specificato come occorra prestare attenzione a distinguere tra «quella che si presenta come 'vera' attività consultiva da quella che si palesa come tale, ma che a un esame meno superficiale si inserisce in altro contesto, ossia quello relativo al controllo preventivo di costituzionalità»¹⁰, portando a prova del primo caso la richiesta di pareri in merito alla sospensione o all'*impeachment* del capo dello Stato, e al secondo i controlli vincolanti operati dalle corti, su richiesta degli attori politici di volta in volta legittimati a farlo, sulla conformità a costituzione dei trattati internazionali nell'ambito della loro procedura di ratifica. Anche Pizzorusso riconduce la figura dell'*advisory opinion* all'interno delle "attività d'interpretazione e di consulenza" delle corti costituzionali e supreme, assimilandovi, tra le altre, il consulto richiesto al *Conseil constitutionnel* francese in occasione dell'attivazione delle misure previste dall'art. 16 Cost. del 1958 e l'*advisory opinion* che la Corte suprema indiana può fornire al Presidente dell'Unione ai sensi dell'art. 143 Cost. del 1950¹¹. Similmente, nella dottrina francese, Favoreau e Mastor inseriscono la capacità di rendere *references* tra le attribuzioni riconosciute alle corti costituzionali in virtù della loro «nature d'autorité constitutionnelle»¹², e in particolare in forza del fatto di essere *autorité consultative*¹³.

Un approccio diverso è quello adottato da Ramos Tavares, secondo cui le funzioni consultive latamente intese andrebbero inserite tra le "funzioni improprie" (*funções impróprias*) delle corti costituzionali, ossia quelle che, a differenza delle "funzioni strutturali" (*funções estruturais*), non sono essenziali alla garanzia della superiorità della costituzione, o alla sua esecuzione¹⁴. In

59-60 (2013), in cui si ricomprende la *advisory jurisdiction* nelle forme di *abstract review of legislation*.

⁹ A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enc. dir. Annali I*, Milano, 2007, 669-715, 687.

¹⁰ S. Baldin, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali*, op. cit., 92.

¹¹ A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale*, op. cit., 706.

¹² L. Favoreau, W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, II ed., Paris, 2016, 126 ss.

¹³ *Ibid.*, 128-129.

¹⁴ A. Ramos Tavares, *Justiça Constitucional e suas fundamentais funções*, in 171 (3) *Rev. Int'l Aff.* 19, 28 (2006).

altre parole, Ramos Tavares ritiene che la funzione consultiva non sia compatibile con la «posição de garante da Constituição» propria degli organi di giustizia costituzionale, riconoscendo a tale attribuzione, piuttosto, il rango di «atividade meramente administrativa»¹⁵.

Di *reference jurisdiction* come potere tramite cui le corti costituzionali e supreme partecipano, «nella forma dell'«amministrazione consultiva» alla sovranità in senso stretto» parlano anche Bagni e Nicolini¹⁶, i quali riconducono la funzione al più ampio tema dei rapporti tra corti e forma di governo, questione particolarmente presente (e risalente) all'interno del dibattito dottrinario¹⁷. Secondo tale impostazione, attraverso la funzione consultiva degli organi di giustizia costituzionale, si contribuirebbe a realizzare – insieme con altre attribuzioni di maggiore peso specifico, come la giustizia politica o il giudizio sui conflitti tra poteri dello Stato – quel controllo di sovranità in grado di generare conseguenze sull'organizzazione e sui rapporti tra organi costituzionali. In tal senso, sebbene non sia semplice valutare l'incidenza dell'attività consultiva delle corti nell'ambito della forma di governo¹⁸, l'autorevolezza degli organi che esprimono i pareri – specie negli ordinamenti in cui le *advisory opinions* vengono esplicitamente previste dai testi costituzionali e godono di un riconoscimento convenzionale rilevante – può far sì che tale funzione coadiuvi la vigilanza delle relazioni «tra organizzazione del potere e realizzazione dell'indirizzo politico-costituzionale»¹⁹, facendo sì, in ultima analisi, che «il soggetto del controllo della produzione normativa e di garanzia del pluralismo giuridico sia, oltre che custode, anche soggetto attivo nell'esercizio della sovranità»²⁰.

Appurato come la *reference jurisdiction* rientri nelle funzioni consultive della giustizia costituzionale, e come queste siano a loro volta ricomprese nel *genus* delle funzioni attinenti al controllo sui pubblici poteri nell'estrinsecarsi della forma di governo, rimane a questo punto da individuare, per giungere al nocciolo della questione – ossia il raggiungimento della chiarezza tassonomica e, dunque, della comprensione analitica – a quale specifico tipo di funzione consultiva vada ricondotta la capacità di emettere *advisory opinions*.

Sembra, a tal proposito, che l'approccio più efficace al tema sia quello adottato recentemente da Mingelen e Uzman, i quali propongono una ricca e articolata classificazione delle funzioni (*functions*), delle tipologie (*types*) e delle modalità (*modes*) di espressione della capacità di *constitutional advice* da

¹⁵ *Ibid.*, 28.

¹⁶ S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 365.

¹⁷ Sull'esperienza italiana si ricordino, ad esempio: P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; A. Pizzorusso, R. Romboli, E. Rossi (cur.), *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, Torino, 1997.

¹⁸ È di tale avviso S. Baldin, *Le "altre" funzioni delle corti costituzionali*, op. cit., 61, che inserisce anch'ella la funzione consultiva nelle «funzioni connesse alla forma di governo».

¹⁹ S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, op. cit., 366.

²⁰ *Ibid.*, 367.

parte di organi giurisdizionali²¹. In particolare, quanto alle funzioni dell'attività consultiva, la distinzione è tra le funzioni *a)* informativa, *b)* deliberativa, *c)* consolidativa, *d)* assicurativa e *e)* dilatoria. Per quanto invece concerne le tipologie di *constitutional advice*, possono aversi: *a)* pareri costruttivi (*recommendaation for*), negativi (*recommendaation against*), *c)* informativi e *d)* di supporto procedurale alla decisione. Questi primi due criteri tassonomici si riferiscono alla funzione consultiva delle corti *lato sensu* intesa, e non a quella di *advisory* nello specifico, potendo così applicarsi ad una serie composita di pareri emessi dagli organi giurisdizionali, anche di altra natura rispetto a quelli di giustizia costituzionale.

