

Westminster first

di Francesca Rosa

Abstract: *Westminster first* – The article discusses the Miller judgment of the Supreme Court, by critically examining the grounds on which the Court considers, on the one hand, necessary a statute authorising the Government to notify the intention to withdraw from the European Union and, on the other hand, that devolved Legislatures have not veto power in the Westminster legislative process concerning the withdrawal from the European Union.

Keywords: Brexit; European Communities Act 1972; Royal prerogative; Rule of law; Parliamentary sovereignty.

La decisione della Corte Suprema britannica del 24 gennaio 2016 ha chiarito in via definitiva il ruolo del Parlamento di Westminster e dei Parlamenti devoluti nel processo di recesso dall'Unione europea. Il primo deve intervenire con legge affinché il Governo possa legittimamente notificare al Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione, i secondi non possono vantare un ruolo in punto di diritto nell'ambito del procedimento legislativo nazionale. Sulla prima delle due questioni la Corte ha deciso a maggioranza (8-3), sulla seconda all'unanimità.

Nel solco della sentenza della *High Court*¹, la maggioranza della Corte Suprema ha negato al Governo il potere di notificare l'intenzione di recedere dall'Unione in

¹ All'indomani del referendum del 23 giugno, due cittadini già attivamente impegnati nella campagna per il "remain" si sono rivolti all'autorità giudiziaria per chiarire se il Governo britannico avesse il potere di notificare l'intenzione del Paese di recedere dall'Unione *ex art. 50 TUE*. La risposta dell'Alta Corte è stata di segno negativo. La prerogativa regia - nella quale abitualmente si radica l'azione del Governo in politica estera, fra cui anche il *treaty making and un-making power* - non può legittimamente fondare l'avvio del recesso dall'Unione in forza della natura legislativa dei diritti che i cittadini britannici hanno acquisito con l'ingresso in Europa, diritti che non possono essere limitati o revocati in dubbio da un atto del Governo. Questa conclusione poggia su due argomenti: da un lato, il principio unanimemente riconosciuto in base al quale l'esercizio della prerogativa regia non può violare né il *common law* né lo *statute law*, dall'altro la natura costituzionale dello *European Communities Act 1972* (ECA). La legge del 1972 ha segnato l'ingresso del Paese nella CEE e ha introdotto un meccanismo di adeguamento del diritto interno a quello europeo (automatico e non), implicitamente limitando alla prerogativa regia la possibilità di "ritrattare" la scelta dell'adesione all'ordinamento europeo e di violare o limitare i diritti individuali che quella scelta reca con sé. Tale interpretazione è corroborata dalla natura consultiva del referendum popolare, al quale non è possibile collegare alcun effetto giuridico sullo stato dei rapporti tra il Regno Unito e l'Unione europea.

Rileviamo che il cuore dell'argomentazione accolta dall'Alta Corte era stata prefigurata in dottrina, v. N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, in *U.K. Const. L. Blog*, ukconstitutionallaw.org, *contra* M. Elliot e H.J. Hooper, *Critical reflections on the High Court's judgment in R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European*

forza della prerogativa regia. Alla base di questa conclusione c'è una complessa e articolata argomentazione che ripercorre il ricorso dell'esecutivo, secondo il quale la prerogativa regia, relativa al potere di denuncia dei trattati, non sarebbe stata limitata o abrogata né dallo *European Communities Act 1972* né da leggi successive (in particolare lo *European Union (Amendment) Act 2008* e lo *European Union Act 2011*) e pertanto costituirebbe ancora oggi il titolo di legittimazione in base al quale il Governo potrebbe autonomamente notificare l'intenzione di recedere. La Corte, viceversa, ritiene che l'adesione alla Comunità economica europea (poi Unione europea) sancita dalla legge del 1972 (e dalle sue successive modifiche) abbia introdotto il diritto europeo tra le fonti del diritto nazionale (alcune direttamente applicabili, altre suscettibili di un recepimento), determinandone altresì la *primauté* sul diritto interno. All'adesione del 1973 è pertanto seguita un'integrazione fra ordinamenti che non consente oggi di considerare il recesso rilevante sul solo piano delle relazioni internazionali - come vorrebbe il Governo - ma necessita di un'intervento legislativo del Parlamento che sancisca il cambiamento costituzionale in corso².

