



LE CONSEGUENZE COSTITUZIONALI DELLA BREXIT
28 MARZO 2022

federalismi.it

Fascicolo n. 10/2022



ISSN 1826-3534

Numero 10, 2022

Tutti i contributi, ad eccezione dell'editoriale di apertura, sono stati sottoposti a *double blind peer review*.

Direttore responsabile: Prof. Annamaria Poggi

Vice Direttore responsabile: Prof. Federica Fabrizzi

Comitato di direzione: Prof. Luisa Casseti; Prof. Marcello Cecchetti; Prof. Carlo Curti Gialdino; Dott. Renzo Dickmann; Dott. Antonio Ferrara; Prof. Tommaso Edoardo Frosini; Prof. Diana Urania Galetta; Prof. Roberto Miccù; Prof. Andrea Morrone; Prof. Giulio M. Salerno; Prof. Maria Alessandra Sandulli; Prof. Sandro Staiano.

Redazione: dott. Federico Savastano (Redattore Capo); dott. Francesco Battaglia; Prof. Cristina Bertolino; Prof. Tanja Cerruti; dott. Caterina Domenicali; dott. Giovanni Piccirilli; Prof. Massimo Rubechi; Prof. Martina Sinisi; Prof. Alessandro Sterpa.

Segreteria di redazione: dott. Simone Barbareschi; dott. Lucio Adalberto Caruso; dott. Adriano Dirri; dott. Luisa Giurato; dott. Eleonora Iannario; dott. Ekaterina Krapivnitskaya; dott. Nicola Pettinari; dott. Giulia Renzi; dott. Francesco Severa; dott. Sergio Spatola.

E-mail: redazione@federalismi.it



Sommario

EDITORIALE

- Introduzione. Le conseguenze costituzionali della Brexit: eredità e prospettive del recesso dall'Unione europea, di *Cristina Fasone* e *Claudio Martinelli*..... iv

PARTE PRIMA – L'IMPATTO DELLA BREXIT SUL MODELLO WESTMINSTER 1

- Introduzione. La Brexit come «*constitutional moment*», di *Claudio Martinelli*..... 2

SEZIONE 1 – DEMOCRAZIA DIRETTA, DEMOCRAZIA RAPPRESENTATIVA E RUOLO DELLE CORTI NEL PROCEDIMENTO PER LA BREXIT..... 34

- Il Regno Unito dalla notifica sul recesso all'accordo sugli scambi e la cooperazione, di *Federico Savastano* 35
- Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit, di *Simone Gianello* 47
- L'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento britannico durante il processo della Brexit: alcune luci e molte ombre, di *Cristina Fasone* 68
- L'esercizio della funzione di controllo parlamentare durante la Brexit e la *motion for humble address*, di *Federico Nania* 84
- La giurisprudenza “costituzionale” sulla Brexit nel Regno Unito, di *Pamela Martino*..... 97
- Profili costituzionali della giurisprudenza europea sulla Brexit, di *Marta Simoncini* 116

SEZIONE 2 – LE DIRETTRICI DELLE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI NEL REGNO UNITO POST-BREXIT 132

- “Equilibrio precario”. La fragile architettura costituzionale britannica fra populismo e Brexit, di *Giuseppe Martinico* 133
- L'influenza della Brexit sul programma di riforme del governo Johnson, di *Giulia Caravale*.... 149
- Dove va la Costituzione britannica?, di *Giuliana Giuseppina Carboni* 160

SECOND PART - A MULTILEVEL CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE: FROM LOCAL TO GLOBAL 172

SECTION 1 - THE DEVOLUTION AND THE SEPARATIST CLAIMS IN THE AFTERMATH OF BREXIT..... 173

- England Unincorporated: Reflections on the Constitutional Way Ahead post Brexit?, di *Peter Leyland*..... 174
- The Prospects for Scottish Independence in the Aftermath of Brexit, di *Aileen McHarg*..... 192
- Northern Ireland's Post-Brexit Constitution, di *Gordon Anthony*..... 209
- Leaving the Union: Constitutionalising Secession Rights in the United Kingdom, di *Oran Doyle* 222

SECTION 2 – THE EUROPEAN AND INTERNATIONAL IMPLICATIONS OF BREXIT 241

- Future(s) of the Union: Some Thoughts after Brexit, di *Robert Schütze*..... 242
- EU External Action – Learning from Brexit, di *Marise Cremona*..... 251
- The effects of Brexit on the law of UK trade, di *Filippo Fontanelli*..... 267
- The European Union as a Global Security Actor After Brexit, di *Valsamis Mitsilegas* 286



Introduzione. Le conseguenze costituzionali della Brexit: eredità e prospettive del recesso dall'Unione europea

di Cristina Fasone

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato
Luiss Guido Carli

e Claudio Martinelli

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
Università di Milano Bicocca

Il numero speciale prende le mosse dalle attività di ricerca svolte nell'ambito del PRIN 2017 su “Le implicazioni costituzionali dei separatismi europei” (Coordinatore nazionale: Alessandro Torre), in particolare da quelle promossa dall'unità locale della LUISS Guido Carli e focalizzate sulle conseguenze costituzionali della Brexit tanto a livello nazionale quanto a livello sovranazionale.

Il 29-30 ottobre 2021 si è tenuto presso la LUISS un convegno sul tema, co-organizzato in collaborazione tra l'unità del PRIN e il Centro di Studi sul Parlamento della LUISS, il Devolution Club e il Jean Monnet Module su “Integrazione Sovranazionale e Identità Nazionali - Supranational Integration and National Identities”. Al convegno hanno partecipato studiosi nazionali e internazionali, le cui riflessioni allora presentate, riviste e aggiornate, sono qui raccolte e sistematizzate.

Anche alla luce della ricchissima letteratura in tema¹, l'obiettivo era quello di fare il punto – quasi un anno dopo la firma dell'accordo di partenariato tra UE e Regno Unito, circa due anni dopo il “Brexit day” e a cinque anni e mezzo dal referendum - sugli effetti che tale fenomeno complesso e multiforme ha prodotto, da un lato sulle categorie classiche del costituzionalismo contemporaneo nazionale come la forma di governo, secondo il tradizionale modello Westminster, la forma di stato e, dunque, tanto la devolution quanto la sopravvivenza stessa del Regno Unito a causa delle tensioni secessioniste; dall'altro, sugli equilibri istituzionali e costituzionali europei, tanto nei rapporti tra UE e Stati Membri quanto rispetto alle relazioni esterne dell'Unione, con particolare riguardo alla politica commerciale e alla sicurezza globale.

Nonostante il carattere multidisciplinare del numero speciale - tra diritto costituzionale, diritto comparato, diritto dell'Unione europea e diritto internazionale -, tutti i contributi si confrontano, a

¹ Limitandosi qui ai soli lavori monografici, si possono richiamare, a titolo esemplificativo, K. ARMSTRONG, *Brexit Time: Leaving the EU - Why, How and When?*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; G. BALDINI, E. BRESSANELLI, E. MASSETTI, *Il Regno Unito alla prova della Brexit*, Il Mulino, Bologna, 2021; F. CAPRIGLIONE, R. IBRIDO, *La Brexit tra finanza e politica*, Utet, Torino, 2017; F. FABBRINI, *Brexit and the Future of the European Union: The Case for Constitutional Reforms*, Oxford University Press, Oxford, 2020; P. MARIANI, *Lasciare l'Unione europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Igea, Milano, 2018; G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza*, Giappichelli, Torino, 2019; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino, 2019.

seconda dell'oggetto specificamente trattato, con il seguente interrogativo di fondo: quali conseguenze di ordine costituzionale ha prodotto la Brexit finora e quali, presumibilmente, saranno prodotte nel medio termine tanto sulla separazione orizzontale quanto su quella verticale dei poteri?

Il punto di partenza che accomuna tutti i contributi, a partire dal saggio introduttivo che rappresenta in qualche misura il *trait d'union* tra tutte le tematiche affrontate, è che la Brexit costituisca un “momento costituzionale”² sia per il Paese che più direttamente lo ha vissuto, il Regno Unito, sia per l'Unione europea, destinato ad incidere nei decenni a venire anche sulla tradizionale concettualizzazione di questioni connaturate al dibattito costituzionalistico, come la definizione di Stato, di processo federale, di secessione e di Costituzione.

Del resto, questo è anche l'approccio fatto proprio in un recente scritto, pubblicato postumo su *Federalismi.it*, del compianto prof. Beniamino Caravita che evidenzia chiaramente come, per quanto sofferte siano state le negoziazioni e l'approvazione nel Regno Unito dell'accordo sul recesso e, poi, di quello sugli scambi commerciali e la cooperazione, la Brexit costituisce un punto di svolta nella teoria e nella prassi delle secessioni, seguendo le lezioni offerte dalla Corte suprema canadese nel famoso giudizio di *reference* sulla secessione del Quebec ([1998] 2 SCR 217) come modello di secessione regolata e concordata³. Le previsioni dell'art. 50 TUE, le modalità di risoluzione della *membership*, la gestione delle interdipendenze tra gli ordinamenti, la previsione di un periodo transitorio per il “distacco” sono tutti esempi di una modalità di gestione concertata della secessione, per quanto *sui generis*⁴. La Brexit, allora, da un lato, assurge al rango di “precedente” interno all'Unione rispetto a potenziali nuovi tentativi di recesso da parte di altri Stati membri; dall'altro, può essere considerato come un *benchmark* a livello comparato per altri processi di federalizzazione connotati da tensioni secessioniste.

È fuor di dubbio, comunque, che l'attivazione della clausola dell'art. 50 TUE, per la prima volta, proprio da parte del Regno Unito abbia prodotto delle conseguenze peculiari che non agevolmente possono estendersi ad altri Stati membri. La Brexit, infatti, si è innestata in un ordinamento privo di una Costituzione unidocumentale e rigida che predetermini, anche con un certo grado di razionalizzazione e con precisi vincoli di procedure aggravate e maggioranze qualificate, le dinamiche della forma di governo parlamentare, l'utilizzo di referendum, il rapporto tra livelli di governo. Da questo punto di vista, la devolution asimmetrica che caratterizza il Regno Unito, le aspirazioni secessioniste della Scozia, i delicati

² Rifacendosi all'espressione notoriamente usata da B. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, vol. I, Harvard University Press, Harvard, 1991, in relazione alla storia costituzionale statunitense.

³ B. CARAVITA, *Secession, withdrawal, and the experience of the European Union*, in *federalismi.it – Costituzionalismo multilivello nel terzo millennio: scritti in onore di Paola Bilancia*, 2 febbraio 2022, spec. pp. 3 ss.

⁴ Per una comparazione tra recess dall'Unione e secessione, cfr. C. CLOSA, *Troubled Membership: Secession and Withdrawal*, in C. CLOSA, (eds.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 1-11.

equilibri che presidiano l'appartenenza dell'Irlanda del Nord al Paese sono stati molto vicini dal deflagrare durante il processo di recesso. Non è un caso che proprio la questione del controllo del confine tra Irlanda del Nord e Repubblica d'Irlanda sia rimasto fino all'ultimo (e tuttora rappresenti) uno dei lasciti più controversi della Brexit⁵.

Per altro verso, se la conclusione di accordi sul recesso e sulla *partnership* futura tra UE e Regno Unito è stata così complessa⁶ rispetto ad un Paese che godeva di numerosi *opt-out* dai Trattati, tra cui notoriamente quelli sulla Carta dei diritti fondamentali e sulla convergenza rispetto all'Unione economico e monetaria, e che, proprio per le ragioni indicate, non conosceva limiti costituzionali stringenti all'integrazione europea⁷, come può essere invece per i vari “contro-limiti” e principi costituzionali supremi opposti o “minacciati” altrove, è difficilmente immaginabile il grado di complessità che il recesso di un altro Stato membro, come di uno dei Paesi fondatori, potrebbe raggiungere⁸.

Prendendo le mosse dall'inquadramento della Brexit come momento costituzionale e dalla domanda di ricerca il numero speciale è articolato in due parti. La prima, sulla separazione orizzontale dei poteri, si concentra sull'impatto della Brexit sul modello Westminster, e include contributi in italiano di studiosi nazionali. La parte prima si apre con il saggio di Claudio Martinelli che ripercorre le premesse storiche e culturali della “vicenda Brexit”, analizza il ruolo giocato dal referendum, dalla legislazione della giurisprudenza per riflettere poi sulle prospettive di mantenimento dell'integrità territoriale del Paese. Seguono, quindi i contributi della prima sezione, ognuno rivolto ad esaminare un aspetto specifico su “Democrazia diretta, democrazia rappresentativa e ruolo delle Corti nel procedimento per la Brexit”. Federico Savastano si concentra sul contesto costituzionale britannico, sul ruolo dell'esecutivo a livello nazionale e nei rapporti con le regioni devolute nonché sui riflessi che i nuovi scenari geopolitico conseguenti alla guerra in Ucraina potrebbero comportare in merito. Simone Gianello ripercorre il peculiare rapporto tra sovranità popolare e sovranità parlamentare nel Regno Unito, analizzando le premesse e gli effetti del referendum sulla Brexit nel 2016 per valutare se e come abbia trasformato la configurazione dell'istituto referendario nel Paese. Cristina Fasone esamina gli elementi di continuità e di

⁵ G. ANTHONY, *Brexit and the Irish Border: Legal and Political Questions*, Briefing paper for British Academy and Royal Irish Academy, October 2017, <https://www.ria.ie/sites/default/files/ba-border-2-online.pdf>, pp. 3 ss. e C. MCCALL, *Border Ireland. From Partition to Brexit*, Routledge, London, 2021, pp. 82 ss.

⁶ Si pensi alle questioni che, nel quadro del recesso e della conclusione del periodo transitorio, con l'abbandono del mercato interno, hanno interessato la definizione di soluzioni operative e effettivamente percorribili per la regolazione dei mercati in tutti quei settori direttamente o indirettamente interessati dall'*acquis communautaire*. Anche su questo punto, cfr. B. CARAVITA, *Secession, withdrawal, and the experience of the European Union*, cit., p. 4.

⁷ Se si eccettua il principio di sovranità parlamentare, come dimostrato dalla saga *Factortame*. Cfr., in particolare, *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* ECJ ([1990] 2 Lloyd's Rep 351, [1990] 3 CMLR 1, C-213/89 (*Factortame* No.1).

⁸ Finanche dubitando della percorribilità di una simile opzione a Costituzione vigente: cfr. N. LUPO, *L'art. 11 come “chiave di volta” della Costituzione vigente*, in *Rassegna parlamentare*, n. 3, 2020, p. 379 ss.

discontinuità nell'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento britannico durante e dopo la Brexit, ravvisando una evidente compressione dei margini di manovra del Parlamento. Federico Nania, invece, focalizza la sua attenzione sulla funzione di controllo parlamentare, sugli adeguamenti posti in essere per presidiare il recesso dall'Unione, sia a livello di commissioni che di Assemblea. Chiudono la sezione i contributi sul ruolo delle corti britanniche e della Corte di giustizia europea nel quadro della Brexit. Pamela Martino considera il ruolo del giudiziario e, in particolare, della Corte suprema del Regno Unito, sia nelle dinamiche riguardanti il processo devolutivo, sia con riferimento agli altri poteri, in particolare nelle dinamiche tra il Parlamento il Governo e la Corona con l'attivazione della clausola sul recesso e, poi, con la *prorogation*. Marta Simoncini, a sua volta, ripercorrendo le principali sentenze europee sulla Brexit, a partire dal caso *Wightman*, esamina quale lettura sia stata fornita dalla Corte di giustizia del rapporto tra Unione, Stati membri e cittadini europei.

Nella seconda sezione, dedicata a "Le direttrici delle trasformazioni costituzionali nel Regno Unito post-Brexit" sono raccolti tre contributi che esaminano i cambiamenti del c.d. modello Westminster. Il primo, di Giuseppe Martinico, analizza la Brexit come un "fenomeno populista" caratterizzato da tre elementi imprescindibili: il richiamo all'identità, l'appello diretto al popolo senza intermediazioni e cercando di bypassare il Parlamento, una concezione estrema e snaturata del principio di maggioranza. Giulia Caravale esamina il tema attraverso una lettura critica del programma conservatore di Johnson dopo la Brexit e delle riforme messe in campo, da un lato, per comprimere i poteri del Parlamento e, dall'altro, per ridefinire i rapporti con le regioni devolute a vantaggio del Governo centrale. Giuliana Giuseppina Carboni utilizza la nozione di "political constitution", assai nota nell'esperienza e nella dottrina britannica, per valutare se la Brexit abbia ridefinito gli equilibri istituzionali e tra poteri, favorendo un processo di "legalizzazione" e interrogandosi sul ruolo delle corti, del principio di sovranità parlamentare, della devolution e del referendum in questo contesto.

La seconda parte del numero speciale su "A multilevel constitutional perspective: From local to global", riguarda la separazione verticale dei poteri, all'interno del Regno Unito e a livello sovra e internazionale, e coinvolge invece autori stranieri o di base fuori dall'Italia con scritti in lingua inglese. La prima sezione, su "The devolution and the separatist claims in the aftermath of Brexit", si apre con le riflessioni di Peter Leyland sul caso inglese, con un contributo che sottolinea l'esistenza di un "deficit democratico" nel Parlamento britannico, dovuto sia al sistema elettorale in vigore per la Camera dei Comuni, sia alla mancata riforma della Camera dei Lord in un Senato delle regioni. In secondo luogo, si sofferma sulla recente iniziativa del Governo di istituire delle "regioni cittadine" in Inghilterra come tentativo di fornire risposta ad una devolution persistentemente asimmetrica e, infine, esamina criticamente l'*Internal Markets Act* e il *Subsidy control bill* e la loro problematica compatibilità con gli Atti di Devolution. Aileen McHarg

si focalizza invece sulla Scozia, ripercorrendo le iniziative secessioniste proposte nel passato recente pre-Brexit, esaminando come la Brexit abbia influito sulle preferenze costituzionali degli elettori scozzesi e prospettando possibili scenari futuri alla luce dei risultati delle elezioni scozzesi del 2021, della strategia del Governo di Londra su un possibile nuovo referendum indipendentista e delle opzioni in campo. Gordon Anthony si sofferma sulla delicata situazione nell'Irlanda del Nord, sul *Good Friday Agreement* e sul Protocollo sull'Irlanda del Nord. Il contributo si sofferma sulle tensioni politiche che connotano governo della regione, sulla complessa attuazione degli accordi sulla Brexit e sul contenzioso che ne è scaturito dinanzi alle corti. Oran Doyle chiude la sezione con un contributo sulle rivendicazioni separatiste post-Brexit dalla prospettiva della Repubblica d'Irlanda e in chiave comparata, all'interno e al di fuori del Regno Unito. Si evidenziano l'articolato processo che dovrebbe essere eventualmente seguito per la riunificazione dell'Irlanda del Nord alla Repubblica irlandese, le numerose questioni di ordine costituzionale che dovrebbero essere affrontate in questo caso e le lezioni principali tratte dalla Brexit, in particolare sulle regole che presidiano il ricorso ai referendum e sulle difficoltà di negoziazione in un contesto di sfiducia reciproca tra le parti.

Nella seconda sezione su "The European and international implications of Brexit" Robert Schütze si interroga sull'impatto della Brexit sugli scenari costituzionali futuri dell'Unione europea, specialmente sulla prospettiva di un allargamento o, viceversa, di un ridimensionamento della Brexit e sulla possibilità di un approfondimento dell'integrazione. Si afferma che la Brexit ha, sì, un impatto sul processo di integrazione europea, ma principalmente nel senso di stimolare una seria riflessione sull'opportunità di realizzare un'Unione più stretta, in direzione opposta al motto su "take back control" che ha connotato il recesso del Regno Unito. Marise Cremona, invece, si concentra sulle modalità attraverso cui la negoziazione dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE il Regno Unito potrebbe influenzare le relazioni dell'Unione con i Paesi terzi. Si sostiene che la Brexit, avendo fatto emergere più distintamente le differenze tra i diversi tipi di accordi esterni dell'UE, in particolare tra quelli finalizzati all'integrazione e quelli strumentali agli scambi commerciali, ha anche contribuito a chiarire per l'Unione quali sono i limiti inderogabili per la conclusione di accordi futuri. Dal canto suo, Filippo Fontanelli evidenzia come la Brexit abbia notevolmente modificato il regime degli scambi commerciali del Regno Unito con il resto del mondo. Analizza il nuovo status quo determinato dall'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione e quale scenario si sarebbe palesato, invece, in caso di *no deal*. L'Autore sottolinea come quello concluso vada considerato come un accordo di libero scambio piuttosto efficace (rispetto all'opzione di basare gli scambi sulle sole regole dell'Organizzazione mondiale del commercio), piuttosto che come un adeguamento al ribasso del rapporto preferenziale che caratterizza il mercato interno UE. Infine, Valsamis Mitsilegas affronta il tema delle sfide alla sicurezza globale nel contesto



post-Brexit, in particolare rispetto all'effettività dell'azione penale, al tema del superamento del mandato di arresto europeo e all'aderenza delle relazioni future tra UE e Regno Unito in tema di sicurezza ai valori europei.

Insomma, contributi diversi per impostazione, oggetto e punto di vista, ma tutti volti a mettere in luce i numerosi profili dell'impatto costituzionale che questa vicenda ha avuto, sta avendo e continuerà ad avere in un prossimo futuro, certamente sul Regno Unito ma, in qualche misura, probabilmente anche sull'Unione europea e sui rispettivi rapporti con il resto del mondo.



Parte prima – L’impatto della Brexit sul modello Westminster



La Brexit come «*constitutional moment*»*

di **Claudio Martinelli**

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
Università di Milano Bicocca

Abstract [It]: Questo articolo intende proporre alcune riflessioni sulle complesse implicazioni della Brexit sulle recenti evoluzioni della Costituzione britannica. Dopo avere chiarito le premesse storiche e culturali della vicenda, si concentra sulla valenza politica e giuridica del Referendum del 2016. Infine, il contributo analizza il rilevante ruolo giocato dalla giurisprudenza e dalla legislazione, nonché le problematiche ricadute sul processo devolutivo, con uno sguardo alle prospettive incerte riguardanti l'integrità politica del Regno Unito.

Title: Brexit as a «constitutional moment»

Abstract [En]: This article aims at proposing a wider appraisal about the complex implications of Brexit in the recent evolution of the British Constitution. After clarifying the historical and cultural preconditions of this event, it focuses on the political and legal value of the 2016 Referendum. Finally, the contribution analyses the important role played by jurisprudence and legislation, as well as the problematic spill-over effects on the Devolution process, taking a look at the uncertain perspectives regarding the political integrity of the United Kingdom.

Parole chiave: Brexit; Regno Unito; Unione Europea; Parlamento; Primo Ministro

Keywords: Brexit; United Kingdom; European Union; Parliament; Prime Minister

Sommario: 1. La Brexit e la Costituzione britannica. 2. La valenza costituzionale del rapporto con l'Europa. 3. Radici storiche e scelte politiche. 4. Il referendum come strumento giuridico e politico ormai acquisito. 5. Il valore costituzionale del Referendum Brexit. 6. Parlamento e Governo, tra pronunce giurisprudenziali e atti legislativi. 7. La Devolution nelle sentenze sulla Brexit. 8. Presente e futuro della *British Constitution* alla luce della vicenda Brexit.

1. La Brexit e la Costituzione britannica

“Si fa presto a dire Brexit!”. Forse ogni riflessione scritta attorno a questa vicenda lunga e tormentata dovrebbe riportare in esergo una simile avvertenza per il lettore, per sottolinearne la complessità, l'eterogeneità e la molteplicità delle sfaccettature che la compongono.

Ora la parabola è compiuta. La vicenda Brexit si è conclusa e finalmente oggi possiamo riflettere a bocce ferme sulle sue cause, il suo sviluppo, la sua conclusione e le sue conseguenze per il futuro.

Non vi è dubbio che la Brexit sia ben lungi dal non dispiegare più i suoi effetti, e le incertezze che ha determinato sono tutt'altro che risolte. Basti pensare solamente ad una delle spine più acuminata di questa rosa: lo status giuridico dell'Irlanda del Nord. E tuttavia mi sento di ribadire che quell'esperienza è terminata con la stipulazione del *Trade and Cooperation Agreement*, la vigilia di Natale di quel disgraziato 2020 che fortunatamente ci siamo lasciati alle spalle. Quella che si è aperta dopo è un'altra partita, un'altra storia, un'altra vicenda. Magari non meno complicata da decifrare, anzi per certi aspetti perfino più rischiosa per i caratteri fondamentali della Costituzione britannica e per l'integrità del Regno.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Brexit, dunque. Si tratta di una delle parole più pronunciate, scritte ed evocate degli ultimi anni nel dibattito pubblico europeo. Frutto di un artificio linguistico assunto a nome di fantasia di un processo tutt'altro che fantasioso, anzi estremamente concreto e tangibile, nei presupposti come negli effetti. Terreno di confronto, e spesso di scontro, tra le forze politiche e i loro leader, ma anche dentro il corpo articolato della società britannica, divisa sull'argomento per censo, età, collocazione geografica, rapporto con la tradizione e l'innovazione, e perfino per retaggi ideologici. Un popolo chiamato a prendere una decisione politica su una tematica, la *membership* britannica nell'Unione Europea, quanto mai tecnica e complessa, in continua evoluzione, occasione di controversie mai sopite nel corso dei decenni, sorte fin dagli inizi, cioè con l'approvazione, sul finire del 1972, dello *European Communities Act*, e poi conclamate nell'ambito del percorso che portò al primo referendum Brexit del 1975.

Ebbene, di fronte a tali implicazioni si può legittimamente sostenere che l'intera parabola della presenza del Regno Unito all'interno del processo di integrazione sovranazionale sia un *constitutional moment*, ovvero si tratti di uno snodo della storia politica britannica che per dimensioni e implicazioni non poteva che essere, fin dal principio e forse perfino a prescindere da come sarebbe arrivato a conclusione, uno di quei passaggi che da sempre contribuiscono a formare la Costituzione britannica che, ovviamente per le sue caratteristiche intrinseche, evolve innanzitutto proprio in virtù degli accadimenti e delle circostanze. Non è vero, come autorevolmente sostenuto, che «the British Constitution is what happens»¹, frase brillante in pieno stile *British* ma non corrispondente alla realtà effettiva, trattandosi di una costruzione molto più solida e stabile di quanto talvolta possa sembrare. E tuttavia è certamente vero che “*what happens*” contribuisce spesso a determinare i caratteri evolutivi di questo ordinamento *uncodified*, molto di più di quanto non si verifichi con le nostre Carte, scritte e rigide, dell'Europa continentale. Il costituzionalismo delle Carte, europeo o nord-americano, è sempre stato costruito sulla dialettica tra potere costituente e potere costituito, laddove il primo compare sul proscenio in modo “istantaneo”, quando è necessario e opportuno intervenire su una frattura causata dalla crisi o addirittura dalla dissoluzione del regime politico precedente, mentre il secondo agisce in virtù delle modalità ed entro i limiti tracciati e fissati dal primo. La storia costituzionale inglese, e poi britannica, ha invece proceduto su binari completamente diversi, che prescindono totalmente da quei concetti². La loro dialettica si articola sul rapporto tra tradizione e

¹ Mi riferisco alla nota affermazione di J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, p. 19, secondo il quale la Costituzione britannica «lives on, changing from day to day for the constitution is no more and no less than what happens. Everything that happens is constitutional. And if nothing happened that would be constitutional also».

² Tranne in un caso, ossia con *The Instrument of Government*, la Carta costituzionale entrata in vigore nel 1654, voluta da Oliver Cromwell nel quadro della Prima Rivoluzione inglese. Si tratta di un classico caso di eccezione che conferma la regola. Gli inglesi, infatti, si resero presto conto che una Costituzione che instaurava una sorta di repubblica autoritaria, segnando così una clamorosa cesura con i secoli precedenti, non garantiva in realtà alcuna delle libertà tradizionali del popolo. Così, una volta esaurita quella temperie rivoluzionaria, preferirono restaurare la monarchia e offrire agli Stuart una seconda possibilità con la *Restoration* del 1660: soluzione per nulla risolutiva dei conflitti del XVII secolo ma che

innovazione. Una relazione feconda, mai escludente e soffocante, ma anzi tendente all'inclusione e all'assimilazione. In quest'ottica i momenti proposti dalla storia sono un fattore di innovazione, o per lo meno circostanze di fatto con cui la tradizione costituzionale è costretta a confrontarsi, mettendo così in gioco i propri stilemi. Fu così fin dall'inizio, basti pensare alle modalità con cui venne strappata la Magna Carta a Giovanni Senzaterra.

E allora, certamente il rapporto con l'Europa è stato in se stesso un *constitutional moment*, ed è a partire da questo contesto generale che deve essere valutata e misurata la portata costituzionale di un evento come la Brexit, a sua volta decostruita e ricostruita come catena di specifici avvenimenti collegati tra loro, ciascuno dei quali denso di implicazioni giuridiche e politiche. Insomma, una sorta di matrioska che proveremo a esaminare e interrogare per capire in che modo e fino a che punto ha cambiato la Costituzione britannica³.

2. La valenza costituzionale del rapporto con l'Europa

Per tutti questi motivi, credo che per comprendere fino in fondo il significato costituzionale della Brexit sia indispensabile procedere dalle origini della questione, cioè da come l'ingresso nelle allora Comunità Europee nel 1973 abbia avuto un impatto sull'ordinamento costituzionale del Regno Unito, su alcune delle sue coordinate più consolidate e soprattutto sui rapporti tra i *constitutional bodies*⁴.

In quel momento storico risultarono di grande evidenza i profili geopolitici di un'operazione strategica in grado di chiudere con successo una questione annosa e intricata sul piano delle relazioni internazionali. Come è noto, il Regno Unito non aveva aderito al Trattato di Roma del 1957, intravedendo i rischi di un'integrazione politica da cui intendeva rifuggire, ma, temendo di essere tagliato fuori dai processi di interdipendenza economica fondata sulla liberalizzazione degli scambi, da una parte stipulò accordi commerciali bilaterali con i Paesi che avevano sottoscritto il Trattato e, dall'altra, nel 1959 promosse la costruzione di un'area di libero scambio, la European Free Trade Association (*EFTA*), con diversi Stati

comunque portò alla *Glorious Revolution* del 1688 e al *Bill of Rights* del 1689, con la definitiva instaurazione di una monarchia limitata e antiassolutista.

³ In questo scritto ci occuperemo del rapporto tra Brexit e Costituzione britannica, per riflettere sull'impatto della prima sulla seconda. Tuttavia, è del tutto evidente che il tema della Brexit come *constitutional moment* potrebbe essere trattato e declinato anche assumendo il punto di osservazione dell'Unione Europea, ovvero se e in quale misura la Brexit possa essere letta come un passaggio cruciale per il costituzionalismo euro-unitario, sia per gli effetti che ha già dispiegato, per esempio, sui termini e le condizioni del diritto di recesso, sia per le conseguenze che in futuro potrà produrre sullo sviluppo del processo di integrazione, ormai liberato da una presenza spesso considerata, a ragione o a torto, come eccessivamente ingombrante perché tesa a frenare ogni ulteriore avanzamento. Queste tematiche sono approfondite in I. PERNICE, A.M. GUERRA MARTINS (eds.), *Brexit and the Future of EU Politics. A Constitutional Law Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2019, nonché in R. BELLAMY and D. CASTIGLIONE, *It's the Politics, Stupid! The EU after Brexit and Its Democratic Disconnect*, in R. BELLAMY and D. CASTIGLIONE, *From Maastricht to Brexit. Democracy, Constitutionalism and Citizenship in the EU*, ECPR Press Editors, London, 2019, pp. 435-457.

⁴ La stessa convinzione anima il recente volume di J.O. FROSINI, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Wolters Kluwer, Milano, 2020.

europei che non erano entrati nel Mercato Comune, come Svizzera, Austria, Danimarca, Portogallo, Norvegia e Svezia.

Tuttavia, i governi conservatori che si succedettero tra la fine degli anni Cinquanta e i primi anni Sessanta si resero conto che questo indirizzo politico, non avendo raggiunto i risultati economici sperati ed essendosi così dimostrato insufficiente a garantire un futuro alla Gran Bretagna in un mercato dei beni e dei servizi destinato a diventare sempre più integrato a livello planetario, doveva essere rivisto anche a costo di rinunciare a qualcosa in termini di piena sovranità politica⁵. Per cui, forse *oborto collo* ma facendo di necessità virtù⁶, il Premier Harold Macmillan nel 1961 si decise ad aprire un negoziato per l'ingresso nelle Comunità europee⁷. Qui, però, il Regno Unito si scontrerà a lungo con la contrarietà del Presidente francese Charles de Gaulle che, rispolverando un antico antagonismo tra i due Paesi e vedendo nella Gran Bretagna un pericoloso concorrente sui mercati mondiali, nonché un potenziale cavallo di Troia a disposizione degli Stati Uniti nel cuore dell'Europa⁸, per anni ritarderà questo percorso di avvicinamento (tentato a metà degli anni Sessanta anche dal Premier laburista Wilson, dopo avere sopito le estese ritrosie presenti nel suo partito e nel suo elettorato), talvolta anche con l'apposizione di un formale veto giuridico al proseguimento delle trattative⁹.

Solo con l'uscita di scena del vecchio generale e il mutamento di indirizzo del suo successore Pompidou, i negoziati possono riprendere e giungere ad una conclusione positiva, fortemente perseguita dal nuovo Primo Ministro tory Edward Heath, europeista convinto¹⁰. Così, nel gennaio del 1972 il governo di Londra firma il Trattato con le istituzioni europee e in ottobre il Parlamento di Westminster approva lo *European Communities Act*, lo *statute* con cui il Regno Unito adatta il proprio ordinamento all'adesione alle

⁵ Per una ricostruzione delle ragioni economiche e geopolitiche che convinsero i governi britannici a porre la candidatura del Regno Unito all'ingresso nelle Comunità Europee cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *Dalla EU-membership alla Brexit e ritorno. Cronaca di una separazione annunciata*, in C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 66-74.

⁶ A questo proposito risulta pienamente calzante l'espressione con cui Vernon Bogdanor intitola il primo capitolo del suo libro dedicato alla Brexit, e cioè *Britain and Europe: The Poisoned Chalice*. Cfr. V. BOGDANOR, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, I.B. Tauris, London, 2019, pp. 1-50.

⁷ Cfr. B. PERISIC, *Britain and Europe: a History of Difficult Relations*, Institute for Cultural Diplomacy Berlin, 2010, pp. 3-4.

⁸ È importante ricordare come in quegli anni il Presidente de Gaulle portasse avanti una politica estera contraria ad una maggiore integrazione politica nell'ambito delle Comunità europee e molto concorrenziale, per non dire conflittuale, con gli Stati Uniti. Questi indirizzi furono alla base, da una parte, della "crisi della sedia vuota", cioè l'abbandono da parte della Francia, dal luglio del 1965 al gennaio del 1966, delle riunioni delle istituzioni comunitarie in polemica con le proposte di stampo federalista caldeggiate da Paesi come Italia, Germania e Olanda, e dall'altra, del ritiro della Francia dal comando integrato della NATO nel marzo del 1966.

⁹ Il più celebre fu reso manifesto in una conferenza stampa tenuta da de Gaulle il 14 gennaio 1963. La parte più significativa di quelle dichiarazioni è riportata da M. CALAMO SPECCHIA, *Dalla EU-membership alla Brexit e ritorno. Cronaca di una separazione annunciata*, cit., p. 67.

¹⁰ Per una ricostruzione dei lineamenti fondamentali della biografia politica di Edward Heath cfr. J.O. FROSINI, *Edward Richard George Heath. (1970-1974). Il Primo Ministro che portò il Regno Unito in Europa*, in A. TORRE (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi ministri*, Wolters Kluwer, Milano, pp. 961-982.

tre Comunità europee (Cee, Ceca, Euratom), che trova avvio a far data appunto dal 1° gennaio 1973 (giorno in cui entreranno anche Irlanda e Danimarca, portando così a nove i membri delle Comunità europee).

Comprensibilmente i profili politici e internazionalistici erano così evidenti, pregnanti e di portata storica, da oscurare il valore dell'impatto che questa operazione ebbe sul piano giuridico e segnatamente costituzionale. E invece, anche da questo punto di vista l'ingresso nelle Comunità europee costituì una cesura di grande momento, capace di incidere profondamente su alcuni capisaldi tradizionali della costituzione britannica. Lo *ECA 1972* comportò inevitabilmente la messa in questione della centralità dell'antico principio della sovranità del Parlamento di Westminster, che con questa legge subiva una non leggera scalfittura, nonché dell'autoreferenzialità del sistema giuridico di *common law*, con la cultura del precedente giurisprudenziale custodita nei secoli esclusivamente dalle sue corti di giustizia.

Il testo normativo, rimasto pienamente in vigore fino al completamento della procedura della Brexit, conteneva infatti una serie di norme, in particolare le *Section 2 (1) e (4)* che limitavano, condizionavano e orientavano il potere legislativo del Parlamento, oltre a incidere sugli orientamenti giurisprudenziali dei giudici britannici. La prima sanciva il dovere per il Regno Unito di implementare direttamente tutti i diritti sanciti dai Trattati e dalle altre fonti comunitarie, senza necessità che vi fossero altri atti del Parlamento per dare forza legale a quelle previsioni affinché i diritti potessero essere fatti valere di fronte ad un giudice. La seconda disponeva che il diritto britannico dovesse essere interpretato e applicato tenendo conto della sua subordinazione a quello comunitario, ovvero che tutte le fonti del diritto interno cedessero il passo a quelle europee che avessero la caratteristica di essere immediatamente applicabili. Pertanto, in caso di contrasto tra contenuti normativi di fonti interne e comunitarie avrebbero prevalso queste ultime. Inoltre la *Section 3* della stessa legge prevedeva che le questioni interpretative che avessero coinvolto l'applicazione delle norme comunitarie fossero sollevate dalle Corti del Regno Unito alla Corte di Giustizia europea e risolte in accordo con la giurisprudenza di quest'ultima.

Ebbene, se ricordiamo quanto questi principi contenuti nel diritto comunitario siano stati faticosamente recepiti negli ordinamenti nazionali dei Paesi di *civil law*, spesso dopo anni di evoluzioni giurisprudenziali e dibattiti accademici, possiamo capire quanto per l'ordinamento di *common law* e per la *British Constitution* questa adesione alle Comunità europee avesse costituito una cesura culturale con il passato che ben difficilmente poteva essere accettata serenamente da tutti i settori della società britannica, alcuni dei quali erano già piuttosto preoccupati per le ricadute che, nel breve e nel medio periodo, avrebbero potuto verificarsi dal punto di vista economico, sul piano della concorrenza internazionale e del mantenimento dei livelli di occupazione.

E qui troviamo il secondo “*constitutional moment*” determinato dall’adesione del Regno Unito alle Comunità Europee: il referendum del 1975, precedente ineludibile anche per capire appieno i caratteri costituzionali di quello del 2016. Anzi, potremmo sostenere che il processo referendario del 1975 sia stato un momento di grande valenza costituzionale sotto una duplice veste. Da una parte, la conferma popolare, e con un’ampia maggioranza, del percorso intrapreso dalle istituzioni rappresentative; dall’altra, l’irruzione a pieno titolo dello strumento referendario nelle dinamiche della Costituzione britannica: per la prima volta viene celebrato un referendum *UK-wide*, e sulla base di una disciplina contenuta in una legge di Westminster, come preconizzato da Dicey fin dal 1890¹¹. Proviamo a riflettere brevemente su entrambi gli aspetti, intrecciati nella scansione dei fatti.

Dopo le elezioni del febbraio 1974, che determinano una situazione di *hung parliament*, il premier Wilson si trova a fare i conti con una *left-wing* fortemente anti-europeista, che considera la Cee e il Mercato comune alla stregua di una delle principali centrali dell’esecrato capitalismo internazionale. In questo problematico contesto, il Primo Ministro capisce che l’unica strada per tenere unito il partito è fare ricorso al referendum. Così, in vista delle elezioni di ottobre, inserisce nel Manifesto del Labour la prospettiva di una rinegoziazione della membership da sottoporre poi al giudizio del voto popolare. Esattamente come farà decenni dopo, e su un versante politico speculare, il premier tory David Cameron.

Così il Gabinetto Wilson, tra la fine del 1974 e la primavera del 1975, strappa alla Cee notevoli vantaggi per la Gran Bretagna su importanti aree delle politiche comunitarie, come l’agricoltura, il contributo britannico al bilancio, le politiche economiche, monetarie, industriali, e fiscali¹².

Il 9 aprile 1975 i Comuni, al termine di un dibattito durato tre giorni, approvano a larga maggioranza i risultati della rinegoziazione e il mantenimento della presenza nella Cee. Nel frattempo, il 26 marzo, il Governo aveva già avviato l’iter legislativo del *Referendum Bill*, che otterrà il *Royal Assent* il successivo 8 maggio. La legge, che pur essendo stata scritta *ad hoc* per questa consultazione costituirà per lungo tempo, fino all’approvazione del *Political Parties, Election and Referendum Act 2000*, il contenitore delle regole generali valide in caso di chiamata del corpo elettorale ad un pronunciamento referendario, stabiliva la sottoposizione agli elettori del seguente quesito: «Do you think the United Kingdom should stay in the European Community (the Common Market)?».

Per la prima volta il Parlamento aveva deliberato di rinviare «a una sede extraparlamentare una decisione che Westminster non avrebbe potuto prendere senza mettere a nudo profonde divisioni politiche, irriducibili contrasti d’opinione, e finanche la rottura della disciplina di partito tra i ranghi sia della

¹¹ A.V. DICEY, *Ought the Referendum to be introduced in England?*, in *Contemporary Review*, vol. 57, 1890, pp. 489-511.

¹² Per una minuziosa ricostruzione del negoziato tra Regno Unito e Comunità Economica Europea cfr. V. MILLER, *The 1974-1975 UK Renegotiation of ECC Membership and Referendum*, in *House of Commons*, Briefing Paper n. 7253, 13 July 2015, pp. 11-19.

maggioranza sia dell'opposizione entrambe divise su fronti europeisti e antieuropeisti»¹³. Una profonda innovazione rispetto ai caratteri consueti della costituzione britannica che nei decenni successivi si ripeterà più volte e a vario livello (*UK-wide, regional e local*)¹⁴, fino appunto al caso del referendum Brexit del 2016.

Ed è opportuno, a questo proposito, iniziare ad evidenziare una *constitutional issue* particolarmente pregnante che accomuna i due referendum sull'Europa, e su cui torneremo diffusamente nel prossimo paragrafo. Come ha scritto efficacemente Alessandro Torre: «Chi osservi con spirito logico questa coppia di *referendum* [...] ben difficilmente – a meno di non assumersi la responsabilità di perpetuare una *fallacy* dello stesso genere di quelle che Bentham aveva demistificato guardando criticamente l'anacronistico mondo delle istituzioni inglesi di fine Settecento – potrà considerarli come autenticamente *advisory*, ovvero alla stregua di mere indicazioni di percorso sulla strada di un Parlamento titolare di una sovranità asserita come totale e priva di antagonisti»¹⁵.

Al termine di questa lunga vicenda politica e istituzionale, il 5 giugno 1975 il corpo elettorale si espresse favorevolmente al quesito, con una maggioranza del 67,5% dei voti e un'affluenza alle urne pari al 64,03%. L'indomani il *Guardian* ebbe modo di definire il voto pro-Europa come «full-hearted, wholehearted and cheerful hearted»¹⁶.

Dunque, possiamo dire che tra il 1972 e il 1975 la Costituzione britannica subisce una trasformazione secondo i canoni che le sono propri: avvenimenti di grande rilievo politico, in questo caso riguardanti la collocazione del Regno Unito nel contesto internazionale e sovranazionale, ricezione nell'ordinamento delle conseguenze giuridiche di questi accadimenti, manifestazioni della volontà popolare sia con il classico voto elettorale (la *General Election* del 1970 e le due tornate elettorali del 1974), sia con l'innovativo voto referendario.

A ben vedere, *mutatis mutandis* lo stesso schema della più recente vicenda Brexit, sia pure con una direzione e un risultato opposti, determinati da un pronunciamento referendario su cui è necessario tornare a riflettere, innanzitutto per collocarlo nella sua reale dimensione storica e costituzionale.

¹³ Così A. TORRE, *Regno Unito*, il Mulino, Bologna, p. 159.

¹⁴ Per una collocazione del referendum Brexit nella precedente prassi referendaria cfr. F. ROSA, *Brexit, il divorzio del secolo*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2016, pp. 819-830.

¹⁵ A. TORRE, *Referendum e sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 4, 2014, p. 1632.

¹⁶ Come ricordano J.O. FROSINI e G. TAGIURI, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, p. 167, in una ricostruzione complessiva dell'intera vicenda (pp. 155-173), dai presupposti politici ai profili più strettamente giuridici.

3. Radici storiche e scelte politiche

È del tutto evidente che il perno centrale attorno a cui si sviluppa l'intera vicenda Brexit è il referendum celebrato il 23 giugno 2016: un fondamentale “*constitutional moment*” che, con la vittoria del *Leave*, sancisce l'inversione di tendenza rispetto alla direzione storicamente impressa dagli avvenimenti ricostruiti nel paragrafo precedente. Tuttavia, è bene ribadire fin da subito che non si è trattato di un episodio estemporaneo, né di un infortunio di un Primo Ministro e men che meno di un evento imprevedibile e frutto di un colossale equivoco: tutte interpretazioni largamente presenti nei dibattiti al di qua e al di là della Manica, tendenti a banalizzare, soprattutto da parte dei commentatori più critici con questa decisione, una vicenda che nel suo complesso è tutt'altro che riconducibile ad un'unica causa e ridicibile a mere dinamiche contingenti.

Al contrario, le radici della Brexit sono molto profonde e attengono ad un rapporto in realtà mai completamente risolto con il Continente, sul piano storico, geografico, culturale, politico e giuridico. Prova ne siano i quaranta anni successivi al referendum del 1975 che con la vittoria degli europeisti aveva chiuso, in quel momento e solo per quel momento, la partita dell'appartenenza del Regno Unito alle Comunità Europee, ma non aveva affatto sopito per sempre le idiosincrasie, variegata e trasversali, sempre presenti nella società britannica nei confronti di una omologazione con alcuni stilemi di stampo continentale e con la perdita di quote di sovranità politica e giuridica, dunque essenzialmente costituzionali, a beneficio di un'entità sentita da molti come estranea e lontana. Il voto referendario del 1975 non era stato dettato dalla presa di coscienza verso un inesistente afflato europeista della maggioranza del corpo elettorale, bensì da ragioni eminentemente utilitaristiche, legate in larga misura ai vantaggi economici garantiti dall'appartenenza al Mercato Comune.

Seguirono decenni di relazioni tra UK e processo di integrazione sovranazionale molto coerenti con questa impostazione, giocate sulla necessità di tenere insieme due esigenze imprescindibili ma concettualmente opposte. Da una parte, trarre tutti i vantaggi possibili da una mal digerita *membership*; dall'altra, impedire che quel processo toccasse tematiche non negoziabili per le élite politiche britanniche, convinte così di interpretare e rappresentare un comune sentire popolare¹⁷. E pertanto, durante il ciclo conservatore, durato quasi venti anni, il Regno Unito si impegna vigorosamente a strappare e negoziare una cospicua lista di *opt-out* ma senza mai mettere seriamente in discussione la sua appartenenza alle Comunità Europee. Una linea che culmina coerentemente con l'adesione al Trattato di Maastricht ma, al tempo stesso, con la certificazione del non coinvolgimento britannico nella costruzione della moneta unica, l'*opt-out* per eccellenza.

¹⁷ Un punto di vista particolare e significativo per ricostruire i rapporti tra Regno Unito e Unione Europea in questi decenni è offerto da E. KERRY, *European Union: Prime Ministers' Speeches and Party Manifestos since 1970*, in *House of Lords Library Note*, n. 2016/015, 15 March 2016.

Il successivo ciclo laburista, lungo tredici anni, segna una parziale innovazione. Alla conferma delle specificità e dei vantaggi di cui gode la *membership* del Regno Unito si affianca un programma di profonde trasformazioni costituzionali tendenti a modernizzare il Paese attraverso riforme che vanno nel senso di un avvicinamento della *British Constitution* ad alcuni aspetti del costituzionalismo continentale. Basti pensare al processo devolutivo che, pur strutturato secondo binari peculiari difficilmente comparabili con altre esperienze, riconosce la necessità di articolazioni territoriali che vadano al di là del tradizionale *Local Government*; ma anche allo *Human Rights Act 1998* che finalmente sancisce l'*incorporation* della CEDU nell'ordinamento del Regno Unito, con il pieno ed effettivo riconoscimento dei diritti ivi contenuti; oppure al *Constitutional Reform Act 2005* con cui, attraverso l'istituzione della Supreme Court of the United Kingdom, si chiude la secolare anomalia, rispetto alla concezione montesquiviana della separazione dei poteri, di un organo di vertice del sistema giudiziario iscritto in un ramo del Potere legislativo. Dunque, una stagione molto feconda sul piano costituzionale che però non ha avuto il coraggio storico di chiudere definitivamente la cesura con il Continente attraverso l'indizione di un pronunciamento referendario sull'ingresso nella moneta unica: un mancato "*constitutional moment*" che avrebbe messo gli europeisti britannici al riparo dai rigurgiti sovranisti che sarebbero riemersi poderosamente nel decennio successivo. Un errore storico i cui risultati non si sono fatti attendere. La tendenza verso una ricomposizione, anche giuridica e costituzionale, si è bruscamente interrotta e ha lasciato la scena ad un *trend* di segno opposto. Complice la crisi finanziaria del 2008-09, con il corollario che spesso i momenti di crisi portano con sé, e cioè indurre i popoli a cercare un colpevole facile da additare a bersaglio di tutte le recriminazioni, settori del mondo politico da sempre antieuropeisti hanno avuto buon gioco a cavalcare e alimentare l'onda di questa inversione di tendenza¹⁸.

Il referendum Brexit del 2016 è stato il momento culminante di questo nuovo ciclo. Certamente avrebbe potuto finire diversamente considerato il margine tutto sommato esiguo con cui ha prevalso il *Leave*, ma è significativo notare che a quattro decenni di distanza dal precedente pronunciamento milioni di voti si sono spostati sull'opzione contraria al mantenimento del Regno Unito nell'entità sovranazionale: una decisione seria, radicata, tutt'altro che banale o semplice, e dunque da trattare come tale anche dal punto di vista costituzionale.

4. Il referendum come strumento giuridico e politico ormai acquisito

Il referendum Brexit del 2016 trova la sua legittimazione giuridica nella legge istitutiva approvata da Westminster alla metà di dicembre del 2015.

¹⁸ Per una trattazione sul tema cfr. V.J. SEIDLER, *Making sense of Brexit. Democracy, Europe and uncertain futures*, Policy Press, Bristol, 2018.

In quel momento il referendum era già una prassi ampiamente acquisita nella vita politica britannica, e a tutti i livelli di coinvolgimento territoriale¹⁹.

In precedenza si erano già celebrati due referendum validi per tutto il corpo elettorale del Regno Unito: il menzionato referendum sulla Cee del 1975 e quello sul sistema elettorale della Camera dei Comuni del 2011.

Inoltre, vi erano state diverse esperienze di consultazioni riguardanti a vario titolo le singole *country*: due sullo status dell'Irlanda del Nord (1973 e 1998); tre sull'avvio del processo devolutivo in Scozia: uno nel 1979 e due nel 1997; due analoghi in Galles negli stessi anni; uno, sempre in Galles, nel 2011 sull'incremento delle competenze in capo alle istituzioni devolute; fino al celebre referendum indipendentista scozzese del 2014.

Infine, a livello locale, troviamo la consultazione per l'istituzione di un'assemblea regionale nel North-East dell'Inghilterra nel 2004 e quella per la Greater London Authority nel 1998²⁰.

Ebbene, che insegnamenti trarre da questo ricco elenco? Diversi, e particolarmente importanti sul piano costituzionale, anche per l'inquadramento della consultazione referendaria che ci interessa più da vicino. Quello più generale è che il referendum è ormai diventato parte integrante della Costituzione britannica contemporanea²¹. Ce lo testimonia innanzitutto l'intensità della frequenza con cui è stato attivato negli ultimi cinque decenni, ma soprattutto la natura dei temi e dei quesiti posti all'attenzione del corpo elettorale: questioni di grande rilievo costituzionale, fortemente divisive sul piano politico, su cui si avverte la necessità di avere un pronunciamento popolare specifico²². Come ha scritto Dennis Kavanagh: «The history of referendum in 20th century Britain is one illustration among many of the evolutionary and flexible nature of the British constitution. It was an issue of fierce debate in the early years and has returned since the 1970s. The referendum on British membership of the European Community in 1975 was described by its promoter as a 'unique occasion'. Yet by the end of the 20th century referendums had become an accepted part of the British constitution»²³.

¹⁹ Sul ruolo del Referendum nel diritto costituzionale britannico cfr. M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, in *European Constitutional Law Review*, 16, 2020, pp. 213-248.

²⁰ Tutte queste esperienze referendarie sono ampiamente trattate in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit.

²¹ Per un interessante accostamento del referendum ad alcuni tradizionali istituti che nella Costituzione britannica hanno il compito di consentire un controllo popolare dell'esercizio del potere cfr. M. TAYLOR, *Brexit and the British Constitution: a Long View*, in *The Political Quarterly*, 90, n. 4/2019, pp. 719-726.

²² Come fa giustamente notare J.M. CASTELLÀ ANDREU, *El Referèndum sobre el Brexit: una historia inacabada*, in *Revista de Derecho político*, 97, 2016, pp. 297-334: «En ausencia de Constitución escrita rígida, el margen de discrecionalidad en el uso del referèndum es grande. La decisión sobre cada convocatoria corresponde al Parlamento y, en la práctica, al primer ministro».

²³ D. KAVANAGH, *Referendums in British Politics*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., p. 113.

Dunque, un'acquisizione ormai talmente consolidata da potersi permettere di scalfire parzialmente perfino il risalente precetto diceyano citato in precedenza, e cioè la compatibilità del referendum con i principi della Costituzione a patto che il suo utilizzo venga sempre “governato” dalla volontà politica del circuito Parlamento/Governo, da implementare attraverso una legge istitutiva da parte di Westminster. Infatti, non si può trascurare la constatazione che nell'ordinamento britannico già da tempo sono previste importanti eventualità in presenza delle quali la celebrazione di un referendum è sottratta alla discrezionalità politica delle istituzioni centrali. Si tratta di circostanze in cui è in gioco il combinato disposto tra specifici equilibri costituzionali e protezione dei diritti dei cittadini.

L'esempio forse più importante è contenuto nello *Scotland Act 2016*. Questo *statute*, frutto delle promesse fatte agli scozzesi dai leader politici nazionali durante la campagna referendaria del 2014²⁴, incide profondamente sulla natura e la stabilità delle istituzioni devolute. La legge, infatti, dispone che «the Scottish Parliament and the Scottish Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum»²⁵. Con questa previsione Parlamento e Governo scozzesi vengono trasformate da provvisorie, la cui esistenza era costantemente nelle mani di Westminster, in permanenti, cancellando così il ruolo del Parlamento di Londra come dominus della vita istituzionale di Edimburgo. Ed è importante sottolineare, per dimostrare che si tratta di una linea di tendenza e non di un provvedimento estemporaneo, come una regola analoga sia rinvenibile nel successivo *Wales Act 2017*, che da questo punto di vista ha allineato la *devolution* gallese a quella scozzese²⁶. Senza dimenticare che già un decennio fa lo *European Union Act 2011* aveva introdotto nell'ordinamento una forma automatica di ricorso a referendum in caso di riforma dei Trattati europei: «In particular, the Act introduces a complicated series of 'locks' by providing for parliamentary approval and a referendum to be held throughout the United Kingdom on new EU treaties, proposed EU treaty changes or where the European Council has adopted an Article 48 (6) decision which would transfer significant power from the UK to the EU»²⁷. Ovviamente questa previsione ha cessato di avere effetti a partire dal Brexit Day, cioè dal 31 gennaio 2020.

Tutti questi elementi forniti dalla prassi dovrebbero portarci a constatare come il referendum sia ormai diventato non solo uno strumento costituzionale pienamente accettato ma addirittura un caposaldo della Costituzione contemporanea. Un passaggio ineludibile quando sono in gioco alcuni gangli fondamentali

²⁴ Sul punto sia consentito di rinviare a C. MARTINELLI, *Le posizioni referendarie della Coalition Tory-Lib Dem*, in A. TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016, pp. 201-216.

²⁵ Così lo *Scotland Act 2016, Part 1*.

²⁶ Cfr. Part. 1. A1 dello *Wales Act 2017*.

²⁷ P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Hart Publishing/Bloomsbury, London, 2012, pp. 56-57.

dell'architettura istituzionale del Regno, che poi inevitabilmente finiscono per toccare i diritti dei cittadini e il rapporto tra governanti e governati. Se volessimo utilizzare le categorie tipiche della scienza giuridica continentale dovremmo forse affermare: quando viene in questione la forma di Stato, intesa in senso lato. In quest'ottica è possibile sostenere che anche la messa in discussione del *First-Past-The-Post*, come avvenne con il referendum del 2011, sia stata una partita giocata più nel quadro della forma di Stato che della forma di governo, per le implicazioni storico-politiche che quel sistema elettorale comporta rispetto alla natura della Camera dei Comuni e al rapporto tra Potere e Libertà al di là della Manica.

Discorso diverso meritano invece i mutamenti della forma di governo propriamente detta, rientranti cioè nel sistema dei rapporti intercorrenti tra gli organi costituzionali. Questo sembra essere rimasto un terreno tutto interno alla democrazia rappresentativa. E infatti non vi fu alcun coinvolgimento popolare quando i Laburisti decisero di impostare e poi approvare il *Constitutional Reform Act 2005*, che pure introduceva trasformazioni importanti relativamente ad organi costituzionali appartenenti a tutti e tre i Poteri dello Stato; oppure quando i Liberal Democrats imposero ai Conservatori di inserire nel *Coalition Agreement* il progetto, poi portato a termine nel settembre del 2011, del *Fixed-Term Parliaments Act*, con cui intendevano mettere la parola fine su una prerogativa plurisecolare del Primo Ministro.

Di fronte ad un ingresso così massiccio e irruente del referendum nell'ordinamento e nel dibattito politico, sul piano quantitativo e qualitativo, verrebbe da domandarsi se, in punta di diritto costituzionale, il sistema politico britannico avrebbe potuto procedere all'attivazione dell'art. 50 del TUE anche senza farvi ricorso, limitandosi cioè ad attivare i consueti canali legislativi. Naturalmente si tratta di una mera ipotesi di scuola, visto che sappiamo perfettamente come la maggioranza del Parlamento fosse contraria a quella decisione, e tuttavia una riflessione in questo senso non sarebbe priva di interesse poiché verterebbe attorno ad alcuni gangli vitali della Costituzione britannica e sulle loro evoluzioni più recenti, dentro un quadro come sempre *uncodified*. Ebbene, credo assodato che sul piano della pura legittimità giuridica il Parlamento avrebbe potuto intraprendere tale percorso ma, allo stesso tempo, ritengo plausibile immaginare che un'iniziativa legislativa con questo contenuto difficilmente avrebbe superato il vaglio dei primi passaggi dell'iter, ma non tanto perché l'indirizzo politico delle Camere fosse sfavorevole, bensì perché nessuna forza politica responsabile e lungimirante si azzarderebbe oggi a prendere una simile decisione senza avere prima chiamato in gioco il voto popolare. Forse l'unica eccezione immaginabile potrebbe essere quella del trionfo elettorale di un partito portatore di un *Electoral Manifesto* espressamente orientato in tal senso. Ma sappiamo molto bene che questo non fu il caso del Partito conservatore di David Cameron alla vigilia delle *General Elections* del 2015, intanto perché non fece registrare un vero e proprio trionfo elettorale, ma soprattutto perché l'opzione contenuta nel *Manifesto* non era affatto congegnata per portare il Regno Unito fuori dalla UE ma, al contrario, per vincere una volta per tutte la

battaglia interna contro i tory sovranisti. Il fatto che le cose poi siano andate diversamente attiene all'alea delle regole del gioco d'azzardo applicate alle operazioni politiche. Del resto, che la principale cifra di Cameron come Primo Ministro fosse quella del giocatore di poker lo si era già capito nella vicenda del referendum secessionista scozzese, con l'ovvia differenza che in quel caso aveva vinto la mano e acquisito tutto il piatto presente sul tavolo.

5. Il valore costituzionale del Referendum Brexit

Comunque, tornando a confrontarci con la dura realtà dei fatti concretamente accaduti, non si può non costatare e ribadire come relativamente al ruolo costituzionale assunto dal referendum quello riguardante la Brexit non abbia fatto altro che riproporre e consolidare una posizione già acquisita. Ovvero, non si è trattato di un evento puntiforme ed estemporaneo, né di un metodo utile a trovare una soluzione contingente ad un problema pressante. Al contrario, è stato solo l'ultimo episodio di una prassi già ripetutamente e abbondantemente seguita dalle istituzioni britanniche.

Eppure, il referendum Brexit presenta peculiarità che lo differenziano da tutte le esperienze precedenti. La prima, decisiva per tutto quanto accaduto dopo, consiste nel fatto che per la prima volta un pronunciamento popolare porta all'abbandono dello status quo. Come ricordato, e solo per fare gli esempi più evidenti, le precedenti consultazioni *UK-wide* avevano sancito il mantenimento della *membership* britannica nella Cee e nel mercato comune, nonché del tradizionale sistema elettorale *First-Past-The-Post*, mentre quella indipendentista scozzese aveva visto la prevalenza dello schieramento unionista. È vero che i referendum del 1979 avevano cancellato i *Devolution Acts* approvati l'anno prima da Westminster per Scozia e Galles, ma si trattava di leggi rimaste fino a quel momento solo sulla carta e che attendevano appunto il via libera popolare per diventare operative ed essere implementate.

Questa novità non poteva che portare con sé una conseguenza inevitabile: aprire un fondamentale dibattito dottrinario sul rapporto tra sovranità parlamentare e sovranità popolare. Il tema trovava un epicentro logico nell'interrogativo su quale fosse la natura giuridica del referendum Brexit: solo *advisory* o anche *mandatory*? E ancora, nel secondo caso, *mandatory* in che senso?

Proposto in altri termini, il dilemma potrebbe trovare la seguente formulazione: in via puramente teorica, il Parlamento, di fronte alla vittoria del *Leave*, sgradita alla maggioranza di *Peers* e *MPs*, avrebbe potuto bloccare il percorso verso la Brexit, magari approvando una legge orientata in tal senso?

Con tutta evidenza, si tratta di quesiti particolarmente delicati che non si prestano a risposte drastiche, univoche e trancianti. La prova più eloquente di questa delicatezza, la riscontriamo nel fatto che la Corte Suprema del Regno Unito, pur avendo avuto occasione più volte di occuparsi di tematiche legate alla Brexit, si è sempre ben guardata dall'entrare direttamente ed esplicitamente nel merito del problema,

adducendo l'argomento che esulava dalle sue competenze e dal perimetro delle richieste che le erano state formulate²⁸. E tuttavia, pur in modo obliquo e trasversale, con le due sentenze *Miller* qualche coordinata interpretativa ha finito per fornirla e quindi proverei a costruire un ragionamento che faccia tesoro anche del patrimonio giurisprudenziale di cui disponiamo²⁹.

Il punto di partenza non può che essere il paragrafo n. 118 della sentenza *Miller 1*, dove la Corte Suprema afferma che i caratteri di ciascun referendum dipendono essenzialmente dalle previsioni contenute nella legge che lo ha istituito: «The effect of any particular referendum must depend on the terms of the statute which authorises it. Further, legislation authorising a referendum more often than not has provided for the consequences on the result»³⁰. Stabilito questo assunto fondamentale, la Corte lo precisa citando tre esempi in cui la legge istitutiva ha operato in maniera esplicitamente *mandatory*: «Thus, the authorising statute may enact a change in the law subject to the proviso that it is not to come into effect unless approved by a majority in the referendum. The Scotland Act 1978 provided for devolution, but stipulated that the minister should bring the Act into force if there was a specified majority in a referendum, and if there was not he was required to lay an order repealing the Act. The Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 had a provision requiring the alternative vote system to be adopted in Parliamentary elections, but by section 8 stated that the minister should bring this provision into force if it was approved in a referendum, but, if it was not, he should repeal it. Section 1 of the Northern Ireland Act 1998 (“the NI Act”) provided that if a referendum were to result in a majority for the province to become part of a united Ireland, the Secretary of State should lay appropriate proposals before Parliament». In questi casi il Parlamento ha deciso di disciplinare il quesito in tal modo perché vi erano le condizioni tecniche per poterlo fare. Il profilo direttamente *mandatory* della decisione popolare era stato assicurato proprio dalle Camere che, adottando questa tecnica legislativa, avevano proposto un quesito totalmente simmetrico, ovvero con conseguenze automatiche e speculari in caso di prevalenza di entrambe le opzioni. Pertanto, il cittadino elettore era pienamente conscio della posta in palio, dei suoi

²⁸ Lo spiega molto bene Lord Reed in un passaggio della sua *dissenting opinion*, al par. n. 171 della sentenza *Miller 1*: «In these circumstances, there is no issue before the court as to the legal effect of the referendum result. Nor is this an appropriate occasion on which to consider the implications for our constitutional law of the developing practice of holding referendums before embarking on major constitutional changes: a matter on which the court has heard no argument».

²⁹ Una lettura della giurisprudenza della Corte Suprema in relazione alla questione della sovranità parlamentare è proposta da K. EWING, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, in *The Modern Law Review*, 80, n. 4/2017, pp. 711-726.

³⁰ Cfr. [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), Par. 118. Per un approfondito commento alla sentenza *Miller* e alle sue implicazioni costituzionali cfr. M. ELLIOTT, A. YOUNG and J. WILLIAMS (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond*, Hart Publishing/Bloomsbury, London, 2018. Per un'analisi puntuale di tutti i variegati aspetti di questa pronuncia cfr., nella dottrina italiana, tra gli altri, A. TORRE e P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 2018, pp. 2910-2973.

presupposti politici ma anche delle sue conseguenze giuridiche, immediate e automatiche. Dunque, un quesito chiaro e simmetrico, costruito in questi termini dal Parlamento.

Allo stesso modo, però, la Corte rileva come in altri casi questa costruzione simmetrica non sia stata prevista dalla legge istitutiva, come appunto per i due referendum Brexit: «By contrast, neither the 1975 Act nor the 2015 Act, which authorised referendums about membership of the European Community or European Union, made provision for any consequences of either possible outcome. They provided only that the referendum should be held, and they did so in substantially identical terms»³¹.

Dalla lettura di questi brani si ricava la netta impressione che la Corte, proprio in omaggio alla professione di *self-restraint* avanzata inizialmente, ometta volutamente il passaggio logico successivo del suo percorso interpretativo, e cioè la constatazione che nei due ultimi casi citati il Parlamento non avrebbe potuto prevedere gli assetti ordinamentali futuri nemmeno se lo avesse voluto, per la semplice ragione che le modalità di un'eventuale fuoriuscita dall'Unione Europea non erano nelle disponibilità di alcuna istituzione britannica poiché intrinsecamente legate alle risultanze del negoziato tra Regno Unito e Unione Europea che si sarebbe aperto dopo l'attivazione da parte del primo dell'articolo 50 del TUE.

Certo, qualcosa in più la legge avrebbe potuto prevedere sul piano del diritto costituzionale interno. Per esempio, chiarire a priori proprio il percorso verso “*Invoking Art. 50*”, magari disciplinando per via legislativa quanto la Corte sarà poi chiamata a sancire per via giurisprudenziale, e cioè che laddove, come in questo caso, l'implementazione «of a referendum result requires a change in the law of the land, and statute has not provided for that change, the change in the law must be made in the only way in which the UK constitution permits, namely through Parliamentary legislation»³². E tuttavia non si può non rilevare come una mancata previsione di questo tipo indichi solamente la volontà della maggioranza conservatrice, peraltro corroborata dal voto favorevole alla legge istitutiva da parte di tutte le principali forze politiche presenti nella Camera dei Comuni, di non imbrigliare in alcun modo la successiva azione del Governo, ovvero dell'organo che in quest'ottica sarebbe diventato il protagonista della Brexit all'indomani di un esito referendario favorevole al *Leave*.

E più in generale, constatare l'assenza di un profilo simmetrico del quesito non equivale in alcun modo a giudicare come esclusivamente consultiva la natura giuridica del referendum Brexit. Si tratta in realtà di due piani concettualmente distinti e paralleli, e non di figure geometriche complementari.

Questo ragionamento porta ad una ricaduta necessaria e fondamentale rispetto agli interrogativi da cui siamo partiti. A mio parere, appare fuorviante impostare il dubbio relativo alla natura giuridica del referendum sulla dicotomia tra, da una parte, una mera valenza consultiva capace di esercitare unicamente

³¹ *Ibid.*, Par. 119.

³² *Ibid.*, Par. 121.

una sorta di *moral suasion* di tipo politico, e, dall'altra, un suo ipotetico carattere *legally binding*, ossia una forza giuridica di tipo positivistico in grado di costruire steccati di tipo sostanziale e procedurale cui le istituzioni della democrazia rappresentativa debbano scrupolosamente attenersi per non incorrere nella produzione di atti illegittimi. Questa alternativa non corrisponde ai caratteri peculiari della Costituzione britannica, un ordinamento che rifugge dalle analisi tipiche del costituzionalismo euro-continentale. Per convincersene, basta provare ad applicarle abbozzando un ragionamento per assurdo e in termini puramente astratti rispetto alla realtà fattuale. Ammettiamo che nell'inverno del 2017, dopo la sentenza *Miller 1* che imponeva al Governo di farsi autorizzare da una legge per procedere all'attivazione dell'art. 50 TUE, il Parlamento si fosse convinto dell'opportunità di cancellare il risultato referendario e di impedire al Primo Ministro di comunicare alle istituzioni dell'Unione Europea l'ufficializzazione della volontà di uscire. Ebbene, di fronte ad uno sviluppo degli eventi come quello ipotizzato, è evidente che il sistema costituzionale britannico non dispone (o per lo meno, non dispone ancora) di istituzioni e procedure in grado di valutare la "costituzionalità" di una legge come questa per decretarne il suo eventuale annullamento. La Corte Suprema, infatti, mentre sul piano dell'arbitraggio tra i *constitutional bodies* agisce ormai in maniera molto simile alle Corti europee che dirimono conflitti di attribuzione, non dispone invece di un potere di annullamento analogo a quello esercitato, per esempio, dalla Corte costituzionale italiana in sede di giudizio in via incidentale. Pertanto, siamo portati a pensare che una legge del Parlamento con i contenuti ipotizzati avrebbe pienamente dispiegato i suoi effetti, dimostrando così che il referendum non era *legally binding*. E tuttavia a me sembra che questo scenario contenga alcune aporie concettuali che è importante mettere in luce.

Se volessimo essere coerenti con l'impostazione che assume la sovranità parlamentare come un valore assoluto anche nel tempo presente, allora dovremmo accreditare l'ipotesi che il Parlamento potrebbe produrre una legge lesiva del risultato referendario anche nel caso dei referendum *mandatory*. Infatti, poiché quel carattere, come abbiamo visto, viene sancito da una legge, che cosa impedirebbe a Westminster di opporsi alle sue conseguenze con una legge successiva? Come detto, nessuna istituzione avrebbe il potere di sanzionare quel comportamento. Ma, allora, questa constatazione smentisce l'idea che la forza giuridica di un referendum, la sua cogenza nell'ordinamento e la sua capacità persuasiva verso il sistema politico, dipendano da quanto scritto nella legge istitutiva o dalla sua qualifica come *advisory* o *mandatory*. In realtà, a me sembra che questa forza dipenda essenzialmente dalla ragione d'essere, in se stessa considerata, del referendum nella costituzione britannica: esercitare una delega del Parlamento al Corpo elettorale a prendere una decisione di rango istituzionale. Dunque, una valenza pienamente costituzionale di tipo decisorio.

Nel caso che ci interessa, è bene ribadirlo, la legge istitutiva non era in grado di determinare il risultato finale, cioè i tempi e i modi della Brexit, ma questo non significa affatto che il referendum non fosse portatore di una intrinseca potenza giuridica che si manifestava sul terreno delle dinamiche e degli equilibri costituzionali: un terreno quanto mai concreto e che travalica le argomentazioni “positivistiche” sulle competenze o le procedure.

Sul piano costituzionale, infatti, dispiegava la propria forza fino all’invocazione dell’art. 50 TUE che le istituzioni rappresentative avevano il compito di implementare con le forme del diritto. Questa era la reale portata del referendum: procedere all’attivazione della procedura prevista dall’art. 50 TUE con le modalità previste dal diritto costituzionale britannico (e così come chiarite dalla Corte Suprema). Una decisione del Corpo elettorale, delegatagli dal circuito della democrazia rappresentativa, che infatti non venne mai messa seriamente in discussione in Parlamento, nonostante la maggioranza dei parlamentari si fosse schierata per il *Remain*. E a mio parere non aiuta molto la comprensione dei fenomeni sostenere che i parlamentari non si sono opposti per mero calcolo politico, cioè per non dispiacere l’elettorato *brexiteer*, effettivamente molto più trasversale di quanto normalmente si creda. In realtà, questa considerazione entra in palese contraddizione con i numeri del voto referendario e con la tesi, peraltro tutta da dimostrare ma spesso sostenuta proprio da coloro che propugnano un’interpretazione *light* del voto referendario, che una parte dei *Leavers* si sarebbe pentita subito dopo avere capito l’enormità delle conseguenze. Opporsi alla Brexit avrebbe irritato ed esaltato l’elettorato grosso modo in egual misura. In realtà, a me pare che questa opzione non sia mai stata realmente sul terreno, così come quella gemella di un secondo referendum Brexit, perché ciascun membro del Parlamento avvertiva la cogenza, ripeto: di rango costituzionale, del pronunciamento popolare, sollecitato da una scelta delle Camere adottata nell’esercizio della sovranità parlamentare³³.

Infine, a me sembra che questa lettura sia stata poi ulteriormente confermata dalla successiva sentenza *Cherry/Miller II*³⁴. Anche in questa pronuncia la Corte Suprema rifiuta di esprimere giudizi sia

³³ Una visione abbracciata anche da un autore come Martin Loughlin, pur apertamente critico con tutta l’operazione Brexit orchestrata dal Partito conservatore: «After the referendum result, the immediate question was: what follows? The statute authorising the referendum had simply stated that ‘a referendum is to be held on whether the UK should remain a member of the EU’. Did the referendum result bind Parliament or was it merely advisory? Many –especially those unhappy with the outcome – argued that, given our constitutional tradition of parliamentary sovereignty, the referendum decision could be advisory only. Formally, that must be right. But it ignores political realities. The Conservatives had pledged to give ‘the British people – not politicians – their say’ by offering a ‘real choice on Europe, with an in-out referendum’. And Parliament had endorsed this by authorising the referendum. In reality, Parliament was bound to give effect to the result». Cfr. M. LOUGHLIN, *The British Constitution: Thoughts on the Cause of the Present Discontent*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 2/2018, p. 9.

³⁴ Cfr. [2019] UKSC 41: [R (*on the application of Miller*) (*Appellant*) v *The Prime Minister (Respondent)*; *Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*]. Per un commento alla pronuncia, inquadrata nell’ambito del contesto Brexit, in generale, e della *Prorogation* voluta dal Primo Ministro Boris Johnson, in particolare, sia consentito rinviare a C. MARTINELLI, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 6/2019, pp. 1-26.

sull'opportunità politica della Brexit, definita in modo molto semplice come una decisione legittimamente delegata dal Parlamento al Corpo elettorale, e come tale non soggetta ad alcun commento da parte del potere giudiziario, sia direttamente sul rapporto tra sovranità parlamentare e popolare. Tuttavia, trattando dello spinoso tema della *Prorogation* imposta alle Camere da Boris Johnson in vista della data che in quel momento era stata fissata per il Brexit Day (poi slittato al 31 gennaio 2020), al paragrafo n. 7 spiega: «Technically, the result was not legally binding. But the Government had pledged to honour the result and it has since been treated as politically and democratically binding. Successive Governments and Parliament have acted on that basis». Con queste parole la Corte sposta opportunamente la questione della forza giuridica del referendum da un inesistente piano tecnico-legislativo al ben più pregnante terreno della democrazia costituzionale: «democratically binding».

In seguito, al paragrafo n. 57, la Corte afferma un concetto fondamentale per il dibattito sulla natura giuridica del referendum Brexit: «A fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that». Una precisazione che dovrebbe contribuire a mettere la parola fine sulle letture riduzioniste del referendum del 2016 come avente una mera natura consultiva. La Corte spiega che «The people have decided that», e dunque possiamo oggi ribadire con più forza che il referendum Brexit aveva una natura decisoria: una capacità espressamente trasmessa dal Parlamento al Corpo elettorale con la legge istitutiva del referendum Brexit.

Dunque, alla luce di tutte queste considerazioni, mi pare che la vicenda Brexit, con tutte le sue problematiche riguardanti il referendum, abbia avuto il merito di imporre, alle istituzioni e agli studiosi, una riflessione sulla necessità di relativizzare due principi che se assunti in modo assoluto non potrebbero convivere: sovranità parlamentare e sovranità popolare. La prima ha definitivamente preso congedo dai suoi stilemi ottocenteschi per calarsi nella realtà più complessa e magmatica delle democrazie contemporanee, e non credo che la motivazione di fondo dei brexiteers “*back the sovereignty*” comporterà un ritorno al passato da questo punto di vista, proprio perché la sovranità che deve tornare indietro oggi non è più solo quella che si esprime nelle aule parlamentari. La seconda sa di non esprimersi più solo con le schede elettorali ma anche con le opportunità referendarie, naturalmente nel quadro delle procedure previste e nei limiti consentiti dall'ordinamento, ossia dalla Costituzione britannica, con i suoi caratteri peculiari ma anche con nuove potenzialità sempre da scoprire.

6. Parlamento e Governo tra pronunce giurisprudenziali e atti legislativi

Ma ovviamente la Brexit non è stata un “*constitutional moment*” solo in relazione alla prassi referendaria. Praticamente tutti i *constitutional bodies* sono stati coinvolti dal suo lungo dispiegarsi nella vita politica e istituzionale. Una vicenda complessa e sfaccettata che ha determinato diversi passaggi in cui l’interpretazione costituzionale si è arricchita e affinata. Tutto questo è avvenuto certamente grazie a intensi e fecondi dibattiti dottrinari tra esponenti della scienza giuridica e politica, ma soprattutto in virtù di casi giudiziari vertenti attorno a molteplici gangli vitali della Costituzione, sollevati da privati cittadini o cariche istituzionali. Ed è realistico sostenere che al termine della parabola della *Brexit Issue* l’interpretazione di parti decisive della Costituzione britannica non sia più la stessa di prima, o per lo meno che non sia più possibile riflettere sulle dinamiche della Costituzione senza tenere conto di quanto maturato in questo quadro.

Pertanto, credo utile continuare ad enucleare anche gli altri profili di questo *constitutional moment* attraverso l’analisi della giurisprudenza che attorno alla Brexit è maturata durante tutti questi anni.

Uno dei temi ricorrenti è quello dei rapporti tra Parlamento, Governo e fonti del diritto, a partire dalle questioni giudiziarie aperte dal *Miller case* che ruotano attorno alla dicotomia tra diritti individuali e prerogative politiche.

Come è noto, prima di arrivare alla Corte Suprema il caso viene esaminato dalla High Court of Justice di Londra. A seguito di tre udienze tenute nel mese di ottobre la Corte emette la sua cruciale sentenza³⁵. Il fulcro della decisione consiste nell’affermazione che l’attivazione del percorso di recesso dall’Unione Europea è un atto che richiede una preventiva manifestazione di volontà del Parlamento in grado di autorizzare il Governo a comunicare alle istituzioni comunitarie la decisione adottata dal sistema costituzionale britannico.

Pertanto, la sentenza non chiarisce quale debba essere questo atto parlamentare, ovvero se sia necessaria una legge o sia sufficiente l’approvazione di una mozione da parte della Camera dei Comuni. La Corte si limita a precisare che in una situazione come questa la *Crown’s prerogative* non può essere invocata perché il suo esercizio non avrebbe solo ricadute di politica estera ma andrebbe direttamente a toccare diritti fondamentali garantiti dall’ordinamento³⁶, a partire dall’entrata in vigore proprio dello *European Communities Act 1972*. Pertanto, spetta al Parlamento autorizzare preventivamente il Governo a procedere ai sensi di cui all’art. 50 del TUE. In caso contrario si concretizzerebbe una violazione del principio

³⁵ Cfr. [2016] EWHC 2768: R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union*. Una dettagliata ricostruzione del caso ed esaurienti resoconti delle udienze sono rinvenibili in cfr. R. CRAIG, *Report of Proceedings: Miller v Secretary of State for Exiting the European Union*, in *U.K. Const. L. Blog*, 14, 20, and 24 October 2016.

³⁶ Nei paragrafi da 58 a 61 la Corte si produce utilmente in un lungo elenco di questi diritti per rendere più esplicito e concreto il suo ragionamento.

secondo cui l'Esecutivo non detiene il potere di incidere, anche solo implicitamente e per un tempo determinato, sul sistema dei diritti fondamentali dei cittadini.

Dunque, una sentenza che si segnala per la linearità di un impianto motivazionale che scava sino alle fondamenta del sistema costituzionale britannico per individuare i valori sui quali operare il bilanciamento tra le funzioni spettanti ai due pilastri della forma di governo, alla ricerca dei reciproci confini tra discrezionalità politica e protezione dei diritti fondamentali.

Poi, la già citata sentenza della Corte Suprema si incaricherà di chiarire ulteriormente alcuni passaggi interpretativi riguardanti la *Crown's Prerogative*, essenziali sul piano costituzionale. La UKSC sottolinea come l'ingresso del Regno Unito nelle Comunità europee ha comportato un'alterazione dell'assetto costituzionale dell'ordinamento. Questo cambiamento fu determinato dall'adozione di una legge del Parlamento, appunto lo *European Communities Act 1972*. Oggi, con la prevalenza del *Leave* nel referendum Brexit, non si propone una fisiologica modifica del diritto interno come conseguenza di innesti del diritto europeo, ovvero il meccanismo previsto e introdotto dalla legge del 1972, bensì viene prospettato un ulteriore riassetto degli equilibri costituzionali, che coinvolge soprattutto Legislativo ed Esecutivo: «There is a vital difference between changes in domestic law resulting from variations in the content of EU law arising from new EU legislation, and changes in domestic law resulting from withdrawal by the United Kingdom from the European Union. The former involves changes in EU law, which are then brought into domestic law through section 2 of the 1972 Act. The latter involves a unilateral action by the relevant constitutional bodies which effects a fundamental change in the constitutional arrangements of the United Kingdom»³⁷.

Pertanto, in armonia con i tradizionali principi della *British Constitution*, si presenta come necessario il coinvolgimento del Parlamento, poiché nessuna norma dell'ordinamento britannico, contenuta nel *ECA 1972* o altrove, attribuisce al governo un potere autonomo in materia di modifiche costituzionali³⁸.

Inoltre, a differenza della High Court, la Corte Suprema non si limita a ribadire l'esigenza di un intervento parlamentare ma, riflettendo, come abbiamo già ampiamente visto, sull'utilizzo del referendum nella prassi britannica, precisa con molta nettezza che è necessario un atto legislativo³⁹.

³⁷ Cfr. [2017] UKSC 5, par. 78.

³⁸ Per una valutazione positiva della sentenza *Miller* cfr., tra gli altri, J. KING and N. BARBER, *In Defence of Miller*, in *U.K. Const. L. Blog*, 22 November 2016. Riflessioni critiche sono, invece, proposte da M. ELLIOTT, *The Supreme Court's Judgement in Miller: in Search of Constitutional Principle*, in *University of Cambridge Legal Studies Research*, Paper Series, Paper n. 23/2017, pp. 1-29.

³⁹ Rendendo così del tutto inutile il tentativo operato dal Governo May di risolvere la questione facendo approvare ai Comuni, all'indomani della sentenza emessa dalla High Court, una mozione di autorizzazione al Governo stesso.

Come fu evidente dal primo momento in cui fu pubblicata, si trattava di una sentenza di straordinaria importanza, forse ancora oggi la più rilevante mai emessa dalla Corte Suprema del Regno Unito. Tanto che potremmo definirla come un trattato di diritto costituzionale britannico.

L'importanza della pronuncia non è testimoniata solo dalla profondità dell'impianto e dalla lunghezza espositiva, ma anche dal fatto che per la prima volta la Corte si riunì a collegio completo, ovvero con la partecipazione di tutti e undici i giudici in quel momento operativi. Tuttavia, la sentenza venne deliberata a maggioranza: 8 favorevoli e 3 contrari. Ciascuno dei tre giudici dissenzienti allegò una *dissenting opinion*, ma quella di gran lunga più articolata e strutturata fu la *dissenting* firmata da Lord Reed. Vale la pena di esaminarne i punti essenziali, sia perché propone una visione radicalmente alternativa delle questioni trattate, sia per l'acume giuridico delle argomentazioni elaborate⁴⁰.

Ebbene, secondo Lord Reed non vi è alcuna necessità di un atto di autorizzazione del Parlamento al Governo a invocare l'art. 50 poiché l'attivazione della procedura, in sé e per sé, non comporta alcun cambiamento né negli assetti costituzionali, né, in generale, nell'ordinamento del Regno. Semmai queste modifiche potranno essere un frutto del successivo negoziato con l'Unione Europea e allora sarà in questa fase che il Parlamento dovrà esercitare il proprio controllo a tutela del mantenimento dei diritti dei cittadini che erano stati creati e assicurati a partire dallo *European Communities Act 1972*. Ecco il passaggio cruciale: «I entirely accept the importance in our constitutional law of the principle of Parliamentary supremacy over our domestic law [...]. That principle does not, however, require that Parliament must enact an Act of Parliament before the UK can leave the EU. That is because the effect which Parliament has given to EU law in our domestic law, under the 1972 Act, is inherently conditional on the application of the EU treaties to the UK, and therefore on the UK's membership of the EU. The Act imposes no requirement, and manifests no intention, in respect of the UK's membership of the EU. It does not, therefore, affect the Crown's exercise of prerogative powers in respect of UK membership. [...] Further, since the effect of EU law in the UK is entirely dependent on the 1972 Act, no alteration in the fundamental rule governing the recognition of sources of law has resulted from membership of the EU, or will result from notification under article 50. It follows that Ministers are entitled to give notification under article 50, in the exercise of prerogative powers, without requiring authorisation by a further Act of Parliament»⁴¹.

L'argomentare di Lord Reed trova una sponda nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Mi riferisco alla sentenza emessa dalla Corte di Giustizia il 10 dicembre 2018, nell'ambito del

⁴⁰ Per un confronto tra le argomentazioni della maggioranza e quelle delle minoranze cfr. J.J. HUANG, *Miller and Brexit: Prerogatives on Parliament and Public Law*, in *Cambridge Law Review*, 129, 2, 2017, pp. 129-140.

⁴¹ Cfr. [2017] UKSC 5, par. 177.

c.d. *Wightman Case*⁴². Una pronuncia che contribuisce a chiarire un aspetto di grande importanza nei rapporti tra UK e UE, aiutandoci a vedere l'intero processo della Brexit, e dunque anche la sentenza *Miller 1*, sotto una luce un po' diversa.

La sentenza, confermando l'opinione già espressa dall'Avvocato Generale, afferma che la revoca dell'art. 50, come la sua invocazione, deve essere considerata un atto unilaterale, espressione della sovranità politica e giuridica dello Stato membro. Pertanto, quest'ultimo ha sempre il diritto di recedere dal proposito precedentemente manifestato, naturalmente fino a quando non si perfezioni l'accordo sulla fuoriuscita negoziato con le istituzioni europee.

La perentorietà di questa statuizione impatta direttamente su uno dei presupposti logici che si trovavano alla base dei percorsi argomentativi contenuti nelle sentenze Brexit della High Court di Londra⁴³ e della Corte Suprema⁴⁴. La prima aveva osservato che, anche sulla scorta della comune opinione delle parti, l'invocazione dell'art. 50 dovesse intendersi come irrevocabile. Pertanto, "*Invoking Art. 50*" deve essere considerato come un atto giuridico istitutivo di un percorso non più arrestabile e che si può concludere, dopo i due anni o a seguito dell'esaurirsi del periodo di proroga, soltanto con un accordo condiviso o con un'automatica cessazione dell'applicazione dei Trattati allo Stato membro, senza alcuna possibilità in capo a quest'ultimo di addivenire ad un ripensamento. E dal canto suo, la Corte Suprema non metterà mai in discussione questo assunto di fondo.

Ora, però, alla luce della sentenza *Wightman*, sappiamo che la notifica di cui all'art. 50 del TUE non è irrevocabile e dunque diventa più difficile sostenere che vi sia una connessione diretta tra attivazione della procedura di recesso e trasformazione dell'ordinamento britannico, con eventuale compressione dei diritti fondamentali. Da questo confronto con la giurisprudenza europea mi pare che l'impianto della *Miller 1* ne esca discretamente indebolito, per lo meno sul punto specifico, mentre quello della *dissenting opinion* di Lord Reed risulti non solo confermato ma anche sostanziosamente rafforzato.

La conseguenza di tutte queste considerazioni non è che viene intaccato il complessivo sistema dei rapporti tra Parlamento e Governo disegnato dalle Corti britanniche, ma solo che non esiste una corrispondenza diretta e necessaria tra il momento della comunicazione ufficiale alla UE del risultato referendario con la volontà di uscire e la necessità di un intervento parlamentare in difesa dei diritti dei cittadini, oltre che delle proprie prerogative. Anzi, ora sappiamo che il Parlamento, constatando le difficoltà

⁴² Cfr. C-621/18 PPU, 2018:999. Per un commento alla sentenza cfr. D. DIXON, *Wightman and the General Interpretation of Article*, in *U.K. Const. L. Blog*, 7 January 2019; nonché G. MARTINICO, "*Scelte sovrane*". *Alcune riflessioni problematiche sulla sentenza Wightman*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2019, pp. 5-17 e C. MARGIOTTA, *(Dis)ordine sovrano: Brexit e la sentenza Wightman*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2019, pp. 19-31.

⁴³ Cfr. [2016] EWHC 2768, par. 10.

⁴⁴ Cfr. [2017] UKSC 5, par. 169.

che effettivamente si stavano presentando nei difficili mesi del negoziato⁴⁵, sarebbe stato teoricamente legittimato, se solo lo avesse voluto, a indirizzare il Governo sulla strada del “*Revoking Art. 50*”. E se combiniamo questo assunto con quanto sostenuto nei paragrafi precedenti rispetto alla forza costituzionale della decisione referendaria, dobbiamo concludere che uno sbocco del genere non avrebbe minimamente intaccato gli equilibri costituzionali, risultando anzi pienamente coerente con i rapporti tra sovranità parlamentare e democrazia diretta. Invece, il Parlamento ha preferito dapprima legiferare con il *EU Withdrawal Act 2018*⁴⁶ mentre erano ancora in corso i negoziati, delegando al Governo il potere di legiferare relativamente a pressoché tutte le materie toccate dalla Brexit, per adattare l’ordinamento britannico alla nuova situazione, salvo poi bocciare ripetutamente l’Accordo con la UE stipulato dalla Premier May, costringendola alla fine a dimettersi.

L’impressione che se ne ricava è che nessuna istituzione avesse le idee chiare su come procedere nella vicenda Brexit, proprio perché tutte si trovavano di fronte ad una doppia “terra incognita”: la Costituzione non era mai stata sottoposta ad una tensione politico-giuridica come stava avvenendo con questa *issue*, per caratteristiche e intensità dei problemi sollevati; nessuno Stato-membro era mai uscito dall’Unione Europea e dunque era difficile leggere con precisione i diversi tornanti di un percorso da affrontare al buio.

Queste difficoltà non potevano che diventare occasione di conflitti ma non, come accade fisiologicamente, tra maggioranza e opposizione, bensì tra organi costituzionali ciascuno geloso delle proprie prerogative e intento a rivendicare spazi di manovra anche a scapito delle prerogative altrui.

Fu il caso della nota *querelle* sulla *Prorogation* voluta da Boris Johnson, poche settimane dopo il suo insediamento a Downing Street, a cui il Parlamento contrappose la fulminea approvazione del *Benn Act*. Che cosa mise in luce quell’intricato braccio di ferro tra Parlamento e Governo? Oppure, se si preferisce, quali insegnamenti possiamo trarre sul piano costituzionale dalla sua origine, sviluppo e conclusione? A me sembrano essenzialmente due i profili da sottolineare da questo punto di vista.

Il primo riguarda la constatazione che il Parlamento, in questo caso inteso davvero come King-in-Parliament, nel senso di un’istituzione che ha agito come tale e dove abbiamo visto concordare un’ampia maggioranza trasversale ai Comuni e ai Lord (con sullo sfondo una Regina che si è trovata sul tavolo un atto da firmare inusuale e discutibile, nelle forme e nei contenuti, tanto da essere poi giudicato illegittimo dalla Corte Suprema), è dotato di potenti anticorpi procedurali, come la *Standing Order n. 24*, in grado di sventare un proditorio tentativo di prevaricazione perpetrato dal Primo Ministro ma avversato anche da

⁴⁵ Per una ricostruzione dei momenti salienti del negoziato tra Regno Unito e Unione Europea cfr. F. SAVASTANO, *Uscire dall’Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 73-119.

⁴⁶ Per una compiuta disamina delle rilevanti implicazioni costituzionali di questa legge cfr. P. CRAIG, *Constitutional Principle, the Rule of Law and Political Reality: the European Union (Withdrawal) Act 2018*, in *The Modern Law Review*, 82, 2, 2019, pp. 319-350.

buona parte degli MPs appartenenti al suo Gruppo. Forse ne possiamo ricavare un insegnamento sistemico, e cioè che il ruolo centrale del Governo nella determinazione delle dinamiche parlamentari, a cominciare dalla sua agenda, è certamente una caratteristica importante del diritto costituzionale britannico, ma è circoscritto alla fisiologia quotidiana dei rapporti tra i due organi, quando la vita politica scorre su binari consueti, mentre in presenza di elementi di eccezionalità, come fu in quella vicenda per molteplici motivi, il Parlamento, se coeso e determinato, è in grado di riprendere appieno la guida della forma di governo, e di ribadire all'Esecutivo il principio cardine del parlamentarismo: è il Governo che trova la sua legittimazione nella volontà del Parlamento e non viceversa. Come, infatti, ha poi avuto modo di sancire anche la Corte Suprema con la sentenza *Cherry/Miller 2*.

E qui troviamo il secondo profilo che merita una sottolineatura di sistema sul piano costituzionale. Nel momento in cui veniva pronunciata, questa sentenza costituiva l'ultimo anello di una catena giurisprudenziale collegata alla vicenda Brexit con cui la Corte Suprema aveva definitivamente assunto il ruolo di arbitro nei conflitti tra gli organi costituzionali, nonché tra le istituzioni centrali e quelle devolute. Un ruolo che ha dispiegato effetti concreti e immediati rispetto agli sviluppi del processo Brexit. Infatti, è pur vero che il Parlamento ha avuto la capacità di neutralizzare immediatamente la strategia del Primo Ministro riuscendo ad approvare il *Benn Act* prima che scattasse il periodo di sospensione dell'attività delle Camere, e tuttavia la ricostruzione e la valutazione dei fatti sarebbero incomplete se non tenessero nel dovuto conto quanto accaduto nelle settimane successive, in particolare nella battaglia parlamentare andata in scena ai Comuni sabato 19 ottobre 2019. Infatti, è molto probabile che senza la sentenza della Corte Suprema la famosa lettera non firmata inviata da Johnson al Presidente del Consiglio Europeo non sarebbe nemmeno mai partita, con tutte le conseguenze che ciò avrebbe provocato su un sistema costituzionale già abbastanza sotto stress. Una prospettiva che è stato alquanto opportuno evitare.

Insomma, ancora una volta, la sentenza confermava il ruolo ormai assunto dalla Corte Suprema come arbitro dei conflitti costituzionali e come organo imprescindibile per la custodia degli equilibri della Costituzione britannica⁴⁷.

Questo piano generale, che descrive l'impatto della sentenza sull'interpretazione della *British Constitution* e sui rapporti tra gli organi, è quello su cui la pronuncia dispiegherà i suoi effetti più profondi e per un tempo indefinito⁴⁸. Da questo punto di vista il patrimonio giurisprudenziale costituito dalle due sentenze

⁴⁷ Sul punto cfr. G. CARVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2 ottobre 2019, pp. 10-11. Per un giudizio complessivamente critico proprio su questo profilo della pronuncia cfr. M. LOUGHLIN, *The Case of Prorogation. The UK Constitutional Council's ruling on appeal from the judgement of the Supreme Court*, in *Policy Exchange*, 2019, pp. 1-24. Invece, in senso adesivo all'indirizzo della Corte Suprema cfr. M. ELLIOTT, *Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: the Miller II Case in the Legal and political Context*, in *European Constitutional Law Review*, 16, 2021, pp. 625-646.

⁴⁸ Secondo T. KONSTADINIDES, N. O'MEARA and R. SALLUSTIO, *The UK Supreme Court's Judgment in Miller/Cherry: Reflections on Its Context and Implications*, in *U.K. Const. L. Blog*, 2nd October 2019, tra le implicazioni maggiori della sentenza

Miller rappresenta uno storico *turning point*. Ancora una volta, come sempre è accaduto nella storia inglese e poi britannica, sono gli eventi a segnalare le necessità, ed è per porre rimedio a queste necessità che la Costituzione evolve. In questo caso l'evento è la Brexit, con tutte le problematiche, criticità e incertezze che sta producendo.

7. La Devolution nelle sentenze sulla Brexit

Una considerazione che vale anche rispetto al processo devolutivo e in particolare in relazione al ruolo costituzionale delle *country* e delle loro istituzioni devolute⁴⁹, sia nelle questioni che mettono in gioco la collocazione geopolitica del Regno Unito, sia nei limiti reciproci che incontrano le potestà legislative centrali e periferiche⁵⁰.

Il primo profilo è stato risolto dalla parte della sentenza *Miller 1* dedicata al tema, nei termini provenienti dall'impugnazione della sentenza emessa dalla High Court of Northern Ireland alla fine di ottobre del 2016⁵¹.