Volendosi a questo punto individuare dove, in questo composito panorama, si collochi la *reference jurisdiction*, occorre considerare la terza suddivisione operata da Mingelen e Uzman, quella che guarda specificamente alle modalità con cui le corti esplicano la capacità di fornire pareri agli attori politici. La prima distinzione a rilevare in tal senso è quella tra *judicial* ed *extrajudicial advices*, ossia tra pareri forniti da organi delle giurisdizioni costituzionali e ordinarie, e pareri emessi da singoli giudici, associazioni di magistrati, ovvero organi delle giurisdizioni speciali (come quella amministrativa) quando agiscono in sede consultiva, il cui esempio tipico è rappresentato dai consigli di Stato europeo-continentali²². Nella categoria dei *judicial advices*, poi, la distinzione è da condursi su una griglia a due coppie di variabili, in base *a)* alla natura, formale o meno, della procedura di emissione del parere, e *b)* al contesto in cui si svolge la funzione consultiva della corte, ossia se in sede di contenzioso o al di fuori di essa. L'utilizzo di queste variabili permette di configurare quattro quadranti tipologici e, tramite questi, di giungere all'individuazione della funzione di *reference* in senso stretto. È nel primo di questi quadranti, all'intersezione tra le variabili "parere formale" e "assenza di contenzioso", che verrà a trovarsi, infatti, la *advisory jurisdiction* presente in alcuni ordinamenti di *common law*. L'esempio più noto di procedura formale di emissione di parere da parte di una corte in mancanza di procedimento concreto è ovviamente rappresentato dal contenuto dell'art. 53 del *Canada Supreme Court Act 1875*²³ che, come noto, autorizza il *Governor General* a richiedere una *reference* alla Corte suprema su questioni di fatto o di diritto. La funzione *advisory* della Corte suprema canadese, ereditata dalla tradizione inglese, rappresenta un esempio di "sistema regolativo"²⁴, ossia di un modello esemplare assunto a *Rechtstypus*, variamente interpretato e preso ad esempio in altri ordinamenti.

Prima di procedere con l'esame diacronico dell'istituto, sembra comunque opportuno completare la tassonomia delle modalità di espressione della funzione consultiva delle corti, così come elaborata da Mingelen e Uzman, accennando agli altri tre dei quattro quadranti che compongono la categoria dei *judicial advices*. Anzitutto, tra i pareri sempre formali, ma emessi in corso di contenzioso, gli studiosi ricomprendono le dichiarazioni di

²¹ W. Mingelen, J. Uzman, *Courts as Consiglieri: Advisory Opinions in a Comparative Constitutional Perspective*, in J. de Poorter, G. van der Schyff, Stremmer, M. De Visser (eds), *European Yearbook of Constitutional Law 2021*, op. cit., 245 ss., spec. 254-264.

²² *Ibid.*, 263-264.

²³ Su cui si v. *infra*, par. 4.

²⁴ S. Bagnì, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, op. cit., 14.

incompatibilità di atti legislativi primari con la CEDU, emesse dalle corti britanniche ai sensi dell'art. 4 dello *Human Rights Act 1998* (HRA). All'intersezione tra il carattere informale del parere e la sua emissione durante una procedura *adjudicative* troviamo gli *obiter dicta* – che già Pizzorusso inseriva nelle funzioni “di consulenza” della giustizia costituzionale²⁵ – all'interno dei quali è contenuta quella congerie di strumenti che non fanno parte del giudicato, ma attraverso cui le corti apicali esprimono opinioni fortemente significative per il discorso costituzionale²⁶. Infine, tra i pareri informali emessi in sede non contenziosa rientrerebbero quelli emessi dalla Corte suprema olandese, tradizionalmente restia ad interpretare in senso estensivo le proprie prerogative di natura consultiva, e che rilascia pareri sotto forma di *advisory letters*²⁷.

Esaurito il discorso sulla tassonomia della funzione di *reference*, e sul suo rilievo analitico, si procederà a questo punto con l'esame diacronico dell'istituto, focalizzando l'attenzione sulla tradizione anglosassone (entro cui esso nasce e si sviluppa), indagando i motivi del suo rifiuto in alcune culture costituzionali di *common law*, e accennando agli sviluppi storici della funzione consultiva negli ordinamenti europeo-continentali.

2. La funzione consultiva dei giudici nella tradizione giuridica inglese. La *reference* in epoca imperiale e il ruolo del *Judicial Committee of Privy Council*

Nella tradizione giuridica inglese, le corti hanno tradizionalmente svolto il ruolo di consulenti legali, anzitutto nei confronti del Sovrano, ma pure verso i membri della *House of Lords*.

Con riferimento al primo soggetto, sin da epoca medievale, e fino alla fine del XVIII Secolo, i giudici sono stati soliti consigliare la Corona su questioni giuridiche in sede che già in epoca moderna veniva definita *extrajudicial*²⁸. Ciò rifletteva una cultura giurisprudenziale e politica che immaginava i giudici come servitori della Corona (del *King in his Courts*) e oracoli della legge²⁹. Tale funzione, esercitata dapprima dalla *Curia Regis*, venne in seguito ereditata dal *King's Bench*, ossia dalla corte che assumeva le proprie decisioni *coram rege*³⁰. Diminuita sensibilmente durante l'epoca di Edward Coke *Chief Justice* del Banco del Re – il quale riteneva venir meno l'indipendenza del giudice nel momento in cui assicurava consulenze legali al Sovrano –, la funzione consultiva tornò in auge in epoca Stuart, sovente

²⁵ A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale*, op. cit., 705.

²⁶ N.K. Katyal, *Judges as Advicegivers*, in *50 Stan. L. Rev.* 1709, spec. 1716-1720.

²⁷ W. Mingelen, J. Uzman, *Courts as Consiglieri*, op. cit., 262.

²⁸ M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, II ed., Bologna, 2010, 31.

²⁹ C. Burset, *Advisory Opinions and the Problem of Legal Authority*, in *74 Vand. L. Rev.* 621 (2021). Sul punto, vale la pena citare direttamente il Blackstone, secondo cui «all jurisdictions of courts are either mediately or immediately derived from the Crown, their proceedings run generally in the kings name». (in W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books, Vol. 1 - Books I & II*, Philadelphia, 1893, 268).

³⁰ M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, op. cit., 32.

forzata dai monarchi per avallare le politiche reali³¹. Finalmente, a partire dall'*Act of Settlement* l'*advisory opinion* diventava uno strumento esercitato su richiesta del Sovrano, ma a discrezione delle corti, che non di rado, infatti, ne rifiutarono l'emissione³². La funzione consultiva delle corti di *common law* tramontò definitivamente dopo il *Sackville's Case* del 1760, dove si ribadiva la preclusione ai giudici di rendere opinioni al potere esecutivo, e che ha rappresentato, nei fatti, una delle estreme propaggini del "*classic common law*"³³.

A seguito del *Sackville's Case*, anche ai Lord – nell'ambito del cui consesso i giudici partecipavano a titolo consultivo sin dallo sdoppiamento della *Magna Curia* – venne proibito di richiedere pareri alle corti, ma tale funzione tornò a riaffermarsi nel corso del XIX Secolo, quando l'autorevolezza di queste risultava essenziale per conoscere il crescente numero di casi che la Camera alta era chiamata a risolvere nella sua composizione di giudice di ultimo appello.