«A complete withdrawal represents a change which is different not just in degree but in kind from the abrogation of particular rights, duties or rules derived from EU law. It will constitute as significant a constitutional change as that which occurred when EU law was first incorporated in domestic law by the 1972 Act. And, if Notice is given, this change will occur irrespective of whether Parliament repeals the 1972 Act. It would be inconsistent with long-standing and fundamental principle for such a far-reaching change to the UK constitutional arrangements to be brought about by ministerial decision or ministerial action alone. All the more so when the source in question was brought into existence by Parliament through primary legislation, which gave that source an overriding supremacy in the hierarchy of domestic law sources» (par. 83).

106

Tale conclusione si fonda su due presupposti. Il primo (forse discutibile ma qui non discusso, v. *infra*) è che la notifica di cui all'art. 50,2 del TUE sia irrevocabile e che pertanto alla scadenza dei due anni - in assenza di un accordo - il recesso sia efficace. Il secondo, principio fondante dell'ordinamento costituzionale dell'isola, è che la prerogativa regia non possa violare il diritto vigente senza una previa autorizzazione legislativa del Parlamento³.

Viceversa, secondo l'opinione di minoranza redatta da Lord Reed, il diritto europeo è da considerarsi un ordinamento indipendente e autonomo da quello nazionale, che in quello interno acquista efficacia per il tramite della legge del 1972, la quale ha dato seguito a un obbligo pattizio e la cui *ratio* viene meno al venir meno di quell'obbligo, rendendo "irrilevante" l'applicazione della legge del 1972.

Union, ukconstitutionallaw.org e A. Tomkins, *Brexit Democracy and the Rule of Law*, in notesfromnorthbritain.wordpress.com/2016/11/05/brexit-democracy-and-the-rule-of-law.

² All'indomani della sentenza dell'Alta Corte, mette in rilievo l'intreccio fra ordinamenti G. Martinico, *La trasfigurazione del Sovrano. Il diritto dell'Unione come fattore di evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in www.sidiblog.org/2016/11/29/la-trasfigurazione-del-sovrano-il-diritto-dellunione-come-fattore-di-evoluzione-costituzionale-nel-regno-unito.

³ A differenza di quanto aveva fatto l'Alta Corte, la Corte Suprema chiarisce quale sia l'atto (la legge formale) tramite il quale il Parlamento può autorizzare il Governo a notificare l'intenzione di recedere.

«Since the 1972 Act gives effect to EU law only as long as the Treaties apply to the UK [...], that source of law is inherently contingent on the UK's continued membership of the EU. EU law's ceasing to have effect as a result of the UK's withdrawal from the Treaties is something which follows from the 1972 Act itself, and does not require further legislation» (par. 230).

Si tratta di una ricostruzione impeccabile dal punto di vista formale, ma “irrealistica” sul piano sostanziale, poiché “elude” la specialità dell'ordinamento europeo e le sue profonde conseguenze sul diritto interno, che coinvolgono le fonti del diritto e il rapporto tra di esse.

In definitiva, attraverso la definizione dei confini della prerogativa regia, la Corte chiarisce il ruolo di Parlamento e Governo nel processo di recesso e il ricorso assume i contorni di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. La soluzione della controversia, nondimeno, è strettamente collegata all'annosa ricostruzione della natura del rapporto tra ordinamenti e della conseguente natura dello *European Communities Act 1972*, con la paradossale conseguenza che fino alle soglie del primo caso di recesso volontario e unilaterale dall'Unione, dopo anni di *membership*, su quella natura lo “sguardo” della dottrina e della giurisprudenza continua a non essere condiviso.

Sul ruolo dell'Irlanda del Nord nel processo di recesso (par. 126), sono cinque le questioni sollevate, ma quella più rilevante - alla luce della decisione della prima questione - concerne la possibilità di chiamare in causa la *Sewel convention*, che opera nell'ambito della legislazione ed è funzionale alla cooperazione tra i Parlamenti dei due livelli di governo. La convenzione prevede che quando Westminster legifera per le Regioni devolute lo faccia con il consenso di queste ultime (par. 136-151). In questo ambito l'argomentazione della Corte segue un percorso tutto sommato noto e consolidato ad opera di dottrina e giurisprudenza. Le regole convenzionali non sono regole giuridiche e pertanto non possono essere invocate di fronte al giudice perché ne sia assicurato il rispetto. Il giudice, da buon osservatore, può riconoscerne l'esistenza ma non imporle l'applicazione. A destare qualche perplessità è forse la chiusura del ragionamento, ove la Corte cita l'art. 28 (8) dello *Scotland Act 1998* - come modificato dallo *Scotland Act 2016* - quale disposizione normativa che pur “riconoscendo” l'esistenza di una convenzione non ne determina la trasformazione in norma giuridica. La Corte motiva tale conclusione sulla scorta di un argomento letterale, nella specie l'utilizzo del verbo riconoscere, d'altro canto solleva non poche perplessità la possibilità che una regola convenzionale possa essere riconosciuta e codificata in una norma giuridica senza produrre effetto giuridico alcuno.