La risposta negativa della Corte Suprema è molto netta e cancella ogni ambizione delle istituzioni devolute di concorrere direttamente a determinare il corso della vicenda Brexit. Come sappiamo, nella sentenza la Corte afferma che l'attivazione dell'art. 50 deve trovare una preventiva autorizzazione parlamentare, ma le ragioni di questa necessità sono di tutt'altra natura rispetto a quelle sostenute nella causa irlandese e non attengono minimamente né al ruolo costituzionale delle *country*, né ai poteri delle amministrazioni periferiche. È vero, infatti, che i vari *Devolution Acts*, discussi e votati dal Parlamento in questi ultimi venti anni, sono stati approvati assumendo come punto fermo il fatto che il Regno Unito facesse parte dell'Unione Europea, e tuttavia ciò non significa che queste leggi abbiano disposto il mantenimento del Regno Unito nell'Unione Europea, o abbiano istituito una competenza a decidere in tal senso in capo alle assemblee devolute: «That assumption is consistent with the view that Parliament would determine whether the United Kingdom would remain a member of the European Union»⁵²; «Accordingly, the

vi sarà una ricaduta sulla capacità di un Primo Ministro di porre in essere strategie politiche talmente spregiudicate da risultare *border line* rispetto alla Costituzione: «The Supreme Court has made an inevitable decision, grounded in classic constitutional and legal principles. From now on, future governments will have to maintain clarity about their determination to use prerogative power in a way which is legitimate, does not run counter to the constitution and does not pursue a political advantage. Though he may disagree with the outcome, this case has sent the strongest possible signal that the Prime Minister must respect his constitutional responsibilities».

⁴⁹ Sui fondamenti concettuali dell'articolata suddivisione territoriale del Regno Unito cfr. D. WINCOTT, C.R.G. MURRAY and G. DAVIES, *The Anglo-British imaginary and the rebuilding of the UK's territorial constitution after Brexit: unitary state or union state?*, in *Territory, Politics, Governance*, 2021, pp. 1-18.

⁵⁰ Sullo spinoso tema della “*divided sovereignty*” tra poteri centrali e periferici nel sistema devolutivo cfr. G. ANTHONY, *Brexit and the Common Law Constitution*, in *European Public Law*, 24, n. 4/2018, pp. 673-694.

⁵¹ Cfr. [2016] NIQB 85: R (*McCord, Agnew and Others*) v HM Government for the United Kingdom. Il caso giudiziario aveva preso le mosse da due ricorsi tesi a impedire al Governo del Regno Unito «to use the Royal Prerogative to invoke Article 50 TEU to trigger the process by which withdrawal from the EU is effected», come ricorda la sentenza al Par. 1.

⁵² Cfr. [2017] UKSC 5, par. 129.

devolved legislatures do not have a parallel legislative competence in relation to withdrawal from the European Union»⁵³.

Inoltre, la Corte Suprema precisa che il *Good Friday Agreement* sancisce il diritto in capo al popolo dell'Irlanda del Nord di decidere se rimanere parte integrante del Regno Unito oppure riunificarsi con la Repubblica d'Irlanda⁵⁴, ma questo diritto non si estende ad alcun altro cambiamento costituzionale.

Infine, la Corte provvede a limitare fortemente il campo d'azione della *Sevel Convention*, da una parte costatandone la pregnanza solo in tema di decisioni vertenti su materie devolute, dall'altra, su un piano più generale, confinandola nel recinto della valenza politica e negando che possa costituire materia di giudizio di fronte ad una corte di giustizia. Dunque, questa convenzione non può rappresentare un ostacolo giuridico alle determinazioni del Parlamento di Westminster nella materia in discussione⁵⁵.

Pertanto, la sentenza Miller, nella parte relativa alle *devolution issues*, conferma sostanzialmente l'impianto argomentativo della Corte di Belfast ma con toni più perentori e soprattutto con un taglio quanto mai pregnante dal punto di vista del diritto costituzionale. Qui la Corte Suprema assume appieno il ruolo di arbitro dei conflitti, non disdegnando ragionamenti di ampio respiro dottrinario e non lesinando interpretazioni costituzionali per nulla scontate o banali. E l'esempio della *Sevel convention* è paradigmatico da questo punto di vista⁵⁶.

Questa impostazione verrà successivamente confermata con la sentenza emessa dalla Corte Suprema il 13 dicembre 2018 nella causa relativa a «The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill»⁵⁷.

La lunga e complessa vicenda che porta a questa pronuncia prende le mosse dall'iter parlamentare dello *European Union Withdrawal Bill*⁵⁸. Tra i punti salienti del progetto di legge vi erano l'abrogazione dello *European Communities Act 1972*; la fine della competenza degli organi comunitari a produrre norme giuridiche valide sul territorio UK; la cessazione della giurisdizione della Corte di Giustizia UE; la trasformazione di parti del diritto comunitario, o di derivazione comunitaria, in *UK Law* da attuare attraverso un massiccio ricorso alla legislazione delegata; l'abrogazione di altre parti, non meno significative, di diritto UE, come per esempio la Carta dei Diritti Fondamentali.

⁵³ *Ibid.*, par. 130.

⁵⁴ Sul tema sia consentito di rinviare a C. MARTINELLI, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit: lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 3, 2021, pp. 761-776.

⁵⁵ Per maggiori approfondimenti su quanto sancisce la Corte Suprema rispetto alla *Sevel Convention* cfr. la sentenza ai paragrafi 136-151.

⁵⁶ Cfr. G. ANTHONY, *Devolution, Brexit and the Sevel Convention*, The Constitution Society, London, 2018, pp. 5-6.

⁵⁷ Cfr. [2018] UKSC 64.

⁵⁸ Su cui cfr. J. SIMSON CAIRD, V. MILLER, A. LANG, *European Union (Withdrawal) Bill*, in *House of Commons Library*, Briefing Paper n. 8079, 1 September 2017.

Tra le sue molteplici disposizioni il progetto di legge prevedeva anche alcuni cambiamenti in tema di legislazione devoluta. L'art. 12 sostituiva i limiti al potere di legiferazione delle assemblee periferiche derivanti da norme europee con altri limiti stabiliti dal diritto britannico, cioè, in virtù dell'utilizzo della *secondary legislation*, sanciti dal Governo di Londra. L'obiettivo dichiarato era di dare continuità e uniformità all'ordinamento, rendendo più dolce possibile il passaggio dalla fonte di legittimazione europea a quella interna.

Di fronte a questi meccanismi e a queste procedure, però, le istituzioni devolute paventavano il rischio di una progressiva compressione dei loro spazi di autonomia legislativa ad opera delle istituzioni centrali che, approfittando della Brexit, avrebbero potuto tornare ad accentrare competenze attraverso l'imposizione di limiti ulteriori alla legislazione devoluta.

Dunque, tra febbraio e marzo 2018, i Governi devoluti di Scozia e Galles presentano alle rispettive Assemblee due progetti di legge aventi lo scopo di opporsi all'impianto del *Withdrawal Bill* in discussione a Westminster, contestando radicalmente l'impostazione legislativa del Governo del Regno Unito. Questi *Continuity Bills*⁵⁹ terminano rapidamente il loro iter, ma non ricevono il *Royal Assent* poiché il Governo May presenta ricorso alla UK Supreme Court lamentando la violazione dei limiti alle competenze delle Assemblee devolute.

In seguito, alla luce di alcuni emendamenti approvati dai Lord, e accettati dai Comuni e dall'Esecutivo, i Governi di Galles e UK trovano un accordo con cui il primo accetta il contenuto del *Withdrawal Bill*. L'accordo verrà poi ratificato il 15 maggio 2018 da un voto a grande maggioranza (46 contro 9) della Wales Assembly.

Lo Scottish Government, invece, non solo rimane fermo sulle sue posizioni ma presenta una mozione al Parlamento di Edimburgo per rifiutare il *legislative consent*. La mozione passa a larga maggioranza (93 contro 30), respinta solo dai MSP del Partito conservatore scozzese.

Il 26 giugno 2018 la legge di Westminster termina il proprio iter ricevendo il *Royal Assent*. Tra le norme più rilevanti del *Withdrawal Act 2018* vi è appunto la modifica dello Schedule 4 dello *Scotland Act*: la legge aggiunge se stessa tra i limiti che la devolution scozzese è chiamata a rispettare.

In accordo con quanto previsto dalla Section 33(1) dello *Scotland Act*, l'Attorney General e l'Advocate General per la Scozia propongono un *reference* alla Corte Suprema per chiedere se il *Continuity Bill* scozzese rientrasse o meno nelle competenze del Parlamento di Edimburgo.

Il nocciolo della questione viene così sintetizzato dalla stessa UKSC: «Does the Scottish Parliament have power to legislate for the continuity of laws relating to devolved matters in Scotland which are now the

⁵⁹ Cfr. UK Withdrawal from the European Union (legal continuity) (Scotland) Bill e Law Derived from the European Union (Wales) Bill. Per ulteriori approfondimenti su questi due Bill cfr. G. COWIE, *Legislative Consent and the European Union (Withdrawal) Bill (2017-19)*, in *House of Commons Library*, Briefing Paper n. 08275, 23 May 2018, pp. 1-42.

subject of European Union (“EU”) law but which will cease to have effect after the United Kingdom (“UK”) withdraws from the EU?»⁶⁰.

La sentenza viene poi emessa all’unanimità il 13 dicembre e stabilisce che il progetto di legge nel suo complesso non può essere considerato estraneo alle competenze legislative del Parlamento scozzese, mentre possono esserlo alcune sue parti specificamente indicate perché vanno a modificare lo *Scotland Act* e il *Withdrawal Act*, posto che naturalmente tra le competenze delle istituzioni devolute non vi è la possibilità di alterare le leggi prodotte da Westminster.

La ragione di fondo della prima affermazione va ricercata nel fatto che la legge non tocca le *reserved matters*, né entra in relazione diretta con il diritto dell’Unione Europea: «The Scottish Bill is not within the carve-out from the reserved matter for the observation or implementation of obligations under EU law. It has nothing to do with the observation or implementation of those obligations. If the Scottish Bill becomes law, its provisions will not affect the law of Scotland until after withdrawal. [...] The Scottish Bill is concerned with the purely domestic rules of law which at that point will replace EU law»⁶¹.

Per contro, la *Section 17* del Bill, se diventasse legge, sarebbe fuori dalle competenze legislative devolute perché andrebbe a modificare lo *Scotland Act*. Infatti, il Parlamento del Regno Unito ha il potere di autorizzare il Governo a produrre *secondary legislation*, ma l’effetto della *Section 17* sarebbe quello di condizionare l’efficacia legale di questi strumenti al consenso del Governo scozzese. Poiché questo potere di condizionamento non è previsto nei *Devolution Acts* che si sono succeduti negli anni, si tratterebbe di una implicita e illegittima modifica proprio della legislazione sui limiti alla devolution⁶².

Inoltre, la Corte individua con precisione chirurgica numerose norme che andrebbero direttamente a modificare il *Withdrawal Act* e che dunque sarebbero al di fuori dei confini legislativi del Parlamento scozzese⁶³.

Proprio in virtù di questo taglio così equilibrato e bilanciato, la sentenza è stata commentata in Gran Bretagna come una vittoria a metà per Londra ed Edimburgo, una sorta di pareggio nella partita della giurisdizione. Una pronuncia che conferma il ruolo di arbitraggio costituzionale della Corte Suprema, di massimo interprete dei limiti reciproci tra istituzioni centrali e devolute.

⁶⁰ Cfr. [2018] UKSC 64, par. 1.

⁶¹ *Ibid.*, par. 31.

⁶² *Ibid.*, par. 52.

⁶³ Per un commento alla sentenza e alle sue implicazioni sul futuro della *devolution* cfr. C. MCCORKINDALE and A. MCHARG, *Continuity and Confusion: Towards Clarity? The Supreme Court and the Scottish Continuity Bill*, in *U.K. Const. L. Blog*, 20 December 2018.

8. Presente e futuro della *British Constitution* alla luce della vicenda Brexit

Dunque, al termine di questa analisi ricostruttiva di alcuni profili essenziali della vicenda, credo si possa affermare con fondatezza che la Brexit sia stata un *constitutional moment*, nel doppio significato di un avvenimento che si inquadra nel più ampio tema del rapporto con le istituzioni europee, di per sé un complesso sistema di relazioni che da subito aveva decretato un cambiamento della Costituzione britannica, nonché di un intenso susseguirsi di problemi, situazioni e conflitti che a loro volta hanno determinato cambiamenti normativi, chiarimenti interpretativi e interventi giurisprudenziali, contribuendo così a ripulmare la Costituzione per come deve essere intesa nell'attuale presente storico. E allora, abbiamo visto come questo contesto abbia inciso profondamente sulla lettura del rapporto tra sovranità parlamentare e manifestazione della volontà popolare, nonché sulla valutazione del ruolo costituzionale assunto dal referendum, pur con tutte le problematiche che comporta quando propone quesiti di natura asimmetrica. Un ruolo che appare, anche in prospettiva, sempre più centrale rispetto a tematiche che si trovano alla radice della struttura dello Stato e che comincia a porre interrogativi perfino sull'ipotesi che il referendum stia diventando la chiave di volta per fornire a determinati organi o istituti una valenza giuridica rafforzata: una sorta di materia costituzionale non completamente soggetta alla volontà politica di Westminster.

E ancora, la Brexit come banco di prova della capacità delle Corti, e segnatamente dell'ancora giovane Corte Suprema, di assumere compiutamente la funzione di arbitraggio tra gli organi di indirizzo politico. Una capacità che hanno dimostrato in più occasioni e senza alcun timore reverenziale nei confronti dell'Esecutivo e degli altri poteri coinvolti nelle loro pronunce.

Per non parlare della rivisitazione del sistema delle fonti del diritto imposta da diversi momenti della Brexit: la legge del Parlamento come limite alla capacità di movimento del Governo in politica estera; il copioso utilizzo della *secondary legislation* come strumento necessario per procedere ai complessi adattamenti dell'ordinamento britannico alla fuoriuscita dall'Unione Europea; le potenzialità insite nei regolamenti parlamentari, in grado perfino di bloccare alcune azioni risolutive di un Governo deciso ad accelerare il processo di abbandono della UE anche a costo di un *no deal*.

Insomma, è chiaro che da tutti questi punti di vista la Brexit si è rivelata una miniera ricchissima per noi studiosi, ricolma di spunti per riflettere e per verificare nel concreto la fondatezza delle nostre opinioni. E si tenga presente che, accanto ai temi espressamente trattati in questo scritto, ve ne sarebbero stati tanti altri da prendere in considerazione, tutti capaci di presentare profili di interesse costituzionalistico. Si pensi, solo per fare un esempio, alle applicazioni del *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, e a come queste occasioni abbiano mostrato pregi, difetti e limiti di una legge che quando venne approvata sembrava di portata "rivoluzionaria" rispetto alle dinamiche classiche della forma di governo, mentre oggi dobbiamo

fare i conti con una prassi applicativa che ha di gran lunga affievolito quel potenziale, mostrando invece come la forza dei meccanismi tradizionali e consuetudinari, in presenza di determinate circostanze politiche, sia in grado di condizionare perfino impianti normativi di portata materialmente costituzionale. Ma accanto a questa lettura della Brexit come *constitutional moment*, nella scienza giuridica britannica in questi ultimi anni se ne è affermata un'altra che ne trasfigura il significato, aprendo nuovi e peculiari scenari per il futuro. Mi riferisco ai filoni dottrinali che vedono nella vicenda Brexit l'ennesima dimostrazione dell'impellente necessità per il Regno Unito di dotarsi di una Carta costituzionale.

Testimonianze particolarmente importanti in questo senso sono le riflessioni che un Maestro come Vernon Bogdanor ci propone nel suo volume *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, il cui ultimo capitolo è intitolato significativamente *Brexit: A Constitutional Moment?*⁶⁴. La tesi di fondo è che vi siano due ordini di ragioni che militano a favore di questa radicale trasformazione: le profonde incertezze che caratterizzano gli attuali assetti costituzionali e le debolezze intrinseche di una Costituzione che si propone come non giuridicamente protetta, e perciò debole nella capacità di garantire diritti e libertà ai cittadini. Secondo Bogdanor tutte queste problematiche sono state disvelate e accentuate proprio dal percorso della Brexit, a cominciare dalle criticità legate allo statuto giuridico del referendum: «what Brexit does is to inject further uncertainty as to what the British constitution actually is, uncertainty that can only be resolved by a codified constitution. There are two reasons why Brexit strengthens the arguments for a codified constitution. The first is indeed the constitutional uncertainty which it brings in its train. The second is the fact that it will reveal the nakedness of our unprotected constitution. There are three main uncertainties in the post-Brexit British constitution – uncertainties relating to the scope of our rights and how they are to be protected, and uncertainties relating to the future the devolution settlement»⁶⁵.

Ebbene, una posizione perfettamente connotata nella sua radicalità. E naturalmente non vi sono ragioni teoriche per escludere che questo sarà davvero il destino della Costituzione britannica⁶⁶. E tuttavia, come giurista continentale, formato sugli stilemi del costituzionalismo delle Carte, scritte, rigide e codificate, sento il dovere di proporre un *caveat* a questa visione, forse utile a circostanziare meglio le necessarie implicazioni della strada verso la codificazione. Trasformare la Costituzione britannica in una *codified constitution*, attraverso l'adozione di una Carta che appunto abbia le caratteristiche di quelle continentali, non significa semplicemente trasferire in un unico documento giuridico il patrimonio del costituzionalismo inglese, riducendolo a sintesi attraverso una sapiente architettura di norme scritte. No, significa tentare un'operazione molto più ambiziosa e, mi permetto di dire, rischiosa. Significa, cioè,

⁶⁴ Cfr. V. BOGDANOR, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, cit., pp. 257-278.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 261.

⁶⁶ Prova a delineare alcuni scenari sul futuro della Costituzione britannica alla luce della Brexit S. WHITE, *Brexit and the future of the UK Constitution*, in *International Political Science Review*, 2021, pp. 1-15.

interrompere una tradizione, rigettarne le coordinate che da sempre presiedono alla sua interpretazione, chiudere una storia millenaria per aprirne una nuova e diversa, sotto molteplici punti di vista. In altri termini, adottare una Carta scritta non coincide semplicemente con un'opera di aggiornamento e rafforzamento dell'ordinamento esistente, bensì approdare ad un'altra versione del costituzionalismo; ad un altro complesso di idee, valori, principi, procedure; ad un altro modo di intendere i rapporti tra governanti e governati, tra gli organi costituzionali, tra poteri centrali e periferici. Insomma, significa abbandonare il pianeta su cui si è sempre vissuto per raggiungerne un altro dove la vita scorre su binari diversi. E ovviamente cambiare in questi termini il diritto costituzionale significa modificare, in larga misura, i fondamenti culturali della nazione.

Di fronte a queste constatazioni di mero buon senso, la domanda cruciale da porsi è la seguente: l'Inghilterra⁶⁷ è pronta per una trasformazione di questo tipo? Due dati di fatto mi sembrano in evidente controtendenza e fanno propendere per una risposta negativa.

Il primo è proprio il senso della Brexit: sarebbe curioso un approdo agli stilemi costituzionali tipicamente continentali proprio nel momento in cui la Gran Bretagna decide di uscire dall'Unione Europea. E non dimentichiamo che alla fine di quella estenuante vicenda il corpo elettorale ha ritenuto opportuno imboccare la via d'uscita nel modo più classicamente britannico: concedendo al Primo Ministro in carica un'amplissima maggioranza parlamentare per portare a termine il suo programma di "*Brexit done*", come infatti poi puntualmente accadde⁶⁸.

Il secondo è invece legato alla tendenza politica attualmente in atto. I meccanismi messi in moto dalla Brexit stanno andando in una direzione diametralmente opposta a quella auspicata dai fautori della Costituzione codificata. I progetti dell'attuale maggioranza parlamentare, e soprattutto del Governo in carica, tendono alla restaurazione di alcuni stilemi classici del costituzionalismo inglese, in controtendenza perfino con le riforme costituzionali degli ultimi venticinque anni: dalle Carte dei diritti, alle competenze del potere giudiziario; dalle procedure parlamentari, ai poteri del Primo Ministro, e così via.

Dunque, realisticamente credo che per il momento, almeno fino ad un profondo mutamento di indirizzo politico del Paese, il dibattito sulla codificazione costituzionale rimarrà una sapida materia di discussione tra i teorici della Costituzione.

⁶⁷ Intesa proprio come nazione *England*, la terra che custodisce la tradizione del proprio costituzionalismo.

⁶⁸ Interessanti considerazioni sulle implicazioni sistemiche delle *General Elections* del dicembre 2019 sono contenute in D. CUTTS, M. GOODWIN, O. HEATH and P. SURRIDGE, *Brexit, the 2019 General Election and the Realignment of British Politics*, in *The Political Quarterly*, 91, n. 1/2020, pp. 7-23.



Più stringente e denso di preoccupazioni mi sembra invece il futuro del Regno dal punto di vista della sua integrità⁶⁹. E non vi è dubbio che queste drammatiche incertezze siano state innescate, o per lo meno rinfocolate, proprio dalla vicenda Brexit⁷⁰.

Ma questa è un'altra partita che per ora presenta solo un elemento certo e sicuro: che al di qua della Manica la seguiremo con la stessa intensità intellettuale, attenzione ai dettagli e preoccupazioni sistemiche, che abbiamo riservato a quella storia, affascinante ma ormai conclusa, che si chiama Brexit.

⁶⁹ Sulle procedure referendarie che potrebbero determinare uno sfaldamento territoriale del Regno Unito mi permetto di rinviare a C. MARTINELLI, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit: lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, cit.

⁷⁰ Ampie riflessioni sul tema si trovano in M. KEATING, *Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Droit et Société*, 98, 2018, pp. 53-69, e ID., *Taking back control? Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Journal of European Public Policy*, 17, 2021, pp. 1-19, nonché in S. TIERNEY, *The Territorial Constitution and the Brexit Process*, in *Current Legal Problems*, 72, 1, 2019, pp. 59-83.



Sezione 1 – Democrazia diretta,
democrazia rappresentativa e ruolo delle
Corti nel procedimento per la Brexit



Il Regno Unito dalla notifica sul recesso all'accordo sugli scambi e la cooperazione*

di **Federico Savastano**

Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico
Sapienza – Università di Roma

Abstract [It]: L'articolo analizza alcuni aspetti dei cambiamenti avvenuti nel contesto costituzionale del Regno Unito per effetto della Brexit, con riferimenti al ruolo dell'esecutivo nella forma di governo britannica, al rapporto con le autonomie devolute e alla nuova collocazione internazionale della Gran Bretagna, da leggersi anche alla luce del mutamento degli equilibri geopolitici globali che si sta verificando per effetto del conflitto in Ucraina.

Title: The Constitutional Context: The United Kingdom from the Notification of Withdrawal to the Agreement on Trade and Cooperation with the European Union.

Abstract [En]: The article analyses some aspects of the changes that have taken place in the constitutional context of the United Kingdom as a result of Brexit, with references to the role of the executive in the British form of government, the relationship with the devolved autonomies and the new international position of Great Britain, to be read also in the light of the changing global geopolitical balances that are taking place as a result of the conflict in Ukraine.

Parole chiave: Brexit, Regno Unito, autonomie, Devolution, governo, relazioni internazionali

Keywords: Brexit, UK, Autonomies, Devolution, Government, International Relations

Sommario: 1. Vicende politiche dopo l'invocazione dell'art. 50. 2. Il Governo di Sua Maestà tra Brexit e pandemia. 3. Brexit e devolution. 4. I rapporti internazionali. 5. Conclusioni.

1. Vicende politiche dopo l'invocazione dell'art. 50

La fuoriuscita dall'Unione europea ha segnato per il Regno Unito un periodo di intensi cambiamenti sotto diversi profili: in primo luogo economici e sociali, in ragione dell'impatto che l'abbandono del mercato unico non poteva non comportare¹; ovviamente in campo di collocazione internazionale del Regno, anche qui per ragioni evidenti; sono però gli aspetti politici e istituzionali ad aver subito le maggiori trasformazioni².

Come era inevitabile, infatti, sono state le vicende politiche hanno a determinare l'evolversi del processo di fuoriuscita dall'Unione europea, e questo ha avuto a sua volta un'influenza decisiva sugli assetti politici

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Si veda, tra le altre, l'analisi di B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *federalismi.it*, n. 23, 2016, pp. 1-11, poi ripresa in B. CARAVITA, *Brexit: ad un anno dal referendum, a che punto è la notte?*, in *federalismi.it*, n. 16, 2017, pp. 1-4 e poi da ultimo in B. CARAVITA, *Secession, withdrawal, and the experience of the European Union*, in *Il costituzionalismo multilivello nel terzo millennio. Scritti in onore di Paola Bilancia*, in *federalismi.it*, n. 4, 2022, pp. 1-10; C. CURTI GIALDINO, *Le trattative tra il Regno Unito e l'Unione europea per la Brexit alla luce dei primi due cicli negoziali*, in *federalismi.it*, n. 16, 2017, pp. 1-37.

² C. MARTINELLI, *La Brexit come vaso di Pandora della Costituzione britannica*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, pp. XI-XIX.

dominanti: tre diversi Primi Ministri si sono alternati nella gestione del processo, e tutti hanno avuto un approccio e un impatto differenti³.

Per rendersi conto appieno di questo, è opportuno osservare in quale contesto costituzionale è maturata la decisione di uscire dall'Unione europea⁴.

Il Regno Unito del 2016 è un Paese che ha fortemente riequilibrato il ruolo del Parlamento nei confronti del Governo. Il sistema Westminster, tradizionalmente caratterizzato da una posizione privilegiata del Primo Ministro, nel corso dei decenni a cavallo tra il XX e il XXI secolo vedeva notevolmente ridimensionato questo connotato, fino al momento non solo simbolico dell'approvazione del *Fixed Term Act*, che vincolava in modo significativo il potere del Primo Ministro di decidere lo scioglimento del Parlamento e le nuove elezioni.

È uno Stato che ha trovato un equilibrio con le Nazioni devolute. Un equilibrio talvolta problematico, ma che si era incanalato in un percorso in cui la valorizzazione delle parole chiave “autonomia” e “dialogo” aveva determinato la cancellazione di ogni velleità indipendentista. Non c'è bisogno di sottolineare come gli Accordi del Venerdì Santo – raggiunti anche grazie alla comune appartenenza all'Unione europea – avessero posto fine ad una stagione difficile come quella dei *Troubles* in Irlanda del Nord; né di ricordare come la parabola dell'indipendentismo scozzese avesse subito un deciso ridimensionamento dopo il fallimento del referendum del 2014. Anche in questo caso con un ruolo decisivo svolto dal fattore europeo: è noto infatti che il forte sentimento europeista scozzese avesse spinto gran parte degli elettori a scongiurare un salto nel buio che li avrebbe portati fuori dall'Unione, così come li ha in seguito spinti a schierarsi per il *Remain* in occasione del referendum Brexit.

Ma quello in cui maturano le condizioni che portano a Brexit è anche un contesto in cui il sostanziale e perdurante sentimento di diffidenza – o di non particolare convinzione – nei confronti dell'Unione europea ha iniziato a manifestarsi tra diverse fasce di società, penetrando anche tra i partiti, dapprima con gli episodici exploit elettorali di movimenti ad hoc, quali l'Ukip, e poi con il coinvolgimento dei partiti tradizionali, che hanno iniziato a considerare il tema come argomento elettorale valido, o meglio hanno iniziato a prendere atto di quella che evidentemente stava diventando un'istanza degna di essere presa in considerazione.

Dunque, l'avvio di Brexit ha segnato un punto di rottura e di divisione, che ha riguardato la società britannica – divisa trasversalmente prima tra *remainers* e *leavers*, poi tra *hard* e *soft brexitters* – ma anche un

³ Sui tre governi della Brexit si vedano, per Cameron, E. PALICI DI SUNI, *Il demolitore dell'Unione Europea o un Conservatore liberale e coerente?*, per Theresa May, G. MARZULLI, *La parabola di “Lady Brexit”*, su Johnson, S. SILEONI, *Gioco delle parti e teoria dei giochi: prime osservazioni su una leadership ancora da definire*, tutti in A. TORRE (a cura di), *Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i primi Ministri*, CEDAM, Padova, 2020, pp. 1127-1191.

⁴ Per una trattazione più ampia del contesto, sia consentito il rinvio a F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7-46.

momento di riflessione sul rapporto tra le istituzioni e sul rapporto con le nazioni devolute e quindi, in definitiva, un momento di riflessione sulla forma di governo e sulla forma di stato.

A valere per la forma di governo, i profili siano stati molteplici: Brexit ha infatti dato modo di ridiscutere del rapporto con le Corti⁵, del rapporto tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa⁶, del ruolo di controllo del Parlamento sul Governo⁷.

Nella fase iniziale, in particolare quella intercorsa tra referendum e notifica di recesso, è la sentenza Miller I⁸ ad aver costituito un primo momento di ridefinizione delle caratteristiche dell'ordinamento costituzionale, con una importante ricostruzione del tema della sovranità parlamentare.

Quanto accade dopo la notifica contribuisce a modificare ulteriormente il contesto istituzionale: Theresa May nel tentativo di rafforzare la propria posizione nei confronti del Parlamento indice nuove elezioni che ottengono l'effetto contrario, ossia quello di ridimensionare la maggioranza conservatrice a Westminster. La May avrebbe voluto una maggioranza forte per gestire con maggiore autorevolezza i negoziati Brexit, appena iniziati. Si ritrovò invece a doverlo fare con un *Hung Parliament* in cui il Governo si reggeva sull'appoggio del DUP⁹. Non proprio il massimo, se si tiene conto della centralità della questione irlandese.

L'accordo negoziato dalla May, infatti, lasciò tutti insoddisfatti e diede il via ad un susseguirsi di dimissioni tra i Ministri, in particolare quelle di Boris Johnson e del negoziatore Brexit David Davies. E nel 2019, subito dopo le surreali elezioni europee nel Regno Unito, la May si dimise da Primo Ministro e le subentrò proprio Johnson, il cui approccio fu senz'altro più deciso. Erano i mesi della "sospensione del Parlamento", quando il nuovo Primo Ministro cercò di neutralizzare la Camera dei Comuni durante la

⁵ M. BRENNCKE, *Statutory Interpretation and the Role of the Courts after Brexit*, in *European Union Law*, 25, n. 4, 2019, pp. 637-664

⁶ S. PAROLARI, *Democrazia diretta nel Regno Unito: il referendum è lo strumento adeguato per uscire dall'impasse della Brexit?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 febbraio 2019; P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*, in *federalismi.it*, n. spec. 1, 2017, pp. 1-15; A. TORRE, *Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità*, in *federalismi.it*, n. spec. 1, 2017, pp. 23-46; ID., *Sovranità parlamentare e decisione popolare nel Regno Unito della Brexit*, in C. MARTINELLI (a cura di), *Il Referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2017, pp. 173-220.

⁷ Si veda C. MARTINELLI, *Downing Street vs Westminster Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019, pp. 5-30; F. ROSA, *Brexit e la rivincita del Parlamento?*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2019, pp. 31-47.

⁸ Sul tema, si vedano G. CAPORALI, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *federalismi.it*, n. 10, 2020, pp. 64-131; G. CARVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *federalismi.it*, n. 18, 2019, pp. 1-11; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *DPCE Online*, 1, 2017, pp. 95-97; S. GIANELLO, *Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2017, pp. 1-28; S. PAROLARI, *La pronuncia della Supreme Court del Regno Unito sul caso Miller e le questioni aperte per l'ordinamento costituzionale britannico*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 febbraio 2017;

⁹ Si veda G. CARVALE, *L'European Union (withdrawal) Bill 2017-2019: un test decisivo per la tenuta del governo May*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 2, 2017, pp. 1-3 e 6-9. Sia consentito il rinvio anche a F. SAVASTANO, *Si aprono i negoziati dopo l'indebolimento della May*, in *federalismi.it – Osservatorio Brexit*, 25 maggio – 21 giugno 2017.

fase decisiva dei negoziati, quindi di un momento di forte tensione istituzionale da cui emersero l'imposizione parlamentare della richiesta di una proroga a Bruxelles per il raggiungimento di un accordo e l'indizione di nuove elezioni.

In un clima di scarsa stabilità e di una certa confusione, la campagna di Boris Johnson puntò, tra le altre cose, ad evidenziare come molti dei problemi della risoluzione dell'Affaire Brexit fossero legati ad un atteggiamento poco risoluto dell'esecutivo, che soffriva della necessità di doversi confrontare – spesso uscendone sconfitto – in Parlamento per ogni decisione, e che pertanto doveva tornare ad avere strumenti di azione maggiormente efficaci.

L'esito delle elezioni del 2019 fu chiaro, e il mandato che l'elettorato britannico concesse a Johnson e alla nuova linea dei conservatori lo fu altrettanto: portare a termine Brexit, in un modo o nell'altro.

Le elezioni del 2019 segnarono altresì la fine di un mito tutto continentale, ossia della percezione sbagliata di una perdurante divisione della società britannica tra *brexiters* e *leavers*¹⁰. Basti pensare che nessun partito, neanche i laburisti di Corbyn, si pose come campione del “grande passo indietro”: le proposte elettorali riguardavano i modi in cui poter concludere il processo che però non era messo in discussione.

L'operazione Johnson ebbe senz'altro successo: prima era stato nominato Primo Ministro, poi si era posto in contrapposizione al Parlamento, dunque aveva indetto nuove elezioni e le aveva vinte e infine, con la nuova maggioranza, è riuscito a far approvare *last minute* un nuovo accordo definitivo che consentiva la fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione europea il 31 gennaio 2020.

Una vittoria politica per Johnson cui fece da corollario il contestuale *EU Withdrawal Act (2020)*. Se, infatti, già il *Withdrawal Act* del 2018 aveva configurato la nascita di una nuova categoria di fonti del diritto – le *retained EU laws* – e aveva conferito al Governo la competenza ad occuparsi di trasformare il diritto europeo in diritto interno, il testo del 2020 ha semplificato ulteriormente questa prerogativa governativa, rendendo più agile e veloce l'intervento normativo e, dunque, più agile e veloce la possibilità del Governo di esercitare la funzione legislativa.

2. Il Governo di Sua Maestà tra Brexit e pandemia

In questo nuovo quadro, si inserisce un fattore di cui non si può non tener conto, quello della pandemia. Un po' ovunque, come sappiamo, la necessità di adottare misure di contrasto alla diffusione del Covid 19 ha visto i governi svolgere un ruolo da protagonista. La quantità e la qualità delle deleghe ricevute in favore del Governo è dunque aumentata anche in ragione dell'emergenza sanitaria, che si è andata a

¹⁰ Si veda C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, pp. 18-20.

sommare a quanto già stava accadendo in ragione della necessità di risistemare l'ordinamento britannico in conseguenza di Brexit.

Se, come si è evidenziato, il momento simbolicamente più rilevante del riequilibrio dei poteri tra governo e parlamento era stato il *Fixed Term Act* del 2011, la stessa importanza – simbolica ma anche sostanziale – ha il *Dissolution and Calling of Parliament Act*, con cui si cerca di riassegnare al Primo Ministro i pieni poteri di scioglimento del Parlamento. Un progetto che è stato annunciato in occasione del *Queen's Speech* in cui è stata apertamente dichiarata l'intenzione di spostare l'asse del sistema Westminster nuovamente a favore del Governo e del Primo Ministro.

Ma andiamo per gradi. Il *Fixed Term Act 2011* ridisegnava l'istituto dello scioglimento anticipato della Camera, limitandolo a due sole ipotesi: in primo luogo, le elezioni anticipate potevano aversi con un voto a maggioranza di due terzi della House of Commons¹¹; la seconda fattispecie invece consisteva in un voto di sfiducia a maggioranza semplice nei confronti del Governo¹², che non fosse seguito nei 14 giorni successivi dall'approvazione di una nuova mozione di fiducia¹³. Il *Fixed Term Act* proseguiva poi chiarendo come non esistessero altre ipotesi di scioglimento anticipato.

Si trattava di un radicale cambiamento di uno dei capisaldi del modello Westminster: il Primo Ministro perdeva infatti la possibilità di sciogliere autonomamente il Parlamento. Per avere elezioni anticipate, dunque, bisogna perdere la fiducia della Camera dei Comuni: se con un voto schiacciante, si va direttamente al voto, se con una maggioranza più debole, si innesca un meccanismo di simil sfiducia costruttiva, per cui si configura un tempo di 14 giorni per la formazione di un nuovo Governo capace di godere della fiducia parlamentare. Fiducia, peraltro, che vedeva cambiare anch'essa profondamente i propri connotati nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, vivendo una forma di "tipizzazione" non propria del modello Westminster¹⁴.

Nella prassi, comunque, un Primo Ministro potrebbe comunque chiedere alla propria maggioranza di farsi sfiduciare ("sfiducia apparente") o concordare con l'opposizione parlamentare lo scioglimento e il ritorno alle urne, come accaduto nel caso di Theresa May¹⁵.

In occasione del Queen's Speech del 2021, il Governo ha reso nota la volontà di eliminare le disposizioni del *Fixed Term Parliament Act 2011* per il tramite dell'introduzione del *Dissolution and Calling of Parliament Act*, che è stato poi effettivamente discusso in prima lettura nella House of Commons il 12 maggio 2021

¹¹ Nello specifico, il Parlamento avrebbe dovuto votare una mozione recante le parole «*that there shall be an early parliamentary general election*».

¹² Recante le parole «*that this House has no confidence in Her Majesty's Government*».

¹³ Recante le parole «*that this House has confidence in Her Majesty's Government*».

¹⁴ Cfr. O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2015, pp. 823-827.

¹⁵ Sul punto si veda F. ROSA, *Le inaspettate elezioni britanniche del 2017*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2017, pp. 3-5.

e ha ricevuto il *Royal Assent* il 24 marzo 2022. Il disegno di legge prevede l'abrogazione del FTPA 2011, la reviviscenza del *prerogative power* della Regina di sciogliere le Camere su proposta del Primo Ministro e una clausola di esclusione che non consente l'intervento la giustiziabilità dell'esercizio della prerogativa regia di scioglimento. L'atto ha sollevato non poche perplessità dal punto di vista giuridico: la *ouster clause* nei confronti del potere giudiziario è stata ritenuta soprattutto inutile, in quanto riferita ad una prassi mai verificatasi nella storia del Regno ma, soprattutto, la dottrina ha manifestato diverse perplessità circa la possibilità per una legge di disporre la reviviscenza di una prerogativa regia¹⁶.

Il dato rilevante è comunque costituito dall'intenzione di ripristinare il modello Westminster originario, riportando il Primo Ministro al centro di un sistema da ricondurre alla sua tradizionale flessibilità.

In questo contesto, la pandemia ha rappresentato un'ulteriore spinta al processo¹⁷: la necessità di adottare decisioni tempestive ha spinto il Parlamento a conferire al Governo, tramite il *Coronavirus Act 2020*, ampi poteri delegati, connessi a temi rilevanti quali i diritti individuali e le libertà dei cittadini. Il tutto peraltro con una procedura emergenziale rapida e con la previsione di un controllo parlamentare molto blando. Il Governo ha dunque potuto/dovuto approfittare dell'emergenza, della necessità di adottare un numero molto elevato di atti – peraltro spesso ravvicinati e talvolta necessariamente contraddittori tra loro – e di un Parlamento che si riuniva poco e non al completo, in ragione delle norme sul distanziamento, per potersi riacquisire un peso rispetto ai Comuni che le sentenze Miller sembravano avergli precluso.

Dunque, ampio utilizzo di poteri delegati, scarso coinvolgimento del Parlamento (sia nella fase decisionale che in quella di controllo), reviviscenza di importanti *prerogative powers* sono gli strumenti attraverso i quali si concretizza il tentativo di ricentralizzare il sistema costituzionale, ripristinando i caratteri tradizionali del modello Westminster.

3. Brexit e devolution

La situazione dei rapporti con le autonomie devolute è altro tema di contesto profondamente influenzato dall'abbandono dell'Unione europea¹⁸, che è stato oggetto di attenzione degli studiosi sin dall'attivazione dell'art. 50¹⁹. Si è già detto che prima di Brexit l'Irlanda del Nord non era più un tema da decenni, mentre

¹⁶ Per un'analisi approfondita, si vedano G. CARVALE, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, n. 3, 2021, pp. 11-19; F.F. PAGANO, *La "Royal Prerogative" e la forma di governo del Regno Unito*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, pp. 85-121.

¹⁷ Sull'impatto della pandemia sul sistema costituzionale britannico si veda L. DELL'ATTI, *Stato d'emergenza, sovereignty of Parliament e le sue sfide. Riflessioni brevi sulle implicazioni costituzionali del CoVid-19 nel Regno Unito*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2020, pp. 272-284.

¹⁸ Su tutti, G. CARVALE, *A family of Nations. Asimmetrie territoriali nel Regno Unito tra devolution e Brexit*, Jovene, Napoli, 2017; B. GUASTAFERRO, *Parlamenti, Corti e struttura territoriale dello Stato: il Regno Unito tra Brexit e devolution*, in *DPCE Online*, n. 4, 2019, pp. 2807-2821.

¹⁹ G. CARVALE, *Scozia e Irlanda del Nord: la devolution dopo la Brexit*, in *federalismi.it*, n. 16, 2017.

la Scozia aveva sopito ogni velleità indipendentista in ragione dell'esito del referendum del 2014²⁰. Oggi il controverso Protocollo sull'Irlanda del Nord²¹ ha fatto riemergere i contrasti tra Unionisti e Nazionalisti, mentre l'ennesima larga vittoria di Nicola Sturgeon rende sempre più realistica l'ipotesi di un nuovo referendum per l'indipendenza da celebrarsi entro il 2023.

In particolare, la situazione in Irlanda del Nord è politicamente delicata²², anche in ragione delle prossime elezioni che si terranno in Ulster. Il DUP, infatti, non può accettare l'esistenza di un confine *de facto* che separa le due isole e ha dichiarato l'intenzione di eliminare le dogane interne previste dall'Accordo. Da una parte, infatti, è evidente come una frontiera interna al Regno Unito sia contraria ad ogni principio politico *unionista*, dall'altra un cedimento su questo fronte potrebbe facilmente tradursi in un'emorragia di voti in favore del *Sinn Fein*. Nel corso del nono incontro del *Withdrawal Agreement Joint Committee*, tenutosi a Bruxelles il 21 febbraio 2022, il Ministro degli Esteri britannico Liz Truss e il vicepresidente della Commissione europea Maroš Šefčovič hanno affermato che i negoziati proseguiranno e che vi è la determinazione ad affrontare le pendenze della questione nordirlandese, sebbene i colloqui finora non abbiano portato "né una svolta, né una chiusura" e che proseguiranno in modo più "discreto" a causa delle imminenti elezioni in Irlanda del Nord, la cui campagna elettorale durerà dalla fine di marzo al maggio del 2022.²³ Sotto il profilo giuridico, il Protocollo sull'Irlanda del Nord è stato impugnato dinanzi l'Alta Corte di Belfast, che ne ha stabilito la legittimità e la conformità con l'*Act of Union 1800*, poi confermate dalla Corte d'Appello il 14 marzo 2022²⁴.

²⁰ Sul referendum del 2014, si vedano G. CARVALE, *Il referendum sull'indipendenza scozzese: quali scenari futuri per la devolution britannica?*, in *federalismi.it – Focus Fonti del diritto*, n. 1, 2015, pp. 1-14; E. MAINARDI, *Il referendum in Scozia: tra devolution e indipendenza*, in *federalismi.it*, n. 17, 2014, pp. 1-35; A. TORRE (a cura di), *Il Regno è ancora Unito? Saggi e commenti sul referendum scozzese del 18 settembre 2014*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2016.

²¹ Sui cui contenuti vedi E. SPAVENTA, *Il protocollo sull'Irlanda del Nord fra "grazie" e disgrazie*, in *Eurojus*, n. 4, 2021, pp. 110-121.

²² Per una ricostruzione della vicenda storica, politica e giuridica si vedano, inter alia, F. MARONGIU BONAIUTI e F. VERGARA CAFFARELLI, *La Brexit e la questione del confine irlandese*, in *federalismi.it*, n. 24, 2018, pp. 1-34; E. STRADELLA, *L'Irlanda del Nord: lo specchio del centralismo britannico dalla repressione alla Brexit*, in *federalismi.it*, n. 12, 2017, pp. 1-44; G. CARVALE, *A family of Nations... cit.*, pp. 117-140.

²³ Joint Statement by Vice-President Maroš Šefčovič and the Foreign Secretary of the United Kingdom, the Rt Hon Elizabeth Truss MP, co-Chairs of the Joint Committee of the Withdrawal Agreement, 21 febbraio 2022 - STATEMENT/22/1260

²⁴ La Corte Suprema si è concentrata su cinque questioni contenute nel ricorso *Re Allister*: incompatibilità del Protocollo con l'Articolo VI dell'*Act of Union 1800*; incompatibilità del Protocollo con la sezione 1(1) del *Northern Ireland Act 1998*; eliminazione illegittima della tutela costituzionale sancita dalla sezione 42 del *Northern Ireland Act 1998* come qualificata dalle nuove norme; violazione dell'articolo 3 del Protocollo 1 ("A3P1") della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; violazioni del diritto dell'UE.

In particolare, la Corte ha stabilito che le disposizioni dell'art. VI dell'*Act of Union 1800* devono essere lette alla luce dello EUWA 2018 e che, pertanto, non possono essere considerate con esso incompatibili, né quest'ultimo può essere considerato illegittimo.

Per quel che riguarda il *Northern Ireland Act 1998*, la Court of Appeal ha sottolineato come la fuoriuscita dall'Unione europea non incida sul *Constitutional Statute* nordirlandese e che, pertanto, la decisione di Westminster non può trovare un ostacolo nel *NIA 1998*.

La questione scozzese vive invece un momento diverso. L'indipendenza è un tema che resta vivo nell'agenda politica, così come la determinazione a celebrare un nuovo referendum. Nelle parole dei leader indipendentisti, la questione è comunque rimandata al post-pandemia²⁵ ma questo non sta impedendo al Governo scozzese di continuare ad infoltire il fronte indipendentista (ad esempio con l'accordo con i Verdi) e a rafforzare la diffusione della causa nella comunità internazionale, tramite l'approfondimento di rapporti diplomatici con altri Stati.²⁶

A quanto descritto, sia a valere per la Scozia che per l'Irlanda del Nord, deve aggiungersi il mutato atteggiamento nei confronti delle autonomie che sta palesando il Governo di Boris Johnson. Il tema più importante al momento è costituito dal *Subsidy Control Bill*: si tratta di un disegno di legge volto a ridisegnare la disciplina degli aiuti di Stato nel Regno Unito. Il *Subsidy Control Bill* prevede che la concessione degli aiuti – anche da parte dei Parlamenti devoluti – sia vincolata al rispetto di alcune condizioni fissate dalla legge e, se da una parte prevede che il Governo di Londra possa definire una categoria di “contributi di particolare interesse” che deroghino ai principi fissati dalla legge, dall'altra non concede una corrispondente prerogativa ai Governi devoluti.

L'effetto di questa disciplina appare fortemente sbilanciato a danno delle autonomie: se un Governo devoluto, infatti, dovesse decidere di concedere una specifica concessione, il Segretario di Stato da Londra potrebbe opporsi, impedendoglielo sulla base delle ripercussioni che questa potrebbe avere sul mercato interno; nulla potrebbero invece i Governi devoluti (che devono essere consultati, ma il cui parere non è vincolante) in caso di misura adottata dal Segretario di Stato – anche sul loro territorio – che non incontrasse il loro consenso.

Anche la Corte Suprema sta mostrando un orientamento più restrittivo quando si trova dinanzi a questioni inerenti la *devolution*.²⁷

Brexit ha mostrato sin dai suoi primi momenti di poter avere un impatto sulla stabilità della questione nordirlandese e sull'indipendentismo scozzese. Se a questa spinta fa da corollario un atteggiamento centralista da parte del Governo di Londra, poco incline a favorire le istanze delle autonomie devolute, tali processi sono destinati ad evolvere nel corso dei prossimi anni. La pandemia li ha rallentati, se non sospesi, e la situazione internazionale dovuta al conflitto russo-ucraino esploso alla fine del febbraio 2022 potrebbe avere lo stesso effetto. Ma si tratta di nodi destinati a venire al pettine e che costituiranno un

²⁵ G. CARVALE, *Incremento del potere esecutivo e fragilità del Premier: il paradosso del Governo Johnson*, in *Nomos-Le Attualità del diritto*, n. 3, 2021, p. 15.

²⁶ La rete *Scotland House* ha uffici a Londra, Dublino, Bruxelles, Berlino, Parigi, Washington, Ottawa e Pechino tramite i quali cura le iniziative per lo sviluppo di commercio, istruzione e gli eventi culturali. Di recente sono stati istituiti nuovi uffici a Copenaghen e Varsavia.

²⁷ Si veda l'analisi svolta da G. CARVALE, *Incremento del potere esecutivo... cit.*, p. 14 a proposito della pronuncia della Corte Suprema del Regno Unito nel caso *United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill Reference*, con cui due progetti di legge del Parlamento scozzese sono stati bloccati perché al di fuori delle sue competenze.

argomento prioritario nell'agenda di Downing Street. Prima quello nordirlandese, più urgente, ma poi anche, inevitabilmente, quello scozzese.

4. I rapporti internazionali

La Brexit sembrava poter costituire uno spartiacque anche dal punto di vista dei rapporti internazionali del Regno Unito. E così è stato, inevitabilmente, fino allo scoppio della guerra in Ucraina, che ha ridefinito ulteriormente gli equilibri globali.

L'atteggiamento dell'esecutivo britannico nell'immediato post-Brexit può essere valutato prendendo le mosse da un episodio piccolo, ma senz'altro curioso, quello di Jersey²⁸. La vicenda di Jersey è infatti inequivocabilmente la figlia primogenita di Brexit.

L'Accordo sugli scambi e la cooperazione tra l'UE e il Regno Unito è stato raggiunto il 24 dicembre 2020, a una settimana esatta dalla fine del periodo di transizione. Uno dei problemi principali per cui si è arrivati last minute al raggiungimento di un'intesa è stato la regolamentazione della pesca. L'intera rubrica quinta della Parte II del trattato sulle relazioni post-brexit è dedicata a questo tema: l'Unione europea si è impegnata a diminuire del 25% il pescato nelle acque costiere britanniche in 5 anni, terminati i quali negozierà annualmente la quota nell'ambito del "Comitato specializzato della pesca", istituito dall'art. Inst. 2, cap. III dell'Accordo.

Va tenuto presente che il governo di Johnson avrebbe voluto una riduzione pari al 60% in tre anni. Ben lontana dal risultato ottenuto. Questo spiega facilmente perché proprio sulla pesca ha rischiato di saltare l'Accordo e perché si sia arrivati alla firma così tardi, quando ormai il "No-Deal" sembrava inevitabile. E questo spiega anche perché la prima controversia nell'era post-Brexit sia sorta proprio sulla pesca.

La piccola controversia di Jersey nasce in questo modo: il Regno Unito ha sì acconsentito ad una riduzione inferiore a quella che avrebbe auspicato ma ha poi adottato misure restrittive tese a scoraggiare la pesca da parte delle navi europee. Nello specifico, le navi francesi sono state sottoposte ad un irrigidimento dei controlli burocratici che ha seriamente compromesso la possibilità di condurre fruttuosamente l'attività economica cui sono preposte.

Questi controlli sono stati operati sfruttando il possesso dell'isola di Jersey che pur essendo, appunto, un'isola, costituisce una vera e propria enclave in territorio francese, trovandosi a soli 20 km dalla penisola di Cotentin, in Normandia e a più di 160 km dalla più vicina costa britannica.

Una sessantina di barche francesi cui è stato negato il pass per la pesca hanno organizzato una protesta al largo delle coste dell'isola, minacciando di bloccare il porto.

²⁸ Su cui sia consentito rinviare a F. SAVASTANO, *Quattro mesi e sei giorni. Jersey, la prima "crisi" post Brexit*, in *EUblog.eu*, 7 maggio 2021.

Di qui una piccola escalation fatta di minacce (sospendere l'elettricità, che a Jersey arriva dalla Francia), di schermaglie diplomatiche e, infine di “misure precauzionali” che hanno come protagoniste due navi da guerra della Royal Navy e due motovedette della flotta di Parigi.

Ciò che sembrava rilevante non era l'episodio in sé, ma il fatto che si fosse verificato dopo solo poco più di quattro mesi di “nuove relazioni”. La piccola vicenda di Jersey è stata dunque una spia utile a rivelare quale fosse il tipo di atteggiamento che il Regno Unito intendeva assumere nei confronti dei partner europei.

Una “*Global Britain*” slegata dalle catene della debolezza della politica estera dell'Unione europea, capace di dialogare autonomamente con gli Stati Uniti ad ovest e con le potenze del Pacifico ad est: questa era la visione dei Conservatori e l'intento dichiarato di Boris Johnson. Una visione che, se già da subito ha dovuto fronteggiare qualche difficoltà (come il mancato accordo commerciale con il Giappone), oggi potrebbe sgretolarsi di fronte agli effetti della guerra in Ucraina.

Il conflitto che sta spaventando l'Europa in questi giorni ha avuto infatti diversi effetti in termini di equilibri internazionali. Innanzitutto, smentendo alcuni timori diffusi, gli Stati membri dell'Unione europea si sono mostrati molto compatti nella reazione; inoltre, le istituzioni europee sono state il luogo che i Governi degli Stati membri hanno scelto per concordare gli atteggiamenti da assumere, assegnando proprio a tali istituzioni il compito di manifestarli in ambito internazionale.

Un fattore dirimente è rappresentato dalla decisione storica della Germania di tornare ad investire nella difesa. Dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, prima per imposizione e poi per scelta, la Germania è sempre rimasta una non-potenza sul piano militare, pur essendo un importante paese dal punto di vista della produzione (ed esportazione) di armi. Il riarmo tedesco apre due scenari, entrambi poco favorevoli alle strategie internazionali del Regno Unito e al suo peso nell'ambito del “blocco occidentale”: da una parte, infatti, una Germania armata avrà un ruolo del tutto diverso in ambito NATO, a scapito proprio di quello oggi ricoperto da Londra; dall'altra, elemento ancor più rilevante, la decisione di Berlino potrebbe rappresentare la spinta decisiva per il processo di creazione di una difesa comune europea²⁹ - prospettata dal Trattato di Maastricht ma la cui attuazione non è mai realmente iniziata – tema di particolare interesse per la Francia, che sta affrontando il suo semestre di presidenza europea.

²⁹ Sul tema, di recente, M. FRAU, *I nodi irrisolti della difesa comune europea. Una prospettiva federalista*, in *federalismi.it*, n. 6, 2022, pp. 1-26. Si vedano inoltre J. SCHMIDT, *The European Union and the Use of Force*, Brill, Leiden, 2020; B. CARAVITA, *Difesa comune, istituzioni comuni come ancora di salvezza dell'Europa e degli europei*, editoriale introduttivo di C. SBAILÒ (a cura di), *Difesa europea. Quali prospettive. Atti dell'Incontro internazionale di Studi. Roma, 19 ottobre 2018*, in *federalismi.it*, fascicolo speciale n. 1, 2019; E. CARLI, *La Politica di Sicurezza e di Difesa Comune dell'Unione europea. Profili di responsabilità internazionale*, Giappichelli, Torino, 2019; M. D'AGOSTINI, *Politica di difesa comune e solidarietà europea. L'articolo 42 del Trattato sull'Unione europea contro il terrorismo internazionale*, in *federalismi.it – Focus Human Rights*, n. 1, 2016, pp. 1-44.

5. Conclusioni

Il legame tra Brexit, le sue conseguenze e il rafforzamento dell'esecutivo è senz'altro molto forte. Le numerose sconfitte subite da Theresa May in aula ogni qual volta ha portato in Parlamento i risultati dei suoi negoziati con Bruxelles hanno dato all'opinione pubblica britannica un senso di frustrazione. Brexit doveva essere fatta a tutti i costi, eppure non si riusciva a fare perché il Governo non aveva un consenso parlamentare adeguato.

Lo spettro del *no deal* e di una non brillantissima figura sul piano internazionale hanno spaventato i sudditi di Sua Maestà, il cui sentimento è stato correttamente interpretato dalla proposta di Boris Johnson. L'atteggiamento risoluto e risolutore di Johnson incarnava le necessità che i cittadini britannici ritenevano impellenti e la sua ascesa alla carica di Primo Ministro, caratterizzata da un immediato conflitto con il Parlamento, il cui simbolo è stato la vicenda della *prorogation*, è stata premiata con un plebiscito elettorale in occasione delle *General Elections* del 2019.

L'intento di ripristinare il tradizionale modello Westminster, basato su flessibilità della Costituzione e centralità dell'esecutivo, è osteggiato dalle Corti ma sostenuto dall'elettorato e favorito dalle circostanze: prima il protagonismo nella gestione dei negoziati Brexit, poi le *retained EU laws*, infine le emergenze. L'emergenza pandemica ha portato con sé un comprensibilmente significativo incremento delle deleghe al Governo. L'emergenza globale che si sta verificando in ragione dell'aggressione russa all'Ucraina pone gli Stati di fronte alla necessità di operare scelte di politica internazionale in cui i governi sono necessariamente in una posizione di maggior coinvolgimento rispetto ai Parlamenti.

La tendenza al rafforzamento degli esecutivi, del resto, è diffusa nella gran parte degli ordinamenti costituzionali ed è evidente che non ha fatto eccezione quello britannico, la cui prerogativa è stata tradizionalmente proprio quella di concedere al Governo una posizione privilegiata rispetto a quanto accade nelle altre democrazie parlamentari. Una caratteristica che era sensibilmente mutata negli ultimi venti anni.

Il momento, però, è grave.

Brexit è stato un momento di rottura nella storia costituzionale del Regno Unito. Ed è stato in occasione delle due decisioni chiave in merito a Brexit – prima la notifica della volontà di recedere e poi la definizione concreta di un accordo – che l'ordinamento britannico ha ribadito con forza – quasi con orgoglio – il principio cardine della sovranità parlamentare.

La pandemia – si auspica – è entrata nella sua fase conclusiva.

Le prossime sfide del Regno Unito non sono meno impegnative: c'è in gioco il suo ruolo internazionale, in ragione della ridefinizione degli equilibri globali e degli equilibri tra gli Stati occidentali; c'è in gioco la



sua integrità territoriale, in ragione delle questioni scozzese e nordirlandese che, forse ulteriormente rinviate per via dei fatti di guerra, prima o poi si presenteranno in tutta la loro complessità.

Resta da valutare dunque come tali sfide impatteranno sugli equilibri istituzionali interni e se avranno anch'esse un impatto – come hanno avuto le precedenti – sull'ordinamento costituzionale britannico.



Il referendum nel Regno Unito prima e dopo la Brexit*

di Simone Gianello

Ricercatore di Diritto pubblico comparato
Università di Milano Bicocca

Abstract [It]: il contributo propone una riflessione sull'uso dello strumento referendario nel Regno Unito. Muovendo dall'analisi del peculiare rapporto fra la sovranità parlamentare e quella popolare nel quadro del costituzionalismo britannico, si cercherà di comprendere se il voto sulla Brexit abbia mutato la fisionomia del referendum, ovvero se ne abbia confermato i consueti caratteri e le connesse divergenze di ordine interpretativo.

Title: The UK referendum before and after Brexit

Abstract [En]: the essay proposes a reflection on the use of the referendum in the United Kingdom. Starting from the analysis of the peculiar relationship between parliamentary and popular sovereignty in the context of British constitutionalism, we will try to understand whether the Brexit vote has changed the nature of the referendum, or if on the contrary it has confirmed its usual characteristics and the related interpretative divergences.

Parole chiave: Brexit; Regno Unito; Referendum; Sovranità parlamentare; Democrazia diretta

Keywords: Brexit; United Kingdom; Referendum; Parliament; Parliamentary sovereignty; Direct democracy

Sommario: 1. Premessa. 2. Uno strumento (non) di democrazia diretta nelle maglie della democrazia rappresentativa. 3. L'esaltazione apparente del conflitto fra due forme di sovranità: un voto contro lo *status quo*. 4. Una possibile regolamentazione *costituzionale* del referendum contro ipotetiche forzature nel suo utilizzo?

1. Premessa

Il referendum Brexit ha rappresentato un *constitutional moment* nel percorso evolutivo dell'ordinamento britannico, e non solamente per gli effetti che ad esso sono succeduti in termini di mutamento dei rapporti con l'Unione europea, sebbene questi possono apparire *prima facie* i più tangibili. Il prodotto di quel voto non è rimasto contingentato alla sola dinamica relazionale (politica ed economica) fra l'ordinamento di Sua Maestà e quello sovranazionale eurounitario. Riprendendo le parole della Supreme Court nella prima sentenza *Miller*, la Brexit ha comportato plastici mutamenti di livello costituzionale, ad esempio sul versante delle fonti del diritto, nonché con riguardo alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali degli stessi cittadini britannici che da quel fronte traevano autonoma legittimazione ed efficacia. Dal momento della sua entrata in vigore, l'*European Community Act* del 1972, infatti, «effectively constitutes EU law as an entirely new, independent and overriding source of domestic law, and the Court of Justice as a source of binding judicial decisions about its meaning»¹, sicché il suo venire meno, per effetto del recesso

* Articolo sottoposto a referendum.

¹ [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), 24 January 2017, par. 80.

britannico dall'Unione, «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»². Analoghe ripercussioni, non da ultimo, le si sono potute apprezzare sul piano dei rapporti politici *stricto sensu*, nonché su quello delle relazioni istituzionali all'interno della forma di governo³. Come ha puntualmente osservato Micheal Gordon, l'esito del voto del 23 giugno 2016 ha condotto alle dimissioni di due Primi Ministri (David Cameron e Theresa May), alla triplice estensione del termine biennale per i negoziati di recesso di cui all'art. 50 TUE e, da ultimo, a due *general elections*⁴. Per non parlare del ruolo da protagonista, forse addirittura di una nuova dimensione, ritagliatasi dalla Supreme Court nel dirimere le conflittualità insorte *medio tempore* fra governo e parlamento⁵.

Prima di ogni altro possibile ragionamento, che da questo punto di vista risulta essere consequenziale, la Brexit ha imposto una profonda riflessione sullo strumento referendario in sé, e non solo in quanto *fulcro* attorno al quale ha ruotato l'intera vicenda, traendone il momento autorizzativo, quanto e soprattutto in relazione al *se* e al *come* in ragione di tale evento sia eventualmente mutata la funzione dello strumento in questione. Se da tempo è ormai consolidata la collocazione della consultazione popolare all'interno dello strumentario costituzionale britannico⁶, altre questioni ad esso strettamente connesse, complice anche la natura *unwritten* della Costituzione d'oltremarica, hanno impiegato più tempo a radicarsi e talune restano tutt'oggi oggetto di intenso dibattito⁷. Solo per citarne, seppur brevemente, alcune, si pensi al mai del tutto risolto rapporto – per certi versi dicotomico – fra l'espressione del voto referendario e i principi informatori della sovranità parlamentare. Al grado di cogenza con la quale, per riprendere la distinzione diceyana, il *Sovrano politico* è in grado limitare l'azione del *Sovrano legale*⁸, nonché le condizioni alla presenza delle quali sorga un vincolo (e se sì, di che natura) in capo alla rappresentanza politica di rivolgersi alle urne delegando al corpo elettorale l'assunzione di determinate decisioni. Ovvero, all'opportunità di una

² [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), par. 81.

³ Per uno sguardo d'insieme si rinvia a F. ROSA, *Il parlamentarismo britannico dopo la Brexit*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2021, pp. 777 ss.

⁴ Cfr. M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, in *European Constitutional Law Review*, 16, 2020, p. 213.

⁵ In tal senso, C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, in *DPCE online*, 1/2017, pp. 99 ss.; nonché ID, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry Miller (No.2) della UKSC*, in *Osservatorio AIC*, 6/2019, pp. 5 ss.

⁶ *Ex plurimis*, M. QVORTRUP, *Democracy by Delegation: The Decision to Hold Referendums in the United Kingdom*, in *Representation*, Vol. 42, No. 1 (2006), p. 59. In proposito appare indicativo il titolo del saggio di A. TORRE, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2012, pp. 11 ss.

⁷ C. BICKERTON, *'Parliamentary', 'popular' and 'pooled': conflicts of sovereignty in the United Kingdom's exit from the European Union*, in *Journal of European Integration*, Vo. 41, No. 7 (2019), p. 888.

⁸ Sul punto si rimanda alle riflessioni di S.G. WHITE, *The referendum in the UK's Constitution: From Parliamentary to Popular Sovereignty*, in *Parliamentary Affairs*, 00, 2020, pp. 8 ss.

regolamentazione normativa suscettibile di declinare *a priori*, dunque parzialmente cristallizzando, l'affermarsi di dette circostanze.

Dati questi presupposti, lo svolgimento del referendum Brexit, ed in specie il suo esito, per le ragioni che di seguito verranno accennate, non ha fatto altro che catalizzare ulteriormente questo intenso ed annoso dibattito al quale si è accostato un ulteriore interrogativo: il voto sulla permanenza del Regno Unito all'Unione europea ha rappresentato l'ultima, in ordine di tempo, di una serie di espressioni popolari, oppure ha in sé generato una modificazione dello strumento, segnandone uno spartiacque in grado di condizionare future ed eventuali celebrazioni?

Seppur con il doveroso *caveat* per cui il presente contributo, rispetto ai temi che verranno discussi, non ambisce all'individuazione di soluzioni che possano dirsi conclusive, nelle pagine che seguono si cercherà di entrare nel merito delle *issues* poc'anzi accennate al fine di comprendere quali ripercussioni il voto del 23 giugno 2016 abbia prodotto sul referendum, come congeiato all'interno dell'ordinamento britannico.

2. Uno strumento (non) di democrazia diretta nelle maglie della democrazia rappresentativa

Al fine di formulare una risposta al quesito poc'anzi delineato, è preliminarmente opportuno cercare di individuare quali siano i caratteri essenziali dello strumento referendario nel Regno Unito. Ciò risulta utile soprattutto per comprendere se lo stesso possa essere annoverato fra gli strumenti di democrazia diretta in senso stretto e quali termini lo leghino alle logiche della democrazia rappresentativa.

Da questo punto di vista appaiono centrali le riflessioni di Massimo Luciani, uno dei principali studiosi dell'istituto. Sebbene le sue argomentazioni, è bene evidenziare sin d'ora, siano in prevalenza concentrate sulla specificità italiana dello strumento, altre di ordine marcatamente generale sono suscettibili di essere estese all'inquadramento del referendum oltre i confini nazionali, dunque anche alla cornice ordinamentale del Regno Unito. Secondo l'Autore, nella sua moderna declinazione di dispositivo polifunzionale, il referendum non può essere acriticamente annoverato fra gli strumenti di democrazia diretta, essendo più calzante una sua definizione quale «istituto di partecipazione popolare, di tipo istituzionale [...] qualificabile come una pronuncia popolare, resa con votazione separata di ciascun cittadino su questioni determinate e giuridicamente rilevanti, poste in forma alternativa anche se non necessariamente binaria»⁹. Da un lato, infatti, nelle sue coeve modalità di estrinsecazione e diversamente dalle risalenti teorizzazioni di pensatori quali Constant e Rousseau, l'espressione referendaria difetta *ab origine* dell'elemento fisico dato dalla simultanea compresenza della collettività radunata in un unico

⁹ M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 37/2008, pp. 163-164. Ampiamente, ID, *Il referendum abrogativo. Commento dell'art. 75*, in G. BRANCA – A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 2005. Per un inquadramento del referendum in chiave comparata, invece, P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, Bologna, 2003.

soggetto deliberante, collettivamente titolare della sovranità. Il referendum presuppone, invece, la necessaria frammentazione del popolo votante, il quale *pro quota* contribuisce alla determinazione del suo esito. Dall'altro, l'istituto di consultazione popolare non può essere considerato uno strumento di democrazia diretta, in quanto anche laddove la decisione venga formalmente imputata al corpo elettorale, questa è inevitabilmente il portato di una insurrogabile interposizione politica che si frappone fra la fase genetica dell'indizione e la deliberazione ultima. In altre parole, la mediazione politica frutto dell'operato della *democrazia rappresentativa* è sempre presente «sia perché l'opinione pubblica si forma e si articola solo grazie all'azione dei partiti, dei gruppi, o almeno (anzi: soprattutto, laddove gruppi e partiti sono deboli) dei mezzi di informazione, sia perché l'agenda politica può essere solo in minima parte determinata 'dal basso', sia perché il quesito sottoposto al popolo è sempre eterodeciso, sia perché l'interpretazione della volontà popolare, una volta che questa si è manifestata, è affidata pur sempre a soggetti istituzionali o sociali che sanno perfettamente se e come manipolarla e – addirittura – se e come darle esecuzione»¹⁰. Secondo questa chiave di lettura non si fatica a comprendere le ragioni per le quali il referendum è inadatto ad una ricostruzione che tutt'oggi perseveri nel solco di una logica irrimediabilmente antitetica rispetto al funzionamento delle ritualità tipiche della democrazia rappresentativa.

A questo quadro descrittivo – premesse le considerazioni di cui sopra – non sfugge, ed anzi in maniera ancora maggiore è riconducibile, il referendum, come strutturato in Gran Bretagna. In detto contesto, infatti, non pare errato escludere la possibilità che il referendum possa essere considerato come un *istituto costituzionale* in senso proprio. Sulla questione è doveroso ricordare come esso sia privo di un'autonoma regolamentazione all'interno di fonti di rango primario (*statute*) e superprimario (considerata la natura stessa della Costituzione britannica) che preesistano alla singola tornata referendaria. L'attivazione del processo che al suo esito condurrà alla deliberazione del corpo elettorale richiede necessariamente, di volta in volta, la previa approvazione di un *Act of Parliament* che ne prescriva accuratamente le modalità di indizione, di svolgimento, nonché le conseguenze del voto¹¹.

Tutto ciò conduce alla conclusione per cui più che costituire l'acme di un ineliminabile conflitto fra la sovranità popolare e quella parlamentare, il referendum rappresenta uno strumento nelle mani della

¹⁰ M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, cit., pp. 159-160.

¹¹ Come affermato dalla Supreme Court, «the effect of any particular referendum must depend on the terms of the statute which authorises it». [2017] UKSC 5: R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), par. 118. In dottrina, fra gli altri, G.J. WHEELER, *Referendums That Time forgot*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17 February 2017.

rappresentanza politica, un suo prodotto¹², o meglio un suo complemento¹³. In altri termini, esso «opera attraverso i partiti e non [è] un espediente per emarginarli dalla scena politica»¹⁴. Pertanto, allorché siano presupposte queste imprescindibili condizioni, «il referendum non dovrebbe essere sbrigativamente considerato alla stregua di una forma partecipativa *extra ordinem*, ma purché ricondotto con prudenza entro i binari del costituzionalismo parlamentare [...] un complemento anziché un antagonista della sovranità del Legislativo»¹⁵.

La solida conferma della coesistenza fra referendum e *Parliamentary sovereignty*, l'assimilabilità del primo nelle maglie della seconda, tanto da un punto di vista storico quanto dogmatico, trova conferma proprio nelle argomentazioni di Dicey¹⁶. Complici il depotenziamento della House of Lords che in seguito allo stallo fra *Peers* e *Commons* condurrà all'approvazione del *Parliamentary Act 1911*, nonché, precedentemente, una mai celata idiosincrasia nei confronti del progetto di *home rule* irlandese, Dicey individua nel referendum un surrogato alternativo al precedente potere di veto esercitato dalla Camera alta¹⁷. Uno strumento al contempo conservativo e rimesso nelle mani della popolazione che integrasse il principio rappresentativo operando come meccanismo in grado di controbilanciare il progressivo accrescimento del potere della Camera bassa, ormai preda delle logiche della maggioranza partitica (e di governo)¹⁸, a

¹² S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, in *U.K. Const. L. Blog*, 28 June 2016. Secondo S. PAROLARI – J. WOELK, *The Referendum in the United Kingdom: Instrument for Greater Constitutional Legitimacy, Tool of Political Convenience, or First Step to Revitalize Democracy?*, in C. FRAENKEL – C. HAEBERLE – S. KROPP – F. PALERMO – K.P. SOMMERMAN (ed.), *Citizen Participation in Multi-Level Democracies*, Boston, 2015, p. 267, contrariamente ai meccanismi propri della democrazia diretta che ripongono nelle mani del corpo elettorale la decisione finale, il referendum può essere considerato alla stregua di uno strumento di *participatory democracy*, «aimed at improving the quality of decision making through outreach, participation and inclusion as well as improving – through this means – the substance of decision».

¹³ Cfr. M. QVORTRUP, *A Tale of Two Referendums. Elite Manipulation or Civic Engagement?*, The Constitution Society, London, 2015, p. 7, il quale pone all'evidenza, sulla falsariga di quanto sostenuto da Massimo Luciani, come in Gran Bretagna attraverso il referendum sia demandata alla popolazione esclusivamente la possibilità di esprimersi, approvando o rigettandola, una proposta formulata dal legislativo, essendo esclusa ogni forma di iniziativa popolare che ne attivi l'iter.

¹⁴ L. DE GRAZIA, *Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese*, in *Nuove Autonomie*, 3/2019, p. 462. Si veda, in aggiunta, C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, 1/2017, p. 25, ove l'Autore, afferma come «nella prassi [...] il referendum non è stato un 'istituto costituzionale' bensì un'eventualità decisa dai rappresentanti della collettività. E in questo quadro si potrebbe perfino sostenere che si tratti di una caratteristica talmente pregnante da consigliare di parlare con molta circospezione e prudenza di 'democrazia diretta', quanto piuttosto di una manifestazione di inscindibile interrelazione tra democrazia rappresentativa e diretta: l'attivazione della seconda dipendendo dalla prima, ma la prima venendo poi condizionata in modo determinante dalla decisione della seconda».

¹⁵ A. TORRE, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, cit., p. 33.

¹⁶ In generale, A.V. DICEY, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 57 (1890), pp. 489 ss.

¹⁷ M. QVORTRUP, *A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto*, in *History of Political Thought*, Vol. 20, No. 3 (1999), p. 542.

¹⁸ *Passim* P. LEYLAND, *The Constitution of United Kingdom. A Contextual Analysis*, II ed., Oxford, p. 59.

discapito della sua capacità di rappresentazione delle istanze del corpo elettorale¹⁹: da qui l'idea del referendum alla stregua di un *people's veto*.

Il ricorso alle urne avrebbe agito non in modo alternativo ai funzionamenti della democrazia rappresentativa, bensì quale suo *addendum*, al fine di impedire il verificarsi della possibilità che la maggioranza politica, in assenza di uno specifico mandato elettorale, riformasse significativamente l'ordinamento, contrariamente alla volontà della maggioranza degli elettori²⁰. Ad ogni modo, affinché da strumento di carattere essenzialmente *oppositivo* il referendum non trascendesse in una sorta di automatismo decisionale, in questo caso si è in grado di alienare la fisiologia del governo rappresentativo, il suo impiego avrebbe dovuto essere sottoposto ad alcune condizioni: in primo luogo, il ricorso all'interrogazione elettorale avrebbe dovuto limitarsi alle sole questioni dotate di rilievo costituzionale²¹. In seconda battuta, la chiamata in causa del referendum avrebbe comunque presupposto un previo atto parlamentare, essendo lontana dalla visione di Dicey la possibilità che fosse il popolo medesimo ad avere il potere di iniziativa, a dimostrazione della fede riposta nel principio di rappresentanza²².

La successiva evoluzione del referendum solo in parte si discosta da questi assunti, seppur dovranno trascorrere ancora degli anni prima che si possa assistere al suo effettivo consolidamento costituzionale. Dal momento della sua irruzione con il voto del 1975 sulla partecipazione della Regno Unito alla Comunità europea – occasione tutt'altro che unica come venne sostenuto all'epoca dai suoi stessi promotori – il referendum è divenuto uno strumento essenziale nell'assunzione di decisioni di fondamentale rilievo nel quadro evolutivo dell'ordinamento britannico²³. In specie di quelle

¹⁹ L. ATKINSON – A. BLICK, *Referendums and Constitution*, The Constitution Society, London, 2017, p. 24.

²⁰ Riprendendo fedelmente le parole di A.V. DICEY, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, *cit.*, p. 497, «the referendum is a revival of the miscalled 'veto', but is a veto lodged in the hands, not of a sovereign monarch, but of a sovereign people. Such a veto produces the same effects, whatever be the power by which it is exercised. It secures the Constitution against any change which the Sovereign does not deliberately approve; it tends to produce permanence in the tenure of office; it undermines the strength of that elaborate party system which in England lies at the basis not of Parliamentary government, but of government by Parliament». In aggiunta, J. MEADOWCROFT – M.W. TAYLOR, *Liberalism and Referendum in British Political Thought 1890-1914*, in *Twentieth Century British History*, Vol. 1, No. 1 (1990), p. 38. Secondo M. QVORTRUP, *A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto*, *cit.*, p. 533, per Dicey «the attraction of the referendum was that it would make democracy itself a check on party tyranny without undermining the system of representative government which appears to be an essential characteristic of a civilized or progressive state».

²¹ Secondo R. WEILL, *Dicey was not Dicenyan*, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 62, No. 2 (2003), p. 476 ss., questo approccio sarebbe rivelatore di un'evoluzione del pensiero di Dicey, di parziale affievolimento rispetto all'ortodossia della *sovereignty of parliament*. La convinzione circa la configurabilità di una sorta di dualismo pratico, non teorico, insisto nello stesso costituzionalismo britannico in virtù del quale sussisterebbe una differenziazione fra la produzione normativa *ordinaria* e *costituzionale*. Mentre la prima avrebbe dovuto essere appannaggio esclusivo dell'azione del governo rappresentativo, ossia della diade formata dall'esecutivo e dal legislativo, gli interventi di ordine costituzionale, per la loro definitiva approvazione, avrebbero richiesto una sorta di integrazione dell'efficacia demandata all'espressione degli elettori, dunque alla sovranità popolare.

²² A.V. DICEY, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, *cit.*, p. 502. Cfr. M. QVORTRUP, *A.V. Dicey: The Referendum as the People's Veto*, *cit.*, p. 546.

²³ Concetto ribadito da D. KAVANAGH, *Referendums in British Politics*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, *cit.*, p. 113, per il quale «the history of referendums in 20th century

determinazioni riguardanti i profili della forma di Stato, ossia quei temi che per la loro stessa natura sono legati con maggior grado di intensità alla sovranità popolare²⁴.

In questo senso è evocativa la rappresentazione funzionale del referendum tratteggiata nel *report* del *Select Committee on the Constitution* della House of Lords. Pur rimanendo sullo sfondo una critica, affatto celata, rivolta ad un uso *ordinario* dello strumento, in quanto «there are significant drawbacks»²⁵, per i Lords «if referendums are to be used, they are most appropriately used in relation to fundamental constitutional issues»²⁶, indicando fra queste l'eventuale abolizione della Monarchia, il recesso dall'Unione europea, la secessione di una delle *Nations* dal Regno Unito, l'abolizione della House of Lords, il sistema elettorale per la Camera bassa, la sterlina, oltre all'eventuale adozione di una Carta costituzionale scritta²⁷.

All'interno di questa cornice non si può neppure negare come il referendum sia altresì divenuto uno strumento *tattico*²⁸, utile a favorire il tentativo di risoluzione del conflitto politico, rimettendo pragmaticamente al corpo elettorale, nel ruolo di arbitro, la funzione di superamento dello stallo nel momento in cui i tradizionali rimedi della democrazia rappresentativa mostrino il fianco²⁹. Una funzione che si affianca a quella di legittimazione di importanti e decisive riforme dell'ordinamento. Come ricordato dallo stesso *Select Committee on the Constitution* nel documento cui si è fatto rinvio, l'elenco delle materie suscettibili di essere sottoposte al vaglio dell'opinione pubblica, infatti, rappresentava una lista non esaustiva. Non sarebbe possibile, o forse e ancor meglio desiderabile, cristallizzare eccessivamente la materia, considerando l'insopprimibile discrezionalità che deve essere lasciata al parlamento nel determinare l'appello al corpo elettorale, tanto nell'*an* che nel *quomodo*.

Un chiaro esempio di quanto si va dicendo è dato dai referendum sulla *devolution* di Scozia e Galles del 1997, dopo la bocciatura di quelli svoltisi nel 1979. Osservato da un punto di vista generale, in ambedue

Britain is one illustration among many of the evolutionary and flexible nature of the British constitutionalism. It was an issue of fierce debate in the early years of the 20th century, faded for the next fifty years and has returned since 1970s. The referendum on Britain of the European Community in 1975 was described by its promoter as a 'unique occasion'. Yet by the end of the 20th century referendums had become accepted part of the British constitution».

²⁴ Cfr. C. MARTINELLI, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3/2021, p. 759. L'Autore ricorda come, fra le decisioni di altissimo livello demandate al referendum popolare, a partire dal 1973 si possono annoverare quella sullo status politico-giuridico dell'Ulster, la già richiamata partecipazione alla Cee e al mercato unico, l'avvio del processo devolutivo in Scozia e Galles, il tentativo di modifica del sistema elettorale per la Camera dei Comuni, quella sull'indipendenza della Scozia, nonché, ovviamente, quella sul recesso dall'Unione europea.

²⁵ House of Lords Select Committee on the Constitution, *Referendums in the United Kingdom*, HL Paper 99, 12th Report of Session 2009-10, 17 March 2010, par. 210.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, cit., p. 220. Per talune osservazioni critiche sul possibile uso del referendum «driven by political pragmatism, not constitutional principle», si veda il *Report of the Independent Commission on Referendums*, The Constitution Unit, UCL, July 2018, p. 46.

²⁹ S. PAROLARI, *Democrazia diretta nel Regno Unito: il referendum è lo strumento adeguato per uscire dall'impasse della Brexit?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 febbraio 2019, p. 2. Sulla funzione *pilatesca* del referendum dinanzi all'incapacità decisionale dei partiti, S.E. FINER (ed.), *Adversary Politics and Electoral Reform*, London, 1975, p. 18.

le occasioni, ancorché portando a risultati contrapposti e sul presupposto di una diversa configurazione nel rapporto fra l'esito del voto e le conseguenze pratiche nel processo di decentramento territoriale (mentre nel primo caso l'eventuale approvazione referendaria si sarebbe posta quale ratifica dei già approvati ma non ancora entrati in vigore *Scotland Act 1978* e *Wales Act 1978*, nel secondo, il responso positivo del corpo elettorale avrebbe messo in moto il processo di riforma seppur in assenza di previo articolato normativo predisposto dal parlamento), il referendum ha operato secondo una medesima funzione: come strumento nella disponibilità della democrazia rappresentativa che, in determinate circostanze, per riprendere un termine caro al costituzionalismo britannico, ha ritenuto di *devolvere* al corpo elettorale la scelta in merito ad una questione cruciale per il futuro del Regno di Sua Maestà, qual era l'evoluzione in direzione decentrata della forma di stato considerata nella sua dimensione territoriale.

Più nello specifico, purtuttavia, emergono ulteriori aspetti che riportano all'utilizzo del referendum secondo prelieve ponderazioni di carattere strategico da parte dei promotori. Come suggerito da Peter Leyland, «the attempt to introduce a limited form of devolution for Scotland and Wales in the 1970s resulted from the emergence of nationalism, but also from the weak position of the Labour government (1974-79). In order to maintain its majority in the House of Commons and keep in office it relied on the support of a handful of Scottish Nationalist MPs and Welsh Nationalist MPs. To placate the nationalist MPs devolution bills were introduced offering a weak form of self-government which required approval by way of referendums. But also an amendment was included during the passage of the bills requiring 40% of the electorate to vote yes in the referendums before the provision of the legislation were validated»³⁰. *Ex adverso*, alcun *quorum* venne fissato nella tornata di fine anni Novanta. In quel caso, infatti, il supporto del governo laburista all'intervento riformatore era solido, rappresentando uno dei capisaldi del Manifesto elettorale. Allo stesso modo il referendum, benché potesse apparire parte integrante del processo devolutivo, non venne impiegato in seguito, a fronte del riconoscimento di un più elevato grado di autonomia come nel caso della revisione degli Statuti scozzesi del 2012 e del 2016, del *Northern Ireland Act* del 2006 e del 2016, così di quello gallese del 2014 e del 2017³¹.

Quanto visto sinora dimostra come il referendum, lungi dal poter essere tassonomicamente ricondotto fra gli strumenti di democrazia diretta, possa invece essere considerato una delle forme con cui si sono evoluti i meccanismi deliberativi della rappresentanza politica, divenendone un complemento sempre più

³⁰ P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*, in *Federalismi.it*, n. spec. 1/2017, pp. 6 ss.

³¹ Cfr. S. PAROLARI, *Democrazia diretta nel Regno Unito: il referendum è lo strumento adeguato per uscire dall'impasse della Brexit?*, *cit.*, p. 3.

essenziale, anche a fronte di un progressivo incrinarsi dei più canonici istituti rappresentativi³². Uno dei prodotti più evidenti della *nuova Costituzione britannica*³³, nel quale talune delle categorie più ortodosse del costituzionalismo anglosassone – ancorché non superate – richiedono una rimodulazione, meglio una relativizzazione rispetto ad approcci più risalenti ed anche più radicali. Così, il concetto stesso di *sovranità parlamentare*, inteso nella sua assolutezza, ha dovuto venire a patti con la realtà, uscendone ridimensionato all’esito del confronto³⁴.

Pertanto, in ultima analisi, prima ancora di concentrare l’attenzione sulla natura del referendum e sulla sua possibile coesistenza con gli istituti del governo rappresentativo – al netto delle considerazioni che si sono fatte sin qui e che attestano un tragiurato consenso circa la loro compatibilità – è lo stesso rapporto fra le due forme di sovranità che andrebbe riconsiderato, muovendo dal presupposto di una progressiva rarefazione dei rispettivi confini che sconsiglia di proseguire lungo percorsi che persistano nell’idea di un legame irriducibilmente antagonista.

3. L’esaltazione apparente del conflitto fra due forme di sovranità: un voto contro lo *status quo*

Considerato come nel corso degli anni si possono contare diversi referendum³⁵ e l’indizione di taluni è stata finanche resa obbligatoria, sottraendo alle istituzioni politiche la discrezionalità valutativa in merito al loro svolgimento³⁶, è davvero possibile sostenere che il voto del 23 giugno del 2016 abbia contribuito

³² Sulla questione, M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., p. 139. In generale, N. LE ROUX, *Unconstitutional Democracy?*, in *The Constitution Society*, 30 July 2014.

³³ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, 2009.

³⁴ Per un approfondimento del tema, A. TORRE, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. spec. 2019, pp. 745 ss. Sono diversi gli esempi riportati dall’Autore, il quale segnala come l’attività del legislativo abbia visto nel corso degli anni delle limitazioni provenienti da diversi fronti. Solo per citarne alcuni, si pensi alla *rule of law* e all’incrementato ruolo delle corti nella determinazione dei suoi confini; allo *Human Rights Act del 1998* ed alla funzione unificatrice delle istanze sovranazionali per il tramite della Corte europea dei diritti dell’uomo. Analogo ragionamento può essere esteso alla stessa devolution il cui processo pare essere difficilmente soggetto a reversibilità e, da ultimo, alla centralità sempre più accentuata del ruolo del governo nelle sue relazioni con l’organo parlamentare. In aggiunta, V. BOGDANOR, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 1, (2012), pp. 179 ss.

³⁵ Per una panoramica complessiva, M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, cit., pp. 216 ss.

³⁶ Ai sensi dello *Scotland Act 2016*, part. 2A (63A, par. 3), rubricata *Permanence of the Scottish Parliament and Scottish Government*, «the Scottish Parliament and the Scottish Government are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum». Una disposizione di pari tenore è contenuta all’interno del *Wales Act 2017*, part. A1 (A2, par. 3). A questi due esempi si aggiunga la previsione del *Northern Ireland Act 1998*, part. 1 (*preliminary 1*, par. 1) in forza della quale, riprendendo i contenuti del *Good Friday Agreement* del medesimo anno, si stabilisce che «it is hereby declared that Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section». Da ultimo, seppur la previsione ha cessato di produrre effetti dal 31 gennaio 2020, lo *European Community Act 1972*, prevedeva il preventivo ricorso al voto popolare in caso di modifiche dei Trattati che comportassero ulteriori cessioni di sovranità a favore delle istituzioni eurounitarie. Si vedano, in proposito, le *Sections* nn. 2, 3 e 6 dello *statute* in parola.

ad un'ulteriore evoluzione dello strumento in questione, gettando le basi per una revisione dei rapporti fra le istanze della democrazia diretta e rappresentativa?

In questo senso, la sua specificità è plasticamente rappresentata dalle parole di Vernon Bogdanor, il quale sottolinea come «the referendum has now established itself as a third chamber of Parliament, issuing legislative instruction to the other two. The sovereignty of the people is trumping the sovereignty of Parliament. The Commons is required, perhaps for the first time in its history, follow a policy to which around three quarters of MPs are opposed. The Sovereignty of Parliament is now to be constrained – not legally, of course, but for all practical purpose – not by Brussels but by the people»³⁷.

La singolarità del voto sul recesso dall'Unione europea, dunque, va rintracciata nella circostanza per la quale, almeno con riferimento ad un referendum *UK wide*, per la prima volta il corpo elettorale si è espresso favorevolmente alla modifica dello *status quo*³⁸. Più correttamente, volendo differenziare rispetto all'esperienza dei referendum devolutivi degli anni Novanta, ove anche in quel caso il responso delle urne consentì l'attuazione delle riforme fortemente volute dell'allora governo laburista, in quest'ultima occasione – sempre secondo la prospettiva di Bogdanor – oltre a contribuire alla modifica della situazione preesistente, l'espressione del corpo elettorale si è posta in conflitto, come emerso all'evidenza nel corso dei negoziati con l'Unione europea, di una considerevole componente trasversale dei rappresentanti seduti fra i banchi parlamentari.

Dal suo punto di vista, dunque, il dato dell'opinione pubblica, nel porsi in conflitto con la *voluntas* parlamentare, ne avrebbe condizionato l'azione, imponendo ai *Members of Parliament* la necessità di conformarsi *ob torto collo* ad una decisione assunta, in sua vece, da un soggetto percepito come *esterno*: il corpo elettorale. Un aspetto, quest'ultimo, confliggente con alcuni dei principi informativi posti a fondamento delle teorie di Dicey di cui alla sovranità parlamentare, in ragione dei quali Westminster, «under the English constitution, the right to make any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament»³⁹.

Alla luce delle considerazioni che fin qui si sono fatte in relazione alla funzione del referendum, sembra si possa offrire una diversa chiave di lettura in grado di ricondurre tale apparente conflitto all'interno dei binari di una più fisiologica dinamica fra i due poli espressivi della sovranità. L'evidenza delle conclusioni cui giunge Bogdanor, infatti, muta in funzione della prospettiva dalla quale le si osserva. In particolare, la

³⁷ V. BOGDANOR, *Europe and the Sovereignty of the People*, in *The Political Quarterly*, Vol. 87, No. 3 (2016), p. 350.

³⁸ Cfr. C. MARTINELLI, *Il ruolo del referendum nella British Constitution*, in *Federalismi.it*, Osservatorio Brexit, Interventi al Seminario «Brexit e il diritto di recedere dai trattati?». Università di Siena – 13 maggio 2019, 23 ottobre 2019, p. 13.

³⁹ A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed., Basingstoke, 1959, p. 40. Più in generale, M. ELLIOTT, *Sovereignty, Primacy and the Common Law Constitution: What Has EU Membership Taught Us?*, in *University of Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, 24/2018, 16 March 2018.

capacità di condizionamento della risposta popolare scema nella sua qualificazione come fatto meramente *esteriore*, del tutto divincolato dall'azione parlamentare, allorché si ritorni al momento generativo della proposta referendaria. Secondo uno schema collaudato, frutto di un provvedimento *ad hoc*, ancorché d'iniziativa governativa, la *delega* al corpo elettorale opera *a priori* nella sua neutralità e non può certo essere qualificata – nella sua forza vincolante – in funzione del suo esito, a meno di non incedere in un errore prospettico. In tal senso, le medesime questioni sollevate dal referendum Brexit avrebbero potuto manifestarsi anzitempo, in altre occasioni, ad esempio qualora gli elettori scozzesi nel 2014 avessero optato per un diverso esito della questione indipendentista, una volta ancora, in difformità rispetto al mantenimento dello *status quo*.

A ben vedere, però, questo modo di intendere la direzionalità del rapporto integrativo fra la sovranità parlamentare e quella popolare, la cui espressione si concretizza solo in quanto è la prima a conferire mandato alla seconda, chiamandola ad esprimersi, fornisce elementi chiarificatori sull'utilizzo del referendum. Non solo consente di escludere, in caso di esito conflittuale, l'inconciliabilità del voto popolare con il primato di quello di rappresentativo che vorrebbe comunque imposta la sua prevalenza, ma favorisce la risoluzione della *vexata quaestio* inerente al grado di vincolatività (*mandatory* o *advisory*) del risultato fuoriuscito dalle urne.

Alla deliberazione popolare, d'altronde, non possono essere demandate opinioni, quanto invece *l'assunzione di decisioni* nella forma della formulazione binaria – o di altro genere – del quesito che le si sottopone⁴⁰. Una complicazione che si manifesta in modo particolare dinanzi a quesiti asimmetrici dove le conseguenze del voto – almeno di alcune – non sono immediatamente nella disponibilità conoscitiva del votante, imponendo una successiva attività di implementazione da parte delle istituzioni politiche, solo parzialmente prevedibile *ex ante*⁴¹. Gli effetti del voto, lo si è già detto richiamando il pronunciamento della Supreme Court nella ormai celebre pronuncia *Miller (no. 1)*, dipendono dalla sua legge istitutiva. Il contenuto di quest'ultima, tuttavia, non deve essere ricostruito in termini di puro formalismo, imponendo un'attività di esegesi improntata ad un approccio ermeneutico *olistico* che in primo luogo tenga in considerazione la *ratio*, il contesto e le ragioni che hanno suggerito di interrogare il corpo elettorale⁴². Argomentando in termini strettamente normativi e fedeli agli assiomi dottrinali della *Parliamentary sovereignty*, residuano pochi dubbi circa la possibilità dell'organo legislativo di disattendere la decisione

⁴⁰ Si rimanda, sul punto, alle riflessioni critiche di M. LUCIANI, *Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana*, cit., p. 172.

⁴¹ C. MARTINELLI, *Il ruolo del referendum nella British Constitution*, cit., p. 19.

⁴² Cfr. M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, cit., p. 146.

popolare⁴³. Le incertezze maggiori si avrebbero qualora si volesse meditare sulle conseguenze di una simile presa di posizione.

Considerata la natura *discrezionale* e non *procedurale* del referendum nel Regno Unito, per riprendere una classica suddivisione tassonomica⁴⁴, quale paradosso ingenererebbe dalla scelta degli organi politici di chiamare a supporto il corpo elettorale, sottoponendogli l'onere di sciogliere un nodo diversamente non risolvibile, o meglio che non si è riuscito a risolvere in assenza del suo intervento, per poi negarne il responso in funzione del suo esito? Quale colpo verrebbe inferto alla stessa funzionalità del referendum? Si è fatto ricorso a diversi termini e definizioni con l'obiettivo di qualificare il grado di coercizione discendente dal voto popolare – al tempo stesso in grado di salvaguardare l'autonomia decisionale rimessa alla democrazia rappresentativa – al punto da ricorrere all'impiego di figure di difficile inquadramento costituzionale, più consone alla dimensione individuale che a quella collettiva, qual è il sorgere di vincolo di ordine *morale*⁴⁵. Nuovamente, però, sono stati i giudici di ultima istanza a venire in soccorso dell'interprete nel tentativo di venire a capo di questo intricato interrogativo. Come statuito nelle motivazioni della altrettanto celebre *Cherry/Miller II (no. 2)*, «as everyone knows, a referendum was held (pursuant to the European Union Referendum Act 2015) on 23rd June 2016. The majority of those voting voted to leave the European Union. Technically, the result was not legally binding. But the Government had pledged to honour the result and it has since been treated as politically and democratically binding. Successive Governments and Parliament have acted on that basis»⁴⁶. Per poi

⁴³ S. PAROLARI – J. WOELK, *The Referendum in the United Kingdom: Instrument for Greater Constitutional Legitimacy, Tool of Political Convenience, or First Step to Revitalize Democracy?*, cit., p. 280.

⁴⁴ P.V. ULERI, *Referendum e democrazia. Una prospettiva comparata*, cit., p. 67 ss. Il criterio differenziale alla base della classificazione, riprendendo le parole dell'Autore, è quello relativo all'esistenza o meno «di principi e regole generali che siano tali da prestabilire uno o più fattispecie referendarie e, al tempo stesso, siano capaci di annullare o ridurre, quanto più è possibile, i margini di discrezionalità degli attori e delle procedure proprie dell'intero processo decisionale referendario».

⁴⁵ Fra questi, solo per citarne alcuni, si vedano M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, cit., p. 146. L. ATKINSON – A. BLICK, *Referendums and Constitution*, cit., p. 120-121. In quest'ultimo caso, gli Autori sostengono che al di là della singola qualificazione (morale o politica) la decisione degli elettori comporta dei vincoli alla successiva attività parlamentare, al punto che riforme introdotte a seguito di un referendum – si pensi alla devolution – non potrebbero essere rimosse o sensibilmente alterate in assenza di un ulteriore responso dell'opinione pubblica. Sulla distinzione fra *moral* e *legal obligations*, S.G. WHITE, *The referendum in the UK's Constitution: From Parliamentary to Popular Sovereignty*, cit., pp. 7-8. Secondo L. DE GRAZIA, *Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese*, cit., p. 477, invece, sebbene inidoneo ad innovare *ex se* l'ordinamento giuridico, il referendum (consultivo) «determina una *incapacità* per i pubblici poteri di disattendere il risultato elettorale che si concretizza in atti normativi e scelte conformi alla manifestazione di volontà popolare. Alla stregua delle convenzioni costituzionali, idonee a vincolare politicamente gli organi costituzionali sulla base della reciproca legittima aspettativa del comportamento altrui, il referendum consultivo genera vincoli politici capaci di condizionare le scelte degli organi pubblici, pur senza determinare una vincolatività giuridica». Sull'esistenza di un vincolo meramente politico, da ultimo, S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, cit.

⁴⁶ [2019] UKSC 41: R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondents); Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland), 24 September 2019, par. 7.

aggiungere, «a fundamental change was due to take place in the Constitution of the United Kingdom on 31st October 2019. Whether or not this is a good thing is not for this or any other court to judge. The people have decided that. But that Parliament, and in particular the House of Commons as the democratically elected representatives of the people, has a right to have a voice in how that change comes about is indisputable»⁴⁷.