Sebbene, dunque, le corti di *common law* cessassero dal consigliare il potere esecutivo già dalla metà del XVIII Secolo, un discorso diverso va fatto per quella particolare corte apicale, nata per gemmazione dalla *Curia Regis* e assolutamente centrale per l'influenza esercitata sulle colonie nel periodo imperiale, che è il *Privy Council*, a cui già dalla prima età moderna giungeva «any petition concerning legal matters which came from the King's dominions outside Britain»³⁴. L'articolazione del Consiglio attraverso cui si svilupparono le attività di supporto al Sovrano nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali divenne, a partire dal 1833, il *Judicial Committee* (JCPC), organo di peculiare composizione, fortemente legato al Monarca nella sua veste di sovrano del *Commonwealth*³⁵, e tutt'oggi in funzione.

Al JCPC veniva affidata, dal *Judicial Committee Act 1833* (JCA 1833), insieme con il controllo nomocratico degli atti delle assemblee legislative coloniali – funzione, per altro, prodromica all'introduzione del controllo di costituzionalità dopo l'affrancamento di questi territori dall'Impero³⁶ –, la capacità, ai sensi dell'art. 4, di emettere *advisory opinions* nei confronti del Monarca, il quale attuava tale prerogativa su *advice* dei propri ministri³⁷. Il *Judicial Committee* veniva dunque ad assumere, insieme con la funzione di

³¹ S. Jay, *Most Humble Servants. The Advisory Role of Early Judges*, New Haven-London, 1997, 15-19.

³² M. Gobbo, *La funzione consultiva delle Corti negli ordinamenti anglosassoni*, op. cit., 39-40.

³³ S. Jay, *Most Humble Servants*, op. cit., 31-34.

³⁴ N. Bentwich, *The Judicial Committee of the Privy Council as a Model of an International Court for Human Rights*, in 2 *Inter. L. Quar.* 392 (1948).

³⁵ Secondo C. Mathen, *Courts Without Cases. The Law and Politics of Advisory Opinions*, Oxford, 2019, 33-34, «[f]ollowing the gradual dismantling of the sovereign's 'judiciary' [...], there yet remained 'a curious residuum' of judicial authority. In creating a statutory court, the JCA 1833 wrested away the final remnants of that power».

³⁶ L.P. Beth, *The Judicial Committee of the Privy Council and the Development of Judicial Review*, in 24 *Am. J. Comp. L.* 22 (1976).

³⁷ P.A. Howell, *The Judicial Committee of the Privy Council 1833-1876. Its Origins, Structure and Development*, Cambridge, 2008, 40.

vertice della *colonial (constitutional) litigation*³⁸, pure quella, ereditata dalla tradizione di *common law*, di *advisor* del Sovrano, e quindi una funzione consultiva indipendente da quella di appello³⁹.

L'*advisory jurisdiction* del *Judicial Committee*, sebbene raramente utilizzata⁴⁰, ha prodotto alcuni pareri dal tono costituzionalmente rilevante. Si pensi, ad esempio, a quello fornito nel caso *In Re References by the Governor-General in Council* del 1910⁴¹, in cui la corte ha riconosciuto la capacità, in capo alla *House of Commons*, di adire il JCPC in funzione consultiva per il tramite dei *Law Lords*, ovvero alla fondamentale *reference Re Parliamentary Privilege Act 1770* del 1958⁴², che ha (ri)affermato una lettura estensiva del campo di applicazione del *Bill of Rights* rispetto alla insindacabilità delle opinioni espresse dai parlamentari nell'esercizio del proprio mandato. Sebbene il ruolo del JCPC come *final adjudicator* si sia drasticamente ridotto nel corso del XX Secolo – a partire dal *Constitutional (amendment no. 22) Act 1933* irlandese sino al *Supreme Court Act 2003* neozelandese, moltissime giurisdizioni hanno abbandonato la possibilità di adire l'organo come corte di ultimo appello⁴³ –, portandolo già dagli anni '30 ad essere considerato una "*waning jurisdiction*"⁴⁴, la sua importanza storica risiede, per il discorso che qui interessa, nell'eredità che esso ha lasciato alle ex colonie dell'Impero britannico, le quali, dalle sue modalità di giurisdizione (molto più che dall'*adjudication* di tipo statunitense), hanno tratto i caratteri dei propri istituti di giustizia costituzionale attraverso un'operazione di *legal borrowing*⁴⁵. Ciò è ulteriormente dimostrato dalla composita e diffusa integrazione della funzione di *reference* negli ordinamenti ex coloniali⁴⁶, riconosciuta nel JCPC ma totalmente estranea (con poche eccezioni a livello statale) al modello statunitense.

Come detto, il JCPC – di cui fanno parte i giudici della *Supreme Court* britannica, i *privy counsellors* delle alte corti delle Nazioni devolute e i giudici delle corti superiori di alcuni paesi del Commonwealth –, sebbene ridimensionato nelle sue prerogative (da ultimo per effetto del *Constitutional Reform Act 2005*), mantiene ancora una residua funzione giudiziale. In particolare, l'organo svolge le sue attribuzioni su alcune minori giurisdizioni inglesi, sulle questioni sorte ai sensi dello *House of Commons Disqualification*

³⁸ S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, op. cit., 137.

³⁹ A. Peplow, *A Curious Jurisdiction. Section 4 of the Judicial Committee Act 1833*, in *UK Const. Law Blog*, 15 luglio 2016.

⁴⁰ Secondo C. Mathen, *Courts Without Cases*, op. cit. 33 «[t]he relative infrequency of section 4 references inhibited the development of a robust body of jurisprudence. It also attracted relatively little academic or political commentary. The commentary which did emerge struggled to reconcile the JCPC's reference and appellate functions».

⁴¹ *In re References by the Governor-General in Council*, (1910) 43 SCR 536.

⁴² *Re Parliamentary Privileges Act 1770 (The Strauss Case)* [1958] AC 331.

⁴³ P. Sean Morris, *Constitutional Adjudication of the Privy Council*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, luglio 2018.

⁴⁴ H.H. Marshall, *The Judicial Committee of the Privy Council: A Waning Jurisdiction*, in *13 Int'l & Comp.L.Q.* 697 (1964).

⁴⁵ S. Bagni, M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, op. cit., 14, 138.

⁴⁶ *Ibid.*, 381. Di migrazione della funzione di *reference* dal JCPC alle ex colonie dell'Impero britannico parlano anche W. Mingelen, J. Uzman, *Courts as Consiglieri*, op. cit., 265.