«the UK Parliament is not seeking to convert the Sewel Convention into a rule which can be interpreted, let alone enforced, by the courts; rather, it is recognising the convention for what it is, namely a political convention, and is effectively declaring that it is a permanent feature of the relevant devolution settlement. That follows from the nature of the content, and is acknowledged by the words (“it is recognised” and “will not normally”), of the relevant subsection. We would have expected UK Parliament to have used other words if it were seeking to convert a convention into a legal rule justiciable by the courts» (par. 148).

Dalla lettura della sentenza dell'Alta Corte emergevano tre domande.

La prima riguardava la ricostruzione dei rapporti tra ordinamento interno ed europeo, che costituisce il cuore della decisione in commento, e che trova un'ampia trattazione nel confronto tra opinione di maggioranza e di minoranza della quale abbiamo già detto.

La seconda riguarda la possibilità di revocare la notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione. Come quello dell'Alta Corte anche l'impianto argomentativo della Corte Suprema si fonda sul medesimo presupposto, ma la seconda, a differenza della prima, si sofferma brevemente su tale profilo, affermando che poiché l'irrevocabilità della notifica è un assunto condiviso dalle parti - in particolare dal ricorso del Governo - la Corte lo considera acquisito e decide di conseguenza, non rilevando per il giudizio in corso la possibilità che possa essere errato, possibilità che tuttavia viene menzionata e che costituisce a nostro avviso una questione aperta per il futuro⁴.

«In these proceedings, it is common ground that notice under article 50(2) (which we shall call “Notice”) cannot be given in qualified or conditional terms and that, once given, it cannot be withdrawn. Especially as it is the Secretary of State’s case that, even if this common ground is mistaken, it would make no difference to the outcome of these proceedings, we are content to proceed on the basis that that is correct, without expressing any view of our own on either point. It follows from this that once the United Kingdom gives Notice, it will inevitably cease at a later date to be a member of the European Union and a party to the EU Treaties» (par. 26).

La terza atteneva alle conseguenze politiche della decisione. Avendo la Corte Suprema confermato il giudizio dell'Alta Corte, lo sguardo dell'osservatore è tenuto a spostarsi sul Parlamento, dove - a due giorni dalla sentenza - il Governo ha presentato lo *European Union (Notification of Withdrawal) Bill*, un disegno di legge composto di due articoli, in cui si riconosce al Primo Ministro il potere di notificare l'intenzione di recedere *ex art. 50 TUE* e si precisa che tale disposizione produce effetti nonostante quanto previsto dallo *European Communities Act 1972*. La legge ha ricevuto il *royal assent* il 16 marzo 2017 dopo un esame parlamentare segnato da un forte sostegno alla Camera dei Comuni, dove la maggioranza con la quale il *bill* è stato approvato è più ampia di quella del Governo, abbracciando anche una significativa quota di deputati laburisti, e da un sostegno critico presso la Camera dei Lords, dove solo in prima lettura sono stati approvati due emendamenti, poi respinti dalla Camera bassa e, in ossequio alla *Salisbury Convention*, nulla è accaduto nelle letture successive.

Il 29 marzo il Primo Ministro ha notificato al Presidente del Consiglio europeo l'intenzione di recedere dall'Unione, il lungo cammino della *Brexit* in Europa è formalmente iniziato.

⁴ Sottolinea M.E. Bartoloni, *La disciplina del recesso dall'Unione europea: una tensione mai sopita tra spinte “costituzionaliste” e resistenze “internazionaliste”*, in *Rivista A.I.C.*, 2016, n. 2, che dalla formulazione dell'art. 50 emerge l'annosa questione della natura originaria o derivata dell'ordinamento europeo.