Unendo i tasselli che emergono dalla pronuncia della Supreme Court, la figura che si cela dietro il complesso mosaico tende ad assumere una fisionomia più concreta ed intellegibile. Il risultato del 23 giugno 2016 non ha una portata giuridicamente vincolante, dacché il parlamento non è vincolato al suo esito. Nulla di nuovo, verrebbe da dire, considerato che argomentando in termini di stretto diritto, come già rilevato in precedenza, alcuna tipologia di referendum, ancorché tecnicamente *mandatory* – quale poteva considerarsi quello del 2011 concernente l'*Alternative Vote System*, contenendo all'interno della sua legge istitutiva i possibili *outcomes* – possiede una carica impositiva tale da annullare completamente i margini di azione riservati a Westminster⁴⁸. Ed è la stessa Corte ad affermarlo nel momento in cui ribadisce come i *Commons* conservino il diritto di decidere sul *come* il Regno Unito avrebbe dovuto recedere dall'Unione europea. Tuttavia, il *come* non significa anche il *se*, non lo integra, dovendo assumerlo come un fattore presupposto e non più soggetto a novazioni. Un vincolo non determinato da alcun elemento esterno dotato di cogenza sul piano giuridico in grado di circoscrivere *pro futuro* il parlamento, bensì costituito *in nuce* dallo stesso organo legislativo nel momento in cui ha normativamente delegato la scelta sulla duplice opzione fra *remain* e *leave* (the European Union) al corpo elettorale. Gli elettori hanno deciso, dunque, gli organi rappresentativi sono tenuti, in virtù di una connessione il cui fondamento trova la propria *raison d'être* nelle stesse regole poste a governo del processo democratico, a tenere fede al loro patto.

Si può anche assumere l'ipotesi secondo cui, ai sensi dello *European Union Referendum Act 2015*, in caso di vittoria del *leave*, gli effetti del mandato elettorale nei confronti degli organi rappresentativi si sarebbero limitati a pretendere l'attivazione dell'art. 50 TUE da parte di questi ultimi. Da ciò non deriva, però, l'ulteriore considerazione per cui, superato lo scoglio della notifica del recesso al Consiglio europeo, il referendum avrebbe improvvisamente perso la propria forza, ri-conferendo automaticamente alle istituzioni politiche quella centralità che avrebbe permesso loro di fermare, liberamente se del caso, l'intera operazione. La capacità decisoria del referendum impone di essere inquadrata teleologicamente all'interno del vincolo derivante dal mandato democraticamente conferito dagli elettori alle istanze

⁴⁷ [2019] UKSC 41: R (*on the application of Miller*) (*Appellant*) v. *The Prime Minister* (*Respondents*); *Cherry and others* (*Respondents*) v. *Advocate General for Scotland* (*Appellant*) (*Scotland*), par. 57.

⁴⁸ Per alcune riflessioni sulla tornata referendaria in questione, C. MARTINELLI, *Molto rumore per nulla, ovvero il referendum elettorale nel Regno Unito*, in A. TORRE – J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., pp. 375 ss.

rappresentative. Quel mandato, al di là di possibili interpretazioni riduzionistiche, delegava al circuito governo-parlamento – secondo quella calibrazione delle rispettive competenze indicata dai giudici di ultimo grado fra le righe del verdetto *Miller (No. 1)* – il compito di traghettare il Regno Unito al di fuori dell’Unione europea. Motivo per il quale, al di là di tutto, né una revoca del recesso né, tantomeno, l’ipotesi di un secondo referendum sono probabilmente mai state seriamente prese in considerazione nel variegato ventaglio delle possibilità.

Concludendo sul punto, è difficilmente dubitabile che la collocazione del referendum al fianco di alcuni capisaldi del costituzionalismo classico d’oltremarica quale il principio della sovranità parlamentare, continuerà a provocare la discussione della dottrina (e della politica), come d’altronde si è brevemente messo in evidenza sin qui. Se ciò è vero, però, lo è altrettanto il fatto che, per riprendere la domanda iniziale, l’intera vicenda Brexit, più che mostrare un nuovo volto dello strumento, pur nell’ambito di un processo alquanto complesso ed aggrovigliato, ha tolto il velo su alcuni interrogativi per lungo tempo rimasti senza una solida risposta. Fra questi, sicuramente, ha consentito di affermare come la risposta del corpo elettorale possieda una sicura attitudine decisoria il cui fondamento, propriamente di ordine democratico, risiede nel trasferimento, autonomo e volontario, di tale capacità dalle Camere all’opinione pubblica nel corpo di un atto legislativo, l’elaborato indefettibile dell’azione rappresentativa⁴⁹.

4. Una possibile regolamentazione *costituzionale* del referendum contro ipotetiche forzature nel suo utilizzo?

Se alcuni quesiti gravitanti attorno al referendum sembrano, dunque, aver trovato una possibile risposta, altrettanti restano alla porta. Questi ultimi, più che concentrarsi sullo strumento in sé, a ben vedere, insistono sull’uso concreto che di esso può essere fatto, ed in particolare, sulle possibili forzature alle quali il ricorso al voto popolare può condurre, ad esempio nei rapporti fra i due poli del governo rappresentativo: parlamento ed esecutivo. Lo stesso, a monte del problema, dicasi in relazione alle fattispecie in presenza delle quali si manifesterebbero le condizioni volte a trasferire la decisione in capo agli elettori.

⁴⁹ Cfr. C. MARTINELLI, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, cit., p. 765. Sulla questione, ad ulteriore suffragio della compatibilità fra le due sfere della sovranità, tornano utili le considerazioni M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, cit., p. 236. Secondo l’Autore, «parliamentary sovereignty is an intra-constitutional principle: it determines the locus of law-making power within the UK Constitution, and establishes an institutional hierarchy in which Parliament has primacy over all other official actors. Popular sovereignty, in contrast, is an extra-constitutional principle: it reflects the normative political value of democratic government. But the abstract normative idea that government must be democratically elected to have legitimacy will always need to be institutionalised in specific constitutional arrangements within a political system. Parliamentary sovereignty is one way to institutionalise the ideal of popular sovereignty, because it recognises that the UK’s legislature has the strongest democratic credentials, in relative terms, when compared to the executive and the judiciary».

L'eventualità, ove non addirittura la necessità, di introdurre regole generali che governino il funzionamento del referendum non rappresenta invero una novità, considerato che da tempo si riflette sull'opportunità di una simile regolamentazione, a fronte e a parziale correzione delle attuali prassi e convenzioni⁵⁰ proprie di una Costituzione non scritta qual è quella britannica⁵¹.

Per lungo tempo, è utile ricordare, la disciplina di base per i referendum ha trovato come modello applicativo quella plasmata sulla base della consultazione popolare del 1975 e la successiva approvazione del *Political Parties, Elections and Referendums Act 2000* (PPERA) ha fornito una regolamentazione solo di massima, essendo per lo più concentrata su aspetti di natura segnatamente procedurale quali la condotta partitica nello svolgimento della campagna referendaria e il finanziamento pubblico. Al più è stata prevista l'istituzione di una *Electoral Commission* con compiti di vigilanza, fra i cui spicca quello di verificare la comprensibilità e la non ambiguità del quesito. Purtuttavia, sono rimaste impregiudicate altre forme di controllo, in qualche modo accostabili, seppur latamente, ad una verifica sull'ammissibilità del voto⁵².

Per quanto riguarda il primo dei profili evidenziati, e cioè i rapporti fra Westminster e Whitehall, pare utile muovere da alcuni rilievi apparsi in dottrina. Non è mancato, infatti, chi ha evidenziato come un certo modo di intendere il richiamo all'ipotesi referendaria possa giungere all'estremo di comportare forzature nelle dinamiche istituzionali fra i due organi in questione. Considerato il processo istitutivo referendario per cui, di norma, la proposta di istituire la consultazione popolare promana dal governo e difficilmente trova un ostacolo nella disponibilità del parlamento⁵³ (anche delle forze di opposizione), potendo apparire come un tentativo di escludere gli elettori dall'assunzione di decisioni di primaria importanza che direttamente li riguardano, è possibile ipotizzare un utilizzo del referendum come grimaldello governativo per superare eventuali resistenze parlamentari di senso contrario? In altro modo, si immagini l'eventualità in cui la proposta di indizione referendaria su una data questione fosse stata inserita preliminarmente nell'*electoral Manifesto* del partito uscito vincitore dalle *general elections*. Pensando anche al vincolo parlamentare che in una simile situazione verrebbe a determinarsi dall'operatività della *Salisbury convention*⁵⁴, potrebbe sussistere l'effettivo rischio che il referendum possa essere usato per creare

⁵⁰ Sulla formazione di possibili *Constitutional conventions* a proposito dell'uso del referendum, S.G. WHITE, *The referendum in the UK's Constitution: From Parliamentary to Popular Sovereignty*, cit., pp. 10 ss.

⁵¹ *Ex multis*, P. LEYLAND, *Referendums, Constitutional Reform and the Perils of Popular Sovereignty*, in *Italian Law Journal*, Spec. Issue, 2017, pp. 121 ss. Diffusamente, S. TIERNEY, *Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation*, Oxford, 2012.

⁵² M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, cit., p. 150. L'Autrice non manca di ricordare come una simile verifica, oltre a non essere stata espressamente affidata alla Commissione, le cui funzioni hanno carattere di prevalente controllo tecnico, difficilmente avrebbe potuto esserle attribuita – così ad un altro organo quale la Corte Suprema – stante la mancanza di un parametro sovraordinato che disciplini i casi in cui il referendum può essere indetto.

⁵³ Cfr. J. WARD, *The referendum and the 'rules of the game'*, in *The Constitution Society*, 5 February 2021.

⁵⁴ Per un approfondimento sull'istituto si veda, House of Lords Library, Research Briefing, *Salisbury Convention: A Decade of Development*, 13 December 2019.

un legame diretto fra esecutivo e corpo elettorale che in parte si ponga nelle condizioni da emarginare l'organo legislativo⁵⁵?

Il richiamo, ovviamente, è all'esacerbazione di quella che taluni hanno ribattezzato, durante alcune fra le fasi più convulse del recesso del Regno Unito dall'Unione europea, con l'appellativo di *May Doctrine* secondo cui «according to the Prime Minister, so strong is the mandate delivered by the referendum that [...] Parliament, the devolved legislatures and the courts cannot question it and have no legitimate role in initiating its implementation. That is a matter entirely for the Executive, who are also solely responsible for interpreting voters' view on the priority which should be given to various objectives in the Brexit negotiations»⁵⁶. Un profilo che ha assunto una portata potenzialmente ancor più deflagrante nello strumentale tentativo del suo successore, Boris Johnson, di piegare l'uso della *prorogation* allo scopo di impedire che il Parlamento potesse esprimersi in modo da scongiurare, entro la data del 31 ottobre 2019, un divorzio dall'Unione in assenza di un previo accordo fra le parti⁵⁷.

Contrariamente ai timori poc'anzi menzionati, invero, in quella occasione il parlamento di Sua Maestà ha dimostrato di possedere, nonostante tutto, gli anticorpi necessari per scongiurare un simile tentativo di prevaricazione istituzionale da parte dell'esecutivo. In attesa che si pronunciasse la Supreme Court e, soprattutto, prima che avesse inizio il periodo di *prorogation*, grazie all'applicazione dello *Standing Order n. 24*, i Comuni sono stati in grado di riappropriarsi dell'ordine del giorno dei lavori parlamentari e approvare quello che di lì a breve, dopo il licenziamento dei Lords e il *Royal Assent*, sarebbe divenuto ufficialmente il *Benn Act*.

Appare erroneo leggere a posteriori la condotta parlamentare come un tentativo estremo di mettere in dubbio l'irreversibilità del processo Brexit. Al contrario, e ad ulteriore dimostrazione del fatto che non fosse (e forse non lo sia mai stato) all'ordine del giorno la messa in discussione del voto popolare, in quell'occasione l'approccio sostanzialmente a-partitico emerso durante lo svolgimento dei lavori parlamentari ha rivelato l'abilità del parlamento nel tutelare le proprie prerogative a fronte di un utilizzo

⁵⁵ N. LE ROUX, *Is there a tension between Parliamentary Democracy and referendums?*, in *The Constitution Society*, 18 November 2016.

⁵⁶ N. LE ROUX, *Is there a tension between Parliamentary Democracy and referendums?*, *cit.* Sull'argomento, anche A. BLICK – R. GORDON QC, *Using the Prerogative for Major Constitutional Change: The United Kingdom Constitution and Article 50 of the Treaty on European Union*, in *The Constitution Society*, 19 July 2016.

⁵⁷ In conformità alle conclusioni di M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, *cit.*, p. 235, «the unconstitutional attempt to prorogue Parliament to limits its ability to prevent a 'no deal' Brexit by 31 October 2019, provides a clear example of an attempt by the government to exploit the referendum's irregular authority to its own advantage in a dispute between the established institutions». Per una ricostruzione della vicenda, invece, C. MARTINELLI, *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry Miller (No.2) della UKSC*, *cit.*, pp. 5 ss.

strumentale ed illegittimo, da parte del Primo Ministro, di istituti propri della dialettica fra governo e parlamento⁵⁸.

Tutto ciò, ovviamente, non consente di escludere una volta per tutte la possibilità che in futuro si possa assistere ad un uso del referendum in una chiave di lettura per certi versi *populista*⁵⁹, intesa come appello al popolo in grado di forzare la presenza di limiti, siano essi di ordine politico o giuridico: una sorta di *provocatio ad populum* in grado di alterare l'equilibrio fra poteri. Dunque, per riprendere le fila del discorso, rimane all'ordine del giorno il tema della normazione dello strumento, circoscrivendo le ipotesi del ricorso al voto, le modalità di svolgimento, nonché il tenore dei quesiti, al fine ultimo di prevenire «the brazen manipulation of referendums for political advantage»⁶⁰.

Riprendendo le conclusioni della *Independent Commission on Referendums*, in linea di continuità con il precedente lavoro del *Select Committee on the Constitution* della House of Lords, in assenza di una Costituzione codificata non sarebbe possibile definire in via definitiva il ricorrere tassativo delle circostanze che impongano lo svolgersi di un referendum. Mentre il suo utilizzo potrebbe rivelarsi utile qualora il governo senta la necessità di ottenere un supporto popolare a sostegno di importanti modifiche di ordine costituzionale – ciò potrebbe infatti conferire maggior stabilità al nuovo assetto ordinamentale – al di fuori di queste circostanze la catalogazione delle ipotesi che *impongano* e *non depongano* a favore della convocazione di un referendum è sconsigliabile. Alla luce del *report* di cui si discute, «the Commission does not consider it appropriate to attempt to legislate for all topics on which referendums should be held. Although there is broad consensus that referendums should be held on 'constitutional issues', there is a lack of cross-party agreement on what should be considered a 'constitutional issue' and whether all 'constitutional issues' are appropriate to be put to referendum»⁶¹.

Cercando di concretizzare quest'ultimo aspetto dubitativo, qualora tornasse in auge la proposta del Partito conservatore un tempo annunciata – seppur in seguito, almeno per il momento, accantonata nella sua forma iniziale⁶² – di *repeal* dello *Human Rights Act 1998* con conseguente denuncia della Convenzione

⁵⁸ Come affermato in seguito dai giudici di ultima istanza, «the logical approach to that question is to start at the beginning, with the advice that led to it. That advice was unlawful. It was outside the powers of the Prime Minister to give it. This means that it was null and of no effect [...] It led to the Order in Council which, being founded on unlawful advice, was likewise unlawful, null and of no effect and should be quashed. This led to the actual prorogation, which was as if the Commissioners had walked into Parliament with a blank piece of paper. It too was unlawful, null and of no effect». [2019] UKSC 41: R (*on the application of Miller*) (*Appellant*) v. *The Prime Minister* (*Respondents*); *Cherry and others* (*Respondents*) v *Advocate General for Scotland* (*Appellant*) (*Scotland*), par. 57.

⁵⁹ S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, cit.

⁶⁰ P. LEYLAND, *Referendums and the UK Constitution: Parliamentary Democracy versus the explosion of Popular Sovereignty*, cit., p. 14.

⁶¹ *Report of the Independent Commission on Referendums*, cit., p. 202.

⁶² S. GIANELLO, *La vittoria dei conservatori e le possibili conseguenze costituzionali in caso di repeal dello Human Rights Act*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 giugno 2015, nonché *passim* ID, *Le conseguenze della Brexit sulla tutela dei diritti fondamentali: un puzzle complesso e ricco di incognite*, in C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2017, pp. 367 ss. Sull'attuale proposta di sostituzione dello *Human Rights Act* che non

europea dei diritti dell'uomo, sarebbe necessario posporre una sua eventuale implementazione al preventivo responso elettorale? L'adesione alla Convenzione, così come l'approvazione dello *Human Rights Act*, non sono stati preceduti da alcun referendum. Al contempo è evidente che una simile modifica avrebbe una portata costituzionale tutt'altro che secondaria, attenendo tanto alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali – ancor più dopo la fuoriuscita dall'Unione europea – quanto allo stesso rapporto fra poteri all'interno della forma di governo: su tutti fra corti e legislatore.

Il mantenimento di un certo grado di discrezionalità nelle mani di quest'ultimo pare, dunque, essere un elemento del quale non si possa fare a meno, se non altro per non comprimere oltremodo il principio di sovranità parlamentare già sottoposto a tensione da diversi punti di vista. Le ricadute in termini pratici di una possibile fissazione casistica delle ipotesi di referendum, inoltre, sarebbero evidenti sulla relazione trilaterale che attualmente lega governo, parlamento e corpo elettorale nell'iter procedurale che conduce all'indizione del voto popolare. Prevedere un numero chiuso di possibili situazioni legittimanti l'indizione di una tornata referendaria potrebbe produrre, quale risvolto della medaglia, una attualmente non prevista giurisdizionalizzazione del processo, integrando un nuovo soggetto nel *trilogo* di cui sopra: le corti che potrebbero essere chiamate a sindacare l'attivazione (o la mancata attivazione) di una procedura da parte delle istituzioni politiche, mutando i rapporti fra i soggetti in campo, ad ulteriore (possibile) discapito della libertà di azione di queste ultime⁶³.

La scelta di non alterare eccessivamente l'attuale assetto la si può osservare anche in relazione alla fermezza con cui la Commissione ha escluso l'ipotesi di estendere il diritto di iniziativa al corpo elettorale, o ad una parte di esso⁶⁴. Come l'ingresso del potere giudiziario altererebbe il rapporto di integrazione fra la sovranità rappresentativa e quella popolare, anche la previsione di un'iniziativa della prima finirebbe con l'alienare la consueta dinamica referendaria. Gli organi di governo, ed in particolare il legislativo di Westminster, si ritroverebbero ad essere non più attori protagonisti, conservando il diritto di iniziativa e, soprattutto, la determinazione in merito all'eventualità di delegare l'assunzione di una determinata decisione al corpo elettorale, bensì spettatori di un processo sempre più al di fuori della loro disponibilità. Dinanzi ad una simile eventualità, riassumerebbero centralità le parole di Bogdanor (*supra* § 3) sul condizionamento delle istituzioni rappresentative ad opera di un soggetto esterno, identificato nel corpo elettorale. La collocazione della sua deliberazione, infatti, assume un diverso significato in funzione del momento nel quale si manifesta. Se, come nell'attuale e collaudato assetto, essa si palesa nella fase conclusiva del processo, esclusivamente nel momento del voto, per quanto portatrice di un'innegabile

comporti, però, il recesso dalla Convenzione, si veda, fra gli altri, R. CLAYTON QC, *The Government's New Proposal for the Human Rights Act. Part 2: An Assessment*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13 January 2022.

⁶³ Si vedano le riflessioni di M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, *cit.*, p. 244.

⁶⁴ *Report of the Independent Commission on Referendums*, *cit.*, p. 202.

portata decisionale, evidentemente produrrà effetti solo nel limite di quel perimetro in principio delineato dalla legge istitutiva del referendum. La sovranità del Parlamento non ne uscirebbe compromessa – se non nel limite di quanto si è osservato in precedenza – considerato che la sua espressione continuerebbe a rappresentare la *conditio sine qua non* in grado di conferire efficacia alla deliberazione dell’opinione pubblica. Di contro, ove le istanze della democrazia diretta fossero suscettibili di attivarsi *per se*, nella fase genetica dell’intero procedimento e senza alcun contributo eziologico del *conditor iuris* che diventerebbe esclusivamente consequenziale, quest’ultimo non avrebbe altra possibilità che prendere atto della volontà popolare ed approvare un atto legislativo che, seguendone la richiesta a monte, ne consentisse l’espressione decisionale a valle. In tale eventualità, però, diventerebbe ben più arduo sostenere che la deliberazione popolare continui a risultare la conseguenza di quella parlamentare e non invece la sua causa. La richiesta del corpo elettorale, infatti, sarebbe nelle condizioni di definire ulteriormente l’ambito materiale rispetto al quale produrre i propri effetti, in ragione dell’esito del voto. In questo caso – e solo in questo caso – si potrebbe dire che la sovranità parlamentare risulterebbe, in definitiva, *constrained by the people*.

Volendo correggere alcuni possibili aspetti disfunzionali del referendum in grado di condizionarne gli esiti, purtuttavia senza alternarne la sostanza, si potrebbe pensare ad una regolamentazione relativa all’individuazione dei soggetti aventi diritto al voto. Ad esempio, per i referendum *UK-wide*, come è stato proposto, la platea dei chiamati alle urne potrebbe essere fatta coincidere con l’elettorato attivo per la Camera dei Comuni. Allo stesso modo, nel caso di referendum da tenersi esclusivamente nei territori di Scozia, Galles o Irlanda del Nord, lo spettro degli aventi diritto dovrebbe collimare con quello dei votanti chiamati ad eleggere i membri dello *Scottish Parliament*, della *Welsh Assembly* o della *Northern Ireland Assembly*⁶⁵. Eventuali dissonanze, di volta in volta inserite all’interno della legge istitutiva della singola tornata – come accadde per il referendum indipendentista scozzese dove per la prima volta venne esteso il voto anche ai sedicenni – in funzione della tipologia del quesito e dell’oggetto del voto, potrebbero favorire determinati esiti sfavorendone altri, accentuando quel carattere strategico dello strumento, da più parti stigmatizzato. In aggiunta, sarebbe pensabile l’individuazione di obblighi di natura comunicativo-informativa da parte dei contrapposti schieramenti durante il periodo della campagna per il referendum con la previsione di puntuali doveri quali la pubblicazione di dettagliati *white paper* che mettano in luce, per quanto possibile, le conseguenze dipendenti dal voto.

Non ogni elemento di aleatorietà, però, può essere rimosso attraverso la predisposizione di regole giuridiche, soprattutto a fronte di quesiti dal contenuto *asimmetrico*, come nel caso del referendum Brexit. Sul piano pratico, l’alternativa potrebbe essere quella di ricorrere in via preferenziale a referendum *post-*

⁶⁵ *Report of the Independent Commission on Referendums, cit.*, p. 202.

legislativi, attraverso i quali chiedere al corpo elettorale di scegliere un'opzione fra il mantenimento dello *status quo* o l'entrata in vigore di un progetto di legge già approvato dal Parlamento e sottoposto al *Royal Assent* – come lo fu il referendum devolutivo del 1979 il cui esito positivo era condizione sospensiva dell'efficacia, rispettivamente dello *Scotland Act 1978* e del *Wales Act 1978* – o comunque un corpus normativo articolato e già sottoposto al *public vote*, ed in attesa del vaglio di Sua Maestà.

Alcuni referendum, però, sfuggono ad un simile inquadramento, potendo la loro asimmetria risolversi esclusivamente in una consultazione *pre-legislativa*, lasciando che siano poi gli organi rappresentativi a doversi peritare della loro attuazione. In questi casi il tasso di incertezza successivo al voto potrebbe essere solamente ridotto da un previo accordo di natura politica che lo preceda.

L'esempio, sotto questo punto di vista e guardando al futuro, potrebbe essere quello di un eventuale secondo referendum sull'indipendenza della Scozia, che corregga i difetti del suo predecessore. Come ha opportunamente osservato Claudio Martinelli, allo stato attuale sussisterebbero una serie di elementi che prima della convocazione dei seggi dovrebbero prudentemente essere ricondotti ad una certa sistematicità in forza di un accordo politico fra Londra ed Edimburgo, in previsione della possibile vittoria del fronte indipendentista. Detta intesa potrebbe riguardare la questione della *currency* in comune, il destino dell'*Act of Union* del 1707, la ripartizione del debito o la gestione dei ricchi giacimenti nel Mare del Nord, e finanche l'eventuale predisposizione di *quorum* partecipativi in modo tale da conferire maggior legittimità al voto⁶⁶. Tale suggestivo modello, comunque lo si voglia intendere, non avrebbe comunque potuto essere applicato al referendum del 23 giugno 2016, se non altro per la presenza di un soggetto esterno, l'Unione europea, che avrebbe impedito alle istituzioni britanniche di definire anzitempo ed in modo unilaterale le modalità di un'eventuale uscita dall'ordinamento comunitario, dovendo rimettere ogni pattuizione al successivo negoziato, dunque, alle istanze delle istituzioni rappresentative britanniche ed eurounitarie. Pensare di poter apportare delle correzioni alla struttura del referendum attraverso forme di regolamentazione normativa che diminuiscano l'influenza delle istanze politiche nel suo farvi ricorso, per quanto possa apparire come il nobile tentativo di ricondurre lo strumento nei ranghi del costituzionalismo d'oltremania, ad una più attenta osservazione rischia di produrre un esito del tutto divergente: quello di sottrarre agli organi rappresentativi la sua titolarità. Da questo punto di vista appare alquanto singolare che, sovente, tale richiesta promani proprio da coloro i quali patrocinano le istanze del governo rappresentativo a detrimento della democrazia diretta. La pragmaticità con la quale l'ordinamento costituzionale britannico ha dimostrato di saper evolvere non consente di escludere aprioristicamente che in futuro si potrà assistere ad un utilizzo del voto popolare sotto una nuova veste. Forse, però, si tratterà

⁶⁶ Passim C. MARTINELLI, *Bilanci costituzionali e prospettive referendarie alla luce della Brexit. Lezioni dalla prassi per IndyRef.2 e NI Border Poll*, cit., pp. 768-769.



di qualcosa di differente rispetto al referendum Brexit, inteso nella sua veste di decisione dalla portata generazionale affidata dalle istituzioni della rappresentanza al corpo elettorale.

In conclusione, si ritiene di poter affermare come il voto del 23 giugno 2016, considerati gli effetti prodotti nelle relazioni fra democrazia rappresentativa e popolare, abbia imposto all'attenzione, non solo della dottrina, ma anche dell'opinione pubblica, una riflessione non più postergabile sulle annose contraddizioni, talune delle quali per lo più apparenti, fra le due suddette forme espressive della sovranità. Più che aver mutato lo strumento in sé, però, la Brexit sembra aver fatto qualcosa di diverso, ossia aver modificato il modo con cui guardare al referendum. Sicuramente con maggior consapevolezza sugli effetti e sulle conseguenze che dal suo utilizzo possono conseguire.

L'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento britannico durante il processo della Brexit: alcune luci e molte ombre*

di Cristina Fasone

Professoressa associata di Diritto pubblico comparato
Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Il contributo analizza come la funzione legislativa del Parlamento si è trasformata durante il processo della Brexit, evidenziando, da un lato, elementi di continuità e di discontinuità rispetto alle procedure in essere, con particolare riferimento al rapporto tra Parlamento e Governo, al successo dei *private members bills* e al ruolo della Camera dei Lord; dall'altro, l'esponentiale crescita di poteri normativi in capo all'Esecutivo per effetto dell'ampia delega ad esso conferita per la modifica e l'abrogazione della *retained EU law*. Infine, si esamina anche la controversa abrogazione del *Fixed Term Parliaments Act 2011* quale caso di auto-limitazione di poteri da parte del Parlamento.

Title: The exercise of the legislative function by the Parliament during the Brexit process: Some lights and many shadows

Abstract [En]: The article analyses how the legislative function of Parliament has been transformed during the Brexit process, highlighting, on the one hand, elements of continuity and discontinuity compared to the pre-existing procedures, in particular with regard to the relationship between the Parliament and the Government, the success of private members bills and the role of the House of Lords; on the other, the staggering growth of the Executive's rule-making powers as a consequence of the wide delegation confer to modify and repeal retained EU law. Finally, it deals with the controversial repeal of the *Fixed Term Parliaments Act 2011* as a case of Parliament's self-disempowerment by law.

Parole chiave: Brexit, Regno Unito, Parlamento, funzione legislativa, delega di poteri normativi

Keywords: Brexit, United Kingdom, Parliament, legislative function, delegation of rule-making powers

Sommario: 1. Introduzione. 2. Le procedure legislative: elementi di continuità e di discontinuità. 2.1. I *Private members bills*. 2.2. La resistenza (tentata) della Camera dei Lord. 3. Il nodo delle principali leggi *omnibus* e la delega di poteri legislativi al Governo. 4. La deroga e l'abrogazione del *Fixed Term Parliaments Act 2011*: quando la legge configura un'auto-sottrazione di poteri in capo al Parlamento. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Se e come ha influito il recesso del Regno Unito dall'Unione europea sull'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento di Westminster? Recenti studi mostrano che la gran parte dell'attività del Parlamento britannico dal referendum sulla Brexit, il 23 giugno 2016, in poi, non si è focalizzata in misura largamente dominante sulla complessa gestione del recesso¹. Tuttavia, quando si rivolge l'attenzione specificamente all'esercizio della funzione legislativa, si vede chiaramente come esso sia stato

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Cfr. J. MARSHALL e altri, *Parliamentary Monitor 2020*, Institute for Government, Londra, 2020, p. 7 ss. e A. LILLY e altri, *Parliamentary Monitor 2021*, Institute for Government, Londra, 2021, p. 4 ss.

prevalentemente assorbito dalla legislazione sulla Brexit e da poche altre leggi di settore o legate all'emergenza pandemica², mentre sono mancate del tutto riforme di ampio respiro in questo quinquennio.

Il tema si presta ad essere analizzato a partire da due profili tra loro complementari. Da un lato, quello degli elementi di continuità e di discontinuità nelle procedure parlamentari di formazione della legge, in particolare rispetto al rapporto legislativo-esecutivo pre-Brexit e, soprattutto, al ruolo dei disegni di legge di iniziativa parlamentare – i c.d. *private members bills*, che raramente prima d'ora avevano avuto successo – e all'influenza esercitata dalla Camera dei Lord sulle procedure legislative; un'influenza accresciuta almeno nelle ultime legislature precedenti al recesso³.

Dall'altro, il secondo profilo di interesse riguarda lo spazio che residua al Parlamento come “legislatore” in esito alla Brexit, la natura delle leggi approvate e, specialmente, la questione dell'ampiezza e dei limiti della delega di poteri normativi all'Esecutivo sulla c.d. *retained EU Law*, ovvero la legislazione europea che dopo il recesso viene mantenuta in vigore nel Regno Unito sotto forma di legislazione nazionale⁴.

Da ultimo, trattando dell'esercizio della funzione legislativa si esamineranno brevemente le origini e l'iter del processo di riforma di una delle leggi di “tono costituzionale” tra le più discusse nel quadro della Brexit per gli effetti che avrebbe indirettamente prodotto sulla stabilità dei rapporti tra Parlamento e Governo: il *Fixed Term Parliaments Act 2011* al banco di prova dei vari tentativi di aggiramento e di riforma. Il quadro così esposto consentirà di mettere in evidenza, nelle riflessioni conclusive, come sul fronte dei procedimenti legislativi siano state poste in essere dall'Esecutivo una serie di forzature procedurali per cercare di gestire la complessa fase del Governo di minoranza al cospetto di scadenze stringenti per la Brexit. Ciò ha anche limitato i margini di azione della Camera dei Lord, che specie su alcuni provvedimenti ha effettivamente cercato di esercitare una certa influenza sull'iter legislativo. L'*hung Parliament*, in presenza di Esecutivi che hanno continuato a governare senza ricorrere al metodo consensuale-concertativo, ha invece consentito un inaspettato successo delle iniziative legislative dei parlamentari, che però pare sia confinato a questa fase (pre-2020, quando poi si è insediato un Governo di maggioranza). Tanto il destino della riforma del *Fixed Term Parliaments Act*, che con gli assetti attuali determinerà un passo indietro sul fronte degli equilibri tra l'Esecutivo e il Legislativo a vantaggio del primo, quanto la configurazione dell'attività normativa post-Brexit appaiono ormai segnati. Specie

² A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona. Emergenza pandemica ed evoluzione costituzionale nel Regno Unito*, in *DPCE online*, n. 2, 2020, p. 1781 ss.

³ Cfr., ad esempio, M. RUSSELL, *A Stronger Second Chamber? Assessing the Impact of House of Lords Reform in 1999 and the Lessons for Bicameralism*, in *Political Studies*, vol. 58, 2010, pp. 866 ss. e, ora, anche M. RUSSELL e D. GOVER, *Legislation at Westminster: Parliamentary Actors and Influence in the Making of British Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 151 ss.

⁴ See HOUSE OF COMMONS, European Scrutiny Committee, *Inquiry on Retained EU Law: What's Next?*, avviata il 31 gennaio 2022, <https://committees.parliament.uk/call-for-evidence/713>

rispetto ad alcune delle leggi, infatti, i contorni dell'esercizio della delega sono piuttosto ambigui e rischiano di alimentare una “fuga dalla legge” in alcuni settori vitali come quello del mercato interno.

2. Le procedure legislative: elementi di continuità e di discontinuità

Dalla prospettiva delle procedure legislative, occorre preliminarmente richiamare l'attenzione su quegli studi secondo i quali negli ultimi decenni, e almeno prima della Brexit, l'influenza del Parlamento britannico sulla produzione legislativa si è accresciuta⁵. Ciò, in conseguenza di una intensa attività di *pre-legislative scrutiny* e alla visibilità ottenuta dai *select committees*⁶, per effetto di modifiche sostanziali al testo concordate prima che il disegno di legge raggiunga l'Aula⁷, come effetto delle sempre più frequenti “ribellioni” dei *backbenchers* (già molto numerose nella legislatura 2010-2015)⁸ e per via del ruolo tutt'altro che secondario assunto dalla Camera dei Lord dopo la sua riforma⁹. Ci si sarebbe potuti attendere, dunque, un rafforzamento di questo trend in esito alla Brexit. Dopo tutto, come ribadito da Theresa May nel suo *Lancaster House Speech* del 17 gennaio 2017 “*our laws will no longer be made in Brussels but in Westminster*”, insistendo in particolare sul rafforzamento della funzione legislativa del Parlamento¹⁰.

Peccato ci si sia poi mossi, almeno da parte del Governo, in tutt'altra direzione. Il tentativo del Governo May di procedere alla notifica del recesso senza *endorsement* parlamentare si è risolta, sì, con la celebre sentenza *Miller I*¹¹, nell'obbligo di approvare una legge del Parlamento a tal fine, ma tale legge, sottoposta a procedura di urgenza, è stata esaminata e votata rapidamente con un testo di 130 parole e senza che si

⁵ Cfr. M. RUSSELL e D. GOVER, *Legislation at Westminster, cit.*, pp. 261 ss. rispetto alle conclusioni a cui era pervenuto alcuni decenni fa, con lo studio forse più approfondito svolto fino ad allora sulle procedure legislative del Parlamento britannico, J. A. G. GRIFFITH, *Parliamentary Scrutiny of Government Bills*, Allen & Unwin, London, 1974.

⁶ Cfr. F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul Governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 130 ss.

⁷ Cfr. G. BALDINI e altri, *Back to the Westminster model? The Brexit process and the UK political system*, in *International Political Science Review*, early view, 2021, p. 7 ss.

⁸ Infatti, il modello Westminster già aveva subito delle evidenti torsioni prima della Brexit: cfr. P. SCHLEITER e V. BELU, *The Decline of Majoritarianism and the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs*, 69(1), 2016, pp. 36 ss. e F. MATTHEWS e M. FLINDERS, *Patterns of Democracy: Coalition governance and majoritarian modification in the United Kingdom, 2010-2015*, in *British Politics*, 12(2), 2017, pp. 157 ss.

⁹ Si v. M. RUSSELL, *The Contemporary House of Lords: Westminster Bicameralism Revived*, Oxford University Press, Oxford, 2013, spec. p. 286 ss.

¹⁰ Il testo integrale del discorso di Theresa May, volendo, è disponibile in inglese al seguente link: <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech>. Sulla base del medesimo assunto, A. CYGAN e altri, *UK Parliamentary Scrutiny of the EU Political and Legal Space after Brexit*, in *Journal of Common Market Studies*, 58(6), 2020, pp. 1605 ss. hanno analizzato, prima del Brexit deal, come il “rimpatrio” delle competenze europee nel Regno Unito può influenzare il ruolo costituzionale del Parlamento britannico, arrivando però ad affermare che, in astratto, tutte le ipotesi sono possibili, anche quella di una marginalizzazione spinta del Parlamento e che la chiave di volta sta nei contenuti dell'accordo sul recesso e dell'accordo sul commercio e la cooperazione.

¹¹ Corte suprema del Regno Unito, R (*on the application of Miller and another*) (*Respondents*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* (*Appellant*), [2017] UKSC 5, 24 gennaio 2017.

fornissero degli indirizzi al Governo sulla gestione del recesso¹². Si è trattato di un'occasione mancata, considerando che la previsione di un simile obbligo da parte della Corte suprema – piuttosto che ricorrere ad un semplice atto di indirizzo, come una mozione o una risoluzione – in potenza, avrebbe senza dubbio potuto avere un'importanza cruciale negli equilibri dell'architettura costituzionale britannica. Non solo la legge assicurava in qualche misura la continuità con la fonte, di rango legislativo (nella forma e costituzionale nella sostanza) che aveva regolato l'adesione e la partecipazione del Regno Unito all'Unione europea, l'*European Communities Act 1972*, ma essa avrebbe anche potuto meglio assicurare la protezione dei diritti di coloro i quali sarebbero stati irrimediabilmente pregiudicati dal recesso, anche in termini di legittime aspettative¹³.

Inoltre, alcune delibere parlamentari cruciali per il destino della Brexit non hanno riguardato leggi, bensì atti di indirizzo¹⁴. Si pensi alle votazioni contro il *no deal* del 29 gennaio e del 13 marzo 2019 che hanno forzato il Primo Ministro a richiedere la prima delle estensioni sul termine del recesso; oppure alla serie di votazioni su varie ipotesi alternative circa il conseguimento della Brexit, su proposta del deputato conservatore e *backbencher* Sir Oliver Letwin, come a prefigurare un indirizzo politico alternativo a quello dell'Esecutivo.

La mancata sintonia tra esecutivo e legislativo e le forti tensioni registrate durante la lunga sessione parlamentare 2017-2019¹⁵, tuttavia, non potrebbero capirsi senza fare riferimento ad un altro elemento che ha condizionato i rapporti di forza e l'emersione di alcuni (nuovi) trend nelle procedure legislative: un Governo che poteva fare affidamento solo su una maggioranza di misura (il Governo May tra luglio 2016 e giugno 2017) e, poi, addirittura un Governo di minoranza (il quarto dal secondo dopoguerra), con l'appoggio esterno di dieci deputati del DUP (tra giugno 2017 e dicembre 2019)¹⁶. La ristrettezza dei margini su cui l'Esecutivo poteva contare in Parlamento, specie a fronte di scelte epocali come quelle sulla Brexit, ha fatto sì che pressochè ogni deliberazione parlamentare fosse una questione di vita o di morte per il Governo. Anziché gestire la delicata fase degli esecutivi di minoranza con il ricorso a metodi consensuali-concertativi, come si addice a questo tipo di governi¹⁷, i due Primi Ministri, May e Johnson,

¹² Cfr. il testo dei due articoli dell'*European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, approvato in via definitiva il 16 marzo 2017.

¹³ Su questi profili della sentenza, cfr., dettagliatamente, tra i tanti, A. TORRE e P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 6, 2018, pp. 2910 ss.

¹⁴ Cfr. M. RUSSELL, *Brexit and Parliament: The Anatomy of a Perfect Storm*, in *Parliamentary Affairs*, vol. 74, 2020, p. 454 e C. MARTINELLI, *La Brexit come «constitutional moment»*, in questo numero speciale.

¹⁵ In esito a quelle che sono state definite come “elezioni inaspettate”: cfr. F. ROSA, *Le inaspettate elezioni britanniche del 2017*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 2017, pp. 1 ss.

¹⁶ C. MARTINELLI, *Formazione del Governo e scioglimento del Parlamento nel processo evolutivo del modello Westminster: regole convenzionali, norme scritte e prassi politica*, in V. LIPPOLIS (a cura di), *Nascita e crisi dei governi nelle più recenti dinamiche del parlamentarismo, Il Filangieri – Quaderno 2018*, Jovene, Napoli, 2019, pp. 7 ss.

¹⁷ Sul punto, si veda K. STRØM, *Minority Government and Majority Rule*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.

hanno cercato di indurre il Parlamento all'approvazione dei disegni di legge desiderati come se fossero in essere le dinamiche maggioritarie usuali¹⁸.

Così è iniziata, anche a causa di cospicue defezioni da parte degli stessi deputati conservatori, una lunga fase di sconfitte del Governo sui disegni di legge-chiave proposti, a partire dall'*EU (Withdrawal) Bill 2017*. In diverse occasioni, emendamenti presentati da deputati conservatori “ribelli” hanno avuto la meglio sul testo proposto dall'Esecutivo e contro il volere di quest'ultimo. E' quanto accaduto per l'emendamento proposto dal conservatore Dominic Grieve, ex *Attorney General*, e approvato per pretendere che il Governo sottoponesse il *Brexit deal* all'approvazione del Parlamento, rendendo così la sua ratifica condizionata al c.d. *meaningful vote* dei parlamentari (section 13, *EU (Withdrawal) Act 2018*)¹⁹. Nel corso del 2018 e dei primi mesi del 2019, diversi altri episodi di questo tipo si sono verificati. In particolare, la sconfitta del Governo sul c.d. *meaningful vote*, con ben 230 voti di scarto, è passata alla storia come “*the largest ever defeat for a British government in the democratic era*”²⁰. Sebbene ci si sia avviati così alla dipartita del Governo May, il Parlamento, nella primavera del 2019, non è stato comunque in grado di esprimere un indirizzo politico alternativo, trasversale a più gruppi, sulle diverse opzioni per la Brexit.

2.1. I private members bills

È stato mediante un altro strumento dell’“armamentario” legislativo a disposizione del Parlamento, i *private members bill*, che invece delle chiare opzioni regolative sono emerse. Il primo di questi progetti di legge che ha cambiato il corso che la Brexit sembrava aver pericolosamente preso, ad un certo punto, è stato l'*EU Withdrawal (no. 5) Bill*. Presentato dalla parlamentare labourista Yvette Cooper e volto a scartare l'opzione del *no-deal*, è stato approvato in meno di una settimana, costringendo Theresa May a concordare una secondo rinvio della Brexit al 31 ottobre 2019²¹. Successivamente, l'*EU (Withdrawal) (no. 6) Bill*, proposto dalla presidente del *select committee* su *exiting the EU*, la labourista Hilary Benn, è stato approvato il 9 settembre 2019, appena in tempo per la *prorogation* e la battaglia politica e legale che ne è seguita²², derogando alle procedure tradizionalmente seguite perché istruito sulla base di una *rebel business motion*

¹⁸ M. RUSSELL, *Brexit and Parliament*, cit., p. 449, appoggiandosi a A. LIJPHART, *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven, CT, 1999.

¹⁹ Si veda M. RUSSELL, *Brexit and Parliament*, cit., p. 454.

²⁰ Cfr. G. BALDINI e altri, *Back to the Westminster model?*, cit., p. 9.

²¹ Su questo “precedente”, si veda C. MARTINELLI, *Downing Street vs Westminster*, cit., p. 17

²² Conclusasi con la nota sentenza della Corte suprema britannica, 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, 24 settembre 2019, su cui si vedano, tra i molti, G. CARAVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei costituzionali principles*, in *federalismi.it*, n. 18, 2019, pp. 1-11; G.F. FERRARI, *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, in *DPCE Online*, n. 3, 2019, pp. 2171 ss. e M. ELLIOTT, *Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context*, in *European Constitutional Law Review*, 16(4), 2020, pp. 625 ss.

proposta e accolta durante un dibattito di emergenza (S.O. 24). La legge ha disposto una nuova (e l'ultima) estensione del termine per il recesso al 31 gennaio 2020 e ha previsto anche una serie di obblighi in capo al Governo per riferire regolarmente sullo stato delle negoziazioni in Parlamento, con la possibilità per la Camera dei Comuni di esprimere atti di indirizzo in merito²³. Non è tanto il numero di *private members bill* a sorprendere, non particolarmente elevato rispetto ad altre legislature, quanto il loro tasso di successo e la loro influenza sul corso degli eventi, che non aveva avuto finora precedenti²⁴.

L'era Johnson ha fatto registrare delle vistose forzature procedurali a fronte della difficoltà di governare il Parlamento. Dopo le note vicende sulla *prorogation*, le evidenti difficoltà incontrate nell'approvazione dell'*EU Withdrawal Agreement Bill* - con la *programme motion* respinta dalla Camera dei Comuni dopo la seconda lettura per i tempi troppo limitati di esame - sono state risolutive per far passare Johnson dai proclami all'azione contro il *Fixed-term Parliaments Act 2011*. Quest'ultimo è stato aggirato attraverso l'approvazione di un disegno di legge ad hoc che ha disposto a maggioranza semplice (anziché con la maggioranza dei due terzi richiesta dal *Fixed-term Parliaments Act*) lo scioglimento anticipato della Camera dei Comuni e nuove elezioni, celebrate a dicembre 2019. Questa forzatura, seppur molto discutibile²⁵, ha consentito di ristabilire la "normalità" di un Governo di maggioranza. Dopo le elezioni anticipate i conservatori hanno ottenuto il controllo della maggioranza assoluta dei seggi (oltre 56% dei seggi) e il Primo Ministro Johnson può ora contare sul supporto di un gruppo parlamentare coeso sul posizionamento da tenere rispetto all'UE, "epurato" dai conservatori "ribelli". A testimonianza della ritrovata "sintonia" tra Governo e Camera dei Comuni si possono menzionare l'approvazione dell'*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020* senza emendamenti parlamentari e dell'*European Union (Future Relationship) Act 2020* in tempi rapidissimi, il 30 dicembre 2020, per evitare il *no-deal*, nonostante la complessità delle questioni sottese e i nodi irrisolti.

2.2. La resistenza (tentata) della Camera dei Lord

Come messo ben in evidenza della dottrina in tema, i limiti che la Camera dei Lord incontra nell'esercizio della funzione legislativa, tanto in via convenzionale quanto in virtù dei *Parliament Acts*, negli ultimi decenni non hanno impedito a questo ramo del Parlamento di esercitare una certa influenza sulle procedure legislative²⁶.

²³ Sulle origini e sull'importanza del c.d. *Benn Act* si veda la ricostruzione offerta dall' Institute For Government, *The Benn Act*, in www.instituteforgovernment.org.uk, 26 settembre 2019.

²⁴ Così M. RUSSELL, *Brexit and Parliament*, cit., p. 455.

²⁵ Sul piano più sostanziale che formale: cfr. A. YOUNG, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill – a return to constitutional normality?*, in *Constitution Unit blog*, 28 luglio 2021, <https://constitution-unit.com/2021/07/28/the-dissolution-and-calling-of-parliament-bill-a-return-to-constitutional-normality/> e G. CARAVALE, *La riviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos*, n. 3, 2021, p. 6 ss.

²⁶ M. RUSSELL e D. GOVER, *op. cit.*, p. 151 ss.

Da un lato, i *Parliament Acts* 1911 e 1949 hanno fatto venir meno il potere di veto della Camera dei Lord, conferendo a questo ramo solo il potere di dilazionare fino ad un anno l'approvazione finale di un progetto di legge su cui si sia in disaccordo con la Camera dei Comuni²⁷. Fanno eccezione i c.d. *money bills*, che non possono essere modificati dai Lord e che vengono comunque considerati approvati entro un mese dalla loro presentazione presso questa Camera anche se l'iter non è stato concluso; per ragioni opposte, rappresentano un'eccezione, nel senso che i Lord possono ancora contare su un potere di veto in questi casi, i *private members bills*, i progetti di legge presentati nella Camera alta, quelli volti ad estendere la durata ordinaria della legislatura oltre cinque anni e quelli proposti meno di un mese prima della fine della sessione.

Dall'altro lato, però, bisogna tenere conto che, sulla base della *Salisbury-Addison convention*, i Lord non dovrebbero impedire l'approvazione di un *bill* quando il Governo è in minoranza nella Camera alta e quando tale disegno di legge è volto a dare attuazione ad impegni assunti dal partito di maggioranza nel manifesto elettorale²⁸.

Nel contesto della Brexit i Lord non hanno rinunciato alle loro prerogative, svolgendo un esame attento e circostanziato dei vari disegni di legge e proponendo una serie di emendamenti, ma i tempi contingentati dell'iter legislativo, gli impegni assunti dal Governo nelle sedi europee (con le scadenze più volte rinviate) e nel programma verso gli elettori hanno costretto i margini di manovra di questa Camera²⁹.

Così, ad esempio, dopo la celebre sentenza *Miller I*, l'iter dell'EU (*Notification of Withdrawal*) *Bill*, presentato alla Camera dei Comuni, è stato inizialmente osteggiato, tanto nella Camera dei Comuni, quanto in quella dei Lord³⁰. Nella prima, il dibattito è andato avanti ad oltranza per due giorni con quasi 190 interventi in Aula anche se poi la leadership conservatrice e – più sorprendentemente – quella labourista si sono schierate con decisione a favore dell'approvazione in seconda lettura. Nella Camera dei Lord sono stati approvati una serie di emendamenti. Da segnalare, in particolare, l'emendamento (n. 9B) dei Lord volto alla introduzione di una chiara garanzia a favore dei cittadini europei e dei Paesi dello Spazio economico europeo per proteggere i loro diritti di residenza nel Regno Unito, disponendo che il Governo avrebbe dovuto adottare misure ad hoc entro tre mesi dall'approvazione della legge sulla notifica del recesso³¹. Nel passaggio parlamentare successivo nella Camera dei Comuni non sono stati introdotti emendamenti ulteriori e le proposte emendative della Camera alta sono state tutte respinte. Per via della pressione

²⁷ P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom. A Contextual Analysis*, Hart Publishing, Oxford, nuova ediz., 2021, p. 93 ss.

²⁸ R. REID, *The House of Lords: Conventions and Brexit*, The Constitution Society, London, 2017, pp. 11 ss.

²⁹ Cfr. P. LEYLAND, *The House of Lords Faces Up to Brexit*, in R. ALBERT, A. BARAGGIA e C. FASONE (a cura di), *Constitutional Reform of National Legislatures. Bicameralism under Pressure*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, p. 96 ss.

³⁰ M. RUSSELL, *Brexit and Parliament*, cit., p. 447

³¹ HOUSE OF COMMONS LIBRARY, *European Union (Notification of Withdrawal) Bill: analysis of Lords' amendments*, Briefing Paper n. 7922, 10 marzo 2017, p. 9, emendamento su cui si erano espressi 358 lord a favore e 256 contro.

politica da parte di entrambi i partiti maggiori, allineati sul punto, affinché la notifica del recesso avvenisse in tempi brevi, i Lord hanno preferito non insistere sugli emendamenti, anche se in principio avrebbero avuto titolo a farlo, approvando il testo del *bill* in via definitiva³².

Che i Lord siano stati visti come un potenziale ostacolo all'attuazione dei disegni governativi lo si è capito anche dalle esternazioni del Primo Ministro May per provare a giustificare il suo cambio di strategia in vista della convocazione di elezioni anticipate nel 2017. Invocando la necessità di una unità di intenti a Westminster in un momento tanto drammatico, Theresa May, infatti, non ha esitato a dichiarare che una solida maggioranza fosse quanto mai opportuna nella Camera dei Comuni a seguito delle elezioni, in ragione dell'ostruzionismo opposto da parlamentari non eletti nella Camera dei Lord³³. Tuttavia, proprio le vicende appena richiamate hanno mostrato un approccio quanto mai collaborativo e costruttivo della Camera alta.

Il peso dei vincoli - tanto costituzionali quanto temporali rispetto allo sviluppo della saga sulla Brexit - all'esercizio della funzione legislativa da parte dei Lord sono ben illustrati dal caso dell'*EU (Withdrawal Amendment) Bill*, che però esemplifica al contempo anche la capacità di influenza esercitata da questa Camera³⁴. Rispetto al testo del Governo come emendato dalla Camera dei Comuni, i Lord hanno proposto una serie di modifiche particolarmente significative al progetto di legge, nell'ambito del *report stage*, il 20 e il 21 gennaio 2020. Per esempio, alcuni degli emendamenti prevedevano che, dopo la Brexit, le corti inferiori (come stabilito dalla *section 6* dell'*EU (Withdrawal) Act 2018*) non avrebbero potuto deviare affatto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea o che avrebbero potuto farlo solo previo deferimento della questione alla Corte suprema; che fosse tenuto fermo l'obbligo del Governo di negoziare con l'UE un accordo per facilitare il ricongiungimento familiare con i propri parenti nel Regno Unito di minori non accompagnati che hanno presentato una richiesta di asilo nell'UE (e viceversa); che fosse richiamata la *Sewel convention* per consentire al Parlamento britannico di legiferare nella materie devolute previo consenso dell'assemblea legislativa interessata. Essendo il *bill* incluso nel manifesto elettorale del partito conservatore era però coperto dalla citata *Salisbury-Addison convention*, che certo consente ai Lord di approvare emendamenti, ma senza margini per dilazionare l'approvazione del progetto di legge. In aggiunta a ciò bisogna ricordare che il termine ultimo per il recesso era allora imminente, il 31 gennaio 2020. Ebbene, nonostante alcune ulteriori revisioni ulteriori da parte della

³² M. RUSSELL, *Brexit and Parliament*, cit., p. 448.

³³ Ivi, p. 449, a proposito di una dichiarazione rilasciata dalla Premier alla BBC nel 2017: BBC, *Theresa May's General Election Statement*, BBC, 2017, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-39630009>

³⁴ In precedenza, come sottolinea G. CARAVALE, *Il rapporto Governo-Parlamenti ai tempi della Brexit e le nuove sfide per la Costituzione britannica*, in *Nomos*, n. 3, 2017, p. 3, già rispetto ad un altro progetto di legge l'*European Union (Withdrawal) Bill*, la Camera dei Lord non aveva atteso la trasmissione formale dell'articolato per avviare l'esame del testo, ma ben due Comitati avevano stilato relazioni particolarmente critiche mentre la seconda lettura sul progetto era in corso presso la Camera dei Comuni.

Camera dei Comuni, il 22 gennaio 2020, la sostanza degli emendamenti proposti dai Lord è stata mantenuta e il testo è stato poi approvato da questi ultimi senza modifiche aggiuntive il giorno successivo. Ancor più di recente può essere richiamato il caso dell'assai discusso *Internal Market Bill*, proposto in prima battuta dal Governo britannico per regolare il funzionamento del mercato interno nel Regno Unito dopo la fine del periodo di transizione. Così come le istituzioni europee³⁵, anche la Camera dei Lord ha immediatamente reagito richiamando la necessità di modificare le clausole più controverse (in particolare, la Parte 5, sezioni 40-45) che avrebbero consentito ai Ministri della Corona di disapplicare diverse disposizioni del *Withdrawal Agreement*, tra cui il Protocollo sull'Irlanda e l'Irlanda del Nord ad esso allegato. L'*EU Select Committee* della Camera alta ha subito avvertito l'opportunità di rimuovere quelle clausole dal disegno di legge, oltre a richiamare la necessità di accrescere il livello di trasparenza dei lavori dell'*EU-UK Joint Committee*³⁶. La netta presa di posizione della Camera dei Lord contro le contestate previsioni, assieme all'avvio di una procedura di infrazione contro il Regno Unito da parte della Commissione europea il 1 ottobre 2020³⁷, hanno fatto sì che le clausole in questione siano state infine espunte dal testo di quello che è poi diventato l'*Internal Market Act 2020*.

Dunque, pur con tutti i vincoli che si sono detti, di carattere temporale e normativo, che i Lord hanno dovuto affrontare, la Camera alta ha cercato di esercitare, per quanto possibile, la sua influenza nelle procedure legislative collegate alla Brexit, in qualche caso contribuendo ad aprire la strada per rilevanti modifiche del testo dei disegni legge, in continuità con la funzione di *Chamber of sober second thought* che le è stata riconosciuta³⁸.

3. Il nodo delle principali leggi *omnibus* e la delega di poteri legislativi al Governo

Rispetto ai *private members bill* approvati, l'*EU Withdrawal Act 2018*, l'*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020* e l'*European Union (Future Relationship) Act 2020*, pur tutti diretti a regolare le modalità di recesso dall'Unione europea e i termini della futura partnership, sono strumenti legislativi *omnibus* tali da richiedere in teoria un controllo parlamentare particolarmente penetrante durante l'*iter legis* e dopo la loro

³⁵ Cfr. Statement by the European Commission following the extraordinary meeting of the EU-UK Joint Committee, 10 settembre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1607, il giorno dopo la pubblicazione dell'*Internal Market Bill* e nel medesimo giorno della convocazione d'urgenza dell'*EU-UK Joint Committee* in merito.

³⁶ D. JANCIC, *The UK-EU Trade Deal: Five Important Implications for the UK Parliament*, in *UK Constitutional Law Blog*, 20 gennaio 2021, ora anche *Devolution Club Briefing Paper*, n. 6, 11 ottobre 2021, p. 3.

³⁷ Cfr. la lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione europea al Regno Unito per la violazione degli obblighi previsti dal *Withdrawal Agreement*, 1 ottobre 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_1798.

³⁸ P. LEYLAND, *The House of Lords Faces Up to Brexit*, cit., p. 105.

approvazione³⁹. Si tratta di leggi idonee ad influire pesantemente sull'esercizio della funzione legislativa da parte del Parlamento stesso.

In particolare, le section 7 e 8 dell'*EU Withdrawal Act 2018* e la section 31 dell'*European Union Future Relations Act 2020* sono stati oggetto di valutazione critica da parte della dottrina per l'estesa delega di poteri conferita al Governo⁴⁰. Come è noto, con le section 7 e 8 si abilitano i Ministri della Corona ad intervenire mediante *statutory instruments (regulations)* per “prevenire, rimediare o mitigare” ad eventuali mancanze nell'ambito del c.d. *retained EU Law*, il diritto europeo convertito in diritto interno di cui si è deciso di assicurare la vigenza post-Brexit (section 7)⁴¹. Ugualmente, si può procedere all'adozione di *statutory instruments* da parte del Governo se la *retained EU law* vigente mostra di non funzionare efficacemente.

Soltanto nel 2020 poco meno di 1000 *statutory instruments* collegati al recesso dall'UE sono stati presentati: pur potendo modificare le leggi, non possono essere emendati in Parlamento e la gran parte di essi è sottoposta alla c.d. *negative procedure* di controllo, venendo adottati senza una espressa deliberazione parlamentare⁴². Le modalità concrete tramite cui, terminato il periodo di transizione, la *retained EU law* può essere modificata dall'Esecutivo, con quale procedimento e con quali limiti, peraltro, si differenziano in base alla politica “rimpatriata” nel Regno Unito e di quanto dispone la relativa legge, a seconda, per esempio che si guardi al *Trade Act 2021*, il *Fisheries Acts 2021* o il *Nationality and Borders Bill*⁴³.

Così, quest'ultimo disegno di legge (art. 56(1)), ancora all'esame della Camera dei Lord nel momento in cui si scrive, stabilisce che, invece di modificare eventuali previsioni della *retained EU law*, le misure del

³⁹ Sulla cattiva qualità della legislazione sulla Brexit, nella forma e nei contenuti, cfr. LORD LISVANE, *Why Is There So Much Bad Legislation?*, in *Statute Law Review*, 41(3), 2020, p. 296 ss.

⁴⁰In particolare, le critiche si sono appuntate sull'incertezza delle disposizioni vigenti (così A. YOUNG, *Status of EU Law Post Brexit: Part Two*, 4 maggio 2018, in *U.K. Const. L. Blog*, <https://ukconstitutionallaw.org/2018/05/04/alison-young-status-of-eu-law-post-brexit-part-two/>), sul rischio di radicalizzare i rapporti tra Corona e Parlamento (cfr., in merito, A TORRE, “Serial Miller”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE Online*, n. 4, 2019, p. 3105) e sulla prospettata limitazione di diritti fondamentali senza un grado di controllo democratico minimo (cfr. S. DOUGLAS-SCOTT, *Constitutional Implications of a UK Exit from the EU: Some Questions That Really Must Be Asked*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17 aprile, 2015, <https://ukconstitutionallaw.org/2015/04/17/sionaidh-douglas-scott-constitutional-implications-of-a-uk-exit-from-the-eu-some-questions-that-really-must-be-asked/>).

⁴¹ Si tratta della attivazione delle c.d. “Henry VIII clauses”, come auspicato da Robert Howe per semplificare l'immane opera di conversione/revisione del diritto europeo in diritto interno, assicurando al Governo la possibilità di modificare o abrogare la legislazione ordinaria che incorpora il diritto europeo mediante fonti di rango secondario e con limitato controllo parlamentare: cfr. N. WRIGHT e O. PATEL, *The Constitutional Consequences of Brexit: Whitehall and Westminster*, in *UCL Constitution Unit Briefing Paper*, The Constitution Unit, Londra, 2016, p. 4. Su tali clausole, cfr. N.W. BARBER e A. YOUNG, *The rise of prospective Henry VIII clauses and their implications for sovereignty*, in *Public Law*, n. 2, 2003, p. 112 ss.

⁴² Sulle varie modalità di controllo parlamentare degli *statutory instruments*, cfr. M. ZANDER, *The Law-Making Process*, 6a ediz., versione 2010, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 111 ss. e, più recentemente, A. MARCHETTI, *Il potere normativo dell'esecutivo nel Regno Unito*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 3, 2018, p. 11 ss.

⁴³ Così O. GARNER, *Modifying Retained EU law in the UK: Increasing Rule of Law Concerns*, in *RECONNECT Blog*, 20 ottobre 2021, <https://reconnect-europe.eu/blog/modifying-retained-eu-law-in-the-uk-increasing-rule-of-law-concerns/>

Governo possano semplicemente disporre la disapplicazione di diritti, poteri, obblighi, limitazioni, rimedi e procedure stabilite dalla Direttiva UE contro il traffico di esseri umani se incompatibili con tali misure⁴⁴, con effetti molto preoccupanti sul fronte della certezza del diritto. Infatti, non è dato sapere, fintanto che l'incompatibilità tra la Direttiva europea e lo *statutory instrument* dell'Esecutivo venga accertata, se la norma sia da ritenersi applicabile o meno. La disapplicazione agevola il Governo perchè gli consente di non dover identificare a monte tutte le possibili previsioni incompatibili, ma lo fa a danno dei diritti dei destinatari della Direttiva, tutti, peraltro, in una posizione di particolare vulnerabilità.

Un secondo modello di intervento dell'Esecutivo, forse meno problematico del primo, è quello disposto dall'art. 2(9)a del *Trade Act 2021*. In questo caso, i Ministri competenti a dare attuazione a (nuovi) accordi internazionali di natura commerciale post-Brexit possono farlo modificando la *retained EU law* in vigore, anche se non vi è un contrasto in essere tra il trattato internazionale e la normativa interna che ha incorporato il diritto europeo. La discrezionalità – quasi arbitrarietà, si potrebbe dire – di cui gode il Governo nella modifica della *retained EU law* in queste circostanze pone una serie di questioni circa l'effettività del controllo democratico sulla condotta dei Ministri e sull'*accountability* di questi ultimi.

Rispetto a questi modelli, il Parlamento è senz'altro maggiormente garantito quale “legislatore” nel caso in cui il Governo proceda con *statutory instruments* all'abrogazione espressa⁴⁵ del diritto europeo convertito in diritto britannico, come previsto dalla *Schedule 11* del *Fisheries Act 2020*⁴⁶. E' la stessa legge, infatti, a stabilire quali disposizioni nel quadro della politica della pesca vadano abrogate, sostituite o anche solo modificate. Ciò garantisce un adeguato grado di prevedibilità agli interessati circa la normativa vigente e assicura anche che la Camera dei Comuni e la Camera dei Lord possano esercitare un effettivo controllo. Rispetto a quest'ultimo modello, la section 31 dell'*European Union Future Relations Act 2020*, similmente a quanto previsto dall'*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020*, sembra fare un passo indietro. Con riferimento all'accordo sul recesso, demanda a futuri *statutory instruments* l'attuazione dell'Accordo tra Regno Unito e UE sul commercio e la cooperazione precisando che “*Regulations under this section may make any provision that could be made by an Act of Parliament (including modifying this Act)*”; una disposizione che resta eccessivamente vaga nei termini e nei modi dell'esercizio della delega.

Sta generando, infine, un ampio dibattito istituzionale e presso l'opinione pubblica il *policy paper* del Governo del 31 gennaio 2022, su “The benefits of Brexit”, in cui tra le altre cose, si propone l'attivazione

⁴⁴ Cfr. la Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, GUUE, serie L 101/1, 15 aprile 2011.

⁴⁵ Sul valore dell'abrogazione espressa, cfr. P. SORRENTINO, *L'abrogazione nel quadro dell'unità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 9 ss. e F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 2 ss.

⁴⁶ O. GARNER, *Modifying Retained EU law in the UK*, *cit.*

di una procedura “accelerata” per la modifica e l’abrogazione della *retained EU law*⁴⁷. L’Esecutivo ritiene infatti che la proposta è cruciale per “ottimizzare i tempi di lavoro del Parlamento”, riducendo ulteriormente le possibilità di intervento di quest’ultimo a vantaggio del Governo⁴⁸. Alla luce del rischio di aggravare la marginalizzazione del Parlamento, l’*European Scrutiny Committee* della Camera dei Comuni ha avviato una indagine conoscitiva⁴⁹. L’obiettivo è, da un lato, valutare se ed in che modo, per compensazione, nuove procedure di controllo parlamentare potrebbero essere introdotte per assicurare che si vigili attentamente sulla modifica della legislazione e, dall’altro, monitorare l’accessibilità e la conoscibilità della normativa di risulta in vigore, essendo molto spesso sia i cittadini che le imprese costretti a ricostruire la disciplina in vigore barcamenandosi nel complesso intarsio tra norme di diritto europeo, l’*EU Withdrawal Act 2018*, l’*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020* o l’*European Union (Future Relationship) Act 2020* e gli *statutory instruments* del Governo via via adottati.

4. La deroga e l’abrogazione del *Fixed Term Parliaments Act 2011*: quando la legge configura un’auto-sottrazione di poteri in capo al Parlamento

Sebbene non riguardino direttamente la Brexit, la deroga, prima, e l’abrogazione, poi, del *Fixed-Term Parliaments Act 2011* segnalano un disagio profondo nei rapporti tra Parlamento e Governo nell’esercizio della funzione legislativa⁵⁰. Il Parlamento, in altri termini, è stato messo nelle condizioni e si è prestato a procedure legislative volte ad una significativa compressione dei suoi poteri.

Ovviamente, è difficile dire se tutto questo sarebbe accaduto anche in assenza di un processo multilivello e tanto articolato come quello della Brexit; con ogni probabilità, quest’ultima ha influenzato o accelerato tensioni e dinamiche che erano poco visibili fino a cinque anni fa⁵¹.

⁴⁷ UK GOVERNMENT, *The Benefits of Brexit: How the UK is taking advantage of leaving the EU*, Londra, gennaio 2020, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1054643/benefits-of-brexit.pdf

⁴⁸ Per il Governo, infatti, “As Parliament has so many substantial policy questions to consider, the Government considers it not a good use of finite Parliamentary time to require primary legislation to amend all of these rules” (Ivi, p. 32).

⁴⁹ Cfr. Camera, dei Comuni, *European Scrutiny Committee*, 25 febbraio 2022, <https://committees.parliament.uk/committee/69/european-scrutiny-committee/news/161317/government-proposals-on-retained-eu-law-to-be-scrutinised-by-committee/>

⁵⁰ Sulla genesi e attuazione del *Fixed-Term Parliaments Act 2011*, cfr. P. NORTON, *From Flexible to Semi-Fixed: The Fixed-Term Parliaments Act*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2014, p. 203 ss. e C. MARTINELLI, *Formazione del Governo e scioglimento del Parlamento nel processo evolutivo del modello Westminster*, cit., p. 7 ss.

⁵¹ Anche se, come si è detto, era già piuttosto evidente allora che le dinamiche dei rapporti tra il Parlamento e il Governo si fossero trasformate: cfr. V. BOGDANOR, *The Coalition and the Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2011; O. CHESSA, *La fine del modello Westminster. Il nuovo parlamentarismo razionalizzato del Regno Unito*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2015, pp. 809 ss. e C. FUSARO, *Le trasformazioni del modello Westminster e le difficoltà crescenti del governo parlamentare in Europa*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 dicembre 2015, www.forumcostituzionale.it.

Una prima, ben nota, forzatura nell'applicazione del *Fixed-Term Parliaments Act* si è avuta all'indomani della decisione di Theresa May di ricorrere ad elezioni anticipate nel 2017, con l'approvazione della prima mozione di auto-scioglimento della Camera dei Comuni approvata da questo ramo del Parlamento a maggioranza dei due terzi. Già, allora, nelle incertezze sul da farsi, infatti, aveva preso le mosse un dibattito sulla possibilità di derogare al *Fixed-Term Parliaments Act* con una legge *ad hoc*⁵².

L'*hung Parliament* che è derivato da quelle elezioni ha sostanzialmente reso impossibile al Governo di poter contare sulla Camera dei Comuni per avallare la richiesta di scioglimento anticipato. Dopo le vicende della *prorogation*⁵³, in una situazione di forte tensione politica e nell'approssimarsi della scadenza finale per il recesso dall'UE senza un accordo, per tre volte (il 4, il 9 settembre e il 28 ottobre 2019) la mozione di auto-scioglimento proposta dal Governo è infatti stata respinta dalla Camera bassa⁵⁴. Un primo, significativo, *vulnus* all'impianto del *Fixed Term Parliaments Act* è derivato allora dall'approvazione, a maggioranza semplice, di un disegno di legge governativo – poi diventato l'*Early Parliamentary General Election Act 2019* - per la convocazione di elezioni anticipate, passando così dalle “minacce” del Governo May ai “fatti” del Governo Johnson sulla previsione di una disciplina in deroga valevole solo per le elezioni del 12 dicembre 2019⁵⁵.

Di fatto, però, pareva esserci una convergenza di vedute tra conservatori e labouristi nell'identificare nel *Fixed Term Parliaments Act* la causa di diversi mali, quali la formazione di Governi deboli e la paralisi dei processi di decisione parlamentare, e nel suo superamento la soluzione. Così l'abrogazione di questa legge figurava nel manifesto elettorale di entrambi i partiti⁵⁶.

La presentazione alla Camera dei Comuni, il 12 maggio 2021, da parte del Ministro Michael Gove del *Dissolution and Calling of Parliament Bill* (ora *Act*) è stata la naturale conseguenza. La legge, tra le altre cose, abroga espressamente il *Fixed Term Parliaments Act*, dispone la reviviscenza della prerogativa regia sullo scioglimento della Camera dei Comuni e, pertanto, consegna di nuovo nelle mani del Primo Ministro la scelta sul momento elettorale, esclude mediante la c.d. *ouster clause* il sindacato dei giudici sull'esercizio del

⁵² Cfr. R. CRAIG, *Zombie Prerogatives Should Remain Decently Buried: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011 (Part. I)*, in *U.K. Const. L. Blog*, 24 maggio 2017, e C. FASONE, *La prima applicazione della mozione di auto-scioglimento della Camera dei Comuni, secondo il Fixed-Term Parliaments Act*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2017, p. 644.

⁵³ Su cui si vedano, tra gli altri, A. TORRE, “*Serial Müller*”, *cit.*, p. 3083 ss.; F. F. PAGANO, *La “Royal Prerogative” e la forma di governo del Regno Unito*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1, 2020, p. 85 ss. e C. MARTINELLI, *La Brexit come «constitutional moment»*, in questo numero speciale.

⁵⁴ F. ROSA, *Il parlamentarismo britannico dopo Brexit*, in *DPCE*, n. 3, 2021, p. 780.

⁵⁵ Cfr. G. CARAVALE, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, *cit.*, p. 6.

⁵⁶ Cfr. il CONSERVATIVE PARTY MANIFESTO 2019, <https://www.conservatives.com/our-plan/conservative-party-manifesto-2019>, p. 48 e il LABOUR PARTY MANIFESTO 2019, <https://labour.org.uk/wp-content/uploads/2019/11/Real-Change-Labour-Manifesto-2019.pdf>, p. 82.

potere (regio) di scioglimento e prevede che lo scioglimento automatico della Camera bassa avvenga esattamente cinque anni dopo la convocazione della prima riunione del precedente Parlamento eletto⁵⁷. L'*iter legis* ha condotto all'approvazione di un testo modificato tanto nella Camera dei Comuni quanto da parte della Camera dei Lord rispetto alla versione originaria. Ancor prima della presentazione del disegno di legge, però, diverse Commissioni dei due rami del Parlamento si sono occupate del tema. Tra queste la Commissione bicamerale (*Joint Committee*) sul *Fixed Term Parliaments Act* che, al termine di una indagine conoscitiva, ha adottato una serie di raccomandazioni⁵⁸. Infatti, pur apprezzando il tentativo di superare, mediante l'abrogazione, il rischio di stallo istituzionale che potrebbe crearsi a seguito dell'approvazione di una mozione di auto-scioglimento e le incertezze emerse circa la possibilità di votare mozioni di sfiducia aldilà di quelle volte a determinare lo scioglimento della Camera, la Commissione bicamerale ha evidenziato alcune questioni critiche nell'abrogazione del *Fixed Term Parliaments Act*.

Innanzitutto, è innegabile che, così facendo, la capacità del Parlamento di autodeterminare la durata della legislatura, entro il termine di cinque anni dall'elezione, si riduce a vantaggio di una scelta discrezionale del Governo⁵⁹. In secondo luogo, diverse sono le tesi emerse rispetto alla questione della prerogativa regia sullo scioglimento. Se una maggioranza di soggetti auditi dalla Commissione bicamerale non ha espresso dubbi sul fatto che una legge del Parlamento possa far “rivivere” una *royal prerogative*, qualche opinione in dissenso ha sottolineato che un potere, come quello di cui si discute, che non ha una base legislativa ma consuetudinaria, non può essere riabilitato dal Parlamento⁶⁰. In terzo luogo, un punto molto dibattuto è quello della proposta sottrazione dell'esercizio del potere di scioglimento al sindacato giurisdizionale. Qui, la Commissione bicamerale ha paventato l'ipotesi che l'*ouster clause* possa essere “messa fuori gioco” da una deliberazione parlamentare che escluda essa stessa un coinvolgimento dei giudici in virtù dell'art. 9 del *Bill of Rights* ed eviti al monarca il coinvolgimento in processi politici estremamente delicati per salvaguardarne l'imparzialità⁶¹. Allo stesso tempo, alcuni esperti hanno avvertito, però, che la *ouster clause*

⁵⁷ Per una valutazione molto critica sul disegno di legge, cfr. A. YOUNG, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill – a return to constitutional normality?*, in *The Constitution Unit blog*, 28 luglio 2021, <https://constitution-unit.com/2021/07/28/the-dissolution-and-calling-of-parliament-bill-a-return-to-constitutional-normality/> e M. RUSSELL, G. PHILLIPSON e P. SCHLEITER, *The Dissolution and Calling of Parliament Bill: why the House of Commons should retain control over dissolution*, in *The Constitution Unit blog*, 8 settembre 2021, <https://constitution-unit.com/2021/09/08/the-dissolution-and-calling-of-parliament-bill-why-the-house-of-commons-should-retain-control-over-dissolution/>. Entrambi i contributi, peraltro, sono concordi nel ritenere che il *Fixed Term Parliaments Act* non sia una causa, ma una conseguenza della crisi del sistema politico britannico.

⁵⁸ Cfr. HOUSE OF COMMONS e HOUSE OF LORDS, Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act, Report, Session 2019-21, 18 marzo 2021, <https://committees.parliament.uk/publications/5190/documents/52402/default/>

⁵⁹ Per quanto non illimitata: cfr. F. ROSA, *Il parlamentarismo britannico dopo Brexit*, cit., p. 782.

⁶⁰ Cfr. HOUSE OF COMMONS e HOUSE OF LORDS, Joint Committee on the Fixed-Term Parliaments Act, Report, cit. par. 109, l'opinione di Anne Twomey la quale riconosce, eventualmente, che la prerogativa regia dovrebbe avere dopo l'approvazione della legge un fondamento legislativo. Dello stesso avviso è stato anche Daniel Greenberg, Counsel for Domestic Legislation, Office of Speaker's Counsel, House of Commons (ivi, par. 109).

⁶¹ Ivi, p. 43.

potrebbe anche non essere seguita dalle corti⁶² o, ancora, che potrebbe essere controproducente, favorendo, solo per effetto della sua codificazione, l'innescarsi di conflitti tra Parlamento, Esecutivo e corti.

Insomma, il *Dissolution and Calling of Parliament Act* è senza dubbio una legge dal tono costituzionale, la cui presentazione e ragion d'essere affonda comunque le radici nelle intricate vicende della Brexit e dell'impasse istituzionale che ne è conseguita, ma che evidentemente determinerà una sottrazione di poteri dal Parlamento, tra cui quello, fondamentale, di co-determinare uno dei momenti più salienti della vita politica, lo scioglimento della Camera dei Comuni⁶³.

5. Conclusioni

La Brexit è stato ed è tuttora un “*constitutional moment*”⁶⁴ nel Regno Unito e ha toccato anche l'istituzione rappresentativa per eccellenza, il Parlamento. E' chiaro che quello che emerge sull'esercizio della sua funzione legislativa, tanto sotto il profilo delle procedure parlamentari, quanto sotto il profilo dei margini dell'attività regolatoria del Parlamento post-Brexit, è un quadro con molte ombre e poche luci. La vitalità espressa dal Parlamento, inclusa la Camera dei Lord, specie nella fase del Governo di minoranza, con il successo dei *private members bill* e il tentativo di prefigurare un indirizzo politico alternativo a quello del Governo, va comunque rapportata a questo frangente *sui generis* e, in ogni caso, a dinamiche disfunzionali di una forma di governo “sotto stress”.

La delega di poteri legislativi al Governo, senza precedenti per modalità ed estensione, da parte delle principali leggi che hanno scandito e tuttora scandiscono la Brexit, l'*EU Withdrawal Act 2018*, l'*EU (Withdrawal Agreement) Act 2020* o l'*European Union (Future Relationship) Act 2020*, e delle leggi di settore ha messo a dura prova i meccanismi di *accountability* democratica, creando seri problemi di certezza del diritto e una visibile emarginazione del ruolo del Parlamento⁶⁵. Analoghe conseguenze possono scaturire dalla scelta di abrogare il *Fixed Term Parliaments Act 2011*, ritenuto la causa della debolezza degli Esecutivi

⁶² Così Lord Lisvane e Sir Malcolm Jack, entrambi già Clerks della Camera dei Comuni: *ivi*, par. 171.

⁶³ Sul rapporto tra ampiezza dei poteri governativi di scioglimento e credenziali democratiche dell'ordinamento, si veda l'indagine comparata di E. MORGAN-JONES, M. LOVELESS, *Early election Calling and Satisfaction with democracy*, in *Government and Opposition*, 2021, p. 5 ss.

⁶⁴ Cfr. C. MARTINELLI, *La Brexit come “constitutional moment”*, in questo numero speciale, richiamandosi alla nozione elaborata da B. ACKERMAN a proposito delle modifiche costituzionali informali nel primo volume della sua trilogia, *We the People. Volume 1: Foundations*, Harvard University Press, Harvard, 1991.

⁶⁵ Ciò anche per effetto della combinazione tra Brexit e risposta alla pandemia: si vedano G. CARVALE, *L'incremento del potere normativo dell'esecutivo britannico tra Brexit ed emergenza sanitaria*, in *federalismi.it*, n. 28, 2020, p. 254 ss. e A. TORRE, *Dal Coronavirus alla Corona*, *cit.*, p. 1781 ss.

durante le negoziazioni sulla Brexit⁶⁶. Dopo una serie di vistose forzature procedurali, il Parlamento si è sostanzialmente spogliato del potere di decidere sulla propria sorte e sulla durata del proprio mandato. Il riequilibrio dei rapporti tra Parlamento e Governo, oggi fortemente sbilanciati a vantaggio di quest'ultimo, può operarsi tendenzialmente sia attraverso modifiche mirate della legislazione della Brexit da parte del Parlamento, che circoscrivano e, in qualche caso, revochino l'ampia delega di poteri conferita all'Esecutivo, anche canalizzandola attraverso l'uso dell'abrogazione espressa, sia mediante un rafforzamento del controllo parlamentare, come, in qualche misura, si sta provando ad ipotizzare. L'Esecutivo, infatti, ha chiarito i suoi piani circa l'opportunità di introdurre procedure accelerate per la valutazione e la modifica della *retained EU law* che rendono ancora più urgenti l'adattamento delle procedure parlamentari con interventi *ex ante* e *ex post* rispetto all'adozione di strumenti normativi del Governo, diventati ormai ipertrofici e alluvionali. Insomma, come era stato ampiamente previsto ancor prima che il referendum sulla Brexit si svolgesse, il recesso del Regno Unito dall'Unione ha per ora comportato una evidente concentrazione di poteri in capo al Governo e ai suoi Ministri erodendo i poteri legislativi del Parlamento "sovrano"⁶⁷.

⁶⁶ Secondo diversi commentatori, a torto: cfr., ad esempio, M. RUSSELL, *The Fixed-term Parliaments Act did not cause the Brexit impasse*, in *The Constitution Unit blog*, 6 settembre 2021, <https://constitution-unit.com/2021/09/06/the-fixed-term-parliaments-act-did-not-cause-the-brexit-impasse/>

⁶⁷ Cfr. G. GEE e A. YOUNG, *Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common Law*, in *European Public Law*, 22(1), 2016, pp. 139 ss.



La funzione di controllo della House of Commons durante la Brexit e la *motion for humble address**

di Federico Nania

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
e diritto pubblico generale
Sapienza-Università di Roma

Abstract [It]: Il presente contributo si prefigge di ricostruire l'utilizzo dello strumento della *motion for humble address* da parte dell'opposizione parlamentare all'interno della House of Commons durante alcune fasi decisive della Brexit. Si tenta in particolare di evidenziare come tale meccanismo abbia permesso alla Camera dei Comuni di recuperare importanti spazi per esercitare la propria funzione di *scrutiny* nei confronti del Governo così da ribadire, anche in forza del riconoscimento operato dalla UK Supreme Court, la perdurante centralità del Parlamento nell'ambito della forma di governo britannica.

Title: The supervisory function of the House of Commons during Brexit and the motion for humble address

Abstract [En]: The paper aims at analyzing the use of the motion for humble address by the parliamentary opposition inside the House of Commons during the crucial phases of the Brexit process.

It is therefore highlighted that the aforementioned instrument made the House of Commons capable to regain some important spaces to exercise its scrutiny power on the Government and affirm, thanks also to the recognition by the UK Supreme Court, the lasting centrality of Parliament within the framework of the british form of government.

Parole chiave: funzione di controllo; forma di governo; Camera dei Comuni; Brexit; sovranità parlamentare.

Keywords: scrutiny; form of government; House of Commons; Brexit; sovereignty of Parliament.

Sommario: 1. Premessa: la Brexit e la questione del controllo parlamentare. 2. Cenni su alcune tappe storiche: lo *Standing Order* n. 14 e la disponibilità governativa dell'agenda parlamentare. 3. L'utilizzo della *motion for humble address* da parte della House of Commons durante la Brexit. 4. La UK Supreme Court e la collocazione del controllo nell'alveo della *sovereignty of Parliament*. 5. Considerazioni riassuntive: le prospettive della funzione di *scrutiny* parlamentare nella forma di governo britannica.

1. Premessa: la Brexit e la questione del controllo parlamentare

Nel tragitto che ha contrassegnato il recesso britannico dall'Unione Europea¹, tra le molteplici questioni di rilievo costituzionale che hanno suscitato e tuttora suscitano cospicua attenzione in sede scientifica², è

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹Sulle diverse fasi delle trattative intercorse tra Unione Europea e Regno Unito e sui mutamenti dello scenario politico inglese cfr. F. FABBRINI, *Brexit. Tra diritto e politica*, Bologna, 2021.

²Per l'analisi delle più importanti tematiche costituzionali sottese alla Brexit cfr. almeno F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, 2017; C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Collana del Devolution Club, Santarcangelo di Romagna, 2017; V. BOGDANOR, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, 2019. Sulla natura del diritto di recedere dall'Unione e sul procedimento dell'art. 50 TUE, cfr. F. SAVASTANO,

venuta anche in evidenza quella del ruolo svolto dal Parlamento, ed in particolare dalla House of Commons, nella vicenda della cd. Brexit, specie con riferimento all'esercizio del suo potere di *scrutiny*³ nei confronti del Governo. Come si vedrà - benché nel sistema costituzionale del Regno Unito non venga mai ufficialmente smentito l'antico principio della *sovereignty of Parliament* col suo corollario del *responsible government* - la Brexit ha messo duramente alla prova la funzione parlamentare di controllo politico di fronte alla propensione del governo a gestire in via pressoché autonoma la procedura di recesso ed a sottrarsi ad un effettivo confronto parlamentare persino culminata nella (tentata) *prorogation* del periodo di sospensione del Parlamento del luglio 2019.

Al fine di ovviare a tali tentativi di marginalizzazione, numerosi sono stati i meccanismi messi in opera dalle due Houses nel corso della fase, peraltro segnata da notevole incertezza politica⁴, successiva alla notifica dell'intenzione di recedere dalla compagine europea inoltrata dal governo britannico ai sensi dell'art. 50 TUE in forza dell'apposita legge parlamentare di autorizzazione.⁵

Prima di soffermarsi sulla House of Commons e segnatamente sul meccanismo della *motion for humble address*, occorre evidenziare per completezza come il tentativo di recuperare la capacità di controllo sull'Esecutivo in occasione della Brexit abbia trovato un importante riscontro anche nell'altra Camera di Westminster. Si vuole alludere in particolare agli emendamenti apportati a suo tempo dalla House of Lords allo *European Union (Withdrawal) Bill*⁶ intesi ad affermare il cd. «meaningful vote» da parte del

Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati, Torino, 2019. Sul rapporto tra Brexit e «Costituzione» europea cfr. B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi*, n. 13/2016. Su secessione e recesso nel contesto dell'Unione Europea cfr. C. CLOSA (ed.), *Secession from a Member State and Withdrawal from the European Union*, Cambridge, 2017.

³In riferimento alla funzione di *scrutiny*, affermava Mill che fosse precipuo compito dell'Assemblea «to watch and control the government: to throw the light of publicity on its acts; to compel a full exposition and justification of all of them which anyone considers questionable; to censure them if found condemnable and, if the men who compose the government abuse their trust or fulfill it in a manner which conflicts with the deliberate sense of the nation, to expel them from office, and either expressly or virtually appoint their successors» (cfr. J.S. MILL, *Considerations on representative government* (1861), Ontario, 2001, p. 68). In tempi più recenti, utilizzando una formula sintetica ma efficace, il *parliamentary scrutiny* è stato descritto nella letteratura britannica nei seguenti termini: «the process of examining expenditure, administration and policy in detail, on the public record, requiring the government of the day to explain itself to parliamentarians as representatives of the citizen and the taxpayer, and to justify its actions» (cfr. R. ROGERS and R. WALTERS, *How Parliament Works*, London, 2004, p. 339). Per una panoramica sul potere di *scrutiny* nell'ordinamento britannico e per la disamina dei vari meccanismi tramite i quali tale potere può essere esercitato cfr. altresì H. WHITE, *Parliamentary Scrutiny of Government*, London, 2015. Nella dottrina italiana cfr. soprattutto F. ROSA, *Il controllo parlamentare sul governo nel Regno Unito. Un contributo allo studio del parlamentarismo britannico*, Milano, 2012.

⁴ Cfr. ancora la nota n. 1.

⁵In ottemperanza, come si sa, a quanto affermato dalla UK Supreme Court nella sentenza *Miller I* su cui cfr. A. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Diritto Pubblico*, n. 1/2017; K. EWING, *Brexit and Parliamentary Sovereignty*, in *The Modern Law Review*, Vol. 80, Issue 4, July 2017. Per i commenti italiani cfr. C. MARTINELLI, *I poteri costituzionali di fronte alla Brexit: la UKSC fissa i confini*, in *DPCE Online*, v. 29, n.1, apr. 2017; G.F. FERRARI, *La Corte Suprema, brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *DPCE Online*, v. 29, n.1, apr. 2017.

⁶Sul cd. *Great Repeal Bill*, era intervenuta anche la Committee on the Constitution presso la Camera Alta attraverso un *report* nel quale si evidenziavano in particolare alcune criticità in relazione all'ampia sfera di *delegated powers* riconosciuta al Governo nel campo della cd. *retained Eu law* e si affermava come la funzione di *scrutiny* del Parlamento dovesse essere preservata «by limiting the scope of the delegated powers granted under the Great Repeal Bill, and second, by putting

Parlamento sul futuro *Agreement* con l'Unione Europea così anche evitando che il Governo potesse determinare in futuro una *no deal Brexit* senza ricevere in ogni caso l'approvazione parlamentare. Sotto questo aspetto, viene alla luce come la stessa Camera Alta non abbia mancato in tal modo di rivendicare la funzione di *scrutiny* attestando così, diversamente da quanto indurrebbe a credere una corrente raffigurazione del bicameralismo britannico, la comune volontà di sottoporre le decisioni governative sulla Brexit alla verifica di entrambi i Rami del Parlamento.⁷

Fatte queste notazioni introduttive, si tratterà in questa sede di dare conto dell'utilizzo del suddetto strumento parlamentare, la *motion for humble address*, da parte dell'opposizione all'interno della House of Commons al fine di ristabilire, in alcune fasi decisive della Brexit, un certo grado di controllo e di indirizzo sull'attività del Governo e della maggioranza.

2. Cenni su alcune tappe storiche: lo *Standing Order* n. 14 e la disponibilità governativa dell'agenda parlamentare

Per comprendere le ragioni dell'anzidetta condizione di sofferenza dell'organo rappresentativo nel drammatico frangente del recesso dall'Unione, occorre rammentare - benché in via del tutto sintetica - almeno le due tappe fondamentali che, nel processo di assestamento della forma di governo britannica nella chiave della prevalenza del *Cabinet* (ovvero dello stesso Primo Ministro)⁸, hanno scandito la dislocazione del potere di determinazione dell'agenda parlamentare e conseguentemente la reale possibilità per l'organo rappresentativo di esercitare il potere di controllo sull'attività di governo.⁹

La prima tappa, come è stato indicato da Mackintosh, risale al XIX secolo, laddove la Camera dei Comuni, specie in considerazione della sostanziale omogeneità di interessi rispecchiati dal sistema partitico, «controlled a large part of its own timetable...and could force information out of the government»; in

in place processes to ensure that Parliament has on-going control over the exercise of those powers» (Select Committee on the Constitution, *The "Great Repeal Bill" and delegated powers*, 9th Report of Session 2016–17, p. 4)

⁷ Sul ruolo della House of Lords e sul suo esercizio della funzione di *scrutiny* con specifico riguardo alla Brexit cfr. P. LEYLAND, *The House of Lords faces up to Brexit*, in R. ALBERT, A. BARAGGIA, C. FASONE (eds.), *Constitutional Reform of National Legislatures: Bicameralism under Pressure*, Edward Elgar, 2019, pp. 96 e ss.; J. SMITH, *Fighting to 'Take Back Control': The House of Lords and Brexit*, in T. CHRISTIANSEN - D. FROMAGE, *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, London, 2019, pp. 81 e ss. Nello specifico sugli emendamenti approvati dalla Camera Alta allo European Union (Withdrawal) Bill cfr. G. CARVALE, *Il Brexit Bill all'esame della Camera dei Lords*, in *Nomos*, n. 1/2018.

⁸Sulle oscillazioni tra lo schema della collegialità di Gabinetto e quello della «netta preminenza del Premier» si veda L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, pp. 648-649; T.E. FROSINI, *Premierato e sistema parlamentare*, in *Il Politico*, Vol. 69, No. 1 (205), 2004, pp. 10 e ss. Soprattutto in riferimento alla «diretta compenetrazione» tra potere esecutivo ed organo rappresentativo cfr. A. TORRE, *Il Regno Unito*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI, *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, p. 7, nonché G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, pp. 416 e ss.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, pp. 678 e ss.

⁹Cfr., anche in ottica comparativa, H. DÖRING, *Parliamentary Agenda Control and Legislative Outcomes in Western Europe*, in *Legislative Studies Quarterly*, 26 (1), 2001.

particolare, il periodo vittoriano viene indicato dall'Autore come l'autentico momento aureo dell'attività di controllo parlamentare, potendo la House of Commons esercitare nella loro pienezza «these functions of controlling, scrutinising, appointing and removing the executive»¹⁰: ciò soprattutto grazie alle riforme che avevano valorizzato la vocazione rappresentativa della Camera, a cominciare dal *Representation of the People Act* del 1832 (anche denominato *Great Reform Act*), che, apportando un primo allargamento del diritto di voto, aveva consentito di convogliare nella sede parlamentare le nuove esigenze sociali attivate dalla Seconda Rivoluzione Industriale.¹¹

La seconda tappa è da collocarsi già agli inizi del XX secolo, quando le potenzialità del controllo parlamentare si riducono drasticamente: nella prevalente dottrina costituzionalistica dell'Isola la svolta viene fatta coincidere con l'adozione nel 1902 del cd. *Balfour Railway Timetable* tramite il quale «the government took control of virtually all the time of the House», in definitiva attraendo a sé il potere di decidere «what was to debate, for how long and when the final vote was to be taken».¹² Ma la componente principale di tale *package* di *procedural reforms* ideate al fine di agevolare il Governo nel «conduct the public business»¹³ è senz'altro rappresentata dallo *Standing Order* n. 14 alla cui stregua il «Government business shall have precedence at every sitting», spettando quindi al Governo il potere di stabilire gli argomenti oggetto di discussione e le loro priorità. A questo punto, ancora secondo la ricostruzione di Mackintosh, il «control by the government of the life of the House» diviene tanto «pervasive» da far ritenere che «a government can obtain the passage of virtually all the Bills it introduces».¹⁴ Tuttavia, vale a temperare la perentorietà di tale considerazione la circostanza che, a seguito della riforma del 1982, il sopramenzionato *Standing Order* n. 14 ha previsto che per ogni sessione vi siano almeno venti giorni in cui gli argomenti di discussione all'interno dell'Aula possono essere fissati dall'opposizione, creando in tal modo «occasioni» di dialettica e di scrutinio politico¹⁵, al di là del *continuum* maggioritario che lega Parlamento e Governo. Non a caso, nel *report* redatto nel 2009 dalla Select Committee on the Reform of the House of Commons (cd. Wright Committee) si argomentava nel senso che vi fosse «a well-established concern (dating back

¹⁰Cfr. J.P. MACKINTOSH, *The Government and Politics of Britain*, London, 1975, p. 130

¹¹In tal senso, il periodo tra il 1832 ed il 1867 è stato definito nella dottrina italiana anche come «terza rivoluzione inglese» (cfr. G. REBUFFA, *Un'idea di Costituzione. Walter Bagehot e la regina Vittoria*, in W. Bagehot, *La Costituzione inglese* (1867), trad.it, Bologna, 1995, p. 23). In riferimento allo stesso frangente storico nota Claudio Martinelli che «il Parlamento acquisisce una spiccata capacità rappresentativa che costituirà il motore politico dell'incremento della funzione legislativa» riuscendo così a realizzare «un'evoluzione che da sola la tradizione di common law non era più in grado di assicurare non disponendo di strumenti sufficienti per rispondere alle esigenze sociali determinate dalla rivoluzione industriale» (cfr. C. MARTINELLI, *Brevi riflessioni sulla rule of law nella tradizione costituzionale del Regno Unito*, in *Diritti Comparati*, 8 giugno 2017).

¹²J.P. MACKINTOSH, *ibidem*.

¹³Così si esprimeva Lord Balfour nel discorso con il quale veniva presentata la riforma nella House of Commons; il testo è riportato da The History of Parliament, *Standing Order n. 14*, 28 march 2019.

¹⁴Cfr. J.P. MACKINTOSH, *op.cit.*, p. 133.

¹⁵Cfr., anche per la più ampia disamina del ruolo dell'opposizione nel contesto britannico, V. CASAMASSIMA, *L'opposizione in Parlamento. Le esperienze britannica e italiana a confronto*, Torino, 2013, pp. 127 e ss.

many decades) that Government in general is too dominant over parliamentary proceedings. The House is notionally in charge but, partly because of difficulties of collective decision-making, partly due to imbalance of resources, and partly as a result of its own Standing Orders, the coordination of decisions often rests with the executive»; si auspicava per conseguenza che la House of Commons potesse disporre di più ampi margini di autonomia in tale ambito, argomentando ancora che «the House of Commons, as a representative and democratic institution, needs to wrest control back over its own decisions rather than delegating so much (as it does now) to Ministers and frontbenchers» al fine di assolvere alla propria funzione di «forum for debate between political parties». ¹⁶

Muovendo da tali premesse, la Committee proponeva nel *report* le opportune modifiche delle *parliamentary rules*, tra le quali, oltre alla valorizzazione in funzione di controllo politico delle Select Committees, spiccava l'istituzione di una House Business Committee (rappresentativa della composizione politica della Camera) titolare del potere di redigere l'agenda settimanale dei lavori da sottoporre all'approvazione dell'Aula. ¹⁷ Nel 2010, alcune delle riforme proposte dalla Wright Committee vennero implementate così riequilibrando in qualche misura l'assetto dei rapporti tra Parlamento ed Esecutivo. In particolare, si delineò un sistema di elezione a scrutinio segreto per i membri e per i presidenti delle Select Committees ¹⁸ e si stabilì un'ulteriore eccezione allo *Standing Order* n. 14 prevedendo che nel corso di ogni sessione ventisette giorni dovessero essere destinati a discutere ed a votare all'interno dell'Aula questioni di interesse dei *backbenchers* istituendo a tale scopo una Backbench Business Committee, mentre rimase disattesa l'istituzione della House Business Committee. ¹⁹

Quanto agli effetti di dette riforme in termini di effettivo rafforzamento della House of Commons nei confronti del Governo, si può fare riferimento al documento del 2013 redatto dalla Political and Constitutional Reform Committee, avente ad oggetto la valutazione dell'incidenza delle cd. *Wright reforms*. ²⁰ Ciò che emerge dal suddetto documento è che, nonostante venisse riconosciuto che la riforma

¹⁶Cfr. Reform of the House of Commons Select Committee - First Report, *Rebuilding the House*, 12 November 2009.

¹⁷Su questi aspetti cfr. M. RUSSELL, 'Never allow a crisis to go to waste': the Wright Committee reforms to strengthen the House of Commons, in *Parliamentary Affairs*, Volume 64, Issue 4, October 2011.