Act 1975, sui territori sottoposti alla sovranità di Londra al di fuori delle isole britanniche (dipendenze della Corona e *Overseas British territories*) e su alcuni ordinamenti del Commonwealth, *in primis* quelli caraibici, che lo riconoscono come corte di ultimo grado⁴⁷. La sua funzione di *reference*, sebbene sempre più raramente utilizzata – dal 2009 al 2016 sono stati emanati solo tre *advisory opinions*⁴⁸ – costituisce un importante precipitato storico del ruolo tradizionalmente affidato ai giudici di *common law*, e il sostrato giuridico su cui si sono basati molti ordinamenti anglofoni durante i propri processi costituenti. Di tali processi di *dissemination* occorrerà ora dare conto, partendo dalla controversia sulla convenienza o meno di adottare la funzione di *advisory*, di cui il continente nordamericano ha rappresentato il primo campo di scontro.

3. Il dibattito sulla funzione di *reference* e il principio di separazione dei poteri. L'*advisory jurisdiction* e la sua recezione dentro e fuori la famiglia di *common law*

La recezione o meno dell'*advisory jurisdiction* negli ordinamenti direttamente derivati da quello anglosassone è dipesa, in larga misura, dalla cultura politico-giuridica autoctona, e dal modo in cui questa ha interpretato il principio di separazione dei poteri.

Nel costituzionalismo statunitense, dove tale nozione è intesa nel suo senso più formale, la giurisdizione consultiva è, almeno a livello federale, estranea alla funzione giudiziaria, al punto che «the oldest and most consistent thread in the federal law of justiciability is that the federal courts will not give advisory opinions»⁴⁹.

Il rigetto della funzione di *reference* risale ai primissimi anni di vita della Federazione. Sebbene in epoca imperiale le colonie nordamericane avessero ereditato e praticato l'azione di *extrajudicial advice*⁵⁰, per altro sostenuta da importanti teorici del costituzionalismo statunitense, tra cui John Adams⁵¹, già a partire dagli anni '90 del Settecento questa visione veniva ribaltata dalla stessa Corte suprema, in una famosa *letter* inviata dai giudici della Corte Jay al Presidente Washington⁵². Il presupposto teorico del diniego al rilascio di *advisory opinions* è giustificato, nella dottrina statunitense, non (sol)tanto da una lettura incidentale dell'art. III Cost. (c.d. *Case or Controversy Clause*), quanto soprattutto da un vero e proprio «pillar of the Supreme Court

⁴⁷ D. Neuberger, *The Judicial Committee of the Privy Council in the 21st Century*, in 1 *CJICL* 30 (2014).

⁴⁸ A. Peplow, *A Curious Jurisdiction*, op. cit.

⁴⁹ Così la stessa Corte suprema in *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83, 96 (1968).

⁵⁰ S. Jay, *Most Humble Servants*, op. cit., 51-56.

⁵¹ C. Burset, *Advisory Opinions and the Problem of Legal Authority*, op. cit., 651.

⁵² Il punto centrale del ragionamento era il seguente: «[t]he Lines of Separation drawn by the Constitution between the three Departments of Government – their being in certain Respects checks on each other – and our being Judges of a court in the last Resort – are Considerations which afford strong arguments against the Propriety of our extrajudicially deciding the questions alluded to» (*To George Washington from Supreme Court Justices, 8 August 1793*, in *National Archives.gov*). Un'approfondita disamina degli eventi del 1793 è in Jay, *Most Humble Servants*, op. cit., 113-148.

jurisprudence»⁵³, poggiante sul doppio sostegno della *necessità* dell'azione del giudice, richiesta solo quando ci sia un caso concreto da dirimere, e della natura *adversarial* del procedimento giudiziale statunitense, impostato «within the frame of claim and counterclaim»⁵⁴, e in assenza del quale ci si ritroverebbe «bound to result in sterile conclusions unrelated to actualities»⁵⁵. Il divieto, per le corti federali, al rilascio di pareri consultivi non vincola però le normative statali, dieci delle quali riconoscono alle rispettive corti supreme la possibilità di rendere *references*⁵⁶, configurando un panorama particolarmente composito⁵⁷. Sebbene si potrebbe ritenere che le legislazioni che prevedono l'*advisory jurisdiction* siano, memori dell'esperienza inglese, quelle la cui genesi costituzionale è più risalente, in realtà soltanto in due casi la funzione è normata da carte pre-federali (Massachusetts e New Hampshire), a dimostrazione di quanto il principio di separazione dei poteri si legga comunque, nell'ordinamento statunitense, in relazione a quello federale.

L'influsso della posizione statunitense in tema di funzione consultiva delle corti supreme si rinviene, ad esempio, in Australia, dove la *High Court* ha declinato la possibilità di rilasciare *advisory opinions* in una famosa decisione del 1921⁵⁸ – ma dove pure si è spesso discusso sulla possibilità di un'introduzione formale della funzione consultiva⁵⁹ – e in Nuova Zelanda, la cui Corte suprema non si vede riconosciuti poteri consultivi, espressamente rigettati dal legislatore sin dalla fase genetica della legge che ha istituito il nuovo organo nel 2004⁶⁰.

Antitetivamente agli Stati Uniti e agli ordinamenti che ne hanno seguito l'esempio si pone, come noto, il Canada, che riconosce esplicitamente, tramite il *Supreme Court Act 1875*, la *reference jurisdiction* tra le prerogative della propria Corte suprema, e che risulta senza dubbio il sistema più indagato tra quelli che prevedono tale funzione, anche per l'importanza che l'istituto ha rivestito nel corso della storia costituzionale del Paese. Per diversi decenni dopo la nascita del *federal dominion* canadese con il *British North American Act 1867*, il JCPC ha rappresentato la corte di ultima istanza per i casi provenienti dal Canada, potendo anche essere adito *per saltum*

⁵³ M.A. Topf, *A Doubtful and Perilous Experiment. Advisory Opinions, State Constitutions, and Judicial Supremacy*, Oxford, 2011, 45.

⁵⁴ *Ibid.*, 49

⁵⁵ F. Frankfurter, *A Note on Advisory Opinions*, in 37 *Har. L. Rev.* 1005 (1924).

⁵⁶ In particolare, possono emettere pareri consultivi le corti supreme di: Alabama, Colorado, Delaware, Florida, Maine, Massachusetts, Michigan, New Hampshire, Rhode Island e South Dakota.

⁵⁷ Una disamina è operata da L. Moench, *State Court Advisory Opinions: Implications for Legislative Power and Prerogatives*, in 97 *Boston L. Rev.* 2243 (2017).

⁵⁸ *In re Judiciary and Navigation Acts* (1921) 29 CLR 257.

⁵⁹ Un *excursus* della vicenda è operato da J.M. Williams, *Advisory Opinions: 'A Well-Covered Harbour'*, in 22 *Bond L. Rev.* 169 (2010).

⁶⁰ F. Falorni, *La funzione consultiva delle Corti Supreme in prospettiva comparata. La peculiare procedura di reference nell'esperienza canadese*, in *DPCE*, 2, 2022, 267-294, 271.

rispetto alla Corte suprema interna⁶¹, e soltanto a partire dal 1949 la giurisdizione di appello del JCPC è stata espunta dall'ordinamento⁶².

Come per gli Stati Uniti, anche la scelta canadese sembra essere il frutto dell'interpretazione autoctona del principio di separazione dei poteri. In particolare, secondo la lettura data dalla stessa Corte suprema di Ottawa nella sua *advisory opinion* più famosa, la *Reference re Secession of Quebec* del 1998:

«the Canadian Constitution does not insist on a strict separation of powers. Parliament and the provincial legislatures may properly confer other legal functions on the courts [...]. Thus, even though the rendering of advisory opinions is quite clearly done outside the framework of adversarial litigation, [...] there is no constitutional bar to this Court's receipt of jurisdiction to undertake such an advisory role»⁶³.

È proprio tale accezione del principio di separazione dei poteri ad aver facilitato l'emergere di una teoria del dialogo costituzionale in grado di coinvolgere la Corte suprema in questioni politicamente delicate⁶⁴. Ed è in forza di questa visione che la *advisory opinion* è venuta a costituirsi come fondamentale strumento dell'evoluzione dell'ordinamento canadese «into a modern nation committed to the rule of law, constitutional order, individual liberties and respect for minorities»⁶⁵, ossia come propulsore di quel processo di “*judicialization of politics*” tanto caratterizzante il costituzionalismo contemporaneo⁶⁶. I giudizi di *reference* hanno svolto, ad esempio, un ruolo chiave nel plasmare il modello di federalismo canadese (*In re Board of Commerce Act* 1922), sono state fondamentali nei dibattiti sulla *repatriation* (*Re: Resolution to Amend the Constitution*, 1981) e pionieristiche nelle prime interpretazioni della *Charter of Rights* (*Re BC Motor Vehicle Act*, 1985). Più di recente, le *advisory opinions* sono state utilizzate per dirimere fondamentali questioni come il diritto alla secessione dal Canada (la già ricordata *Reference re Secession of Quebec*, 1998), il ruolo delle istituzioni nazionali (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014) e le regole della revisione costituzionale (*Reference re Senate Reform*, 2014), confermando la funzione consultiva come la «competenza politicamente più incisiva della

⁶¹ P.W. Hogg, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, in J. Goldsworthy (eds.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, 2006, 55.

⁶² M.J. Herman, *The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council*, in 8 *Ottawa L. Rev.* 7 (1975).

⁶³ *Reference re Secession of Quebec*, 2 SCR 217 ss., 233.

⁶⁴ K. Roach, *The Separation and Interconnection of Powers in Canada: The Role of Courts, the Executive and the Legislature in Crafting Constitutional Remedies*, in 5 *J. of Inter. and Comp. L.* 315 (2018).

⁶⁵ Mathen, *Courts Without Cases*, op. cit., 5.

⁶⁶ R. Hirschl, *The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, in 75(2) *Fordham L. Rev.* 721 (2006).

Corte, che spesso si è trovata coinvolta nella definizione di questioni determinanti per la storia dell'ordinamento canadese»⁶⁷.

La diffusione del modello anglo-canadese negli ordinamenti di *common law* verrà esaminato nei prossimi paragrafi attraverso l'esame di due casi studio. Rimane qui da accennare ai motivi per cui i sistemi di giustizia costituzionale dell'Europa continentale non abbiano recepito l'*advisory jurisdiction*, talvolta escludendola esplicitamente⁶⁸, ovvero abbandonandola dopo un'iniziale adozione⁶⁹. In particolare, sembra che le motivazioni alla base della scelta di ignorare la funzione di *reference* siano da ricondursi essenzialmente alla presenza: a) del controllo astratto di costituzionalità, che assume un ruolo centrale nel modello kelseniano di giustizia costituzionale, ed elimina gli incentivi che condurrebbero all'adozione dell'*advisory jurisdiction*, che risulta dunque superflua; b) di organi, tipici della tradizione giuridica europeo-continentale, che svolgono importanti funzioni consultive, come i consigli di Stato o i consigli legislativi (ad esempio il *Lagrådet* svedese)⁷⁰.

4. L'*advisory jurisdiction* in India e Kenya. Due modelli di recezione a confronto

L'introduzione dell'*advisory jurisdiction* negli ordinamenti affrancatisi dal dominio britannico può ricondursi, dunque, all'influenza dell'azione del *Judicial Committee* del *Privy Council* quale *final adjudicator* imperiale, e in parte all'esempio canadese. L'accoglimento dell'istituto si è avuto, tra gli altri, in India (art. 143 Cost. del 1950), Camerun (art. 47, co. 2 Cost. del 1972), Bangladesh (art. 106 Cost. del 1972), Pakistan (art. 186 Cost. del 1973), Papua Nuova Guinea (art. 19 Cost. del 1975), Namibia (art. 87, lett. c) Cost. del 1990 e art. 15 *Supreme Court Act* 15 1990), Malawi (art. 89, lett. h) Cost. del 1994) e Kenya (art. 164, co. 6 Cost. del 2010).

Gli esempi indiano e keniano sono esemplificativi del variegato panorama comparativo in tema di funzione di *reference*, poiché posti agli estremi opposti di uno spettro (non soltanto cronologico), che ha visto le prassi dei diversi sistemi giuridici differenziarsi nel corso del tempo, anche in virtù delle diverse discipline che regolano l'istituto.

In India, la giurisdizione consultiva dell'Alta corte nazionale è stata prevista, dapprima, nell'art. 213, co. 1 del *Government of India Act 1935*, che riconosceva alla *Federal Court of India* la possibilità, su istanza del

⁶⁷ C. Drigo, *La giustizia costituzionale in Canada*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 674.

⁶⁸ Come nel caso di molti ordinamenti balcanici. Sul punto v. F. Korenica, "Advise and Rule" or "Rule by Advising": *The Changing Nature of the Advisory Jurisdiction of the Constitutional Court of Kosovo*, in 21 *German L.J.* 1570, 1572-1573 (2020).

⁶⁹ È il caso dell'ordinamento tedesco, in cui la funzione consultiva del Tribunale federale costituzionale è stata smantellata nel 1956 per evitare il coinvolgimento della Corte nel dibattito politico sul riarmo. Sul punto A. Farahat, *The German Federal Constitutional Court*, in A. von Bogdandy, P.M. Huber, G. Grabenwarter (eds.), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford, 2020, 287-288.

⁷⁰ W. Mingelen, J. Uzman, *Courts as Consiglieri*, op. cit., 266.

Governatore generale, di emettere una *reference* su materie di *public importance*⁷¹. Tale disposizione, direttamente influenzata dall'art. 4 del JCA 1833, è stata poi trasferita alla lettera nell'art. 143, co. 1 della Costituzione del 1950, il quale sancisce che:

«If at any time it appears to the President that a question of law or fact has arisen, or is likely to arise, which is of such a nature and of such public importance that it is expedient to obtain the opinion of the Supreme Court upon it, he may refer the question to that Court for consideration and the Court may, after such hearing as it thinks fit, report to the President its opinion thereon».