¹⁸Ossia di quelle Commissioni parlamentari, distinte dalle Standing Committees, che possono essere istituite dalle Camere al fine di «investigate a specific issue in detail or to perform a specific scrutiny role». È stato osservato in dottrina che nei tempi più recenti le Select Committees avrebbero assunto un ruolo sempre più rilevante sino a divenire le «poster organisations of parliamentary scrutiny», il che sarebbe stato anche facilitato dalle «informal capacities» delle Commissioni e della loro «insulation... from the partisan grip of party managers, and from the intrusions of governmental defensive dispositions or ethos into their workings». Sebbene non si manchi di notare come anche le Commissioni «were subject to government attempts to restrict their permissive operational bandwidth» soprattutto a cavallo tra le fasi conclusive della Brexit e l'irrompere dell'emergenza sanitaria (cfr. D. JUDGE, *Walking the Dark Side: Evading Parliamentary Scrutiny*, in *The Political Quarterly*, 2021, pp. 3 e ss.).

¹⁹ Sulle riforme e sul loro impatto sui rapporti tra Governo e Parlamento cfr. M. RUSSELL - D. GOVER, *Taking Back Control: why the House of Commons should govern its own time*, in *The Constitution Unit*, January 2021.

²⁰ Cfr. Political and Constitutional Reform Committee, *Revisiting Rebuilding the House: the impact of the Wright reforms*, 2013.

del 2010 aveva contribuito ad un «more transparent system»²¹ ed aveva conferito ai membri della Camera bassa un «greater sense of ownership and control of their own agenda»²², si insisteva tuttavia a lamentare come un più adeguato ridimensionamento dei poteri del Governo fosse stato impedito dalla mancata realizzazione della House Business Committee con il correlato sistema di *voteable agenda*.²³

3. L'utilizzo della *motion for humble address* da parte della House of Commons durante la Brexit

Tornando alla vicenda che qui interessa, è da dire che la Brexit ha riproposto il tema del ruolo dell'organo rappresentativo e della sua indipendenza dal governo, al punto da rappresentare «the biggest and longest-running controversy in recent times over Commons procedure» e da sollevare «very big questions about parliamentary agenda control in both a practical and a principled sense».²⁴

Al riguardo va segnalato che il recupero della funzione di controllo del Parlamento ha portato in particolare evidenza, tra i vari strumenti attivati a questo scopo²⁵, l'utilizzo da parte dell'opposizione parlamentare delle *motions for return* e specificatamente delle *motions* proposte sotto forma di *humble address*. Si tratta di un procedimento assai risalente nella storia parlamentare inglese²⁶ che ricorre allorché l'opposizione fissi la mozione da discutere nel corso di un *opposition day*, ossia durante una seduta programmata per trattare argomenti decisi dallo schieramento di opposizione, sotto forma di *humble address*, vale a dire sotto forma di messaggio indirizzato alla Corona al fine di ottenere l'esibizione di documenti in possesso dell'Esecutivo ai quali il Parlamento ritenga di dover avere accesso allo scopo di esercitare la funzione di *scrutiny*. Con l'importante precisazione che all'interno della House of Commons, la procedura seguita per una mozione di *humble address* risulta parificata al regime delle altre *substantive*

²¹ Cfr. la *written submission* di G. Brady.

²² Cfr. la *written submission* di M. Russell.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. M. RUSSEL and D. GOVER, *op. cit.*, p. 16.

²⁵ Per l'analisi complessiva di tali strumenti, con particolare riferimento all'utilizzo dei *private member's bills*, del *backbench business* e delle *urgent questions* al fine di indirizzare l'azione di Governo cfr. M RUSSEL, *Brexit and Parliament: the anatomy of a perfect storm*, in *Parliamentary Affairs* (2021) 74, pp. 453 e ss., nonché P. LYNCH, R. WHITAKER, A. CYGAN, *Brexit and the UK Parliament: Challenges and Opportunities*, in T. CHRISTIANSEN - D. FROMAGE, *Brexit and Democracy. The Role of Parliaments in the UK and the European Union*, London, 2019, pp. 51 e ss.

²⁶ Tale meccanismo veniva descritto da Erskine May come espressione del potere di ciascuna House «to call for the production of papers»; in particolare, ancora nelle parole di Erskine May, «the power to call for papers was frequently exercised until about the middle of the nineteenth century but has been used less frequently since then ... The power has a continuing importance since it is regularly delegated to select committees, thus enabling them to send for papers and records although the House has itself ordered that certain papers be provided to a specified committee or under specified conditions». Specificatamente sulla mozione di *humble address*, essa viene descritta nei seguenti termini: «a return from the Privy Council or from departments headed by a Secretary of State is called for by means of a motion on the Order Paper for an humble address. If such a motion is agreed, an humble address is sent to the Queen requesting that she direct that the papers be supplied as set out in the motion» (cfr. E. MAY, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, in *erskinemay.parliament.uk*, Part 1, Ch. 7, par. 7.31).

motions, prevedendosi una discussione, con possibili emendamenti alla mozione, ed una votazione finale da parte della Camera il cui risultato ed i cui effetti vengono dichiarati dallo Speaker.

Ora, una prima mozione di *humble address* veniva presentata dall'opposizione nel 1 novembre 2017 affinché la Regina desse indicazione al Governo di fornire alla House of Commons la propria valutazione circa l'impatto della Brexit su diversi settori dell'economia britannica ai fini della cognizione e del controllo da parte della Select Committee for Exiting the European Union.²⁷ La richiesta in esame veniva motivata con l'esigenza di assicurare la «transparency» e la «accountability» delle risultanze dell'istruttoria svolta al riguardo dall'Esecutivo e di «ensuring that Parliament can do its job of scrutinising the Government properly»;²⁸ quanto all'esito della mozione, il Governo decideva di non presentare emendamenti né di votare in senso contrario, sicché essa veniva approvata nella forma di una *resolution of the House*.

Sotto quest'ultimo aspetto, si sarebbe trattato quindi di una sorta di «trap»²⁹ escogitata dall'opposizione laburista, che ha riportato in auge un meccanismo così risalente al fine di poter trasformare una *non-binding opposition day motion* in una risoluzione vincolante per il *Government*, in forza della *convention* che conferisce appunto all'approvazione della mozione di *humble address* l'effetto di obbligare l'Esecutivo ad ottemperarvi, incorrendo in caso contrario nella fattispecie del *contempt of Parliament*. Il che risulta avvalorato, a fronte delle disputa insorta al riguardo tra Governo ed opposizione, dall'affermazione dello Speaker della Camera dei Comuni secondo la quale tali mozioni «have traditionally been regarded as binding or effective» con la conseguenza che sarebbe «quite wrong for the Government not to pay any attention to a decision taken by the House», pur facendo salvo che «the way in which the Minister interprets what he and his colleagues should do after the House has expressed an opinion is a matter not for the Chair but for the Minister».³⁰

²⁷Sul punto, il Governo era già stato sollecitato attraverso una *Question* proposta il 21 giugno 2017 nei confronti del Secretary of State for Exiting the European Union. Nella risposta, il Department for Exiting the European Union faceva presente che l'Esecutivo non avrebbe pubblicato «anything that would undermine the Government's ability to negotiate the best deal for Britain». Per cui, nonostante si affermasse che il Dipartimento in questione avrebbe presto fornito alla House of Commons «the list of sectors we have been examining» veniva altresì ribadito che il Governo non avrebbe modificato la propria decisione di non «revealing information which may harm our negotiating position».

²⁸*Exiting the EU: Sectoral Impact Assessments*, Volume 630: debated on Wednesday 1 November 2017.

²⁹A. DEFTY, *Labour's 'motion for a return': what and why?*, in *The Constitution Unit Blog*, 17 November 2017.

³⁰HC Deb, HC, 1 November 2017, col. 927. Il ruolo dello Speaker nella suddetta circostanza sembra anche confermare il «paradigma storico-giurisprudenziale di derivazione anglo-britannica» il quale «si caratterizza per un'accentuazione dei caratteri para-giurisdizionali dello *Speaker*, il quale per molti aspetti segue il *modus operandi* di un giudice di *common law*. Nell'esperienza di Westminster, in particolare, si registra una torsione verso un marcato metodo storico-casistico di risoluzione delle controversie regolamentari, così valorizzando un aspetto della giuridificazione parlamentare che però rimane fortemente radicato nella storia»; cfr. R. IBRIDO, *L'uso dei precedenti da parte dei Presidenti d'Assemblea: il metodo storico-casistico di interpretazione del diritto parlamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. 2/2012, p. 13 e ID., *L'interpretazione del diritto parlamentare*, Milano, 2015, pp. 174 e ss.

Ben diversa era la posizione assunta del partito di maggioranza, in particolare del Parliamentary Under-Secretary of State for Exiting the European Union, il quale declassava l'effetto vincolante della mozione alla stregua di una «obscure parliamentary rule that has not been in general use for these purposes since the 19th century», non senza aggiungere che nella situazione specifica i Ministri avevano comunque una «clear obligation not to disclose information when to do so would not be in the public interest».³¹

In via conclusiva, nel documento redatto in merito dalla Procedure Committee della Camera dei Comuni si stabiliva che «the power of the House of Commons to require the production of papers is in theory absolute. It is binding on Ministers, and its exercise has consistently been complied with by the Government. The way in which the power is exercised is a matter for the House and not subject to the discretion of the Chair».³²

Con il successivo *humble address* del 31 gennaio 2018 si chiedeva alla Corona di «give directions» all'Esecutivo affinché quest'ultimo, «as a matter of urgency», mettesse a disposizione dei membri della Exiting the European Union Committee la propria *EU exit analysis* (riguardante in particolare «three of the most plausible Brexit scenarios based on current EU arrangements with the range of predictions»³³), così da fornire alle forze politiche un quadro esauriente dei diversi scenari ipotizzati dal Governo in riferimento alle modalità di uscita dall'Unione; anche in questo caso il Governo decideva di non proporre emendamenti e di astenersi dalla votazione sulla mozione, di tal che veniva approvata con i voti dell'opposizione.

Infine, ennesima *humble address*, che otteneva il voto favorevole della House of Commons il 13 novembre 2018, investiva il progetto di *Withdrawal Agreement* negoziato tra Regno Unito ed Unione, mirando ancora una volta a far sì che la House of Commons potesse venire pienamente edotta circa la bozza di Accordo raggiunto con la UE, e ciò con precipuo riferimento alla controversa questione del *backstop* nord-irlandese più volte menzionata durante il dibattito in Aula.³⁴

³¹HC Deb, HC, 1 November 2017, col. 88.

³² Procedure Committee, *The House's power to call for papers: procedure and practice*, 2019, par. 16.

³³ *Government's EU Exit Analysis*, Opposition Day – in the House of Commons, 31st January 2018.

³⁴Ci si riferisce, come si sa, al rischio che l'uscita dall'UE potesse comportare la reviviscenza di un *hard boarder* tra Irlanda del Nord e Repubblica d'Irlanda, mettendo così radicalmente in discussione il fragile equilibrio tra unionisti ed indipendentisti sigillato dal *Good Friday Agreement* che trovava appunto nella libertà di circolazione tra le due Irlande il suo principale fattore di tenuta. Senza dover ripercorrere qui tutte le fasi delle trattative intercorse al riguardo, è sufficiente ricordare che il Protocollo sull'Irlanda/Irlanda del Nord (a seguito delle modifiche intervenute dopo le dimissioni del Primo Ministro Theresa May in conseguenza dei voti contrari della House of Commons sulle bozze di Accordo di recesso) prevede un regime di eccezione per la sola Nation nordirlandese la quale è considerata parte del *single market* europeo pur appartenendo allo stesso tempo al territorio doganale del Regno Unito (art. 4) attraverso lo spostamento del confine euro-unionale nel tratto di mare che separa l'Irlanda del Nord dal resto del Regno. Difatti, il Protocollo prevede un confine doganale marittimo tra Irlanda del Nord e Regno Unito seppure limitato a quei prodotti che siano a rischio di trasferimento nella UE (in particolare l'art. 5 comma 1 del Protocollo stabilisce: «non sono imposti dazi doganali sulla merce trasportata direttamente in Irlanda del Nord da un'altra parte del Regno Unito...salvo se vi è il rischio che la merce sia successivamente trasferita nell'Unione nella sua forma oppure come parte di altra merce a seguito di trasformazione»).

All'esito della *discussion* sulla mozione, lo Speaker, nel confermare i suoi precedenti, non mancava di sottolineare come la risoluzione fosse «not just an expression of the opinion of the House» bensì «an expression of the will of the House that certain documents should be provided to it. It is then for the Government to respond, and we await that response, which it is to be expected will be swift»³⁵: il che stavolta induceva il Governo, nella persona del Minister for the Cabinet Office, a rassicurare i membri della Camera, pur con il differimento alquanto elusivo ad un momento successivo rispetto alle negoziazioni in atto, sul fatto che si sarebbe reso «available to all Members of the House, following the conclusion of negotiations and ahead of the meaningful vote, a full reasoned position statement laying out the Government's political and legal position on the proposed withdrawal agreement, including any protocols that might be attached to it».³⁶ Per il momento, il Governo metteva a disposizione della House of Commons un paper dal titolo *EU Exit: Legal Position on the Withdrawal Agreement* e congiuntamente attraverso un *oral statement* dinanzi alla Camera bassa da parte dell'Attorney General.

Tuttavia, l'opposizione, avendo ritenuto del tutto insufficienti tali adempimenti, proponeva un'ulteriore mozione intesa a denunciare i Ministers quali responsabili di *contempt of Parliament* per aver omesso la fedele ottemperanza alla deliberazione di *humble address* in violazione di quanto convenzionalmente prescritto³⁷. La mozione veniva approvata dalla Camera, nonostante il mutamento della strategia del Governo il quale assumeva un'esplicita posizione contraria, abbandonando in tal modo l'atteggiamento di «passività» osservato in occasione delle precedenti mozioni di *humble address* nel presumibile intento di svuotarle di valenza politica:³⁸ la vicenda si concludeva con la produzione da parte del Governo del *full legal advice* sulla Brexit elaborata dall'Attorney General dando modo, almeno in quell'occasione, alla House di esprimersi con piena cognizione sui termini dell'Accordo.³⁹

³⁵*EU Withdrawal Agreement: Legal Advice*, HC, Volume 649: debated on Tuesday 13 November 2018.

³⁶*Ibidem*.

³⁷In particolare, lo Shadow Secretary of State for Exiting the European Union, presentando la mozione dinanzi all'Aula il 4 dicembre 2018, pronunciava la seguente formula: «That this House finds Ministers in contempt for their failure to comply with the requirements of the motion for return passed on 13 November 2018, to publish the final and full legal advice provided by the Attorney General to the Cabinet concerning the EU Withdrawal Agreement and the framework for the future relationship». Quanto alle motivazioni della censura, si legge che il Governo avrebbe pubblicato «a reasoned position paper...that was not legal advice». Secondo l'opposizione, il *paper* fornito dall'Esecutivo «simply described the deal: it was a synopsis; it was in the nature of an explainer—an explainer having already been published when the deal was published. It was a long way from legal advice. The Attorney General made a statement to the House and then answered questions, but the Government did not publish the full and final advice by the Attorney General to the Cabinet.... The Government are willfully refusing to comply with a binding order of this House, and that is contempt»; cfr. *Privilege (Withdrawal Agreement: Legal Advice)* Vol. 650, 4 December 2018.

³⁸Al contrario, la maggioranza dell'Aula respingeva l'emendamento proposto dal Governo che avrebbe dovuto deferire alla Committee of Privileges di affermare se la risposta dell'Esecutivo fosse idonea ad ottemperare alla mozione di *humble address* del 13 novembre nonché a stabilire «the constitutional and historic context and the proper use» delle *motions for return*. Su questi passaggi cfr. A. DEFTY, *How did the Government end up in contempt of Parliament?*, in *Who Runs Britain?*, 17 march 2019.

³⁹Successivamente, lo scrutinio sul *Withdrawal Agreement Bill* si spostava nella Camera dei Lords ed in particolare all'interno delle sue Committees. Sul punto, si segnalano soprattutto i due *reports* redatti dalla Constitution Committee

Come sottolineato in un *report* della Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee recante un bilancio dello «Status of Resolutions of the House of Commons»⁴⁰, la messa in campo delle *motions for humble address* (rafforzate dalla eventualità della *motion for contempt*) aveva avuto il l'indubbio merito di ribadire «the House of Commons' right for those resolutions to be taken seriously». In altro brano, si censurava altresì il fatto che «the status of resolutions of the House has been eroded by the Government's decision to abstain from opposition day votes and has been interpreted as a lack of respect for the House», dal momento che «it is for the House, not the Government, to determine what is legitimate scrutiny and the Government is expected to engage in good faith with resolutions of the House».⁴¹

4. La UK *Supreme Court* e la collocazione del controllo nell'alveo della *sovereignty of Parliament*

Occorre tuttavia osservare che le nitide proposizioni sopra riportate volte a propugnare la «pregnanza parlamentare»⁴² che avrebbe dovuto informare l'intero procedimento di uscita dalla Unione non hanno impedito che per un notevole lasso di tempo (sino all'aprile del 2019) nessun *opposition day* venisse più garantito all'interno dell'Aula.⁴³ Ma la più eclatante dimostrazione di *executive dominance*⁴⁴ ha riguardato il tentativo nel luglio del 2019 del Primo Ministro Boris Johnson di prorogare di cinque settimane il periodo di sospensione del Parlamento inglese, con l'obiettivo conseguenza che l'organo rappresentativo non avrebbe potuto in ogni caso interloquire sull'uscita del Regno Unito dall'Unione pure in assenza di accordo.⁴⁵

(Constitution Committee, *European Union (Withdrawal Agreement) Bill: interim report*, 2nd Report, Session 2019, HL Paper 21; *European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, 1st Report, Session 2019–21, HL Paper 5) nei quali non solo si esprimeva preoccupazione per l'ampia estensione dei *delegated powers* dell'Esecutivo nel frangente considerato ma si richiedeva altresì al Governo di fissare in via preventiva «what its process for consultation and engagement with Parliament and with the devolved authorities will be in respect of the future relationship negotiations with the European Union» (*European Union (Withdrawal Agreement) Bill*, 1st Report, par. 115).

⁴⁰Cfr. House of Commons Public Administration and Constitutional Affairs Committee, *Status of Resolutions of the House of Commons*, Fifteenth Report of Session 2017–19, 7 January 2019. Come riportato nell'Introduzione del documento, lo scopo del *report* era per l'appunto quello di «look into the decision by the Government to whip its Members not to vote on motions critical of the Government put before the House on opposition days».

⁴¹*Ibidem*, par. 33.

⁴²Secondo l'espressione utilizzata da A. MANZELLA e N. LUPO, *Il Parlamento europeo. Un'introduzione*, Luiss University Press, 2019, Cap. XII, par. 12.4.

⁴³Cfr. M. RUSSELL and D. GOVER, *Taking back control why the House of Commons should govern its own time*, p. 27 laddove si osserva altresì che nessun *backbench day* veniva fissato nella Camera tra ottobre e dicembre 2018.

⁴⁴ Cfr. A. CYGAN, P. LYNCH, R. WHITAKER, *UK Parliamentary Scrutiny of the EU Political and Legal Space after Brexit*, in *Journal of Common Market Studies*, 2020, Vol. 58. No. 6, laddove si osserva più in generale che «the Brexit process saw a shift in the balance between legislature and executive» a favore del secondo, culminate appunto nella tentata *prorogation* (p. 1615).

⁴⁵Cfr. *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, par. 54. A commento alla decisione in esame, anche per gli altri profili della sentenza, cfr. R. MASTERMAN and S. WHEATLE, *Miller/Cherry and Constitutional Principle*, in *U.K. Const. L. Blog* (14th Oct. 2019); P. CRAIG, *The Supreme Court, Prorogation and Constitutional Principle*, in *Oxford Legal Studies*, No.

Come si sa, questa prova di forza si è scontrata con la sentenza della UK Supreme Court che ha sancito l'illegittimità della *prorogation*.

È utile ricordare che prima di giungere dinanzi al consesso di Middlesex Guildhall, la questione era stata avanzata da alcuni parlamentari della House of Commons e della House of Lords dinanzi alla Court of Session scozzese. Contestualmente, analoghe censure nei confronti della *prorogation* venivano altresì portate all'attenzione della High Court per l'Inghilterra ed il Galles la quale concludeva nel senso della non giustiziabilità tanto della decisione del Primo Ministro di procedere alla proroga quanto del successivo *advice* nei confronti della Corona, in quanto atti ritenuti «inherently political in nature» e pertanto privi di «legal standards against which to judge their legitimacy». ⁴⁶

Quanto alla causa presso la Corte scozzese, dopo essere stata respinta in primo grado per via della natura *unjusticiable* della decisione del Primo Ministro, veniva sottoposta in appello all'attenzione della Inner House della Court of Session, ossia la massima autorità giurisdizionale della *Nation*. Per quanto qui interessa, è da notare che la Corte, dopo aver affermato la propria legittimazione a scrutinare la legalità della *prorogation* quale parte della «responsibility» delle Corti «to protect Parliament from an abuse of Government power», accoglieva la doglianza principale dei parlamentari, dichiarando la proroga *unlawful* in quanto intesa ad ostacolare il «Parliamentary scrutiny of Government action». Il che significa che la funzione di «scrutiny» dell'attività dell'Esecutivo viene individuata dalla Corte quale «central pillar of the good governance principle which is enshrined in the constitution», e ciò a prescindere da «any speciality of Scots constitutional law», in quanto principio fondamentale della common law. ⁴⁷

Entrambe le decisioni (quella di rigetto nonché quella di accoglimento) venivano impugnate davanti alla Corte Suprema, la quale a sua volta si esprimeva in via definitiva per l'illegittimità della *prorogation*, elevando a elemento costitutivo del principio fondamentale della *sovereignty of Parliament* la «Parliament's ability to (...) scrutinise governmental action». Si legge inoltre nella motivazione della decisione che «a decision to prorogue Parliament (or to advise the monarch to prorogue Parliament) will be unlawful if the prorogation has the effect of frustrating or preventing, without reasonable justification, the ability of Parliament to carry out its constitutional functions as a legislature and as the body responsible for the supervision of the executive»⁴⁸: di qui il convincimento della Corte in ordine alla piena sindacabilità del

57/2019. Nella letteratura italiana cfr. G. CARVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi*, n. 18/2019; A. TORRE, «Serial Müller». *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, v.41, n.4, jan. 2019; F.F. PAGANO, *Le cronache della Brexit: il Parlamento, il Governo, il Monarca (e le Corti) nella fase di «transizione» dell'ordinamento costituzionale del Regno Unito*, in *Federalismi*, n. 20/2019.

⁴⁶[2019] EWHC 2381 (QB), par. 51.

⁴⁷[2019] CSIH 49 P680/19; *Joanna Cherry Qc Mp and Others v The Advocate General*, par. 51.

⁴⁸[2019] UKSC 41; *R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (Respondent) Cherry and others (Respondents) v Advocate General for Scotland (Appellant) (Scotland)*, par. 50.

prerogative power del Primo Ministro di prorogare il Parlamento laddove, come nel caso in questione, ciò debba comportare la conseguenza di precludere all'Assemblea l'esercizio delle proprie funzioni costituzionali, ivi compresa la funzione di controllo politico sull'operato del Governo.

Come si vede, sia pure con l'ausilio del supremo organo giurisdizionale, il controllo recupera lo status di funzione costituzionalmente necessaria ed in tal modo si sottrae alla contraddizione, da più parti rimarcata, di dover ricadere nella disponibilità politica dello stesso soggetto controllato. Da questo punto di vista, sembrerebbe riproporsi nel conflitto, fatte tutte le distanze, quella «alleanza» tra giudici e Parlamento che sin dal XVII secolo aveva visto i primi elevare con le loro decisioni limiti e vincoli di carattere legale a carico dei *prerogative powers* del Sovrano, favorendo l'ascesa del Parlamento ed il suo insediamento al centro dell'assetto costituzionale che si andava delineando nell'Isola.⁴⁹

5. Considerazioni riassuntive: le prospettive della funzione di *scrutiny* parlamentare nella forma di governo britannica

Appare difficile ridurre la vicenda della Brexit con riguardo alle sue implicazioni istituzionali (dalla dimostrata tenacia a rivendicare la prassi di controllo del Parlamento alla decisione della Supreme Court che ne ha condiviso le ragioni) ad un semplice episodio, quasi un incidente di percorso del *Whitehall model* la cui intelaiatura convenzionale non potrebbe che perdurare anche in presenza dell'inaspettato ritorno delle prerogative parlamentari per di più con l'apporto della sindacabilità in sede giudiziaria degli atti governativi che pretendano di disconoscerle.

Se così è, ne risulterebbe temperato quel modello che tende appunto a privilegiare il ruolo del *Cabinet* fino a considerare il Parlamento quale «esecutore» delle politiche del governo, secondo una visione risalente a Bagehot per cui «il segreto che rende efficace la costituzione inglese» sarebbe da individuarsi «nella fusione pressoché completa del potere esecutivo con quello legislativo»⁵⁰, e che in tempi più recenti ha portato a configurare il Parlamento come «one of the agencies through which the government operates».⁵¹ Non a caso, in forza di simili postulati, sono state mosse dure critiche alla decisione della Corte Suprema sulla *prorogation*, profilando addirittura la *unconstitutionality* della decisione stessa perché contraria alla distinzione

⁴⁹Un passaggio storico non a caso richiamato dalla Corte Suprema nella sentenza *Cherry/Miller*, specialmente laddove si afferma che «since the 17th century, the courts have protected Parliamentary sovereignty from threats posed to it by the use of prerogative powers, and in doing so have demonstrated that prerogative powers are limited by the principle of Parliamentary sovereignty» ([2019] UKSC 41, par. 41). Per alcune considerazioni sul ruolo dei giudici inglesi nel corso della evoluzione dell'assetto costituzionale britannico sia permesso rinviare a F. NANIA, *Garanzie formali ed indipendenza sostanziale delle corti nell'esperienza britannica*, in *Diritti Comparati*, n. 1/2019.

⁵⁰Cfr. W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese* (1867), Bologna, trad.it., 1995, pp. 52 e ss.

⁵¹Cfr. J.P. MACKINTOSH, *The Government and Politics of Britain*, cit., p. 125.

tra *legal rules* e *conventions*⁵²: con il rimprovero alla Corte di essersi assunta incongruamente la «supreme responsibility for the maintenance and preservation of the pivot of the constitutional-political order», e per di più avendo preteso di «replacing some main elements of a constitutional settlement that has given effect, for hundreds of years, to certain tried and tested political assessments and judgments».⁵³

Si può al contrario ipotizzare che la complessiva vicenda esaminata avvalori piuttosto la dottrina della *Westminster-view* che, nella sua configurazione più convincente, aggiorna il canone della sovranità parlamentare inserendola in un più articolato sistema che ricomprende il principio della *rule of law* e che, nel solco della dottrina del *common law constitutionalism*, vede nelle Corti una parte integrante del funzionamento della costituzione britannica allo scopo di garantire i diritti e le libertà fondamentali ed in definitiva di assicurare, mediante l'espletamento di tale compito, il necessario equilibrio tra gli organi che compongono la forma di governo, preservando in particolare il ruolo del Parlamento in quanto istanza rappresentativa dei cittadini.⁵⁴

In una prospettiva più generale, la Brexit sta a confermare che la questione della funzione di controllo del Parlamento risulta essere il punto di maggiore tensione tra Governo e organo rappresentativo nelle attuali forme di governo democratico⁵⁵ (quale che sia la modellistica adottata), tanto più oggi quando, forse anche a "compensare" l'arretramento della funzione legislativa, si ritiene che la partita del significato della posizione rappresentativa del Parlamento si sia spostata sul terreno della richiesta di trasparenza e di responsabilizzazione dell'attività di governo che non può che accomunare maggioranza e opposizione.

⁵²Sulla discussione della dottrina britannica in riferimento al ruolo delle *conventions* cfr. P. RIDOLA, *Tessuto pluralistico della società e assetti della forma di governo parlamentare. Il dibattito sulle conventions of the constitution*, in ID., *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, pp. 164 e ss.

⁵³Cfr. J. FINNIS, *The unconstitutionality of the Supreme Court's prorogation judgment*, in *Policy Exchange*, 2019, pp. 5 e ss. Tale concezione sembra rispecchiare la teorica del *political constitutionalism* ed in particolare il noto assunto secondo cui la costituzione inglese «is no more and no less than what happens» (cfr. J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in *The Modern Law Review*, vol. 42, n. 1, 1979, pp. 19 e ss.). Sui risvolti della decisione della Supreme Court sulla conformazione della *political constitution* cfr. M. GORDON, *The Prorogation Case and the Political Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog*, 30th Sept. 2019. Più in generale sulla vicenda della Brexit dal punto di vista del «conflitto» tra potere esecutivo ed organo rappresentativo cfr. D. HOWARTH, *Westminster versus Whitehall: What the Brexit Debate Revealed About an Unresolved Conflict at the Heart of the British Constitution*, in O. DOYLE, A. MCHARG, & J. MURKENS (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom: Constitutions Under Pressure*, Cambridge, 2021.

⁵⁴Cfr. M. ELLIOTT, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, in *Legal Studies*, 2002, 22; C.F. FORSYTH (eds), *Judicial Review and the Constitution*, Oxford, 2000; J. LAWS, *The Common Law Constitution*, Cambridge, 2014.

⁵⁵Cfr. A. MANZELLA, *La funzione di controllo*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Annuario 2000, *Il Parlamento*, Atti del XV Convegno annuale, Firenze 12-13-14 ottobre 2000, Padova, 2001, pp. 213 e ss.; N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 4 marzo 2009; P. PICCIACCHIA, *La funzione di controllo parlamentare in trasformazione*, in *Federalismi*, n. 3/2019. Sulla natura politica della funzione di controllo cfr. N. LUPO, *A proposito della necessaria politicità del controllo parlamentare*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 6/2002.



La giurisprudenza “costituzionale” sulla Brexit nel Regno Unito*

di Pamela Martino

Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato
Università di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: Il recesso del Regno Unito dall'UE ha avuto significative ricadute sul sistema costituzionale britannico, con particolare riferimento al processo devolutivo e ai rapporti tra Legislativo di Westminster e Legislativi devoluti. Il saggio si propone di approfondire criticamente il ruolo del Giudiziario nel quadro di questo momento costituzionale le cui conseguenze interessano sia il processo devolutivo sia le interazioni tra il Giudiziario e gli altri poteri.

Title: The “constitutional” case law on Brexit in the United Kingdom

Abstract [En]: Brexit has posed a profound challenge for the British Constitution with a significant impact on the devolution framework - in particular on the relations between Westminster and the devolved legislatures - and the wider constitutional order. The aim of this essay is to comment on the judicial role in this constitutional moment by defining the consequences that may flow from Brexit that concern the stability of the UK's territorial constitution and the relationship between the judicial and political branches.

Parole chiave: Brexit; giudiziario; devolution; separazione dei poteri; sovranità parlamentare

Keywords: Brexit; judiciary; devolution; separation of powers; parliamentary sovereignty

Sommario: 1. Il principio della sovranità parlamentare alla prova della Brexit. 2. La giurisprudenza costituzionale sulla Brexit e la *territorial Constitution*. 3. Quando la regola del precedente vincolante genera giurisprudenza “diffusa” in materia costituzionale. 4. La giurisprudenza costituzionale sulla Brexit e la separazione dei poteri: una rivoluzione silenziosa. 5. Un nuovo corso dei rapporti tra organi di indirizzo politico e corti di giustizia?

1. Il principio della sovranità parlamentare alla prova della Brexit

Il complesso processo di recesso dall'Unione europea ha avuto, tanto sulla forma di governo quanto sulla forma di stato britanniche, inevitabili ricadute delle quali le corti di giustizia sono state determinanti interpreti. La giurisprudenza “costituzionale” sulla Brexit assume significativo rilievo per due ordini di ragioni: in primo luogo, per aver marcato una tappa cruciale del processo devolutivo (forma di stato) in costanza di abbandono dell'UE; in secondo luogo, per il solco tracciato nei rapporti tra poteri (forma di governo) che contribuisce a definire il ruolo della Corte suprema nella *Constitution* britannica secondo un processo evolutivo incrementale alimentato dal processo di recesso dall'UE.

* Articolo sottoposto a referaggio.

È del luglio 2017, a pochi mesi dalla sentenza *Miller I*¹, con la quale la Corte suprema aveva dichiarato che il Governo, nell'esercizio dei poteri di prerogativa, non poteva notificare il recesso dall'UE senza una previa legge di autorizzazione parlamentare, il discorso pronunciato presso il *Canadian Institute for Advanced Legal Studies* dal giudice Hale la quale dichiarava espressamente che «the Court has to behave like a proper constitutional court»². Si tratta dell'esito di un percorso di maturazione del ruolo della Corte suprema le cui origini sono ben più risalenti: già nel 2015 il giudice, tracciando le fasi di un *iter* evolutivo inarrestabile dell'assetto costituzionale britannico, in un discorso tenuto all'*Institute for Legal and Constitutional Research* dell'Università di St Andrews dichiarava che la Corte suprema non è una corte costituzionale secondo l'accezione europeo-continentale³ e che avrebbe continuato «to do whatever Parliament tells us to do»⁴; nondimeno, atteso che «[i]t has always been the role of a constitutional court to protect fundamental rights, within the framework of the law and the Constitution, and that is what an independent judiciary will continue to do to the best of its ability», «[t]he rule of law is something more than the mere servant of Parliament. The quid pro quo is that we must stay true to our judicial oath, 'to do right by all manner of people after the laws and usages of this realm, without fear or favour, affection or ill-will'»⁵.

Sebbene in entrambi i discorsi il giudice Hale sottolineasse con favore che la Corte suprema non ha il potere di annullare una legge del Parlamento, appellando il supremo organo giurisdizionale come Corte costituzionale di fatto e suggerendo un assetto competitivo dell'interazione tra due principi fondamentali dell'ordinamento britannico, ossia *rule of law* e sovranità parlamentare, appariva mettere in discussione i fondamenti della *Constitution* britannica in maniera molto più radicale di quanto farebbe una qualsiasi altra Corte nell'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi.

Più di recente, nel 2019, il giudice Reed ha dichiarato che, potendosi qualificare il supremo organo giurisdizionale come «the final court of appeal in relation to other devolution issues, questions of EU

¹ R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5. Quanto alle ricadute costituzionali della sentenza, con particolare riferimento all'equilibrio tra i poteri e al ruolo del Giudiziario si veda la *Brexit Special Extra Issue 2017* di *Public Law* sul quale sono stati pubblicati numerosi contributi dottrinali in ordine alle implicazioni costituzionali della Brexit nonché del pronunciamento della Corte del 2017. V., inoltre, tra le numerose riflessioni dottrinali su questo significativo pronunciamento della Corte suprema A. TORRE, P. MARTINO, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2018, pp. 2910 ss., spec. pp. 2954 ss. Infine, v. J.O. FROSINI, *Dalla sovranità del Parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Milano, Wolters Kluwer-CEDAM, 2020, che inquadra la pronuncia in un complesso percorso politico e giuridico-costituzionale dei rapporti tra Regno Unito e Comunità europee/UE, che l'Autore ripercorre con approccio critico.

² B. HALE, *The United Kingdom Constitution on the Move*, The Canadian Institute for Advanced Legal Studies' Cambridge Lectures 2017, 07-07-2017, p. 6, in www.supremecourt.uk.

³ Sulla accezione di giustizia costituzionale ammissibile oltremarina v. A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. MEZZETTI (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Tomo I, Padova, CEDAM, 2009, pp. 317 ss.

⁴ B. HALE, *The UK Supreme Court in the United Kingdom Constitution*, Inaugural lecture at the Institute for Legal and Constitutional Research, University of St Andrews, 08-10-2015, p. 16, in www.supremecourt.uk.

⁵ *Ibidem*, p. 17 (corsivo nostro).

law, questions of human rights, and other questions of constitutional character», «[t]his makes it effectively the constitutional court of the United Kingdom»⁶.

Dunque, nel quadro di una *Constitution* sviluppatasi in modo incrementale in un ampio arco temporale e che non è il prodotto di un momento fondativo ma del susseguirsi di tappe di storia costituzionale scandite dall'affermazione di principi costituzionali e significativi mutamenti della forma di stato e della forma di governo⁷, trascorsi circa tre secoli dall'affermazione del principio della sovranità parlamentare il quesito che si pone è se sia la Brexit ovvero la giurisprudenza costituzionale sulla Brexit a scandire un altro significativo momento costituzionale⁸.

Parte della dottrina ha interpretato l'adesione del Regno Unito alle Comunità europee nel 1973 come un sacrificio della sovranità del Parlamento in favore dell'affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto interno. E, difatti, quando nel *Factortame case* del 1991⁹ la più alta Corte del Regno ammetteva, in ragione di tale primato, la disapplicazione del diritto interno con esso in conflitto, secondo autorevoli studiosi¹⁰ ciò costituiva prova di una rivoluzione costituzionale data dal fatto che le corti dichiaravano recessivo il diritto interno rispetto al diritto comunitario. Non sorprende, dunque, che la Brexit sia intesa come un processo suscettibile di ripristinare il principio della sovranità parlamentare che la *membership* dell'UE aveva adombrato.

Nondimeno, due ordini di argomenti consentono di contestare tale tesi dottrinale¹¹: in primo luogo, se l'ingresso nell'UE ha minato il principio della sovranità parlamentare, lo stesso può dirsi per il processo

⁶ LORD REED, *The Supreme Court Ten Years On*, The Bentham Association Lecture 2019, University College London, 06-03-2019, p. 5, in www.supremecourt.uk.

⁷ In questa chiave G.F. FERRARI commenta la sentenza *Miller II* per la quale si rinvia ai prossimi paragrafi, in *Miller II: il sindacato giurisdizionale sulle dinamiche della forma di governo prende definitivamente piede a Londra?*, in *DPCE online*, n. 3, 2019.

⁸ Sul recesso dall'UE quale indicativo di un ulteriore momento costituzionale nella storia costituzionale britannica v.: in periodo più risalente, A.L. YOUNG, in *The Constitutional Implications of Brexit*, in *European Public Law*, n. 4, 2017, pp. 757 ss., la quale anticipava che la Brexit non avrebbe ristabilito la centralità del principio della sovranità parlamentare, ma avrebbe scandito una nuova stagione costituzionale passibile di connotarsi per una profonda modifica dell'equilibrio tra i poteri in favore del Giudiziario; più di recente, M. ELLIOTT, *The United Kingdom's Constitution and Brexit: A 'Constitutional Moment'?*, Paper n. 22/20, May 2020, in <https://papers.ssrn.com>.

⁹ *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603. Nella pronuncia Lord Bridge, facendo salvo il principio della sovranità parlamentare e considerando la disapplicazione del diritto interno a fronte del primato del diritto comunitario come effetto della volontà del Legislatore, dichiarava: «[i]f the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the E.E.C. Treaty (Cmnd. 5179-II) it was certainly well established in the jurisprudence of the European Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus, whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary».

¹⁰ Tra questi, W. WADE in *Sovereignty: Revolution or Evolution?*, in *Law Quarterly Review*, n. 4, 1996, pp. 568 ss.

¹¹ Sull'esame delle divergenti posizioni dottrinali e per una riflessione in ordine all'esperienza britannica nel quadro degli sviluppi costituzionali di altri Stati europei v. S. WHITE, *Brexit and the Future of the UK Constitution*, in *International Political Science Review*, n. 1, 2021, pp. 1 ss. A proposito della lettura populista del processo Brexit, delle sue ricadute sull'assetto costituzionale con particolare riguardo al principio del *rule of law* e della sua incidenza nel contesto europeo v. J. MCELDOWNEY, *Populism, UK Sovereignty, the Rule of Law and Brexit*, in F. GÁRDOS-OROSZ, Z. SZENTE (eds.), *Populist Challenges to Constitutional Interpretation in Europe and Beyond*, London, Routledge, 2021, pp. 233 ss.

di recesso dall'UE che ha visto il Parlamento britannico garantire nel periodo transitorio la perdurante applicazione del diritto comunitario con effetti diretti nel diritto interno nonché approvare la stipula di un accordo UK-EU con effetti destinati ad andare ben oltre il periodo transitorio; in secondo luogo, la sovranità parlamentare, che la Brexit sembra ristabilire, in verità non è stata effettivamente disattesa in costanza di *membership* dell'UE, come attestano numerosi pronunciamenti della suprema Corte¹² che vi conciliano il primato del diritto comunitario: ivi l'*European Communities Act 1972 (ECA 1972)*, che costituisce la base giuridica del rapporto tra il diritto britannico e il diritto dell'UE, assume il rango di *constitutional statute* che, determinando il primato del diritto comunitario sul diritto interno ma originando dall'esercizio della sovranità parlamentare, è passibile di modifica per il tramite di un atto legislativo di pari rango.

Tali argomentazioni rinvencono una sorta di continuità tra *pre-Brexit* e *post-Brexit* passibili di verifica nella giurisprudenza costituzionale in materia di *devolution* e separazione dei poteri che svela in sé potenzialità rivoluzionarie della *Constitution* britannica trascendenti il contingente recesso dall'UE.

2. La giurisprudenza costituzionale sulla Brexit e la *territorial Constitution*

Sul primo fronte, l'appartenenza all'UE ha costituito nel tempo un fattore di stabilizzazione e di raccordo tra le eterogenee vocazioni identitarie delle *nations* britanniche; venuta meno l'architrave europea, le istanze independentiste scozzesi e quelle nordirlandesi di riunificazione con la Repubblica di Irlanda hanno ripreso vigore. Tuttavia, l'effetto destabilizzatore della Brexit non risiede nel recesso in quanto tale, bensì nelle modalità con le quali è stato governato e attuato.

Difatti, la sua attuazione e i negoziati per un accordo con l'UE hanno offerto la percezione diffusa di un accentramento governativo del processo e di una marginalizzazione delle amministrazioni devolute, percezione che mal si concilia con i propositi dichiarati nella produzione legislativa che ha seguito il referendum independentista scozzese del 2014. Lo *Scotland Act 2016*, alla sezione 1 introduttiva della sezione 63A nello *Scotland Act 1998*, definisce il Parlamento e il Governo scozzesi «a permanent part of the United Kingdom's constitutional arrangements» che «are not to be abolished except on the basis of a decision of the people of Scotland voting in a referendum»¹³; inoltre, la legge del 2016 codifica la *Sewel convention*, precludendo al Legislativo di Westminster di approvare leggi passibili di incidere sulle materie devolute senza il *consent* dei Legislativi sub-nazionali. Il disposto legislativo del 2016 sembrava conferire solennità agli impegni governativi nei confronti delle *regions* britanniche finché il Governo non ha privato

¹² Tra i più recenti, v. *R (HS2 Action Alliance Ltd) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, e *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

¹³ Parimenti la sezione 1 del *Wales Act 2017* introduce la sezione A1 nel *Government of Wales Act 2006* a norma della quale «[t]he Assembly established by Part 1 and the Welsh Government established by Part 2 are a permanent part of the United Kingdom's constitutional arrangements».

di effetti giuridici la *Sewel convention*: con l'avallo della Corte suprema, infatti, nel caso *Miller I* il Governo sosteneva che la legislazione del 2016 non intendeva «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»¹⁴, e che «the purpose of the legislative recognition of the convention was to entrench it as a convention»¹⁵, non di renderla azionabile in giudizio.

Secondo i giudici supremi, dunque, il riconoscimento legislativo della *Sewel convention* non potenzia lo *status* giuridico-costituzionale delle istituzioni della devoluzione né la rende azionabile in giudizio dinanzi ad una corte di giustizia.

La Corte ha sancito la subordinazione alla previa autorizzazione parlamentare dell'attivazione dell'art. 50 TUE¹⁶, ma in base a motivazioni che non attengono al ruolo costituzionale delle *regions*. La circostanza per la quale i *devolution acts* sono stati approvati assumendo come presupposto la *membership* europea del Regno Unito, non implica che il recesso dall'UE debba subordinarsi all'approvazione dei Legislativi subnazionali né che il Regno Unito non possa abbandonare l'UE.

Se sul versante giurisdizionale la Corte suprema ribadisce il principio della sovranità parlamentare come matrice delle dinamiche di governo legittimando di fatto la marginalizzazione delle istituzioni devolute nel processo di recesso dall'UE, lo stesso rinvio opera il Governo al fine di legittimare un progetto politico di contenimento della *devolution* che in fasi politiche cruciali si mostra una spina nel fianco dei progetti attuativi del suo indirizzo politico. In altri termini, la visione politica d'insieme del Governo di Londra si preclude la concertazione con le *nations* britanniche, come se fossero di ostacolo anziché interlocutori imprescindibili per assicurare la tenuta dell'*Union*.

Una efficace esemplificazione del fenomeno si rinviene in occasione dell'approvazione di leggi cruciali ai fini dell'attuazione della Brexit che è parsa mostrare come il processo devolutivo sia strada obbligata per moderare le spinte centrifughe piuttosto che veicolo di valorizzazione della specificità dell'*union* britannica. Non stupisce, pertanto, che una delle sfide più significative della *Constitution* britannica, ossia

¹⁴ R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, par. 148.

¹⁵ *Ibidem*, par. 149.

¹⁶ Nella sentenza *Miller I* Lord Reed nella sua *dissenting opinion* dichiarava non fosse necessaria un'autorizzazione parlamentare all'avvio della procedura ex art. 50 TUE la cui attivazione non comportava alcuna modifica dell'ordinamento britannico che, invece, avrebbe definito il successivo accordo con l'UE nella negoziazione del quale il controllo parlamentare era da ritenersi pertanto imprescindibile. L'*opinion*, in conflitto con la tesi del Governo secondo cui l'art. 50 non era revocabile con un atto dello Stato che lo aveva invocato, trova conferma nella sentenza *Wightman* della Corte di giustizia UE del 2018 (Corte di giustizia dell'UE, C-621/18 PPU, *Wightman and others v Secretary of State for Exiting the European Union*, EU:C:2018:999, 10-12-2018) secondo la quale l'attivazione dell'art. 50 è atto unilaterale revocabile fino al perfezionamento dell'accordo sulla fuoriuscita dall'UE, in quanto espressione della sovranità politica e giuridica dello Stato membro. Sul punto v. C. MARTINELLI, *Il ruolo costituzionale della Corte Suprema alla luce della giurisprudenza sulla Brexit*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2020, pp. 89 ss.

il recesso dall'UE, che mette alla prova i principi fondamentali dell'edificio costituzionale britannico, abbia determinato un fermo temporaneo di quella *devolution* espansiva/incrementale che contemplava un crescendo di poteri e di competenze alle istituzioni devolute¹⁷: proprio la sovrapposizione ad un fattore di stress interno, determinato dalle istanze nazionaliste/indipendentiste, di un fattore esterno, concernente la sovranità statale nel panorama internazionale, ha maturato il convincimento che sia prioritaria l'affermazione piena della sovranità delle istituzioni centrali di governo nell'ordinamento interno e nei rapporti con la comunità internazionale in luogo della soddisfazione di esigenze riformiste maturate a livello nazionale: l'accantonamento della *devolution* in favore dell'*unionism* ha implicato un temporaneo sacrificio del progetto di riforma della *Constitution* sui terreni della forma di governo e dell'organizzazione territoriale del potere, per lasciare spazio alla riaffermazione della centralità della sovranità di Westminster e, come inevitabile portato del vincolo di responsabilità che ad esso lo lega, dell'Esecutivo di Downing Street, quali principi fondanti la tradizionale *Constitution* britannica, con un'azione mirata di indebolimento delle amministrazioni devolute e di contestuale potenziamento delle interazioni con le autorità locali per una efficace risposta alle istanze dei territori.

La reazione delle aree sub-nazionali non si è fatta attendere e, se da un lato, ha confermato una eterogeneità di approcci non nuova, come del resto attesta lo stesso esito della consultazione referendaria del 2016 che mostrava una forte inclinazione scozzese e nordirlandese a rimanere in EU a fronte di un pronunciamento opposto di Inghilterra e Galles, dall'altro lato ha maturato il condiviso auspicio delle istituzioni sub-nazionali di un effettivo coinvolgimento nei negoziati per l'uscita dall'UE.

Difatti, la scelta dell'amministrazione centrale di procedere all'attuazione della Brexit anche senza il consenso delle *devolved legislatures* intorno all'*EU (Withdrawal) Act 2018* - che abrogava l'*ECA 1972* e a norma del quale le norme comunitarie in vigore nel Regno Unito prima della Brexit acquisivano rango primario nell'ordinamento britannico generando una nuova categoria di fonti normative denominata *retained EU law* e consentendo al diritto comunitario di continuare a trovare applicazione nel Regno Unito anche dopo la Brexit - ha incrinato i rapporti tra Westminster e Holyrood in un contesto nel quale il disposto legislativo consentiva all'ingente corpo normativo rappresentato dal *retained EU law* di venir poi abrogato ovvero modificato attraverso la legislazione secondaria dell'Esecutivo britannico cui non si applica la *Sewel Convention* che prevede la consultazione del Parlamento scozzese in caso di interferenze

¹⁷ Che quello devolutivo fosse un processo destinato ad un crescente trasferimento di poteri alle istituzioni devolute si leggeva nelle efficaci parole di R. DAVIES in *Devolution: A Process, Not an Event*, Gregynog Papers, vol. 2, no. 2, Cardiff, Institute of Welsh Affairs, 1999. Quanto ad una inversione di tendenza oramai irreversibile contestualmente all'attuazione della Brexit v.: A. HENDERSON, D. WINCOTT, *After Brexit and Covid-19*, in *IPPR Progressive Review*, n. 3, 2020, pp. 247 ss.; M. KEATING, *Taking Back Control? Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Journal of European Public Policy*, 2021, pp. 1 ss.; N. MCEWEN, M.C. MURPHY, *Brexit and the Union: Territorial Voice, Exit and Re-entry Strategies in Scotland and Northern Ireland after EU Exit*, in *International Political Science Review*, 2021, pp. 1 ss.



tra disciplina legislativa centrale delle materie riservate a Westminster e l'ambito delle materie devolute, e rispetto alla quale, complici l'emergenza sanitaria e la conseguente esigenza dell'adozione di misure urgenti, il controllo parlamentare è risultato sempre più debole e inefficace.

È questa la ragione per la quale il Governo scozzese decideva di presentare in seno al Parlamento scozzese il *Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* con l'analoga finalità di convertire il diritto dell'UE che attualmente insiste sulle materie devolute in diritto interno (scozzese). Una scelta, quella scozzese, cui il Governo centrale ha immediatamente replicato con la prima impugnazione governativa, dinanzi alla Corte suprema, di una proposta legislativa del Parlamento scozzese.

Con una sentenza resa all'unanimità, *The UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the Attorney General and the Advocate General for Scotland (Scotland)*¹⁸, la Corte suprema ha dichiarato di non rinvenire nel progetto di legge scozzese alcuna violazione del riparto di competenze Westminster-Holyrood, lo stesso insistendo su una materia riservata, quella delle “international relations” di cui al paragrafo 7(1) della *Schedule 5* dello *Scotland Act*, ma destinato ad entrare in vigore in un momento in cui oramai non sussisterà alcuna relazione con l'Unione; nondimeno, un profilo di illegittimità del progetto si rinviene nella sezione 17 intitolata “*Requirement for Scottish Minister’s consent to certain subordinate legislation*” che, trascendendo i poteri del Parlamento scozzese a norma dello *Scotland Act* istitutivo di Parlamento e Governo scozzesi, prevede la manifestazione del consenso di un ministro scozzese ogni qual volta la legislazione secondaria cui l'*EU (Withdrawal) Act 2018* rinvia per rendere coerente e concretamente operativo il corpo normativo del *retained EU law* impatti sulle materie devolute.

Atteso che, mentre nel caso in cui una legge di Westminster incida su (o alteri) una materia devoluta il Parlamento scozzese può dissentire invocando la *Sevel Convention*, la legislazione secondaria dell'Esecutivo centrale non lascia margini di manovra al Legislativo sub-nazionale, il Parlamento scozzese con il predetto progetto di legge ha tentato di recuperare spazi decisionali nel processo di recesso dall'UE che la legge del 2018 aveva annullato. Tuttavia, secondo la Corte suprema sussiste un ordine gerarchico che assume lo *Scotland Act* come atto legislativo sovraordinato rispetto a qualsiasi legge del Parlamento scozzese che, dunque, non può modificarne il disposto.

In linea di continuità con una gestione governativa dell'attuazione della Brexit volta a spegnere qualsiasi barlume di interferenza con il perseguimento dell'obiettivo, complice un Parlamento controllato dall'amministrazione centrale e i cui atti sono la manifestazione finale di tale approccio, si pone l'approvazione dell'*UK Internal Market Act 2020*, contenente una disciplina del mercato interno determinata dalle autorità inglesi e indifferente alla disciplina delle altre *regions* britanniche, che sulla scia dell'*EU (Withdrawal) Act 2018*, non ha acquisito il *consent* dei Legislativi sub-nazionali e ha generato

¹⁸ [2018] UKSC 64.

l'impugnativa del Governo gallese fondata sulla presunta violazione del riparto di competenze tra Legislativo gallese e Parlamento di Westminster e sulla implicita abrogazione del *Government of Wales Act 2006*. Il ricorso, dichiarato inammissibile dalla *High Court* che lo ha ritenuto prematuro visto che precorre gli eventi non consentendo sul piano giuridico una verifica della sussistenza di profili di interferenza della legge del 2020 con una disciplina legislativa scozzese in materia, ha attestato che quella giurisdizionale si pone come sede suppletiva delle relazioni interparlamentari sotto la regia governativa, e ha avviato un percorso di successive impugnative, vista la concessione del *right of appeal* avverso la decisione della *High Court* da parte della *Court of appeal* il 23 giugno 2021, destinate a sigillare l'esito di un confronto istituzionale prima affidato al dialogo tra i Legislatori.

3. Quando la regola del precedente vincolante genera giurisprudenza “diffusa” in materia costituzionale

La cifra politica delle controversie giudiziarie esaminate testimonia il trasferimento nelle aule di giustizia di una dialettica istituzionale che non trova più sedi politiche di composizione e che ristabilisce l'ordine costituzionale facendo perno intorno al principio della sovranità parlamentare chiamata a legittimare le scelte politiche governative e a placare le rimostranze devolutive.

Il principio della sovranità parlamentare, da ultimo, viene invocato dall'*High Court* in una delle più divisive tra le recenti controversie giudiziarie, riguardante la questione dell'Irlanda del Nord che, a differenza del resto del Regno Unito, rimane agganciata alle regole del mercato unico europeo secondo quanto stabilito dal protocollo¹⁹ a margine dell'accordo commerciale sul dopo Brexit, ideato come soluzione per garantire il mantenimento del confine aperto fra Irlanda del Nord e Repubblica d'Irlanda, come previsto dallo storico accordo di pace del Venerdì Santo 1998.

A seguito dell'impugnazione del protocollo da parte di un gruppo di politici unionisti nordirlandesi - che ne chiedevano la verifica di legittimità in ragione di un presunto contrasto con l'Accordo del venerdì santo del 1998 e con gli *Acts of Union*, con il principio del consenso fondante le modifiche dello status costituzionale dell'Irlanda del Nord, con il principio consociativo, infine con la Cedu e con il diritto comunitario - il 30 giugno 2021 l'*High Court* nordirlandese, in *Allister & Ors, Re Application for Judicial Review & Protocol NI EU exit*²⁰, ha rigettato il ricorso dichiarando che l'*EU (Withdrawal Agreement) Act*, che

¹⁹ Protocol on Ireland/Northern Ireland, Agreement on the Withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and European Atomic Energy Community, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12020W/TXT#d1e714-102-1> (ultimo accesso: 31-01-2022). Sul dettaglio dei contenuti del protocollo v. S. de Mars, *EU Law in the UK*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

²⁰ [2021] NIQB 64. Per approfondimenti critici concernenti i numerosi profili di interesse della sentenza v.: A. DEB, *The Union in court: Allister and others' Application for Judicial Review [2021] NIQB 64*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2021, pp. 91 ss.

include il Protocollo, benché confligga con gli *Acts of Union 1800* con riguardo in particolare alla disciplina degli scambi commerciali tra Gran Bretagna e Nord Irlanda, è legge di rango costituzionale espressione della sovranità parlamentare che non può essere condizionata dagli *Acts* del 1800.

Il protocollo attribuisce all'Irlanda del Nord uno *status* specifico permanendo la stessa nel mercato unico e potendo le merci ivi prodotte circolare liberamente sia in Europa che nella restante parte del comprensorio britannico; quanto alle modalità di incorporazione del protocollo nel diritto interno, rilevano l'*European Union (Withdrawal) Act 2018* che dispone la ratifica dell'accordo con l'UE, l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* che incorpora nel diritto interno l'accordo con annesso protocollo, infine le *Protocol on Ireland/Northern Ireland (Democratic Consent Process) (EU Exit) Regulations 2020 (the Consent Regulations)* a norma delle quali periodicamente l'Assemblea nordirlandese stabilisce la persistente applicazione del protocollo.

Il primo e principale argomento del ricorso concerneva il conflitto tra l'art. VI dell'*Act of Union* - a norma del quale «... his Majesty's subjects of Great Britain and Ireland shall, from and after the first day of January, one thousand eight hundred and one, be entitled to the same privileges and be on the same footing, as to encouragements and bounties on the like articles, being the growth, produce or manufacture of either country respectively, and generally in respect of trade and navigation in all ports and places in the United Kingdom and its dependencies; and ... in all treaties made by his Majesty, his heirs and successors, with any foreign power, his Majesty's subjects of Ireland shall have the same privileges, and be on the same footing as his Majesty's subjects of Great Britain» - e il protocollo in base al quale per la merce prodotta in Irlanda del Nord vige un regime di libera circolazione in UE e nel Regno Unito, a differenza di quella prodotta nella restante parte del comprensorio britannico anche ove faccia ingresso in Irlanda del Nord. La questione che il giudice Colton si è trovato ad esaminare concerne, prima del mero conflitto tra il regime di libero scambio di interesse nordirlandese e il *same footing* di cui all'art. VI, la collocazione nel sistema delle fonti del protocollo e degli *Acts of union*.

Alla tesi dei ricorrenti in base alla quale in ragione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati entrata in vigore nel 1980, che impedisce ad uno Stato di invalidare la ratifica di un trattato quando la stessa si sia realizzata in violazione delle norme di diritto interno concernenti la competenza in ordine alla ratifica²¹, il giudice Colton ha replicato che l'accordo è stato ratificato sulla base di quanto stabilito dalla legge, ottenendo oltre all'autorizzazione governativa l'avallo parlamentare e, considerato che uno

²¹ A norma dell'art. 46 intitolato *Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties* «1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith».

dei principi fondamentali dell'ordinamento è quello della sovranità parlamentare, il protocollo è da ritenersi legittimo: «[t]his contention is uncontroversial. That is not to say the exercise of a power is immune from review simply by virtue of its prerogative source. The making of treaties and the conduct of foreign affairs are matters of high level politics which are entirely unsuited to supervision by a court on a judicial review application»²²; la supervisione del Legislatore con legge, inoltre, conferma la centralità del principio della sovranità parlamentare di cui alla sentenza *Miller I* della Corte suprema.

Dunque, il nucleo duro della questione risiede nel conflitto tra norme di rango costituzionale, entrambe massima manifestazione del principio della sovranità parlamentare, che il giudice Colton è stato chiamato a dirimere. L'unico precedente giurisprudenziale in grado di assisterlo è *Thoburn v Sunderland City Council*²³ ove il giudice Laws riconosceva la sussistenza di un ordine gerarchico tra *ordinary statutes* e *constitutional statutes*: «A constitutional statute is one which (a) conditions the legal relationship between citizen and State in some general overarching manner or (b) enlarges or diminishes the scope of what we would now regard as fundamental constitutional rights. (a) and (b) are of necessity closely related: it is difficult to think of an instance of (a) that is not an instance of (b). ... Ordinary statutes may be impliedly repealed. Constitutional statutes may not»²⁴. Tuttavia, diversamente dal caso *Thoburn*, il giudice Colton, trovatosi per la prima volta a gestire l'antinomia tra due norme di rango costituzionale (*Acts of Union* e leggi del 2018/2020) per la risoluzione della quale è applicabile il predetto criterio gerarchico ovvero quello abrogativo, ha scelto quest'ultimo per due ordini di ragioni: in primo luogo, nel corso dei secoli gli *Acts of Union* sono stati in più parti e più volte oggetto di modifica; in secondo luogo, l'art. VI precitato è *open textured* diversamente dalla sez. 7A della legge del 2018 che contiene previsioni normative più dettagliate²⁵. Quest'ultima argomentazione è particolarmente significativa in quanto il giudice ancora le conseguenze abrogative della successione delle leggi nel tempo al proposito parlamentare di assumere una volontà più specifica e dettagliata rispetto al precedente disposto legislativo, evitando di sancire dichiaratamente l'abrogazione del disposto degli *Acts of union*; a tal proposito la Corte, infatti, dichiara: «[t]he more general words of the Act of Union 1800 written 200 plus years ago in an entirely different economic and political era could not override the clear specific will of Parliament, as expressed through the Withdrawal Agreement and Protocol, in the context of the modern constitutional arrangements for Northern Ireland.

²² *Allister & Ors, Re Application for Judicial Review & Protocol NI EU exit* [2021] NIQB 64, par. 67.

²³ [2002] EWHC 195 (Admin).

²⁴ *Ibidem*, parr. 62-63.

²⁵ «Article VI is open textured. This is to be contrasted with the specificity of section 7A which expressly refers to the terms of the Withdrawal Agreement. The Withdrawal Agreement is a detailed specific and complex agreement making provision for the withdrawal of the United Kingdom from the European Union, the repeal of the 1972 EC Act and the details for the implementation of the Agreement. These specific details are in marked contrast to the general provisions of Article VI and give further weight to the proposition that in recognising the principle of the supremacy of primary legislation and the importance of 'constitutional' statutes that section 7A should be given effect» (par. 110).

This matter must also be considered in light of the fact that *every provision and clause of the Withdrawal Acts, the Protocol and associated documents were fully considered by Parliament. ... The Acts were passed by a legislature which was fully sighted of the terms and consequences of the Withdrawal Act.* The Acts have been approved and implemented pursuant to *the express will of Parliament* and any tension with Article VI of the Act of Union should be resolved in favour of the [Withdrawal] Agreement Acts of 2018 and 2020»²⁶.

Non è un caso che, come osserva parte della dottrina²⁷, il giudice si sia limitato a richiamare l'espressione "abrogazione implicita" unicamente se citata in precedenti giudiziari, scelta comprensibile se si considera che per la prima volta una corte affronta il tema del conflitto tra norme di rango costituzionale; né stupisce che, attesa l'assunzione della sovranità parlamentare come principio guida, il giudice Colton si concentri sulle modalità di applicazione della legge del Parlamento. Alle corti compete l'applicazione delle leggi, compito particolarmente agevolato quando è lo stesso disposto legislativo a specificarne le modalità: è il caso della sez. 7A(3) della legge del 2018 il cui carattere più specifico e dettagliato suggerisce al giudice, nel quadro del conflitto tra una norma di rango costituzionale dal disposto letterale generico e una norma di pari rango più dettagliata, un indirizzo applicativo della stessa che dunque assume carattere prevalente, forte del presupposto che il Parlamento sovrano non vincola se stesso nel futuro (parr. 62-64). Dunque, il giudice Colton al fine di argomentare la prevalenza delle leggi 2018/2020 rispetto all'art. VI prende atto dei cambiamenti intercorsi dall'adozione degli *Acts of Union* e fonda la sua decisione sulla constatazione del carattere specifico della legge del 2018 a fronte di quello generico degli *Acts 1800*.

La sensazione che questa parte della decisione trasmette è quella di un giudice equilibrista in ragione della delicatezza della questione affrontata e delle sue ricadute: se è vero che i *constitutional statutes* sono - per riprendere *Thoburn* al par. 62 - quegli atti che insistono sulle garanzie dei diritti fondamentali e, dunque, sui rapporti verticali tra Stato e cittadini, è opportuno constatare che tali atti incidono inevitabilmente tanto sui rapporti orizzontali quanto sulle interazioni tra poteri dello Stato. Ciò premesso, considerando che all'esame del giudice Colton vi è il conflitto tra due norme di rango costituzionale, entrambe passibili di avere la predetta incidenza su forma di stato e forma di governo, l'asserzione in sede giudiziaria dell'abrogazione implicita degli *Acts* da parte della legge del 2018 avrebbe minato il principio della certezza del diritto con significative ricadute sul piano costituzionale: l'approvazione politicamente controversa delle leggi del 2018 e del 2020 in ragione del diniego dell'approvazione della *consent motion* da parte dei Legislativi sub-nazionali e della pronunciata limitazione dei poteri di controllo del Parlamento desumibile dal disposto legislativo, e le rassicurazioni del Primo Ministro in Parlamento che la legge del

²⁶ *Allister & Ors, Re Application for Judicial Review & Protocol NI EU exit* [2021] NIQB 64, parr. 110-111 (corsivo nostro).

²⁷ Cfr. C. MURRAY, *Vichy France and Vassalage: Hyperbole versus the Northern Ireland Protocol*, in *U.K. Const. L. Blog*, 01-07-2021.

2018 non avrebbe abrogato l'art. VI²⁸ disorientano prima di tutto l'interprete chiamato ad applicare la norma al caso concreto non potendo prescindere dalla chiave interpretativa del disposto legislativo da applicarsi che si rinviene sul terreno della *politics*; è fuor di dubbio, pertanto, che l'approfondimento del dibattito parlamentare intorno ad un progetto di legge, benché si risolva in una verifica astratta dello stesso che prescinde dall'applicazione concreta del disposto legislativo, è passibile di assistere il giudice chiamato ad interpretare una norma la cui applicazione è suscettibile di apportare modifiche significative all'assetto costituzionale. Si comprende agevolmente, dunque, la rilevanza costituzionale del *legislative scrutiny* che la legge del 2018 ha depotenziato e, nel quadro delle sue ricadute, la cifra dello sforzo compiuto dal giudice Colton che, approcciandosi ad una questione giuridica mai affrontata prima, ha cercato di non valicare il confine tra *law* e *politics* proprio sottolineando che, come con l'*Irish Free State (Constitution) Act 1922* e con l'*Ireland Act 1949*, la legge del 2018 benché non abroghi espressamente l'*Act of Union* contiene in sé una disciplina che modifica l'assetto costituzionale precedente con una normativa di dettaglio che non genera alcun *vacuum* normativo.

La linea argomentativa seguita dal giudice Colton, volta a marcare una distinzione tra *legal* e *political Constitution* che conferisce legittimazione all'operato del Giudiziario, trova riscontro anche nel secondo e nel terzo motivo di ricorso che assumono come parametro non più la *Constitution* britannica nella sua interezza, bensì l'atto fondativo delle istituzioni devolute dell'Irlanda del Nord: il secondo motivo di ricorso, infatti, si fonda sulla incompatibilità del protocollo con la sezione 1(1) del *Northern Ireland Act 1998* che subordina al consenso popolare il trasferimento della potestà legislativa nelle materie devolute all'UE, ma il giudice ha precisato, richiamando la sentenza *Miller I* della Corte suprema, che «[t]he plain words of the statute together with a reading of the agreements underpinning the statute make it clear that Section 1 does not regulate, in the words of the Supreme Court, “any other change in the constitutional status of Northern Ireland” other than the right to determine whether to remain part of the UK or to become part of a united Ireland»²⁹; ne deriva che la predetta sezione non disciplina alcuna modifica dello *status* costituzionale dell'Irlanda del Nord né subordina al consenso della maggioranza degli elettori nordirlandesi il ritiro del Regno Unito dall'UE.

Quanto alla presunta violazione del principio consociativo *ex art. 42 del Northern Ireland Act 1998* da parte dell'art. 18 del protocollo a norma del quale l'Assemblea nordirlandese nel 2024 sarà chiamata a decidere a maggioranza semplice in ordine alla persistente applicazione degli artt. 5-10 del medesimo protocollo, anziché con una maggioranza più estesa come nel quadro delle questioni devolutive, la Corte ha dichiarato che le regole commerciali non sono materia devoluta, ma ricadono nell'ambito delle relazioni

²⁸ House of Commons Debates, 16-06-2021, vol. 697, col. 276.

²⁹ *Allister & Ors, Re Application for Judicial Review & Protocol NI EU exit* [2021] NIQB 64, par. 136.

internazionali ove norme specifiche possono essere adottate anche per il tramite di *statutory instruments*: «[c]onsistent with the approach to the referendum concerning exit from the EU itself it was felt that a simple majority would be sufficient, albeit that cross-community support would be encouraged and achieved if possible. In accordance with this principle therefore the Minister made the [2020] Regulations which faithfully replicated the provisions of Article 18 of the Protocol including the unilateral declaration which set out the method for the consent process. At all times *the rationale behind and the contents of the Regulations were transparent to Parliament*»³⁰. E, infine, la Corte ha aggiunto, con riguardo al meccanismo del consenso *ex art. 18(2)* del protocollo posto in essere dal ministro competente per il tramite delle *Regulations 2020*, che «[t]he process is controlled by him, it is commenced by him, the parameters are set by him and he communicates the outcome to the EU. It is therefore argued that, read coherently, the democratic consent mechanism is not a transferred/devolved matter. *Parliament has dictated that the process is under the control of the Secretary of State*»³¹. La sezione 8C della legge del 2018 (come modificata nel 2020), infatti, conferisce al ministro competente ampi poteri, compreso quello di porre in essere norme (*regulations*), eventualmente abrogative di disposizioni di legge, che disapplicano la sez. 42 del *Northern Ireland Act 1998*: «[e]ven applying the restrictive approach required for such powers this is a case in the words of Lord Bingham where there is “*little room for doubt about the scope of the power*” in the statute concerned. It was clearly within the class of action that Parliament must have contemplated. In such circumstances it is not for the court to cut down that scope. The Regulations are plainly not outside the scope of the statutory power pursuant to which they were made»³².

Con riguardo al quarto motivo di ricorso attinente alla violazione dell'art. 3 del Protocollo 1 Cedu in ragione dell'applicazione di regole nel mercato unico delle merci elaborate senza la partecipazione nordirlandese, la Corte ha dichiarato che il protocollo prevede sedi consultive e di concertazione con i rappresentanti nordirlandesi senza considerare poi che è esso stesso manifesta espressione della sovranità parlamentare che garantisce il processo democratico di definizione delle decisioni e rispetto alla quale il potere delle corti è recessivo: «it is important to recognise that *the Withdrawal Agreement including the Protocol has been thoroughly considered by the UK Parliament* and has been enacted by way of primary legislation and regulations made under that primary legislation. The legislature was implementing the result of a referendum; the government was implementing a policy for which it obtained a mandate from the electorate in the United Kingdom and in accordance with the direction of the Supreme Court in *Miller No.1* ensured that Parliament approved any agreement it entered into with the EU. *There has been a*

³⁰ *Ibidem*, par. 181 (corsivo nostro).

³¹ *Ibidem*, parr. 186-187 (corsivo nostro).

³² *Ibidem*, par. 206.

*thorough review of the Protocol by Parliaments*³³. Dunque, malgrado i residenti in Irlanda del Nord non potranno più eleggere i componenti del Parlamento europeo, seppur configurandosi una potenziale violazione del predetto protocollo Cedu, la Corte ha dichiarato che qualsivoglia limitazione integra il margine di apprezzamento degli Stati; ciò vale anche per il Regno Unito quando il fine legittimo da perseguire sia quello di dar seguito all'esito del referendum del 2016. Né si configura una violazione del principio democratico se si considera che gli elettori nordirlandesi eleggono il Parlamento britannico e l'Assemblea nordirlandese che sono in grado di incidere sulle norme comunitarie esistenti e future passibili di applicarsi anche all'Irlanda del Nord.

Infine, a fronte della presunta violazione dell'art. 50 TUE, data dalla persistente applicazione del diritto comunitario in parte di uno Stato membro uscito dall'UE, nonché dell'art. 10 del medesimo Trattato in ragione del fatto che i nordirlandesi non possono più eleggere i parlamentari europei, la Corte, atteso che l'art. 50 nulla dispone in ordine ai futuri accordi né contempla l'ipotesi che in parte di un ex Stato membro continui ad applicarsi il diritto comunitario, ha richiamato le stesse argomentazioni di cui al motivo di ricorso precedente dichiarando che il protocollo, inserito in una legge manifestazione della volontà del Parlamento britannico, non viola il principio del *rule of law* né il principio democratico; pertanto, «[t]he court should not interfere with or ignore the clearly expressed will of Parliament in passing primary legislation to implement a valid agreement between contracting parties, both of which endorsed that Agreement through their respective constitutional orders»³⁴.

La sentenza in esame assume particolare rilievo in quanto, al netto di valutazioni di merito in ordine al contenuto del protocollo, affronta questioni giuridiche con significative ricadute costituzionali che trascendono il tema del recesso dall'UE e contribuisce a definire una precisa collocazione del Giudiziario nell'equilibrio tra i poteri all'esito della rivoluzione costituzionale che la Brexit comporta. Non stupirebbe se fosse impugnata dinanzi alla Corte d'appello per poi giungere dinanzi alla Corte suprema, l'unica in grado di fissare l'inaugurazione di un nuovo corso costituzionale in ragione della regola del precedente vincolante.

Allo stato la regola ha già prodotto i suoi effetti maturando nei giudici inferiori le consapevolezze costituzionali trasmesse dalla Corte suprema dalla sentenza *Miller I* ad oggi. In tale quadro, molto apprezzabile è lo sforzo del giudice nordirlandese che ha frenato l'estensione dello spazio di manovra che il caso di specie ha messo a disposizione dei giudici, attribuendo loro in fase di applicazione delle norme il compito di esercitare con prudenza un'attività ermeneutica non assistita da un adeguato *legislative scrutiny*. Ciò facendo, il pronunciamento conferma quanto, prima della Brexit e del suo processo attuativo, la

³³ *Ibidem*, par. 255 (corsivo nostro).

³⁴ *Ibidem*, par. 297.

giurisprudenza “costituzionale” ampiamente intesa, chiamata a supplire all’*impasse* degli organi di indirizzo politico, corra sul filo di una potenziale rivoluzione dell’assetto dei poteri passibile di registrare una accelerazione del Giudiziario rispetto agli altri poteri con conseguenti ricadute costituzionali anche di dimensione verticale. È evidente che il rischio che i giudici valichino il confine tra *law* e *politics* dipende dall’effettività del principio della sovranità parlamentare che, allo stato, gli effetti del recesso mettono in discussione.

4. La giurisprudenza costituzionale sulla Brexit e la separazione dei poteri: una rivoluzione silenziosa

È evidente che sul piano della *territorial Constitution* la Brexit ha esasperato un *trend* già avviato e segnato dall’indebolimento delle sedi intergovernative di raccordo, dal crescente numero di controversie tra amministrazione centrale e amministrazioni devolute, composte dalle corti di giustizia con una prudenza dettata più da obiettivi connessi al riequilibrio dei poteri che dalla intenzionale definizione di un orientamento giurisprudenziale volto a minare il processo devolutivo.

Difatti, il tanto declamato principio della sovranità parlamentare sembra alla prova dei fatti produrre esiti che disattendono le aspettative: è il caso del riconoscimento della *Sevel convention* nello *Scotland Act 2016* cui segue la precitata sentenza *Miller* che attribuisce alla convenzione mera valenza politica, negando la possibilità che sia considerata come azionabile in giudizio.

L’allentamento delle maglie del confronto politico tra amministrazioni centrale e devolute e il conseguente trasferimento nelle corti di giustizia della risoluzione di controverse questioni di riparto di competenze ha marcato la centralità del Giudiziario nel quadro della separazione dei poteri generando una reazione a catena che si è affrancata dalla forma di stato e che ha travolto la forma di governo.

Facendo seguito alla sentenza *Miller II*³⁵ del 2019, con la quale i giudici supremi hanno dichiarato *unlawful* la *prorogation* del Parlamento ed hanno annullato l’*Order in council* che l’aveva disposta, la Corte suprema assurge evidentemente al rango di giudice costituzionale ovvero incaricato della risoluzione di casi di rilevanza costituzionale. Significativi in tal senso sono alcuni passaggi della pronuncia: alle corti è attribuita la responsabilità di «upholding the values and principles of our constitution and making them effective», di «determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits»³⁶, nonché quella di «to determine whether the Prime Minister has remained within the legal limits of power»³⁷. Dichiarazioni, quelle della Corte suprema, che sembrano formularsi all’esito di un processo di maturazione degli equilibri costituzionali

³⁵ R (*Miller*) v *Prime Minister* [2019] UKSC 41.

³⁶ *Ibidem*, par. 39.

³⁷ *Ibidem*, par. 51.

che non è più passibile di essere messo in discussione. Asserendo che il potere di prerogativa trascende il principio della sovranità parlamentare, il raccordo fiduciario Governo-Parlamento, nonché la responsabilità del Governo nei confronti del Parlamento, lasciando intendere che, considerati questi ultimi quali principi fondamentali dell'ordinamento³⁸, compito delle corti è quello di verificare che i poteri di prerogativa non ne minino la forza giuridica, i giudici supremi attestano l'intento del supremo organo giurisdizionale di cogliere l'occasione per perfezionare il proprio ruolo nella forma di governo.

Se per un verso, dunque, da ogni parte si invoca il principio della sovranità parlamentare come l'unico in grado di legittimare l'operato dell'amministrazione centrale e quello del Giudiziario, per altro verso è evidente che la vera partita della oramai irreversibile nuova stagione della *Constitution* britannica si gioca nel confronto tra Governo centrale e Giudiziario.

Facendo seguito al protagonismo giudiziario nel dispiegarsi del recesso dall'UE, non è un caso che il Governo centrale abbia presentato un progetto di legge volto a limitare il *judicial review*³⁹. Prendendo le mosse da recenti pronunciamenti in cui i giudici hanno dichiarato che, malgrado il principio della sovranità parlamentare, le corti possono non dare applicazione a leggi del Parlamento che limitino il *judicial review*⁴⁰, l'amministrazione centrale ha avviato un processo dichiaratamente volto al ripristino della effettività della sovranità parlamentare in linea con la filosofia politica che propone la Brexit come un veicolo di riabilitazione di una sovranità parlamentare perduta.

Dal suo canto, la Corte suprema con la sentenza *Miller II* ha sdoganato l'idea della tendenziale deferenza del Giudiziario nei confronti del Governo.

In verità, la cifra significativa della sentenza è data non tanto dalla risoluzione del caso di specie, seppur di particolare rilevanza in quanto attinente ai rapporti tra Parlamento e Governo, ma dal complessivo esito del procedimento argomentativo della Corte. Dalla dottrina della sovranità parlamentare la Corte ricava che la responsabilità dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento non è solo un prodotto convenzionale, ma è anche un principio costituzionale in grado di informare la verifica della legalità dell'azione esecutiva e che, pertanto, integra il parametro dell'azione di governo.

³⁸ Sul punto cfr. G. CARVALE, *Il Miller 2/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei constitutional principles*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2019.

³⁹ Su origini e *ratio* della riforma v.: P. CRAIG, *Judicial Review, Methodology and Reform*, 28-06-2021 in <https://papers.ssrn.com/>, in corso di pubblicazione in *Public Law*, 2022; J. MORGAN, *In Praise of Flexibility: Clause 1 of the Judicial Review and Courts Bill (2021)*, in *U.K. Const. L. Blog*, 23-09-2021, in <https://ukconstitutionallaw.org/>.

⁴⁰ Il riferimento è a un *obiter* del giudice supremo Carnwath in *R (Privacy International) v Investigatory Powers Tribunal* [2019] UKSC 22, par. 144, sentenza che ha aperto un nuovo corso del bilanciamento tra principio della sovranità parlamentare e *rule of law* nella *Constitution* contemporanea: «I see a strong case for holding that, consistently with the rule of law, *binding effect cannot be given to a clause which purports wholly to exclude the supervisory jurisdiction of the High Court to review a decision of an inferior court or tribunal*, whether for excess or abuse of jurisdiction, or error of law. In all cases, regardless of the words used, it should remain *ultimately a matter for the court to determine the extent to which such a clause should be upheld*, having regard to its purpose and statutory context, and the nature and importance of the legal issue in question; and *to determine the level of scrutiny required by the rule of law*» (corsivo nostro).

Dunque, il significato del pronunciamento va ben oltre il principio costituzionale che la Corte ribadisce, rilevando la modalità e il percorso argomentativo che i giudici supremi seguono mediante l'individuazione di significativi limiti ai poteri dell'Esecutivo in ambiti finora considerati preclusi alle corti di giustizia che fanno della sentenza un perno della narrativa giurisprudenziale del diritto britannico⁴¹.

Un portato del principio della sovranità parlamentare è il principio di legalità, frequentemente adoperato dalle corti per arginare il potere esecutivo, ma nella sentenza *Miller II* il suo potenziale assume precisa connotazione in ragione della manifesta volontà della Corte suprema di resistere ai tentativi volti a marginalizzare l'applicazione di tale principio di contro dandone applicazione non solo al potere di prerogativa ma tutte le volte in cui la natura politica delle decisioni è invocata per limitare il *judicial review*. Attribuendo al principio della sovranità parlamentare connotazione non solo formale ma anche sostanziale e respingendo la consueta critica di attivismo giudiziario connessa alle ricadute politiche di una questione cui i giudici si avvicinano sul piano giuridico, la Corte suprema ha esteso il raggio d'azione del principio di legalità da intendersi come un veicolo di attribuzione di effettività al principio della sovranità parlamentare a prescindere dal fatto che gli atti governativi siano espressione di poteri conferiti dalla legge ovvero di poteri di prerogativa.

La sentenza *Miller II* si presenta, pertanto, come la massima espressione di ciò che si intende quando si definisce quella britannica come *Constitution* evolutiva: la sentenza ribadisce tanto il principio della sovranità parlamentare quanto quello della separazione dei poteri, ma ne fornisce una lettura innovativa che gli consente di essere riconfermati come fondanti l'ordinamento britannico seppur passando per una più pregnante esplicitazione del loro significato sul piano sostanziale.

5. Un nuovo corso dei rapporti tra organi di indirizzo politico e corti di giustizia?

Pare evidente che la proposta governativa di riforma del *judicial review*, passibile di comprimere l'interferenza del Giudiziario su questioni dalla forte connotazione politica⁴², a qualche anno dalle due sentenze *Miller* che hanno preso le mosse da un ricorso di *judicial review* presentato da privati cittadini, assuma un significativo rilievo. Il *judicial review* consente alle corti di verificare la legittimità di un atto di una pubblica autorità ossia se è stato adottato in osservanza della legge. La sentenza *Miller II* sulla *prorogation* parlamentare - atto governativo adottato nell'esercizio di un potere di prerogativa che incontra

⁴¹ Una riflessione dettagliata e ad ampio spettro del significato pieno del pronunciamento della Corte suprema si trova in M. ELLIOTT, *Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context*, in *European Constitutional Law Review*, n. 4, 2021, pp. 1 ss.

⁴² Il *judicial review* degli atti dei pubblici poteri da parte della Corte suprema, suscettibile di risolversi in un'operazione di bilanciamento tra le finalità delle politiche pubbliche e le garanzie dei diritti fondamentali, è tradizionalmente al centro di un vivace dibattito che legge nell'orientamento giurisprudenziale un atteggiamento deferenziale o sostitutivo dei giudici supremi nei confronti dei *policy-makers*. Sul tema v. T. SAYER, C.R.G. MURRAY, *A Tale of Two Doctrines: Reevaluating Bifurcation in Substantive Review before the Supreme Court*, in *Public Law* 1-2021, 47 ss.

limiti precisi nelle leggi, nei principi di *common law* e nelle convenzioni costituzionali - è espressione massima del significato che assume tale controllo giudiziale⁴³, ma numerosi sono i casi che hanno avuto un impatto significativo sull'attuazione dell'indirizzo politico governativo della quale gli atti impugnati sono manifestazione.

La riforma, politicamente molto controversa e fortemente discussa dalla dottrina, è passibile di introdurre modifiche volte a mortificare l'attività delle corti, ma secondo il Governo utili a ristabilire equilibrio tra il diritto dei cittadini a rivalersi contro atti della pubblica amministrazione e l'esigenza che il Governo possa operare in modo efficace.

Il progetto di legge al vaglio del Parlamento prevede, tra le altre misure, la compressione dei vizi dell'attività di governo denunciabili, la definizione dei casi giustiziabili, la limitazione dell'accesso al *judicial review* aggravata dalla previsione di costi a carico del ricorrente per ottenere il controllo giurisdizionale degli atti del Governo.

Come già detto, la proposta riforma governativa conferma le tensioni emerse nei casi *Miller* tra Esecutivo e Giudiziario. Ma le criticità del suo proposito risiedono nel fatto che il principio della sovranità parlamentare, attorno al quale convergono entrambi, sia ora adoperato come strumento per sacrificare il margine di manovra del Giudiziario così disattendendo la lettura della *Constitution* evolutiva offerta dalla Corte suprema nel caso *Miller II*: secondo i giudici supremi, la sovranità parlamentare è un ingrediente di una ricetta leggera ma complessa che non si apprezza appieno se un sapore assume prevalenza: è innaturale, dunque, alla luce del pronunciamento della Corte, intendere la sovranità parlamentare come sinonimo di prevalenza del Parlamento sugli altri poteri che sembra ispirare la riforma del *judicial review* all'esame parlamentare; tutt'al più il principio fondamentale è da intendersi come integrativo di un complesso articolato di principi comprensivo di quello della separazione dei poteri e dello stato di diritto. In verità la sentenza *Miller II* si inserisce in un filone giurisprudenziale della Corte suprema⁴⁴ che concepisce la Costituzione britannica come il prodotto di una felice combinazione di principi di pari rilevanza che assume significato compiuto nella loro relazione reciproca. Ne deriva che gli atti espressione massima del principio della sovranità parlamentare devono intendersi come l'esito di una convergenza dei poteri intorno ad una idea condivisa anziché come manifestazione della sacralità di un Parlamento legittimato in quanto tale a limitare altri poteri dello Stato.

Il pronunciamento, dunque, va inserito in una più ampia narrativa giurisprudenziale che non concepisce la Costituzione britannica in formato monodimensionale dominato dal principio della sovranità

⁴³ Sul ricorso ai poteri di prerogativa da parte del Governo e sull'impatto che la sentenza in esame ha sul bilanciamento interno tra poteri, transcendendo il tema del recesso dall'UE, v. A. TORRE, "Serial Miller". *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, n. 4, 2019, pp. 3083 ss.

⁴⁴ Tra gli altri, v.: *R (Evans) v Attorney General* [2015] UKSC 21; *R (Unison) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.



parlamentare: la sacralità di quest'ultimo deriva dall'osservanza parlamentare di un costume costituzionale di confronto con gli altri poteri nell'economia della *Constitution*. L'idea di una *Constitution* costruita su un insieme di principi fondamentali interconnessi non consente di assumere il successo dei tentativi di minare la funzione costituzionale delle corti di giustizia come dato scontato, nonostante la sacralità della sovranità parlamentare.

Dunque, per rispondere al quesito inizialmente posto se sia la Brexit ovvero la giurisprudenza costituzionale sulla Brexit a scandire un nuovo momento costituzionale, è evidente che la cifra evolutiva della *Constitution* britannica allo stato risiede nella giurisprudenza costituzionale, capace di leggere i cambiamenti economici, sociali e politici e di tarare conseguentemente l'edificio costituzionale rinnovando le promesse insite nel complesso dei suoi principi fondamentali che ne costituiscono memoria e motore evolutivo.



Profili costituzionali della giurisprudenza europea sulla Brexit*

di **Marta Simoncini**

Ricercatrice in Diritto amministrativo
Luiss Guido Carli

Abstract [It]: Questo articolo si propone di comprendere come giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Brexit abbia interpretato la natura del rapporto che lega l'Unione europea (UE), gli Stati membri e i cittadini europei. Per quanto riguarda il rapporto dell'UE con gli Stati, la configurazione della revoca del recesso come diritto sovrano degli Stati nella sentenza *Wightman* determina alcuni rischi strategici per il funzionamento e il consolidamento del carattere sovranazionale dell'UE. Per quanto riguarda la cittadinanza europea, vengono analizzate le criticità del regime di tutela sia in termini di disponibilità di rimedi nella fase di negoziazione del recesso sia in materia di accesso ai benefici nel caso *GC* relativo al periodo di transizione.

Title: Constitutional profiles of EU case law on Brexit

Abstract [En]: This article aims at understanding how the case law of the Court of justice on Brexit has interpreted the nature of the relationships between the European Union (EU), the Member States, and European citizens. Regarding the relationship between the UE and the States, the *Wightman* case recognises the sovereign nature of the national right to reverse the withdrawal and triggers some strategic risks in the functioning and reinforcement of the supranational character of the EU. With regard to European citizenship, key issues emerge in the EU system of protection both in terms of available remedies during the negotiation process and in the access to benefits under the *CG* case during the transition period.

Parole chiave: Brexit; Corte di giustizia; sovranità; cittadinanza europea; tutela

Keywords: Brexit; Court of Justice; sovereignty; European citizenship; remedies

Sommario: 1. Introduzione. 2. La natura del rapporto tra Unione Europea e Stati membri. Il caso *Wightman*. 2.1. Il diritto dell'UE e i rischi strategici dell'unilateralità. 3. La tutela dei diritti dei cittadini europei. 3.1. La cittadinanza europea e l'accordo per la Brexit. 3.2. La cittadinanza europea nella fase di transizione. Il caso *CG*. 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La Brexit è stata una prova fondamentale nel processo di integrazione europea e la Corte di giustizia ne è stato uno dei principali interpreti. Nel definire le questioni giuridiche aperte dal recesso del Regno Unito dall'Unione europea (UE), la Corte di giustizia ha contribuito a chiarire la struttura costituzionale dell'Unione. Essendo chiamata a pronunciarsi sulle relazioni tra Unione e Stati membri, da un lato, e tra Unione e cittadini europei, dall'altro, la Corte di giustizia ha delineato le caratteristiche principali dell'ordinamento europeo e del suo funzionamento. Da questo punto di vista l'eredità della Brexit è destinata a durare e a condizionare il futuro dell'Unione ben oltre le sorti del caso britannico.

* Articolo sottoposto a referaggio.

Analizzando come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia sciolto le principali questioni costituzionali sollevate dall'uscita del Regno Unito, questo articolo si propone di comprendere la natura del rapporto triangolare che lega l'Unione, Stati membri e i cittadini europei. Questa prospettiva è rilevante proprio in virtù delle caratteristiche proprie dell'ordinamento sovranazionale, ovvero in ragione della sua capacità di creare diritti ed obblighi non soltanto in capo agli Stati aderenti come generalmente avviene nelle organizzazioni internazionali, ma anche direttamente nei confronti dei cittadini degli Stati membri. Come è stato osservato, infatti, a partire dalla sentenza nel caso *Van Gend and Loos*, la Corte di giustizia ha “expressly cut the umbilical cord with classic international law”¹. Occorre, quindi, comprendere come la Corte abbia interpretato l'autonomia dell'ordinamento europeo in un momento di massima frizione, quale è il recesso di uno dei suoi Stati membri.

In questa sede, non verranno esaminati gli effetti della Brexit sulla vita delle singole istituzioni europee². L'attenzione è qui rivolta alla comprensione delle caratteristiche del rapporto triangolare esistente tra l'Unione europea, gli Stati membri e i cittadini per come emersa nel processo di Brexit. Pur essendo un altro tassello rilevante per definire la natura dell'ordinamento europeo, non si discuterà, pertanto, la nota vicenda della cessazione anticipata dell'incarico dell'Avvocato Generale Sharpston, già nominato dal Regno Unito³. *A fortiori* non verrà esaminato l'impatto del recesso dall'ordinamento UE sul sistema costituzionale britannico⁴.

Per quanto riguarda le relazioni dell'UE con i suoi Stati membri, verrà esaminata la giurisprudenza nel caso *Wightman*, in cui la Corte ha interpretato la previsione dell'art. 50 TUE sul diritto di recesso dei singoli Stati (paragrafo 2). L'analisi intende mettere in evidenza come la configurazione del recesso e della revoca dello stesso come diritto sovrano degli Stati aderenti all'UE esponga il procedimento a rischi

¹ R. SCHÜTZE, *European Union Law*, 2 edizione, Cambridge, 2018, p. 78.

² Sul punto si vedano E. BRESSANELLI e N. CHELOTI, *Assessing What Brexit Means for Europe: Implications for EU Institutions and Actors*, in *Politics and Governance*, vol. 9, n. 1, 2021, pp. 1-4, disponibile in <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/3982>; N. NIC SHUIBHNE, *Did Brexit Change EU Law?*, in *Current Legal Problems*, vol. 74, n. 1, 2021, pp. 195-234.

³ Si vedano, in particolare, I. A. ANRÒ, *L'impatto della Brexit sulla composizione ed il funzionamento della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2019, pp. 2-24; M. SIMONCINI e G. MARTINICO, *A Knot Not to Be Cut? The Legacy of Brexit over the CJEU*, in *Politics and Governance*, vol. 9, n. 1, 2021, pp. 27-36, disponibile in: <https://www.cogitatiopress.com/politicsandgovernance/article/view/3660/3660>.

⁴ *Ex multis*, S. DOUGLAS-SCOTT, *Brexit, Article 50 and the Contested British Constitution*, in *Modern Law Review*, vol. 79, n. 6, 2016, pp. 1019-1040; M. ELLIOTT, J. WILLIAMS e A.L. YOUNG (a cura di), *The UK Constitution After Miller. Brexit and Beyond*, Oxford, 2018; C. MARTINELLI (a cura di), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Rimini, 2017; C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio di interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2017, pp. 1-43, disponibile in https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Martinelli.pdf; J.O. FROSINI, *Dalla sovranità del parlamento alla sovranità del popolo. La rivoluzione costituzionale della Brexit*, Milano, 2020; A. TORRE, “Serial Miller”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE Online*, vol. 41, n. 4, 2019, pp. 3083-3109, disponibile in <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/882/835>; A. TORRE, *Regno Unito*, Bologna, 2021; S. WHITE, *Brexit and the future of the UK constitution*, in *International Political Science Review*, 2021, disponibile in <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0192512121995133>.

strategici per il funzionamento e il consolidamento della struttura sovranazionale dell'Unione (paragrafo 2.1). Per quanto riguarda il rapporto dell'Unione con i cittadini, invece, verrà analizzata la tutela garantita al diritto di cittadinanza europea nel processo di Brexit (paragrafo 3). Il recesso del Regno Unito, infatti, ha messo in discussione la parità di trattamento che la cittadinanza europea assicurava ai cittadini degli Stati membri che soggiornassero in un altro Stato membro. In particolare, si esamineranno alcune pronunce relative alla tutela dei diritti dei cittadini europei nella fase di negoziazione del recesso (paragrafo 3.1) e su fatti verificatisi prima della fine del periodo di transizione previsto nell'accordo di recesso (paragrafo 3.2). Nelle conclusioni (paragrafo 4) si illustrerà come la giurisprudenza sulla Brexit pur rappresentando un momento chiave per chiarire la natura e i limiti dell'ordinamento UE, non ha tuttavia apportato novità sostanziali nel funzionamento del sistema costituzionale dell'UE.

2. La natura del rapporto tra Unione europea e Stati membri. Il caso *Wightman*

A seguito di un ricorso in via pregiudiziale sollevato dalla Inner Court of Session scozzese, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 50 TUE relativo al recesso degli Stati membri dall'Unione europea. Nel caso *Wightman*⁵, la Corte si è espressa sull'esistenza di un diritto dello Stato uscente a revocare unilateralmente la notifica dell'intenzione di recedere dall'Unione, contribuendo a chiarire la natura delle relazioni intercorrenti tra l'Unione e i suoi Stati membri.

In *Wightman*, sia l'Avvocato Generale (AG) Campos Sánchez-Bordona che la Corte di giustizia in seduta plenaria hanno riconosciuto che l'art. 50 TEU non proibisce né autorizza espressamente la revoca della notifica dell'intenzione di recedere⁶. L'interpretazione della norma pertanto viene ricavata dall'analisi sistematica della natura dell'ordinamento europeo. Secondo l'AG Campos Sánchez-Bordona l'art. 50 TEU si configura come “*lex specialis* rispetto alle norme generali del diritto internazionale sul recesso dai trattati, ma non è una disposizione autosufficiente che disciplini esaustivamente ciascun particolare del processo di recesso di cui trattasi”⁷. Di conseguenza, è nel diritto internazionale che occorre ricercare la chiave interpretativa per dirimere la questione. L'Avvocato Generale ha, pertanto, esaminato il recesso come una “questione tipica del diritto internazionale”⁸, facendo riferimento ai principi del diritto internazionale e alla Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati “per trarne dei criteri interpretativi che contribuiscano a fugare i dubbi su questioni non espressamente previste dall'articolo 50 TUE”⁹.

⁵ Corte di giustizia 10 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999.

⁶ *Ibidem*, punto 48; Conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona 4 dicembre 2018, *Andy Wightman e a. contro Secretary of State for Exiting the European Union*, C-621/18, ECLI:EU:C:2018:978, punti 82-85.

⁷ Conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona, *Wightman e a.*, punto 85.

⁸ *Ibidem*, punto 84.

⁹ *Ibidem*, punto 82.

Diversamente, la Corte ha negato che il recesso e la sua revocabilità siano problemi di diritto internazionale relativi alla partecipazione degli Stati ad un Trattato, riaffermando la volontà di distinguere l'ordinamento dell'UE dai “trattati internazionali ordinari”¹⁰. La Corte ricava l'unicità dell'ordinamento UE dalla sua autonomia rispetto agli Stati membri e al diritto internazionale, fondandola sull'esistenza di proprie istituzioni e fonti del diritto che hanno il primato sui diritti degli Stati membri e che possono avere efficacia diretta nei confronti degli Stati membri e dei loro cittadini¹¹. La Corte delinea, così, la struttura costituzionale dell'UE in una “rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati membri tra di loro”¹². Pertanto, la Corte deve valutare la configurabilità della revoca alla luce dei Trattati e del diritto dell'Unione e la sua “conclusione è [soltanto] corroborata dalle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, di cui si è tenuto conto nei lavori preparatori del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa”¹³.

La diversità di queste impostazioni generano diversi scenari interpretativi. Secondo l'Avvocato Generale, “il diritto di recesso nell'articolo 50 TUE si ispira alle norme del diritto internazionale (...) poiché il recesso da un trattato internazionale è, per definizione, un atto unilaterale di uno Stato parte. Al pari del potere di concluderlo (*treaty making power*), il diritto di svincolarsi (recesso o denuncia) da un trattato del quale uno Stato è parte costituisce una manifestazione della sovranità del medesimo. Se la decisione di uno Stato di concludere un trattato è unilaterale, lo è anche quella di recedere dallo stesso”¹⁴. In linea con la natura unilaterale del recesso, “la revoca unilaterale sarebbe parimenti una manifestazione della sovranità dello Stato uscente, il quale sceglie di tornare sopra la propria decisione iniziale”¹⁵. La Corte concorda che il recesso sia una decisione sovrana dello Stato, ma riconosce contestualmente anche il suo diritto di “mantenere lo status di Stato membro dell'Unione, status che detta notifica non ha l'effetto di sospendere o di alterare (...), fatto salvo soltanto l'articolo 50, paragrafo 4, TUE”¹⁶. La Corte conclude quindi che “se la notifica dell'intenzione di recedere dovesse condurre ineluttabilmente al recesso dello Stato membro interessato al termine del periodo di cui all'articolo 50, paragrafo 3, TUE, detto Stato membro potrebbe essere costretto ad uscire dall'Unione contro la sua volontà, espressa in esito a un processo democratico conforme alle sue norme costituzionali, di tornare sulla sua decisione di recedere dall'Unione e, pertanto, di continuare ad esserne membro”¹⁷.

¹⁰ *Wightman e a.*, punto 44.

¹¹ *Ibidem*, punti 44-45.

¹² *Ibidem*, punto 45.

¹³ *Ibidem*, punto 70.

¹⁴ Conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona, *Wightman e a.*, punto 93.

¹⁵ *Ibidem*, punto 94.

¹⁶ *Wightman e a.*, punto 59.

¹⁷ *Ibidem*, punto 66.

Da entrambe le interpretazioni si evince inequivocabilmente che la revoca della notifica dell'intenzione di recedere sia espressione di un diritto sovrano dello Stato. Le modalità di esercizio della stessa, tuttavia, differiscono nella ricostruzione della Corte e dell'Avvocato Generale. Secondo la Corte, l'esercizio del diritto sovrano dello Stato uscente di revocare la notifica dell'intenzione di recedere non può essere condizionato e respinge, pertanto, la richiesta del Consiglio e della Commissione di subordinarlo all'approvazione unanime del Consiglio europeo, in quanto si "trasformerebbe un diritto unilaterale sovrano in un diritto subordinato soggetto a una procedura di approvazione. Orbene, siffatta procedura di approvazione sarebbe incompatibile con il principio, ricordato ai punti 65, 67 e 69 della presente sentenza, secondo cui uno Stato membro non può essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà"¹⁸. La Corte non impone, quindi, condizioni sull'esercizio del diritto di revoca, ma richiede esclusivamente che "da un lato, sia comunicata per iscritto al Consiglio europeo e, dall'altro, sia univoca e incondizionata, nel senso che sia diretta a confermare l'appartenenza all'Unione dello Stato membro interessato in termini immutati per quanto riguarda la sua condizione di Stato membro, e detta revoca pone fine alla procedura di recesso"¹⁹.

Inoltre, la Corte enfatizza la condivisione tra tutti gli Stati membri dei valori comuni menzionati all'articolo 2 del Trattato UE e nel preambolo della Carta dei diritti fondamentali, tra i quali la libertà e la democrazia, nonché del riconoscimento della cittadinanza europea come *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri²⁰. Dall'importanza di tali valori la Corte ricava che "se uno Stato non può essere obbligato ad aderire all'Unione contro la sua volontà, esso non può nemmeno essere costretto a recedere dall'Unione contro la sua volontà"²¹: "in particolare, sarebbe contrario allo scopo dei Trattati consistente nel creare un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa obbligare a recedere uno Stato membro che, dopo avere notificato la propria intenzione di recedere dall'Unione conformemente alle proprie norme costituzionali e in esito a un processo democratico, decida di revocare la notifica di tale intenzione nel contesto di un processo siffatto"²². La Corte richiama, inoltre, espressamente la scelta compiuta nel progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa di non introdurre emendamenti finalizzati a consentire l'espulsione di uno Stato membro e di conservare il carattere volontario e unilaterale della decisione di recesso²³. Su tali basi, la Corte pone in capo agli Stati membri l'onere di fidarsi della

¹⁸ *Ibidem*, punto 72.

¹⁹ *Ibidem*, punto 74.

²⁰ *Ibidem*, punti 62-64.

²¹ *Ibidem*, punto 65.

²² *Ibidem*, punto 67.

²³ *Ibidem*, punto 68. Sul punto si vedano C. MARGIOTTA, *Visi e virtù della secessione. A proposito dell'articolo 59 del progetto di Costituzione europea*, in *Ragion Pratica*, n. 1, 2004, pp. 257-272; A.F. TATHAM, *Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling!': EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. BIONDI (a cura di), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, pp. 147-148; M. PUGLIA, *Commento all'art. 50 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Commentario ai Trattati dell'unione europea*, Milano, 2014; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., pp. 855-856.

dichiarazione dello Stato di non voler più recedere dall'UE. Nel far ciò la Corte rinuncia a richiamare il principio di leale cooperazione. È stato osservato che il silenzio su tale principio non implichi anche la sua assenza, dal momento che lo Stato in questione resterebbe membro dell'UE e ne applicherebbe, quindi, il relativo diritto fino alla data del recesso²⁴. Anche ammettendo questo obbligo giuridico, è pur vero che il silenzio della Corte nei fatti espone gli Stati rimanenti all'incertezza -anche giuridica- che l'unilateralità e la sovranità della scelta comportano.

2.1. Il diritto dell'UE e i rischi strategici dell'unilateralità

L'assenza di condizionalità dell'esercizio del diritto sovrano presta il fianco a possibili abusi procedurali, che il diritto non riuscirebbe quindi né a prevenire né a controllare²⁵. La Corte pare in qualche modo archiviare i rischi di abuso attraverso il richiamo alla genesi dell'art. 50 TUE, ovvero nel fatto che replica in gran parte la clausola di recesso prevista nel progetto di Trattato di Costituzione sulla quale le parti costituenti si erano espresse nel senso dell'unilateralità e della volontarietà del recesso²⁶. Richiamando eccezionalmente un testo mai entrato in vigore²⁷, la Corte sembra quindi affermare implicitamente che la scelta di non regolare i rischi di abuso sia in qualche modo riferibile al legislatore del Trattato, il quale ha evidentemente bilanciato tali rischi con la necessità di mantenere il diritto sovrano degli Stati di recedere e revocare il recesso.

Anche l'Avvocato Generale riconosce che in via di principio la revoca non può essere sottoposta a condizioni, fatto salvo il vincolo del rispetto dei requisiti costituzionali dello Stato uscente. Tuttavia, ammette l'introduzione di alcuni oneri in capo allo Stato uscente per temperare il rischio (pur ritenuto residuale) di abuso nell'utilizzo dello strumento. In particolare, l'Avvocato Generale considera ragionevole l'introduzione di un obbligo di motivazione, in quanto con la revoca Stato agirebbe "in contrasto con i suoi atti precedenti"²⁸, cambiando posizione sul recesso, la definizione di un limite

²⁴ B. NASCIMBENE, *Il dopo Brexit. Molte incognite, poche certezze*, in *Eurojus.it*, vol. 3, n. 3, 2016, p. 4; A. ŁAZOWSKI, *Exercises in Legal Acrobatics: The Brexit Transitional Arrangements*, in *European Papers*, vol. 2, n. 3, 2017, p. 848; C. TOVO, *Recesso dall'Unione e soluzione delle controversie: il ruolo della Corte di giustizia dell'UE*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2020, pp. 115-116.

²⁵ H. HOFMEISTER, *Should I Stay or Should I Go? A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU*, in *European Law Journal*, vol. 16, n. 5, 2010, p. 592; A.F. TATHAM, *Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling! EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, cit., p. 151; C. MARGIOTTA, *(Dis)ordine sovrano: Brexit e la sentenza Wightman*, in *Nuove Autonomie*, vol. 28, n. 1, 2019, pp. 21 e 26; G. MARTINICO e M. SIMONCINI, *Wightman and the Perils of Britain's Withdrawal*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, p. 813; M. GATTI, *Il diritto a terminare unilateralmente la procedura di recesso dall'Unione europea: note a margine della sentenza Wightman*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2020, disponibile in <https://www.federalismi.it/ApiOpenFilePDF.cfm?artid=43557&dpath=document&dfile=29052020225315.pdf&content=Il%2Bdiritto%2Ba%2Bterminare%2Bunilateralmente%2Bla%2Bprocedura%2Bdi%2Brecesso%2Bdall%E2%80%99Unione%2Beuropea%3A%2Bnote%2Ba%2Bmargine%2Bdella%2Bsentenza%2BWightman%2B%2D%2Bstato%2B%2D%2Bdottrina%2B%2D%2B>, pp. 53-54.

²⁶ *Wightman e a.*, punto 68.

²⁷ Sul punto si veda G. MARTINICO, *"Scelte sovrane". Alcune riflessioni problematiche sulla sentenza Wightman*, in *Nuove Autonomie*, vol. 28, n.1, 2019, pp. 13-14.

²⁸ Conclusioni dell'AG Campos Sánchez-Bordona, *Wightman e a.*, punto 146.

temporale per il suo esercizio, coincidente con il periodo precedente alla conclusione dell'accordo, nonché il rispetto dei principi di buona fede e di leale cooperazione²⁹. L'introduzione di obblighi procedurali sarebbe strumentale a riconciliare l'unilateralità della revoca e "il rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri con l'obiettivo dello sviluppo del processo di integrazione, favorendo inoltre la tutela dei diritti dei cittadini dell'Unione"³⁰.

I margini per la revoca della notifica sono piuttosto ampi per gli Stati membri³¹. Unica garanzia della genuinità della revoca resta il richiamo alle norme costituzionali nazionali secondo le quali deve svolgersi la procedura di recesso, ma anche di revoca dello stesso. Come è stato osservato, occorre tuttavia domandarsi quale natura abbia tale previsione, ovvero se sia meramente descrittiva o abbia un contenuto prescrittivo la cui violazione possa essere eventualmente sanzionata³². Da un punto di vista giuridico, sembrerebbe che soltanto il diritto nazionale possa dichiarare l'illegittimità della revoca e indirettamente tutelare contro gli abusi della procedura. Peraltro, il Tribunale ha respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale della decisione di recesso del Regno Unito sulla base dell'irricevibilità del ricorso con cui alcuni cittadini britannici residenti nell'UE hanno impugnato la decisione del Consiglio che autorizzava l'avvio dei negoziati sull'accordo di recesso³³.

L'interpretazione data dalla Corte nel caso *Wightman* dimostra che sebbene sia declinata giuridicamente come recesso, l'uscita di uno Stato membro dall'UE e la sua revoca restano atti politici, nei confronti dei quali il diritto ha competenza limitata. La natura sovrana della decisione statale, infatti, non può essere controllata dall'ordinamento sovranazionale, ma può al più soltanto essere guidata pacificamente verso un accordo di recesso in funzione della tutela dell'interesse delle parti.

Peraltro, adottando un linguaggio civilistico, si potrebbe dire che anche l'obbligo di negoziazione di un accordo di recesso previsto all'art. 50, c. 2, TUE³⁴ costituisce un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

²⁹ *Ibidem*, punti 147-148.

³⁰ *Ibidem*, punto 137.

³¹ I. PAPAGEORGIOU, *Interpretation and implementation of Article 50 TEU. Legal and institutional assessment*, DG for internal policies. Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2021, https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_STU%282021%29690964, p. 84. Sul punto si veda anche B. CARAVITA, *Brexit: keep calm and apply the European Constitution*, in *Federalismi.it*, 2016, disponibile in https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?cid=407&cdpath=editoriale&dfile=EDITORIALE%5F29062016221044%2Epdf&content=Brexit%3A%2BKeep%2Bcalm%2Band%2Bapply%2Bthe%2BEuropean%2BConstitution&content_auth=%3Cb%3EBeniamino%2BCaravita%3C%2Fb%3E, p. 4, secondo il quale l'art. 50 TUE è "una disposizione complessa, che in prospettiva andrebbe ulteriormente raffinata, sia per quanto riguarda le procedure interne (garanzie di rispetto delle minoranze, garanzie di corretta informazione, garanzie su quorum di partecipazione e di validità), sia per quanto riguarda le procedure eurounitarie (basti citare la questione su quale è il momento irreversibile del recesso)".

³² *Ibidem*, p. 19. Si veda anche M. GATTI, *Il diritto a terminare unilateralmente la procedura di recesso dall'Unione europea: note a margine della sentenza Wightman*, cit., p. 50.

³³ Tribunale 26 novembre 2018, *Shindler c. Consiglio*, T-458/17, ECLI:EU:T:2018:83, punti 67-69.

³⁴ Sul punto si veda R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., p. 857.

Infatti, il recesso può avvenire anche in assenza di tale accordo allo scadere di due anni dalla sua notifica ovvero dalla scadenza della proroga approvata all'unanimità dal Consiglio europeo. Le parti – ed in particolare l'UE – sono quindi vincolate a ricercare un accordo seguendo criteri di diligenza e non sono, invece, tenute a conseguire necessariamente tale accordo. Occorre domandarsi fino a che punto una simile obbligazione di mezzi sia sufficiente a garantire reciprocamente le parti circa la genuinità della loro condotta. È evidente la debolezza dell'obbligo giuridico di fronte all'eventuale fatto dell'abuso di procedura: è soltanto l'autorevolezza delle istituzioni che può dare forza e significato a tale obbligo.

3. La tutela dei diritti dei cittadini europei

Dal momento che il recesso del Regno Unito dall'Unione ha interessato alcuni milioni di persone che avevano esercitato la propria libertà di movimento nell'Unione, la tutela dei diritti di cittadinanza europea è stata parte rilevante dell'accordo di recesso, talvolta funzionando anche come *bargaining chip* nel processo di negoziazione³⁵. Le corti dell'Unione sono state chiamate a pronunciarsi in materia di cittadinanza europea in due distinte e cruciali fasi del processo di Brexit: a conclusione dei negoziati e durante la fase di transizione, ovvero nel periodo successivo alla ratifica dell'accordo di recesso fino alla data del recesso. Sotto il primo profilo, la Corte è stata adita per sindacare la validità della Decisione 2020/135/UE del Consiglio di approvazione dell'accordo di recesso del Regno Unito³⁶ per quanto riguarda la conservazione dei diritti di soggiorno dei cittadini dell'Unione nel Regno Unito e del Regno Unito negli Stati membri. Sotto il secondo profilo, invece, tale accordo prevede la competenza vincolante della Corte di giustizia a pronunciarsi su tutti i ricorsi proposti dal Regno Unito o contro il Regno Unito, nonché in via pregiudiziale sulle domande presentate dai giudici britannici prima della fine del periodo di transizione³⁷. Nei paragrafi successivi, verranno analizzate le decisioni più rilevanti che le corti dell'Unione hanno adottato in queste fasi della Brexit.

Si osservi, inoltre, che la Corte di giustizia resta competente a pronunciarsi in via pregiudiziale per un periodo di otto anni dalla fine del periodo di transizione sull'interpretazione della parte dell'accordo relativa alla tutela dei diritti dei cittadini³⁸. Non è, quindi, escluso che la giurisprudenza europea in materia di cittadinanza possa ancora arricchirsi dal confronto con il Regno Unito e con la sua capacità di attuare l'accordo di recesso.

³⁵ F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019, p. 91 ss.; P. MINDUS, *European Citizenship after Brexit*, Cham, 2017, pp. 29-38.

³⁶ Decisione (UE) 2020/135 del Consiglio del 30 gennaio 2020 relativa alla conclusione dell'accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica.

³⁷ Art. 86 e art. 89, Accordo sul recesso del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord dall'Unione europea e dalla Comunità europea dell'energia atomica (2019/C 384 I/01).

³⁸ Art. 158, *Ibidem*.

3.1. La cittadinanza europea e l'accordo per la Brexit

Già nel caso *Wightman*, la Corte di giustizia ha avuto modo di sottolineare come il recesso di uno Stato membro possa avere “un’incidenza notevole sui diritti di tutti i cittadini dell’Unione, compresi, in particolare, il diritto alla libera circolazione sia per i cittadini dello Stato membro interessato che per quelli degli altri Stati membri”³⁹. A supporto dell’unilateralità della revoca della notifica del recesso, la Corte ha portato la giurisprudenza *Grzelczyk*, secondo cui il diritto di cittadinanza europea “è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri”⁴⁰, intendendo in questo modo tutelare tale status attraverso il ripensamento dello Stato uscente.

Ad oggi, tuttavia, il riconoscimento dell’incidenza del recesso e della sua revoca sui diritti dei cittadini non ha trovato riscontro in rimedi azionabili davanti alle corti dell’Unione a tutela della conservazione di tale status a seguito del recesso del Regno Unito. Nei casi *Silver c. Consiglio*⁴¹ e *Price c. Consiglio*⁴², il Tribunale è stato chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della Decisione 2020/135/UE di ratifica dell’accordo di recesso. Sebbene in entrambi i casi siano pendenti gli appelli davanti alla Corte di giustizia⁴³, il Tribunale è stato netto nel definire la mancanza di legittimazione a ricorrere ed invocare la tutela prevista nel ricorso di annullamento ex art. 263 TFUE.

In particolare, nel caso *Silver c. Consiglio*, il Tribunale dell’Unione non si è pronunciato sul carattere permanente e non revocabile dello status di cittadini dell’UE, dichiarando il ricorso di alcuni cittadini britannici irricevibile per mancanza di legittimazione a ricorrere. “L’incidenza notevole” individuata in via generale in *Wightman* non corrisponde, quindi, ai requisiti di “incidenza diretta e individuale” richiesti ai sensi dell’art. 263 (4) TFUE per come definiti nella giurisprudenza della Corte⁴⁴. Il Tribunale considera, infatti, che la parte dell’accordo di recesso che priva i ricorrenti dello status di cittadini europei concerne una loro “qualità oggettiva di titolari della cittadinanza di uno Stato che recede dall’Unione” e “non riguarda specificamente i suddetti cittadini”⁴⁵. Inoltre, “i diritti connessi a tale status non possono essere qualificati come diritti «specifici» o «esclusivi»” sul modello del diritto di proprietà espresso nella giurisprudenza *Codorniu*⁴⁶. Ancora, per i ricorrenti la perdita dello status di cittadini europei e dei diritti ad esso connessi non comporterebbe “conseguenze talmente particolari e specifiche da distinguerli rispetto a chiunque altro”⁴⁷.

³⁹ *Wightman e a.*, punto 64.

⁴⁰ Corte di giustizia 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, EU:C:2001:458, punto 31.

⁴¹ Tribunale 8 giugno 2021, *Silver e a. c. Consiglio*, T-252/20, ECLI:EU:T:2021:347.

⁴² Tribunale 8 giugno 2021, *Price c. Consiglio*, T-231/20, ECLI:EU:T:2021:349.

⁴³ *Silver e a. c. Consiglio*, C-499/21 P; *Price c. Consiglio*, C-502/21 P.

⁴⁴ *Silver e a. c. Consiglio*, T-252/20, punti 54-62.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 58. Si veda anche *Price c. Consiglio*, T-231/20, punto 37.

⁴⁶ *Silver e a. c. Consiglio*, T-252/20, punto 60.

⁴⁷ *Ibidem*, punto 62.

L'assenza dei presupposti per l'impugnazione della Decisione del Consiglio rende irrilevante anche l'invocazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali sull'effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che questa “non esige che un singolo possa, in modo incondizionato, proporre un ricorso di annullamento contro atti che non lo riguardano individualmente”⁴⁸. Parimenti, i richiami al principio di democrazia e all'identità costituzionale dell'Unione sono giudicati irrilevanti rispetto alla valutazione del requisito dell'incidenza individuale⁴⁹.

Il Tribunale ritiene, inoltre, che sebbene riguardi direttamente i ricorrenti e non comporti alcuna misura d'esecuzione, la Decisione del Consiglio non possa essere considerata un atto regolamentare impugnabile ai sensi dell'ultima parte dell'art. 263 (4) TFUE. Pur in assenza di giurisprudenza sulla natura delle decisioni che approvano la conclusione di accordi internazionali, il Tribunale deduce che il rango superiore degli accordi internazionali rispetto agli atti legislativi e regolamentari esclude l'applicabilità dell'ultima parte dell'art. 263 (4) TFUE⁵⁰.

Peraltro, sembra difficile pensare che lo status di cittadino europeo possa essere permanente, prescindendo dal vincolo di appartenenza degli Stati all'UE. Secondo l'art. 20 (1) TFUE, è “cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro” e questo status “si aggiunge” alla cittadinanza nazionale di uno Stato membro. La vita dei cittadini europei è, quindi, strutturalmente legata all'appartenenza dello Stato di cui detengono la cittadinanza nazionale all'UE. Ecco allora che la scelta sovrana degli Stati di recedere dall'UE trascina con sé i diritti legati alla cittadinanza europea, che possono tuttavia continuare ad esistere per i cittadini dello Stato uscente residenti nell'UE e per i cittadini europei residenti nello Stato uscente nella misura in cui l'accordo di recesso ne preveda una regolamentazione a salvaguardia delle loro aspettative di fatto, ma non giuridicamente tutelabili.

3.2. La cittadinanza europea nella fase di transizione. Il caso *CG*

La Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla tutela dei diritti connessi alla cittadinanza europea nella fase di transizione, ovvero nel periodo immediatamente precedente all'uscita del Regno Unito, in cui continuava ad applicarsi il diritto dell'UE. In particolare, nel caso *CG* la Corte ha riaffermato il principio della giurisprudenza *Dano*⁵¹, secondo cui il diritto di residenza negli Stati membri è

⁴⁸ *Ibidem*, punto 64.

⁴⁹ *Ibidem*, punto 65.

⁵⁰ *Ibidem*, punti 81-91. *Price c. Consiglio*, T-231/20, punti 63-67.

⁵¹ Corte di giustizia 11 novembre 2014, *Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di condizioni e limiti all'esercizio del diritto di cittadinanza europea, si vedano in particolare S. GIUBBONI, *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2013, p. 501; N. NIC SHIUBHNE, *Limits rising, duties ascending: the changing legal shape of Union citizenship*, in *Common Market Law Review*, vol. 52, n. 4, 2015, pp. 889-938; E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through Its Scope*, in D. KOCHENOV (a cura di), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge, 2017, pp.

condizionato alla disponibilità di risorse sufficienti, necessarie per poter ottenere lo stesso trattamento giuridico dei cittadini dello Stato ospitante. Tale giurisprudenza è stata, però, temperata con la necessità di tutelare “l’interesse superiore del minore” riconosciuto all’art. 24 (2) della Carta dei diritti fondamentali e già affermato nella sentenza *Chavez-Vilchez*⁵².

Più precisamente, una cittadina dell’Unione e madre di due bambini, CG, era giunta in Irlanda del Nord con il suo compagno, padre dei due figli, ma se ne era poi separata a seguito di violenza domestica e si era trasferita in un centro di accoglienza per donne maltrattate. CG aveva ottenuto lo status di residente non permanente nel Regno Unito, il cd. *pre-settled status* (EUPSS). Dal momento che CG non aveva mai lavorato nel Regno Unito e non cercava lavoro, aveva presentato domanda per ottenere il reddito di cittadinanza alle autorità competenti, ma queste ultime l’avevano respinta. Nel Regno Unito, infatti, la legislazione sull’assistenza sociale era stata modificata in modo da evitare che la concessione del EUPSS costituisse un diritto di residenza atto ad integrare un requisito di idoneità per usufruire dell’assistenza sociale⁵³.

Dal punto di vista del diritto dell’UE si è posta quindi la questione della parità di trattamento ex art. 18 TFUE e ai sensi della direttiva 2004/38/CE attuativa del diritto di cittadinanza europea⁵⁴. Secondo la Corte, il diritto alla parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante è soggetto alle condizioni di legalità della residenza ai sensi dell’art. 7 direttiva 2004/38/CE e in particolare l’accesso ai benefici sociali è regolato dall’art. 24 della direttiva 2004/38. Di conseguenza, la Corte riconosce che in linea di principio il Regno Unito può legittimamente rifiutare di concedere il reddito di cittadinanza a CG per evitare che “si crei un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell’aiuto che può essere concesso da tale Stato”⁵⁵ e che quindi “tale persona possa divenire un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale del Regno Unito”⁵⁶.

Il caso CG, tuttavia, riguarda un regime nazionale di soggiorno più favorevole rispetto a quello stabilito nella direttiva 2004/38/CE. La concessione del EUPSS, infatti, non tiene conto dell’effettiva disponibilità di risorse economiche sufficienti da parte del richiedente. Da questo punto di vista, si pone il problema

204-225; F. COSTAMAGNA e S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity. The Legacy of Market Citizenship*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 1, 2021, pp. 1-31.

⁵² Corte di giustizia 10 maggio 2017, *Chavez-Vilchez e altri*, C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354, punto 70.

⁵³ Social Security (Income-related Benefits) (Updating and Amendment) (EU Exit) Regulations 2019.

⁵⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

⁵⁵ Corte di giustizia 15 luglio 2021, *CG c. The Department for Communities in Northern Ireland*, C-709/20, ECLI:EU:C:2021:602 punto 68.

⁵⁶ *Ibidem*, punto 80.

della compatibilità della giurisprudenza *Dano* con la precedente giurisprudenza *Trojani*⁵⁷ e *Brey*⁵⁸, in cui veniva riconosciuta parità di trattamento ex art. 18 TFUE sulla base del fatto che il richiedente assistenza sociale fruisse di un permesso di soggiorno legale secondo il diritto interno degli Stati membri.

In *Trojani*, sebbene la Corte ravvisasse nella disponibilità di risorse sufficienti e nel possesso di un'assicurazione sanitaria condizioni necessarie per soggiornare legittimamente nel territorio di uno Stato membro ai sensi della direttiva 1990/364⁵⁹, tuttavia il possesso di un titolo di soggiorno legittimo nello Stato ospitante è sufficiente a consentire al cittadino di non essere discriminato sulla base della nazionalità nell'accesso ai benefici sociali⁶⁰. La Corte ammetteva, quindi, che lo Stato ospitante potesse legittimamente rilevare che un cittadino di un altro Stato membro che si fosse avvalso dell'assistenza sociale potesse non soddisfare più i requisiti per soggiornare legalmente nel suo territorio; tuttavia, ai sensi della giurisprudenza *Grzelczyk*, tale valutazione non poteva discendere automaticamente dal fatto di aver fruito dell'assistenza sociale⁶¹. Similmente in *Brey*, la Corte ha disposto che la normativa di uno Stato membro non può escludere “in qualsiasi circostanza e in maniera automatica” la concessione di assistenza sociale, come l'integrazione compensativa della pensione a un cittadino di un altro Stato membro economicamente inattivo, al quale sia stato rilasciato un attestato d'iscrizione, sulla base del fatto che non soddisfacesse i requisiti di soggiorno legale previsti nella direttiva 2004/38/CE⁶².

L'Avvocato Generale de la Tour ha individuato nella legislazione britannica una fattispecie di discriminazione indiretta, incapace di superare il test di proporzionalità, nella misura in cui non tiene conto delle caratteristiche individuali del caso, del grado di integrazione, della temporaneità dei benefici richiesti e del rispetto dei diritti fondamentali⁶³. In linea con le Conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte ha tuttavia affrontato la questione non dal punto di vista della libertà di circolazione, ma da quello della tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, della tutela dell'interesse superiore del minore. La Corte ha affermato che “lo Stato membro ospitante è tenuto a consentire ai minori, i quali sono particolarmente vulnerabili, di essere alloggiati in condizioni dignitose insieme al genitore o ai genitori dei quali sono a carico”⁶⁴. Il rifiuto della domanda di assistenza sociale può pertanto essere opposto “solo

⁵⁷ Corte di giustizia 7 settembre 2004, *Trojani*, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488.

⁵⁸ Corte di giustizia 19 settembre 2013, *Brey*, C-140/12, ECLI:EU:C:2013:565.

⁵⁹ *Trojani*, punto 33.

⁶⁰ *Ibidem*, punti 40 e 43-44.

⁶¹ *Ibidem*, punto 45. Si veda anche *Brey*, punti 63-65.

⁶² *Brey*, punto 80.

⁶³ Conclusioni dell'Avvocato Generale De La Tour 24 giugno 2021 in *CG v Department for Communities in Northern Ireland* C-709/20, ECLI:EU:C:2021:515, punti 100-109. In particolare, considera l'appello ai diritti fondamentali un'elaborazione creativa del dispositivo di *Chavez-Vilchez*, C. O'BRIEN, *The great EU citizenship illusion exposed: equal treatment rights evaporate for the vulnerable (CG v The Department for Communities in Northern Ireland)*, in *European Law Review*, vol. 46, n. 6, 2021, p. 804.

⁶⁴ *CG*, punto 91.

dopo avere verificato che tale rifiuto non esponga il cittadino interessato e i figli a suo carico ad un rischio concreto e attuale di violazione dei loro diritti fondamentali, come sanciti dagli articoli 1, 7 e 24 della Carta⁶⁵. Spetta, quindi, alle autorità nazionali individuare gli strumenti di assistenza previsti dal diritto nazionale di cui cittadino interessato e i suoi figli possano beneficiare e, nella controversia in esame, al giudice del rinvio verificare se CG e i suoi figli possano beneficiare effettivamente ed attualmente degli aiuti, diversi dal reddito di cittadinanza, indicati dal governo del Regno Unito e dal Ministero della Comunità dell'Irlanda del Nord.

Nell'interpretazione della Corte, l'applicazione di un regime di soggiorno più favorevole rispetto alle disposizioni della direttiva 2004/38/CE rileva nella misura in cui la concessione del EUPSS riconosce al cittadino di uno Stato membro di soggiornare liberamente nel Regno Unito, senza tenere conto dell'effettiva disponibilità di sufficienti risorse economiche da parte del richiedente, ma obbligandosi comunque a dare attuazione alla disciplina della cittadinanza europea e, di conseguenza, a conformarsi alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali⁶⁶.

Il caso si iscrive, quindi, in una più ampia – sebbene recente – giurisprudenza della Corte che mira a garantire la sostanza dei diritti connessi alla cittadinanza europea al di là del principio di non discriminazione e con particolare riferimento alla tutela della vita familiare, dei minori e delle persone con disabilità⁶⁷. Da questo punto di vista, pare compiersi nella giurisprudenza della Corte quella rivoluzione silenziosa innescata dal caso *Ruiz Zambrano* attraverso la tutela del “godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione”⁶⁸.

“It also signals an underacknowledged rationale of the judgment: European citizenship is engaged to avoid deprivation for a class of migrants who are both deserving and particularly deprived. The letter of the judgment suggests that European citizens cannot be deprived of the substance of their rights. The background story suggests that the substance of European citizenship becomes relevant in situation involving vulnerable and yet deserving citizens who have already been deprived at so many levels: of the protection of their country of origin, of security of status, of hard-earned social security for themselves and their families. Exceptional deprivation in other words activates the (exceptional) doctrine of

⁶⁵ *Ibidem*, punto 92.

⁶⁶ *Ibidem*, punti 87-88.

⁶⁷ Si vedano Corte di giustizia 8 maggio 2018, *K.A. e a.*, C-82/16, EU:C:2018:308; Corte di giustizia 13 settembre 2016, *Rendón Marín*, C-165/14, EU:C:2016:675; e *Chavez-Vilchez*. Per un'analisi di queste decisioni alla luce della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* sul godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione, D. FERRI e G. MARTINICO, *Revisiting the Ruiz Zambrano Doctrine and Exploring the Potential for Its Extensive Application*, in *European Public Law* vol. 27, n. 4, 2021, pp. 685–706.

⁶⁸ Corte di giustizia 8 marzo 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, punti 42 e 45.

European citizenship's substance. This may shed novel light on the legal and political relevance of the case"⁶⁹.

Al tempo stesso, pare che in *CG* la Corte abbia indirettamente superato l'interpretazione di *Trojani* e *Brey*⁷⁰ secondo cui la parità di trattamento deriva dal possesso di requisiti formali per garantire, invece, la tutela sulla base di criteri sostanziali – come l'interesse superiore del minore – quantomeno delle situazioni esposte ad un alto tasso di vulnerabilità.

È interessante osservare che nel caso *Fratila*⁷¹ anche la UK Supreme Court ha avuto modo di pronunciarsi sull'accesso all'assistenza sociale, dopo che la Court of Appeal aveva dichiarato illegittimo il rifiuto del contributo ai due cittadini rumeni, di cui uno disabile, titolari del EUPSS⁷². Dopo aver atteso la decisione della Corte di giustizia nel caso *CG*⁷³, la Supreme Court ha accolto l'appello del Ministero sulla base del combinato disposto della decisione della Corte di giustizia e di motivi procedurali. Più precisamente, seguendo la Corte di giustizia, la Supreme Court ha applicato la giurisprudenza *Dano* e ha negato l'accesso all'assistenza sociale⁷⁴. Per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali, invece, la Supreme Court ha messo in evidenza come questa avrebbe dovuto essere integrata in una nuova motivazione del ricorso: far derivare l'accesso all'assistenza sociale dalla Carta dei diritti fondamentali avrebbe significato introdurre nuovi elementi di fatto che le parti non avevano mai fatto valere in precedenza⁷⁵. Ritenendo inopportuno ("clearly inappropriate") procedere nel merito, la Supreme Court ha considerato la fattispecie del caso *CG* sostanzialmente diversa ("materially different") e, quindi, ha confermato la validità della normativa nazionale escludente l'assistenza sociale per i titolari del EUPSS⁷⁶. Ciò che manca in *Fratila* è, tuttavia, un esplicito recepimento dell'indirizzo della Corte di giustizia volto a dare centralità alla valutazione caso per caso della vulnerabilità del soggetto richiedente. Come è stato osservato, quindi, "the full meaning of *CG*, and the Charter-based residual rights, can only be thrashed out through another case—ideally one in which the Charter arguments can be made from the outset"⁷⁷.

⁶⁹ F. STRUMIA, *Ruiz Zambrano's Quiet Revolution. Four Hundred and Sixty-Eight Days That Made the Immigration Case of One Deprived Worker into the Constitutional Case of Two Precarious Citizens*, in F. NICOLA e B. DAVIES (a cura di), *EU Law Stories*, Cambridge, 2017, p. 235. Sul rapporto tra cittadinanza europea e tutela dei diritti fondamentali alla luce di *Ruiz Zambrano*, si veda anche A. YONG, *The Rise and Decline of Fundamental Rights in EU Citizenship*, Oxford, 2019, p. 96 ss.

⁷⁰ In questo senso si veda anche C. O'BRIEN, *The great EU citizenship illusion exposed: equal treatment rights evaporate for the vulnerable (CG v The Department for Communities in Northern Ireland)*, cit., p. 807.

⁷¹ *Fratila and another (AP) (Respondents) v Secretary of State for Work and Pensions (Appellant)*, [2021] UKSC 53.

⁷² *Fratila and Tanase v SSWP & AIRE Centre* [2020] EWCA Civ 1741.

⁷³ *Fratila and another (AP) (Respondents) v Secretary of State for Work and Pensions (Appellant)*, punto 9.

⁷⁴ *Ibidem*, punti 10-11.

⁷⁵ *Ibidem*, punto 14.

⁷⁶ *Ibidem*, punto 14.

⁷⁷ C. O'BRIEN, *The great EU citizenship illusion exposed: equal treatment rights evaporate for the vulnerable (CG v The Department for Communities in Northern Ireland)*, cit., p. 814.

4. Conclusioni

La Brexit per come interpretata nella giurisprudenza europea ha contribuito a mettere in luce la natura dell'Unione europea. Nel sindacare i termini del recesso del Regno Unito, la Corte di giustizia ha esaminato la stessa struttura costituzionale dell'UE, facendo emergere i limiti di tale costruzione e, in definitiva, dell'integrazione europea.

Sia la giurisprudenza *Wightman* che le pronunce sulla cittadinanza europea dimostrano che gli Stati membri restano gli attori principali del processo di integrazione. L'autonomia dell'ordinamento UE si realizza e si definisce nella misura in cui gli Stati accettano di aderire e conformarsi al diritto dell'UE. Da questo punto di vista, il principio del primato del diritto dell'UE ne garantisce l'efficacia negli Stati membri che abbiano liberamente accettato di essere parte dell'ordinamento europeo. Sul presupposto della libera adesione degli Stati all'UE e ai suoi valori sono, quindi, tutelati i diritti conferiti ai cittadini dall'ordinamento sovranazionale.

Nell'interpretazione della Corte di giustizia, il diritto di recesso dall'UE è in realtà un diritto sovrano di "secessione" degli Stati membri, che l'ordinamento sovranazionale non può condizionare giuridicamente. L'art. 50 TUE contiene una disciplina procedurale, strumentale alla regolazione dei rapporti tra le parti in maniera pacifica e ordinata. La volontà e la sovranità nazionali restano dunque centrali, mentre debbono contenersi i danni necessariamente derivanti dal passaggio da una forte integrazione (nel mercato unico) allo scioglimento di vincoli sovranazionali. Se al cuore del processo di integrazione ci sono gli Stati e la loro sovranità, il loro legame con l'UE avrebbe potuto essere interpretato in maniera diversa, rendendo quantomeno più difficile la procedura di recesso. La Corte avrebbe, infatti, potuto insistere sull'acquisita autonomia dell'UE una volta che gli Stati vi abbiano spontaneamente aderito, tutelando l'impegno e la fiducia reciproca tra Stati e istituzioni coinvolti nel procedimento di recesso. Per esempio, come suggerito dall'AG Campos Sánchez-Bordona in *Wightman*, l'apposizione di oneri procedurali sullo Stato uscente avrebbe potuto garantire gli Stati rimanenti nei confronti di una potenziale condotta strategica dello Stato uscente nel processo di negoziazione. Come è stato osservato, l'interpretazione della Corte, invece, rischia di indebolire l'autonomia dell'Unione come ordinamento giuridico⁷⁸, ovvero di creare "a constitutional counterweight against sovereignty-reducing doctrines such as supremacy, autonomy and effectiveness more generally"⁷⁹.

In questo quadro, la cittadinanza europea, lungi dal prospettarsi come status permanente, viene tutelata nella misura in cui l'accordo di recesso ne prevede una strutturazione volta a limitare i danni per coloro

⁷⁸ M. GATTI, *Il diritto a terminare unilateralmente la procedura di recesso dall'Unione europea: note a margine della sentenza Wightman*, cit., pp. 55-56.

⁷⁹ A. CUYVERS, *Wightman, Brexit, and the sovereign right to remain*, in *Common Market Law Review*, vol. 56, n. 5, 2019, p. 1331.

che abbiano esercitato il loro diritto di circolazione e soggiorno in uno Stato che abbia successivamente lasciato l'UE. Da questo punto di vista, si è visto come le ordinanze del Tribunale in *Silver c. Consiglio* e *Price c. Consiglio* si siano limitate a recepire la decisione politica del recesso senza offrire una tutela rimediale specifica ai richiedenti. Nell'interpretazione del Tribunale, mancavano infatti i presupposti (giuridici) per esperire rimedi capaci di rispondere alla domanda di giustizia dei richiedenti.

Inoltre, la giurisprudenza in materia di tutela del diritto di cittadinanza europea sulla fase di transizione dimostra che laddove il diritto dell'UE venga applicato, non se ne distinguono particolari tratti legati alla Brexit. Le novità interpretative sembrano piuttosto dipendere da dinamiche per così dire interne allo sviluppo della giurisprudenza europea. In particolare, il caso *CG* sull'accesso all'assistenza sociale si inserisce nell'ultimo filone interpretativo della Corte, in cui l'attenzione per il welfare nazionale maturata a partire dal caso *Dano* viene temperata con quella per la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili e, in particolare, per l'interesse superiore dei minori. Trattandosi, tuttavia, di un indirizzo ancora non consolidato che arricchisce il complesso quadro sulla tutela della cittadinanza europea nella giurisprudenza della Corte, si è visto come i giudici britannici non lo abbiano fatto proprio nel caso *Fratila*. Nell'analisi svolta la Brexit sembra, quindi, dimostrare che sebbene il diritto e la giurisprudenza siano stati parte attiva e per certi aspetti essenziale nel procedimento di recesso del Regno Unito dall'ordinamento dell'Unione, tuttavia, il ruolo del diritto resta limitato nel governare un momento cruciale della vita dell'ordinamento sovranazionale, quale è il recesso di uno Stato membro. La giurisprudenza della Corte di giustizia sembra indicare le colonne d'Ercole del diritto davanti al fatto (politico) del recesso e della sua negoziazione, mettendo in evidenza la natura e i limiti dell'ordinamento sovranazionale.



Sezione 2 – Le direttrici delle
trasformazioni costituzionali nel Regno
Unito post-Brexit



“Equilibrio precario”. La fragile architettura costituzionale britannica fra populismo e Brexit*

di Giuseppe Martinico

Professore ordinario di Diritto pubblico comparato
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Abstract [It]: Il contributo offre una lettura del c.d. “Brexit” come fenomeno populista. Nel farlo, utilizzerò tre concetti chiave per la mia analisi. Il primo è dato dal riferimento costante all’identità (*identity politics*), mentre il secondo è quello – se vogliamo strumentale – dato dall’appello diretto al popolo senza necessità di intermediazioni. Si tratta di ciò che Corrias ha chiamato *politics of immediacy*. Infine, come ha spiegato molto bene da ultimo Closa, i populismi si presentano in forme di *extreme majoritarianism*, sfruttando l’apparente neutralità del concetto di maggioranza.

Title: “Precarious balance”. Britain's fragile constitutional architecture between populism and Brexit

Abstract [En]: The paper offers a reading of the so-called 'Brexit' as a populist phenomenon. In doing so, I will use three key concepts for my analysis. The first is the constant reference to identity (*identity politics*), while the second is the direct appeal to the people without the need for intermediaries. This is what Corrias has called the *politics of immediacy*. Finally, as Closa has recently explained very well, populisms present themselves in forms of *extreme majoritarianism*, exploiting the apparent neutrality of the concept of majority.

Parole chiave: Brexit; populismo; Parlamento; *identity politics*

Keywords: Brexit; populism; Parliament; identity politics

Sommario: 1. Obiettivi dello scritto. 2. Populismo *in salsa britannica*. 3. La battaglia per il Parlamento. 4. Conclusioni.

1. Obiettivi dello scritto

In questo saggio si cercherà di contestualizzare il fenomeno Brexit alla luce di alcune più generali tendenze di diritto comparato. Chi scrive, infatti, è convinto della possibilità di leggere questa vicenda come spia di una diffusa tensione fra costituzionalismo politico¹ (o popolare²) e costituzionalismo giuridico. Il caso britannico, tanto nei governi May che in quelli Johnson, poi, è chiaramente ascrivibile al fenomeno populista, tornato alla carica nell’ultimo decennio con nuove ondate a livello globale. Per avere una

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007; M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/>.

² L. KRAMER, *Popular Constitutionalism*, in *California Law Review*, 2004, 959 ss.

conferma di questo basti pensare all'uso dell'argomento maggioritario, di quello identitario e di quello dell'immediatezza³, come vedremo nel corso del saggio.

Ovviamente l'esperienza britannica si presenta a sua volta come particolarissima, per la natura solo parzialmente scritta delle fonti costituzionali⁴ e per l'uso tutto sommato recente del referendum che, tuttavia, ha conosciuto trattazioni esaustive anche oltremontane, a cominciare dai notissimi scritti di Dicey⁵, che lo analizzò alla luce della famosa distinzione fra “sovranità politica” e “sovranità giuridica”⁶. Tuttavia, non sono mancati anche in passato tentativi di estendere le considerazioni prodotte dalla dottrina europea continentale al caso britannico⁷ e gli stessi costituzionalisti d'oltremontane hanno sottolineato come la specificità britannica non escluda del tutto la comparabilità⁸. Di ciò si può avere conferma guardando alla riflessione della dottrina italiana sui *pro* e *contra* del referendum⁹ e comparandone i risultati con quanto scritto dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords*¹⁰ qualche anno fa. Pur nella diversità di contesti e presupposti, molti degli argomenti utilizzati sono comuni e non è, quindi, un caso che proprio la questione del referendum abbia riaperto il dibattito sulla necessità di una (ulteriore) codificazione del diritto costituzionale britannico¹¹. Un altro elemento di comparabilità è dato dalla comune influenza esercitata dall'Unione europea; non è un caso che la prima grande consultazione referendaria degli anni Settanta nel Regno Unito sia stata quella sulla permanenza nella (allora) Comunità economica europea e che oggi si riscopra il referendum all'indomani della vittoria del *Leave*. La possibilità di comparare e identificare tendenze più ampie non esclude il riconoscimento delle peculiarità che caratterizzano il contesto britannico. Del resto, comparare non vuole dire concludere per l'identità delle entità raffrontate, anzi.

³ L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*, in *European Constitutional Law Review*, 2016, 6 ss., 12.

⁴ Già sottolineate a suo tempo da V. BOGDANOR, *The People and the Party System: The Referendum and Electoral Reform in British Politics*, Cambridge University Press, 1981, 75 ss.

⁵ A cominciare da A.V. DICEY, *Ought the referendum to be introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 1890, 508 ss.

⁶ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, St. Martin's Press, 1959. Per una rilettura della distinzione alla luce del tema della secessione si veda: M. NICOLINI, *La costruzione territoriale dell'identità costituzionale tra finzioni giuridiche e “trauma” della secessione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2013, 7 ss., 21.

⁷ Ad esempio, in Italia, M. CALAMO SPECCHIA, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, in A. TORRE, J. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa*, cit., 146 ss.

⁸ P. LEYLAND, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (a cura di), *Sovereignty and the Law*, Oxford University Press, 2013, 145 ss.

⁹ Per tutti, M. LUCIANI, *Commentario della Costituzione. Art. 75 Referendum*, Zanichelli, 2005., 82 ss.

¹⁰ HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12TH REPORT OF SESSION 2009-10, *Referendums in the United Kingdom. Report with Evidence*, 2010, <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>.

¹¹ Si veda, ad esempio, P. LEYLAND, *Referendums*, cit., 145 ss. Più recentemente V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Towards a British Constitution*, Bloomsbury Publishing, 2019. C. MARTINELLI, *La Brexit come “constitutional moment”*, in questo numero di *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo*.

Non è un caso che ad agire da “detonatore” della crisi costituzionale britannica sia stato l’uso dello strumento del referendum. Come sostenuto altrove¹², il referendum è uno strumento nobile, ma al tempo stesso camaleontico e rischioso, che assume fattezze diverse a seconda dell’esperienza giuridica presa in considerazione. Proprio per limitare i rischi dovuti al possibile impatto sul funzionamento delle istituzioni della democrazia rappresentativa, in genere le costituzioni cercano di chiarire la “divisione del lavoro” esistente fra democrazia diretta (o secondo altra visione, partecipativa¹³) e quella rappresentativa. Tutti gli ordinamenti conoscono delle forme di contenimento dei rischi politici legati al referendum, strategie emerse alla luce di preoccupazioni comuni. Per esempio, in un noto saggio dedicato all’esperienza referendaria in Svizzera e negli Stati Uniti, Auer sottolineava i timori dei “padri fondatori” americani nei confronti della “democrazia pura” che “costituirebbe una minaccia per le libertà individuali a causa soprattutto del gusto dell’oppressione che animerebbe la maggioranza del popolo”¹⁴ e, alla luce di ciò, spiegava l’assenza del referendum nel diritto federale americano. Queste osservazioni non devono stupire più di tanto, se è vero, come ha spiegato magistralmente Elster, che la “paura” e la “violenza” hanno da sempre giocato un ruolo fondamentale nelle scelte dei costituenti¹⁵.

Non è un caso che proprio nel Regno Unito l’uso del referendum abbia avuto un catastrofico impatto sulle istituzioni. Infatti, l’assenza di una costituzione completamente scritta e rigida fa sì che, in questo contesto, la costituzione non riesca a svolgere, completamente almeno, la funzione di strumento di gestione del rischio politico¹⁶. È alla luce delle particolari caratteristiche dell’ordinamento inglese (si sottolinea “inglese”, perché il caso scozzese presenta delle diversità interessanti all’occhio del comparatista, come ricordava già MacCormick¹⁷) che va inquadrata la tensione fra sovranità popolare e sovranità parlamentare. Riemerge qui, in tutta la sua problematicità, l’ambiguità con cui il termine sovranità è stato utilizzato nei mesi precedenti al voto del 23 giugno 2016¹⁸.

¹² G. MARTINICO, *Considerazioni comparatistiche sul referendum alla luce del caso britannico*, in *Diritto pubblico*, 2017, 429 ss.

¹³ M. LUCIANI, *Il referendum: questioni teoriche e dell’esperienza italiana*, in *Revista catalana de dret públic*, 2008, 157 ss., 163.

¹⁴ A. AUER, *L’esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, cit., 61 ss., 64.

¹⁵ J. ELSTER, *Constitution-making and violence*, in *Journal of Legal Analysis*, 2012, 7 ss.

¹⁶ A. VERMEULE, *The Constitution of Risk*, Cambridge University Press, 2013.

¹⁷ “‘The Scottish anomaly’ at the heart of the British State. The Union encompasses both an English constitution and a special dispensation for Scots law, Scots Courts, Scottish education, and Scottish local government. It also provides for a separate church establishment, and this has been matched by separate hierarchies in Catholic and Episcopal churches. [...] This concatenation of circumstances made possible just such appeals to a continuing background constitutional tradition of popular sovereignty rather than Parliamentary sovereignty as that which the Scottish Convention recited in the ‘Claim of Right’”, N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Union*, Oxford University Press, 1999, 60. Si veda anche: S. DOUGLAS SCOTT, *Brexit*, cit.

¹⁸ S. DOUGLAS SCOTT, *Brexit*, cit.

2. Populismo *in salsa britannica*

Ciò che proverò a fare è adattare tre elementi che altrove¹⁹ ho impiegato per una lettura giuridica dei populismi al caso britannico per sottolineare come, a dispetto delle peculiarità del Regno Unito, sia possibile lì ritrovare delle tendenze più generali di diritto comparato.

Il primo elemento è dato dal riferimento costante all'identità (*identity politics*), mentre il secondo è quello – se vogliamo strumentale – dato dall'appello diretto al popolo senza necessità di intermediazioni. Si tratta di ciò che Corrias ha chiamato “politics of immediacy”²⁰. Infine, come ha spiegato molto bene da ultimo Closa, i populismi si presentano in forme di “extreme majoritarianism”, sfruttando l'apparente neutralità del concetto di maggioranza²¹.

Proprio l'aspetto della *identity politics* rappresenta una delle caratteristiche principali dell'approccio populista alle categorie del diritto costituzionale, nella costruzione di contro-narrazioni costituzionali che frequentemente tendono alla rivisitazione dei pilastri del costituzionalismo, in particolare quello post-totalitario. Alla fase della riscoperta dell'identità segue quella della contrapposizione fra il soggetto costituzionale per eccellenza (il “popolo”) e “l'altro”, generica macro-categoria a cui ricondurre le “minoranze dissidenti”. Si cercherà di leggere le vicende che hanno portato al Brexit alla luce di questi tre fattori.

Come ha sottolineato Hix, ci sono state almeno due grandi chiavi di lettura nella campagna per il *Leave*²²: quella nazionalista e anti-immigrazione (sposata da Farage e dallo UKIP) e quella *libertarian*, che ha fatto invece leva sulla necessità di tornare ad una piena sovranità sul processo integrativo, fondamentale per superare gli ostacoli al libero mercato posti dall'UE e tornare a controllare le frontiere (questa è, per esempio, la chiave di lettura che Hix collega alla campagna svolta da Boris Johnson e Michael Gove). I due punti sono ovviamente fortemente collegati, ma solo la loro occasionale convergenza ha prodotto il risultato del 23 giugno 2016, il cui esito indubbiamente intercetta il malcontento diffuso in una società civile profondamente divisa²³.

Il grande caos istituzionale creatosi all'indomani del voto del 23 giugno 2016 è la diretta conseguenza dell'approccio scelto dal Governo May, che ha tentato di evitare la mediazione del voto popolare, derivandone direttamente e automaticamente delle conseguenze politico-giuridiche.

¹⁹ G. MARTINICO, *Filtering Populist Claims to Fight Populism. The Italian Case in a Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2021.

²⁰ L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional*, cit., 12.

²¹ C. CLOSA, *A critique of the theory of democratic secession*, in C. CLOSA, C. MARGIOTTA, G. MARTINICO (a cura di), *Between Democracy and Law. The Amoralism of Secession*, Routledge, 2019, 49 ss., 51. Closa attribuisce il concetto a M. WIND, *The Tribalization of Europe – A Defense of our Liberal Values*, Espasa Calpe, 2019.

²² S. HIX, *After the EU Referendum: What Next for Britain and Europe?*, conferenza del 30 giugno 2016 presso la *London School of Economics*, <https://www.youtube.com/watch?v=3p9hxtGltIU>.

²³ Risultato che solo parzialmente può essere spiegato dalla gigantesca campagna di disinformazione che ha caratterizzato le settimane precedenti al voto.

Questo tentativo di centralizzazione può evincersi su almeno due piani: uno riguardante la forma di governo (il tentativo di evitare il voto parlamentare, reso possibile solo a seguito delle sentenze *Miller, infra*) e l'altro riguardante la forma di Stato, con le tensioni in Scozia e Irlanda del Nord che sono diretta conseguenza del rifiuto di prendere in considerazione le proposte avanzate dalla *First Minister* Sturgeon in alternativa alla linea del c.d. *hard Brexit*²⁴. In questo lavoro ci si concentrerà prevalentemente sulle conseguenze relative alla forma di governo.

Sarebbe erroneo pensare a una totale assenza di disciplina per quanto riguarda il referendum²⁵ nel Regno Unito, anche se rimane difficile da definire con precisione cosa intendere per “materia costituzionale”. Infatti, pur essendo pacifico che “referendums undoubtedly have a constitutional role to play”²⁶, in questo contesto, come già rilevava Bogdanor “the problem is that in Britain constitutional issues can easily arise out of seemingly non-constitutional legislation”²⁷. Per non parlare del fatto che “without clear rules referendums can be manipulated politically”²⁸. Il già citato rapporto preparato dal *Select Committee on the Constitution* della *House of Lords* ha dato in questo senso un contributo essenziale alla riflessione. Dapprima ha offerto una panoramica delle ragioni a favore²⁹ o contro³⁰ l'uso del referendum e molte di esse riecheggiano argomenti utilizzati dalla dottrina europea continentale. In un secondo momento, nel rapporto si sono anche identificate (senza pretesa di esaustività) alcune delle “questioni costituzionali fondamentali”: abolizione della monarchia; recesso dall'UE; secessione di una delle nazioni del Regno; abolizione delle camere parlamentari; sistema elettorale della Camera dei Comuni; adozione di una

²⁴ J. SHARMAN, *Hard Brexit 'threatens economic catastrophe for UK', Nicola Sturgeon says*, in *Independent*, 17 gennaio 2107, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/hard-brexit-nicola-sturgeon-scotland-first-minister-threatens-economic-catastrophe-uk-theresa-may-a7531796.html>.

²⁵ “The Election Commission is placed under a duty to advise on the intelligibility of any referendum questions and the legislation also establishes control over donations and expenses and many other issues. However, no clear rules have emerged to determine under what precise constitutional conditions referendums can be held”, P. LEYLAND, *Referendums*, cit., 145 ss.

²⁶ *Ivi*, 146.

²⁷ V. BOGDANOR, *The People and the Party System*, cit., 73.

²⁸ P. LEYLAND, *Referendums*, cit., 146.

²⁹ Venivano ricordati i seguenti argomenti: “That referendums enhance the democratic process”; “that referendums can be a ‘weapon of entrenchment’”; “that referendums can ‘settle’ an issue”; “that referendums can be a ‘protective device’”; “that referendums enhance citizen engagement”; “that referendums promote voter education”; “that voters are able to make reasoned judgments”; “that referendums are popular with voters”; “that referendums complement representative democracy”, HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12TH REPORT OF SESSION 2009-10, *Referendums in the United Kingdom*, cit.

³⁰ Fra cui: “That referendums are a tactical device”; “that referendums are dominated by elite groups”; “that referendums can have a damaging effect on minority groups”; “that referendums are a conservative device”; “that referendums do not ‘settle’ an issue”; “that referendums fail to deal with complex issues”; “that referendums tend not to be about the issue in question”; “that voters show little desire to participate in referendums”; “that referendums are costly”; “that referendums undermine representative democracy”, HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12TH REPORT OF SESSION 2009-10, *Referendums in the United Kingdom*, cit.

costituzione scritta e modifica del sistema della valuta del Regno³¹. Leggendo con attenzione quanto contenuto nel rapporto del *Select Committee* non possono non notarsi le analogie con le riflessioni nostrane e ciò conferma la comparabilità del caso britannico. Tuttavia, inevitabilmente, l'assenza di una costituzione scritta (o meglio, la presenza di una costituzione solo parzialmente codificata) amplifica alcune delle questioni ricordate in precedenza, a proposito dei rischi connessi allo strumento referendario, visto non tanto come “contro-potere” quanto come strumento utilizzabile a discrezione dell'Esecutivo: “An elastic constitution, so it seems, implies an elastic use of the referendum. But this gives rise to a problem. For the referendum, in countries with a codified constitution, is intended to constrain the government of the day. In Britain, by contrast, if use of the referendum lies at the discretion of government, it can be used to augment the power of government rather than limiting it, by allowing a government to bring the people into play against Parliament. That was perhaps the case with the devolution referendums. The referendum could then become a tactical device, ‘the Pontius Pilate’ of British politics”³².

Le considerazioni sopra riportate sono illuminanti perché mostrano, ancora una volta, i rischi legati al trapianto referendario in contesti di democrazia rappresentativa. Come noto, il referendum sul Brexit non era stato concepito come giuridicamente vincolante, in ossequio alla sovranità del Parlamento³³; questo era stato ricordato anche dai giornali prima e durante le ore del voto³⁴ e argomentato autorevolmente anche da eminenti giuristi del Regno Unito, per esempio Douglas Scott, nelle ore successive alla consultazione³⁵. Tuttavia, la strategia intrapresa dal Governo May è stata chiara nel voler

³¹ HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12TH REPORT OF SESSION 2009-10, *Referendums in the United Kingdom*, cit..

³² *Memorandum by Professor Vernon Bogdanor, Professor of Government, Brasenose College, University of Oxford*, in HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION 12TH REPORT OF SESSION 2009-10, *Referendums in the United Kingdom*, cit.

³³ Diverso, ovviamente, è il problema del peso politico del referendum. Su questo si veda la HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *4th Report on Session 2016-2017. The Invoking of Article 50*, 2016, <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldconst/44/44.pdf>: “Although the referendum was not legally binding, it was accompanied and preceded by clear political commitments from the UK Government to act on the referendum result. Indeed, the referendum was the result of a general election manifesto commitment by the Conservative Party which stated that ‘We will honour the result of the referendum, whatever the outcome’. Given that commitment, the question that follows is what role Parliament should play in taking forward that result”.

³⁴ *Is the EU referendum legally binding?*, in *The Guardian*, 23 giugno 2016, <http://www.theguardian.com/politics/2016/jun/23/eu-referendum-legally-binding-brexit-lisbon-cameron-sovereign-parliament>.

³⁵ S. DOUGLAS SCOTT, *Brexit, the Referendum and the UK Parliament: Some Questions about Sovereignty*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/28/sionaidh-douglas-scott-brexit-the-referendum-and-the-uk-parliament-some-questions-about-sovereignty/>: “The Referendum vote is an expression of popular sovereignty. But referenda have not been a highly significant feature of UK Constitutional law in the past and there is still uncertainty as to their place in our Constitution. Labour MP David Lammy has called on Parliament to ‘stop this madness’ and to vote in Parliament against the referendum decision to leave the EU. A large majority of MPs are in favour of remaining within the EU, so Parliament would not pass legislation to leave the EU unless it felt compelled to do so by popular demand expressed through a referendum. Could Parliament actually vote against Brexit? According to classic, Diceyan notions of

derivare automaticamente, senza mediazione parlamentare cioè, la decisione di notificare l'intenzione di lasciare l'UE. In questo modo si è tentato di centralizzare la questione, giustificando l'eventuale esclusione del Parlamento sulla base del principio democratico, combinato, in un miscuglio curioso, al richiamo alla *royal prerogative*³⁶, “this ancient, secretive royal prerogative”, come è stata definita da Gina Miller³⁷. Ciò ha scatenato una vera e propria battaglia istituzionale che ha messo a dura prova gli equilibri costituzionali britannici.

3. La battaglia per il Parlamento

All'indomani del voto popolare ci si è chiesti a chi spettasse notificare l'intenzione di recedere *ex art.* 50 TUE: se si trattasse di una prerogativa regia esercitabile dal Primo ministro³⁸ o se fosse necessario coinvolgere il Parlamento di Westminster³⁹. Fin da subito è apparsa chiara la strategia governativa volta a evitare il voto parlamentare e ciò (per reazione) ha scatenato la nota saga *Miller*. Già prima delle pronunce giudiziali, in un rapporto pubblicato dalla *House of Lords*, si prese una chiara posizione, affermando che: “In our representative democracy, it is constitutionally appropriate that Parliament should take the decision to act following the referendum. This means that Parliament should play a central role in the decision to trigger the Article 50 process, in the subsequent negotiation process, and in approving or otherwise the final terms under which the UK leaves the EU”⁴⁰.

sovereignty, if Parliament is actually sovereign it can legislate to do anything, including to ignore a non-binding referendum. The EU in-out Referendum is a creature of the European Union Referendum Act 2015. There is no requirement in the Act that the UK Government implement its results, nor does the statute set any time limit for implementing a vote to leave the EU. It is a pre-legislative, or consultative, referendum, enabling the electorate to express its opinion before any legislation is introduced”. In seguito l'Autrice distingue le questioni giuridiche dalle difficoltà politiche legate ad una improbabile smentita del voto popolare. Si veda anche A. Young, *Brexit, Article 50 and the 'Joys' of a Flexible, Evolving, Un-codified Constitution*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/01/alison-l-young-brexit-article-50-and-the-joys-of-a-flexible-evolving-un-codified-constitution/>. Alcuni autori hanno anche negato che il referendum possa essere considerato moralmente o politicamente vincolante. Si veda il dibattito fra Y. Nehushtan, *Why the EU Referendum's Result Is not Morally-Politically Binding*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/05/yossi-nehushtan-why-the-eu-referendums-result-is-not-morally-politically-binding/>, e A. Green, *Why the EU Referendum Might Be Morally Binding – A Partial Response to Yossi Nebushtan*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/14/alex-green-why-the-eu-referendum-might-be-morally-binding-a-partial-response-to-yossi-nehushtan/>.

³⁶ “The residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is legally left in the hands of the Crown”, A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., 424 ss; W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, a facsimile of the first edition of 1765-1769*, University of Chicago Press, 1979, 111; T. POOLE, *United Kingdom: The royal prerogative*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 146 ss.

³⁷ *Brexit: Gina Miller says she has a strong case in court*, 13 ottobre 2016, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-37641494>.

³⁸ M. ELLIOTT, *Brexit. On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, 2016, <https://publiclawforeveryone.com/2016/06/30/brexit-on-why-as-a-matter-of-law-triggering-article-50-does-not-require-parliament-to-legislate/>.

³⁹ N. BARBER, T. HICKMAN, J. KING, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/06/27/nick-barber-tom-hickman-and-jeff-king-pulling-the-article-50-trigger-parliaments-indispensable-role/>.

⁴⁰ HOUSE OF LORDS. SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *4th Report on Session 2016-2017. The Invoking of Article 50*, cit. 2016. Poi si aggiunge anche: “Parliament and the Government should, at this early stage, take the opportunity to establish their respective roles and how they will work together during the negotiation process. The



La tenacia del Governo, che si è presentato da subito risoluto nel voler direttamente far discendere dal voto referendario la necessità di provvedere alla notifica *ex art. 50 TUE*, ha finito per portare la questione dinanzi ai giudici. La prima corte a pronunciarsi in ordine temporale fu la *High Court* di Belfast⁴¹ che si esprime sull'esistenza di eventuali ostacoli normativi, contenuti nel *Northern Ireland Act* del 1998 o nel c.d. *Good Friday Agreement*, alla configurabilità di una prerogativa regia⁴². La risposta della Corte nordirlandese fu negativa e si basò sulla continuità ordinamentale (nel breve periodo, almeno) all'indomani della (allora ancora eventuale) notifica:

“On the day after the notice has been given, the law will in fact be the same as it was the day before it was given. The rights of individual citizens will not have changed – though it is, of course, true that in due course the body of EU law as it applies in the United Kingdom will, very likely, become the subject of change. But at the point when this occurs the process necessarily will be one controlled by parliamentary legislation, as this is the mechanism for changing the law in the United Kingdom.... This is not to say that the United Kingdom leaving the EU will not have effects at all but it is to say at the least it is an over-statement to suggest, as the applicants do, that a constitutional bulwark, central to the

constitutional roles of each – the Executive and the Legislature – must be respected, beginning with parliamentary involvement and assent for the invoking of Article 50”.

⁴¹ High Court of Justice In Northern Ireland, Queen’s Bench Division, McCord’s (Raymond) Application [2016] NIQB 85, https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/%5B2016%5D%20NIQB%2085/j_j_MAG10076Final.htm.

⁴² Si noti anche lo sforzo fatto dai giudici nord irlandesi per assicurare il coordinamento con il parallelo procedimento pendente dinanzi alla *High Court* d’Inghilterra e Galles: “Apart from the issue of the urgency of these applications, a matter which the court has had to consider is the relationship these proceedings should bear to similar proceedings which, at the time these applications were brought, were already underway in the jurisdiction of England and Wales. The English proceedings, *R (Miller) and others v Secretary of State for Exiting the European Union*, also is concerned with the means by which Article 50 TEU is to be triggered and the question of the displacement of prerogative executive power by statute. In that litigation, at centre stage is the question of whether the statutory provisions which have the intention of providing for EU law in the United Kingdom limit the operation of prerogative power, the archetypal example being the *European Communities Act 1972*. While this issue also has been raised in the challenges before this court, this court also has before it a range of specifically Northern Irish constitutional provisions which are said to have the same or a similar impact on the means of triggering Article 50. In view of the overlap between the respective challenges the court, on the application of the intended respondents, sought to avoid these proceedings simply duplicating those in England and Wales. Accordingly the court has stayed the consideration of the central issues which the English courts will deal with. Instead, these proceedings have sought to concentrate on the impact of Northern Ireland constitutional provisions in respect of notice under Article 50 and it is with this subject that this judgment is concerned. With the co-operation of the parties, the grounds of challenge which will be dealt with in *Miller and others* (in particular, grounds 3(b) and (c) in *McCord* and ground 4(2)(a)(i) in *Agnew and others*) have been held over pending the outcome of the English litigation”, High Court of Justice In Northern Ireland, Queen’s Bench Division, McCord’s (Raymond) Application [2016] NIQB 85, https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/%5B2016%5D%20NIQB%2085/j_j_MAG10076Final.htm. Si veda: R. ENGLISH, *Belfast court dismisses Brexit challenge*, 2016, <https://ukhumanrightsblog.com/2016/10/30/belfast-court-dismisses-brexit-challenge/>.

1998 Act arrangements, would be breached by notification. This would be to elevate this issue over and beyond its true contextual position”⁴³.

In particolare, sulla questione della prerogativa regia, la *High Court* di Belfast sostenne che: “The court is not persuaded, for the purpose with which this judicial review is concerned, prerogative power has been chased from the field or that statutory power (in the form of the 1998 Act) has displaced it in accordance with the test described above. Rather, it is the court’s view the prerogative power is still operative and can be used for the purpose of the executive giving notification for the purpose of Article 50. This, however, is said without prejudice to the issues which have been stayed and which are under consideration in the English courts”⁴⁴.

Diversa fu la conclusione raggiunta nelle molto più commentate sentenze *Miller* della *High Court* d’Inghilterra e Galles⁴⁵ e della Corte Suprema del Regno Unito⁴⁶, che sottolinearono il necessario coinvolgimento del Parlamento in questa decisione. La non revocabilità della notifica fu una delle premesse fondamentali del ragionamento dei giudici, una premessa esterna all’ordinamento nazionale *stricto sensu* inteso⁴⁷ e di non univoca interpretazione, come la dottrina aveva in precedenza sottolineato⁴⁸. In questo senso la vicenda britannica è emblematica della natura “complessa” del sistema europeo⁴⁹, frutto dell’intreccio normativo fra ordinamenti nazionali e diritto dei Trattati.

⁴³ High Court of Justice In Northern Ireland, Queen’s Bench Division, McCord’s (Raymond) Application [2016] NIQB 85, https://www.courtsni.gov.uk/en-GB/Judicial%20Decisions/PublishedByYear/Documents/2016/%5B2016%5D%20NIQB%2085/j_j_MAG10076Final.htm, 105-106.

⁴⁴ *Ivi*, 108.

⁴⁵ High Court of Justice Queen’s Bench Division Divisional Court, R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union, [2016] EWHC 2768, <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union/>.

⁴⁶ *Miller and others (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent)*, UKSC 2015/0246, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0246.html>. Sulla decisione della Corte Suprema si veda: A. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Diritto pubblico*, 2017, 3 ss.

⁴⁷ In termini analoghi: F. ROSA, R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the EU (2016). *Una sentenza che solleva almeno tre domande*, in *DPCE Online*, 2016, <http://www.dpce.it/r-miller-v-secretary-of-state-for-exiting-the-eu-2016-una-sentenza-che-solleva-almeno-tre-domande.html>.

⁴⁸ “The point is arguable either way. It could be argued that since a notification to withdraw is subject to a Member State’s constitutional requirements, the Treaty therefore leaves to each Member State the possibility of rescinding that notification in accordance with those requirements. On the other hand, it could also be argued that Article 50 only provides for two possibilities to delay the withdrawal of a Member State from the EU once notification has been given (an extension of the time limit, or a different date in the withdrawal agreement). There’s no suggestion that this is a non-exhaustive list. Therefore the notification of withdrawal can’t be rescinded”, S. PEERS, *Article 50 TEU: The uses and abuses of the process of withdrawing from the EU*, in *EU Law Analysis*, 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2014/12/article-50-teu-uses-and-abuses-of.html>. Si veda anche il dibattito fra J. RYLATT, *The Irrevocability of an Article 50 Notification: Lex Specialis and the Irrelevance of the Purported Customary Right to Unilaterally Revoke*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/27/jake-rylatt-the-irrevocability-of-an-article-50-notification-lex-specialis-and-the-irrelevance-of-the-purported-customary-right-to-unilaterally-revoke/> e C. STREETEN, *Putting the Toothpaste Back in the Tube: Can an Article 50 Notification Be Revoked?*, 2016, <https://ukconstitutionallaw.org/2016/07/13/charles-streeten-putting-the-toothpaste-back-in-the-tube-can-an-article-50-notification-be-revoked/>.

⁴⁹ G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, 2012.

Tuttavia, proprio per l'impatto che la questione della revocabilità o meno della notifica ha sul margine di manovra del Parlamento, si può sottolineare l'eccessiva sbrigatività di alcuni rilevanti passaggi nelle due pronunce⁵⁰. Sulla questione si rinvia ad altri puntuali commenti⁵¹; è sufficiente qui ricordare come nemmeno la Corte Suprema del Regno Unito abbia optato per un rinvio *ex art. 267* TFUE che, peraltro, avrebbe avuto un impatto mediatico e politico enorme, esponendo i giudici britannici (e anche la Corte di giustizia dell'UE) all'attacco degli attori politici e della stampa. Tuttavia, questo è il prezzo che spesso i *leading case* pagano ed è la conseguenza della "recente" introduzione dell'art. 50 TUE.

La sentenza della Corte Suprema del Regno Unito non mancò di chiarire la natura dei referendum nell'ordinamento britannico e, soprattutto, le conseguenze, in termini giuridici, del voto del 23 giugno 2016⁵²:

"The referendum of 2016 did not change the law in a way which would allow ministers to withdraw the United Kingdom from the European Union without legislation. But that in no way means that it is devoid of effect. It means that, unless and until acted on by Parliament, its force is political rather than legal. It has already shown itself to be of great political significance. It is instructive to see how the issue was

⁵⁰ Con particolare riferimento alla decisione della *High Court* si veda: D. SARMIENTO, *Miller, Brexit and the (maybe not to so evil) Court of Justice*, 2016, <https://despiteourdifferenceblog.wordpress.com/2016/11/08/miller-brexit-and-the-maybe-not-to-so-evil-court-of-justice/>.

⁵¹ Sulla questione si rinvia a S. PEERS, *Brexit: can the ECJ get involved?*, 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.it/2016/11/brexit-can-ecj-get-involved.html>.

⁵² "The referendum is a relatively new feature of UK constitutional practice. There have been three national referendums: on EEC membership in 1975, on the Parliamentary election voting system in 2011 and on EU membership in 2016. There have also been referendums about devolution in Scotland, Wales and Northern Ireland and about independence in Scotland. In 2000, it was considered worth having a legislative framework for the conduct of referendums 'held in pursuance of any provision made by or under an Act of Parliament' – see Part VII of the Political Parties, Elections and Referendums Act. The effect of any particular referendum must depend on the terms of the statute which authorises it. Further, legislation authorising a referendum more often than not has provided for the consequences on the result. Thus, the authorising statute may enact a change in the law subject to the proviso that it is not to come into effect unless approved by a majority in the referendum. The Scotland Act 1978 provided for devolution, but stipulated that the minister should bring the Act into force if there was a specified majority in a referendum, and if there was not he was required to lay an order repealing the Act. The Parliamentary Voting System and Constituencies Act 2011 had a provision requiring the alternative vote system to be adopted in Parliamentary elections, but by section 8 stated that the minister should bring this provision into force if it was approved in a referendum, but, if it was not, he should repeal it. Section 1 of the Northern Ireland Act 1998 ('the NI Act') provided that if a referendum were to result in a majority for the province to become part of a united Ireland, the Secretary of State should lay appropriate proposals before Parliament. All these statutes stipulated what should happen in response to the referendum result, and what changes in the law were to follow, and how they were to be effected. The same is true of the provisions in Part 1 of the 2011 Act. By contrast, neither the 1975 Act nor the 2015 Act, which authorised referendums about membership of the European Community or European Union, made provision for any consequences of either possible outcome. They provided only that the referendum should be held, and they did so in substantially identical terms. The way in which the proposed referendum was described in public statements by ministers, however, differed in the two cases. The 1975 referendum was described by ministers as advisory, whereas the 2016 referendum was described as advisory by some ministers and as decisive by others, but nothing hangs on that for present purposes. Whether or not they are clear and consistent, such public observations, wherever they are made, are not law: they are statements of political intention. Further, such statements are, at least normally, made by ministers on behalf of the UK government, not on behalf of Parliament", *Miller and others (Appellants) v Ministry of Justice (Respondent)*, UKSC 2015/0246, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0246.html>, 116-119.

addressed in ministers' response to the 12th Report of Session 2009-10 of the House of Lords Select Committee on the Constitution (Referendums in the United Kingdom). The Committee included the following recommendation in para 197:

'[B]ecause of the sovereignty of Parliament, referendums cannot be legally binding in the UK, and are therefore advisory. However, it would be difficult for Parliament to ignore a decisive expression of public opinion'.

The UK government's response as recorded in the Committee's Fourth Report of Session 2010-11 was: 'The Government agrees with this recommendation. Under the UK's constitutional arrangements Parliament must be responsible for deciding whether or not to take action in response to a referendum result'⁵³.

Grazie alle decisioni *Miller*, come noto, il Parlamento ha avuto la possibilità di esprimersi sulla questione, convergendo sostanzialmente sulla linea governativa (fatto salvo il tentativo della *House of Lords*⁵⁴), e ciò ha poi permesso la notifica *ex art. 50 TUE*, che ha, a sua volta, attivato il meccanismo per l'uscita di uno Stato membro dall'Unione descritto dai Trattati europei.

Da sottolineare la durissima reazione dei media sia contro i giudici (specie contro la *High Court* d'Inghilterra e Galles⁵⁵) sia contro la *House of Lords*⁵⁶, e la "tiepida" difesa dei giudici da parte del Governo⁵⁷. Ciò ha finito per creare una fallace opposizione "Judges vs the People"⁵⁸, che ha rischiato di destabilizzare gli equilibri costituzionali del Regno Unito.

Sarebbe sicuramente semplicistico definire la saga *Miller* come la vittoria del diritto sulla politica; tuttavia, lo sforzo fatto in particolare dalla *High Court* d'Inghilterra e Galles nel tentare di riallineare l'agire politico al quadro giuridico (*rectius*, costituzionale) è stato encomiabile e ha reso queste decisioni delle pietre miliari. A coloro che pensano che le norme siano solo la cristallizzazione di rapporti di forza politici, le decisioni *Miller* hanno ricordato che le norme sono soprattutto la cornice entro cui si deve articolare il potere⁵⁹.

⁵³ *Ivi*, 124-125.

⁵⁴ R. MASON, *Lords vote against second Brexit referendum*, in *The Guardian*, 7 marzo 2017, <https://www.theguardian.com/politics/2017/mar/07/lords-vote-against-second-brexit-referendum>.

⁵⁵ Nota è la copertina del *Daily Mail*: J. SLACK, *Enemies of the People*, 3 novembre 2016, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html>.

⁵⁶ Si vedano i toni, prima del voto, usati ad esempio da alcune testate giornalistiche: A. FOSTER, *Brexit bill: What happens if the House of Lords votes against Article 50?*, 1 marzo 2017, <http://www.express.co.uk/news/politics/765250/Brexit-bill-what-happens-if-House-of-Lords-votes-against-Article-50-peers-veto-EU-exit>.

⁵⁷ A. ASTHANA, H. STEWART, *Truss and May forced to defend article 50 judges after public backlash*, 6 novembre 2016, <https://www.theguardian.com/politics/2016/nov/06/truss-and-may-forced-to-stand-up-for-article-50-judges-after-tabloid-abuse>.

⁵⁸ P. DOMINICZAK, C. HOPE, K. MCCANN, *Judges vs the people: Government ministers resigned to losing appeal against High Court ruling*, in *The Telegraph*, 3 novembre 2016, <http://www.telegraph.co.uk/news/2016/11/03/the-plot-to-stop-brexit-the-judges-versus-the-people/>.

⁵⁹ Per una prospettiva diversissima da quella qui difesa si veda: A. CANTARO, *Governare per 'decreto'. Il 'caso' Brexit, e non solo*, in *federalismi.it. Rivista di diritto pubblico, italiano, comparato, europeo*, 2017, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo->

Come noto, le tensioni fra Parlamento e Governo non si sono placate dopo la notifica. Nel 2019 il Governo May ha subito una sconfitta parlamentare storica che è stata per altro accompagnata da altre disfatte. Ciò ha portato all'aspirazione del conflitto fra Esecutivo e Legislativo. A conferma di ciò si può citare anche lo "Statement to the Country on Brexit"⁶⁰ del 20 marzo 2019, che presenta numerosi tratti populistici, come segnalato immediatamente da studiosi e giornalisti⁶¹, enfatizzando soprattutto l'approccio manicheo e moralistico "noi" versus "loro", quello che rifiuta la mediazione e si fonda sul *continuum* leader-popolo ("I am on your side"):

"In March 2017 I triggered the article 50 process for the UK to exit the EU and parliament supported it overwhelmingly. Two years on, MPs have been unable to agree on a way to implement the UK's withdrawal. As a result, we will now not leave on time with a deal on 29 March"⁶².

Dopo aver cercato il "contatto immediato" con il "popolo", l'allora Primo ministro britannico individuava nelle istituzioni parlamentari i soli responsabili del ritardo e del "tradimento" del "mandato popolare", scaturente dal risultato del 23 giugno 2016. Un "tradimento" che, nella retorica della May, frustrava non soltanto il popolo, ma anche l'allora Primo ministro che con esso sembrava identificarsi in maniera pressoché totale:

"This delay is a matter of great personal regret for me. And of this I am absolutely sure: you, the public, have had enough. You're tired of the infighting, you're tired of the political games and the arcane procedural rows, tired of MPs talking about nothing else but Brexit when you have real concerns about our children's schools, our National Health Service, knife crime.

You want this stage of the Brexit process to be over and done with. I agree. I am on your side. It is now time for MPs to decide [...] Do they [MPs] want to leave the EU with a deal which delivers on the result of the referendum, that takes control of our money borders and laws while protecting jobs and our national security? [...] It is high time we made a decision. So far, parliament has done everything possible to avoid making a choice"⁶³.

[documento.cfm?Artid=33884&content=Governare+per+%27decreto%27.+Il+%27caso%27+Brexit,+e+non+solo&content_author=%3Cb%3EAntonio+Cantaro%3C/b%3E.](#)

⁶⁰ T. MAY, 2019 *Statement to the Country on Brexit*, 20 marzo 2019, <http://www.ukpol.co.uk/theresa-may-2019-statement-to-the-country-on-brexit/>.

⁶¹ C. BARR, *How populist was Theresa May's Brexit address? Team Populism's analysis places May in same group as Trump and Bolsonaro*, 21 marzo 2019, https://www.theguardian.com/world/ng-interactive/2019/mar/21/how-populist-was-theresa-mays-brexit-address?CMP=share_btn_fb&fbclid=IwAR0AG4Fx8dWQSdyHe8PWLhYyJt5Df-dbtNgE1NIIYGdM9a3zvTtLGfjP3M.

⁶² *PM statement on Brexit: 20 March 2019*. Il testo del discorso può essere letto al seguente link: <https://www.gov.uk/government/speeches/pm-statement-on-brexit-20-march-2019>. Per un'analisi si veda: C. Barr, *How populist was Theresa May's Brexit address?*, cit.

⁶³ *PM statement on Brexit: 20 March 2019*, cit.

Infine, nel passaggio citato si può anche rinvenire una forma di auto-assoluzione da parte dell'allora Primo ministro per avere cercato di tenere unito il Paese, mentre le incertezze parlamentari lo stavano spaccando.

“Some argue that I am making the wrong choice, and I should ask for a longer extension to the end of the year or beyond, to give more time for politicians to argue over the way forward. That would mean asking you to vote in European elections, nearly three years after our country decided to leave. What kind of message would that send? And just how bitter and divisive would that election campaign be at a time when the country desperately needs bringing back together”⁶⁴.

Come noto, le elezioni europee si sono alla fine svolte nel Regno Unito e hanno visto il grande successo delle forze euroscettiche, fra cui il *Brexit Party* di Nigel Farage. Il fallimento dell'allora *Prime Minister* May ha portato anche alle sue dimissioni e all'ascesa di Boris Johnson. Proprio il nuovo Primo ministro ha, se possibile, oltraggiato ancora di più il Parlamento chiedendo e ottenendo la sospensione (“prorogation”) dei lavori parlamentari fino al 14 ottobre, con una decisione che ha scatenato immediatamente durissime reazioni e critiche. Mentre la *Inner House* scozzese ha dichiarato la *prorogation* illegittima⁶⁵, la *High Court* di Inghilterra e Galles⁶⁶ ha ritenuto la questione non giustiziabile. Il 24 settembre si è infine espressa la Corte Suprema del Regno Unito con una sentenza che è davvero un piccolo trattato di diritto costituzionale britannico, con cui ha dichiarato l'*advice* del Primo Ministro “void” e quindi la *prorogation* come non avvenuta (“It too was unlawful, void and no effect”⁶⁷). La *House of Commons* si è riunita già il giorno seguente alla pronuncia. Nonostante il nuovo accordo raggiunto con l'UE del 17 ottobre 2019, dopo una serie di colpi di scena, il governo ha subito una nuova sconfitta parlamentare nel *super Saturday* del 19 ottobre 2019. Sulla base di quanto previsto dallo *European Union (Withdrawal) (No. 2) Act 2019* (c.d. *Benn Act*), Boris Johnson ha dovuto quindi chiedere l'estensione *ex art.* 50.3 TUE. L'ennesimo colpo di teatro è stato rappresentato dalle tre lettere recapitate al Presidente del Consiglio europeo, Tusk. Oltre alla lettera con la richiesta di estensione, inviata senza la firma del *Prime Minister*, sono state recapitate anche altre due missive; in una di queste Johnson ha dichiarato che “a further extension would damage the interests of the UK and our EU partners, and the relationship between us”⁶⁸.

⁶⁴ *Ivi*.

⁶⁵ First Division, Inner House, Court of Session, *Cherry against the Advocate General* [2019] CSIH 49, <https://www.scotcourts.gov.uk/docs/default-source/cos-general-docs/pdf-docs-for-opinions/2019csih49.pdf?sfvrsn=0>.

⁶⁶ High Court of Justice. Queen's Bench Division Divisional Court, *R (Gina Miller) v The Prime Minister* [2019] EWHC 2381, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2019/09/Miller-No-FINAL-1.pdf>.

⁶⁷ *R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf>.

⁶⁸ Il testo delle tre missive (la terza è dell'ambasciatore Tim Barrow) sono disponibili al seguente: <https://www.theguardian.com/politics/2019/oct/20/uks-three-brexit-letters-to-eu-boris-johnson-conclusion>.

Proprio a causa della incapacità di domare il Parlamento il governo Johnson ha compiuto probabilmente quello che da un punto di vista costituzionale è l'atto peggiore finora compiuto: con l'approvazione dell'*Early Parliamentary General Election Act 2019*, infatti, vengono aggirate le condizioni fissate dal *Fixed-term Parliaments Act 2011* per le elezioni anticipate. Si è trattato di un atto dall'evidente gravità reso possibile dalla particolare natura della Costituzione britannica, solo parzialmente scritta e ispirata dal costituzionalismo politico. Con la nuova e rinfoltita maggioranza (365) conservatrice risultante dalle elezioni, Johnson è riuscito a "get Brexit done" e dal 31 gennaio 2020 il Regno Unito, come noto, ha lasciato l'Unione europea. I difficili rapporti fra il governo Johnson e l'UE non sono migliorati nemmeno durante e dopo il periodo di transizione e sono note anche le violazioni dell'accordo sul Brexit realizzate dal governo britannico⁶⁹. Vale la pena, però, di concentrarsi su un altro dato che dimostra la natura populista dell'approccio di Johnson. La campagna elettorale del partito conservatore⁷⁰ non ha mancato di riservare, infatti, attacchi alla magistratura, in particolare alla Corte Suprema, rea di aver ostacolato la realizzazione della volontà del popolo (*rectius*, della maggioranza). Commentando il manifesto conservatore, è stato scritto che

"The reduction of court powers over judicial review risks a significant removal of scrutiny. And any review would need to be looked at alongside changes that will follow the UK's departure from the EU. Improving policy making, including examining the effect of judicial review, is no bad thing, but reducing the powers of the courts out of frustration risks being a damaging move"⁷¹.

Ritorna qui quanto scritto a proposito del radicale approccio maggioritario che caratterizza i populismi e che qui si lega alla visione politica della costituzione. Questa occasionale convergenza fra populismo e costituzionalismo politico finisce per guardare con aperta ostilità alla funzione contro-maggioritaria svolta dalle corti, in particolare dalla Corte suprema del Regno Unito all'indomani della saga *Miller*. In questo contesto ritornano in mente le parole di Bogdanor a proposito dell'importanza che aveva avuto il diritto dell'UE nel "proteggere" la Costituzione britannica⁷², in particolare i diritti. In questo, il diritto dell'UE aveva giocato un ruolo di maggiore importanza se comparato a quello svolto dalla Convenzione europea

⁶⁹ *Brexit, Ue apre procedura legale contro Gb per violazione accordi su Irlanda Nord*, 15 marzo 2021, <https://www.ilsole24ore.com/art/brexit-ue-apre-procedura-legale-contro-gb-violazione-accordi-irlanda-nord-ADChpKQB>

⁷⁰ *Get Brexit Done Unleash Britain's Potential*, 2019, <https://assets-global.website-files.com/5da42e2cae7ebd3f8bde353c/5dda924905da587992a064ba-Conservative%202019%20Manifesto.pdf>, <https://www.conservatives.com/our-plan>

⁷¹ C. HADDON, *Conservative manifesto plans for the constitution are too reactive and Labour's too uncertain*, 2019, <https://www.instituteforgovernment.org.uk/blog/conservative-manifesto-plans-constitution-too-reactive-labour-too-uncertain>

⁷² V. BOGDANOR, *Beyond Brexit*, cit.: "The European Union Withdrawal Bill, currently before Parliament, seeks to do something quite unprecedented in the constitutional history of the modern world by withdrawing Britain from a protected constitution into an unprotected one", V. BOGDANOR, *Brexit and our unprotected constitution*, 2018, <https://consoc.org.uk/wp-content/uploads/2018/02/Brexit-and-our-unprotected-constitution-web.pdf>

dei diritti dell'uomo, vista la maggior incisività del c.d. mandato Simmenthal⁷³ rispetto alla *declaration of incompatibility* prevista dallo *Human Rights Act 1998*⁷⁴. Sempre il diritto dell'UE, come abbiamo visto, è servito da premessa ai giudici britannici nella saga *Miller* per giustificare l'ambito di intervento del Parlamento.

4. Conclusioni

Le decisioni *Miller* rappresentano un punto di svolta nella storia costituzionale britannica, e il fatto che a causarle sia stato il referendum del giugno 2016 conferma la natura complessa dell'ordinamento in cui agiscono gli operatori giuridici, in cui materiali normativi interni ed esterni si mescolano in maniera indissolubile nella formazione di un patrimonio costituzionale non solo sovranazionale, ma, appunto, "europeo"⁷⁵. Più in generale le sentenze dei giudici inglesi dimostrano come il rischio di conflitti fra concezioni formali e sostanziali della democrazia esista anche in sistemi consolidati e maturi. Dopo aver ricostruito (per quanto sinteticamente) l'impatto della Brexit sul rapporto fra poteri nel Regno Unito, conviene concludere richiamando l'apporto che il diritto europeo offre nella lotta alle nuove ondate populiste. Recentemente chi si interessa di diritto costituzionale europeo è stato accusato di contribuire alla costruzione di una "dangerous legal mythology"⁷⁶. Personalmente non condivido questa conclusione, anzi, mi pare che l'esempio della Brexit dimostri quanto sia pericoloso negare l'apporto che il diritto europeo dà al costituzionalismo. Il costituzionalismo, infatti, inteso come fenomeno filosofico-politico, non può essere ridotto alla sua epifania statale, ma si arricchisce grazie al contributo offerto dal diritto dell'Unione europea, che fornisce ulteriori argomenti per limitare e incanalare in binari procedurali le pretese del potere politico. In questo scenario, il costituzionalismo europeo non si fonda sulla negazione dello Stato o del costituzionalismo nazionale; anzi, come storicamente sottolineato anche da Milward⁷⁷, lo Stato è e rimane un fondamentale attore di governo. Tuttavia, il costituzionalismo europeo apporta un valore aggiunto alle conquiste col tempo raggiunte dall'esperienza statale, offrendo un *plus di tutela*⁷⁸ per il sistema dei diritti fondamentali, anche e soprattutto nel caso in cui sia proprio lo Stato a contraddire i

⁷³ Corte di giustizia, 106/77 Simmenthal [1977] Racc. I-62.

⁷⁴ Ai sensi della *section 4* dello *Human Rights Act 1998*, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/section/4>

Sul carattere "sovranista" di molti populismi di vedano le considerazioni di A. Sterpa, *Il teorema di Pitagora: come si*

⁷⁵ A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, il Mulino, 2002.

⁷⁶ M. DANI, A. MENÉNDEZ, *European constitutional imagination: a Whig interpretation of the process of European integration?*, iCourts Working Paper Series, no. 243, 2020, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3807102

⁷⁷ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, University of California Press, 1992. Lo ribadiscono giustamente anche M. DANI, A. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare* cit., 289, che pure giungono a conclusioni radicalmente diverse.

⁷⁸ G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI, *Il valore aggiunto del diritto costituzionale europeo: il caso di Ungheria e Polonia*, 2020, <https://euractiv.it/section/politica/opinion/il-valore-aggiunto-del-diritto-costituzionale-europeo-il-caso-di-ungheria-e-polonia/>



valori della democrazia. Questo vale ancora di più con riferimento a quei contesti in cui i beni costituzionali non sono “protetti” dagli approcci radicalmente maggioritari avanzati dai populismi. In questo, come segnalato da Bogdanor, l’uscita del Regno Unito dall’UE ha sicuramente indebolito la struttura costituzionale britannica⁷⁹, facendo venir meno un importante baluardo a difesa dei diritti (il già ricordato mandato Simmenthal) contro gli eccessi dell’*extreme majoritarianism*.

⁷⁹ V. BOGDANOR, *Beyond Brexit*, cit



L'influenza della Brexit sul programma di riforme del governo Johnson*

di Giulia Caravale

Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Due le tendenze che emergono dal programma del partito conservatore post Brexit: da un canto il rafforzamento dell'esecutivo, dall'altro l'aumento del potere del governo centrale a discapito della *devolution*. Si tratta di obiettivi che il Premier Johnson sta cercando di realizzare attraverso l'introduzione di una serie di riforme che appaiono destinate a ridimensionare il peso di parlamento e corti e ridefinire gli equilibri tra livelli di governo in virtù del "rimpatrio" delle materie provenienti da Bruxelles.

Title: The influence of Brexit on Johnson's reform programme

Abstract [En]: The Conservative party's post-Brexit program aims to strengthen the executive power and to undermine devolution. Boris Johnson's government has used the departure from the EU to achieve his objectives through the introduction of some reforms that are reducing the role of Parliament and Courts. The Government has been accused of using the repatriation of powers from the EU to the UK to erode devolved administrations' competences.

Parole chiave: Brexit, riforme, devolution, governo britannico, Westminster

Keywords: Brexit, reforms, devolution, British government, Westminster

Sommario: 1. Due principali tendenze nel programma di riforme dei conservatori. 2. Il rafforzamento dell'esecutivo. 3. Il neo centralismo di Johnson.

1. Due principali tendenze nel programma di riforme dei conservatori

Non è compito facile riflettere sugli effetti costituzionali della Brexit in primo luogo perché la Brexit si è inserita all'interno di un processo evolutivo della Costituzione e della forma di governo britannica, accelerando, condizionando e guidando alcune tendenze già in atto nel sistema; in secondo luogo perché la definizione di Brexit come "constitutional moment" non deve far pensare solo ad uno specifico evento, l'uscita dall'Unione europea. La Brexit deve essere considerata come un processo che ha plasmato la Costituzione britannica, si è andata ad innestare su altri fattori ed altre riforme, si è sovrapposta a diversi avvenimenti, alcuni dei quali altrettanto epocali come, ad esempio, la gestione della crisi pandemica. Di modo che non è semplice individuare le influenze reciproche, le cause e gli effetti in un intreccio di numerosi fattori. Sono molti, dunque, gli aspetti su cui è necessario soffermarsi, proprio perché la Brexit ha influenzato in modo capillare il funzionamento della forma di governo e della Costituzione britannica

* Articolo sottoposto a referaggio.

e in questo senso possiamo dire che segna uno dei “constitutional moments” di maggior impatto degli ultimi anni.

Non sorprende che il livello di attenzione da parte dei costituzionalisti d’oltremania sull’attuale “momento costituzionale” sia allora particolarmente alto e trovi espressione anche attraverso l’uso di strumenti nuovi. Lo testimoniano, tra l’altro, l’istituzione dell’*United Kingdom Constitution Monitoring Group*, gruppo indipendente che, a partire dal settembre 2021, pubblicherà ogni sei mesi un rapporto sull’evoluzione costituzionale del Paese¹; l’attivazione, nell’ottobre 2021, da parte del *Public Law Project*, dell’*UK constitutional reform tracker*, proprio al fine di identificare gli eventi di rilevanza costituzionale a partire dalla *premiership* di Johnson; la sollecitazione, proveniente dal *Constitution Committee* dei Lords, di aggiornare il *Cabinet Manual* per tenere conto delle novità introdotte dalla Brexit.

Appare evidente che nel corso del processo di uscita dall’Unione europea è emersa da un canto una nuova vitalità del parlamento, dall’altro un’accelerazione del sentimento autonomista delle nazioni che compongono il Regno. Entrambe queste tendenze sono state e sono attualmente contrastate dal Governo che sembra essersi posto due principali obiettivi, quello del rafforzamento del potere esecutivo e della ridefinizione delle dinamiche tra gli organi costituzionali e l’altro dell’affermazione di un nuovo centralismo statale per arginare la tendenza centrifuga della *devolution*. Si tratta di due obiettivi che possono essere considerati come fili rossi dell’agenda di Governo, perché legano tra loro una molteplicità di azioni, di riforme, di prassi e di interventi. Essi sono stati chiaramente esplicitati nel *manifesto* elettorale del 2019 e riaffermati nel *Queen’s Speech* del maggio 2021, quando la regina Elisabetta ha annunciato, tra l’altro, che “Legislation will be introduced to ... restore the balance of power between the executive, legislature and the courts” e che “my Ministers will promote the strength and integrity of the union”.

Al fine dunque di comprendere l’influenza della Brexit sul programma di riforme dell’attuale governo britannico è opportuno ripercorre questi fili rossi, a partire dal rafforzamento dell’esecutivo.

2. Il rafforzamento dell’esecutivo

Il primo segnale del rafforzamento dell’esecutivo britannico, dopo alcuni anni di debolezza, può essere colto, subito dopo il referendum del 2016, nel fatto che il nuovo governo May, al grido di “Brexit means Brexit”, aveva voluto evidenziare non solo che l’esecutivo era vincolato a dare attuazione al risultato referendario, ma soprattutto che non aveva bisogno dell’assenso del parlamento per raggiungere tale obiettivo. La lettura del risultato referendario come mandato imperativo direttamente rivolto all’esecutivo che il governo May e il governo Johnson hanno proclamato, anche grazie alla familiarizzazione con lo

¹ Il primo, *The Constitution in Review First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group* è stato pubblicato il 7 settembre 2021.

strumento referendario sperimentata nel Paese nell'ultimo ventennio², non ha avuto la sola conseguenza di presentare come inevitabile l'uscita dall'Unione europea, ma ha avuto anche effetti sulla forma di governo e sui rapporti tra esecutivo, legislativo e corti. E' vero che la sentenza Miller ha cassato l'interpretazione della May e ribadito il ruolo del parlamento e che la ricerca di una *stronger leadership* alle elezioni del 2017 si è rivelata un boomerang per la May e ha portato a più di due anni di governo di minoranza nei quali il parlamento si è dimostrato capace di condizionare l'azione di un esecutivo debole. Tuttavia è innegabile che l'interpretazione del risultato referendario come mandato imperativo ha consentito alla May di opporsi ad un parlamento che nella legislatura 2017-2019 era a maggioranza contrario alla Brexit, e le ha permesso - tutte le volte in cui il suo accordo di recesso è stato bocciato da Westminster – di rivolgersi ai cittadini evidenziando la contrapposizione tra la sovranità popolare, di cui il governo si faceva unico, legittimo portavoce, e la sovranità parlamentare.