Il parere viene rilasciato attraverso un *iter* del tutto analogo a quella dei *judicial hearings*, anche ai fini di garantire i principi di trasparenza e di equità procedurale⁷².

Il potere di *reference* è, formalmente, molto ampio nell'oggetto – potendo esprimersi, la Corte, su questioni di fatto o di diritto, sia reali che potenziali –, ma assai ristretto nella legittimazione soggettiva, poiché solo il Capo dello Stato può attivare l'istituto. La Corte può decidere di esprimersi sulla questione – e quando lo fa si riunisce solitamente nella sua composizione ristretta di cinque o nove giudici⁷³ –, ma può anche decidere di non pronunciarsi⁷⁴. Il parere, espresso a maggioranza dei componenti del *bench* (art. 145, co. 5 Cost.), ed eventualmente accompagnato dalle opinioni dissenzienti di quelli di minoranza (art. 145, co. 4 Cost.), non è certamente vincolante per il Presidente dell'Unione, ma possiede una forza persuasiva tutt'altro che secondaria, sostanzialmente rispettata dagli attori politico-istituzionali⁷⁵.

Nella prassi, il potere di *reference* è stato spesso utilizzato dal Primo ministro, tramite il Capo dello Stato indiano – che, come detto, è l'unico soggetto legittimato a richiedere l'emissione di un parere, e che dunque agisce su *advice* del Governo – come strumento autorevole a sostegno delle proprie politiche⁷⁶, ma ha avuto comunque una scarsa prassi applicativa, essendosi rese soltanto quattordici *advisory opinions* nei primi 70 anni di attività della Corte suprema⁷⁷.

⁷¹ L.I. Thomas, *Advisory Jurisdiction of the Supreme Court of India*, in 5 *J. Ind. L. Inst.* 476 (1963).

⁷² M.P. Jain, *Indian Constitutional Law*, 6° ed., Gurgaon, 2011, 268; Mingelen, Uzman, *Courts as Consiglieri*, op. cit., 255.

⁷³ P. Jha, *Supreme Court's Advisory Jurisdiction under Article 143*, in 42 *J. Ind. L. Inst.* 458 (2000). Si noti come, dal 2019, la composizione della Corte suprema indiana consiste di un *Chief Justice* e 33 *judges*.

⁷⁴ *Special Courts Bill, 1978, In re*, [1979].

⁷⁵ S.P. Sathe, *India: positivism to structuralism*, in J. Goldsworthy (cur.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford, 2006, 215 ss., 223; D. Chatterjee, *Presidential References and their Precedential Value: A Constitutional Analysis*, in 21 *Nat'l L. School India Rev.* 175 (2009).

⁷⁶ D. Amirante, *Giustizia costituzionale e affermazione della democrazia nell'Unione indiana*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 776.

⁷⁷ J. Kaur, *Apex Court's Advisory Jurisdiction*, in 6 *Journal of Legal Studies and Research* 46, 49 (2020). Un *excursus* delle *references* emesse dalla Corte suprema indiana è in S.

Un ruolo assai diverso rispetto a quello, piuttosto liminare, che sembra aver posseduto la funzione di *reference* nell'ordinamento indiano, si ritrova in Kenya. La revisione costituzionale del 2010, che ha dotato il Paese di una nuova Carta a seguito delle violenze scoppiate dopo le elezioni del 2008⁷⁸, ha posto all'apice della struttura giurisdizionale nazionale una Corte suprema composta da sette membri – tra cui rientrano un *Chief Justice* e un *Deputy Chief Justice* nominati dal Presidente della Repubblica – che, ai sensi dell'art. 164 Cost., ha giurisdizione originaria (in particolare in materia di elezione del Capo dello Stato), d'appello, e consultiva. In particolare, il potere di *reference* è sancito dall'art. 164, co. 6 Cost., ai sensi del quale

«[t]he Supreme Court may give an advisory opinion at the request of the national government, any State organ, or any county government with respect to any matter concerning county government».

Inoltre, l'art. 13 del *Supreme Court Act 2011* riconosce la possibilità di rendere opinioni dissenzienti nel corso dell'emissione di un parere.

Stante la vaghezza della disposizione costituzionale, gran parte delle caratteristiche del potere consultivo della Corte keniota sono state esplicitate, oltre che nei regolamenti interni alla Corte stessa – per cui rileva, in particolare, la Parte VI delle *Supreme Court Rules* –, nel fondamentale giudizio di *reference* rilasciato dall'organo nel 2011 (*In Re the Matter of the Interim Independent Electoral Commission, 2011*), su richiesta della Commissione elettorale indipendente *ad interim* a proposito dello stabilimento della data delle elezioni del 2013. In realtà, si è trattato del diniego di un giudizio – stante che la Corte suprema «*may give an advisory opinion*», non essendo dunque vincolata a farlo – che comunque ha permesso al giudice di Nairobi di chiarire alcuni termini della sua funzione consultiva.

Anzitutto, tramite l'accoglimento dell'istanza, la Corte ha riconosciuto che la Commissione elettorale possa considerarsi uno “*State organ*”, dando una lettura estensiva dei soggetti legittimati ad attivare la procedura di *reference*, e ricomprendendovi tutti gli attori elencati nell'art. 260 Cost. (ai sensi del quale rientra nella categoria ogni «*commission, office, agency or other body established under this Constitution*») ⁷⁹.

In seconda battuta, la Corte ha ritenuto di poter emettere un' *advisory opinion* solo qualora si sia in presenza di una materia concernente il «*county government*», dando una lettura assai peculiare dell'art. 164, co. 6 Cost.⁸⁰. In altre parole, invece di leggere la disposizione costituzionale nel senso di permettere la richiesta di *advice* da parte dei governi sub-statali solo nel caso in cui la materia sia di loro interesse, la Corte ha imposto la condizione

Tripathii, *Analysing Presidential References in India and Questions which follow*, in 5 *Ind. L. Rev.* 1 (2020).

⁷⁸ Una ricostruzione degli eventi che hanno condotto all'adozione della nuova Costituzione in J.D. Long, *Civil conflict, power-sharing, truth and reconciliation (2005–2013)*, in N. Cheeseman, K. Kanyinga, G. Lynch (eds.), *The Oxford Handbook of Kenyan Politics*, Oxford, 82 ss., 2020; in italiano si v. C. Cerbone, *La Costituzione keniota del 2010: tappa di un percorso dalle coordinate ancora incerte*, in *Federalismi.it*, 33, 2022, 150-171.

⁷⁹ *In Re the Matter of the Interim Independent Electoral Commission, 2011*, 35.