Anche se la May non è riuscita a portare a casa il risultato, la sua lettura dell'esecutivo come unico mandatario degli elettori, alla lunga ha rafforzato il ruolo del governo e soprattutto ha favorito l'ascesa della leadership di Johnson, il quale, nell'estate del 2019, si è imposto come il solo ed unico in grado di raggiungere l'obiettivo del *get Brexit done*. Una delle principali conseguenze del referendum Brexit è stata, quindi, proprio l'elezione di Johnson a leader del partito conservatore. Con ogni probabilità – anche se la storia non si fa con i se - senza la Brexit e senza questa contrapposizione con il parlamento, Johnson non avrebbe avuto le stesse *chances* di riuscire. Il legame tra Johnson e Brexit è tale che, secondo alcuni commentatori politici, il suo compito, una volta raggiunta l'uscita dall'Unione europea, dovrebbe essere considerato concluso.

Il nuovo Premier, negli scampoli della legislatura di minoranza, è intervenuto in maniera più aggressiva contro il parlamento con la *prorogation*, poi annullata in via giurisprudenziale, con i tentativi di scioglimento della Camera dei Comuni, con l'espulsione dal gruppo conservatore di molti deputati che avevano votato contro il governo. Ma è solo dopo le elezioni del dicembre 2019, vinte con una maggioranza molto solida dal partito conservatore, che Johnson ha potuto completare la marginalizzazione del parlamento nel processo di uscita dall'Unione. Emblematico in tal senso è l'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020* che è andato ad integrare e a modificare il *Withdrawal Act* del 2018, la cui approvazione aveva richiesto quasi un anno. La legge del 2018 aveva riconosciuto un ruolo al parlamento, sia attraverso la previsione del *meaningful vote*, rivelatosi prezioso strumento per il rinvio della *Brexit*, sia attraverso l'introduzione di nuove forme di controllo sugli *statutory instruments* emanati dall'esecutivo. L'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020*, invece, ha abrogato il *meaningful vote* dei Comuni, ha svincolato

² J. W. WARD, *Reasserting the Centre: The Brexit Doctrine and the Imperative Mandate in British Politics*, in *Parliamentary Affairs*, 2021, 890; S. G. WHITE, *The Referendum in the UK's Constitution: From Parliamentary to Popular Sovereignty?*, in *Parliamentary Affairs*, 2020, 1.

L'accordo di recesso dalle procedure ordinarie previste per la ratifica dei trattati internazionali ed ha attenuato le forme del controllo parlamentare sulle numerose deleghe. Inoltre, la legge del 2020 ha circoscritto il ruolo del parlamento nelle fasi di implementazione del *Brexit process*, eliminando anche la disposizione per cui l'esecutivo avrebbe dovuto periodicamente riferire in parlamento sui progressi nelle trattative.

Il secondo aspetto su cui è necessario soffermarsi per valutare il rafforzamento del potere esecutivo a seguito della Brexit è poi quello della contrazione delle molteplici forme attraverso cui si esercita il controllo parlamentare, il quale costituisce una delle principali fondamenta della forma di governo. Una contrazione che è causata da diversi fattori ad iniziare dall'incremento del potere normativo. La gestione della transizione al di fuori dell'Unione europea ha previsto, infatti, fin dall'*European Union (Withdrawal Agreement) Act 2018*, una delega molto ampia di potere normativo ai ministri, ai quali è stato assegnato il compito di adeguare la normativa vigente di derivazione europea (le c.d. *retained EU laws*) alla nuova realtà. Le deleghe in materia sono, nella maggior parte dei casi, sottoposte ad un limitato controllo parlamentare, come dicevamo ulteriormente ridotto dalla legge del 2020, anche quando prevedono l'abrogazione di fonti primarie. E' certo che le deleghe relative alla Brexit si vanno ad inserire nell'annoso problema che caratterizza il sistema britannico, quello della dilatazione del potere normativo dell'esecutivo e della difficoltà dell'assemblea di esercitare su di esso adeguate forme di controllo. Questo incremento del potere normativo è stato, poi, accentuato dall'emergenza sanitaria, la quale ha comportato – come in tutti i Paesi – il ricorso massiccio del governo al potere di decretazione. Dal 2020 si è assistito, quindi, ad un'ulteriore marginalizzazione del parlamento e della sua capacità di svolgere un appropriato scrutinio sia per il numero sempre crescente di *statutory instruments* emanati, sia per il rallentamento delle attività parlamentari che sono state a lungo condizionate dai protocolli Covid. Già nel giugno 2020, il *Select Committee on the Constitution* della Camera dei Lords, aveva denunciato che: “Brexit and COVID-19 place into sharp focus the inadequacies of Parliament's capacity to hold the Government to account”.

Non si tratta solo di un problema quantitativo, ma anche qualitativo dato che gli *statutory instruments* sono andati a disciplinare materie rilevanti e di forte impatto con i diritti dei cittadini, senza limitarsi a fissare dettagli, ma regolando anche aspetti sostanziali.

La marginalizzazione della funzione del controllo parlamentare a causa della Brexit e dell'emergenza pandemica si estende poi pure allo scrutinio sui disegni di legge. La necessità di disciplinare in modo innovativo settori rilevanti nella nuova realtà post Brexit ha determinato la presentazione di un numero consistente di importanti *bills* che, soprattutto ai Comuni, stante la solida maggioranza dei *Tories*, sono stati approvati in tempi rapidi e, secondo le opposizioni, senza adeguate forme di controllo.

Infine, i poteri del parlamento appaiono limitati anche in relazione ai nuovi trattati stipulati dal Regno Unito a seguito della Brexit. Sul punto si ricorda che il *Public Administration and Constitutional Committee*, a partire da marzo 2021, ha avviato un'inchiesta sul tema, sulla scia delle raccomandazioni dell'*House of Lords Constitution Committee* e dell'*European Union Committee*, i quali avevano suggerito di rafforzare le forme di scrutinio parlamentare in materia di ratifica di trattati. Un problema non marginale, come emerge anche dalla stigmatizzazione nei confronti del comportamento del governo espressa, nel mese di aprile 2021, da parte dell'*European Scrutiny Committee* che ha accusato l'esecutivo di non aver fornito adeguate informazioni sull'implementazione dell'accordo di recesso, impedendo così la possibilità di un intervento adeguato da parte del *Joint Committee* appositamente istituito.

Non sorprende, allora, che due Comitati parlamentari dei Lords, il *Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*³ e il *Secondary Legislation Scrutiny Committee*⁴, nei rapporti pubblicati a novembre 2021, abbiano entrambi denunciato la minaccia che grava sull' "effective parliamentary scrutiny of legislation" e considerato indispensabile riequilibrare al più presto il rapporto parlamento- governo così segnato da Brexit e pandemia⁵.

Un terzo segnale che contribuisce a rendere sostanziale la tesi del rafforzamento dell'esecutivo può essere colto nell'ampliamento della struttura della pubblica amministrazione determinato dalla Brexit. Si tratta di un incremento che era iniziato già sotto la premiership della May, la quale aveva invertito la tendenza verso la riduzione della spesa pubblica e del personale della pubblica amministrazione, iniziata con la crisi del 2008. Proprio al fine di preparare il Paese ad affrontare l'uscita dall'Europa, in questi anni ha preso il via un processo di aumento del numero dei *civil servants*, soprattutto nei dicasteri che si occupano di Brexit (il numero è stato più che triplicato) e di centralizzazione delle risorse: un ulteriore fattore a favore del potere esecutivo e del ruolo di coordinamento del Premier. Si tratta di una tendenza che è proseguita con Johnson, il quale, subito dopo le elezioni del 2019, grazie alle idee dell'allora fido consigliere Cummings, ha cercato di implementare la funzione del Premier nel coordinamento della macchina governativa, anche attraverso sia l'istituzione di un efficiente "office of the prime minister", sia la fusione di alcuni ministeri, sia la riduzione del numero dei ministri presenti nel Consiglio di Gabinetto. L'obiettivo tuttavia non è stato raggiunto a motivo della crisi sanitaria e della rottura con Cummings.

³ DELEGATED POWERS AND REGULATORY REFORM COMMITTEE, *Democracy Denied? The Urgent Need to Rebalance Power Between Parliament and the Executive*, 24 november 2021.

⁴ Secondary Legislation Scrutiny Committee, *Government by Diktat: a Call to Return Power to Parliament*, 24 November 2021.

⁵ D. HOWARTH, *Westminster versus Whitehall: What the Brexit Debate Revealed about an Unresolved Conflict at the Heart of the British Constitution*, in O. DOYLE, A. MCHARG, J. MURKENS (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, 217.

Infine, l'incremento del potere dell'esecutivo post Brexit si sta realizzando soprattutto attraverso il pacchetto di riforme volute dal governo conservatore, approvate o attualmente all'esame di Westminster⁶. Tra queste, dobbiamo, in primo luogo, menzionare il *Dissolution and Calling of Parliament Act 2022*, che ha abrogato il *Fixed-term Parliaments Act* del 2011 e ha assegnato di nuovo al Premier il potere di scioglimento anticipato. La legge ha ripristinato lo status quo ante 2011 e restituito al Primo ministro un ampio potere discrezionale, consentendogli di scegliere il momento più opportuno in cui indire nuove elezioni. Non si tratta, certo, di un potere secondario, dato che alcuni studi hanno calcolato che tale scelta è in grado di attribuire al governo in carica un vantaggio elettorale quantificabile nel 6% in più di consensi e nel 12% in più di seggi⁷. La legge, inoltre, ha introdotto una *ouster clause*, per rendere non giustiziabile l'atto dello scioglimento.

Anche se la riforma dell'atto del 2011 era da tempo nell'aria, anche se la sua revisione era stata prevista dalla stessa legge istitutiva, anche se sia i laburisti che i conservatori avevano previsto nei loro programmi elettorali del 2019 la modifica del potere di scioglimento, appare evidente il collegamento tra lo specifico contenuto di questa riforma e la Brexit. Non era così scontato, infatti, che la riforma avrebbe dovuto prevedere un ritorno allo status quo ante, dato che - come era emerso anche dai rapporti dei comitati parlamentari che si sono occupati della questione in questi anni - avrebbe potuto continuare a sottrarre all'Esecutivo l'esercizio di tale potere o comunque riservare ai Comuni un ruolo nella scelta, modificando, ad esempio, la sola maggioranza richiesta per la votazione della mozione di scioglimento. Senza dubbio gli eventi dell'autunno 2019, le difficoltà del governo Johnson di sciogliere la Camera, l'intervento della Corte suprema in materia di *prorogation* hanno condizionato il contenuto della nuova legge. La stessa introduzione della *ouster clause* appare del tutto superflua, per il fatto che mai le Corti si sono spinte a giudicare una scelta, meramente politica, qual è quella della richiesta di uno scioglimento anticipato. L'esclusione della competenza del potere giudiziario in materia potrebbe essere solo considerata come una risposta del Governo alla sentenza Miller 2 - che aveva avuto ad oggetto la *prorogation*, non lo scioglimento - una risposta che sembra voler ridefinire, anche simbolicamente, il rapporto tra governo e corti⁸.

Sempre in tema di rapporto tra governo e corti si ricorda che negli ultimi mesi si è acceso un vivace dibattito in merito alla riforma del *judicial review*, riforma che era stata da molti dipinta come la reazione di

⁶ D. LOCK, T. CHOWDHURY, *Expansions of Executive Power and Weakening of Democratic Safeguards in 2021*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17th January 2022.

⁷ P. SCHLEITER, V. BELU, *The Decline of Majoritarianism and the Fixed-term Parliaments Act*, in *Parliamentary Affairs*, 2016, 36; E. MORGAN-JONES, M. LOVELESS, *Early election Calling and Satisfaction with democracy*, in *Government and Opposition*, 2021, 1.

⁸ Sia consentito sul punto il rinvio a G. CARVALE, *La reviviscenza della prerogativa dello scioglimento anticipato nel Regno Unito*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2021.

Johnson alle sentenze della corte suprema durante il processo Brexit. La materia è stata oggetto di approfondita analisi da parte dell'indagine condotta dall'*Independent Review of Administrative Law* (IRAL), presieduta da Lord Faulks, e di una fase di consultazioni da cui è emersa una forte preoccupazione per l'eventuale riduzione del potere di *judicial review*. Per adesso, il *Judicial Review and Courts bill* in discussione in parlamento, a differenza delle aspettative, ha disposto solo una prima e circoscritta revisione della materia, ma non sembra che il governo intenda fermarsi a tale prima revisione.

A questi progetti se ne aggiungono altri il cui comune denominatore sembra essere l'aumento del potere dell'esecutivo senza un adeguato bilanciamento di quello di parlamento o delle corti, come il *Police, Crime Sentencing and Courts bill*, l'*Elections bill*, il *Nationality and Borders bill*, l'*Online Safety bill*.

3. Il neo centralismo di Johnson

Veniamo ora al secondo filo rosso che percorre il disegno politico costituzionale del Premier Johnson, quello del rafforzamento e della difesa dell'Unione a fronte non solo delle note fratture che la Brexit ha comportato a livello territoriale, ma anche del fatto che la gestione della pandemia ha consentito di sperimentare l'impegno contemporaneo di quattro parlamenti e quattro esecutivi nel fronteggiare un nemico comune. Il "four nations approach" nella gestione dell'emergenza ha costituito un banco di prova inedito per sperimentare un approccio "quasi federale" nel funzionamento delle attività dello Stato e permesso una comparazione interna tra l'efficacia delle scelte dei singoli governi o tra il diverso coinvolgimento dei parlamenti nell'assunzione di decisioni delicate e di evidente impatto sulla vita dei cittadini.

Anche in relazione a questo secondo profilo Johnson sta procedendo lungo diverse linee direttive, il cui fine ultimo è quello di contrastare l'acquisizione di ulteriori spazi di autonomia e di invertire la tendenza verso una costante progressione del processo devolutivo che si registra dal 1998. Si tratta di una visione che possiamo definire neo-unionista e che la dottrina ha anche denominato come "hyper-unionism" o "aggressive unilateralism"¹⁰. La Brexit ha offerto un terreno fertile per l'applicazione di questa teoria dato che il rimpatrio delle competenze da Bruxelles a Londra ha dovuto necessariamente comportare una redistribuzione tra centro e periferia.

Diverse, e di differente natura, appaiono le misure messe in campo dal governo, tra cui possiamo ricordare la decisa opposizione alla richiesta avanzata dal governo scozzese di indire un nuovo referendum per l'indipendenza; l'opposizione al protocollo dell'Irlanda del Nord, stilato dallo stesso

⁹ D. LOCK, T. CHOWDHURY, *Expansions of Executive Power and Weakening of Democratic Safeguards in 2021*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17th January 2022.

¹⁰ M. KENNY, J. SHELDON, *When Planets Collide: The British Conservative Party and the Discordant Goals of Delivering Brexit and Preserving the Domestic Union, 2016–2019*, in *Political Studies*, 2020, 1.

Johnson, nel timore che esso possa portare le contee del Nord a sentirsi sempre più legate alla Repubblica irlandese; l'approvazione dell'*UK Internal Market Act 2020*, che ha consentito al governo nazionale di intervenire nelle aree devolute e che è stata approvata con il parere contrario dei parlamenti devoluti; la presentazione del *Subsidy Control Bill*, attualmente in discussione a Westminster, che consente al governo centrale, tramite una nuova regolamentazione degli aiuti di Stato, di intervenire in ambiti riservati alle nazioni devolute; la scelta di introdurre una giornata dedicata a *One Britain One Nation Day* il 25 giugno per celebrare i vantaggi dell'Unione; l'estensione del programma *levelling up* - il cui obiettivo è quello di ridurre le differenze tra le diverse zone del Paese e che inizialmente era stato previsto per la sola Inghilterra - anche a Scozia, Galles e Irlanda del Nord; la volontà di organizzare in modo più capillare l'amministrazione centrale sul territorio; l'abolizione della riforma dell'EVEL nei regolamenti della Camera dei Comuni.

Alcuni di questi temi meritano un approfondimento. Irricevibile da parte del governo britannico è considerata la richiesta scozzese di tenere un nuovo referendum per l'indipendenza. Si tratta di un progetto mai cancellato dall'agenda dello *Scottish National Party*, anche dopo il 2014, e che era tornato alla ribalta a seguito del referendum Brexit. Tuttavia il progetto è stato rinviato alla fine dell'emergenza sanitaria: in particolare, nell'estate del 2021, l'esecutivo scozzese guidato dallo *Scottish National Party* ha sottoscritto con gli *Scottish Greens* un accordo di governo che tra l'altro prevede di tenere, entro il 2023, un nuovo referendum, a condizione che la crisi sanitaria lo consenta. Resta il problema di capire quale potrà essere il percorso dal punto di vista giuridico che potrebbe condurre la Scozia ad indire un nuovo referendum, stante la decisa opposizione del governo conservatore, il quale esclude in modo categorico questa possibilità, evidenziando come l'esperienza del 2014 sia da considerarsi unica almeno per i prossimi decenni. Sulla medesima linea, peraltro, appare anche il partito laburista il quale, seppure favorevole ad aprire il dialogo su possibili ulteriori riforme devolute, è altrettanto impegnato a difendere l'unità e l'indivisibilità del Regno.

L'opposizione del governo Johnson ad un nuovo referendum scozzese non sorprende di certo, mentre risulta apparentemente più complesso decodificare l'atteggiamento di rifiuto dell'esecutivo nei confronti del Protocollo dell'Irlanda del Nord, che era stato sottoscritto dallo stesso Premier e che da lui stesso era stato giudicato, in occasione del dibattito parlamentare del 19 ottobre 2019 quando avrebbe dovuto essere approvato, come "a good arrangement, reconciling the special circumstances in Northern Ireland with the minimum possible bureaucratic consequences". Negli ultimi mesi sono proseguite le trattative per la modifica del Protocollo senza finora giungere ad una soluzione condivisa e più volte è stato prorogato il *grace period* per i controlli sui prodotti freschi di origine animale che dalla Gran Bretagna arrivano in Irlanda

del Nord¹¹. Il giudizio negativo del Premier e di Lord Frost, ministro per la Brexit e responsabile delle trattative fino alle sue dimissioni nel dicembre 2021, sulle conseguenze del Protocollo per l'unità del Paese sembra avvicinare molto l'esecutivo britannico alla posizione degli unionisti, espressa soprattutto dal DUP, il principale partito del governo nord irlandese. Questi ultimi considerano il Protocollo un problema che, fissando di fatto un confine tra Gran Bretagna e Irlanda del Nord, potrebbe favorire l'unificazione dell'isola irlandese. La decisa opposizione del DUP al Protocollo, peraltro, sta mettendo in crisi la tenuta del governo nord irlandese e i rapporti con l'Irlanda, dato che - come segno di protesta - il *First minister* nord irlandese e i ministri del DUP hanno deciso di boicottare la partecipazione agli incontri del *North-South Ministerial Council* il cui obbligo deriva dal *Northern Ireland Act 1998*. Si tratta di una questione molto delicata, su cui già due volte si è pronunciata l'Alta Corte di Belfast giudicando illegittimo il comportamento degli esponenti del DUP.

Il progetto neo unionista del governo trova, poi, attuazione soprattutto attraverso alcune riforme rese necessarie dal rimpatrio delle competenze da Bruxelles e che, come dicevamo, hanno esteso gli ambiti di intervento del centro in settori riservati fino ad ora alle nazioni devolute. Le riforme approvate e quelle in discussione a Westminster hanno accentuato le tensioni intergovernative e hanno visto anche l'intervento delle corti.

Il problema della ridefinizione delle competenze centro-periferia in una realtà post Brexit era esploso fin dalla presentazione dell'*European Union (Withdrawal) Act 2018* a cui si erano opposti i governi scozzese e, in un primo momento, anche gallese. L'opposizione è poi proseguita anche nei confronti dell'*United Kingdom Internal Market Act 2020*, approvato nel dicembre 2020, e del *Subsidy Control bill* attualmente in discussione in parlamento. La legge del 2020 è intervenuta a definire le regole per il mercato interno al fine di evitare che possano sorgere nuove barriere tra le nazioni del Regno e verificarsi conseguenti distorsioni sul mercato. La legge applica al mercato interno i medesimi principi vigenti nel diritto dell'Unione europea, quello del riconoscimento reciproco – secondo il quale se una merce può essere venduta in una parte del Regno potrà essere commercializzata ovunque nel Paese - e della non discriminazione, per cui non si possono favorire beni e servizi di una specifica parte del Regno. Le nazioni devolute si sono opposte alla legge che ritengono possa comportare una imposizione da parte delle istituzioni centrali di standard relativi ai prodotti alimentari, ai beni e ai servizi e, di conseguenza, possa condizionare e comprimere la possibilità delle Assemblee di stabilire proprie regole. Il Governo gallese ha anche presentato un ricorso contro il testo, respinto nell'aprile del 2021; è poi ricorso in appello e la causa sarà discussa nei primi mesi del 2022.

¹¹ Sulla complessa realtà nord irlandese post Brexit O. DOYLE, A. MCHARG, J. MURKENS (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom. Constitutions Under Pressure*, cit.

Analoghe polemiche sta suscitando, poi, il *Subsidy Control Bill*, approvato dai Comuni e attualmente all'esame dei Lords. Il *bill* interviene a disciplinare il settore degli aiuti di Stato nella nuova realtà post Brexit e, come avvenuto con l'*Internal Market Act 2020*, rafforza il ruolo del governo centrale attribuendogli il potere di intervenire in ambiti finora riservati ai governi devoluti, al fine di garantire uniformità e non alterare la libera concorrenza. Il *bill* assegna all'esecutivo un potere di controllo sulle sovvenzioni concesse dagli esecutivi devoluti e attribuisce ai ministri britannici sia il potere di opporsi agli aiuti concessi da una nazione, sia la possibilità di deferire la questione ad un tribunale appositamente costituito. Anche in questo caso i governi di Scozia e Galles hanno espresso la loro contrarietà al testo e hanno ribadito l'accusa secondo cui il governo di Londra sta approfittando della Brexit per riacquisire spazi nei settori devoluti.

Il dibattito su queste leggi ora ricordate ha avuto grande eco, mentre - tra le diverse iniziative dirette ad affermare un nuovo unionismo - una riforma che è passata quasi del tutto inosservata è stata quella dell'abolizione della procedura dell'EVEL nel luglio 2021, che era stata introdotta nei regolamenti della Camera dei Comuni da David Cameron nel 2015. L'EVEL era stata presentata da Cameron come la risposta all'annosa *West Lothian Question*, la "questione inglese", in un quadro territoriale caratterizzato da un incremento di poteri delle nazioni devolute ed era stata legata, infatti, al conferimento di maggiori competenze alla Scozia a seguito del referendum del 2014. La riforma aveva introdotto un complesso meccanismo per il quale, durante la seconda lettura di un disegno di legge ai Comuni, se il testo riguardava la sola Inghilterra (o l'Inghilterra e il Galles), era coinvolto un comitato di cui facevano parte i soli deputati eletti nelle circoscrizioni inglesi (o eventualmente anche gallesi). L'ultima parola sul testo era comunque riservata all'intera assemblea. La riforma, da un punto di vista pratico, non aveva in alcun modo alterato gli equilibri interni ai Comuni, perché dal 2015 la maggioranza in aula ha sempre coinciso con quella presente tra i soli deputati delle circoscrizioni inglesi. In questi anni di applicazione la procedura EVEL aveva solo reso più complesso il procedimento legislativo, senza fornire una risposta adeguata all'*English question*. Non sorprende particolarmente, allora, la scelta della sua abolizione attraverso una nuova revisione dei regolamenti parlamentari, quanto piuttosto la lettura neo unionista che il governo ha voluto dare a tale riforma. Nel corso del dibattito ai Comuni del 13 luglio 2021 relativo alla modifica regolamentare, il *leader of the House* Jacob Rees-Mogg ha criticato la procedura dell'EVEL perché a suo parere rappresentava una soluzione non adeguata alla questione inglese, ed era anche dannosa per l'unità del Regno. La sua abrogazione, dunque, appariva coerente con il rafforzamento dell'Unione che la *Brexit* aveva contribuito a realizzare. La nuova riforma, dunque, nelle parole di Rees-Mogg "reflects the way in which Brexit has strengthened the Union", poiché l'EVEL "has undermined the role of Parliament as



the Union Parliament in which all parts of the United Kingdom are represented equally”. Una visione coerente con il pensiero dei *Brexiters*, ma che non appare condivisa da Scozia, Galles e Irlanda del Nord. E’ evidente che la contrapposizione tra la visione neo unionista del governo da un canto e le aspirazioni autonomistiche delle nazioni dall’altro, se esacerbate e radicalizzate, potrebbero innescare pericolosi conflitti e mettere a rischio la tenuta territoriale del Paese. L’auspicio, allora, è che l’esecutivo faccia tesoro ed accolga a pieno le raccomandazioni contenute nel rapporto *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century* pubblicato dal *Constitution Committee* della Camera dei Lords il 20 gennaio 2022. Un rapporto che si definisce “ottimistico” per il futuro dell’unione del Regno, ma che al contempo sottolinea le criticità e le sfide che l’attendono e che potranno essere affrontate solo attraverso una più attiva e significativa cooperazione intergovernativa e interparlamentare. Sono indicazioni senz’altro preziose che aiutano ad illuminare la strada da percorrere affinché, nella realtà post Brexit, l’assetto territoriale del Regno si mantenga integro. “After the challenges of Brexit and COVID-19 we believe there is a clear opportunity to reset relationships to achieve a better functioning Union which can keep pace with the rapid changes and the many challenges that confront its nations and regions in the 21st century. A Union which can achieve greater wellbeing and deliver greater resilience across the whole United Kingdom”¹².

¹² HOUSE OF LORDS SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century*, HL paper 142, 20 January 2022, 109.

Dove va la Costituzione britannica?*

di Giuliana Giuseppina Carboni

Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato
Università degli Studi di Sassari

Abstract [It]: Partendo dall'idea di political constitution, l'articolo cerca di rispondere alla seguente domanda: il processo Brexit ha indebolito la legalizzazione della costituzione e la dispersione del potere dalle istituzioni del governo centrale a vantaggio del Parlamento, delle istituzioni devolute, del referendum e delle Corti?

Title: Where does the UK Constitution go?

Abstract [En]: By exploring the idea of a political constitution, the paper tries to answer the following question: has the Brexit process weakened the legalisation of the constitution, and the dispersal of power from the institutions of central government to Parliament, the devolved institutions, referendum and the courts?

Parole chiave: political constitution, Brexit, referendum, devolution, sovranità parlamentare.

Keywords: political constitution, Brexit, referendum, devolution, parliamentary sovereignty

Sommario: 1. La Brexit e la political constitution. 2. What happens. 3. Gli equilibri tra poteri. 4. La devolution. 5. Il referendum come esempio di convivenza tra political e legal constitution.

1. La Brexit e la political constitution

Tra le molte chiavi di lettura che possono essere utilizzate per leggere gli effetti della Brexit sulla Costituzione britannica, una delle più interessanti, a mio giudizio, è data dal binomio political/legal constitution. I commentatori britannici hanno ripreso ad occuparsene con la Brexit¹, ma il dibattito sul moderno significato della political constitution² può farsi risalire alla lectio svolta nel 1978 da Griffith alla conferenza annuale organizzata dalla MLR in memoria del suo fondatore Chorley³. Da allora, e per i successivi 40 anni, la riflessione sulla political constitution è stato alimentato da autorevoli commentatori, conservando la sua attualità, a dispetto del mutato contesto politico e costituzionale⁴.

Conviene, prima di proseguire, indicare almeno per sommi capi, i termini del binomio di cui si è detto. L'idea di political constitution è generalmente associata con l'assunto che la responsabilità di chi esercita il potere politico debba essere fatta valere attraverso processi politici nelle sedi politiche. L'idea di legal constitution è legata ad un circuito diverso di responsabilità, nel quale sono protagonisti i giudici e i processi giurisdizionali. È convinzione diffusa che la Costituzione britannica si stia sviluppando dalla

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ M. GORDON, *Parliamentary Sovereignty and the Political Constitution(s): From Griffith to Brexit*, in *King's Law Journal*, 2019, 30, n. 1, pp. 125-147.

² Per riferimenti antecedenti M. FOLEY, *The Politics of the British Constitution*, Manchester UP, Manchester, 1999.

³ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, in *Modern Law Review*, 1979, 42, 1, pp. 1 ss.

⁴ Per celebrare i 40 anni dalla lectio di Griffith il *King's Law Journal* ha pubblicato un numero speciale, 2019, 30, n. 1. Alla *political constitution* ha dedicato un numero la rivista *German Law Journal*, 2013, vol. 14, n. 12.

political alla legal constitution, anche se è controverso il senso e la dimensione di tale evoluzione. Si discute, per lo più, sul carattere descrittivo⁵ o prescrittivo⁶ della nozione di political constitution, senza contare che il dibattito necessita di continui aggiornamenti in ragione della specifica prospettiva dalla quale si guarda al tema⁷. Quest'ultima riflessione ci conduce appunto alla Brexit, quale prospettiva originale e sopravvenuta del panorama britannico, dalla quale guardare agli sviluppi della sua Costituzione. La Brexit, è questa la tesi, è una concausa importante se non determinante del processo di accelerazione degli sviluppi costituzionali. Vale la pena chiedersi se questo processo ha riportato in primo piano la political constitution.

2. What happens

Uno dei passaggi più citati dell'opera di Griffith è il seguente: the constitution «is no more and no less than what happens»⁸. In effetti, se si considera il *what happens* della vita politico-costituzionale britannica degli ultimi anni, si può convenire sul fatto che il political si sia imposto sul legal. Lo hanno sostenuto, sul blog dell'associazione dei costituzionalisti, due studiose inglesi, A. McHarg e A. L. Young⁹, prendendo spunto dal libro ormai risalente di V. Bogdanor, *The New British Constitution*¹⁰. Cosa sosteneva Bogdanor e cosa sostengono le due autrici?

In *The new British Constitution* l'autore traccia una distinzione, tra old e new constitution, che si differenzia, ma intercetta il binomio political/legal¹¹, basandosi su alcune importanti riforme attuate dal Labour a partire dagli anni '90 del XX secolo: Human Rights Act, devolution, referendum, elezione del sindaco di Londra. Le prime due riforme, in particolare, limitando il potere del centro e la sovranità parlamentare, si porrebbero alla base di una nuova architettura costituzionale, fondata sulla separazione del potere territoriale.

Le due autrici considerano la tesi di Bogdanor e l'idea che le riforme del Labour abbiano legalizzato la costituzione politica, e sostengono che questa tesi risulti debole alla luce dei recenti sviluppi (del *what happens* appunto). Secondo McHarg e Young la cronaca costituzionale attesta l'indebolimento dei limiti al potere governante, siano essi politici siano anche legali. A dimostrazione di ciò, e basandosi sul primo

⁵ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., pp. 1 ss.

⁶ A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Hart, Oxford 2005; and R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge University Press, 2007.

⁷ G. GEE, G. C. N. WEBBER, *What Is a Political Constitution?* In *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010, 30, n. 2, pp. 273-299.

⁸ J.A.G. GRIFFITH, *The Political Constitution*, cit., p. 19.

⁹ A. MCHARG and A. L. YOUNG, *The Resilience of the (Old) British Constitution*, in *U.K. Const. L. Blog* (8th Sept. 2021) (disponibile a <https://ukconstitutionallaw.org/>).

¹⁰ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

¹¹ È evidente che alcune le novità di cui parla Bogdanor appartengono alla legal constitution.

Report del Constitutional Monitoring Group¹², citano le riforme proposte dal Governo che mirano a indebolire i poteri del Parlamento, delle Corti, delle devolved. Il riferimento al Repeal del FTPA¹³, alla riforma della giustizia¹⁴, al UK Internal Market Act¹⁵.

La conclusione cui giungono le due autrici è che il potere del Governo è stato rinverdito da un'azione muscolare dello stesso, e il Parlamento, se da un lato subisce l'iniziativa dell'esecutivo, dall'altro può riappropriarsi dei poteri devoluti. Un ritorno al passato e verso la political constitution, che rimette in gioco gli equilibri costituzionali¹⁶.

Bogdanor ha replicato sul blog a queste notazioni¹⁷, ricordando che il passaggio dalla old alla new constitution era stato causato, a suo parere, da novità che sono ancora attuali e anzi, due di esse, devolution ed elezione diretta del sindaco, sono state rafforzate ed estese. Le conseguenze di queste innovazioni sono state che la sovranità parlamentare è stata limitata come pure il potere del Governo. Se si pensa alla Brexit e al relativo referendum esso ha indirizzato partiti, Parlamento e Governo, quale che fosse l'intento iniziale (e infatti Cameron non voleva la vittoria del exit). Si tratta di riforme che non coincidono se non in parte con quelle considerate da McHarg e Young. Bogdanor ricorda di non aver citato il FTPA, anzi pensa sia stata una riforma sbagliata e si è schierato contro con tre ragioni. Il primo è che uno scioglimento anticipato è più spesso desiderabile che indesiderabile. Quindi l'abrogazione non aumenta, come talvolta si dice, il potere del Governo. Invece, aumenta il potere dell'elettorato di decidere se vuole che un particolare Governo continui al potere. La seconda ragione è che la legge manca di chiarezza su ciò che accadrà durante i 14 giorni successivi al successo del voto di sfiducia. Il terzo è che la legge richiede un voto di sfiducia specifico. Quanto alla riforma del HRA, le proposte al momento

¹² Si tratta di un Gruppo di esperti istituito dalla Constitution Society, per monitorare gli sviluppi della Costituzione britannica. Il suo primo documento-The Constitution in Review First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group-relativo ai primi sei mesi del 2021 è stato pubblicato a settembre del 2021, è consultabile all'indirizzo <https://consoc.org.uk/publications/the-constitution-in-review/>.

¹³ Dissolution and Calling of Parliament Bill (presentato il 12 May 2021), che prevede l'abolizione del Fixed Term Parliamentary Act. La proposta era contenuta nel Manifesto del partito conservatore. R. CRAIG, *Restoring Confidence: Replacing the Fixed-term Parliaments Act 2011*, in *Modern Law Review*, 2018, 81, n.3, pp. 480 ss.

¹⁴ La sintesi delle proposte si può leggere nel documento *Independent Review of Administrative Law* pubblicato a marzo 2021 e consultabile sul sito www.gov.uk/official-documents.

¹⁵ L'United Kingdom Internal Market Act 2020 (Royal Assent 17 December 2020), prevede un mercato interno unico che limita alcuni poteri delle amministrazioni devolute.

¹⁶ Sull'attivismo governativo e sull'azione di emarginazione del Parlamento, che fatica a svolgere il ruolo di scrutinio dell'esecutivo anche a causa della pandemia D. LOCK and T. CHOWDHURY, *Expansions of Executive Power and Weakening of Democratic Safeguards in 2021*, in U.K. Const. L. Blog (17th January 2022) (disponibile a <https://ukconstitutionallaw.org/>), che parlano di indebolimento delle garanzie democratiche. Di queste preoccupazioni si è fatto interprete la House of Lords Secondary Legislation Scrutiny Committee, con il 20th Report of Session 2021–22, HL Paper 105, *Government by Diktat: A call to return power to Parliament*, pubblicato a novembre 2021. F. DE LONDRAS, D. LOCK and P. GREZ HIDALGO, *Covid passes and the ongoing abuse of 'urgent' law-making*, in U.K. Const. L. Blog (14th December 2021) (available at <https://ukconstitutionallaw.org/>)

¹⁷ V. BOGDANOR, *Reply to McHarg and Young*, in U.K. Const. L. Blog (14th Sept. 2021) (disponibile a <https://ukconstitutionallaw.org/>).

sono di modifiche marginali che non toccano la sostanza dell'atto. In sostanza Bogdanor conferma la sua analisi e ritiene che la new constitution sia stata piuttosto rafforzata.

3. Gli equilibri tra poteri

Se muoviamo dalla cronaca costituzionale al diritto costituzionale è difficile sottrarsi all'impressione che la political constitution continui ad avere un ruolo rilevante sulle riflessioni dei costituzionalisti e politici britannici.

Un primo aspetto che merita di essere considerato riguarda i rapporti tra Governo e Parlamento. Come è noto una delle conseguenze più criticate dell'approccio conservatore al sistema costituzionale è la presunta eccessive dominance del primo sul secondo¹⁸. Un dominio che la crisi pandemica ha reso più agile fornendo all'attivismo normativo del Governo l'alibi dell'urgenza¹⁹. In realtà, l'idea di Griffith, che siano i politici a dover assumere le decisioni politiche non esonera il Governo da una chiara responsabilità verso il Parlamento. Responsabilità da far valere attraverso il circuito democratico, il quale, partendo dalle elezioni e da un sistema elettorale pensato per assolvere alla scelta del Governo, si sviluppa nelle assemblee elettive, dove si organizza il confronto maggioranza-opposizione. La dialettica maggioranza-opposizione, basata sul two party system, dovrebbe offrire agli elettori la possibilità di valutare l'operato del Governo e di optare eventualmente per l'alternanza.

Questo schema oggi non è più attuabile, o lo è in minima parte, per i grandi cambiamenti intervenuti sul sistema politico. Da un lato, la frattura europea, tra brexiteers e remainers ha introdotto divisioni profonde nell'elettorato dei principali partiti²⁰ e nel Parlamento²¹; dall'altro lato, l'idea populista ha cambiato il modus operandi dei partiti nell'arena elettorale²². Infine, sul sistema dei partiti pesa un fattore, quello territoriale e nazionalista, che rende difficile ricondurre a una dinamica duale conservatori-laburisti il funzionamento del sistema di governo²³.

¹⁸ J. HINKS, *The Coronavirus Act 2020: An Example of 'Excessive Executive Dominance'*, in U.K. Const. L. Blog (9th June 2020) (disponibile a <https://ukconstitutionalaw.org/>)

¹⁹ The Bingham Centre for the Rule of Law 6ha condotto uno studio sull'indebolimento della rule of law, di cui dà conto K. LINES, *18 months of COVID-19 legislation in England: a rule of law analysis*, in <https://constitution-unit.com/2021/11/26/18-months-of-covid-19-legislation-in-england-a-rule-of-law-analysis/#more-11891>.

²⁰ H. D. CLARKE, M. GOODWIN, P. WHITELEY, *Why Britain Voted for Brexit: An Individual-Level Analysis of the 2016 Referendum Vote*, in *Parliamentary Affairs*, 2017, 70, n. 3, pp. 439–464.

²¹ M. RUSSELL, *Brexit and Parliament: The Anatomy of a Perfect Storm*, in *Parliamentary Affairs*, 2021, 74, n. 2, pp. 443–463.

²² C. ROVIRA KALTWASSER, P. A. TAGGART, P. OCHOA ESPEJO, & P. OSTIGUY (cur.), *The Oxford Handbook of Populism*, OUP, 2017; C. DE LA TORRE (cur.), *Routledge Handbook of Global Populism*, London and New York, Routledge, 2019. In un'analisi sui populismi di governo D. LANDAU, *Populist constitutions*, in *The University of Chicago Law Review*, 2018, n. 2, pp. 521 ss., spiega che «constitutional change under populism carries out three core functions: deconstructing the existing political regime, serving as an ideological critique that promises to overcome flaws in the prior constitutional order, and consolidating power in the hands of the populist leadership». Sul rapporto tra populismo e partiti conservatori T. BALE, C. ROVIRA KALTWASSER, *Riding the Populist wave*, Cambridge, Cambridge University press, 2021.

²³ M. KEATING, *Brexit and the Territorial Constitution of the United Kingdom*, in *Droit et société*, 2018/1 n. 98, pp. 53 ss.

L'idea di un ritorno alla political constitution nel senso di Griffith è, evidentemente, inattuabile. Come considerare allora la presunta espansione del potere governante?

Una serie di fonti documentali e di report di think tank e gruppi di studio convergono sul fatto che sia in atto un processo di rafforzamento dell'esecutivo e di indebolimento del Parlamento. Il Report del UK Monitoring Group ha rilevato come ci siano segnali preoccupanti sulla lealtà tra Parlamento e Primo Ministro, al quale è stato rimproverato di aver fatto comunicazioni pubbliche nei media prima che ai Comuni²⁴. Il periodico Monitor del UCL Constitution Unit ha evidenziato negli ultimi due anni le difficoltà delle istituzioni nel dopo Brexit²⁵. Durante la pandemia altri episodi da segnalare sono la sospensione anticipata dei lavori per le festività pasquali e i tentativi dei ministri di sottrarsi al controllo parlamentare. Ugualmente allarmanti i segnali che arrivano dalle nomine dei vertici del Civil Service, che sono avvenute, secondo alcuni osservatori, in modo eccessivamente discrezionale²⁶. Maggiori preoccupazioni destano poi le riforme in itinere destinate a potenziare i poteri dell'esecutivo di limitare la libertà dei cittadini, come ad esempio il diritto di manifestare²⁷.

Si tratta, non vi è dubbio, di episodi che rivelano una tensione tra i massimi organi dello Stato, sollecitando i meccanismi di flessibilità della forma di governo. Se si guarda alla storia anche recente del Regno Unito, si colgono fasi simili nella stagione del Governo Thatcher e nella c.d. presidenzializzazione attuata dal Governo Blair²⁸. Si ricorderà che, a cavallo del millennio, la forma di governo britannica e quella statunitense erano state assimilate per via di una serie di iniziative assunte dal Premier: rafforzamento del Governo e del suo apparato, ricorso ai consulenti personali, rapporto preferenziale con i Media²⁹, atteggiamento direttivo verso i Comuni³⁰, riforme costituzionali tese a rafforzare i territori.

²⁴ United Kingdom Constitution Monitoring Group, *The Constitution in Review: First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group*, cit. p. 6.

²⁵ I report sono consultabili sul sito <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/publications/monitor>.

²⁶ United Kingdom Constitution Monitoring Group, *The Constitution in Review: First Report from the United Kingdom Constitution Monitoring Group*, cit. p. 3 ss.

²⁷ Police, Crime Sentencing and Courts Bill (PCSCB), all'esame della House of Lords.

²⁸ Cfr. M. FOLEY, *The British Presidency*, Manchester University Press, Manchester 2000; T. POGUNTKE, P. WEBB (cur.), *The Presidentialization of Politics. A Comparative Study of Modern Democracies*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 1.

²⁹ R. HEFFERNAN, *The Prime Minister and the News Media: Political Communication as a Leadership Resource*, in *Parliamentary Affairs*, 59,4, 2006, p. 584 ss. Quando sono comparse le prime critiche e si è verificato un vistoso calo del consenso, il rapporto tra Blair e i mezzi di comunicazione è diventato conflittuale. In una logica di personalizzazione mediatica del confronto politico, i media ostili diventano i veri oppositori e, quando ciò avviene, i leader di governo reagiscono con intolleranza verso le intromissioni giornalistiche, che fino ad allora avevano usato come risorsa. A gennaio 2022 il Governo Johnson ha annunciato un taglio al canone della BBC, ritenuta un oppositore del Premier.

³⁰ Cfr. P. RIDDELL, *Parliament under Blair*, in *Politico's*, London 2000; Id., *Prime Ministers and Parliament*, in *Parliamentary Affairs*, 2004, 57, n. 4, pp. 824 ss.

Il protagonismo dell'attuale Primo Ministro e lo stile del suo Governo sono riconducibili a un nuovo modello, anche questo ispirato all'alleato statunitense, ovvero il populismo al Governo³¹. L'atteggiamento del Primo Ministro Johnson nei confronti del Parlamento segue la linea principale percorsa dal populismo, quella del popolo contro le élites. In questo scenario il Primo Ministro si propone come interprete del popolo, le cui richieste vengono immesse nel circuito decisionale attraverso il Governo.

Da qui la pretesa di Johnson (ma ancor prima della May) di riservare al Governo l'interpretazione e l'attuazione del referendum Brexit, serbando un ruolo marginale al Parlamento³².

Inoltre, il Governo Johnson palesa l'insofferenza per le decisioni delle Corti che riaffermano le garanzie costituzionali. Il programma di riforma dei Conservatori comprende un tentativo di ridimensionare il ruolo del giudiziario. La principale riforma, il Judicial Reform and Court Bill, intende dare maggiore efficienza all'amministrazione della giustizia introducendo limiti all'esercizio della Judicial Review³³. Il proposito del Governo di ripristinare 'the political constitution and the common law tradition'³⁴ è stato attuato in minima parte. Il manifesto originale di 48 pagine che prevedeva l'impegno per una Commissione su Costituzione, Democrazia e Diritti è stato annullato a favore di un certo numero di riforme più piccole e frammentarie, delle quali la prima, il Judicial Review and Courts Bill, riguarderà solo minori modifiche, nessuna delle quali frena sostanzialmente il controllo giurisdizionale, come molti si aspettavano. E, mentre il piano di rivedere e sostituire la legge sui diritti umani ha generato e continua a suscitare accesi dibattiti, molti sono scettici sulla sua fattibilità

Tornando alla political constitution, le argomentazioni di Bogdanor sembrano in gran parte condivisibili. Egli considera le proposte di riforma del Governo Johnson su devolution, Fixed Term Parliamentary Act e giustizia come espressione di un indirizzo politico non sufficiente a ribaltare il passaggio da old a new constitution. In effetti, soffermandoci sul Fixed Term Parliamentary Act, l'esperienza del governo May ha dimostrato che i partiti britannici continuano a ritenere una prerogativa sostanzialmente governativa lo scioglimento, per cui è discusso se il Repeal riporterà le lancette della storia costituzionale britannica al periodo antecedente il 2011³⁵.

³¹ D. Landau, *Populist constitutions*, cit. pp. 521 ss.; B. BUGARIC, *The two faces of populism: Between authoritarian and democratic populism*, in *German Law Journal*, 2019, n. 20, pp. 390 ss.

³² Come noto la disputa su chi debba interpretare il referendum se il Governo o il Parlamento, ha condotto a un conflitto costituzionale davanti alla UK Supreme Court.

³³ T. SITAR, *Judicial Review Reform: The Move from Constitutional Democracy to Elective Dictatorship*, in *LSE Law Review blog*, 7 November 2021

³⁴ Professor Richard EKINS, Head of Policy Exchange's Judicial Power Project, dichiarazione resa nel dicembre 2019. D. SKEFFINGTON, *The political constitution: an idea worth protecting?* 8th December 2021, in The Constitution Society, consultabile sul sito <https://consoc.org.uk>.

³⁵ R. HAZELL, *Is the Fixed-term Parliaments Act a dead letter?* The Constitution Unit, University College London, 25 aprile 2017, in <https://constitution-unit.com/2017/04/25/is-the-fixed-term-parliaments-act-a-dead-letter>; P. NORTON, *We Need to Talk about The Fixed-Term Parliaments Act 2011 to Understand Theresa May's Election Plans*, 18 aprile 2017, in <https://www.psa.ac.uk/psa/news/we-need-talk-about-fixed-term-parliaments-act-2011-understand-theresa-mays-election-plans>; R.

La pretesa di limitare i poteri del Parlamento, con l'esercizio delle prerogative governative, deve misurarsi con le resistenze dei suoi membri³⁶ e con la giurisprudenza della Corte Suprema a favore della sovranità parlamentare, intesa come supremo potere legislativo³⁷.

Gli esiti dell'azione di Governo, che sembrava inarrestabile dopo le elezioni del 2019, sembrano manifestare più di un cedimento a distanza di due anni. Le difficoltà dovute alla Brexit e alla pandemia sono sempre più evidenti, e la stagione del governo parlamentare britannico modello Johnson sembra aver iniziato una parabola discendente³⁸.

Ad insidiarne la stabilità sono, oltre agli scandali personali, la profonda crisi economica che il paese sta affrontando³⁹.

Lo stile di governo del Primo Ministro incontra un ostacolo nella fragilità di un potere basato sulla popolarità, destinato a perdere forza quando la persona del leader inevitabilmente abusa della sua leadership. Tra la fine del 2021 e gli inizi del 2022 Johnson è apparso sempre più debole nel partito⁴⁰ e in calo di consensi nell'elettorato⁴¹. La legge più importante della forma di governo britannica, secondo la quale il Premier governa attraverso la maggioranza e il controllo (e gradimento) del suo partito, riporta alla dialettica parlamentare tutti coloro che tentato a varie riprese di sottrarsi. Una dialettica più complessa di quella che osservava Griffith, per effetto dei molti fattori, political e legal, che compongono il quadro dei poteri costituzionali.

HAZELL, *Can Boris Johnson simply repeal the Fixed-term Parliaments Act?* The Constitution Unit, University College London, 5 febbraio 2020, in <https://constitution-unit.com/2020/02/05/can-boris-johnson-simply-repeal-the-fixed-term-parliaments-act/>.

³⁶ Il 6 gennaio 2022 la House of Lords ha tenuto un dibattito sull'eccessivo uso dei delegated powers da parte del Governo. <https://www.parliament.uk/business/news/2021/december-2021/lords-debates-use-of-delegated-powers/>.

³⁷ M. FORAN, *Parliamentary Sovereignty and the Politics of Law-making*, in *U.K. Const. L. Blog* (18 October 2021) (disponibile a <https://ukconstitutionallaw.org/>)

³⁸ Piuttosto, un'analisi del sistema politico costituzionale mostra come l'intreccio temporale tra Brexit ed elezioni abbiano contribuito a destabilizzare il sistema dei partiti e condizionato il voto. G. BALDINI, E. BRESSANELLI, *Brexit a Westminster*, in *Il Mulino*, 2021, n. 2, pp. 33 ss.

³⁹ Appare evidente che lo shock economico causato dalla pandemia è stato aggravato dalla Brexit, che ha posto ulteriori barriere alla circolazione del lavoro e delle merci. *The UK in a Changing Europe, Covid or Brexit*, 14 ottobre 2021, in <https://ukandeu.ac.uk/wp-content/uploads/2021/10/Covid-or-Brexit-Report.pdf>

⁴⁰ Emblematica la frase pronunciata in Parlamento il 18 gennaio 2022, dopo le scuse del premier per i party tenuti a Downing Street in periodi di restrizioni Covid, da David Davis, ex ministro conservatore per la Brexit e un tempo suo alleato. Se ne vada, in nome di dio. Nel maggio del 2020, mentre il Regno Unito era sottoposto a un rigido lockdown, i funzionari di Downing street avevano organizzato una festa nel giardino recintato del Primo ministro. Johnson aveva partecipato per 25 minuti. Lo ha ammesso alla Camera dei Comuni il 12 gennaio. Lo scandalo dei party segue numerosi episodi

⁴¹ La società Ipsos Mori ha concluso un sondaggio dal quale risulta che a metà dicembre la popolarità del Premier è sotto il 36%, inferiore a quella del leader laburista Starmer.

4. La devolution

La devolution è, nella ricostruzione di Bogdanor, uno dei pilastri su cui si regge la new constitution, un tempo basata sulla sovranità parlamentare e ora fondata sulla separazione dei poteri. Il processo devolutivo⁴², iniziato dal Governo Blair con Acts del Parlamento, potrebbe essere interrotto da un Atto avente la stessa forza, ma, come ha riconosciuto recentemente lo HL Select Committee on the Constitution, le condizioni poste a una simile decisione la rendono di fatto impraticabile⁴³. La sovranità parlamentare rimane un principio indefettibile della costituzione britannica, ma deve tenere conto dello Stato multinazionale e degli atti devolutivi.

Ne consegue che la sovranità legislativa è condivisa tra Parlamento e Assemblée, secondo i criteri stabiliti per ogni Nation. La regola principale di riparto è quella del ‘reserved power model’, secondo cui le materie riservate alla competenza esclusiva del Parlamento centrale sono espressamente previste, mentre le restanti sono decentrate. Ai compiti legislativi si affiancano quelli amministrativi e una limitata autonomia finanziaria⁴⁴.

L’equilibrio tra il Centro e le amministrazioni devolute è frutto, fin dalla prima istituzione, di continui aggiustamenti, diversi per ognuna delle Nazioni. Nella prima fase, dal 1997 fino al primo decennio degli anni 2000, la cooperazione tra governi, pur in assenza di efficaci meccanismi di raccordo, è stata favorita da una generale omogeneità politica (Labour). L’ingresso al Governo di Londra dei Conservatori, tradizionalmente favorevoli al rafforzamento del potere centrale, e l’ascesa del partito nazionalista scozzese a livello locale⁴⁵, ha interrotto questa continuità e ha evidenziato la debolezza degli strumenti istituzionali di raccordo⁴⁶.

Il venir meno dell’omogeneità politica, la crisi economica, il sopraggiungere della pandemia e la difficile situazione internazionale costituiscono il problematico contesto nel quale lo Stato sta affrontando la

⁴² V. BOGDANOR, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999; A. TRENCH (cur.), *Devolution and power in the United Kingdom*, Manchester, Manchester University Press, 2007.

⁴³ «Parliamentary sovereignty remains a fundamental doctrine of our constitution. While the UK Parliament could, in theory, legislate to abolish the devolved institutions; in reality, it would not do so, and certainly not without the express consent of relevant voters in a referendum, as recognised in the devolution statutes. This illustrates the political constraints which in practice circumscribe the legislative supremacy of the UK Parliament». HL SELECT COMMITTEE ON THE CONSTITUTION, *Respect and Co-operation: Building a Stronger Union for the 21st century*, 20 gennaio 2022, HL Paper 142.

⁴⁴ G. SAPUTELLI, *Brexit e devolution nel Regno Unito: quando è lo Stato (e non l’UE) a mostrare i suoi limiti*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, pp. 4707 ss.

⁴⁵ L’esito delle elezioni del 2011 fu, qualche anno dopo, il referendum per l’indipendenza della Scozia, che venne concordato con il Governo Cameron. D. Cameron, *Scottish Independence Referendum: statement by the Prime Minister*, 19 September 2014, <https://www.gov.uk/government/news/scottish-independence-referendum-statement-by-the-prime-minister> - C. JEFFERY, *The United Kingdom and the Scottish Referendum*, in R. Heffernan et al (cur.), *Developments in British Politics 10*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2016, p. 252.

⁴⁶ M. KENNY, P. RYCROFT, J. SHELDON, *Union at Crossroads: can the British state handle the challenges of devolution?*, in The Constitution Society, 12 aprile 2021, consultabile sul sito https://www.bennettinstitute.cam.ac.uk/media/uploads/files/Union_at_the_Crossroads_Report.pdf, pp. 10 ss

Brexit e le sue conseguenze. Tenere insieme l'Unione di Inghilterra, Scozia, Irlanda del Nord e Galles, e separarsi dall'Unione europea è parso da subito un obiettivo problematico⁴⁷.

L'uscita del Regno Unito dall'Unione europea è stata percepita, dai Governi dei Territori, come una decisione imposta dall'alto contro gli interessi delle comunità della Scozia e dell'Irlanda del Nord (ma non del Galles, che aveva votato a favore⁴⁸). La Brexit ha acuito le differenze tra Londra e le quattro nazioni del Regno⁴⁹. La richiesta delle istituzioni devolute di venire coinvolte nel processo di uscita è stata respinta dal Governo di Londra e dalla UK Supreme Court⁵⁰. Ancor più complicata si è rivelata la gestione della fase attuativa, nella quale l'Irlanda del Nord è divenuta terra di confine tra UK e UE⁵¹ e la Scozia ha espresso l'intenzione di superare quel confine.

La crisi dei rapporti tra Londra e i territori è avvertita e studiata da tempo⁵². Uno dei punti deboli della devolution è la bilateralità e a-sistematicità delle relazioni con il Centro, che è stata incoraggiata dal Governo Johnson e che i Governi locali accettano, anche in considerazione delle diverse posizioni interne ai loro sistemi politici⁵³.

L'uscita del Regno Unito dall'UE è stata accompagnata dall'impostazione gerarchica dei rapporti tra Londra e le Nazioni voluto dal Governo Johnson. Gli ambiti nei quali è stata maggiormente avvertita la spinta alla centralizzazione sono quello legislativo, con la retained EU law, consegnata alle decisioni dei Ministri competenti, e quello finanziario, ove l'Internal Market Act ha consentito ai Dipartimenti centrali di spendere in materie di competenza devoluta.

Il Documento elaborato a gennaio 2022 dal HL Select Committee on the Constitution ha censurato il devolve e forget del Centro, come pure l'atteggiamento top-down, emersa con il UK internal Market Act. Il partito conservatore ha espresso una chiara contrarietà alle tendenze centrifughe della devolution,

⁴⁷ M. KENNY and J. SHELDON, *When Planets Collide: The British Conservative Party and the Discordant Goals of Delivering Brexit and Preserving the Domestic Union, 2016-19*, in *Political Studies* online advance access (2020).

⁴⁸ Il voto gallese per il Leave non è però sinonimo di ritorno al centralismo. R. WYN JONES, J. LARNER, *What about Wales? Brexit and the future of the UK*, in *Discover Society*, 2021, 1 (2),

⁴⁹ M. KENNY, Constitution Committee, *Corrected oral evidence: The future governance of the UK*, QR 34.

Come noto, il Primo Ministro scozzese Sturgeon, all'indomani del referendum sulla Brexit ha paventato un secondo referendum sull'indipendenza della Scozia. BBC News, *'Brexit vote: Nicola Sturgeon statement in full'*, <https://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-36620375>.

⁵⁰ La storica sentenza Miller ha dato ragione all'esecutivo, dimostrando la forza del principio della sovranità parlamentare e la debolezza della Sewel Convention (in base alla quale il Parlamento di Londra non può legiferare senza normalmente senza il consenso delle assemblee dei territori) che i Governi devoluti avevano invocato per legittimare la partecipazione al processo di uscita.

Nondimeno, negli ultimi mesi del Governo May la consultazione tra apparati ha continuato ed è anzi è stata incentivata.

⁵¹ Il leader of the Democratic Unionist Party, Sir Jeffrey Donaldson MP, said there was no doubt that the Northern Ireland Protocol had undermined Northern Ireland's constitutional and economic relationship with the rest of the UK.

⁵² Il Governo May aveva avviato uno studio delle misure per migliorare la gestione governativa dei rapporti con i Territori. UK GOVERNMENT, *Review of UK Government Union capability: terms of reference*, July 2019, pubblicato su <https://www.gov.uk/government/publications/review-of-uk-government-union-capability-terms-of-reference>.

⁵³ Sulle differenze tra Governi territoriali A. TRENCH (cur.), *Devolution and power in the United Kingdom*, cit., pp. 49 ss.

avviando un processo contrario, di accentramento. Tuttavia, nella fase finale di discussione in Parlamento, vi è stata una qualche apertura al dialogo⁵⁴. Alcuni segnali positivi giungono dalla recente introduzione di un Minister for Intergovernmental Relations⁵⁵.

Ad aggravare la crisi delle relazioni intergovernative è intervenuto il Covid, che ha fatto emergere quattro diverse risposte alla pandemia⁵⁶. Anche su questo fronte è stata auspicata una riforma della macchina governativa per introdurre stabili sedi di raccordo⁵⁷.

Gli sviluppi del processo devolutivo rivelano le difficoltà di conciliare le esigenze di unità e di differenziazione in un momento molto delicato della storia britannica, ma si tratta di un processo irreversibile con il quale devono misurarsi le istituzioni centrali. La (territorial) legal constitution rappresenta una componente ineliminabile dell'assetto costituzionale del Regno Unito.

5. Il referendum come esempio di convivenza tra political e legal constitution

«Given the dominance of the executive over the legislature in the UK, referendums are processes that necessarily both acclaim and limit the executive»⁵⁸. Con queste parole due studiosi del referendum hanno sintetizzato efficacemente il ruolo dell'istituto nel sistema costituzionale britannico. Il referendum introdotto nell'ordinamento per legge, può limitare il potere politico⁵⁹ pur essendo indetto e organizzato dal suo ramo esecutivo, che potrebbe usarlo per rafforzare una decisione⁶⁰. Nel dualismo tra political e legal l'istituto esprime la necessaria coesistenza dei due elementi della costituzione britannica.

La rilevanza costituzionale dell'istituto referendario deriva dal fatto che esso può riguardare scelte fondamentali per l'ordinamento, come la devolution o i rapporti con l'Europa⁶¹. Le materie di rilevanza

⁵⁴ M. KENNY, P. RYCROFT, J. SHELDON, *Union at Crossroads*. cit., p. 24 ss.

⁵⁵ CONSTITUTION UNIT, *Monitor 79* / November 2021, p. 13 ss

⁵⁶ CONSTITUTION UNIT, *Monitor 79*, cit., p. 14.

⁵⁷ M. KENNY, P. RYCROFT, J. SHELDON, *Union at Crossroads*, cit., pp. 32 ss. J. SHELDON and M. KENNY, *Why have the UK's governments diverged on easing lockdown?*, in Centre on Constitutional Change, 11 May 2020, consultabile sul sito <https://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/news-and-opinion/uks-governments-diverged-easing-lockd>

⁵⁸ M. QVORTRUP, L. TRUEBLOOD, *Schmitt, Dicey, and the power and limits of referendums in the United Kingdom*, in *Legal Studies*, in press. https://pure.coventry.ac.uk/ws/portalfiles/portal/51320694/Qvortrup_and_Trueblood_2021.pdf I due autori considerano problematica l'ambiguità del referendum e propongono che venga disciplinato per legge, sottraendolo a provvedimenti ad hoc. Il referendum è codificato dal Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 (PPERA), ma questo dice poco sugli effetti del referendum.

⁵⁹ Secondo la lettura che ne ha dato Dicey. A. V DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Roger E Michener ed, 8th Revised edition, Liberty Fund Inc 1982. L'approccio di Dicey al referendum non era finalizzato a intenti partecipativi, ma alla conservazione del sistema costituzionale minacciato dall'ascesa dei partiti, e contro la Home Rule per l'Irlanda. M. QVORTRUP, *A.V Dicey: The Referendum as the People's Veto*, in *History of Political Thought*, 1999, 20, p. 531.

⁶⁰ È l'idea di C. SCHMITT, *Legality and Legitimacy*, Duke University Press, 2004, pp. 21 ss.

⁶¹ S. TIERNEY, *Constitutional referendum*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 7 ss. I referendum su questioni di sovranità hanno un tono costituzionale che toglie efficacia alle tradizionali critiche dello strumento referendario. Il deficit di competenza e di rappresentatività (deliberative deficit), la soggezione al controllo delle élite (élite control syndrome) il rischio di strumentalizzazioni a vantaggio della maggioranza e a danno delle minoranze (majoritarian danger), devono essere riletti dalla prospettiva dei referendum costituzionali.

costituzionale, per le quali dovrebbe essere richiesto il referendum, sono state elencate dalla HL Constitution Committee⁶². Rimane nella disponibilità del Governo il potere di indire il referendum, che può essere esercitato in ragione di un particolare indirizzo e obiettivo politico⁶³. Tuttavia, proprio il referendum sulla Brexit⁶⁴ ha confermato che i c.d. referendum pro-egemonici possono risolversi in un esito imprevisto⁶⁵.

Può essere interessante notare che tra le riforme in agenda il Partito conservatore non ha contemplato la disciplina del referendum, i cui vantaggi possono essere considerati volta per volta, a seconda del contesto.

Il Governo conservatore Cameron concesse il referendum sull'indipendenza della Scozia, mentre il Governo Johnson si è espresso negativamente sulla nuova richiesta post-Brexit.

Una delle ragioni che spiegano il diverso approccio è la natura populista dell'esecutivo guidato da Johnson, che può temere il referendum scozzese o altre forme di partecipazione "concorrenti". L'altra è certamente l'imprevedibilità del voto, divenuto molto incerto e poco controllabile in tutti i paesi europei, su temi legati all'Unione europea⁶⁶.

L'esperienza britannica degli ultimi decenni ci suggerisce che i Governi tentano di far valere la forza politica conquistata con le elezioni ma non disdegnano di affidarsi al referendum per risolvere situazioni complesse (ad esempio divisive per il partito) e rafforzare un indirizzo.

La new constitution scaturisce dalla convivenza tra principi costituzionali, tra i quali la sovranità parlamentare è il più citato ma non l'unico a regolare le relazioni delle diverse parti del governo e di questo con il popolo⁶⁷. Il referendum è l'esempio più evidente dell'oscillazione tra elementi *political* e *legal* della costituzione britannica. La decisione sull'uscita del regno Unito dall'Unione europea non è il primo caso in cui il political si affida al legal, ma ad oggi è quello più denso di conseguenze⁶⁸.

⁶² HOUSE OF LORDS' CONSTITUTION COMMITTEE, *Referendums in the United Kingdom*, (2009) 12th. 49. Gli esempi non esaustivi sono: «to abolish the Monarchy; to leave the European Union; for any of the nations of the UK to secede from the Union; to abolish either House of Parliament; to change the electoral system for the House of Commons; To adopt a written constitution; and to change the UK's system of currency».

⁶³ Su queste basi è stata espressa la critica al referendum come strumento di manipolazione.

⁶⁴ Si veda la ricostruzione di C. MARTINELLI (cur.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Rimini, Maggioli, 2017.

⁶⁵ Per questa terminologia M. QVORTRUP, *Are Referendums Controlled and Prohegemonic?*, in *Political Studies*, 2000, 48, p. 823.

⁶⁶ F. MENDEZ, M. MENDEZ, V. TRIGA, *Referendums and the Europea Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁶⁷ M. GORDON, *Parliamentary Sovereignty and the Political Constitution(s): From Griffith to Brexit*, cit., pp. 125 ss.

⁶⁸ M. GORDON, *Referendums in the UK Constitution: Authority, Sovereignty and Democracy after Brexit*, in *European Constitutional Law Review*, 2020, 16 pp.213–248.



La Brexit ha sottoposto i principi del sistema a un'inedita pressione, accrescendo la conflittualità tra gli stessi⁶⁹. La pandemia ha messo ulteriormente in crisi i rapporti tra organi, tra forze politiche, tra territori del Regno.

Data la complessità e la difficoltà dell'assetto attuale sono in molti ad interrogarsi sul futuro della British Constitution⁷⁰. Non è un tema inedito, se ne discute da diversi anni⁷¹. Se si assume una prospettiva di medio periodo, che precede il referendum sulla Brexit, quest'ultimo appare la con-causa, più che l'unica causa, dei mutamenti intervenuti sulla forma di governo e sull'assetto costituzionale del Regno Unito, di cui Bogdanor aveva già preso atto 10 anni or sono.

⁶⁹ G. BALDINI, E. BRESSANELLI e E. MASSETTI, *Who is in Control? Brexit and the Westminster Model*, in *The Political Quarterly*, 2018, 89, n., pp. 537-544. Gli autori si richiamano alle tre dimensioni proposte da Lijphart: the electoral-party dimension, executive-legislative relations, and the territorial dynamics of power.

⁷⁰ THE CONSTITUTION SOCIETY, *The constitution in 2021: in conversation with Vernon Bogdanor*, in <https://consoc.org.uk/the-constitution-in-2021-in-conversation-with-vernon-bogdanor/>

⁷¹ La cornice vigente viene ritenuta da alcuni costituzionalisti come non più adeguata per far fronte alle necessità contemporanee, e come un motivo per passare alla written constitution. B. ACKERMAN, *Why Britain Needs a Written Constitution-and Can't Wait for a Parliament to Write One*, in *The Political Quarterly*, 2018, 89:4, pp. 584-590; A. MCHARG, *Reforming the United Kingdom Constitutional Law, Convention, Soft law*, in *The Modern Law Review*, 2008, 71, n. 6, pp. 853-877.



Second Part - A multilevel constitutional perspective: From local to global



Section 1 - The devolution and the separatist claims in the aftermath of Brexit



England Unincorporated: Reflections on the Constitutional Way Ahead post Brexit?*

by Peter Leyland

Professor of Public Law

School of Oriental and African Studies - University of London

Abstract [En]: This article addresses a series of constitutional issues related to the Brexit experience from an English perspective. The first section identifies a democratic deficit at the heart of the UK parliamentary system and it outlines the case for the introduction of a proportional element to the electoral system for the House of Commons and an elected Senate for the regions to replace the House of Lords. The second section provides a contextual discussion of the government initiative to create city regions as a method distributing power downwards to English regions and also addressing the asymmetry caused by devolution. The final section, which considers the Internal Markets Act and the Subsidy control bill, is specifically devoted to the fallout from Brexit. It argues that the attempt to create a uniform UK wide market also constitutes a re-assertion of sovereignty and sets up clashes with the competences of devolved government in Scotland, Wales and Northern Ireland. In turn, this provides impetus for the eventual break-up of the United Kingdom.

Titolo: Inghilterra non unita: riflessioni sulla via costituzionale dopo la Brexit?

Abstract [It]: L'articolo affronta una serie di questioni di tono costituzionale collegate all'esperienza della Brexit dalla prospettiva dell'Inghilterra. Il primo paragrafo identifica un problema di deficit democratico nel cuore del sistema parlamentare britannico e delinea come soluzione quella dell'introduzione di elementi proprio di un regime proporzionale nel sistema di elezione della Camera dei Comuni accanto ad un Senato delle regioni che sostituisca la Camera dei Lord. Il secondo paragrafo cerca di contestualizzare la discussione sull'iniziativa governativa di istituire "regioni cittadine" (*city regions*) come strumento per conferire poteri alle regioni inglesi e per affrontare il nodo dell'asimmetria indotta dalla devolution. L'ultimo paragrafo, che analizza l'*Internal Market Act* e il *Subsidy control bill*, si concentra specificamente sulle ricadute della Brexit. Si afferma che il tentativo di creare un mercato interno con regole uniformi in tutto il Regno Unito rappresenta una riaffermazione di sovranità dal centro e rischia di entrare in conflitto con le competenze dei governi devoluti in Scozia, Galles e Irlanda del Nord. A sua volta, ciò potrebbe condurre all'eventuale disintegrazione del Regno Unito.

Keywords: Senate for the regions; City Region Mayors; the English question; restoration of sovereignty; Internal Markets Act; Subsidy Control Bill

Parole chiave: Senato delle regioni; sindaci delle regioni cittadine; la questione inglese; restaurazione della sovranità; Internal Markets Act; Subsidy Control Bill

Contents: 1. Introduction. 2. The Reform of Parliament. 3. The Multi-Dimensional English Question. 3.1. The Demise of English Votes for English Laws. 3.2. Evolving Patterns of Regional Government. 3.3. Regional Governance Under Labour. 3.4. The Illusion of English Devolution: Northern Powerhouse and City Regions. 3.5. Is This Really Devolution? 4. Sovereignty Restored? Redressing the Balance in favour of Westminster. 4.1. The Internal Markets Act 2020: A Path to Centralisation? 4.2. The Subsidy Control Bill. The Continuing Paradox: Even More Centralisation?. 5. Conclusion.

* Articolo sottoposto a referendum.

1. Introduction

At the outset it is important to realise that the trauma of Brexit is likely to continue for years to come and that its implementation is impacting profoundly on the way we are governed in the UK. No comprehensive constitutional reform package has materialised or is on the horizon as a response to Brexit. Rather, this paper focuses on a range of constitutional issues relating to the Westminster government and to England. The discussion reveals that a series of pragmatic and uncoordinated policies have been adopted to address the impact of Brexit. Some of which, while having economic justification post Brexit, may fuel the cause of Scottish Independence, Irish unification, and, in so doing, the eventual disaggregation of the United Kingdom itself.¹ In fact the lack of awareness of the overall constitutional implications of these measures suggests that the effects of Brexit are likely to become progressively more far reaching.

Three issues, arguably of pivotal importance, are considered mainly from an English perspective.² The first section below refers briefly to the bigger picture (but stopping well short of making a case for a new constitutional settlement) – by identifying what might be done constitutionally to promote democracy and improve the efficacy of the Westminster Parliament as a representative institution. In the second section the latest attempt by central government to promote the interests of city regions in England by introducing a new layer of governance is evaluated in the context of previous initiatives in regional government. In the final section the Internal Markets Act 2020 and the Subsidy Control bill are discussed in relation to their implications for sovereignty and their likely impact on devolution. These pieces of legislation are designed to facilitate Brexit, for example by ensuring the uniformity of standards in the UK market place. However, it will be apparent that the approach adopted allows devolved powers to be overridden and promotes clashes between the Westminster government and the devolved administrations.

2. The Reform of Parliament³

With the collapse of Labour in Scotland and its decline in many parts of England together with the virtual disappearance of the Libdems, the political balance of the United Kingdom has shifted radically over the last twenty years. The composition of the House of Commons has left the Conservative party with its heartland in the South East and midlands, but since 2019 with growing support in former Labour

¹ Looking forward there is the prospect of the dissolution of the United Kingdom with demands for a second Scottish Independence referendum and growing support for the eventual unification of Ireland.

² Other papers in this special issue discuss Brexit from the standpoint of Scotland (Aileen McHarg), and Northern Ireland (NI) (Gordon Anthony).

³ For an overview see R. BRAZIER, *The Second Chamber Paradox*, in R. Brazier *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, (3rd edn, Oxford, Oxford University Press, 2008).

strongholds in the North.⁴ The weakness of the opposition means that fundamental issues arise relating to parliamentary reform in response to Brexit and the impact on devolution. Indeed, the supposed “restoration” of sovereignty in the current political environment after the 2019 election⁵ is more likely to result in a return to a form of “elective dictatorship” in which a government with a large overall majority is nearly always able to steamroller its legislation through the House of Commons,⁶ often without performing adequate scrutiny.⁷ As will be apparent in the final section of this paper, from the perspective of devolution the use of legislation as part of the EU repatriation process of law-making and policy coordination has ridden roughshod over the existing Sewel Convention which was intended to encourage participation and consent.⁸

As a second chamber the House of Lords performs many useful functions, including scrutiny of the Brexit process.⁹ What Professor Tierney identifies as a “representation deficit” for the devolved territories¹⁰ can be related to repeated proposals to link reform of the House of Lords to the issue of territorial governance.¹¹ For example, the Labour Party proposed in its 2015 manifesto to hold a constitutional convention to consider replacing the present House of Lords with an elected Senate for the regions. Further details would have to be worked out by a convention, but many would argue that, as with other second chambers, a key element is the need to establish regional representation on a territorial basis, rather than one based on population distribution (this is provided by the House of Commons).¹² An arrangement into electoral districts is called for to ensure that bigger units in terms of population within the UK do not dominate parliamentary decision-making.¹³ The idea would be to

⁴ See HOUSE OF COMMONS LIBRARY, *General Election 2019: results and analysis*, Briefing Paper, No CBP 8749, 28 January 2020.

⁵ J. CURTICE, *A Return to “Normality” at Last? How the Electoral System Worked in 2019*, in *Britain Votes*, 2019, pp. 29-47.

⁶ P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom: A Contextual Analysis*, 4th edn, Oxford, Hart Publishing, 2021, p. 59. For example, the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 which was rushed through Parliament. See A. L. YOUNG, *Turpin and Tomkins British Government and the Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 429.

⁷ Some procedural reforms have been introduced to reduce executive dominance. See e.g. M. RUSSELL and D. GLOVER, *Taking Back Control: Why the House of Commons Should Govern its Own Time*, in *The Constitution Unit*, 19 January 2021.

⁸ B. WINETROBE, *A Partnership of the Parliaments? Scottish Law Making Under the Sewel Convention at Westminster and Holyrood*, in R. HAZELL and R. RAWLINGS (eds.), *Devolution, Law Making and the Constitution*, Exeter, Imprint Academic, 2005, pp. 43 ff.

⁹ The work of the former EU Committee and subcommittees ended on 31 March 2021 but a new House of Lords European Affairs Committee has been set up empowered to set up a subcommittee for the Protocol on Ireland/Northern Ireland. See CONSTITUTION UNIT, *Monitor 77*, March 2021, p. 8.

¹⁰ S. TIERNEY, *Drifting towards Federalism*, in R. SCHÜTZE and S. TIERNEY (eds.), *The United Kingdom and the Federal Idea*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 116-118.

¹¹ M. RUSSELL, *Attempts to change the British House of Lords into a second chamber of the nations and regions Perspectives on Federalism*, 10, n. 2, 2018, pp. 268-299.

¹² M. RUSSELL, *Reforming the House of Lords: Lessons from Overseas*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

¹³ For example, there are many parliamentary constituencies around London and South East England reflecting the relative high concentration of population in this region.

introduce a Senate as a reformed second chamber providing territorial representation based on regions, as applies to other second chambers. Further, York serving as a regional base for meetings of the House of Lords / Senate was proposed as a gesture towards acknowledging the importance of having regional representation.¹⁴ Such a body of perhaps 250-350 members (but preferably even smaller) could be directly elected by a form of proportional representation distinct from the House of Commons. Alternatively, it has been suggested that a replacement Senate could be ‘indirectly elected’, possibly by elected local politicians from the different nations. Indirect election would reduce the danger of challenging the Commons through a claim of popular legitimacy, but of course such a body would lack the basic democratic credentials of being accountable to an electorate.¹⁵

A Senate (or upper house) elected on a territorial basis to reform or replace the House of Lords would potentially give the devolved nations and the English regions a much stronger voice at Westminster in Parliament, and act as a possible forum to settle disputes.¹⁶ A potential obstacle to any such initiative however, might be obtaining the support of Scottish and Welsh nationalists. This is because a re-launched elected second chamber with a strong regional component and greater legitimacy would be likely to bolster the authority of the Westminster Parliament and central government. At the same time the effect might be to indirectly undermine some of the authority of devolved government. Despite the persuasive case for introducing significant change along the lines referred to here, no detailed proposals for Lords reform as a follow up to manifesto pledges have been published by the Conservative government since the election in December 2019.¹⁷

At the core of the constitution the question of fitness for purpose in the prevailing political environment can be related to fundamental elements in need of reform. The electoral system for the House of Commons calls for urgent modification. By providing an element of proportionality through the adoption of a top up (additional member) system, along the lines of the Scottish and Welsh Parliaments, the House of Commons would become more widely representative of political views.¹⁸ At the same time, turning the House of Lords into a streamlined second chamber/senate elected proportionately on regional basis would correct the balance away from South East England, while the electoral element would lend it enhanced legitimacy.

¹⁴ See M. RUSSELL, *Lords reform is back on the agenda: what are the options?*, in *The Constitution Unit* 23 February 23 2020.

¹⁵ See P. NORTON, *Reform of the House of Lords*, Manchester, Manchester University Press, 2017.

¹⁶ T. SHIPMAN, *Lords may become “House of Regions”*, in *The Sunday Times*, 5 January 2020.

¹⁷ *Tories focus on major overhaul of House of Lords*, in *Financial Times*, 17 December 2019.

¹⁸ For example, an additional member system comparable to the method adopted for the devolved parliaments and assemblies was proposed as an alternative for the simple majority system currently in place. See HOUSE OF COMMONS, *Report of the Independent Commission on the Voting System*, (1998), HC, Cm 4090 (Jenkins Commission).

3. The Multi-Dimensional English Question

Given the importance of devolution and the pressures exerted by it, the lack of any comprehensive constitutional plan relating to the structure of the United Kingdom post Brexit arises as a cause of great concern. With such an asymmetrical system of devolution (particularly from an English perspective) the context has remained the same. If the asymmetrical character of the UK constitution is viewed as problematic because of a fundamental democratic representational deficit it follows that, in addition, there is a strong case for greater devolution for England. For example, the importance of addressing the lack of democratic accountability which is particularly acute in the parts of the UK distant from SE England. In Scotland, Wales and Northern Ireland the devolution of competences and powers places most non-departmental governmental bodies under the stewardship of the new locally elected parliaments, assemblies and executives. A trend that particularly since the 2014 Scottish independence referendum has gone much further with the conferral of tax raising powers and a greatly extended list of competences. It will be argued that such far reaching devolution arrangements, sometimes termed quasi-federalism, have not been introduced as part of the territorial governance of England.¹⁹ This absence leads to glaring anomalies not only in representation, but also in law, administration and in providing clear channels of accountability.²⁰ Moreover, in response to the West Lothian question²¹ there has never been a coherent approach by any government to introduce an equivalent form of devolution in an English context. The advent of an English Parliament roughly equivalent to the Scottish Parliament has been mentioned as a model for English devolution but such a body representing 85% of the population would clearly dominate the Union.²² Part of the problem in regard to England and Englishness is political. Bogdanor observes that: 'Perhaps the reason why England has never spoken is that, constitutionally, England does not seem to exist. Constitutionally it appears to be void'.²³ Certainly, England has never had any mainstream national parties and the Campaign for an English Parliament and the Campaign for the English Regions (both had an English focus but ironically their objectives clashed) added up to nothing more than marginal pressure groups with limited popular electoral support.²⁴

¹⁹ R. HAZELL, *The New Constitutional Settlement*, in R. HAZELL (ed.), *Constitutional Futures: A History of the Next Ten Years*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 231 ff.

²⁰ See S. TIERNEY, *Drifting towards Federalism*, pp. 115 ff. For example in Scotland and Wales non-departmental public bodies are accountable to the devolved governments whereas in England by way of contrast they report to Parliament through ministers of the Westminster government.

²¹ P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit., p. 130.

²² V. BOGDANOR, *Beyond Brexit: Toward a British Constitution*, London, IB Tauris, 2019, p. 185.

²³ *Ibid*, p. 200.

²⁴ See R. HAZELL, *Introduction: What is the English Question*, in R. HAZELL (ed.) *The English Question*, Manchester, University Press, 2006 and A. AUGHEY, *The Challenges to English Identity*, in R. HAZELL (ed.) *The English Question*, Manchester, Manchester University Press, 2006.

3.1. The Demise of English Votes for English Laws

The problem of asymmetry was however to some extent tackled at a technical level by adjusting law making procedure at Westminster. English Votes for English Laws (EVEL) introduced in 2015 worked on the assumption that a clear distinction could be made between laws for England and laws for Scotland, Wales and Northern Ireland. Voting rights of MPs at the committee stage of bills counting as England only legislation were restricted, preventing MPs from Scottish and Welsh constituencies from full participation in the legislative process at the committee stage. The devolved legislatures have a relatively clear legislative remit stemming from the devolution legislation²⁵ but many apparently English laws carry implications for the devolved parts of the UK. For example, this is partly because the Barnett Formula which linked spending in England to budget allocations for Scotland, Wales and Northern Ireland – meant that many policy decisions and follow up legislation for England would have a knock on impact for Scotland, Wales and Northern Ireland. EVEL was adopted as a technical legal solution to the so called West Lothian Question. Arguably, this initiative was a failure from the outset. The evidence confirms that “... despite large volumes of legislation being ‘certified’, and 43 Commons votes held under EVEL rules – in no case did English MPs vote differently from UK-wide MPs. Yet this is primarily because of the political circumstances that have prevailed since EVEL was introduced. Since 2015, Conservative governments have consistently had a larger majority of seats in England than across the whole House.”²⁶ From the standpoint of some hard line English Conservatives (John Redwood) EVEL was the only modest form of devolution ever offered to England,²⁷ but in doing so, it was a step towards creating a two tier Parliament by partly disenfranchising MPs from devolved parts of the UK. In view of the controversy surrounding EVEL it is significant that the summer parliamentary break in 2021 was used as an opportune moment to reveal a humiliating retreat for the Conservative government. EVEL was

3.2. Evolving Patterns of Regional Government

The introduction of a series of initiatives relating to regional government is another avenue that has been explored by central government to address the English Question since the introduction of devolution. With the constitutional impact of Brexit at the forefront of our concern in this paper, it is important to remember that the need to attract regional funding from the EU was an important consideration.²⁸ A

²⁵ See Scotland Acts 1998 and 2016, Government of Wales Act 1998 and Wales Act 2016.

²⁶ D. GLOVER and M. KENNY, *Deliver us from EVEL? Is the government right to abolish “English Votes for English Laws”*, in *Constitution Unit Blog*, 27 June 2021.

²⁷ HANSARD, English Votes for English Law, volume 699: debated on Tuesday 13 July 2021, 8.34 pm.

²⁸ For an overview see P. BRIEN, *EU funding in the UK*, in *House of Commons Library*, Briefing Paper 7847, 11 September 2020. ESI consists of European Regional Development fund promoting social cohesion; European Social Fund to

high degree of policy co-ordination was required in order to bid for available EU funding which was allocated on a regional basis.²⁹ Looking at the situation more generally, this structural feature of the EU is designed to reduce disparities of the regions and was intended to encourage a greater degree of autonomous regional self-government in Europe.³⁰ We will observe in the final section that post-Brexit legislation seeks to fill the void caused by UK withdrawal. A key question that arises here is the extent to which the allocation of any such funding is placed in the grip of central government.³¹

In order to understand the latest initiatives in regional government under PMs Cameron, May and Johnson, it is informative to briefly mention the recent origins of territorial government in England. Under the umbrella of Mayors for city regions what is widely labelled by some politicians and commentators as English devolution might be regarded as a recycling of aspects of previous attempts to restructure sub-national government. Local government has been repeatedly assembled and dismantled by statute, and, in consequence, it has become a toy in the hands of central government, rather than reflecting a systematic commitment to constitutional reform throughout England. There have been repeated genuflections towards distribution of powers and responsibilities, (this applies to Northern England in particular) but it will be argued that the current regional policy has been more apparent through its headline promotion as a ground breaking political initiative, than it has proved real, judged in terms of substantive institutional change and related economic benefits. Moreover, in its latest manifestation there is a conspicuous absence of a nationwide strategy, rather, the City Mayor project embodies a city by city approach to brokering deals for particular mayors. Substantial tranches of the country are not covered by this tier of governance.

The Cities of the English North and Midlands experienced a major upheaval of local government in 1972 resulting in the formation of regional councils.³² This reform established separately elected ‘Metropolitan Counties’³³ covering the conurbations of Greater Manchester, Merseyside, Tyne and Wear, West Yorkshire, South Yorkshire and West Midlands. The then pre-existing Greater London Council already

promote employment objectives e.g. vocational training; Cohesion Fund where GDP is less than 90% of the average; European Maritime and Fisheries Fund (EMFF); European Agricultural Fund for Rural Development supports structural reform of agricultural sector.

²⁹ See UK CABINET OFFICE, *Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions*, CM 5511, May 2002 (White Paper) which stated at 8.16 that: “Individual local authorities and regional bodies such as Regional Development Agencies have realised that, to make an impact in Brussels, they need to work together at a regional level to gain critical mass. The efforts of the UK’s devolved administrations have demonstrated the benefits of such co-ordinated action”.

³⁰ Ibid at 4.3. A regional assembly was intended to take over the role performed by Government Offices on structural fund; see also at 8.19 “Structural Funds have been the catalyst for strengthened links between the regions and the EU, and [were] one of the most visible signs on the ground of the benefits of EU membership.”

³¹ In particular, see the discussion in the final section of the Subsidy Control Bill which relates to the former contribution of European Structural and Investment Fund (ESI).

³² A. KING *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 158.

³³ Local Government Act 1972, section 1(2) and Schedule 1.

provided London with a very roughly equivalent layer of government (until it was abolished). These authorities were responsible for some of the same key functions as the city regional Mayors, in particular, transport and economic development, but also emergency services and culture.³⁴ As safe bastions of Labour control the Greater London Council and the Metropolitan Counties were abolished in 1985 by the Conservative Government under Mrs Thatcher (From the standpoint of the Thatcher government they were a Labour dominated irritant and a waste of money). The functions exercised by these bodies were redistributed to local authorities and other statutory bodies.³⁵

3.3. Regional Governance Under Labour

At the same time as introducing devolution, the Blair Labour Government, elected in 1997, re-introduced a democratic layer of London wide governance based on a directly elected Mayor and Assembly.³⁶ At an inter-mediate level between central and local government a high profile London Mayor had responsibility for transport, emergency services, police, economic development and planning control.³⁷ The introduction of a London Mayor was not the only initiative in territorial governance pioneered by the Labour government that coincided with devolution. The Labour Party policy was to carve up England into regions. In order to compensate for the economic effects on England caused by devolution the Regional Development Act 1998,³⁸ as phase one, launched a new policy for economic regeneration by dividing England into 9 regions.³⁹ The 1998 Act created Regional Development Agencies (RDAs) designed to co-ordinate regional economic development. These RDAs were responsible for formulating strategies for regeneration called for to promote business efficiency, investment and competitiveness in their areas.⁴⁰ The RDAs were not elected but each comprised local authority members assigned to them and other stakeholder representatives from business and NGOs. In common with the Northern Powerhouse Initiative discussed below, the RDA's were set up to deliver tailored economic strategies to secure better and more sustainable economic performance for their particular region. The Labour government policy for the English regions post 1997, once again, sought to address the economic

³⁴ M. Loughlin, *The Demise of Local Government*, in V. BOGDANOR (ed.), *The British Constitution in the Twentieth Century*, Oxford, Oxford University Press, pp. 534 and 545.

³⁵ See Local Government Act 1985 and M. LOUGHLIN, *Legality and Locality: The Role of Law in Central-Local Government Relations*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 149 ff.

³⁶ See Greater London Authority Act 1999.

³⁷ P. LEYLAND and G. ANTHONY, *Textbook on Administrative Law*, 8th edn, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 111; I. LEIGH, *Law, Politics and Local Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 242 ff.

³⁸ R. HAZELL and B. O'LEARY, *A Rolling Programme of Devolution*, in *Constitutional Futures: A History of the Next Ten Years*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 36-40.

³⁹ See Regional Development Act 1998, Schedule I East Midlands; Eastern, London, North East, North West, South East, South West, West Midlands, Yorkshire and the Humber.

⁴⁰ Regional Development Act 1998, ss. 4, 5.

disparities between the regions in order to provide a strong foundation for all the regions to grow economically and to attract EU regional funding.

In the follow up phase to this RDA scheme, the Labour government briefly sought to address the West Lothian question of unequal democratic representation (at least to a limited extent) by setting out proposals for a layer of English regional government.⁴¹ If this scheme had been fully activated the 9 English regions were destined to have a directly elected assembly of between 25 and 35 members, but this outcome was contingent on each region expressing its approval in a referendum.⁴² As well as economic development, these Regional Assemblies would have been responsible for aspects of housing policy, health improvement and culture. However, it is stressed that the range of functions and the degree of autonomy granted to these authorities would have been extremely limited in comparison to devolution. Regional government was proposed to compensate for some of the potentially adverse economic effects that devolution was having on the deprived parts of England.⁴³ However, this policy was not founded on any established regional tradition in England, and the proposals themselves were inherently weak. As a result, it was not surprising that the entire enterprise was abandoned after the North East region rejected the proposals overwhelmingly for a NE regional assembly in the only referendum that was actually held.⁴⁴ Until the abolition of the RDAs in 2012, the upshot was that the English regions acquired economic, administrative, and quasi-governmental structures in the form of development agencies, regional chambers, government offices, and a growing number of other public bodies (“quangos”) with aspects of regional organisation. Professor Bogdanor observes that in the form in which the RDA's were established they acted as no more than “regional outposts of central government”. The point to stress is that they never amounted to a layer of democratically elected government, rather, the RDAs were created to administer policy from Whitehall.⁴⁵

⁴¹ See M. SANDFORD, *Facts on the Ground: the growth of institutional answers to the English Question in the Regions*, in R. HAZELL (ed.), *The English Question*, Manchester, Manchester University Press, 2006, pp. 175 ff.

⁴² See *Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions*, 2002, Cm 5511. M. SANDFORD, *A commentary of the Regional Government White Paper, Your Region, Your Choice: Revitalising the English Regions*, London, Constitution Unit, 2002. For a critical discussion of the proposals see also R. CORNES *Devolution and England - what is on offer?*, in P. LEYLAND and N. BAMFORTH (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

⁴³ A. King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 159.

⁴⁴ 4 November 2004, 77.9% voted against and 22.1% in favour, on a turnout of 48%. See K. KNOCK, *North East Referendum: Lessons Learnt?*, in *Parliamentary Affairs*, Vol 59, No 4, 2006, pp. 682-693.

⁴⁵ V. BOGDANOR, *Devolution*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 269.

3.4. The Illusion of English Devolution: Northern Powerhouse and City Regions

This subsequent initiative⁴⁶ in local democracy from central government launched under PM Cameron and Chancellor of the Exchequer Osborne (and then continued under PM May Chancellor of the Exchequer Hammond) might also be regarded as an indirect response at local government level to devolution, and the Scottish independence referendum in particular (but not as English devolution in any meaningful sense).⁴⁷ In an attempt to narrowly devolve some power and build on the success of the London Mayor, with the Northern Powerhouse initiative the coalition government embarked on a process of reviving a strategic level of local governance with the launch of a directly elected mayor of Greater Manchester⁴⁸ The original model for the “Northern Powerhouse strategy” was a “Metro” Mayor representing Manchester and all the associated towns (city regions).⁴⁹ The first Greater Manchester Metro Mayor was elected in 2017.⁵⁰ The incumbent is responsible for a devolved consolidated transport budget, with a multi-year settlement. The office holder was initially granted powers over strategic planning and control of a new £300 million investment fund. Each city mayor deal includes a capital investment fund of between £450 million and £1.1 billion, paid in yearly instalments over three decades. These funds can be used to finance transport, housing and other infrastructure projects. The Greater Manchester Combined Authority is run jointly by the leaders of the separately elected ten councils, together with the Greater Manchester Mayor.⁵¹

Any additional powers are relatively trifling in comparison to Scottish, Welsh, NI devolution (replicating some of the functions of RDAs discussed above), for example they include responsibility for devolved support budgets and control of apprenticeship.⁵² Under the Cities and Local Government Devolution Act 2016 there are powers for the SS to introduce city region conurbation-wide schemes, each is based on an individual devolution deal with the government drawn up by the combined authorities in the region.⁵³ Metro mayor schemes have been approved for some of the major urban conurbations, but also

⁴⁶ The Localism Act 2011 encouraged city mayors and ideas based around ‘The Big Society’ to encourage private sector and voluntary sector involvement in the delivery of local government.

See P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit., pp. 266 ff.

⁴⁷ See HM GOVERNMENT, *The Northern Powerhouse strategy*, November 2016, <https://www.gov.uk/government/publications/northern-powerhouse-strategy>; P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, cit., pp. 258 ff.

⁴⁸ The towns and cities of Greater Manchester consist of: Bolton, Bury, Manchester, Oldham, Rochdale, Salford, Tameside, Trafford, and Wigan.

⁴⁹ For an overview see M. SANDFORD, *Directly-elected mayors*, House of Commons Library, Briefing Paper, No 05000, 21 May 2021 and M. SANDFORD, *Devolution to local government in England*, House of Commons library, Briefing Paper, Number 07029, 26 March 2020.

⁵⁰ Greater Manchester is one of the country's most successful city-regions with a population of 2.8 million and an economy bigger than that of Wales or Northern Ireland.

⁵¹ J. MCELDFOWNEY, *Federalism*, in J. JOWELL and C. O’CINNEIDE, *The Changing Constitution*, 9th edn., Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 407 ff.

⁵² <https://www.gov.uk/government/publications/devolution-and-mayors-what-does-it-mean>.

⁵³ <https://www.centreforcities.org/publication/everything-need-know-metro-mayors/#whyare>.

for some smaller cities located outside the most prominent industrial regions such as Cambridge and Peterborough. At the time of the elections in May 2021 there were a total of 9 city/regions, with Metro Mayors.⁵⁴

3.5. Is This Really Devolution?

Having outlined the scheme, it is important to consider whether, as widely advertised, these arrangements provide devolution in any meaningful sense. For instance, is this initiative comparable to the systems introduced in Scotland, Wales and Northern Ireland? Certainly, it shares certain features in common. The City Mayor scheme introduces an intermediate layer of governance with some affinity to London (see above the Metropolitan Regions). The Greater Manchester Strategy sets out general ambitious goals for the future of the City Region. In addition, city regions have a democratic element, as each City Regional Mayor is directly elected. A result of this is that the elected mayor enjoys considerable prestige as the city region spokesperson and the incumbent is recognised as not only an ambassador for the region, but also as a negotiator with central government for funding allocations etc. This profile means that some city region mayors will undoubtedly gain career promotion in national politics at a high level. Furthermore, some of the limited range of functions match the functions of the devolved parliaments and assemblies. Most obviously this includes as part of the policy remit responsibility for transport and regional development and an emphasis on science, innovation and business.

Closer inspection suggests that the affinities with devolution in Scotland, Wales and NI are only skin deep. First, the range of functions granted are limited, even compared to the London Mayor, and no legislative powers have been granted to the City Mayors. Secondly, the level of budget allocation is not only much less than the funding available to devolved bodies but there is very limited budgetary autonomy. The main areas are transport, health and planning and the city mayor has mainly ring fenced priorities and no tax raising powers. Thirdly, any democratic accountability exists indirectly since the Combined Authority which hold the Mayor to account comprises elected representatives of the cities and towns comprising the region formed into a cabinet rather than a separately elected authority as is the case under the London model. Fourthly, there is a conspicuous absence of good governance practices delivering oversight commensurate with the initiative and this is coupled with a general lack of consultation and popular involvement.

Finally, the most glaring shortcoming stems from the random approach to the brokering of individual deals with central government. There is an assumption that the impetus to combine to form a City Mayor

⁵⁴ The list comprises Greater Manchester, Birmingham/West Midlands, Liverpool City Region, Sheffield City Region, West Yorkshire, North of Tyne/Newcastle, West of England/Bristol, and Cambridgeshire and Peterborough. See <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/metro-mayors>

scheme will simply emerge. The trend has not been followed in some areas. Moreover, each scheme's format depends on ministerial discretion. In consequence, City Mayors not only fail to provide full coverage of the north of England as the region originally targeted for this so called devolution, but the scheme also falls short of providing a consistent form of governance for all conurbations on an all-England basis (as an alternative). In sum, this initiative is a limited experiment in governance that has delivered piecemeal coverage on an ad hoc basis applying to only some urban areas.⁵⁵

4. Sovereignty Restored? Redressing the Balance in favour of Westminster

Brexit involves a complex process of repatriation of laws and re-regulation in the UK against a backdrop of Scottish, Welsh and NI devolution and this has tested the limits of sovereignty. In terms of the overall constitutional picture, it is important to note that there has been a significant judicial rulings resulting in a judicial re-assertion of parliamentary sovereignty. The UK Supreme Court case which concerned the *Legal Continuity Scotland Bill*⁵⁶ tested previous cooperation reflected in the legislative process to its legal limits.⁵⁷ The UK Supreme Court decided that the Scottish Parliament had the competence to legislate for the continuity of laws relating to devolved matters in Scotland which were previously the subject of EU law but which would cease to have effect as EU law after the United Kingdom withdrew from the European Union.⁵⁸ The court accepted that any Scottish legislation from the SP would apply to purely Scottish domestic rules of law which at that point would have replaced EU law.⁵⁹ Nevertheless, the SC found that the Scottish Continuity Bill would have fallen outside competence because of the effect of clause 17. It was held that after withdrawal from the European Union the Scottish bill would have interfered with the capacity of UK ministers to make *subordinate* legislation and by so doing would have fallen outside the legislative competence of the Scottish Parliament. Such UK-wide subordinate legislation would have had no effect in Scotland unless this subordinate legislation obtained the consent of Scottish ministers, and, in turn, this provision would have prevented subordinate legislation made by a Minister of the Crown (i.e. UK executive) from having effect in Scotland. As a result, it was argued successfully that the clause if enacted imposes a limitation on the legislative role of the UK Parliament.

⁵⁵ R. LUPTON, C. HUGHES, S. PEAKE-JONES and K. COOPER, *City-region devolution in England*, in LSE - SPDO research paper 2, November 2018, pp. 42 ff.

⁵⁶ UK *Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the AG and Advocate General for Scotland* [2018] UK SC 64.

⁵⁷ For detailed analysis of this case see G. ANTHONY, *Brexit and Devolution*, in S. KADELBACH (ed.), *Brexit – And What It Means*, Baden Baden, Nomos, 2019, pp. 68 ff.

⁵⁸ UK *Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill – A Reference by the AG and Advocate General for Scotland* [2018] UKSC 64, para [11].

⁵⁹ Devolution statutes have not been interpreted in a way that requires the consent of the devolved institutions for the lawful revocation of their powers by Parliament. See G. DAVIES and D. WINCOTT, *Unionism in the Courts? A critique of the Act of Union Bill*, in *Public Law*, April 2021, p. 308.

More recently, the *United Nations Convention on the Rights of Child (Incorporation) (Scotland) Bill Reference*⁶⁰ case goes significantly further in recognising the scope of parliamentary sovereignty. “Far from merely affirming parliamentary sovereignty, section 28(7), [the case] ... imposes limits on devolved competence that transcend those that follow straightforwardly from sovereignty itself. It does this ..., by vouchsafing Parliament’s ‘unqualified’ power to legislate for Scotland — a concept that is implicitly taken to be something more demanding, in terms of its constraining effect upon the Scottish Parliament, than mere sovereignty.”⁶¹ The approach followed is notwithstanding the fact that the Scotland Act sets out an interpretative obligation requiring Scottish legislation to be read as narrowly as is required to bring a matter within competence.⁶² The Supreme Court stated that such an interpretation was justified as necessary to avoid legal ambiguity and uncertainty, and to prevent the rewriting of enactments of the Scottish Parliament by the Supreme Court.

4.1. The Internal Markets Act 2020: A path to centralisation?

The issue of sovereignty and devolution has arisen in a rather different context. In the domain of economics and trade post Brexit, domestic policy is based upon the idea of the UK working as an internal market. This reflects a desire to maintain uniformity of standards for such matters as the regulation of goods and services at a national level. Indeed, the principles for a Common Framework were acknowledged by Joint Ministerial Committee (European Negotiations) (JMC(EN)).⁶³ These principles include a list of relatively uncontroversial general objectives including: ensuring compliance with international trade obligations; ensuring the UK can negotiate, enter into and implement new trade agreements and international treaties; administering and providing access to justice in cases with a cross-border element; safeguarding the security of the UK. But equally from the standpoint of devolved governance, the objectives are sometimes contradictory and likely to be controversial: for example, enabling the management of common resources and the functioning of the UK internal market while also acknowledging policy divergence.

Turning to the Act itself, two market access principles (MAPs) are recognised as part of the new regime. The first principle is Mutual Recognition. This starts from the premise that any goods lawfully sold in one part of the UK are automatically acceptable for sale in the others. This is of course subject to regulatory compliance. It is intended to prevent the emergence of trade barriers within the UK. (For

⁶⁰ [2021] UKSC 42.

⁶¹ M. ELLIOTT and N. KILFORD, *Devolution in the Supreme Court: Legislative Supremacy, Parliament’s ‘Unqualified’ power, and ‘Modifying’ the Scotland Act*, in *UK Const L Blog*, 15 October 2021.

⁶² See Scotland Act 1998, section 101(2).

⁶³ Agreed in October 2017. See Frameworks Analysis 2020, Breakdown of areas of EU law that intersect with devolved competence in Scotland, Wales and Northern Ireland, September 2020, p. 4.

example, any laws in Scotland attaching to goods but contravening UK wide market access principles would not apply to goods brought in to Scotland).⁶⁴ The second principle is Non-discrimination and this relates to how any goods are sold. More specifically – who can sell which goods⁶⁵ and it also regulates transportation, storage and display. UKIM applies *inter alia* to the agricultural sector,⁶⁶ the construction sector and to services. Essentially, it is designed to prevent a post Brexit free for all which might prevent trading within the UK. Any regulatory requirements that contravene the MAPs will be invalid under the Act, with the courts as final arbiters in determining disputes that might arise.

An equally controversial aspect of UKIM is that it gives UK ministers at Westminster direct spending powers in the devolved nations over areas of devolved competence. This provision arises because Brexit has brought an end to EU structural funding (ESF).⁶⁷ The way the legislation has been drafted means that the UK Government can exercise unilateral control over the UK replacement to ESF (the Shared Prosperity Fund, or SPF). The effect of the Westminster government taking such decisions bypasses the devolved administrations in determining devolved spending choices in devolved policy areas. For example, the Scottish Government maintains that it is better placed to make spending allocations reflecting the Scottish Government's consultation responses and the investment needs of Scottish communities and Scottish businesses.⁶⁸ There is an obvious political dimension to the criticism attributable to the SNP government in Edinburgh (Scottish government withdrew from the project in March 2019) and the Welsh Government, in that any legal provisions detracting from devolved powers is bound to be opposed by them, but it is the reluctance to consult by the Westminster government under PM Johnson, and the failure to regard the devolution project as a partnership which has exasperated the devolved governments.⁶⁹ The approach departs from the EU principle of subsidiarity, and assumes that uniformity is required to gain market access. At the same time the desire for policy divergence by the devolved administrations on devolved matters highlights potential clashes of interests. For instance Kenneth Armstrong explains the effects viewed from the perspective of devolved government:

‘For the devolved administrations, the risk is that competition may then put local producers and service providers at an economic disadvantage with the risk that governments feel required to adjust regulatory standards to align with market demands rather than public preferences. Given the size of both the Scottish and Welsh markets relative to the market in England, there has been an evident anxiety that the

⁶⁴ J. SARGEANT and A. STOJANOVIC, *The United Kingdom Internal Market Act 2020*, Institute for Government, February 2021, p.14.

⁶⁵ Non-discrimination does not apply to provisions already in force.

⁶⁶ For example, preventing spread of pests and diseases, regulating fertilisers and pesticides.

⁶⁷ Internal Markets Act 2020, Part 6.

⁶⁸ <https://www.gov.scot/publications/brexit-uk-internal-market-act-devolution/pages/6/>

⁶⁹ SCOTTISH GOVERNMENT, *After Brexit the Internal Markets Act and Devolution*, March 2021, p.17.

rules set for the English market could in practice end up being the basis for the sale of goods or provisions of services in Scotland and Wales to the detriment of the exercise of devolved regulatory competence.⁷⁰ The difficulty in achieving a co-ordinated approach has been exacerbated because the legislation which was eventually enacted, the Internal Markets Act 2020 (UKIM) does not reflect an agreed approach by the UK government and the devolved governments. In a report highly critical of the extraordinary delegated powers which might have been given to the government and the lack of consultation with the devolved administrations, the Constitution Committee of the House of Lords stated that “The Government must set out the process for consultation with the devolved administrations on the management and adjustment of the internal market arrangements.”⁷¹

The Westminster government were able to enact UKIM in the face of vigorous opposition from the devolved governments, but it now faces the greater hurdle of establishing the structures for managing the UK internal market and ensuring it functions as it is confronted with political as well as practical challenges. The Scottish government has been unwilling to cooperate and the Welsh government has launched a legal challenge to the Act on the grounds it gives UK ministers powers to change the devolution statutes.⁷² This complexity and underlying conflict of interest signals the importance of establishing a workable protocol in order to cope with regulatory divergence and the necessity for executive co-operation and inter-parliamentary working.⁷³

It has been stressed that: “The Act amounts to a major reform of the devolution settlements in order to prevent new barriers to trade within the United Kingdom arising as the result of the removal of the common external obligation on the UK and devolved institutions to comply with EU law. The mutual recognition and non-discrimination principles established by the Act resemble but do not replicate the internal market principles applied under EU law.”⁷⁴ In particular, UKIM might be regarded as a blunt tool. This is because with the application of sovereignty, it provides fewer opportunities to justify barriers to trade in pursuit of public interest objectives (such as environmental protection) than was possible EU law.⁷⁵ In sum, UKIM establishes the post Brexit UK wide trading relationship between England and

⁷⁰ K. ARMSTRONG, *Governing With or Without Consent – The United Kingdom Internal Market Act 2020*, in *UK Const L Blog*, 18 Dec 2020.

⁷¹ HOUSE OF LORDS, *United Kingdom Internal Market Bill*, Selected Committee on the Constitution, 17th Report of Session 2019-21, 16 October 2020, HL Paper 151, p. 10.

⁷² See the *Counsel General for Wales v The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy* (applications January 2021 in the High Court of Justice Queen’s Bench Division Administrative Court in Wales).

⁷³ J. SARGEANT and A. STOJANOVIC, *The United Kingdom Internal Market Act 2020*, Institute for Government, February 2021.

⁷⁴ A. MCHARG and A. L. YOUNG, *The Resilience of the Old Political Constitution*, in *UK Const L Blog*, 8 September 2021.

⁷⁵ G. GEE and A. L. YOUNG, *Regaining Sovereignty? Brexit, the UK Parliament and the Common Law*, in G. GEE, L. RUBINI, M. TRYBUS (eds.), *Leaving the EU? The Legal Impact of “Brexit” on the United Kingdom*, Institute of European Law, 2016, p. 53.

Scotland, Wales and Northern Ireland⁷⁶ but it clashes with the fundamentals of devolution and provides ammunition for nationalists (power grab sovereignty). As mentioned earlier, it was strongly opposed at the level of devolved government and finally enacted by the Westminster parliament without the Scottish and Welsh Parliaments granting legislative consent motions under the Sewel Convention.

4.2. The Subsidy Control Bill.⁷⁷ The Continuing Paradox: Even More Centralisation?

With the impact of Brexit at the forefront of our concern, it is important to remember that the need to attract regional funding from the EU has been an important consideration for devolved government and for the English regions.⁷⁸ A high degree of policy co-ordination was required in order to bid for available EU funding which was and is still (outside the UK) allocated on a regional basis.⁷⁹ Looking at the situation more generally, this structural feature of the EU known as the European Structural and Investment Fund (ESI) was present to reduce disparities of the regions⁸⁰ and it was intended to encourage a greater degree of autonomous regional self-government in Europe. This bill is a follow up to the TCA agreement⁸¹ and it replaces EU state aid rules.⁸² In fact, the previous EU scheme has already been repealed.⁸³

The new regime is designed to set a legal framework for public authorities that provide subsidies for businesses. The justification for state intervention in granting subsidies is that such funding delivers strong benefits for UK taxpayers by providing certainty and confidence to industry. The post-Brexit legislation seeks to fill a void otherwise caused by UK withdrawal. The funds are made available to public authorities but the availability of such funding depends upon UK Treasury commitments. The question is the extent to which the allocation of any such funding is placed in the grip of central government. The proposed legislation (not yet enacted at the time of writing) faces the predictable objection from devolved governments of taking back control of subsidies. The Westminster government claims it is introducing a system which is more flexible and less bureaucratic. The new scheme seeks to facilitate strategic interventions but these interventions are now viewed from the standpoint of the UK (not England). The regime is to be overseen by a quango, namely, the Competition and Markets Authority (CMA). The

⁷⁶ The framework for repatriation sets out 18 policy areas where new primary legislation may be required.

⁷⁷ I. JOZEPA, L. BOOTH, A. SHALCHI, *Subsidy Control Bill 2021-22*, House of Commons Library, CBP 9270, 17 September 2021.

⁷⁸ See P. BRIEN, *EU funding in the UK*, cit.

⁷⁹ See the discussion of RDA's and regional government above.

⁸⁰ The total amounted to £5.9 billion in 2018.

⁸¹ *UK-EU Trade and Cooperation Agreement, summary*, December 2020, Title XI: Level playing field for open and fair competition and sustainable development, chapter 3: Subsidies.

⁸² See e.g. Article 107 of the Treaty of the Functioning of the European Union intended to create a level playing field for businesses in the Single Market.

⁸³ The UK government guaranteed it would maintain all EU funds at their current levels until 2023, meaning that structural funds (intended to reduce disparities in the regions of the EU), payments to farmers, science and research funding will continue until then.

complexity of the proposed scheme appears to neglect the criticisms of the previous EU regime for being too bureaucratic, and questions whether it will live up to the claim to be delivering a light touch regime for subsidy allocation.⁸⁴ The method for the allocation of subsidies is intended to reflect the strategic priorities of the UK more effectively than previously under EU rules. However, there is potential for a high degree of centralized control as the bill proposes a skeletal scheme allowing for the detail to be set out later. The legislation, and the powers granted under it, set out the steps which need to be followed in granting subsidies. Clear rules are necessary for any replacement regime in order to provide legal certainty as the interim regime has lacked clarity.⁸⁵ There will be detailed ground rules and judicial review to a tribunal will be available to challenge decisions under the new legislation.

Under the devolution legislation any dealings with the EU remained within the remit of Westminster.⁸⁶ In following this up in relation to the EU and Brexit section 52 of the IMA 2020 provides that the ‘regulation of the provision of subsidies which are or may be distortive or harmful’ is a reserved matter for Westminster. On the other hand, the Scottish and Welsh governments argue that when EU state aid lapses the question of allocation of subsidies should fall within their devolved competence.⁸⁷ This project of subsidy control extending to the entire UK is perceived by the devolved administrations as the activation of a previously reserved power. The Westminster government has responded by pointing out that it is seeking a constructive and collaborative relationship with the devolved administrations and that they will remain responsible for their own spending decisions.⁸⁸ It is already apparent that legislative consent (Sewel) motions are likely to be withheld once again unless the Bill is amended.

5. Conclusion

It might be argued that the measures contained in UKIM and the Subsidy Control Bill are needed in order to make a significant contribution to the post-Brexit economy. The trouble is that the pivotal convention determining constitutional practice for securing passage through the Westminster Parliament has been repeatedly disregarded in favour of the reassertion of centralised control. This trend is emblematic, as it has undermined the consultation requirement which is one of the core principles at the

⁸⁴ HOUSE OF LORDS, EU Committee, Internal Market Sub-Committee, *Brexit: Competition and State aid*, HL 67 2017-19, 2 February 2018.

⁸⁵ P. BRIEN, *EU Funding in the UK*, cit., pp. 40 ff.

⁸⁶ Organisations in the UK have also been able to apply directly to the European Commission for funding from various other streams, often on a competitive basis following calls for applications. The UK was one of the leading Member States in securing funding for research and innovation and various other projects, with around 14% of funds allocated from the Horizon 2020 programme going to the UK, and three British universities are in the top ten recipients to date.

⁸⁷ A similar point was argued in *Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* [2018] UKSC 64 in the sense that EU law would no longer be considered a reserved matter under Schedule 4 once the UK had withdrawn from the EU.

⁸⁸ Government response to report.



heart of devolution, and by so doing further alienated nationalists in Scotland and Wales. Our discussion commenced by mentioning the reform of Parliament, in part, because a more democratically accountable and representative institutional structure offers the prospect of promoting enhanced co-operation between the layers of government within the UK. At the same time, the shortcomings of the Northern Powerhouse / City Region Mayors initiative have been made apparent. The inferior brand of devolution for England has not been pursued as a uniform national scheme across the country but by the Ministry of Housing, Communities and Local Government negotiating individually tailored devolution arrangements with local councils.⁸⁹ Alongside economic development, one of the principle arguments for introducing a layer of government for the English regions concerned the asymmetry of democratic representation that is greatly exacerbated by devolution to Scotland, Wales and NI.⁹⁰ Once again, this issue has been addressed to a very limited extent. The City Region Mayors project, as in the case of the regional government schemes that preceded it, not only fails to confront this problem on a national basis for the whole of England, but it provides an anaemic layer of governance with few functions and limited powers. In sum, to date the post-Brexit narrative demonstrates a lack of joined up thinking over the foreseeable constitutional implications attributable to Brexit. Faced with one crisis after another (Brexit itself, Covid 19, energy price rises, petrol shortages, environmental meltdown etc) this government, has become increasingly reactive. Policies have been pursued with seeming disregard for the longer term underlying constitutional consequences affecting the United Kingdom.

⁸⁹ P. SILK, *Devolution and the UK Parliament*, in A. HORNE and G. DREWRY (eds.), *Parliament and the Law*, 2nd edn., Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 194 ff.

⁹⁰ R.. JOHNSTON and D. ROSSITER, *Inequality of Representation in the United Kingdom: A Constitutional Mess*, *Political Quarterly*, 2002, pp. 158-171.



The Prospects for Scottish Independence in the Aftermath of Brexit*

by **Aileen McHarg**

Professor of Public Law and Human Rights
Durham University

Abstract [En]: In the Brexit referendum a majority of Scottish voters wished to remain in the European Union. The pursuit of Brexit with no concession to Scotland's Remain vote has reignited the independence debate. The Scottish Government is seeking to hold a second independence referendum, presenting a constitutional case based on three claims. This article examines each element of the constitutional case presented by the Scottish Government, and considers how the present constitutional stalemate between the two governments might be overcome.

Titolo: Le prospettive per l'indipendenza scozzese dopo la Brexit

Abstract [It]: In occasione del referendum sulla Brexit la maggioranza degli elettori scozzesi sarebbe voluta rimanere nell'Unione europea. Il perseguimento della Brexit senza fare concessioni alla posizione scozzese sul "Remain" ha riaperto il dibattito sull'indipendenza. Il governo scozzese sta cercando di indire un secondo referendum sull'indipendenza, avanzando tre rivendicazioni. Questo articolo esamina ogni elemento del ricorso costituzionale presentato dal governo scozzese, e considera come l'attuale stallo costituzionale tra i due governi potrebbe essere superato.

Keywords: Brexit; Scotland; independence referendum; self-determination; EU membership

Parole chiave: Brexit; Scozia; referendum per l'indipendenza; autodeterminazione; appartenenza all'UE

Contents: 1. Brexit and the campaign for a second independence referendum in Scotland. 2. A constitutional right to self-determination? 3. Brexit as a "material change in circumstances"? 4. The question of the mandate. 5. Overcoming the impasse.

1. Brexit and the campaign for a second independence referendum in Scotland

On 18 September 2014, the people of Scotland voted, by 55 *per cent* to 45 *per cent* against becoming an independent country, and instead to remain part of the United Kingdom (UK). A major issue in the long referendum campaign that preceded the vote was the question whether an independent Scotland would be able to remain part of the European Union (EU) by virtue of its existing membership as part of the UK, or rather would have to reapply as a new state, hence potentially being subject to onerous conditions, delay in securing readmission, or even a veto by other Member States.¹ The desirability of an independent Scotland being part of the EU was not seriously disputed, and the risk of the UK leaving the EU was

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ See generally S. DOUGLAS-SCOTT, *Scotland, Secession and the European Union*, in A. MCHARG *et al.* (eds.), *The Scottish Independence Referendum: Constitutional and Political Implications*, Oxford University Press, Oxford, 2016; M. KEATING, *The European Question*, in M. KEATING (ed.), *Debating Scotland: Issues of Independence and Union in the 2014 Referendum*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

largely discounted, although the prospect of a referendum on EU membership was at the time being actively contemplated by UK political parties. Indeed, the “independence light” model proposed by the Scottish Government was premised on *both* Scotland and the UK being EU members.² The attitude of those opposing independence was summed up in a tweet from *Better Together* (the official campaign group arguing for “No” vote) on 2 September 2014 which said: “What is the process for removing our EU citizenship? Voting yes.”³

Nevertheless, at the May 2015 UK Parliament General Election, the Conservative Party won a majority on a specific manifesto promise to hold a referendum on EU membership. It duly secured the enactment of the European Union Referendum Act 2015, which paved the way for a referendum held on 23 June 2016. For the Scottish National Party (SNP) – more dominant in Scottish politics than ever, despite the defeat of its central policy in the 2014 referendum – the prospect of leaving the EU (Brexit) justified revisiting the question of Scottish independence via a second referendum. While the SNP manifesto for the 2015 UK General Election did not seek a mandate to pursue independence, the party did commit to opposing an EU referendum, or, should it go ahead, to seeking a double majority rule, whereby a vote in favour of Brexit would be required in all four parts of the UK (England, Scotland, Wales and Northern Ireland)⁴ – a proposal which was ultimately rejected. Consequently, the party’s manifesto for the May 2016 Scottish Parliament General Election – held shortly before the EU referendum – stated that:

“We believe that the Scottish Parliament should have the right to hold another referendum if there is clear and sustained evidence that independence has become the preferred option of a majority of the Scottish people – *or if there is a significant and material change in the circumstances that prevailed in 2014, such as Scotland being taken out of the EU against our will.*” (emphasis added).⁵

In the event, the EU referendum produced a narrow UK-wide majority in favour of leaving the EU (52 per cent), but a significantly larger majority in Scotland to remain (62 per cent). Hence, on 24 June 2016, Scotland’s (SNP) First Minister, Nicola Sturgeon, declared that she intended “to take all possible steps and explore all options to give effect to how people in Scotland voted – in other words, to secure our continuing place in the EU and in the single market in particular”, and that the option of a second independence referendum was now “on the table”.⁶

By March 2017, it had become clear that there would be no concessions to the Scottish Government’s preferences as to the form that Brexit should take or its effect in relation to Scotland,⁷ and that the

² See SCOTTISH GOVERNMENT, *Scotland’s Future: Your Guide to an Independent Scotland*, 2013.

³ Tweet available [online](#).

⁴ SNP, *Stronger for Scotland*, 2015.

⁵ SNP, *Re-Elect Nicola Sturgeon*, 2016, p. 23.

⁶ See BBC News, [Brexit Vote: Nicola Sturgeon Statement in Full](#), 24 June 2016.

⁷ See SCOTTISH GOVERNMENT, [Scotland’s Place in Europe](#), December 2016.

devolved institutions in Scotland enjoyed no legally enforceable veto in relation either to Brexit itself or its domestic implications.⁸ Ahead of the formal triggering by the Prime Minister, Theresa May, of the process of withdrawing from the EU under Article 50 TEU, on 29 March 2017, Nicola Sturgeon announced her intention (subsequently endorsed by a vote in the Scottish Parliament)⁹ to seek agreement from the UK Government for a second independence referendum to be held in Autumn 2019. This reflected the process adopted prior to the 2014 referendum, whereby the UK Government had agreed, in the so-called Edinburgh Agreement of October 2012, to amend – temporarily – the Scotland Act 1998 (via an Order in Council under s.30 of that Act) to make it clear that the Scottish Parliament had the competence to legislate for a referendum. Theresa May rejected this request, saying that “now is not the time” for a second referendum, given the focus on, and uncertainty engendered by, the Brexit negotiations.¹⁰ However, the request was renewed by the Scottish Government in December 2019, by which time uncertainty over whether Brexit would indeed go ahead had been resolved by the snap UK General election held earlier that month. In a document entitled *Scotland’s Right to Choose: Putting Scotland’s Future in Scotland’s Hands*,¹¹ the Scottish Government set out its case for a second referendum at length, and sought a *permanent* transfer of legal competence to hold an independence referendum, as well as powers to implement a vote in favour of independence.

Once again, the request was refused. This time Theresa May’s successor as Prime Minister, Boris Johnson, claimed that the 2014 referendum had been a “once in a generation” vote.¹² Nevertheless, it remains the Scottish Government’s avowed intention to hold another referendum. At the May 2021 Scottish Parliament General Election, both the SNP and the Scottish Green Party sought an unequivocal mandate to hold another referendum, and between them they hold a majority in the Scottish Parliament, cemented by a formal co-operation agreement.¹³ In 2020, in preparation for such a referendum, the Scottish Parliament enacted the Referendums (Scotland) Act, which lays down a general regulatory framework for the conduct of referendums within devolved competence, but which requires further primary legislation to apply that framework to a particular referendum question. In March 2021, a draft independence referendum Bill was published,¹⁴ but at the time of writing no Bill has yet been introduced into the Scottish Parliament.

⁸ See *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

⁹ Motion S5M-04710 (Nicola Sturgeon) SPOR, Session 5 (Mar. 28, 2017).

¹⁰ BBC News, [Theresa May: “Now is Not the Time” for Scotland Independence Vote](#), 16 March 2017.

¹¹ Available [online](#).

¹² BBC News, [Letter from PM Boris Johnson to First Minister Nicola Sturgeon](#), 14 January 2020.

¹³ See [Co-operation Agreement between the Scottish Government and the Scottish Green Party Parliamentary Group](#), September 2021.

¹⁴ See SCOTTISH GOVERNMENT, [Draft Independence Referendum Bill](#), 2021.

Without the agreement of the UK Government, though, both the *vires* of such a Bill, and its wider constitutional legitimacy, are open to question. The politics of a second independence referendum thus appears to have reached an impasse. Neither the UK Government nor the Scottish Government appears willing to move – a position which reflects the wider state of public opinion in Scotland, which is more or less equally divided between support for and opposition to independence¹⁵; the issue which continues to dominate Scottish electoral politics.

My primary focus in this article is, however, constitutional rather than political, albeit these two perspectives are necessarily intertwined, especially in an uncodified constitution like that of the UK. My aim is to examine the impact of Brexit on the *constitutional* case for a second referendum; one which, according to the Scottish Government’s 2019 paper, consists of three claims:

1. That the people of Scotland have the right to determine their own constitutional future;
2. That withdrawal from the European Union without the consent of the Scottish people constitutes a “material change of circumstances” since the 2014 independence referendum which justifies reopening the debate about Scotland’s constitutional future;
3. That the decision whether and when to hold another independence referendum depends upon the mandate secured by a majority in the Scottish Parliament.

In the remainder of this article, I examine each of these three claims in turn, and conclude by considering how, if at all, the current constitutional impasse might be overcome.

2. A constitutional right to self-determination?

The claim that the people of Scotland enjoy the right to self-determination, including the right to decide to leave the UK to form an independent state, is one founded upon domestic constitutional law, not international law. Even if Scots could be said to constitute a “people” for the purposes of international law, the international right to self-determination does not support a right to secede in circumstances where the group in question already enjoys a high degree of internal autonomy and recognition,¹⁶ as is clearly the case in relation to Scotland.¹⁷

The claim to a *constitutional* right to self-determination is one based on two, linked assertions: first that Scotland has a distinct constitutional tradition, based on popular, rather than parliamentary sovereignty,¹⁸ and, second, that this distinct constitutional tradition has survived Scotland’s absorption into the UK. The latter claim depends upon the understanding of the UK, not as a unitary state, but rather as a “Union

¹⁵ Find the text [online](#).

¹⁶ *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.

¹⁷ See C. BELL, *International Law, the Independence Debate, and Political Settlement in the UK*, in MCHARG *et al.*, *cit.*, pp. 200-203.

¹⁸ See SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, p. 5.

state”; i.e., “[i]t is a multi-national country whose constituent parts enjoy different constitutional settlements and rights”, and which is based on the continuing consent of those constituent parts.¹⁹

The existence of a distinct Scottish constitutional tradition of popular sovereignty is historically questionable.²⁰ Nevertheless, the sovereignty of the people is a central tenet of modern nationalist constitutional thinking in Scotland;²¹ not just of the SNP, but of what has been termed “nationalist unionism” more generally.²² For example, the 1989 Claim of Right, which preceded the establishment of the devolved Scottish Parliament, declared “the sovereign right of the Scottish people to determine the form of government best suited to their needs”. This received cross-party endorsement (with the exception of the Conservative Party) in the Scottish Constitutional Convention of 1989 – 1995, and has been reaffirmed more recently by votes in both the Scottish and UK Parliaments.²³

That this gives rise to a *legally-enforceable* right to self-determination is, however, also doubtful. In relation to Northern Ireland, the principle that Northern Ireland’s continued membership of the UK is based on consent has been recognised in statute (in various forms) since 1922,²⁴ and there is now explicit statutory provision for referendums to be held on the question whether Northern Ireland should leave the UK to become part of a united Ireland.²⁵ But there is no equivalent provision for Scotland; indeed one of the demands made by the Scottish Government in its 2019 paper was that there should be explicit statutory recognition of Scotland’s right to self-determination.²⁶ Although there is some judicial authority which suggests that the principle of parliamentary sovereignty might be qualified in relation to Scotland, insofar as some of the provisions of the 1707 Acts of Union may be binding on the UK Parliament,²⁷ this provides no direct support for a principle of popular sovereignty nor a right to secede, and it is in any case an unorthodox reading of the UK constitution. The dominant view remains that the fundamental rule of the UK constitution is the doctrine of parliamentary sovereignty, and that the legislative authority of the UK Parliament is unlimited. Indeed, in the light of recent Supreme Court authority which has

¹⁹ *Ibid.*, p.4.

²⁰ See C. KIDD, *Sovereignty and the Scottish Constitution Before 1707* (2004) *Juridical Review* 225; A. MCHARG, *The Declaration of Arbroath and Scots Law*, in K.P. MÜLLER (ed.), *Scotland and Arbroath 1320 – 2020: 700 Years of Fighting for Sovereignty, Freedom and Independence*, Peter Lang GmbH, 2020, pp. 433-437.

²¹ See W.E. BULMER, *Constituting Scotland: the Scottish National Movement and the Westminster Model*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2016, ch. 4.

²² See D. TORRANCE, *Standing Up for Scotland: Nationalist Unionism and Scottish Party Politics, 1884 – 2014*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2020.

²³ S.P.O.R. 26 January 2012 (again supported by all parties in the Scottish Parliament, other than the Conservatives); H.C. Deb., Vol. 644, cols. 406 – 456, 4 July 2018 (agreed to without a division).

²⁴ When the Irish Free State was established, the Parliament of Northern Ireland was given the right to vote to remain part of the UK – Irish Free State (Agreement) Act 1922, ss. 11 and 12. See also, Ireland Act 1949, s.1; Northern Ireland Constitution Act 1973, s.1.

²⁵ Northern Ireland Act 1998, s. 1 and sch. 1.

²⁶ See SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, p. 8.

²⁷ See in particular Lord President Cooper’s famous dictum in *MacCormick v Lord Advocate* 1953 SC 396, at p. 411.

strongly reaffirmed – in fact extended – the significance of the doctrine of parliamentary sovereignty,²⁸ the Scottish Government’s statement that “parliamentary sovereignty ... is no longer an accurate description of the constitution in Scotland or the UK”²⁹ looks decidedly optimistic.

As a matter of domestic constitutional *law*, then, sole authority to dissolve the Anglo-Scottish Union and grant independence to Scotland, rests with the UK Parliament, albeit there is no constitutional *barrier* to Scotland becoming independent, provided that the UK Parliament agrees to it.³⁰ As a matter of constitutional *politics*, though, the right of the Scottish people to become independent if they choose to do so has been explicitly accepted by successive UK Prime Ministers since Margaret Thatcher, and the 2014 independence referendum of course stands as a powerful political precedent to that effect. Notably, while both Theresa May and Boris Johnson rejected the Scottish Government’s request to hold another independence referendum in the wake of the Brexit vote, neither ruled out the possibility of another referendum *at some point in the future*. Their (ostensible) objection was to the *timing* of a second referendum, not to the principle of Scottish self-determination itself. While there are some unionists who would appear to rule out the possibility of holding another independence referendum *ever*, and who indeed dispute the claim that Scotland is a nation which is capable of self-determination,³¹ for the time being at least this is a fringe view, not endorsed by mainstream politicians.

3. Brexit as a “material change in circumstances”?

The argument that Brexit constitutes a material change in circumstances justifying a second independence referendum consists of two elements.³² First, it is said to exemplify the “democratic deficit” that lies at the heart of the constitutional case for independence.³³ In other words, it demonstrates that the interests and wishes of Scottish voters may be overridden by a UK-wide majority, even in relation to a constitutional issue as significant as EU membership. Despite initial promises of “full engagement” with the devolved administrations over Brexit negotiations, the UK Government essentially adopted a unilateral approach, with no concessions to, or attempt to accommodate, the desire of Scottish voters to remain in the EU. Secondly, the Scottish Government claims that Scotland’s place in Europe was a major

²⁸ For discussion, see A. MCHARG, *Giving Substance to Sovereignty: Parliamentary Sovereignty and Parliamentary Effectiveness*, in B. DICKSON - C. MCCORMICK (eds.), *The Judicial Mind: a Festschrift for Lord Kerr of Tonaghmore*, Hart Publishing, Oxford, 2021.

²⁹ See SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, n. 11, p. 6.

³⁰ See further A. MCHARG, *Constitutional Law and Secession in the United Kingdom*, in P. RADAN (ed.) *The Routledge Handbook of Secession*, forthcoming.

³¹ See e.g., EFFIE DEANS, [We Must Attack the SNP at its Roots, Lily of St Leonards Blog](#), 18 April 2015; M. DEVLIN, [Stop the Neverendum: Ban Secession Now](#), *The Majority*, 13 September 2021.

³² See SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, n. 11, pp. 14-18.

³³ See A. MCHARG, *The Constitutional Case for Independence*, in MCHARG *et al* (eds), *cit.*, n.1.

issue during the 2014 independence referendum campaign, during which promises were made which have not been kept.

As regards the claimed democratic deficit, the relevance of Scotland's Remain vote was in fact contested.³⁴ As already noted, the Scottish Government's argument for a double majority requirement in the EU referendum – i.e., that there would need to be a majority in favour of Leave in each of the UK's constituent territories, as well as an overall majority, in order to authorise withdrawal from the EU – was rejected. The Scottish Government characterised this as a constitutional issue affecting the system of governance throughout the UK, and drew an analogy with federal states, in which constitutional change would typically require the consent of both central and regional tiers of government. However, the devolution statutes expressly reserved relations with the EU to the UK level institutions, as an aspect of foreign affairs; a matter which would not, in federal systems, be subject to a state-level veto.

The Scottish Government's attempt to revive the argument for a Scottish veto, this time via the Sewel – or Legislative Consent – Convention, was also unsuccessful. Here the argument was that legislation authorising withdrawal from the EU would have necessary implications for the powers of the devolved institutions, given the way in which EU decision-making cut across the division between UK and devolved decision-making competences; it thus engaged the Sewel Convention, which states that the UK Parliament will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the relevant devolved legislature(s). However, despite statutory recognition of the Sewel Convention in the Scotland Act 2016, the UK Supreme Court held in the famous *Miller 1* case, that it remained a conventional rule which was not justiciable.³⁵ The court therefore refused to rule on whether the convention was engaged by the decision to withdraw from the EU, which in turn enabled the UK Government to maintain its position that this was purely a matter for the UK-level institutions, to be dealt with in accordance with the UK-wide majority.

This approach was somewhat undermined by the fact that the UK Government *was* prepared to contemplate different arrangements for Northern Ireland. The Ireland/Northern Ireland Protocol to the EU Withdrawal Agreement provided for Northern Ireland to remain part of the EU single market for goods, in order to avoid a hard border between Northern Ireland and the Republic of Ireland. However, this was an outcome essentially forced upon the UK Government by the influence of the Irish Government over the EU's negotiating position,³⁶ as well as by the unique political and geographic

³⁴ See A. MCHARG - J. MITCHELL, *Brexit and Scotland*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 19/2017, p. 512.

³⁵ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

³⁶ See S. DE MARS - A. O'DONOGHUE, *Beyond Matryoshka Governance in the Twenty First Century: the Curious Case of Northern Ireland*, in O. DOYLE *et al.* (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom: Constitutions Under Pressure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

circumstances of Northern Ireland. Indeed, the Supreme Court in *Miller 1* equally rejected arguments that there was any *constitutional* requirement to accommodate Northern Ireland's Remain vote.³⁷

The UK Government was prepared to concede that the Sewel Convention was engaged in relation to legislation dealing with the domestic consequences of Brexit. But even here it would not accept that this gave the devolved legislatures a veto. Several key pieces of Brexit-related legislation were ultimately enacted in the face of an express refusal of consent by one or more of the devolved legislatures: the European Union (Withdrawal) Act 2018 (dealing with continuity of effect of EU law post-Brexit and the domestic allocation of repatriated EU decision-making competences); the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 (ratifying and implementing the EU Withdrawal Agreement); the United Kingdom Internal Market Act 2020 (regulating internal trade within the UK post-Brexit); and the European Union (Future Relationship) Act 2020 (implementing the Trade and Co-operation Agreement). In each case, the justification offered by the UK Government for legislating without devolved consent was minimal: it merely pointed to the fact that the Sewel Convention provides that the UK Parliament will not *normally* legislate with regard to devolved matters without consent, whereas the circumstances of Brexit were far from normal. There may have been some justification for this course of action in relation to the Withdrawal Agreement and Future Relationship Acts. In both cases, the legislation was enacted against hard time constraints, which would have meant leaving the EU, or ending the post-Brexit implementation period, without agreement as to what would come next. In addition, both involved implementation of international agreements, where the implications for devolved matters might be seen as being merely consequential upon the exercise of UK-level decision-making competences. However, no such arguments applied in relation to the EU (Withdrawal) Act or the UK Internal Market Act. In these cases, the decision to override the wishes of the devolved legislatures represented purely and simply a desire by the UK Government that its policy preferences on matters squarely within, or affecting the scope of, devolved competences should prevail. To that extent at least, it is hard to disagree that the Brexit has indeed exposed the constitutional vulnerability of Scotland's democratic choices within the UK.

The second part of the claim that Brexit amounts to a material change in circumstances since the 2014 referendum is, however, more problematic. While the question of EU membership was a significant issue in the referendum *campaign*, it is implausible to suggest that it was a major determinant of the way in which people *voted*. Evidence from the annual *Scottish Social Attitudes Surveys* indicates that, prior to the EU referendum, people's attitude towards the EU – broadly “Europhile” or “Eurosceptic” – was not related to their attitude towards independence; both groups were more or less equally likely to support or oppose

³⁷ See C. MCCRUDDEN - D. HALBERSTAM, *Miller and Northern Ireland: A Critical Constitutional Response*, in *Supreme Court Yearbook*, 2016-2017/8, p. 299.

independence³⁸. *Uncertainty* over the question of an independent Scotland's membership of the EU did, though, play a part in people's voting choices in 2014. Analysis of referendum voting patterns indicates that uncertainty over the effects of independence in general was a major factor influencing people to vote No, and the effect on EU membership was part of that general uncertainty. But it appears to have mattered less than uncertainty on other issues, particularly the economy and the currency³⁹.

Brexit does, nevertheless, appear to have made a difference both to overall levels of support for independence and to the composition of that support. The *Scottish Social Attitudes Surveys* recorded for the first time in 2016 plurality support for independence as the preferred constitutional outcome for Scotland (compared with devolution or no Scottish Parliament), and this became a narrow majority (51 *per cent*) for independence in 2019 (the latest figures available).⁴⁰ These findings mirror a slow rise in opinion polls over the same time period. This reached a peak during 2020, when polls consistently showed a majority in favour of independence, although this appears to have been a temporary phenomenon attributable to a more favourable perception of the Scottish Government's handling of the Covid-19 pandemic, compared with that of the UK Government.⁴¹ The more modest, but persistent rise in support for independence to around half of the Scottish electorate seems to be attributable to switching of allegiance on the independence question by those who voted No in 2014, but Remain in 2016.⁴² According to Curtis and Montagu, it seems clear that "the pursuit of Brexit has served to weaken the perceived merits of the Union in the eyes of a modest but significant body of voters north of the border."⁴³ This may be attributable either to the further strengthening of support for EU membership in Scotland since the 2016 referendum – 75 *per cent* of respondents to the 2019 *Scottish Social Attitudes Survey* said that they would vote to Remain in the EU if the question were asked again⁴⁴ – and/or to the impact of the claimed democratic deficit in the way in which the Brexit process has been handled in relation to Scotland.

The question remains why the rise in support for independence has not been larger? One factor is that switching on the independence question by No/Remain voters has been partially offset by switching in the other direction by Yes/Leave voters. Around a quarter of voters in each group has switched to the other side of the independence debate, although since the No/Remain group was larger than the Yes/Leave group to begin with, the impact of switching by these voters has been greater.⁴⁵ This also

³⁸ See J. CURTIS - I. MONTAGU, *Is Brexit Fuelling Support for Independence?*, ScotCen Social Research, 2020, pp. 17-18.

³⁹ R. LIÑEIRA *et al.* (eds.), *Voters' Response to the Campaign: Evidence from the Survey*, in KEATING (ed.), *cit.*, n. 2.

⁴⁰ See J. CURTIS - I. MONTAGU, *cit.*, pp. 6-8.

⁴¹ R. LIÑEIRA, *Valence Secession? Voting Shocks and the Independence Support in Scotland*, in *Politics and Governance*, 9/2021, p. 409.

⁴² J. CURTIS - I. MONTAGU, *cit.*, pp. 15-19.

⁴³ *Ibid.*, p. 20.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 10. Strong support (74%) was also recorded for an independent Scotland becoming a member of the EU.

⁴⁵ R. LIÑEIRA, *cit.*, p. 405.

means that support for independence is now much more strongly correlated with support for the EU than it was in 2020.⁴⁶ For those Europhiles who still oppose independence, we may speculate that either their attachment to the UK is stronger than their attachment to the EU, or that they continue to be swayed in favour of staying in the UK by ongoing uncertainty over the effects of independence. For risk-averse voters, the economic dislocation occasioned by Brexit may have underlined the risks associated with independence, while also introducing new problems, such as the difficulty of avoiding a hard border with the rest of the UK if an independent Scotland were to rejoin the EU. On the other hand, Brexit has evened-up the risk calculus somewhat, with remaining part of the UK now being perceived as a risky option as well.⁴⁷

Had the post-Brexit shift in favour of support for independence been more decisive, the Scottish Government's case for a second referendum would have been harder to resist. As things stand, however, holding another independence referendum now or in the near future is a hazardous option for both sides. For the UK government, the conditions are very different from those which pertained when it agreed to the 2014 referendum, when opinion polls suggested that it could be confident of winning. For the Scottish Government, were it to lose two independence referendums in relatively quick succession, it would be much harder to argue for a third one to be held before a much longer period of time had elapsed.

4. The question of the mandate

Even if Brexit has not decisively tilted public opinion in favour of independence, the Scottish Government can still claim a mandate to hold a second referendum. After all, when the SNP won an overall majority of seats in the Scottish Parliament at the 2011 General Election, the then UK Government immediately accepted that it had the democratic right to hold a referendum,⁴⁸ notwithstanding that public support for independence was very much lower than it is now. Thus, the Scottish Government's 2019 paper argued that “[f]ollowing the precedent of 2011, the UK Government has a democratic duty to recognise the Scottish Government's mandate and take steps to ensure that a referendum legislated for in Scotland can take place.”⁴⁹

⁴⁶ J. CURTIS - I. MONTAGU, *cit.*, pp. 15-19.

⁴⁷ For discussion of the effect of Brexit on the arguments for independence, see K. HUGHES (ed.) *An Independent Scotland in the EU*, Scottish Centre on European Relations, Edinburgh, 2020; E. HEPBURN *et al.* (eds.), *Scotland's New Choice: Independence After Brexit*, Centre on Constitutional Change, Edinburgh, 2021; K. HAYWARD - N. MCEWEN, *An EU Border Across Britain: Scotland's Borders After Independence*, Centre on Constitutional Change, Edinburgh, 2022.

⁴⁸ S. CARRELL, *Scottish Independence: Cameron Gives Green Light to Referendum*, in *The Guardian*, 8 May 2011.

⁴⁹ SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, p. 11.

One difference from 2011 is that the SNP gained an overall majority in the Scottish Parliament, an achievement that it has not matched since. However, it is doubtful that this matters, especially given the nature of the Scottish Parliament's electoral system, which is designed to prevent single party majority governments. Indeed, Ciaran Martin, a former UK civil servant who was in charge of negotiations with the Scottish Government over the 2014 referendum, wrote shortly before the 2021 Scottish Parliament election that:

“The position of the Scottish Government is arguably morally stronger than it was in 2011, when no-one expected an SNP majority and the issue of holding a referendum did not feature prominently in the campaign. In 2021, it is impossible to miss. If – and given the electoral system, it is a huge if – the SNP and its pro-independence referendum allies win an overall majority (whether SNP only, or SNP plus like-minded allies makes no difference), it will be impossible to argue that this was not a conscious choice by Scottish voters in favour of a referendum.”⁵⁰

The UK Government's acceptance of the 2011 mandate was also somewhat contradictory, in that it simultaneously argued that the Scottish Parliament had no legal power to authorise a referendum:⁵¹ how could the Scottish Government have a mandate for something that was outwith its legal competence? No doubt there was an element of political calculation involved here; the UK Government may have expected a relatively easy victory which would have taken the independence issue off the political agenda.⁵² However, Martin claims that it would have been inconceivable that the mandate could have been ignored, because it would have undermined the status of the UK as a voluntary union based on consent.⁵³ In other words, implicitly at least, the UK Government in 2011 accepted that Scots had a right to self-determination, and that the Scottish Parliament was the authoritative voice of the Scottish people on this question.

In relation to a second independence referendum, though, the Scottish Government's mandate has not been treated as decisive. Instead, a variety of different reasons have been offered – by different people and at different times:⁵⁴ that other issues should take priority (such as implementing Brexit or tackling the Covid-19 pandemic or the climate emergency); that the 2014 referendum was a “once in a generation event” (a generation being defined as anything between 25 and 50 years); or that there would need to be

⁵⁰ C. MARTIN, *Resist, Reform, or Re-Run? Short and Long-Term Reflections on Scotland and Independence Referendum*, Blavatnik School of Government, University of Oxford, 2021, p. 15.

⁵¹ UK GOVERNMENT, *Scotland's Constitutional Future: A Consultation on Facilitating a Legal, Fair and Decisive Referendum on Whether Scotland Should Leave the United Kingdom*, CM 8203, 2012.

⁵² M. KEATING - N. MCEWEN, *The Scottish Independence Debate*, *cit.*, p. 2.

⁵³ C. MARTIN, *Resist*, *cit.*, pp. 12-13.

⁵⁴ See generally D. TORRANCE, *Scottish Independence Referendum: Legal Issues*, House of Commons Library, CBP9104, 2021, ch. 6.

clear and consistent support for independence in the opinion polls (again with no settled understanding of what level of support would be required and for how long).

In addition to being vague, none of these alternative trigger criteria for a second referendum has a strong basis in either principle or precedent. Whether pursuing independence is more or less important than other political objectives is a matter of opinion on which people can reasonably degree. As for the “once in a generation” argument, this is founded on statements by the Scottish Government during the 2014 referendum campaign that the referendum was a “once in a generation event”. Statements made to encourage voters to seize the opportunity available to them have been recast as some sort of binding political promise; a position Martin describes as both “nonsensical” and as presenting obvious dangers to democracy.⁵⁵ While an argument could be made in principle both for a minimum period between secession referendums and for some minimum level of public support in order to trigger a vote, there has been no attempt to specify such conditions in advance, though the opportunity to do so was available after the 2014 referendum. Nor is there any attempt at consistency with the precedent set by the Northern Ireland Act 1998, which specifies a minimum period of only seven years between unification referendums (reduced from ten years under the Northern Ireland Constitution Act 1973), and provides that a referendum must be held if it appears that a (simple) majority would vote for a united Ireland.⁵⁶

What these various responses have in common, though, is that they all imply that it is for the *UK* Government, not the Scottish Government, to determine if and when a second referendum should take place. In other words, that when and whether Scotland can become independent is at the discretion of the UK state, rather than a right enjoyed by the people of Scotland and their elected representatives. To quote Martin again:

“The formal position of the government of the United Kingdom appears to be that there will be no lawful or democratic route by which to achieve Scottish independence for an unspecified number of decades.

This is irrespective of how Scotland votes ... at any ... election during this unspecified period.... the Union as we understand it will have changed fundamentally.

In effect, it would change the Union from one base on consent, to one based on the force of law.

That would be the most profound transformation in the internal governance of the United Kingdom since most of Ireland left, ... a century ago.”⁵⁷

⁵⁵ C. MARTIN, *Resist, cit.*, p.16.

⁵⁶ Northern Ireland Act 1998, sch. 1, par. 2.

⁵⁷ Above n.50, p.5.

5. Overcoming the impasse

In the absence of a clear legal framework governing secession referendums in Scotland, the Scottish Government has a plausible, albeit not overwhelming, case for arguing that it should be permitted to revisit the independence question in the wake of Brexit. However, since it is a case founded largely upon political understandings and political precedents, rather than constitutional law, the Scottish Government is unable to compel the UK Government to co-operate to allow such a referendum to take place on an agreed and legally secure basis, as occurred in 2014. For its part, the UK Government is seeking to take advantage of that lack of legal clarity to enable it to control the circumstances and timing of any future independence referendum, but without explicitly contesting the fundamentals of the Scottish Government's case. The independence debate in Scotland is thus stuck in questions of process rather than substance; caught between rival claims to constitutional authority and competing understandings of constitutional legitimacy, with a large dose of political opportunism and motivated reasoning to be found on both sides. The result appears to be stalemate.

How, if at all, might this impasse be overcome?

The most plausible option, in the short term, is for the Scottish Government to try to proceed to hold a referendum without the agreement of the UK Government. Although the UK Government argued prior to the 2014 referendum that the Scottish Parliament had no authority to legislate for a referendum, this position was disputed⁵⁸ and the point was never conclusively settled. While the Scotland Act 1998 clearly places legislation which “relates to ... the Union of the Kingdoms of Scotland and England” beyond the competence of the Scottish Parliament,⁵⁹ it is less clear whether a purely advisory referendum on independence would “relate to” the Union in a sufficiently material sense. As noted above, the two governments agreed to amend the Scotland Act to make it clear that the reservation of the Union “does not reserve a referendum on the independence of Scotland from the rest of the United Kingdom”⁶⁰ in order to put the matter beyond legal challenge. However, the authorisation was temporary (and conditional) only: a referendum had to be held no later than 31 December 2014; and in fact the amendment has since been repealed,⁶¹ thus returning the legal position to the *status quo ante*. A recent attempt to clarify the issue through an advisory ruling was rebuffed on grounds of prematurity: the competence question could only be tested, according to the court, in the context of a particular bill.⁶²

Should the Scottish Parliament pass a bill authorising a second referendum, however, its competence is certain to be challenged before the courts. The Scotland Act permits both pre-enactment challenges via

⁵⁸ For discussion, see, e.g., D. TORRANCE, *op.cit.*, chs. 3 and 5.

⁵⁹ Scotland Act 1998, s.29(2)(b) and Sch.5, Part I, par.1(b).

⁶⁰ The Scotland Act 1998 (Modification of Schedule 5) Order 2013, SI 2013/242.

⁶¹ Scotland Act 2016, s. 10(5).

⁶² *Keatings v Advocate General for Scotland* 2021 CSIH 25.

a reference by either the UK Government's or the Scottish Government's law officers direct to the Supreme Court,⁶³ and post-enactment challenges via the ordinary processes of judicial review⁶⁴ by anyone with "sufficient interest" in the matter; a widely-drawn test which could include any voter, political party or relevant campaign group. However, a referendum bill might not even make it that far. Anyone introducing a bill into the Scottish Parliament must state that, in their opinion, the bill would be within the legislative competence of the Parliament,⁶⁵ and in relation to Scottish Government bills, competence statements must first have been cleared (under the Scottish Ministerial Code) with the Scottish Government's law officers.⁶⁶ Although a positive competence statement does not require absolute certainty that a challenge to the *vires* of a bill would not succeed, it does give law officers an effective veto over whether or not a bill can be introduced.⁶⁷ Particularly in light of recent restrictive interpretations of the scope of devolved competence from the Supreme Court,⁶⁸ it is possible that the delay in introducing a referendum bill into the Scottish Parliament is attributable to qualms on the part of the law officers that it would not survive a *vires* challenge.

But even if a referendum bill did survive legal challenge, a unilateral referendum is likely to lack the perceived legitimacy of the agreed 2014 referendum, which could lead to a boycott by unionists. In addition, to secure a valid secession within the terms of the UK's constitutional order, the co-operation of the UK Government would still be required in order for Scotland actually to become independent. The Scottish Government might hope that a vote in favour of independence in a unilateral referendum would place pressure on the UK Government to co-operate, but that cannot be guaranteed. Alternative pathways to independence which seek to avoid a referendum (which is not, in strict terms, constitutionally required), such as via a "plebiscitary election" for either the Scottish or UK Parliament, would face the same obstacle.⁶⁹ A unilateral declaration of independence is also a theoretical possibility, but in practical terms a non-starter, as the Scottish Government is well aware. As its 2019 paper stated, "When they make a decision about their future, the people of Scotland must do so in the knowledge that their decision will be heard and respected and given effect to: not just by the government in Scotland, but also by the UK

⁶³ Scotland Act 1998, s. 33.

⁶⁴ Scotland Act 1998, s. 98 and Sch. 6.

⁶⁵ Scotland Act 1998, s. 31(1). Separately, the Parliament's Presiding Officer must make a statement as to *whether* they consider the Bill to be within competence (s. 31(2)), but a negative competence certificate does not prevent the bill proceeding.

⁶⁶ SCOTTISH GOVERNMENT, *Scottish Ministerial Code*, 2018, par. 3.4.

⁶⁷ See generally C. MCORKINDALE - J. HIEBERT, *Vetting Bills in the Scottish Parliament for Legislative Competence*, in *Edinburgh Law Review*, 21/2017, 319.

⁶⁸ See: *Reference re the UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* [2018] UKSC 64, [2019] AC 1022; *Reference re the United Nations Convention on the Rights of the Child (Incorporation) (Scotland) Bill and the European Charter of Local Self-Government (Scotland) Bill* [2021] UKSC 42.

⁶⁹ See C. MCCORKINDALE - A. MCHARG, *Constitutional Pathways*, *cit.*, pp. 40-41.

Government, by the European Union and by the international community. For a referendum to have this legitimacy, it must have the confidence of all those that it would effect [sic]. This means not just the UK Government acknowledging and respecting the Scottish Government's mandate, but the Scottish Government and UK Government seeking to agree the proper lawful basis for the referendum to take place."⁷⁰

Unilateral action to break the impasse by the *UK Government* is also a possibility. This could take the form, for example, of legislation to put it beyond doubt that the Scottish Parliament *cannot* legislate for another independence referendum, or alternatively a Canadian-style "Clarity Act" placing restrictive conditions on the timing and authorisation of future referendums. Such legislation seems unlikely as things stand, as it would almost certainly be seen as an unnecessarily provocative act. However, it would become *more* likely as a response to unilateral action by the Scottish Government. Indeed, during the Brexit process, the UK Government showed itself to be willing to secure the amendment of the Scotland Act (without devolved consent) in order to resolve a political dispute with the Scottish Government over the repatriation of EU decision-making competences by legal fiat.⁷¹

A second way of resolving the situation would be a decisive change in public opinion: either an increase in support for independence to such a level that the UK Government would find it difficult to ignore; or a fall in support such that the Scottish Government could no longer plausibly keep pressing the case for a second referendum. Indeed, this seems likely to be the strategy behind the UK Government's tactic of postponing a second referendum until some unspecified future point. Over time, the salience of Brexit as an issue affecting political preferences might be expected to decline. More positively, delay buys time for the UK Government to attempt to rebuild support for the Union.

In fact, the current UK Government appears to be pursuing a policy described as "muscular unionism",⁷² which seeks to counter the disintegrative tendencies in the UK's current territorial governance arrangements⁷³ by shoring up a common sense of British national identity. This entails not only emphasising the benefits to the devolved nations in being part of the UK, but also increasing the presence and visibility of the UK Government in areas of devolved decision-making, particularly through spending, as well as curtailing the autonomy of the devolved institutions. In contrast to earlier forms of unionism which were comfortable with the recognition of national differences, and tolerant of national

⁷⁰ SCOTTISH GOVERNMENT, *cit.*, p. 20.

⁷¹ See A. MCHARG - C. MCCORKINDALE, *The Supreme Court and Devolution: the Scottish Continuity Bill Reference*, in *Juridical Review*, 2019, 190.

⁷² See L. ANDREWS, *The Forward March of Devolution Halted and the Limits of Progressive Unionism*, in *The Political Quarterly*, in 92/2021, 512; C. MARTIN, *Can the UK Survive Muscular Unionism?*, in *Political Insight*, 12/2021, 336.

⁷³ See A. MCHARG, *The Model of Territorial Decentralisation in the United Kingdom* (2020) 2 *Rivista del Gruppo di Pisa* 65.



autonomy,⁷⁴ muscular unionism proceeds on the assumption that the root cause of dissatisfaction with the union is *too much* national autonomy, particularly insofar as the creation of devolved parliaments and governments have provided a platform for nationalist political parties.

As a strategy for seeing off the threat of Scottish independence, muscular unionism is highly risky. It not only fails to understand the much longer historical roots of the rise of political nationalism in Scotland, but it could also further alienate Scottish voters. Insofar as it asserts the legitimacy of decision-making by reference to a UK-wide majority, even in areas of unequivocally devolved competence, it draws further attention to the democratic deficit in the governance of Scotland. Undermining devolution is also unlikely to be political popular in Scotland, where anti-devolution sentiment remains very much a minority position.⁷⁵ In any case, the demographics of support for independence suggest that overall levels are more likely to rise than to fall: opinion polls now consistently show majority support for independence in all age groups under 60, with the highest levels of support amongst the youngest voters.⁷⁶ But either way, absent further political shocks like the 2014 independence referendum or Brexit, movements in public opinion are likely only to take place over the long-term rather than the short-term.⁷⁷

Finally, the role of political luck in overcoming the present stalemate over a second referendum should not be discounted. Were the SNP to lose office in Scotland in favour of one of the unionist parties, a second independence referendum would be off the political agenda, whatever the underlying state of public support for independence. While the SNP currently seems dominant in Scottish politics, splits have recently emerged in the hitherto highly disciplined nationalist movement, related both to strategy on independence and disagreements on other policy issues. Election outcomes can also be affected by tactical voting. Hence a further benefit, from the pro-Union perspective, of the UK Government's tactic of delaying a second referendum is that it buys time for a reversal in the SNP's political fortunes; something that may become more likely the longer the party fails to deliver a second referendum. But political luck may also favour the Scottish Government. The 2014 referendum came about essentially by chance, as a consequence of the SNP's unexpected majority at the 2011 Scottish Parliament election, and a second one may be secured by chance as well – perhaps as the price of maintaining a future minority government in office at UK level.

⁷⁴ See, e.g., C. KIDD, *Union and Unionisms: Political Thought in Scotland, 1500-2000*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; TORRANCE, *cit.*

⁷⁵ The 2019 *Scottish Social Attitudes Survey* put support for abolishing the Scottish Parliament at only 7% - See J. CURTIS - I. MONTAGU, *cit.*, p. 6.

⁷⁶ See R. LÍNEIRA, *Valence Secession?*, *cit.*, pp. 407-408.

⁷⁷ See *ibid.*, pp. 400-401.



Without the benefit of a crystal ball, though, there is no obviously foreseeable way of ending the constitutional impasse, which means that the independence question is likely to continue to dominate Scottish politics for some considerable time to come.



Northern Ireland's Post-Brexit Constitution*

by **Gordon Anthony**

Professor of Public Law
Queen's University - Belfast

Abstract [En]: The article briefly describes the nature of the Belfast Agreement, before turning to note the content and structure of the Ireland-Northern Ireland Protocol. It then considers the decision of the Court of Appeal in *Allister* and its findings in relation to the consent principle. The Court of Appeal essentially reasoned that the UK Parliament has given domestic legal effect to the Protocol in a manner that is intended to override Article 6 of the Act of Union. The article offers some comments about what this means for Northern Ireland's constitution in its current state of development, as well as for patterns in judicial decision-making in the wider UK constitution. It concludes with some comments about constitutional futures on the island of Ireland

Titolo: La Costituzione dell'Irlanda del Nord post-Brexit

Abstract [It]: L'articolo descrive brevemente la natura del Belfast Agreement, prima di focalizzarsi sul contenuto e sulla struttura del Protocollo sull'Irlanda-Irlanda del Nord. Quindi, si considera la decisione della Corte di Appello nel caso *Allister* e le sue conclusioni in relazione al principio del consenso. In sostanza, per la Corte d'Appello, il Parlamento britannico ha dato seguito al Protocollo violando l'art. 6 dell'Act of Union. L'articolo riflette su ciò che questo implica per la Costituzione dell'Irlanda del Nord nel suo attuale stato di sviluppo così come per il trend circa il ruolo del giudiziario nell'ambito della Costituzione britannica in senso lato. Infine, le riflessioni conclusive sono dedicate al futuro costituzionale dell'isola d'Irlanda.

Keywords: Northern Ireland Protocol; Belfast Agreement; Act of Union; post-Brexit Constitution

Parole chiave: Protocollo sull'Irlanda del Nord; Belfast Agreement; Act of Union; Costituzione post-Brexit

Contents: 1. Introduction. 2. The Belfast Agreement. 3. The Protocol. 4. The challenge to the Protocol. 5. Conclusion.

1. Introduction

This article considers one of the most controversial aspects of Brexit: the Ireland-Northern Ireland Protocol and its stated objective of protecting the Belfast Agreement of 1998 “in all its dimensions”.¹ The Belfast Agreement is the document that grounded political stability in Northern Ireland after a period of conflict between 1969-1998, and the Northern Ireland Act 1998 that gives effect to much of its content has since been described as a “constitution for Northern Ireland”.² While Northern Ireland's political

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Protocol, at Article 1(3). See also the 4th paragraph of the Recital to the Protocol, which reads: “*Affirming that the Good Friday or Belfast Agreement of 10 April 1998 between the Government of the United Kingdom, the Government of Ireland and the other participants in the multi-party negotiations (the ‘1998 Agreement’), which is annexed to the British-Irish Agreement of the same date (the ‘British-Irish Agreement’), including its subsequent implementation agreements and arrangements, should be protected in all its parts*”. On the Protocol see C. MCCRUDDEN (ed), *The Law and Practice of the Ireland-Northern Ireland Protocol*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022.

² *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32, [2002] NI 390, 402, para 25, Lord Hoffmann. On the Belfast Agreement see C. HARVEY (ed), *Human Rights, Equality and Democratic Renewal in Northern Ireland*, Oxford, Hart Publishing, Oxford, 2001.

institutions have functioned on only a “staccato” basis in the intervening years,³ it is widely accepted that the Belfast Agreement (which was endorsed by parallel referenda in Northern Ireland and Ireland on 22 May 1998) brought peace and a heightened level of political cooperation to Northern Ireland. A large part of the reason for this was the fact that the Belfast Agreement fastened upon fluid notions of citizenship and national identity, in circumstances where UK and Irish membership of the European Union ensured a wider, commonality of values and an absence of borders. However, with the UK government’s preferred model of Brexit meaning that an economic border would be established between the UK and European Union, a recurring question was whether that border should be placed on the island of Ireland or in the Irish sea that separates Northern Ireland from Great Britain. The answer in the Protocol was that it would be placed in the Irish sea, albeit there would be efforts “to avoid a hard border” and a “shared aim of avoiding controls at the ports and airports of Northern Ireland ...”.⁴ The particular focus of this article is on the relationship between the Protocol and the so-called “consent” principle in the Belfast Agreement.⁵ While the Belfast Agreement necessarily addressed a wide range of interrelated legal and political issues – some of which are described below – the consent principle is of foundational importance to it and was given legal form in section 1 of the Northern Ireland Act 1998. Its fundamental purpose – as was confirmed by the Supreme Court in the *Miller* case on Brexit – is to accommodate competing constitutional aspirations by recognising (a) that Northern Ireland is an integral part of the UK but that (b) it will form a part of a United Ireland should that become the expressed wish of the majority of its electorate and that in Ireland.⁶ The importance of the principle is reflected in Article 1(1) of the Protocol, which declares that the Protocol is to be “*without prejudice to the provisions of the 1998 Agreement in respect of the constitutional status of Northern Ireland and the principle of consent, which provides that any change in that status can only be made with the consent of a majority of its people*”. Notwithstanding this clause, it has been argued by British Unionists in Northern Ireland that the economic border in the Irish sea undermines the consent principle because it, among other things, contravenes Article 6 of the Act of Union of 1800 between Ireland and Britain. That Article guarantees the unfettered movement of goods

³ For the term “staccato” see *Robinson* n 2 above, para 7, Lord Bingham.

⁴ Article 1(3) of, and the 11th paragraph of the Recital to, the Protocol.

⁵ See R. MACGINTY et al., *Consenting Adults: The Principle of Consent and Northern Ireland’s Constitutional Futures*, in *Government and Opposition*, 36, 2001, pp. 472 ss.

⁶ Belfast Agreement, Annex (British-Irish Agreement), “Constitutional Issues”. Section 1 of the Northern Ireland Act 1998 reads: “(1) *It is hereby declared that Northern Ireland in its entirety remains part of the United Kingdom and shall not cease to be so without the consent of a majority of the people in Northern Ireland voting in a poll ... (2) But if the wish expressed by a majority in such a poll is that Northern Ireland should cease to be a part of the United Kingdom and form part of a United Ireland, the Secretary of State shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty’s Government in the United Kingdom and the Government of Ireland*”. For the *Miller* ruling see *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 3, [2018] AC 61, 163, paragraph 135: “*In our view, this important provision, which arose out of the Belfast Agreement, gave the people of Northern Ireland the right to determine whether to remain part of the United Kingdom or to become part of a united Ireland*”.

within the UK's internal market but, given that the Protocol complicates such movement of goods, it has been said that Northern Ireland's position within the UK has been weakened without the required majority support for that change. It is an argument that has (so far) been unsuccessful in the courts – the Court of Appeal in Northern Ireland held on 14 March 2022 in *Re Allister's Application* that the Protocol is consistent both with the consent principle and the wider body of UK constitutional law.⁷

The article is structured as follows. In the next section (section II), it describes in outline form the nature of the Belfast Agreement, before turning, in section III, to note the content and structure of the Protocol. Section IV then considers the decision of the Court of Appeal in *Allister* and its findings in relation to the consent principle. As will be seen, the Court of Appeal essentially reasoned that the UK Parliament – which remains legally sovereign under the wider UK constitution⁸ – has given domestic legal effect to the Protocol in a manner that is intended to override Article 6 of the Act of Union. The Court on that basis held that “*there is no reason to doubt that a sovereign Parliament [that enacted legislation to give effect to the Protocol] knew what the legislation involved, particularly the arrangements on Northern Ireland*”⁹ and that “*the fundamental thrust of the Act of Union remains unchanged*”.¹⁰ The article offers some comments about what this means for Northern Ireland's constitution in its current state of development, as well as for patterns in judicial decision-making in the wider UK constitution. It concludes, in section V, with some comments about constitutional futures on the island of Ireland.¹¹

2. The Belfast Agreement

The range of issues that are addressed in the Belfast Agreement – all of which ultimately complement the consent principle – centre upon three “Strands”: “Strand one” on Northern Ireland's internal institutional arrangements; “Strand two” on North/South cooperation on the island of Ireland; and “Strand three” on East-West relations as between Ireland and Britain. The precise detail of the rules under these Strands is not so important here as the fact that the Strands are mutually reinforcing and characterised by a form of consociational, multi-layered governance.¹² In terms of consociationalism – or power-sharing – this defines institutional relations under Strand one, where there is a mandatory system

⁷ The case is not yet reported.

⁸ For recent judicial rulings to that effect in the context of Brexit see, among others, *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2018] AC 61; and *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* [2018] UKSC 64, [2019] AC 1022.

⁹ *Re Allister's Application*, not yet reported, judgment of Keegan LCJ, at paragraph 206.

¹⁰ *Re Allister's Application*, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, at paragraph 114.

¹¹ For some perspectives see O. DOYLE, A. MCHARG, AND J. MURKENS (eds), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

¹² See generally B. O'LEARY, *A Treatise on Northern Ireland, Vol III: Consociation and Confederation*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

of coalition between Northern Ireland's British/Unionist and Irish/Nationalist ethno-national groups.¹³ While the system for government includes ethno-national blocking mechanisms that can be used to stifle policy initiatives – notably the petition of concern, noted below¹⁴ – the system remains predicated upon a nuanced conception of political equality. This is where the idea that the Northern Ireland Act 1998 is a “constitution” first took form, as the House of Lords (now Supreme Court) used the epithet in a case about the interpretation of the relevant rules on the formation of executive government.¹⁵ It is a constitution that is also based upon a number of other provisions that defined a “new constitutionalism” for Northern Ireland – among them, guarantees in the Belfast Agreement about the protection of human rights and non-discrimination, where there were linkages both to EU law and the law of the European Convention on Human Rights.¹⁶

The multi-layered dimension to the governance arrangements takes form through Strands two and three. Taking first North/South cooperation, this centres upon a North/South Ministerial Council (NSMC) that brings together Ministers from Northern Ireland and Ireland for cooperation on matters of mutual interest.¹⁷ British/Unionist support for this institution was initially contingent upon recognition of Northern Ireland's place within the UK, where the consent principle led to amendment of Articles in the Irish Constitution of 1937 that had laid territorial claim to Northern Ireland.¹⁸ The corresponding role of the NSMC is to enable “*those with executive responsibilities ... to develop consultation, co-operation and action within the island of Ireland ... on matters of mutual interest within the competence of the Administrations, North and South*”.¹⁹ Prior to Brexit, this had included cooperation in a number of policy areas governed by EU law, and the Belfast Agreement required the NSMC to “*consider the EU dimension of relevant matters, including the implementation of EU policies and programmes ... Arrangements [are] to be made to ensure that the views of the [NSMC] are taken into account and represented appropriately at relevant EU meetings*”.²⁰ Its work in this regard was to be complemented by a further British-Irish Agreement of 1999 which created a number of North/South

¹³ See Northern Ireland Act 1998, Part III.

¹⁴ Northern Ireland Act 1998, section 42.

¹⁵ *Robinson v Secretary of State for Northern Ireland* [2002] UKHL 32, [2002] NI 390, 402, para 25, Lord Hoffmann.

¹⁶ See, as originally enacted, Northern Ireland Act 1998, ss 6, 24, 68-71 (as read with and Sch 7); and 73-76 (as read with Schs 8 & 9). For the term “new constitutionalism” see J. MORISON and M. LYNCH, *Litigating the Agreement: Towards a New Judicial Constitutionalism for the UK from Northern Ireland?*, in J. MORISON, K. MCEVOY and G. ANTHONY (eds), *Judges, Transition and Human Rights: Essays in Memory of Stephen Livingstone*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 105.

¹⁷ See further D. BIRRELL, *Intergovernmental Relations and Political Parties in Northern Ireland*, in *British Journal of Politics and International Relations*, 14, 2021, pp. 270 ss.; and Northern Ireland Act 1998, Part V.

¹⁸ Articles 2 and 3. For commentary see D. CLARKE, *Nationalism, the Irish Constitution, and Multicultural Citizenship*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 51, 2000, p. 100.

¹⁹ *Agreement reached in the multi-party negotiations*, Strand two, para 1.

²⁰ *Agreement reached in the multi-party negotiations*, Strand two, para 17. And see Northern Ireland Act 1998, Sch 2, para 3.

“implementation bodies” that work in areas that included waterways, food safety, and the implementation of special EU programmes.²¹

East-West relations between Ireland and Britain are curated through a British Irish Council (BIC). The BIC’s role is not as far-reaching as that of the NSMC, as it is a discussion forum that brings together representatives of the UK and Irish Governments and the executives in Northern Ireland, Scotland and Wales (as well as the Isle of Man and the Channel Islands) so that they might “*promote the harmonious and mutually beneficial development of the totality of relationships among the peoples of these islands*”.²² The absence of a more pronounced policy dimension to the work of the BIC means that it does not bare direct comparison to the NSMC in terms of governance and decision-making. That said, the ascription of such functions to the BIC arguably was neither necessary nor desirable, as it was intended to play a different role under the new arrangements. In short, the BIC had a particular political significance at the time of the Belfast Agreement in so far as Unionists in Northern Ireland thought it would provide a counterbalance to the “Irish dimension” that was associated with the NSMC. While it has been argued that the BIC initially played a much broader role in terms of normalising British–Irish relations²³ – there is also a British–Irish Intergovernmental Conference that brings together “*the British and Irish Governments to promote bilateral co-operation at all levels on matters of mutual interest within the competence of both Governments*”²⁴ – its origins remain very much tied to the Unionist position in Northern Ireland. The relevance of that position is returned to in section V, below.

3. The Protocol

Turning to the Protocol, the first point to be made about it is that it creates “legal hybridity” in so far as Northern Ireland’s legal and political institutions now have obligations in relation to two constitutional orders: the UK, and the European Union. This is one consequence of the European Union (Withdrawal) Act 2018, which was amended to incorporate the Withdrawal Agreement of 2019 (including the Protocol) into UK law.²⁵ The first purpose of the Act of 2018 is to make provision for the domestic legal effects of Brexit and it, among other things, repealed the European Communities Act 1972 that had previously given effect to the obligations of EU membership; kept much of EU law on the statute book as “retained

²¹ *Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Ireland establishing implementation bodies*, 8 March 1999. For implementation see, in the UK, Northern Ireland Act 1998, s 55, and North/South Co-operation (Implementation Bodies) (NI) Order, 1999, SI 1999/859; and, in the Republic of Ireland, the British-Irish Agreement Act, 1999. On their place in the Belfast Agreement see *Agreement reached in the multi-party negotiations*, Strand two, paras 9-11.

²² *Agreement reached in the multi-party negotiations*, Strand three, ‘British–Irish Council’, para 1. The leading commentary on the BIC remains V. BOGDANOR, *The British–Irish Council and Devolution*, in *Government and Opposition*, 34, 1999, p. 287.

²³ J. COAKLEY, *British Irish Institutional Structures: Towards a New Relationship*, in *Irish Political Studies*, 29, 2014, p. 76.

²⁴ *Agreement reached in the multi-party negotiations*, Strand three, ‘British-Irish Intergovernmental Conference’, para 2.

²⁵ Amendments were made by the European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020.

EU law”]; and expressly limited the reach of the supremacy doctrine.²⁶ These aspects of the Act apply equally in Northern Ireland in matters that are not governed by the Protocol, and the Northern Ireland Assembly and Executive are thus able to modify retained EU law in accordance with their own preferences (albeit not where the UK government has ring-fenced areas from change).²⁷ Cases before the courts that are not governed by the Protocol are likewise to be determined in the light of the new rules in the Act of 2018 – at their height, no application of the supremacy doctrine; no role for the Charter of Fundamental Rights; no Article 267 TFEU references to the Court of Justice; a narrowing of the scope of application of the general principles of EU law; and no *Francovich* damages claims.²⁸

The position under the Protocol is wholly different, as EU law retains supremacy and is to be given effect on its own terms. The starting point here is Article 4(1) of the Withdrawal Agreement, which reads:

“The provisions of this Agreement and the provisions of Union law made applicable by this Agreement shall produce in respect of and in the United Kingdom the same legal effects as those which they produce within the Union and its Member States ... the United Kingdom shall ensure ... its judicial and administrative authorities [have powers] to disapply inconsistent or incompatible domestic provisions”.

This is, of course, a reformulation of the supremacy doctrine that applied during membership of EU, and it is to be read alongside Article 12(4) of the Protocol (which retains some role for the Court of Justice under Article 267 TFEU in relation to the economic border) and a statement, in Article 13(2) of the Protocol, that: *“the provisions of this Protocol referring to Union law or to concepts or provisions thereof shall in their implementation and application be interpreted in conformity with the relevant case law of the Court of Justice”.* Taken together, these provisions mean that those aspects of EU law that have effect under the Protocol are “locked into” Northern Ireland law and that the Northern Ireland Assembly and Executive cannot act in contravention of them. They also place the courts in a very different position when a case is heard under the Protocol – the supremacy doctrine applies; the Charter of Fundamental Rights will apply if a case concerns the “implementation” of EU law; Article 267 TFEU references are possible; the general principles of EU law apply in accordance with the supremacy principle; and *Francovich* claims are possible. The fuller text of the Protocol begins with a Recital that notes the core principles of the Northern Ireland constitution and the rationale for the Protocol. At Article 1, it confirms that it is *“without prejudice to the provisions of the 1998 Agreement in respect of the constitutional status of Northern Ireland and the principle of consent”* and that it *“sets out the arrangements necessary to address the unique circumstances on the island of Ireland, to maintain the necessary conditions for continued North-South cooperation, to avoid a hard border and to protect the 1998 Agreement in all its dimensions”.* Article 2 imposes an obligation on the UK government to ensure that Brexit does not

²⁶ European Union (Withdrawal) Act 2018, sections 1-5.

²⁷ Northern Ireland Act 1998, sections 6A and 24(3)-(15).

²⁸ European Union (Withdrawal) Act 2018, section 5, and Schedule 1.

result in any “*diminution of rights, safeguards or equality of opportunity, as set out*” in the Belfast Agreement; while Article 3 confirms that the United Kingdom and Ireland may continue to co-operate with one another within the framework of their Common Travel Area, but that the United Kingdom has a duty to “*ensure that the Common Travel Area and the rights and privileges associated therewith can continue to apply without affecting the obligations of Ireland under Union law*” (with particular emphasis on movement of persons). Articles 4-10 deal with the economic border – essentially, Northern Ireland remaining within the EU’s customs union and internal market in goods – where, as above, the Court of Justice retains a role under Article 267 TFEU in respect of Articles 5 and 7-10 (Article 6 provides guarantees in relation to the UK’s own internal market). By Article 11, North-South cooperation on the island of Ireland is safeguarded; whilst Articles 12-16 address the institutional arrangements related to the working of the Protocol, including, *per* Article 16, the option for either the European Union or the UK unilaterally to take safeguarding measures where the “*Protocol leads to serious economic, societal or environmental difficulties that are liable to persist, or [leads] to diversion of trade*”. Article 17 is in the form of an obligation on the part of the European Union and UK “*to counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests*” of the European Union and/or the UK.

The Protocol’s final substantive provision is Article 18 (there is a further Article 19, which cross-references Annexes to the main text). This Article – titled “Democratic consent in Northern Ireland” – gives the Northern Ireland Assembly a role in determining whether the economic border should remain in place in the future. The Article here provides that, in 2024, the UK government must “*seek democratic consent in Northern Ireland in a manner consistent with the [Belfast] Agreement*” for the continued application of Articles 5-10 of the Protocol. Three possible outcomes are noted in the Article: (i) that a bare majority within the Northern Ireland Assembly votes to continue the application of Articles 5-10, in which instance they will apply for a further 4 years; (ii) that a majority of Unionists and a majority of Nationalists within the Assembly vote to continue the application of Articles 5-10, in which instance that that will occur for 8 years; and (iii) that a majority in the Assembly vote not to continue the operation of Articles 5-10, in which instance Articles 5-10 will remain in force for a further 2-year period during which time a Joint Committee of the EU and UK must make recommendations about future arrangements “*taking into account the obligations of the parties to the [Belfast] Agreement*”. The mechanisms for obtaining one of these outcomes – “*including with respect to the roles of the Northern Ireland Executive and Assembly*” – are a matter for the UK alone.²⁹

The idea of consent that is found in Article 18 is not the same as the consent principle that underlies the Belfast Agreement, as that foundational principle refers to an expression of the wishes of the people

²⁹ See the UK government’s *Unilateral Declaration on Consent*, 19 October 2019, at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/840232/Unilateral_Declaration_on_Consent.pdf.

voting in a referendum, rather than a representative model of democracy. Nevertheless, Article 18 has also been central to debates about the Protocol and, indeed, the legal challenge to it. As will be seen in the next section, this is because the UK government modified the Northern Ireland Act 1998 to remove the “petition of concern” mechanism from any vote on the future of the economic border. That mechanism, which was noted above, allows either the British Unionist or Irish Nationalist groupings within the Northern Ireland Assembly to veto motions and proposals with which they disagree. Of course, had the Northern Ireland Act 1998 not been modified, the petition of concern could potentially have been used by Unionists to “veto” a vote in support of outcome (i) under Article 18. The government thus wrote that prospect out of the Northern Ireland Act 1998 in a manner that was said to be inconsistent with the Northern Ireland Act 1998’s status as a “constitution”.

4. The challenge to the Protocol

The key to understanding the challenge to the Protocol – brought as *Re Allister’s Application* – lies in a wider body of UK case law on so-called “constitutional statutes”.³⁰ The term was first (and famously) used by Laws LJ in the case of *Thoburn*, which raised a question about the basis for EU law’s supremacy in domestic law under the terms of the European Communities Act 1972.³¹ UK courts had, to the date of that judgment, simply accepted that the European Communities Act 1972 prevailed over a conflicting Act of the UK Parliament, even when that conflicting Act had been enacted subsequent to the Act of 1972 and should, under the doctrine of implied repeal, have been taken to override the Act of 1972.³² (The doctrine of implied repeal leads the courts to give effect to the most recent statement of the sovereign Parliament’s intention.³³) Laws LJ’s answer to the question was that the common law recognised the European Communities Act 1972 as a “constitutional statute” that could be overridden by a subsequent Act of Parliament only where Parliament used “*express words in the later statute, or . . . words so specific that the inference of an actual determination to effect the result contended for [is] irresistible*”.³⁴ The category of such statutes was not closed but was said to include those that either condition the legal relationship between citizen and State in some general, overarching manner and/or enlarge or diminish the scope of fundamental constitutional rights.³⁵ Laws LJ cited as examples of such statutes the Magna Carta, the Bill of Rights 1688, the Act of Union, the Human Rights Act 1998, the Scotland Act

³⁰ See further F. AHMED and A. PERRY, *Constitutional Statutes*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 37, 2017, p. 461.

³¹ *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

³² See, most prominently, *R v Secretary of State for Transport, ex p Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603.

³³ See *Ellen Street Estates v Minister of Health* [1934] 1 KB 590, 597, Maugham LJ.

³⁴ [2003] QB 151, 187.

³⁵ [2003] QB 151, 186.

1998 and the Government of Wales Act 1998. Later case law also placed the Northern Ireland Act 1998 – which had, of course, already been described as a “constitution” – within that bracket.³⁶

The particular issue in *Re Allister’s Application* was what the courts should do in the event of a conflict between “constitutional statutes” – a point that had not previously called for judicial determination.³⁷ The issue arose in the case in two ways. The first concerned the relationship between the Protocol – which has domestic legal effect under, among other provisions, section 7A of the European Union (Withdrawal) Act 2018 – and Article 6 of the Act of Union (Ireland) Act 1800. Section 7A of the Act of 2018 is a “catch-all” provision that gives domestic legal effect to the Withdrawal Agreement including the Protocol “*without further enactment*” and requires that all other Acts of Parliament are “*to be read and [have] effect*” subject to (in this context) the Protocol. The argument that was advanced was that, while *Thoburn* had addressed the relationship between a constitutional statute and an ordinary statute, it applied equally to the relationship between constitutional statutes with the result that section 7A (found in one constitutional statute) could not impliedly repeal Article 6 of the Act of Union (found in another constitutional statute). As noted above, Article 6 essentially guarantees the free movement of goods within the UK’s own internal market³⁸, and it was thus argued that section 7A could override that guarantee only through express words to that effect. It was also argued that, insofar as the Protocol is incorporated under section 7A, this is inconsistent with the consent principle in the Belfast Agreement and section 1 of the Northern Ireland Act 1998.

The second way in which the issue arose concerned the means through which the government had limited the application of the petition of concern when giving domestic legal effect to Article 18. This was a more esoteric point about not just the relationship between two constitutional statutes, but also between primary and secondary legislation under the UK constitution. In short, the government made Regulations (which are a form of secondary legislation) under section 8C of the European Union (Withdrawal) Act 2018 and in that way inserted a bespoke provision on democratic consent into the Northern Ireland Act 1998 (which is primary legislation).³⁹ Section 8C exists alongside section 7A in the overall scheme for

³⁶ See, eg, *Re Northern Ireland Commissioner for Children and Young People’s Application* [2007] NIQB 115, para 16, Gillen J.

³⁷ It had been hinted at in the so-called HS2 case, but the Supreme Court ultimately concluded that it did not need to address the issue: see *R (Buckinghamshire CC) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3, [2014] 1 WLR 324. Note that *Re Allister’s Application* also raised questions under EU law and the law of the ECHR, which are not considered in this article. The case on was dismissed on all grounds.

³⁸ It reads: “*That it be the Sixth Article of Union, that his Majesty’s subjects of Great Britain and Ireland shall, from and after the first day of January, one thousand eight hundred and one, be entitled to the same privileges and be on the same footing, as to encouragement and bounties on the like articles, being the growth, produce or manufacture of either country respectively, and generally in respect of trade and navigation in all ports and places in the United Kingdom and its dependencies; and that in all treaties made by his Majesty, his heirs and successors, with any foreign power, his Majesty’s subjects of Ireland shall have the same privileges, and be on the same footing as his Majesty’s subjects of Great Britain*”.

³⁹ Northern Ireland Act 1998, Sch 6A, as inserted by the Protocol on Ireland/Northern Ireland (Democratic Consent Process) (EU Exit) Regulations 2020 (SI 2020/1500).

implementing the Protocol, and provides: “(1) *A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate (a) to implement the Protocol on Ireland/Northern Ireland in the withdrawal agreement, (b) to supplement the effect of section 7A in relation to the Protocol, or (c) otherwise for the purposes of dealing with matters arising out of, or related to, the Protocol (including matters arising by virtue of section 7A in the Protocol) (2) Regulations under subsection (1) may make any provision that could be made by an Act of Parliament*”. It was argued by the applicant that use of this power to change a constitutional statute was unlawful because, among other things, that outcome had not been expressly authorised by section 8C of the 2018 Act.

Judgment at first instance was given by Colton J who held: (i) that section 7A should be taken to override Article 6 because, among other things, Parliament had deliberated at length about giving effect to the Withdrawal Agreement and had been “*fully sighted of the terms of and consequences*” of doing so;⁴⁰ (ii) that, following *Miller*, section 7A did not thereby offend the consent principle, as that principle presently operated to keep Northern Ireland within the UK and the Protocol had not changed that constitutional position;⁴¹ and (iii) that the use of Regulations to change the Northern Ireland Act 1998 was not unlawful because section 8C of the Act of 2018 had given the government broad powers and its use of those powers “*was clearly within the class of action that Parliament must have contemplated*”.⁴² Colton J’s ruling was then appealed to the Court of Appeal, which dismissed the appeal on all grounds. Keegan LCJ (with whom Treacy LJ agreed) surveyed case law on, among other things, the enduring relevance of the doctrine of the legal sovereignty of the Westminster Parliament and said: “*Cognisant of these principles the court must examine the core legislative provisions and conduct an exercise in statutory interpretation in this case*”.⁴³ Having considered the legal framework in detail, she accepted that there was an inconsistency between the Protocol and Article 6 of the Act of Union but that it was clear from the wording of section 7A that it was to take priority over Article 6 and that it did so by requiring that Article 6 be read “*subject to*” the terms of the Protocol. For Keegan LCJ, this meant that the case was not about implied repeal and that there thus was “*no conflict with the principles enunciated by Laws LJ in Thoburn ... even if there is a doubt they [the words in section 7A] are ‘so specific that the inference of an actual determination to effect the result contended for [is] irresistible’ ... there can be no doubt in relation to Parliamentary intention*”.⁴⁴ McCloskey LJ, concurring, likewise concluded that: “*the Act of Union, notwithstanding its constitutional stature, is not immune from modification by primary legislation ... there has been no implied repeal of [Article 6] ... it has been lawfully modified by primary legislation*”.⁴⁵

⁴⁰ [2021] NIQB 64, paragraphs 82-114 (the quoted words are at paragraph 111).

⁴¹ [2021] NIQB 64, paragraphs 118-137. For *Miller* see n 6 above and text.

⁴² [2021] NIQB 64, paragraphs 138-212 (the quoted words are at paragraph 206).

⁴³ [2022] NICA, not yet reported, judgment of Keegan LCJ, paragraphs 94-135 (the quoted words are at paragraph 135).

⁴⁴ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraph 105.

⁴⁵ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraph 105.

The Court next considered the question of whether section 7A and the Protocol offended the consent principle. For McCloskey LJ, it was “*incontestable*” that Northern Ireland was now subject to a unique legal regime,⁴⁶ but he held that did not equate to Northern Ireland having been taken out of the UK in contravention of section 1 of the Northern Ireland Act 1998. Noting that, *per Miller*, the consent principle goes to the question of “*whether, constitutionally, [Northern Ireland] should remain part of the UK or unify with the Republic of Ireland*”, he said that the argument that the consent principle had been breached was a “*forlorn*” one because “*The fundamental thrust of the Act of Union remains unchanged. [Northern Ireland], constitutionally, remains part of the UK. The statutory EU withdrawal arrangements have not altered this any more than [the fact of EU membership] did*”.⁴⁷ Keegan LCJ’s ruling was to similar effect: referencing *Miller* she said, “*It is clear that section 1(1) only relates to a change in the formal constitutional status of Northern Ireland. As such it does not apply to this circumstance*”.⁴⁸

The remaining issue for the Court was the lawfulness of the use of regulations to change the working of the petition of concern in the Northern Ireland Act 1998. Both Keegan LCJ and McCloskey LJ disposed of this point in short order. For Keegan LCJ, the point could not succeed because: “*In this case by Act of Parliament, power was conferred on the Secretary of State in clear and unambiguous terms. This was a deliberate choice. There is no competing argument as to the construction to be applied. Therefore, the lawfulness of the delegation of power cannot sustainably be questioned*”.⁴⁹ McCloskey LJ in turn noted that the Regulations limited the operation of the petition of concern only in relation to the democratic consent process and that its operation is “*otherwise undiminished*”.⁵⁰ Noting that this had been done to “*implement*” Article 18, he considered that this was *intra vires* section 8C(1)(a), which, as above, empowers a “*Minister of the Crown ... by regulations [to] make such provision as the Minister considers appropriate (a) to implement the Protocol*”. The judge put the point as follows: “*the focus is on the Ministerial power, by the vehicle of subordinate legislation, to implement the Protocol. There cannot be any realistic doubt about the meaning of section 8C(1)(a) ... Article 18 ... required further legislative action ... [S]ince [it] could not co-exist harmoniously with [the petition of concern] a further legislative act would be required to remedy this conflict*”.⁵¹ The regulations were in the form of that legislative act.

What does the decision in *Re Allister’s Application* tell us about Northern Ireland’s post-Brexit constitution? Certainly, it has confirmed that the consent principle operates only in relation to the “*either*”/“*or*” choice between Northern Ireland remaining part of the UK or forming part of a United Ireland. The argument that had been put forward in the case was that the economic border has weakened

⁴⁶ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraph 110.

⁴⁷ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraphs 113-114. For *Miller* see n 6 above and text.

⁴⁸ [2022] NICA, not yet reported, judgment of Keegan LCJ, paragraph 222.

⁴⁹ [2022] NICA, not yet reported, judgment of Keegan LCJ, paragraph 238.

⁵⁰ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraph 121.

⁵¹ [2022] NICA, not yet reported, judgment of McCloskey LJ, paragraphs 127 & 133.

the union between Northern Ireland and Great Britain and, in that way, amounted to a partial undoing of the union. While the Court of Appeal accepted that Northern Ireland now has a form of “legal hybridity”, it did not accept that this was synonymous with a change in its constitutional status. *Allister* is, thus, a ruling that takes a formal view of the constitution rather than one that accepts (at least not explicitly) that there is an interplay between economics, politics, and constitutional change. It is a point that may not be lost on proponents of the European project: the interdependence of economics and politics has long been regarded as a driver for deeper institutional integration.⁵²

Another point that emerges from the ruling – and which has potential implications for UK law more broadly – is that the Northern Ireland constitution remains very much subject to the doctrine of Parliamentary sovereignty. At one level, this is an entirely self-evident point, as the fact that Northern Ireland is part of the UK means that its institutions will be constrained by UK law’s ultimate rule of recognition. However, the point to be made in this context is slightly different insofar as the Court of Appeal considered case law on “constitutional statutes”. While that case law ultimately was not central to the ruling, the Court of Appeal did emphasise that Parliamentary sovereignty remains unabridged and that disputes about interacting statutes will be resolved by ascertaining the legislature’s intention. This arguably gives rise to a query about whether the case law on constitutional statutes is now redundant and, indeed, about the nature of the relationship between the courts and the Westminster Parliament. Prior to Brexit, case law on EU membership, fundamental rights, and devolution had suggested that the common law may come to impose limitations on the powers of the Westminster Parliament, even to the extent of holding an Act of Parliament unconstitutional.⁵³ However, case law since Brexit – which now includes *Allister* – has equally seen the courts return to a more absolutist view of the Westminster Parliament’s powers and, in particular, a Diceyan view of sovereignty.⁵⁴ In the event that *Allister* is appealed to the Supreme Court, that Court may have the opportunity to confirm whether that return is complete.

5. Conclusion

This article began by noting that the Protocol is one of the most controversial aspects of Brexit – it has not only resulted in legal hybridity in Northern Ireland but has heightened awareness of the binary constitutional choice that underlies the consent principle. The constitutional prospect of Irish unification

⁵² For one perspective see A. NIEMANN, and P. SCHMITTER, *Neofunctionalism*, in A. WIENER and T. DIEZ (eds) *European Integration Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2nd ed, 2009, ch 3.

⁵³ See generally Sir JOHN LAWS, *The Common Law Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁵⁴ See, most prominently, *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, [2018] AC 61; and *UK Withdrawal from the European Union (Legal Continuity) (Scotland) Bill* [2018] UKSC 64, [2019] AC 1022. See also *References Re United Nations Convention on the Rights of the Child and European Charter of Local Self-Government (Incorporation) (Scotland)* [2021] UKSC 42, [2021] 1 WLR 5106.



has inevitably attracted attention in subsequent academic debates about Brexit, and consideration has been given to, among other things, the form that referenda on unification might take.⁵⁵ Will the Protocol come to be seen as a staging post in any process of Irish unification? It is, of course, impossible to answer that question in the absence of that outcome having been realised, but it may well be that it will have some causative effect. That, at least by implication, was a part of the argument in *Allister*, where the concern was about Article 6 of the Act of Union and the incremental undoing of the union between Northern Ireland and Great Britain. As against that, it is clear that the Protocol is an important exercise in constitutional engineering – as was the Belfast Agreement before it – and any process of Irish unification will also have to accommodate the complexities of Northern Ireland’s ethno-national divide. Indeed, to the extent that the Protocol has created legal hybridity in Northern Ireland, it may well be that recognition of the Unionist position in Northern Ireland will require something similar in all-Ireland structures. If that proves to be so, the Protocol may well be nothing other than an example of the compromises that are required for peace and stability on the island of Ireland.

⁵⁵ See, eg, the report of the Constitution Unit’s Working Group on Unification Referendums on the Island of Ireland, May 2021, available at https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution-unit/files/working_group_final_report.pdf. There has also been litigation on the question of when a referendum in Northern Ireland should be held: *Re McCord’s Application* [2020] NICA 23.



Leaving the Union: Constitutionalising Secession Rights in the United Kingdom*

by **Oran Doyle**
Professor of Law
Trinity College Dublin

Abstract [En]: Among the many consequences of Brexit has been increased territorial tension within the United Kingdom (UK). This article assesses whether the four constituent units of the UK have a right to secede. Exploring the legislative treatment of Northern Ireland, both before and after 1998, it argues that there is no general right to secede under the UK constitution. Moreover, it questions whether such a right could ever effectively be recognised within a political constitution.

Titolo: Lasciare l'Unione: costituzionalizzare il diritto di secessione nel Regno Unito

Abstract [It]: Tra le molte conseguenze della Brexit vi è da segnalare un incremento della tensione territoriale all'interno del Regno Unito. Questo articolo esamina se le quattro unità costitutive del Regno Unito siano titolari di un diritto di secessione. Analizzando il quadro legislativo dell'Irlanda del Nord, sia prima che dopo il 1998, si sosterrà che non esiste un diritto generale alla secessione in base alla Costituzione del Regno Unito. Inoltre, ci si interrogherà se un tale diritto possa essere effettivamente riconosciuto all'interno di una costituzione politica.

Keywords: Secession rights; United Kingdom; Northern Ireland; Scotland; political constitution

Parole chiave: diritto di secessione; Regno Unito; Irlanda del Nord; Scozia; Costituzione politica

Contents: 1. Introduction. 2. Approaches to territorial integrity in mastertext constitutions. 3. (Northern) Ireland in the United Kingdom – pre-1998. 4. Northern Ireland in the United Kingdom – the 1998 Settlement. 4.1. Overview. 4.2. Triggering the border poll. 4.3. Implementing the people's decision. 4.4. Recapitulation. 5. A Union based on consent? 6. Entitlement to secede within a political constitution. 7. Conclusion.

1. Introduction

Among the many consequences of Brexit has been increased territorial tension within the United Kingdom (UK). Irish unification and Scottish independence both appear more plausible prospects than before while support for Welsh independence has significantly increased, albeit from a low base. Do Northern Ireland, Scotland and Wales have a constitutional right to leave the UK? Legally, authority to determine the UK's territory rests with Westminster. But politically, might the constituent sub-units of the UK have a right to leave? In a recent contribution, Ciaran Martin has argued that the UK has – since 1921 – been a Union based on consent.¹ If London were to refuse requests from a majority in the Scottish Parliament for a Scottish Independence referendum, Martin argues, this would transform the Union into

* Articolo sottoposto a referaggio. I am grateful to Aileen McHarg both for sharing with me a draft paper that addresses similar issues and for assistance on some points of UK constitutional law.

¹ C. MARTIN, *Resist, Reform, or Re-Run: Short- and Long-Term Reflections on Scotland and Independence Referendums*, Blavatnik School of Government, Oxford, 2021.

one based on law. In supporting his constitutional argument that the Union is based on consent, Martin relies on the legislative treatment of Northern Ireland since 1921. In this article, I both challenge Martin's account of Northern Ireland's legislative status within the Union and suggest that the treatment of Northern Ireland is so rooted in the UK's "Irish question" that it does not evidence a general principle also applicable to Scotland and Wales. More broadly, the article explores the potential and limits of a union based on consent within a constitutional order founded on parliamentary sovereignty.

Section 2 explores how countries with mastertext constitutions address territorial integrity, with a particular focus on rights of secession. This provides a framework to address the legislative treatment of Northern Ireland. Section 3 outlines the way in which Northern Ireland came into existence and the legislative treatment of its territorial status prior to the Belfast / Good Friday Agreement in 1998. Section 4 then explores the provisions of the Northern Ireland Act 1998 that regulate the manner in which Northern Ireland may leave the Union to unify with Ireland. Section 5 reassesses Martin's claims about the Union based on consent in light of that detailed consideration of Northern Ireland. Section 6 questions whether a legal system founded on parliamentary sovereignty can ever depend on the consent of its constituent subunits. Section 7 concludes. Two brief notes on terminology adopted for ease of expression. First, I refer throughout to rights of secession, notwithstanding that Northern Ireland may only leave the UK for the purposes of reunifying with Ireland. Where relevant, I emphasise this particular feature of Northern Ireland's situation. Second, I refer to England, Scotland, Wales and Northern Ireland as either the "constituent sub-units" of the UK or more simply as the "units".