⁸⁰ *Ibid.*, 39. Sul punto M.K. Mbondenyei, J.O. Ambani, *The New Constitutional Law of Kenya*, Nairobi, 2012, 140.

oggettiva della richiesta («any matter concerning county government») all'intera platea di soggetti previsti dall'art. 164, co. 6 Cost. Nonostante ciò, bisogna sottolineare come tale interpretazione non abbia impedito alla Corte di rendere *advisory opinions* anche su materie solo lontanamente collegate con il *county government*, allocandosi di volta in volta la possibilità di rilasciare pareri su una pluralità di questioni⁸¹.

Infine, ed è questo il motivo per cui è stato negato il rilascio del parere nel 2011, la Corte suprema ha stabilito come il potere consultivo non possa essere esercitato qualora la questione sia oggetto di un procedimento in una corte inferiore (che nel caso di specie era la *High Court*) pena il rischio di porsi in «interference with due process, and with the rights of parties to be heard before a Court duly vested with jurisdiction»⁸².

Ciò detto, occorre a questo punto sottolineare come la funzione di *reference*, così come dispiegatasi nella prassi dell'ordinamento keniano, risulta particolarmente rilevante per due ordini di ragioni.

Anzitutto, è da evidenziare il rilievo politico delle questioni su cui la Corte suprema si è espressa, il più delle volte ricorrendo, contrariamente a quanto avvenuto in altri ordinamenti (*in primis* quello canadese) ad una visione conservatrice e ad una lettura restrittiva delle norme costituzionali. Un esempio è rappresentato dall'importante *reference* emessa nel 2012 sul principio di rappresentanza di genere in Parlamento (*Re the Matter of the Principle of Gender Representation in the National Assembly and the Senate*), in cui la Corte ha letto la disposizione dell'art. 81, lett. b) Cost., che sancisce come «not more than two-thirds of the members of elective public bodies shall be of the same gender», in senso meramente programmatico e non precettivo, perdendo così «an opportunity to solidify its place as the promoters of transformative constitutionalism under the constitution»⁸³.

La seconda caratteristica della *reference jurisdiction* in Kenya consiste nella peculiarità di dotare le *advisory opinions* della Corte suprema di carattere *binding*. La vincolatività dei pareri rappresenta un *unicum* nel panorama africano⁸⁴, ed è stata affermata dalla Corte di Nairobi dapprima nella famosa *reference* del 2011 resa alla Commissione elettorale indipendente, in cui si è asserito come sia «inappropriate that the Supreme Court's Advisory Opinion should be sought as mere advice. Where a government or State organ makes a request for an Opinion, it is to be supposed that such organ would abide by that Opinion»⁸⁵, e in seguito nel parere *In the Matter of the National Land Commission 2015*, dove la Corte ha dichiarato come «[w]e [...] hold that an Advisory Opinion, [...] is a 'decision' of the Court, within the terms of

⁸¹ A. Abebe, C. Fombad, *The Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Saharan Africa*, op. cit., 91-93; J.C. Ghali, *An Overview of the Kenyan Judiciary*, in Id. (cur.), *Judicial Accountability in the New Constitutional Order*, Nairobi, 2016, 24.

⁸² *In Re the Matter of the Interim Independent Electoral Commission*, 2011, 47.

⁸³ N. Baraza, *Supreme Court of Kenya Advisory Opinion on the Two Thirds Gender Principle: A Critique through Dworkin's Constructive Interpretation*, in *E. Af. L.J.* 150, 164 (2018).

⁸⁴ A. Abebe, C. Fombad, *The Advisory Jurisdiction of Constitutional Courts in Sub-Saharan Africa*, op. cit., 59-60; S. Muyesu, *The Binding Nature of Advisory Opinions*, in *The Nairobi Law Monthly*, 8 marzo 2018.

⁸⁵ *In Re the Matter of the Interim Independent Electoral Commission*, 2011, 93.

Article 163(7), and is thus binding on those who bring the issue before the Court, and upon lower Courts, in the same way as other decisions»⁸⁶.

A differenza del caso indiano, dunque, la Corte suprema keniana ha avuto modo di dimostrare, per giunta in poco più di un decennio di attività, quanto la funzione di *reference* possa rappresentare una modalità di esternazione della propria autorità particolarmente importante, anche in materie costituzionalmente e politicamente rilevanti, contribuendo a sostenere la tesi per cui la *advisory jurisdiction* sia un interessante barometro del grado di giudiziizzazione della politica in un determinato contesto ordinamentale.

5. La rinnovata importanza della funzione di *reference* nel Regno Unito e il ruolo della Corte suprema di Londra

La funzione consultiva delle corti, come si è avuto modo di vedere, sebbene connaturata alla storia e alla cultura giuridica inglesi, a partire dal XVIII Secolo veniva gradualmente a ridursi, per poi essere esplicitamente rifiutata dalle corti inferiori⁸⁷, e restando invece appannaggio del *Judicial Committee* del Consiglio privato del Monarca, quale precipitato storico della plurisecolare tradizione di *advice giving* dei giudici nei confronti del potere esecutivo.

Il ruolo consultivo dell'organo ha poi acquisito una rinnovata importanza, almeno formalmente, a partire dalla fine degli anni '90, quando l'amministrazione *New Labour* ha rivoluzionato il tipo di Stato britannico attraverso i processi di *devolution*. In particolare, ai sensi degli statuti di devoluzione, al JCPC – e non, significativamente, all'altro organo di vertice del potere giudiziario, i *Law Lords* –, veniva demandata la c.d. *devolution issues jurisdiction*, ossia la capacità di comporre controversie tra centro e periferia, proprio in ossequio allo storico ruolo assunto dall'organo del Consiglio privato come arbitro della *colonial (constitutional) litigation* di epoca imperiale⁸⁸.

Per la risoluzione delle *devolution matters*, e in particolare per stabilire se un atto delle assemblee devolute avesse natura *ultra vires*, gli statuti di devoluzione prevedevano che il JCPC potesse operare: a) in via astratta,

⁸⁶ *In the Matter of the National Land Commission*, 2015, 316.

⁸⁷ Come esplicitato dalla *High Court* di Londra in un suo giudizio del 2003 «it is no function of the court [...] to give advisory opinions on questions raised in the abstract. The proper application of the law can only be determined in the context of a particular factual situation, decided on the facts of a concrete case» (in *A & Ors, R (on the application of) v East Sussex County Council & Anor* [2003] EWHC 167 (Admin)). Un'importante eccezione a questo principio è rappresentata dalla disposizione contenuta nell'art. 36 del *Criminal Justice Act 1972*, il quale ha previsto che l'*Attorney General* possa sottoporre, prima alla Corte d'Appello e poi alla Camera dei Lord (ma dal 2009 alla Corte suprema di Londra) un quesito giuridico che origini da un procedimento giudiziario.

⁸⁸ A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. Mezzetti (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, op. cit., 354-355. Del resto, ancora durante il XX Secolo, il *Government of Ireland Act 1920* e il *Northern Ireland Constitution Act 1973* avevano affidato la risoluzione delle controversie tra Londra e Dublino (e tra Londra e Belfast) all'organo giurisdizionale del *Privy Council*. Sul punto G. Cowie, *The UK Supreme Court. Commons Library Research Briefing no. 09536*, 27 giugno 2022, 29.

precedentemente all'apposizione del *Royal Assent*, e dunque segnalando preventivamente le incoerenze eventualmente rilevate rispetto alla legislazione del Parlamento sovrano di Londra; *b*) in via concreta, nel corso di un giudizio. Sempre al di fuori del contenzioso, al JCPC veniva poi riconosciuta la capacità di emettere *references* su “*any devolution issues which is not the subject of proceedings*” (s. 34 dell'Allegato 6 allo *Scotland Act 1998*, s. 34 dell'Allegato 10 al *Northern Ireland Act 1998* e s. 30 dell'Allegato 9 al *Government of Wales Act 2006*), ossia gli veniva affidata quella funzione consultiva che aveva contribuito a caratterizzare l'organo sin dal suo momento genetico negli anni '30 del XIX Secolo.

La funzione di *reference*, in questo modo, dopo essersi spostata dal centro dell'Impero alla sua periferia (tramite le operazioni di *legal transplant* di cui si è tentato di dar conto), tornava al centro per contribuire a risolvere, ancora una volta, questioni di natura anzitutto territoriale che potessero eventualmente emergere tra Londra e i livelli di governo inferiori, permettendole di connaturarsi come attribuzione in grado di comporre l'importante (e delicata) faccenda della distribuzione verticale del potere.

Certamente, comunque, il ruolo consultivo del *Judicial Committee* in materia di tipo di Stato, sebbene formalmente riconosciuto, è rimasto nella prassi inutilizzato. Tra il 2000 e il 2009, l'organo ha espresso fino ad un massimo di quattro giudizi annui in materia di *devolution*, sempre in via incidentale concreta, e dunque senza mai essere investito di questioni in via astratta⁸⁹.

Questo stato delle cose è, però, recentemente mutato.

Il *Constitutional Reform Act 2005*, come noto, oltre ad istituire la *United Kingdom Supreme Court* (UKSC), ha sussunto in essa competenze precedentemente allocate in organi giurisdizionali diversi. Tra queste rientra anche la capacità di comporre le controversie in materia di *devolution*, e la possibilità di emettere pareri sulle questioni afferenti al tipo di Stato, la cui precedente disciplina, applicata al JCPC, si è integralmente trasferita alla Corte suprema di Londra.

Ebbene, benché la UKSC si sia spesso pronunciata sulla legittimità di leggi devolute in via concreta, e abbia avuto modo di esprimersi in via preventiva su alcuni *bills* presentati ai legislativi nazionali prima che questi ricevessero la sanzione regia – ciò è accaduto per tre disegni di legge scozzesi, quattro gallesi e due nordirlandesi⁹⁰ –, prima del 2022 essa non aveva mai espresso un parere consultivo su questioni di diritto ovvero, come nel caso che si sta per esaminare, su progetti non ancora presentati in assemblea⁹¹.

Il 23 novembre 2022 la Corte suprema ha emesso una *reference*, avanzata su istanza del *Lord Advocate* Dorothy Bain, in merito alla capacità, da parte del Parlamento scozzese, di disciplinare un referendum (ancorché di natura meramente consultiva) sull'indipendenza di Edimburgo da Londra

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ G. Caravale, *Il giudizio di reference della Corte suprema sul referendum scozzese: una political question*, in *Federalismi.it*, 31, 2022, IV-XX, V.

⁹¹ P. Martino, *La Corte suprema del Regno Unito sul secondo referendum indipendentista scozzese: una partita chiusa?*, in *Diritti comparati*, 9 gennaio 2023. Era successo, invece, che la Corte rifiutasse di esprimere un parere di tale natura, nel 2020, su una richiesta avanzata dall'*Attorney General* nordirlandese. Sul punto *ibid.*

(*Reference by the Lord Advocate of devolution issues under paragraph 34 of Schedule 6 to the Scotland Act 1998*). Il quesito posto alla Corte seguiva la proposta dell'allora Primo ministro scozzese Sturgeon di introdurre al Parlamento di Holyrood un *bill* che avesse ad oggetto la (ri)proposizione di un referendum sull'indipendenza nazionale, e chiedeva al giudice di Londra se tale questione dovesse o meno ricomprendersi nelle *reserved matters* di Westminster ai sensi dell'Allegato 5 dello *Scotland Act 1998*. Come detto, si è trattato del primo caso di *reference* della Corte suprema di Londra, non già su un progetto di legge approvato dall'Assemblea di Edimburgo ma manchevole dell'assenso reale, bensì di una bozza di progetto non ancora presentata all'organo parlamentare devoluto.

Sebbene la soluzione della questione di diritto sia di importanza sistemica – la Corte ha deciso all'unanimità che il Parlamento scozzese non possa indire un referendum sull'indipendenza dal Regno Unito, quantunque di natura consultiva, senza l'autorizzazione di Westminster, in quanto materia riservata a Londra –, ciò che qui importa è sottolineare come l'organo di alta giurisdizione britannico abbia emanato, sulla scorta di esempi più risalenti – le similitudini col parere canadese del 1998 sono lampanti – una *reference* su una questione dalle ricadute eminentemente politiche⁹².

Questo permette di cogliere, anche in un ordinamento particolarmente ossequioso del principio di supremazia parlamentare come quello britannico, una tendenza verso un sempre più marcato attivismo delle corti su temi politicamente divisivi. Ossia l'attitudine, ancora una volta, verso quella *judicialization of politics* che individua, nella capacità dei giudici di definire importanti questioni di ordine politico, sociale e finanche morale, una delle caratteristiche peculiari del costituzionalismo contemporaneo.

I casi britannico e keniano, pur con i doverosi distinguo, appaiono due esempi fondamentali di come la funzione consultiva delle corti possa davvero rappresentare un'importante cartina di tornasole per comprendere alcuni dei caratteri di questo nuovo tipo di costituzionalismo. In questo senso, l'allineamento con quanto, in Canada, pure avviene da decenni, non sminuisce, ed anzi rafforza – perché rende il caso canadese non più un *unicum* – quanto detto, giacché permette di scorgere, nel riaffioramento di una funzione assai risalente della giustizia (costituzionale), i moti convettivi che rendono la circolazione dei modelli connaturata allo sviluppo storico (e geografico) del diritto pubblico.

Emanuele Gabriele
Dipartimento di Scienze politiche
Sapienza Università di Roma
emanuele.gabriele@uniroma1.it

⁹² G. Caravale, *Il giudizio di reference della Corte suprema sul referendum scozzese*, op. cit., XIX.