2. Approaches to territorial integrity in mastertext constitutions

A constitution may outright prohibit any alteration of the national territory, either through a statement that the national territory is indivisible or through a statement that the territory is unamendable.² Thirty-six percent of national constitutions take these approaches. A constitution may explicitly or implicitly allow for alterations to its territory. Ten percent of national constitutions allow for territory to be amended either by legislation or parliamentary approval of a treaty; 6 percent of national constitutions allow territory to be amended by a supermajority in parliament, while 9 percent allow territory to be amended following a referendum. Constitutional silence on territorial amendment probably implies that alteration is permissible either as a legislative competence or by constitutional amendment. None of these approaches amounts to a right to secede, however, since the power of territorial amendment remains vested with the territory-wide constitutional actors of the existing constitutional order.

² This analysis draws on O. DOYLE, *The Silent Constitution of Territory*, in *The International Journal of Constitutional Law*, vol. 16, n. 3, 2018, pp. 887-903.

A constitution may specifically grant a sub-unit a right to secede. Only four currently extant constitutions grant such a right. Article 4.2 of the Liechtenstein Constitution grants a right to individual communes to secede. Article 39 of the Ethiopian Constitution grants every nation, people, and nationality in Ethiopia a constitutional right to secede. Article 113 of the Constitution of St. Kitts and Nevis allows the legislature of Nevis Island to provide that the island of Nevis should cease to be federated with the island of Saint Christopher and accordingly that the Constitution should no longer have effect in the island of Nevis. Article 74 of the Uzbekistan Constitution grants a right to the Republic of Karakalpakstan to secede based on “a nation-wide referendum held by the people of Karakalpakstan”.

Noteworthy in the first three cases is the care taken within the mastertext constitution to operationalise the right of secession. In the case of Liechtenstein, the secession procedure may be initiated by a majority of the citizens residing there who are entitled to vote. The secession must be regulated by a law or treaty; in the latter case, a second ballot is required in the commune. In the case of Ethiopia, a two-thirds majority in the relevant Legislative Council must vote to secede; the federal government then organizes a referendum in the relevant area after a three-year cooling-off period.³ After a majority vote in the referendum, the national legislature transfers its powers to the Council of the seceding entity and effects a division of assets. In the case of Saint Kitts and Nevis, the secession must be approved by a two thirds majority in the legislature of Nevis, followed by a two thirds majority at referendum. Among many requirements aimed to foster deliberation, a full and detailed proposal for a new constitution for the island of Nevis must be laid before the legislature for at least six months before the referendum. If the President of the legislature certifies that all the procedural requirements have been satisfied, the Governor General must sign the law giving effect to secession. In the case of Uzbekistan, the right to secede features in a chapter of the Uzbekistan Constitution that – on its face – concedes a wide autonomy to the Republic of Karakalpakstan, but there is no indication of how the right to secede can be exercised, neither how it is initiated nor how any decision to secede would be implemented.

This examination illustrates that effective constitutionalisation of a right to secede requires more than simply stating the right to secede. If the constitutions of Ethiopia, Liechtenstein and Saint Kitts and Nevis did not contain those additional provisions, the central government would both control the circumstances in which the constituent sub-units could choose to secede and have considerable discretion whether to respect such a vote, effectively depriving the units of any constitutional entitlement to secede. The core mechanism of secession must be preceded by a procedure for initiating the secession mechanism and succeeded by a procedure for giving effect to any secession decision.⁴ This provides a

³ I am grateful to Assefa Fiseha for assisting with an understanding of the Ethiopian procedure.

⁴ This should render us doubtful about whether the right to secede within Uzbekistan could effectively be exercised.

helpful framework for analysing the case of Northern Ireland post-1998. To assess the claim that the UK has been a Union based on consent, however, we must first explore the pre-1998 position.

3. (Northern) Ireland in the United Kingdom – pre-1998

The *Acts of Union 1800*, passed by the Irish Parliament in Dublin and the Westminster Parliament in London, created the United Kingdom of Great Britain and Ireland. While we must be cautious in projecting contemporary democratic standards onto past political decisions, the Irish *Act of Union* cannot be seen as any form of consent to the Union by the people of Ireland.⁵ Roman Catholics – a large majority in the country – had only had the franchise restored in 1793 and remained excluded from membership in the Parliament. Over half of the favourable votes for the second Union Bill – the first had failed – came from boroughs with an electorate of fewer than 20 men. Peerages, sweeteners, illegal bribes, office placements and annuities were provided to secure support for the Union. In 1801, Ireland's population was over one quarter of the entire UK but was accorded only 15 percent of representation at the House of Commons in Westminster. After the Union, Ireland remained a separate, restive part of the UK. A nationalist movement emerged, dedicated to the repeal of the Union.⁶ In the latter half of the nineteenth century, the Irish MPs at Westminster used their voting power to advance the cause of limited self-government for Ireland, known as “home rule”. However, support for home rule varied considerably over the island of Ireland. The province of Ulster, particularly its eastern portion, saw intense opposition, due to a markedly different religious-demographic make-up. This reflected the success of plantations of British Protestants some 250 years previously.⁷ Ulster consisted of nine counties, four with a Protestant majority, two with a narrow Catholic majority and three with a large Catholic majority.

Following the Easter Rising of 1916, Irish nationalists came to favour independence over home rule. At the Westminster general election of 1918, Sinn Féin won 73 of the 105 Irish seats. These MPs, however, refused to take their seats at Westminster and instead established a new Irish parliament in Dublin in January 1919. Between 1919 and 1921, the Irish Republican Army fought a war of independence against Britain. The Westminster Parliament passed the *Government of Ireland Act 1920*, establishing separate parliaments for “Northern Ireland” and “Southern Ireland”, for the first time introducing a formal, political partition of the island. The jurisdiction of the Parliament for Northern Ireland extended to the four counties of Ulster with a Protestant majority and the two counties with a narrow Catholic majority. The Anglo-Irish Treaty of 1921, agreed between representatives of the British Crown and representatives

⁵ See B. O'LEARY, *A Treatise on Northern Ireland Volume 1: Colonialism*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 218-219.

⁶ R. FOSTER, *Modern Ireland: 1600-1972*, Penguin, London, 1998, p. 544.

⁷ J. BARDON, *A History of Ulster*, The Blackstaff Press, Belfast, 2001, ch.5.

of the provisional Irish government in Dublin, transformed this intra-state partition into an embryonic international border. The precise partition chosen and the manner in which it was implemented are important to an understanding of subsequent UK legislative treatment of Northern Ireland. The exclusion of three counties of Ulster – Donegal, Monaghan and Cavan – increased the Protestant majority in Northern Ireland from 56:44 to 65.5:34.5.⁸ This protected the Protestant majority against relatively greater growth in the Catholic population. In the assessment of J.J. Lee, the purpose of the border was to provide unionists with as much territory as they could safely control. It was not an attempt to separate unionists and nationalists but instead to ensure Protestant supremacy over Catholics even in predominantly Catholic areas. While unionists had a tenable claim to the exclusion of some areas from home rule, they had no “no claim at all on some of the areas they eventually annexed”.⁹ O’Leary highlights how, although Ireland had joined the Union as a unit, the *1920 Act* offered limited self-government to two units “without an overall act of national consent, and despite being expressly opposed by the party that had won a majority of seats and a majority mandate across the island”.

The Treaty accorded to Ireland the same constitutional status within the British Empire as Canada, Australia, New Zealand and South Africa, providing that it should be styled and known as “the Irish Free State”. Article 11 provided that until one month after Westminster passed an Act to ratify the Treaty, the powers of the Irish Free State would not be exercisable in respect of Northern Ireland. Moreover, no elections to the Parliament of the Irish Free State would take place within that month. Article 12 provided that if both Houses of the Parliament of Northern Ireland, within one month of the Westminster Act, addressed His Majesty to the effect that the powers of the Irish Free State institutions should not apply to Northern Ireland, then the Government of Ireland Act 1920 would continue to apply in respect of Northern Ireland. Given the partition imposed by the UK government in 1920, this was all a foregone conclusion and the border between Northern Ireland and the rest of the island became the border between the UK and the Irish Free State. This rather elaborate provision and process allows for two constructions. On the one hand, given that the Irish Free State formally included the whole island of Ireland, the whole island seceded from the UK and then, following a partition, Northern Ireland seceded from the Irish Free State to join the UK.¹⁰ On the other hand, given that the powers of the Irish Free

⁸ B. O’LEARY, *A Treatise on Northern Ireland Volume 1*, cit., p. 339.

⁹ J.J. LEE, *Ireland 1912-1985: Politics and Society*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 45-46, quoted in B. O’LEARY, *A Treatise on Northern Ireland Volume 1*, cit., p. 340.

¹⁰ For this interpretation, see A. RENWICK et al, *Final Report of the Working Group on Unification Referendums on the Island of Ireland*, University College London, London, 2021, p. 15.

State institutions never applied to Northern Ireland, it was “Southern Ireland” that seceded from the UK, becoming the “Irish Free State” as it did so, while Northern Ireland never left.¹¹

One final point to note. Article 12 also provided for the establishment of a Boundary Commission to “determine in accordance with the wishes of the inhabitants, so far as may be compatible with economic and geographic conditions, the boundaries between Northern Ireland and the rest of Ireland”. The Irish side anticipated – perhaps naïvely, perhaps due to misrepresentation on the part of Prime Minister Lloyd George, perhaps both – that the Commission would recommend significant changes to the boundaries of Northern Ireland, such as moving the two counties with Catholic majorities into the Irish Free State and rendering the remnant an unviable statelet. Ultimately, the Boundary Commission recommended very minimal changes and, in the context of a financial settlement between the Irish Free State and the UK, no changes to the border were made.

In 1937, a new Constitution was adopted in the Irish Free State that marked a definitive legal rupture with the UK and named the state as “Éire” or, in the English language, “Ireland”. Article 2 of this Constitution defined the national territory of Ireland to consist of the whole island of Ireland, while Article 3 provided that “pending the re-integration of the national territory” the laws enacted by the Irish Parliament would only have the same territorial extent as the laws of the Irish Free State Parliament, i.e. the 26 counties of what the British had called “Southern Ireland”. In 1949, Ireland declared itself a Republic and thereby left what had by then become the British Commonwealth of Nations. Responding to this, the Westminster Parliament passed the *Ireland Act 1949*, section 1(2) of which provided that neither Northern Ireland nor any part thereof would cease to be part of the UK without the consent of the Northern Ireland Parliament. Importantly, this statute did not give the Northern Ireland Parliament permission to withdraw from the United Kingdom, but rather – subject to the caveat that no Parliament can bind its successor – guaranteed that Northern Ireland could not be ejected from the UK without the consent of its Parliament.¹² This was not a wholly hypothetical concern. In 1940, the British Government had offered Irish Prime Minister de Valera Irish unification in return for Ireland ending its policy of neutrality in World War II.¹³ Colin Murray identifies “deep-seated concerns that the UK and Irish governments might negotiate about the status of Northern Ireland over the head of [the Northern Ireland

¹¹ For this interpretation, see D. TORRANCE, *Library Briefing Paper: Parliament and Northern Ireland 1921-2021*, House of Commons Library, London, 2021, p. 29.

¹² O’Leary notes that while the democratic will of the Northern Ireland public were presented to the Westminster Parliament as deciding the matter, the cabinet had been briefed with a paper that suggested it was unlikely that Great Britain would ever agree to Irish unification even if the people of Northern Ireland desired it. B. O’LEARY, *A Treatise on Northern Ireland. Volume 2: Control*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 142.

¹³ R. DONNELLY, *Britain offered unity if Ireland entered the war*, in *The Irish Times*, 15 February 2001.

Parliament]”.¹⁴ He further notes that granting the veto to the Northern Ireland Parliament – rather than to a plebiscite – was significant given how gerrymandering had marginalised nationalism within the Parliament.¹⁵

In 1972, the Westminster Parliament abolished the Northern Ireland Parliament, instituting a system of “direct rule” from London. The *Northern Ireland (Border Poll) Act 1972* directed a poll “with respect to the border” to be held in Northern Ireland “[w]ith a view to enabling the people of Northern Ireland as a whole to make known their wishes”. At the second reading of the Bill, the Secretary of State explained its rationale as being to take the question of the border out of the day-to-day political scene and to reassure the people of Northern Ireland that its position in the UK could not be changed without the consent of a majority of its inhabitants.¹⁶ He also indicated that if a majority of the people of Northern Ireland were to opt for a united Ireland, no British Government would stand in their way.¹⁷ This poll was held in 1973, but was boycotted by the nationalist community. 57.5 percent of the eligible electorate voted; 98.9 percent of those who voted supported Northern Ireland remaining in the United Kingdom.¹⁸

The *Northern Ireland Constitution Act 1973* was then enacted, section 1 of which provided:

It is hereby declared that Northern Ireland remains part of Her Majesty's dominions and of the United Kingdom, and it is hereby affirmed that in no event will Northern Ireland or any part of it cease to be part of Her Majesty's dominions and of the United Kingdom without the consent of the majority of the people of Northern Ireland voting in a poll held for the purposes of this section in accordance with Schedule 1 to this Act.

Schedule 1 allowed the Secretary of State to direct the holding of a poll, but such a poll could not take place more frequently than once every 10 years. No poll was ever held after that held under the *1972 Act*. The *1973 Act* essentially transferred the veto on Northern Ireland's ejection from the Union from the now defunct Parliament to the “people of Northern Ireland”. Whatever about the political position of the UK Government, there continued to be no legislative recognition of any right on the part of the people of Northern Ireland to leave the Union and unify with Ireland. In Article 5 of the Sunningdale Agreement 1973, however, the UK government declared that if in the future the majority of the people of Northern Ireland should indicate a wish to become part of a united Ireland, the British Government would support that wish.

¹⁴ C.R.G. MURRAY, *The People of Northern Ireland*, in O. DOYLE, A. MCHARG and J.E.K. MURKENS (eds.), *The Brexit Challenge for Ireland and the United Kingdom: Constitutions under Pressure*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, p.110.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Hansard*, 21 November 1972, col. 1089.

¹⁷ *Ibid.*, 1091.

¹⁸ See A. RENWICK et al, *Final Report*, cit., pp. 16-17.

4. Northern Ireland in the United Kingdom – the 1998 settlement

4.1. Overview

The Belfast / Good Friday Agreement 1998 introduced a new set of relationships within Northern Ireland, between Northern Ireland and Ireland, and between Ireland and the UK. Political power-sharing within Northern Ireland was founded on a compromise about the future constitutional status of Northern Ireland. Under the Agreement's core unification principle, Northern Ireland remains part of the United Kingdom so long as a majority of its people so wish, but must become part of a united Ireland if a majority of people voting in a referendum favour that outcome, *provided* that there is a concurrent, democratic expression of consent in Ireland.¹⁹ These provisions were endorsed by the political parties in Northern Ireland, whether in 1998 or subsequently, by the people of Northern Ireland and Ireland voting in simultaneous referendums in 1998, and by an international agreement between the UK and Ireland, binding in international law. Ireland compromised on its territorial claim to Northern Ireland, replacing Articles 2 and 3 of the 1937 Constitution with provisions that accepted the legitimacy of Northern Ireland while expressing an aspiration to national unification; the UK compromised on the right to control its own borders.

The genius of the Belfast / Good Friday Agreement was to reconcile nationalist views of Irish self-determination with unionist views about the basis for Northern Ireland's status within the Union. Article 1(ii) recognises that it is for “the people of Ireland alone, by agreement between the two parts respectively and without external impediment, to exercise their right to self-determination on the basis of consent, freely and concurrently given, North and South, to bring about a united Ireland”. The “people of Ireland” were vested with the right to self-determination, but its exercise required agreement between the two parts. The Article refers five times to “the people of Northern Ireland”, an ontological entity that had never been formally conceded by Ireland prior to 1998.²⁰

The Agreement required amendments to both UK and Irish law to give effect to these compromises. My focus here is on how the *Northern Ireland Act 1998* operationalises the right of the people of Northern Ireland to participate in any self-determination decision made by the people of Ireland. There are three principal differences between the border poll provisions in the *1973 Act* and the *1998 Act*. Together, these concede a political agency to the people of Northern Ireland but do not amount to a legal right of secession. First, under the *1973 Act*, the holding of a border poll was a discretionary matter for the Secretary of State for Northern Ireland. Under the *1998 Act*, that discretion continues. However,

¹⁹ For analysis, see *Ibid.*, ch.4; C. HARVEY, *Popular Sovereignty, Irish Reunification and Change on the Island of Ireland*, in M. CAHILL et al (eds.), *Constitutional Change and Popular Sovereignty: Populism, Politics and the Law in Ireland*, Routledge, London, 2021, pp. 267-284.

²⁰ For an account of Irish nationalism's evolving recognition of “the People of Northern Ireland”, see C.R.G. MURRAY, *The People*, cit., pp. 109-115.

Schedule 1 of the *1998 Act* imposes an obligation on the Secretary of State to order a poll “if at any time it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland”. I shall return to the interpretation of this phrase further below. Second, the minimum length of time between two polls is reduced to seven years. Third, whereas the *1973 Act* did not specify any legal consequences of the vote, section 1(2) of the *1998 Act* specifies that if a majority in the border poll favours unification, the Secretary of State must “lay before Parliament such proposals to give effect to that wish as may be agreed between Her Majesty's Government in the United Kingdom and the Government of Ireland”. The *1998 Act* therefore not only provides a locus of authority for secession – as is the case in Uzbekistan – but is similar to Ethiopia, Liechtenstein and Saint Kitts and Nevis in both reducing the power of central government to determine when a secession decision may be made, and imposing obligations on central government after the decision has been made. But each of these elements must now be explored in more detail.

4.2. Triggering the border poll

Whereas Ethiopia, Liechtenstein and Saint Kitts and Nevis all confer on the legislative assembly of the constituent sub-unit the right to initiate the secession process, the *Northern Ireland Act 1998* does not confer that power on the Northern Ireland Assembly. Such an approach would be problematic, given that the Assembly was not designed to operate on a majoritarian basis. Under its consociational voting rules, each community could veto any proposal to hold a border poll. Vesting the Assembly with the power to initiate a border poll would therefore significantly undercut those provisions of the Agreement that vested the self-determination right in a majority of the people of Northern Ireland; it would allow a minority ensure that the majority's view could never be ascertained. Yet, there would be no secession right for Northern Ireland if the Secretary of State simply retained a discretion whether to call a border poll. The *1998 Act* attempts to square this circle by imposing a legal obligation on the Secretary of State. The Secretary of State is required to call a border poll “where it appears likely to him that a majority of those voting would express a wish that Northern Ireland should cease to be part of the United Kingdom and form part of a united Ireland”. This standard leaves the Secretary of State a wide latitude. There is scope for considerable disagreement when assessing how people might vote in the future, particularly when we do not precisely who would be entitled to vote,²¹ when they would be asked to vote, and the precise content of the proposal on which they would be asked to vote. Given all these variables, it is significant that the test is not simply whether it appears likely that a majority would vote in favour but

²¹ On the franchise, see C. MCCRUDDEN, O. DOYLE, and D. KENNY, *The Franchise in Irish Unification Referendums*, in *Irish Studies in International Affairs*, vol. 32, n. 2, 2021, pp. 183-213.

rather whether that appears likely *to the Secretary of State*. It is contestable how to weigh these factors and some factors may pull in opposite directions. A court would be slow to second-guess any decision of the Secretary of State not to call a referendum, at least where there was evidence of good faith engagement with all relevant material.

In *In re McCord*, the Northern Ireland Court of Appeal rejected attempts to compel the Secretary of State to state in advance how they would assess whether it appeared likely that a majority would vote in favour.²² Stephens L.J., with whom the other members of the Court of Appeal agreed, emphasised the value of flexibility over the value of consistency. The context recommends “a flexible response to differing and unpredictable events in a way which the strict application of rules would prevent”.²³ The Court emphasised that the duty to call a border poll turned on an assessment as to the likely majority of those voting and would arise even if it was not in the public interest to direct the holding of a border poll. It required “an evaluative judgment as to a likely outcome” and was “essentially a political judgment” assigned to a politician. The Working Group on Unification Referendums on the Island of Ireland suggested that the Secretary of State should have regard to a wide range of evidence, including opinion polls, voting patterns, the views of elected representatives in Northern Ireland, and demographics.²⁴

The force of the *legal* obligation on the Secretary of State to call a border poll if certain conditions are met is attenuated by the highly *political* assessment that is required to ascertain whether those conditions pertain. This weakens any conclusion that Northern Ireland has a right to secede. Further relevant in this regard is the legal form through which the Secretary of State must call a border poll. The terminology in schedule 1 of the *1998 Act* is that the Secretary of State “by order” directs the holding of a poll. The order specifies the persons entitled to vote and the question or questions to be asked, and may include any other provision about the poll which the Secretary of State thinks expedient. Importantly, section 96(2) of the Act provides that an order under schedule 1 shall be made by statutory instrument and “shall not be made unless a draft has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament”. The Court of Appeal in *McCord* considered that this emphasised “the essentially political and democratic” decision to be made.²⁵ It was a political decision because it must be made by a politician and positively endorsed by other politicians; it was democratic because the process of laying the draft before both Houses of Parliament ensured that the order was overseen by political representatives. Unlike the Secretary of State, the Houses of Parliament are under no obligation to approve an order where it appears likely to them that a majority would vote in favour of unification. Even if they were legally under

²² [2020] NICA 23.

²³ *Ibid.*, para 57.

²⁴ A. RENWICK et al, *Final Report*, cit., ch. 8.

²⁵ *Ibid.*, para 63.

such an obligation, their failure to approve such an order could not be subject to judicial review given that Article 9 of the Bill of Rights of 1688 provides that proceedings in Parliament cannot be impeached or questioned in any court.²⁶ The effect of this provision is to give each House of Parliament a veto on the holding of a border poll, significantly undermining the operationalisation of Northern Ireland's right to depart from the Union. It is likely that the Secretary of State is, where it appears likely to him that a majority would vote in favour of unification, under a judicially reviewable legal obligation to place a draft order before each House of Parliament. But the Houses are under no obligation to approve it and their failure to do so is not amenable to judicial review.

The provisions of section 96(2) do have a basis in the Belfast / Good Friday Agreement. The Agreement specified clauses to be included in UK legislation that are now transposed as section 1 and schedule 1 of the *Northern Ireland Act 1998*. After specifying the first three paragraphs of the Schedule, the Agreement provides: “4. (Remaining paragraphs along the lines of paragraphs 2 and 3 of existing Schedule to 1973 Act.)” Section 96(2) is substantively the same in this respect as paragraph 3 of the Schedule to the 1973 Act. The Court of Appeal in *McCord* expressed the view that section 96(2) was “in effect a word-perfect reproduction of the draft legislation” in the Agreement.²⁷ Nevertheless, it is questionable whether section 96(2) is compatible with the Agreement. The Agreement does not require that paragraphs 2 and 3 of the existing schedule be reproduced, but rather that the new legislation contain provisions *along those lines*. The verbatim reproduction of paragraphs from the 1973 Act transformed what appeared to be a *legal duty* on central government to hold a border poll in some circumstances into a *political discretion*. In my view, the express text on the mandatory duty and the clear relationship of that duty to the right of self-determination of the Irish people should have outweighed the far looser and less specific language of “remaining paragraphs along the lines of ...”. A faithful implementation of the Agreement into UK law required something other than verbatim transcription of those paragraphs of the *1973 Act*. Nevertheless, this is an argument of international law that does not affect the position in UK law. Notwithstanding the other significant changes from the *1973 Act*, the *1998 Act* does not grant Northern Ireland a legal right of secession since institutions of central government – in this case the Houses of Parliament – have a legally untrammelled veto on the holding of a border poll.

4.3. Implementing the people's decision

As noted above, section 1(2) of the *1998 Act* requires that if a majority in the border poll favours Irish unification, the Secretary of State “shall lay before Parliament such proposals to give effect to that wish”

²⁶ See discussion in *R (Miller) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41, par. 63-68.

²⁷ [2020] NICA 23.

as may be agreed between the UK and Irish governments. The terms of this provision were required by the Belfast / Good Friday Agreement, but it is curious that section 1(2) appears to require the Secretary of State to lay proposals to give effect to the wish of the majority in Northern Ireland to unify, irrespective of whether the South has consented. However, in such circumstances, the Irish Government would not be in a position to agree any proposals to give effect to unification, so there would be no such proposals to put before the Westminster Parliament. Of greater practical relevance is the divergence, mandated by the Agreement itself, between the *1998 Act* and other provisions of the Agreement.²⁸ Article 1(iv) of the 1998 Agreement imposes an obligation on both Governments to introduce *and support* in their respective parliaments legislation to give effect to a choice, on both parts of the island, in favour of unification. The obligation on the UK under UK law is therefore less onerous than the obligation stated in international law. We can go further than this, however, and say that the UK would be in breach of the Agreement if the Westminster Parliament failed to give effect to votes in favour of unification. The whole purpose of the Agreement – stated and restated throughout Article 1 – is to make the status of Northern Ireland depend on a decision of its people. This would be set at naught if the Westminster Parliament (or indeed the Oireachtas) could ignore the results of unification referendums.

Nevertheless, the position in UK law remains that there is no obligation on either the UK Government or the UK Parliament to give effect to a decision on the part of the people of Northern Ireland to unify with Ireland. The divergence between the Agreement and the *1998 Act* in this respect is probably attributable to concerns over parliamentary sovereignty. No Parliament can bind its successor and therefore should not even attempt to stipulate in advance the response that a subsequent Parliament must give to a referendum. While this is understandable in the context of UK constitutional theory, it does illustrate the difficulty of operationalising any legal secession right in such a system – a point to which I shall return in section 6.

4.4. Recapitulation

The *Northern Ireland Act 1998* moved a significant distance towards conferring a legal secession right on Northern Ireland. The Act replaced the pre-existing veto on a united Ireland with a power either to remain or leave in the Union. It operationalised this right of departure by (a) imposing some legal constraints on the discretion of the central government whether to hold a border poll and (b) imposing

²⁸ Both Ireland and the UK are dualist states. The Agreement binds each of them in international law, but has no effect in their domestic legal systems. However, some of the provisions in the Agreement require each state to enact specified text into their domestic law. The point here is that the obligations contained in the text that the UK is obliged to enact into domestic law are sometimes less onerous than the obligations that apply to the UK under other provisions of the Agreement. As a result, the UK's obligations under international law extend further than the explicit obligations on internal UK organs of government.

some procedural obligations on the UK Government to negotiate with the Irish Government and place agreed proposals for unification before parliament. However, when contrasted with our comparator countries of Ethiopia, Liechtenstein and Saint Kitts and Nevis, we can see this is an incomplete legalisation of secession. The obligation on the Secretary of State to direct a border poll depends on a highly contestable and political criterion, suggesting that the courts would be slow to order the Secretary of State to direct such a poll. Moreover, each House of Parliament can veto – on purely political and unreviewable grounds – any proposal from the Secretary of State to direct such a poll. At the other end of the process, while the UK Government must negotiate with the Irish Government, there is no obligation on the UK Government to support the proposals, still less on the Westminster Parliament to give effect to them.

Such is the position in UK law. The Agreement goes further. There is a stronger legal imperative for a border poll, since (a) the Agreement does not explicitly contemplate a veto for the Houses of Parliament and (b) such a veto fatally compromises the Agreement’s core provisions that mandate respect for Irish self-determination exercised by agreement between North and South. At the other end of the process, the Agreement requires the UK Government actively to support at Westminster legislation that gives effect to unification. More significantly still, the Agreement implicitly requires that if the North and South concurrently consent to unification, then the UK (as well as Ireland) is under an obligation in international law to give effect to that.²⁹ Accordingly, the UK would find itself in breach of international law if either House of Parliament vetoed a border poll in circumstances in which it appeared to the Secretary of State that a majority was likely to support unification; and if Westminster refused to legislate for unification after consent to unification was given both North and South. Put more positively, if the central organs of the UK state act in a way that ensures compliance with the UK’s international law obligations, Northern Ireland would have an effective secession right. But such effectiveness depends on political decisions by central UK organs of government, so there is no legal secession right. Moreover, we cannot assume that those organs of government will act in a way that allows the UK to comply with international law. The official position of the current UK Government is that it is permitted to breach its international law obligations, at least in very specific and limited ways.³⁰

The Final Report of the Working Group on Unification Referendums on the Island of Ireland reasoned that, if Westminster failed to legislate for unification after a concurrent and democratic expression of

²⁹ For analysis in support of this point, see A. RENWICK et al, *Final Report*, cit., para 4.24-4.25.

³⁰ In response to a parliamentary question questioning the UK’s commitments to its legal obligations under the Ireland / Northern Ireland Protocol to the UK-EU Withdrawal Agreement, the Secretary of State for Northern Ireland indicated that the UK government’s proposed approach did “break international law in a very specific and limited way”. *Hansard*, 9 September 2020, col. 509. The UK government later adopted a different approach on the specific issue, but the decision in principle that the UK may breach international law presumably still holds.

consent North and South, this would result in Northern Ireland having a disputed constitutional status. The UK's breach of international law would not render Northern Ireland part of Ireland, but the UK could expect to experience significant pressure from the US and the EU, among other international actors.³¹ If the UK Government wished to stymie Irish unification, therefore, the more effective breach of international law would be to prevent the holding of a border poll at all. This could most safely be done by the Secretary of State proposing an order to direct a poll, and then leaving that order to languish at Westminster, unapproved by either House of Parliament. This would be an unimpeachable course of action under UK law. While it would breach international law, it would be far less striking than a decision to ignore or supersede two referendum votes on the island of Ireland. It would therefore be less likely to generate international opprobrium and domestic political pressure.

5. A Union based on consent?

The claim that the Union is based on consent means that the central government – whatever the legal position – is politically and constitutionally committed to allowing units secede, if they wish to do so. Such a claim can be based both on official practice – especially if reflected in legislation – and on statements by constitutionally significant actors that help us to understand that practice. In this vein, Martin maintains that “since the resolution of the Irish question in 1921 ... the British Union has been based on an assumption of the separate and collective consent of four constituent parts, each of which is free to withdraw its consent if it wishes.”³² Martin concedes that this principle of consent emerged slowly; it was “enshrined for Northern Ireland in the 1949 Ireland Act” and has been implicitly accepted “since Scottish nationalism became a visible if erratic force”.³³ Insofar as Martin's claim is based on the official and legislative treatment of Northern Ireland – and that is not its only basis – the analysis of the previous two sections shows how it is mistaken. Northern Ireland's entitlement to leave the Union did not gain any formal recognition until 1998, and the evolving position of Northern Ireland is better seen as working out the implications of the Union in 1800 and the departure of the Irish Free State in 1921 rather than any more general normative principle about the requisite consent of the units of the UK. Ireland's entry into the Union in 1800 – like Wales but not like Scotland – could not be described as consensual in any meaningful sense. The departure of the 26 counties of “Southern Ireland” in 1921 was not based on any recognition that they had an entitlement to depart but was part of a compromise designed to end a war. One can quibble over whether Northern Ireland never left the UK or rather seceded with the rest of the Irish Free State and then re-joined the UK. But the more salient point is that

³¹ *Ibid.*, par. 4.64.

³² C. MARTIN, *Resist*, cit., p. 7.

³³ *Ibid.*

Westminster had deliberately constructed the borders of Northern Ireland in order to carve as large a territory as possible out of the island of Ireland that would have a stable majority for remaining in the Union. Insofar as 1921 established any principle for secession from the UK, it was that departure would be forcibly resisted and, if ultimately conceded, the departing unit would likely be partitioned in order to preserve as much territory within the Union as possible while securing a long-term majority in favour of the Union for that territory. The *Ireland Act 1949* did not establish any entitlement on the part of Northern Ireland to secede but rather reassured the Unionist majority that Northern Ireland would not be removed from the Union without its consent. While official rhetoric was shifting by the early 1970s, neither the *Northern Ireland (Border Poll) Act 1972* nor the *Northern Ireland (Constitution) Act 1973* conceded any entitlement on the part of Northern Ireland to secede. The purpose of the *1972 Act*, as with the *1949 Act*, was to reassure the Unionist majority in Northern Ireland and legitimise the territorial status of Northern Ireland by securing a democratic authorisation for the *status quo*.

The *Northern Ireland Act 1998* goes much further towards recognising a right on the part of Northern Ireland to secede. But our comparison with Ethiopia, Liechtenstein and Saint Kitts and Nevis illustrates how the ancillary provisions necessary to operationalise a secession right are lacking. The discretion of the central executive on whether to call a border poll is subject to a legal constraint, but one that is to be exercised in a political way, while each House of Parliament retains a political veto on the holding of a border poll. At the other end of the process, there is no substantive obligation on the Government or on Westminster to support or give effect to unification. This situation, of course, looks very different when viewed through the lens of the Belfast / Good Friday Agreement. A UK Government committed to the UK's compliance with international law would (a) ensure that a border poll is called if it appears likely that a majority would vote in favour of unification, (b) ensure through party discipline that each House of Parliament approves the draft order for holding a border poll, (c) negotiate in good faith with the Irish Government on the terms of unification if both North and South democratically express their concurrent consent, and (d) ensure again through party discipline that legislation giving effect to unification is passed at Westminster. It is an open question whether a UK Government would act in a way consistent with the UK's international law obligations, but for present purposes the more important point is how this distinguishes the situation of Northern Ireland from that of the other units of the UK. Most tellingly of all, of course, Northern Ireland does not have a right to secede simpliciter. It can only leave for the purposes of unification with the South, reversing the decisions of 1921 and 1800. No equivalent pathway is open to Scotland or Wales. Nor is there another sovereign state that could enter into a legally enforceable agreement with the UK – even if only in international law – that could provide Scotland or Wales with a secession right similar to that of Northern Ireland.

I have given this account to suggest (a) that the Union – even since 1921 – has not been as consensual as Martin suggests and (b) that to the extent Northern Ireland has a right to secede, this may be an idiosyncratic product of Northern Ireland’s distinctive constitutional history rather than of general application to the rest of the UK. But I must now add several qualifications to this account. First, while it is appropriate to identify the lack of consent around the creation of Northern Ireland and its constitutional status pre-1998, there is a risk that such an account reads like a list of nationalist talking points. That is not the intention. Whatever political decisions were made in 1921, there would have been a substantial geographically concentrated minority on the island of Ireland that had a constitutional preference at odds with that of the majority of the island as a whole. Moreover, even illegitimate delineations of territory can become legitimate over time. This is because the political authority of governing arrangements depends on how well they serve the interests of those who are subject to them, not whether they can be traced to a legitimate foundation. Any stable geographic boundaries can provide a framework for politics that pursues the common good, irrespective of how those geographic boundaries were first established.³⁴ The 1998 Agreement is Ireland’s acceptance of this principle.

Second, my focus on the legislative treatment of Northern Ireland should not obscure the importance of official attitudes. By the 1970s, UK government attitudes had evolved significantly since 1921. Northern Ireland was no longer just a geographic construct designed to provide Irish unionists with as large but constitutionally secure a territory as possible within the Union. Instead, it had become a discrete constituent sub-unit that might be allowed to secede even if this was opposed by a geographically concentrated minority of unionists. Moreover, the UK government was more open to the possibility of Irish unification than it had been in 1919 to Irish independence.

Third, the salience of practices is not limited to their historical rationale. The UK’s treatment of Ireland and Northern Ireland in the first half of the 20th century may have been motivated by a resistance to dissolution of the Union and politico-ethnic identification with Irish, then Ulster, unionists. But this treatment can be reconstructed as consistent with a more normatively attractive principle of popular consent to territorial boundaries, democratically expressed. Furthermore, the normative pull of consistency is strong: the continuing constitutional consent of other units of the UK to the Union should be no less relevant than the consent of Northern Ireland. At its extreme, it could be argued that the principles reflected in the *Northern Ireland Act 1998* should also underpin London’s relationships with Scotland and Wales. But there are limits to how far the normative preference for coherence can overcome differences between two situations. Northern Ireland – at the highest – has no domestic right to secede

³⁴ For an argument to this effect, see O. DOYLE, *Populist Constitutionalism and Constituent Power*, in *German Law Journal*, 2019, vol. 20, n. 2, pp. 161-180.

but rather a right – under international law – to reunify with another sovereign state. It remains challenging to infer from this right a general right of secession on the part of the other units of the UK.³⁵

6. Entitlement to secede within a political constitution

The previous analysis has demonstrated that not even Northern Ireland has a legal right, within the UK constitutional order, to leave the UK. But there is a sense here of comparing apples with oranges; or more specifically, a legal constitution with a political constitution. Perhaps the analysis merely reveals the obvious point that a political constitution cannot guarantee legal rights. Nevertheless, even under its political constitution, the UK government could have gone significantly further in operationalising Northern Ireland's right to secede. Westminster could have legislated for a much clearer legal constraint on the Secretary of State in deciding whether to direct a border poll without any veto for the Houses of Parliament on the holding of a poll. Westminster could also have imposed an obligation on the Government to support the implementation of any unification votes. The failure to institutionalise a legal right to secede to the maximal extent somewhat undercuts the claim that Northern Ireland has a political right to secede. If there were a political commitment, why not make it as legally effective as possible?

While greater legalisation of Northern Ireland's right to secede was possible, what could not have been achieved was a legal guarantee that the outcome of unification votes in Ireland, North and South, would be respected. Even with Brexit, where the consequences of the referendum could be anticipated to unfold shortly after the statute authorising the referendum was passed, it was not possible to stipulate the legal consequences of the referendum in advance. This was because the UK could depart from the EU in many different ways and the precise form would depend on post-referendum negotiations between the UK and the EU. The same applies to Scottish independence and *a fortiori* for Irish unification where the terms of unification would only be negotiated – if at all – many decades after the statute establishing the referendum.

The UK's political constitution has a subtractive and an additive dimension. On the one hand (the subtractive dimension), any legally granted right or constraint on government can be removed by a subsequent parliament. On the other hand (the additive dimension), constitutional conventions might complement or supplement the legal position such that rights and constraints are meaningfully respected notwithstanding their lack of legal protection. Could that additive dimension effectively guarantee a constitutional right to secede? We have some reasons to be doubtful. First, secessions are rare so it would be difficult to establish a pattern of behaviour sufficient to allow us infer the existence of a constitutional

³⁵ This conclusion does not affect other arguments in favour of a right of secession. Nor does it bear on the distinct question of whether the central government of the UK ought to permit a constituent unit to secede.

convention. Granted, some theorists maintain that one precedent can be sufficient to ground a convention,³⁶ but such a convention would necessarily be more contestable than one grounded in repeated observance. Second, the legitimacy of secession is actively contested and touches on core aspects of national identity, with many favouring the maintenance of territorial integrity. Another commonly cited condition for a convention to arise is that there is a good reason for the rule.³⁷ Given the contested legitimacy of secession, there may not be agreement that there is a good reason to allow secession. This is particularly the case given that any secession is likely to leave a significant minority of loyal compatriots who do not wish to leave, as was the case in the northeast of Ireland. There would thus be an obvious human face to the normative objective of preserving territorial integrity. Third, to be effective, the secession right must also encompass procedures for triggering the secession vote and giving effect to it. In the latter context, this requires negotiating the terms of secession without the benefit of any legally prescribed backstop or time limit for that process, such as applied under Article 50 of the Treaty on European Union.

Any political secession right would therefore have to be grounded on a small number of precedents, in a context of deeply contested normative standards touching on core issues of national identity, and successfully operate in highly complex negotiations where it would be difficult to ascertain and identify responsibility for any failure to give effect to a secession decision. In all of these circumstances, it is difficult to imagine a political-constitutional secession right successfully trumping the politics of territorial integrity. To be clear, it is quite possible that the central government might choose to allow a constituent sub-unit withdraw its consent and depart from a Union with a political constitution. But it is far less clear – and in my view doubtful – whether a central government ideologically opposed to secession would respect a political-constitutional secession right. It is therefore difficult to see how a state governed by a political constitution can reassure its constituent units that any withdrawal of consent to the union would be respected.

7. Conclusion

Under-appreciated before the Brexit vote, the UK's membership of the EU underpinned increasing territorial differentiation within the UK. The UK's departure from the EU has in turn exacerbated territorial tensions that the UK's constitution may be ill-equipped to handle. When faced with internal threats to their territorial integrity, many countries have utilised their constitutions to prohibit secession. A smaller number have conceded constitutional rights to secession, hoping that the possibility of future

³⁶ W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, London University Press, London, 1959, p. 136.

³⁷ *Ibid.*



departure may persuade constituent units to be happy with remaining for the time-being. There has been some suggestion – largely based on legislative treatment of Northern Ireland and official statements about Scotland – that the UK’s political constitution has evolved to the extent that all its constituent sub-units hold a right of secession. A detailed consideration of Northern Ireland’s legislative treatment, however, reveals a far less consensual position prior to 1998, and even post-1998 a marked reluctance to institutionalise secession rights to the maximal extent possible. This analysis undercuts claims that the United Kingdom depends on the consent of its constituent units, thereby undermining any political strategy that relies on a guaranteed right of future departure as an argument against secessionist sentiment in the immediate term.



Section 2 – The European and international implications of Brexit



Future(s) of the Union: Some Thoughts after Brexit*

by Robert Schütze

Professor of European and Global Law
Durham University

Abstract [En]: If Brexit was the defining “constitutional moment” for the European Union in the second part of the last decade, what are the constitutional changes awaiting the Union, say, the next ten years? This article looks at this – speculative – question by exploring the Union’s potential future evolution alongside two dimensions: a horizontal dimension focusing on the widening or narrowing of its membership, and a vertical dimension exploring the deepening or flattening of its level of integration. The future of European integration is thereby not directly related to Brexit; yet Brexit has offered a critical moment of reflection about further political integration – a solution that directly contrasts with the United Kingdom’s decision to “take back control” to the national level.

Titolo: Futuro(i) dell’Unione: alcune riflessioni dopo la Brexit

Abstract [It]: Se la Brexit è stato il “momento costituzionale” per definizione per l’Unione europea nella seconda metà dell’ultimo decennio, quali sono le trasformazioni costituzionali che attendono l’Unione, per esempio, nella prossima decade? L’articolo cerca di rispondere a questa domanda, in termini speculativi, esplorando la possibile evoluzione dell’Unione lungo due direttrici principali: la dimensione orizzontale si concentra sull’ampliamento o, viceversa, sul ridimensionamento degli Stati membri dell’Unione; la dimensione verticale, invece, considera l’approfondimento o, al contrario, lo stallo nel suo grado di integrazione. Il futuro dell’integrazione europea, dunque, non è direttamente collegato alla Brexit; tuttavia, la Brexit ha offerto un momento cruciale di riflessione circa un ulteriore livello di integrazione politica – una soluzione su scala sovranazionale che contrasta palesemente con la decisione del Regno Unito di “ricostituire il controllo” delle politiche a livello nazionale.

Keywords: EU constitutional change; widening; deepening; Brexit; global governance

Parole chiave: modifiche costituzionali nell’UE; allargamento; approfondimento dell’integrazione; Brexit; governance globale

Contents: 1. Introduction: Two Dimensions of Constitutional Change. 2. Horizontal Changes: Widening or Narrowing of Membership. 3. Vertical Changes: Deepening or Flattening of Integration. 4. Conclusion: And what about Brexit?

1. Introduction: Two Dimensions of Constitutional Change

If Brexit was the defining “constitutional moment” for the European Union in the second part of the last decade, what are the constitutional changes awaiting the Union, say, the next ten years? This article looks at this – speculative – question by exploring the Union’s potential future evolution alongside two dimensions: a horizontal dimension focusing on the widening *or* narrowing of its membership, and a vertical dimension exploring the deepening *or* flattening of its level of integration. Both dimensions have been constant drivers of constitutional change in the past. For the Union’s historic mission has not only

* Articolo sottoposto a referaggio.

been “to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe”; the European project was, from the very beginning, “open to the participation of the other countries in Europe”,¹ and it was therefore equally informed by the idea of an ever *wider* union.

The two dimensions of constitutional change may influence each other. Indeed, every horizontal change in the membership of the Union may dialectically affect the vertical direction of European integration. For not only will formal constitutional change within an enlarged Union become more difficult (in light of the unanimity requirement for EU Treaty amendments), the prospects of further political integration may automatically be flattened in light of the widened interest constellation among Member States. Contrariwise, the deeper the Union integrates the Member States into its legal and political order, the more “sovereignist” Member States may decide to withdraw from the Union. This is, of course, the story of Brexit. For after decades of partial opt-outs and differential integration, the United Kingdom fully abandoned the supranational project in 2020 so as to “take back control” and regain its national “sovereignty”.

2. Horizontal Changes: Widening or Narrowing of Membership

Every change in the membership of the Union represents a fundamental change in its material constitution. This change can either occur through European enlargements or national withdrawals. Enlargements of Union membership are regulated in a single article, namely Article 49 TEU. It states:

*“Any European State which respects the values referred to in Article 2 and is committed to promoting them may apply to become a member of the Union... The applicant State shall address its application to the Council, which shall act unanimously after consulting the Commission and after receiving the consent of the European Parliament... The conditions of admission and the adjustments to the Treaties on which the Union is founded, which such admission entails, shall be the subject of an agreement between the Member States and the applicant State. This agreement shall be submitted for ratification by all the contracting States in accordance with their respective constitutional requirements.”*²

All States are, consequently, free to apply for EU membership if three conditions are fulfilled. For a candidate, to be eligible, it needs to be a “State” that is “European”, and which subscribes to the foundational values of the Union expressed in Article 2 TEU. While the formal notion of “statehood” is straightforwardly left to international law, the requirement to be a “European” State has been more

¹ SCHUMAN DECLARATION, see: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_en.

² Art. 49 TEU (emphasis added).

controversial. For even if it “combines geographical, historical and cultural elements”,³ geography has often been controlling.⁴ But most importantly, a European State will have to adhere to the values on which the Union is founded, that is: “respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities”.⁵

What are, possibly, the new Member States of the Union in the near future? The Union has today accepted a number of European States as ‘candidate countries’ with which it is already negotiating, while some States are viewed as ‘potential candidates’ in the future (Table 1).

Table 1. EU Candidate Countries

Candidate Countries	Republic of North Macedonia (candidate since 2005), Turkey (candidate since 2005), Montenegro (candidate since 2012), Albania (candidate since 2014), Serbia (candidate since 2014)
Potential Candidates	Bosnia and Herzegovina (application submitted in 2016), Kosovo (Association Agreement since 2016), Ukraine (application submitted in 2022)

Union membership is however no unilateral right that can be demanded. On the contrary, it needs to be accepted by the Union and its Member States. Procedurally, Article 49 TEU here distinguishes between a “Union phase” and a “Member State phase”. The Union institutions must first decide on the “admissibility” of the new State; and only once Council and Parliament have taken a positive decision on the candidate State are the Member States asked to conclude an accession agreement with the acceding State. This final accession treaty is an international treaty that is concluded by the acceding State and the collectivity of the old Member States; and all accession treaties are thus enjoying “constitutional” status. What about secession(s) from the Union? Most modern States categorically prohibit secessions from their territory;⁶ whereas most international organisations implicitly permit withdrawals of their Member

³ Commission, *Europe and the Challenge of Enlargement*, (1992) Bulletin of the European Communities, Supplement 3/92, 7 at 11.

⁴ For example: Morocco’s application was deemed inapplicable in 1987.

⁵ Article 2 TEU. The provision continues: “These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.” These constitutional criteria have been further specified through the so-called Copenhagen criteria according to which the candidate country must have achieved “stability of institutions guaranteeing democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities”, “a functioning market economy”, and – most generally – the “ability to take on the obligations of membership”. On the Copenhagen Criteria, see C. HILLION, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, in C. HILLION (ed.), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 1.

⁶ Some federal States seem to be more tolerant with regard to secessionist claims. For the Canadian constitutional order, see *Reference Re Secession of Quebec* [1998] 2 SCR 217.

States. Within the European Union, a “sovereign” right to withdraw has always been implicit in the Union legal order.⁷ Today, the Lisbon Treaty has made this implicit right explicit. Article 50 TEU states:

“1. Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements.

2. A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention. In the light of the guidelines provided by the European Council, the Union shall negotiate and conclude an agreement with that State, setting out the arrangements for its withdrawal, taking account of the framework for its future relationship with the Union...”

What is the nature and character of this exit right? Article 50 represents a compromise between a “State-centred” and a “Union-centred” version tabled during the 2004 Constitutional Convention.⁸ The right to withdraw from the Union is, on the one hand, unconditional and unilateral; yet it is not automatic, since Article 50 imposes a procedural obligation on the Union and the departing Member State to try and reach a contractual resolution in the form of a “withdrawal agreement”.⁹ This withdrawal agreement is designed to settle the past – not the future – relations between the Union and the soon-to-be-third-State. And, fundamentally, and unlike an EU accession treaty, the withdrawal agreement has no formal constitutional status. Nonetheless, there are of course significant material constitutional repercussions. For the departure of a Member States not only changes the political composition of the Union; the legal rights EU citizens enjoy will be geographically and substantively reduced.¹⁰

The British exit from the European Union (“Brexit”) in 2020 has been the first such Member State withdrawal from the European Union. The reasons for the British exit were, in my view, primarily rooted in that State’s particular constitutional and philosophical self-understanding.¹¹ Sternly protective of its parliamentary “sovereignty” and passionately rejecting further progress towards a “political” Union, the British people chose to chart their independent future outside the Union.

Was this a singular moment in the Union’s history; or will the near future see other Member States withdrawing? The possibility of future reductions in EU membership cannot be categorically excluded;

⁷ For the same view, see: J. H.H. WEILER, *Alternatives to Withdrawal from an International Organisation: The Case of the European Economic Community*, in *Israel Law Review*, 20, 1985, p. 282.

⁸ For a discussion of the constitutional history of the provision, see: R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021, Chapter 20, Section 2.

⁹ The wording of Article 50 TEU only imposes an obligation to negotiate such an agreement on the Union; yet such a duty is equally imposed on the withdrawing state. This duty, while not directly based on Article 50 TEU, derives from its (continued) status as a Member State of the Union and the duty of loyal cooperation under Article 4(3) TEU.

¹⁰ For example: the right to work and live in the departing Member State; or the mutual recognition of national legislation or professional qualifications from the departing Member State will be lost.

¹¹ For an overview of the history and reasons for the British withdrawal, see: R. SCHÜTZE, *European Union Law*, cit., Chapter 20, Section 1.

yet the political appetite – even of the two newly “awkward partners” – seems minimal.¹² And a national exit from the European Union will also be much harder for those States of the Union that have *constitutionally* committed themselves to European integration. The German Constitution, for example, mandatorily demands in its Article 23 that “the Federal Republic of Germany *shall* participate in the development of the European Union”;¹³ and similarly strong constitutional commitments to European integration can be found in many other national constitutional orders.¹⁴

The Brexit process has certainly shown how hard and costly a divorce from the Union is; and it seems to have strengthened – rather than weakened – the resolve of the remaining 27 Member States to act in common and to consolidate Europe.¹⁵ In their “Rome Declaration”, celebrating the 60th anniversary of the Rome Treaty in 2017, we thus read:

“We will make the European Union stronger and more resilient, through even greater unity and solidarity amongst us and the respect of common rules. Unity is both a necessity and our free choice. Taken individually, we would be side-lined by global dynamics. Standing together is our best chance to influence them, and to defend our common interests and values. We will act together, at different paces and intensity where necessary, while moving in the same direction, as we have done in the past, in line with the Treaties and keeping the door open to those who want to join later. Our Union is undivided and indivisible.”¹⁶

¹² While another withdrawal from Union seems not on the horizon in the immediate future, a possible development in the next few years may however be the suspension of a Member State due to a persistent violation of the values of the European Union mentioned in Article 2 TEU. At the time of writing, the two “candidate countries” here are Hungary and Poland – both of which have, while not wishing to leave the Union, engaged in an extensive battle with the Union over the question of the rule of law within both countries. While unable to “force”, or ultimately “expel” recalcitrant Member States, the Union here theoretically possesses the constitutional remedy of a membership “suspension”, which is laid down in Article 7 TEU.

¹³ Article 23 (1) German Constitution; and see also its Preamble (“Inspired by the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe, the German people, in the exercise of their constituent power, have adopted this Basic Law.”). For an excellent discussion of the constitutional hurdles for a “G-Exit”, see T. GROß, *Erlaubt das Grundgesetz einen Austritt aus der EU?*, in *Europarecht*, 53, 2018, p. 387.

¹⁴ For example, Article 88-1 of the French Constitution states: “The Republic shall participate in the European Union constituted by States which have freely chosen to exercise some of their powers in common by virtue of the Treaty on European Union and of the Treaty on the Functioning of the European Union, as they result from the treaty signed in Lisbon on 13 December, 2007.” For a discussion of the “Europe clauses” in national constitutions, see: M CLAES, *Constitutionalizing Europe at its Source: The ‘European Clauses’ in the National Constitutions: Evolution and Typology*, in *Yearbook of European Law*, 24, 2005, p. 81; as well as A. ALBI, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

¹⁵ Contra, H. HOFMEISTER, *The End of the Ever Closer Union*, Baden Baden, Nomos, 2018.

¹⁶ The “Rome Declaration” can be found here: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/>.

3. Vertical Changes: Deepening or Flattening of Integration

What, then, is to be done? Should the Union stay as it is? Should it deepen and consolidate; or, should it devolve and divest powers back to the Member States? These questions have recently been posed in the European Commission's "White Paper on the Future of Europe".¹⁷

Five scenarios were here discussed to offer "a series of glimpses into the potential state of the Union by 2025".¹⁸ According to the first possible future, the Union will simply "carry on" and progress incrementally in the next five years.¹⁹ The second option, by contrast, sees the Union scaled down to its common market – a choice that would have pleased the United Kingdom.²⁰ According to a third scenario, the Union abandons its (relatively) uniform legal order and splits into groups of Member States – with those States willing to do more being allowed to go ahead without being blocked by the others.²¹ The Union may however – fourthly – also decide to reduce its thematic scope and do less but more efficiently;²² or, it may take a new qualitative constitutional leap and decide to do much more in all domains in the future.²³

What is the most likely future scenario here? The most "conservative" scenarios undoubtedly are the first and the fourth options,²⁴ because all other European "futures" would require formal Treaty amendments.²⁵ Yet what are the chances of such formal constitutional change? In their "Rome Declaration", the Member States committed themselves to four major projects for the next decade: "In the ten years to come we want a Union that is safe and secure, prosperous, competitive, sustainable and socially responsible, and with the will and capacity of playing a key role in the world and of shaping globalization".²⁶ These symbolic pledges were confirmed and reinforced in 2019 by the European Council's "A New Strategic Agenda: 2019-2024";²⁷ and the new Commission's political guidelines were

¹⁷ The Commission White Paper can be found here: https://ec.europa.eu/commission/future-europe/white-paper-future-europe-and-way-forward_en.

¹⁸ Ibid., 15.

¹⁹ Ibid., 16.

²⁰ Ibid., 18.

²¹ Ibid., 20.

²² Ibid., 22.

²³ Ibid., 24.

²⁴ On the "unused" constitutional potential of the Lisbon Treaty, see the European Parliament Resolution of 16 February 2017, available here: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0049_EN.html.

²⁵ For an excellent analysis as to why Scenario 3 would require constitutional change, see B. DE WITTE, *Editorial: The future of variable geometry in a post-Brexit European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24, 2017, p. 153.

²⁶ Rome Declaration (supra n.16).

²⁷ The document can be found here: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/06/20/a-new-strategic-agenda-2019-2024/>.

equally and strongly committed to “[a] Union that strives for more”.²⁸ But the strongest recent “impulse” towards a deeper European Union has been given by the Union’s breathtaking fiscal response to the Covid pandemic. This impressive “temporary” solution, a new installment of “EU emergency law”,²⁹ may potentially lay the permanent foundations for a deeper fiscal European Union.³⁰

However, if the Union and its Member States were really serious about all these – and other – integrationist commitments, they need to formally “upgrade” the EU Treaties to their next evolutionary stage. Sadly, the prospects of such significant Treaty amendment are not bright, as long as the rules of constitutional change are not themselves constitutionally changed. For while the unanimity rule for EU Treaty amendments could, in the past, still be expected to produce “reasonable” results with six, nine, twelve, and even fifteen Member States,³¹ in a Union of 27 Member States (and potentially more following new enlargements) major treaty changes are as unlikely as never before.³²

The only way forward is here to amend the process of constitutional amendment itself, that is: to replace the unanimity requirement in Article 48 TEU by a (super-)qualified majority requirement.³³ Crucially, such an amendment to the amendment rules would not turn the Union into a federal state in which “sovereignty” is transferred to the centre.³⁴ Nor would it undermine the *plural* nature of its constituting power(s); on the contrary, the ability of a *plurality* of states in favour of constitutional change is increased by removing the possibility of a *single* Member State to block the “future”.³⁵ From an ideal-typical perspective, a majority rule for constitutional amendments would furthermore best benefit and reflect the

²⁸ The Commission “Political Guidelines” can be found here: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024_en. For an excellent criticism of especially von der Leyen’s bold-yet-conservative manifesto, see: H.J. BLANKE and S. PILZ, *Europa 2019 bis 2014: Wobin trägt uns der Stier? Sieben Thesen zu den Herausforderungen der Europäischen Union*, in *Europarecht*, 2020, p. 270.

²⁹ GUEST EDITORIAL, *EU emergency law and its impact on the EU legal order*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, p. 3. For some early reflections on the European Union and global emergencies, see: A. ANTONIADIS, R. SCHÜTZE and E. SPAVENTA, *The European Union and Global Emergencies*, Oxford, Hart Publishing, 2011.

³⁰ On the past, present, and future of the EU fiscal union, see: A. HINAREJOS & R. SCHÜTZE, *EU Fiscal Federalism: Past, Present, Future*, Oxford, Oxford University Press, forthcoming.

³¹ Famously, and after the prolonged and aggravated Nice Treaty negotiations, Tony Blair (former UK Prime Minister) is reported to have exclaimed: ‘We cannot go on working like this!’

³² This is not just a question of numbers and quantity but also one of the greater heterogeneous quality in Union membership. The diversity within the Union has significantly increased since 1973, especially after Eastern enlargement.

³³ Contra, J.-C. PIRIS, *The Future of Europe: Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 59. This (super-)qualified majority requirement could be limited by declaring certain particularly sensitive areas to be still subject to unanimity; or by expressly excluding some matters altogether.

³⁴ Unlike, say, the German Constitution and its Article 79(2), EU Treaty amendments would not be in the hands of “federal” institutions alone, because they would still primarily, if not exclusively, involve the Member States as political and constitutional actors. Moreover, in the Union legal order, each State remains of course politically “sovereign” in that it can unilaterally decide to leave the Union, see Article 50 TEU.

³⁵ Let me, tongue-in-cheek, quote a passage from the German Constitutional Court’s Maastricht Judgment here, available in *Common Market Law Reports*, 57, 1994, at 86: “Unanimity as a universal requirement would inevitably set the wills of the particular States above that of the Community of States itself and would put the very structure of such a community in doubt.”

federal character of a Union of States. And binding a (small) minority of states by a legitimate decision of a (qualified) majority of states hardly seems undemocratic, unless one is mentally stuck in conceptual world of the sovereign state and “its” international legal order.³⁶

This antiquated way of thinking however makes the Union immobile and ultimately defenceless vis-à-vis the future. For a polity “without the means of some change is without the means of its conservation”.³⁷ The Union and its Member States must quickly recognise this, lest they be published by life. For neither is presently able to solve the serious problems raised by their citizens (and the world). Neither is able to fly against the cold winds of globalisation and its disorganised capitalism; nor seem they be able to properly tackle international problems, such as climate change or global pandemics. The Member States thereby ought to realise that their fear of European federalism and political union is often a fear of losing something (sovereignty, control) that is often already lost.³⁸ Indeed, perhaps the only way to “rescue” their national democracies today is, as at the end of the Second World War seventy years ago,³⁹ within a stronger supranational European Union.

4. Conclusion: And what about Brexit?

Any such stronger supranational solution would, almost undoubtedly, have been rejected by the United Kingdom. Indeed: from the very start, Britain’s feelings towards European integration were complex; and when Britain finally joined the ‘common market’ in 1973, its reasons were predominantly of an economic nature. Its profound doubts of any federal or political union became a recurring theme throughout its membership; and, in later years, Britain’s critical attitude towards transfers of legislative powers to the European Union found numerous expressions in a wide range of ‘opt-outs’. But even this half-way house inside and outside the European Union could not prevent a majority of British citizens in 2016 to opt-out of Union membership altogether.

What makes the British exit from the EU so momentous, in a specific and general way, is that it will put to the test the very opposite answer to (European) supranational integration – classic (intergovernmental) internationalism, which ultimately regards the nation state as the centre of the normative universe. If “Westminster” thereby managed to trump “Brussels” in a battle over where political authority should lie, it was in no small measure the EU’s perceived democratic deficits that won the Brexit day. (And yet, ironically, already the immediate process of “getting Brexit done” revealed the

³⁶ I am particularly thinking of Richard Bellamy, Dieter Grimm and Joseph Weiler (and their intellectual followers) here.

³⁷ E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, in *Revolutionary Writing*, I ed., Hampshire-Monk, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 23. Two hundred years later, the same thought can of course be found in Gorbachev’s reflections on the German Democratic Republic: “Life punishes those who come too late.”

³⁸ A. GIDDENS, *Turbulent and Mighty Continent: What Future for Europe*, Cambridge, Polity Press, 2014, p. 10.

³⁹ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation State*, London, Routledge, 1999.



limits of national democracy in the arena of international trade negotiations.) Brexit has here brought to the fore a question that is destined to become one of the most important political theory questions of the twenty-first century: how should (political) power and (democratic) legitimacy be organized between states? How can transnational markets be regulated, transnational pandemics be managed, and global climate change be tackled while allowing for forms of democratic or demoicratic agency and control? Should this be done via classic international law or the “law of integration”?

The United Kingdom and the European Union will have to answer this key question (and its multiple variants) in the next decade; and their respective futures in the twenty-first century will depend on the respective answers they will find.⁴⁰

⁴⁰ For a comparison of various solutions offered to transnational problems by classic international law and European supranational law, see: R. SCHÜTZE, *Globalisation and Governance: International Problems, European Solutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.



EU External Action – Learning from Brexit*

by **Marise Cremona**

Emeritus Professor of European Law
European University Institute

Abstract [En]: This contribution addresses the ways in which the negotiation of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA) is likely to impact the EU's treaty relations with third countries. It argues that the Brexit process and the negotiation of the TCA has highlighted some fundamental characteristics of, and distinctions between, EU external agreements, and has required the EU to think more explicitly than hitherto about its own 'red lines'.

Titolo: L'azione esterna dell'UE - Imparando dalla Brexit

Abstract [It]: Il presente contributo si sofferma sulle modalità attraverso cui la negoziazione dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'UE il Regno Unito potrebbe influenzare le relazioni dell'Unione con i Paesi terzi. Si sostiene che la procedura per la Brexit e la negoziazione di tale accordo hanno evidenziato alcune caratteristiche fondamentali e le differenze tra gli accordi esterni dell'UE e ha indotto l'Unione a riflettere in modo più esplicito rispetto a quanto fatto finora sui proprio "limiti invalicabili".

Keywords: Brexit; Trade and Cooperation Agreement; integrational agreements; transactional agreements; Association agreements

Parole chiave: Brexit; accordo sulla cooperazione e il commercio; accordi finalizzati all'"integrazione"; accordi finalizzati "agli scambi"; accordi di associazione

Sommario: 1. Introduction. 2. What type of agreement? 2.1. Transactional agreements. 2.2. Integrational agreements. 2.2.1. Different types of integration into or with the EU. 2.2.2. Integration into the world economy. 3. The Brexit negotiation: transactional or integrational?. 4. Limits to flexibility: the EU's "red lines".

1. Introduction

In this short contribution I should like to address the ways in which the experience of Brexit – and more especially the negotiation of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement (TCA) – is likely to impact the EU's treaty relations with third countries. I will argue that the Brexit process and the negotiation of the TCA has required the EU to think more explicitly than hitherto about what it is prepared to offer third countries in terms of market access, and under what conditions, and has highlighted some fundamental characteristics of, and distinctions between, EU external agreements. These characteristics and distinctions, as well as the EU's formulation of its own "red lines" – something which it was prompted to do in part by the UK's approach to the negotiation, but which has not been standard EU negotiating practice – will influence future external policy.

* Articolo sottoposto a referaggio.

2. What type of agreement?

Article 50 TEU establishes that the EU will negotiate an agreement with a Member State that has decided to withdraw, although withdrawal does not depend on the conclusion of an agreement.¹ It does not *require* the negotiation of a separate agreement governing the EU's long-term relations with the withdrawing State, simply saying that the Withdrawal Agreement should “tak[e] account of the framework for its future relationship with the Union.” In the case of the UK, it was quickly clear that the EU's objective would be to negotiate an agreement on the future relationship, and that this would be concluded with the UK after withdrawal, as a third State.² This was reiterated in April 2017 in the European Council's Guidelines, following the formal notification of the UK's decision to withdraw, with references to the need for “a balance of rights and obligations,” “a level playing field,” and the desire for “strong and constructive ties.”³

When the EU negotiates a broad trade and cooperation agreement (as opposed to a sectoral agreement) with a third State, a number of choices have to be made. In terms of legal basis, the choice is between an Association agreement (Article 217 TFEU), an economic, financial and technical cooperation agreement (Article 212 TFEU), a development cooperation agreement (Article 209 TFEU), or a trade agreement (Article 207). Each of these may contain a wide range of provisions including, notably, liberalisation of trade in goods and services in the form of WTO-compatible free trade (FTA), and cooperation across a range of areas, including (for example) enforcement of intellectual property rights, migration, sustainable development, and political and foreign policy cooperation. Towards some groups of countries, especially in its wider neighbourhood, the EU has developed ‘models’ of broadly similar agreement, such as the ‘Europe’ agreements with the countries of central and eastern Europe that have now joined the EU, the Stabilisation and Association agreements with the countries of the Western Balkans, the Partnership and Cooperation agreements with some of the countries of the former Soviet Union, and the Euro-Mediterranean agreements. Many, but not all, of these are types of Association agreement. Each group of agreements contains broadly similar provisions and operates (or operated) within a specific geopolitical context. There have also been different ‘generations’ of free trade agreement, most recently third generation FTAs with developed economies such as South Korea, Singapore, Japan and Canada.

¹ According to Article 50(3) TEU, “The [EU] Treaties shall cease to apply to the State in question from the date of entry into force of the withdrawal agreement or, failing that, two years after the notification referred to in paragraph 2, unless the European Council, in agreement with the Member State concerned, unanimously decides to extend this period.” See further C. HILLION, *Leaving the European Union, the Union way - A legal analysis of Article 50 TEU*, in *SIEPS European Policy Analysis*, 2016, p. 8.

² “Any agreement, which will be concluded with the UK as a third country, will have to be based on a balance of rights and obligations.” Statement following the informal meeting at 27, Brussels, 29 June 2016, para 4.

³ EUROPEAN COUNCIL, Guidelines, 29 April 2017, EUCO XT 20004/17, para 1, paras 18-24.

Clearly the negotiation with the UK was to be to some extent *sui generis*, but the EU's position was naturally influenced by the patterns of its network of treaty relations with third States. In order to better understand this dynamic, we may identify a distinction between two types of agreement: between what can be called *transactional* agreements, and *integrational* agreements. These designations are somewhat simplistic, and they do not capture the whole picture, but they help us to understand a little better the EU's approach to its external relationships. The distinction is not legal, in the sense of different legal categories of instrument, or specific legal bases; it is intended more as an explanatory device to describe the way in which a specific agreement is embedded in, forms part of and is influenced by the overall relationship between the EU and a particular third State.

The distinction I am drawing here between transactional and integrational relationships is not one that the EU explicitly embraces when deciding on its policy towards a third country or group of countries, although when you look at policy documents and the preambles and statements of objectives of its agreements you can find language that is clearly reflective of one or other approach.

2.1. Transactional agreements

Transactional agreements are essentially about reciprocity. They have their specific objectives of course, but they do not look (much) beyond the agreement itself, they are not instruments set in the context of a broader policy agenda towards that third country. In the past transactional trade agreements had a rather narrow coverage (trade in goods with some flanking provisions on competition and some regulatory cooperation), such as for example the FTAs of the 1970s with the members of EFTA after the accession of UK, Ireland and Denmark to the EU. But they were also based on establishing a reciprocal and balanced trading relationship, operating within the framework of the GATT/WTO. The new generation FTAs concluded by the EU since 2006 with developed economies such as South Korea, Canada, Japan, Singapore, and currently under negotiation with Australia and New Zealand, are more extensive but still transactional in character. These FTAs contain provisions on goods and services trade, regulatory cooperation and commitments on intellectual property and competition policy (anti-trust), typically also including trade and sustainable development chapters. In some cases, such as the agreement with Canada (CETA) they include provisions on investment, which may include investor-State dispute settlement (ISDS), but more recently (since Opinion 2/15⁴) the tendency has been to place direct and indirect investment into a separate agreement.⁵ These agreements tend not to include dynamic clauses allowing for the agreement obligations to develop over time, although of course some of their provisions allow

⁴ Court of Justice of the EU, Opinion 2/15, EU:C:2017:376.

⁵ See for examples, the investment agreements with Australia, New Zealand and Vietnam.

for the development of relations, such as frameworks for regulatory cooperation. The preambular language of the CETA is indicative of this type of agreement:

“...the Parties resolve to: FURTHER strengthen their close economic relationship and build upon their respective rights and obligations under the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization ...; CREATE an expanded and secure market for their goods and services through the reduction or elimination of barriers to trade and investment; ESTABLISH clear, transparent, predictable and mutually-advantageous rules to govern their trade and investment; ... RECOGNISING that the provisions of this Agreement preserve the right of the Parties to regulate within their territories ...”

In Opinion 1/17 the Court of Justice emphasised the arms’ length reciprocal nature of the CETA, and the separateness of the CETA relationship from the EU’s autonomous constitutional framework. The Court also emphasised the need to protect, in an agreement like CETA, the regulatory autonomy of the EU, the “capacity of the Union to operate autonomously within its unique constitutional framework”,⁶ since its regulatory choices were the result of its own specific constitutional processes:

“EU legislation is adopted by the EU legislature following the democratic process defined in the EU and FEU Treaties, and that that legislation is deemed, by virtue of the principles of conferral of powers, subsidiarity and proportionality laid down in Article 5 TEU, to be both appropriate and necessary to achieve a legitimate objective of the Union. In accordance with Article 19 TEU, it is the task of the Courts of the European Union to ensure review of the compatibility of the level of protection of public interests established by such legislation with, inter alia, the EU and FEU Treaties, the Charter and the general principles of EU law”.⁷

The distinction I am drawing here is not concerned simply with the breadth or depth of the commitments in an agreement. Transactional relationships can encompass agreements on non-trade issues, such as extradition, or passenger name records, but each agreement is justified in its own terms. Transactional agreements are not defined by their level of ambition, but rather by the way in which the parties see the relationship. A transactional agreement will be “balanced” as well as reciprocal and justified for the EU in its own terms, not as part of a broader or longer-term project.

2.2. Integrational agreements

Relationships based on integration have been a hallmark of EU external relations, especially with its neighbours, using integration as a starting point in building a structured and long-term relationship. As Article 21 TEU says, the EU is to ‘build partnerships’ with third countries that share the principles which

⁶ Court of Justice of the EU, Opinion 1/17, EU:C:2019:341, para 150.

⁷ Court of Justice of the EU, Opinion 1/17, EU:C:2019:341, para 151.

have ‘inspired its own creation, development and enlargement, and which it seeks to advance in the wider world’. So there is a sense in which its own integration experience has helped to shape the way the EU sees its external relations (which is not to say that it sees itself as a ‘model’ to be imitated in its external policy). These relationships of integration are certainly not limited to countries within the ‘wider Europe’. But we may say that there is an expectation that relations between the EU and its neighbours will be of this nature, as indeed they have been.

Integrational agreements are embedded in a wider relationship which has a longer-term perspective. Integration, of whatever kind, is a process rather than a transaction. The trade dimension of the relationship is included in a wider agreement, which may be cast as an Association agreement or as a partnership or cooperation agreement; they are reciprocal (with some historic exceptions), as they need to be under GATT / WTO rules, but they are also designed to serve the relationship as a whole, and often to achieve a broader purpose:

2.2.1. Different types of integration into or with the EU

Integration with the EU may have a membership perspective. Such agreements would include the Association Agreement with Turkey,⁸ the former Europe Agreements with central and eastern Europe concluded during the 1990s, and the current Stabilisation and Association agreements with the countries of the Western Balkans. Other agreements carry no membership perspective but aim to establish a long-term close and dynamic relationship of integration with the EU. These would include the European Economic Area agreement (EEA), the packages of bilateral agreements with Switzerland, and the Association agreements with deep and comprehensive free trade areas (DCFTAs) with Ukraine Moldova and Georgia which have replaced earlier, weaker agreements. The preamble to the 2017 Association Agreement with Ukraine expresses this dimension of the agreement, referring to:

“the close historical relationship and progressively closer links between the Parties as well as their desire to strengthen and widen relations in an ambitious and innovative way; ... a close and lasting relationship that is based on common values ... which would facilitate the participation of Ukraine in European policies; ... the importance Ukraine attaches to its European identity; [and] that the political association and economic integration of Ukraine with the European Union will depend on progress in the implementation of this Agreement as well as Ukraine's track record in ensuring respect for common values, and progress in achieving convergence with the EU in political, economic and legal areas.”

The EEA establishes a particularly close form of integration:

⁸ I include this agreement here, although Turkey’s membership is not currently a live issue, as the agreement itself envisages the prospect of accession: Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey, OJ 1977 L 361/29, Article 28.

“... one of the principal aims of the EEA Agreement ... is to provide for the fullest possible realisation of the free movement of goods, persons, services and capital within the whole EEA, so that the internal market established within the European Union is extended to the EFTA States ... the law governing the EU internal market is to be extended as far as possible to the EEA, with the result that *nationals of the EEA States concerned benefit from the free movement of persons under the same social conditions as EU citizens.*”⁹

The integration relationship founded upon the EEA is supplemented by other agreements, including Schengen and an agreement which essentially extends the EAW to Iceland and Norway.¹⁰ In a striking case, reasoning on extradition to a third state which the Court had previously developed for EU citizens¹¹ was applied to an EEA (Icelandic) national.¹² The question concerned the potential extradition by Croatia to Russia of a Russian / Icelandic dual national who had been given refugee status and eventually citizenship by Iceland. The Court accepted that Articles 18 TEU and 21 TFEU (conferring rights of non-discrimination and citizenship respectively) apply only to EU citizens, and that the European Arrest Warrant Framework decision applies only to EU Member States, not third States. However, it went on to say that Iceland has ‘a special relationship’ with the EU, which ‘goes beyond economic and commercial cooperation.’¹³ The Court stressed that this special relationship “is based on proximity, long-standing common values and European identity” and went on:

“It is appropriate to add that not only the fact that the person concerned has the status as a national of an EFTA State, which is a party to the EEA Agreement, but also the fact that that State implements and applies the Schengen *acquis*, renders the situation of that person *objectively comparable with that of an EU citizen* to whom, in accordance with Article 3(2) TEU, the Union offers an area of freedom, security and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured.”¹⁴

A remarkable judgment, given that the EEA includes neither EU citizenship, nor the equivalent of the area of freedom, security and justice, nor the Charter of Fundamental Rights.

⁹ Court of Justice of the EU, Case C-431/11 *UK v Council*, EU:C:2013:589, paras 50 & 58 (emphasis added). As a result, the Court decided that measures designed to implement EU social security rules in the EEA should be adopted on the basis of Article 48 TFEU, the legal basis for social security coordination *within* the EU.

¹⁰ Agreement between the European Union and the Republic of Iceland and the Kingdom of Norway on the surrender procedure between the Member States of the European Union and Iceland and Norway OJ 2006 L 292, p. 2.

¹¹ Court of Justice of the EU, Case C-182/15 *Petrubbin*, EU:C:2016:630. The Court held that Articles 18 and 21 TFEU require that, when a Member State to which a Union citizen, a national of another Member State, has moved receives an extradition request from a third State with which the first Member State has concluded an extradition agreement, it must inform the Member State of which the citizen in question is a national and, should that Member State so request, surrender that citizen to it, in accordance with the provisions of Council Framework Decision 2002/584/JHA on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (OJ 2002 L 190, p. 1), provided that that Member State has jurisdiction, pursuant to its national law, to prosecute that person for offences committed outside its national territory.

¹² Court of Justice of the EU, Case C-897/19 PPU *IN (Ruska Federacija)*, EU:C:2020:262.

¹³ *Ibid.*, para 44.

¹⁴ *Ibid.*, para 58 (emphasis added).

2.2.2. Integration into the world economy

Integration does not necessarily imply integration with the EU, or rather, a relationship of integration with the EU may serve a wider integration objective. According to Article 21(2)(e) TFEU) one of the external objectives of the EU is to ‘encourage the integration of all countries into the world economy, including through the progressive abolition of restrictions on international trade.’ Among these we can identify agreements supporting economic and political transition, such as the Partnership and Cooperation agreement with Russia, and the Comprehensive and Enhanced Partnership agreements (CEPA) with Armenia and Kazakhstan. The preamble to the agreement with Armenia, for example, as well as referring to the ‘political, socio-economic and institutional development’ of Armenia, puts the agreement into the context of the EU’s regional policy frameworks, the European Neighbourhood Policy (ENP) and the Eastern Partnership. A second group, including the Stabilisation and Association agreements with the Western Balkans, are concerned with regional stability and regional cooperation.

In this category we can also place development cooperation agreements, such as the Cotonou Convention, the Economic Partnership agreements with groups of African, Caribbean and Pacific countries, and the Partnership and Cooperation agreement with the Philippines. The preamble to the agreement with the Philippines, for example, stresses

“...the comprehensive nature of their mutual relationship ... this Agreement forms part of a wider relationship between them ... their desire to enhance cooperation on international stability, justice and security in order to promote sustainable social and economic development, the eradication of poverty and the achievement of the Millennium Development Goals.”

Despite these variable contexts, integrational agreements share certain characteristics. Indeed, one of their characteristics is precisely that they operate within a specific context: not only the economic, political and social character of the third State partner, but also the place of that relationship within the EU’s own external relations policy frameworks.

The relationship established by an integration agreement is certainly not always geared towards membership; it may indeed not be very deep, but it will be multi-faceted and not solely concerned with a reciprocal balance of advantage, although that will be a dimension. These agreements are based on the identification of shared objectives, and their preambles often refer also to shared values. Indeed, the agreement may be embedded in a wider regional policy framework, such as the European Neighbourhood Policy, encompassing other unilateral, bilateral and even regional instruments, such as financial instruments, participation in EU security and defence actions, and agreements relating to readmission and visa facilitation.

Under the Association, development, or cooperation legal bases it is possible to include provisions on a wide range of topics as long as they serve the overall purpose of the agreement and do not establish distinct substantive obligations which would require their own legal basis.¹⁵ Association agreements are perhaps the paradigm basis for integration relationships. According to Article 217 TFEU these agreements involve “reciprocal rights and obligations, common action and special procedures.” They are very varied in their objectives but as the Court of Justice said in *Demirel*,¹⁶ an Association agreement creates “special, privileged links” with the third country “which must, at least to a certain extent, take part in the Community system.” It might even be said that Association agreements are, by their nature, integrational. As a consequence, the Association agreement may contain provisions covering all aspects of the “Community [Union] system”, now of course more far-ranging than at the time of *Demirel*, including sectors where internal rules have not yet been adopted and which may need to be implemented by the Member States.¹⁷

The trade dimension of integration agreements vary widely; some are basic, some are “deep and comprehensive”; some static, some dynamic. They may include provisions on regulatory approximation or harmonisation, linked to greater degrees of access to the Internal Market. A few provide for a dynamic alignment to EU laws via a system of Annexes listing secondary legislation, which can then be amended.¹⁸ Others make references to EU standards as reference points for reform.¹⁹ These agreements do not generally provide for free movement of persons (the EEA and the bilateral agreement with Switzerland on free movement of persons are exceptions), but they often provide for reciprocal non-discrimination in relation to those legally working in the contracting parties. The integration aims of the agreement will influence its interpretation. For example, the Court of Justice referred to the aims of the Europe Agreements when finding that their provisions were capable of direct effect and also when interpreting the scope of the prohibition of discrimination they contained.²⁰ Integrational agreements typically establish fields of cooperation that go well beyond trade to include migration, counter-terrorism, regional stability, political cooperation, and sustainable development. The FTA is thus embedded in a long-term

¹⁵ Court of Justice of the EU, Case C-268/94 *Portugal v Council (India)*, EU:C:1996:461, para 39; case C-377/12 *Commission v Council (Philippines)*, EU:C:2014:1903, para 39; case C-244/17 *Commission v Council (Kazakhstan)*, EU:C:2018:662, paras 45-46.

¹⁶ Court of Justice of the EU, Case 12/86 *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, EU:C:1987:400 para. 9; see also more recently case C-81/13 *UK v Council*, EU:C:2014:2449 para. 61.

¹⁷ Court of Justice of the EU, Case 12/86 *Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd*, EU:C:1987:400, para 10.

¹⁸ For example, the European Economic Area agreement, and the Association agreement with Ukraine.

¹⁹ For example, the Association agreements with Turkey, the Western Balkans, and the Euro-Mediterranean Association agreements.

²⁰ “... the purpose of the Association Agreement is to establish an association designed to promote the expansion of trade and harmonious economic relations between the Parties, in order to foster dynamic economic development and prosperity in the Republic of Poland, with a view to facilitating its accession to the Community.” Court of Justice of the EU, Case C-63/99 *Głoszczyk*, EU:C:2001:488, para 35.

political relationship, which more recently has been given expression through provisions in the agreements themselves on political dialogue, and cooperation on the EU's Common Foreign and Security Policy.

The intention of such agreements is indeed to *build a relationship* as opposed to simply concluding a mutually beneficial deal. They often envisage a development of relations over time, through mechanisms of integration. Such a development is not inevitable: the partner country may decide that it does not want to go further; nor, as we have seen, does integration here necessarily signal the possibility of membership at a future date. Their longer-term and evolutionary perspective implies the need for an institutional framework, providing a basis for legal, economic and political relations which may develop over time, including institutions, such as an Association Council, with decision-making powers.

3. The Brexit negotiation: transactional or integrational?

How then can the differences between these two approaches to creating a relationship between the EU and a third State shed light on the negotiation of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement?

The EU initially assumed that its future relationship with the UK would be integrational. The situation (withdrawal of a Member State) was of course unprecedented, but the assumption was based on two factors. First, that the UK was moving from the highest-possible level of integration (membership) and as a member for 40 years was already deeply integrated into the EU both legally and economically. And second, an expectation (only partly articulated) that the EU's relations with its neighbours are naturally integrational. Let us explore that second element a little further. According to Article 8 TEU:

“The Union shall develop a special relationship with neighbouring countries, aiming to establish an area of prosperity and good neighbourliness, founded on the values of the Union and characterised by close and peaceful relations based on cooperation.”

The idea of a “special relationship” of establishing an “area” (however vague that term), and the reference to values all suggest an integration-based relation.²¹ As Christophe Hillion has said

“Read in the light of Article 21(1) TEU [which states that the EU is to ‘build partnerships’ with third countries that share its principles], Article 8 suggests that the post-Lisbon integration goal transcends the legal boundaries of the Union and those of its constituent states.”²²

This has implications for the EU's relations with the UK post-withdrawal. In Hillion's fascinating analysis of Article 50 TEU, that provision (alongside Article 49 TEU) is a key element of the constitutional

²¹ On Article 8 TEU see further S. BLOCKMANS, *Friend or Foe? Reviewing EU Relations with its Neighbours Post-Lisbon*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *The European Union's External Relations a Year after Lisbon*, CLEER Working Papers, n. 3, 2011; P. VAN ELSUWEGE and R. PETROV, *Towards a New Generation of Agreements with the Neighbouring Countries of the European Union? Scope, Objectives and Potential Application of art. 8 TEU*, in *European Law Review*, 36, n. 5, 2011, p. 697 ff..

²² C. HILLION, *Leaving the European Union, the Union way A legal analysis of Article 50 TEU*, cit., p. 10.

framework of EU integration; withdrawal is an “integration-friendly process”, as he put it. There are several dimensions to this integration orientation of Article 50, including its function in ensuring that participation in the EU is voluntary, and the management of the withdrawal process, but it also impacts the post-withdrawal relationship. If the EU is bound to engage with its neighbours, this (again in Hillion’s words) “points towards a strong post-withdrawal engagement by the Union towards the former Member State.”²³ The EU’s different integration agreements – including the EEA – provide possible models for this engagement, but the post-withdrawal relationship poses a particular challenge: creating a new form of integration while managing a dynamism of dis-integration (mutual engagement in the process of dis-engagement).

The Political Declaration agreed between the EU and the UK in October 2019 represented an attempt to meet this challenge and to sketch out a possible path.²⁴ Although it was a watered-down version of the Political Declaration negotiated by the May government,²⁵ reflecting Johnson’s greater concern with regulatory autonomy, the final version still envisaged a wide-ranging relationship, “an ambitious, broad, deep and flexible partnership across trade and economic cooperation with a comprehensive and balanced Free Trade Agreement at its core, law enforcement and criminal justice, foreign policy, security and defence and wider areas of cooperation.”²⁶ There are references to shared values and interests and the “unique context” of the existing high level of integration, and the “interwoven past and future of the Union’s and the United Kingdom’s people and priorities.”²⁷

However, in February 2020 the UK government decided on a different approach.²⁸ Its proposal was transactional in nature: for a “comprehensive FTA” accompanied by stand-alone agreements on fisheries, air transport, social security, energy, criminal justice cooperation, readmission (among others), but excluding any structured basis for foreign policy and defence cooperation. The UK FTA proposal followed the approach of EU-Canada and EU-Japan, and the aviation agreement was modelled on EU

²³ C. HILLION, *Withdrawal Under Article 50 TEU: An Integration-Friendly Process*, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, p. 55.

²⁴ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom OJ 2019 C 384/I/178.

²⁵ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom OJ 2019 C 66/1. On May’s approach, see UK GOVERNMENT, *The Future Relationship between the United Kingdom and the European Union* Cm.9593, July 2018, available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/786626/The_Future_Relationship_between_the_United_Kingdom_and_the_European_Union_120319.pdf

²⁶ Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom OJ 2019 C 384/I/178, para 3.

²⁷ *Ibid.* para 5.

²⁸ UK GOVERNMENT, White Paper on *The Future Relationship with the EU: The UK’s Approach to Negotiations*, CP211, February 2020, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_with_the_EU.pdf

open skies agreements with third countries such as the USA. Its proposals were based on picking out the most advantageous elements in a range of transactional agreements with a variety of third States. There is no sense of identifying common interests or objectives, nor any sense of the need for an overall institutional framework for the ongoing relationship, or its longer-term perspective. A specific conception of ‘sovereignty’ acts as a driver for this choice. As expressed by Craig, “for Brexiteers, the connection between sovereignty and control connoted the capacity to devise UK laws unilaterally as a result of leaving the EU, exemplified by the UK’s ability to control its own borders.”²⁹ Of course, the UK was perfectly within its rights to decide on a transactional approach, but it must then accept that the EU will decide its own balance of interests, as we have seen in the discussions on governance (enforcement) and the level playing field.

The difficulty we saw played out in the negotiations during 2020 flows – at least in part – from an inevitable tension between the transactional and integration-based perspectives that were in play. The challenge lay in trying to find a path which reconciled the UK’s desire for a transactional relation with several factors which suggested – also for the UK – the need for an integration-based agreement and – especially – some form of long-term engagement between the EU and UK:

- The UK is a close neighbour, highly integrated with the EU economically and culturally.
- The UK was interested in preserving some elements of its former integration-based membership, such as the European Arrest Warrant, participation in EU research programmes, free data flows, reciprocal health arrangements, and the kind of free movement of goods and services that depends on harmonized standards and mutual recognition.
- The Withdrawal Agreement itself imposes the need for long-term cooperation, not least in managing citizens’ rights and the delicate balance of the Northern Ireland Protocol.

The Trade and Cooperation agreement (TCA) is an uneasy and complex compromise between these two perspectives.³⁰ On the one hand its name signals limited ambition. But on the other hand, the EU concluded it as an Association agreement, based on the single legal basis of Article 217 TFEU,³¹ and as we have seen Association agreements are designed to be integrational. The TCA in fact contains a wider

²⁹ P. CRAIG, *Brexit a drama, the endgame - Part II: trade, sovereignty and control*, in *European Law Review*, 46, n. 2, 2021, p. 130.

³⁰ Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the One Part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the Other Part, OJ 2021 L 149/10. For comment, see further P. VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU UK Relations: Some Reflections from the Perspective of EU External Relations Law*, in *European Papers*, 6, n. 1, 2021, p. 785; S. PEERS, *So Close, Yet So Far: The EU/UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, p. 49; A. ŁAZOWSKI, *Mind the Fog, Stand Clear of the Cliff! From the Political Declaration to the Post-Brexit EU-UK Legal Framework – Part I*, in *European Papers*, 5, n. 3, 2020, p. 1105; P. CRAIG, *Brexit A Drama, the endgame - Part II: trade, sovereignty and control*, cit., p. 129.

³¹ On this choice and its implications, see C. ECKES and P. LEINO-SANDBERG, *The EU-UK Trade and Cooperation Agreement – Exceptional Circumstances or a new Paradigm for EU External Relations?*, in *Modern Law Review*, 85, n. 1, 2022, pp. 164 ff.

range of substantive provisions than might be expected from its name, elements more normally found in integrational relationships, including substantive provisions on social security and justice and home affairs. Van Elsuwege points out the similarity between Article 1 TCA and Article 8 TEU,³² the significance of the neighbourhood dimension:

Art 8 TEU: “The Union shall develop a special relationship with neighbouring countries, aiming to establish an area of prosperity and good neighbourliness, founded on the values of the Union and characterised by close and peaceful relations based on cooperation.”

Art 1 TCA: “This Agreement establishes the basis for a broad relationship between the Parties, within an area of prosperity and good neighbourliness characterised by close and peaceful relations based on cooperation, respectful of the Parties’ autonomy and sovereignty.”

Set against these signs of an integrational approach, throughout the TCA we find references to sovereignty and autonomy, along with an emphasis on public international law: the message being that this is an “ordinary” international agreement, it is not a “new legal order” or creating any new kind of legal – or integrational – space (unlike the EEA).³³ Advocate General Collins, in a case on the citizenship provisions of the Withdrawal Agreement, points to the consciously reciprocal nature of the obligations entered into,³⁴ and this is also a feature of the TCA.

The TCA is designed to form an institutional umbrella for a group of agreements (current and future) which could develop the relation further. This was a compromise: the UK wanted a group of separate bilateral agreements dealing with trade (FTA), energy, aviation, transport, fishing, etc;³⁵ the EU was not keen to replicate the Swiss experience,³⁶ and insisted on a strong institutional and governance framework more typical of integrational agreements.³⁷ As a result, the overall presentation of the TCA is transactional, as the UK wanted, but the EU’s desire for a more integration-oriented agreement is reflected in the level-playing field provisions and the institutional framing, covering future sectoral agreements. As a result, the relationship has the potential to develop in a more integrational direction, but this is by no means inevitable.

³² Peter VAN ELSUWEGE, *A New Legal Framework for EU UK Relations*, cit., p. 792.

³³ See for example, Articles 4 and 5 TCA.

³⁴ Court of Justice of the EU, Case 672/20 *Préfet du Gers*, Opinion of AG Collins, EU:C:2022:129, paras 72-73.

³⁵ <https://www.gov.uk/government/publications/our-approach-to-the-future-relationship-with-the-eu>

³⁶ A LAZOWSKI, *Enhanced Multilateralism and Enhanced Bilateralism: Integration Without Membership in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 45, n. 5, 2008, p. 1433.

³⁷ EUROPEAN COUNCIL, Guidelines, EUCO XT 20001/18, 23 March 2018, para 15. Negotiating directives Council doc. 5870/20 ADD 1 REV 3, 25 Feb 2020, para 147, 151, 155-6.

4. Limits to flexibility: the EU's "red lines"

The tension underlying the TCA negotiation was not only a result of these different approaches. One result of the negotiating experience has been to encourage greater reflection on the EU side as to what it is prepared to offer, and how it sees its relationships with its neighbours – especially those who are not, or who do not see themselves as being, in a subordinate position – and where it draws its own red lines. Even if the UK had ultimately embraced a more fully integrational relationship (though surely not using that terminology), the difficulty over the integrational elements of the TCA (such as the level playing field provisions) show us that things would still have been difficult. It was not only the unique (so far) situation of having to manage a process of dis-integration rather than integration. Like transactional agreements, integration agreements are not one-size-fits-all; there are many kinds of integration relationship and considerable room for flexibility; it is about deciding what kind of relationship you want and what its ultimate aims will be. But flexibility has limits: it is bounded by the need to comply with WTO rules on FTAs; by the EU's perception of its interests; and by the need to preserve its own autonomy and the integrity of the Internal Market. That entails maintaining the distinction between membership and non-membership of the EU and the Single Market,³⁸ the indivisibility of the four freedoms,³⁹ the role of the Court of Justice, and protecting decision-making and regulatory autonomy.⁴⁰ Third countries (even in the framework of the EEA⁴¹) cannot participate in EU institutions, although there may be provision for consultation prior to and during the EU's legislative process. There are limits to integration without membership.

The EU's own highly-integrated system is based on strong and autonomous enforcement structures, including the principles of primacy and direct effect, the Commission to "oversee the application of Union law,"⁴² and the exclusive jurisdiction of the Court of Justice to ensure that "in the interpretation and application of the Treaties the law is observed."⁴³ The principle of the autonomy of EU law, while regarded by the Court as essential to protect the "essential characteristics" of this "constitutional framework"⁴⁴ has created barriers to deep integration of enforcement and dispute settlement procedures

³⁸ "... a relationship between the Union and a non-Member State cannot offer the same benefits as Union membership," European Council Guidelines, 29 April 2017, EUCO XT 20004/17, para 18. "[A] non-member of the Union, that is not subject to the same obligations as a member, cannot have the same rights and enjoy the same benefits as a member," Annex to Council Decision authorising the opening of negotiations with the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for a new partnership agreement (negotiating directives), Council doc. 5870/20 ADD1, REV3, 25 February 2020, para 10.

³⁹ EDITORIAL COMMENTS, *Is the "indivisibility" of the four freedoms a principle of EU law?*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 1189.

⁴⁰ Opinion 1/17 (CETA) EU:C:2019:341.

⁴¹ Opinion 1/91 (EEA) EU:C:1991:490.

⁴² Article 17 TEU.

⁴³ Article 19 TEU.

⁴⁴ Opinion 1/17, EU:C:2019:341, paras 109-111.

in EU international agreements. The dispute settlement clauses of transactional agreements tend to be traditional and arbitration-based; it has become regular practice to exclude direct effect.⁴⁵ In contrast, although integrational agreements do not usually include strong enforcement or dispute settlement procedures (the EEA being once more an exception⁴⁶), provisions of the agreement itself and Association Council decisions may both be capable of direct effect.⁴⁷ The agreement or decision in such a case will be directly enforceable in EU domestic courts.

The relationship between direct effect and reciprocity is a complex one. In early cases, the Court of Justice took the view that a finding of direct effect by one party did not indicate a lack of reciprocity: “the fact that the courts of one of the parties consider that certain of the stipulations in the agreement are of direct application whereas the courts of the other party do not recognize such direct application is not in itself such as to constitute a lack of reciprocity in the implementation of the agreement.”⁴⁸ Similarly, an integrational agreement was not prevented from being directly effective because its substantive provisions were not fully reciprocal:

“The [Yaounde] Convention was not concluded in order to ensure equality in the obligations which the Community assumes with regard to the associated states, but in order to promote their development in accordance with the aim of the first Convention annexed to the Treaty. This imbalance between the obligations assumed by the Community towards the associated states, which is inherent in the special nature of the Convention, does not prevent recognition by the Community that some of its provisions have a direct effect.”⁴⁹

In Opinion 1/17, in contrast, in the context of a transactional agreement (CETA), the Court linked reciprocity to the choice of a separate arbitration-based dispute settlement procedure, an investor-State dispute settlement mechanism (ISDS) and the exclusion of direct effect. The CETA’s ISDS “stands outside” the EU judicial system, is based on reciprocity rather than mutual trust, and as such neither party is bound by interpretations of the agreement given by the other’s domestic courts. As the Court said:

“It is, moreover, precisely because of the reciprocal nature of international agreements and the need to maintain the powers of the Union in international relations that it is open to the Union ... to enter into an agreement that confers on an international court or tribunal the jurisdiction to interpret that agreement

⁴⁵ E.g. “nothing in this Agreement shall be construed as . . . permitting this Agreement to be directly invoked in the domestic legal systems of the Parties”: CETA, Art 30.6.1. See further A. SEMERTZI, *The Preclusion of Direct Effect in the Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 1125.

⁴⁶ The EEA establishes a Court for the EFTA parties as well as an EFTA surveillance authority.

⁴⁷ Court of Justice of the EU, Case C-192/89 *S Z Sevince v Staatssecretaris van Justitie*, EU:C:1990:322; case C-18/90 *Office national de l'emploi v Kızıber*, EU:C:1991:36.

⁴⁸ Court of Justice of the EU, Case 104/81 *Kupferberg*, EU:C:1982:362, para 18.

⁴⁹ Court of Justice of the EU, Case 87/75 *Bresciani*, EU:C:1976:18, paras 22-23.

without that court or tribunal being subject to the interpretations of that agreement given by the courts or tribunal of the Parties.”⁵⁰

Within the limits of its own constitutional system, the EU must decide on the conditions under which it is prepared to grant third countries a degree of partial participation in its own integrated system. Hitherto this has been an *ad hoc* affair, depending on third state demands as well, increasingly, on the fleshing out by the Court of Justice of the concept of autonomy.⁵¹ It is notable that the Court has in recent years (coinciding with the Brexit negotiation) articulated more clearly what autonomy entails, in terms of regulatory as well as judicial autonomy, and expressed this in terms of the EU’s constitutional and democratic system. This concept of autonomy is, if you like, the other side of the coin of the UK’s rather empty insistence on “sovereignty”.⁵² It applies whether the agreement in question is transactional or integrational in character (as already said, this distinction is not a legal one), but by its nature the reciprocal arms-length character of a transactional agreement that does not seek to integrate a third State into EU systems, will pose fewer challenges for the principle of autonomy. A reciprocal but separate system of enforcement, eschewing the interpenetration implied by direct effect, epitomises a transactional approach where there is no attempt to borrow from or extend the EU *acquis* to the third-country partner.

For the first time (at least in the absence of a Court judgment) in negotiating with the UK, the political negotiators were explicit in having recourse to these legal constraints to justify their negotiating positions. The protection of judicial, institutional, and regulatory autonomy has become a factor in designing EU negotiating positions. But the EU went further. It also formulated, during the EU-UK negotiation, the concept of the indivisibility of the four freedoms; it articulated the distinction between participating in the internal market and having access to it; and the idea that substantial market access requires substantial and enforceable level playing field provisions (the latter being justified on grounds of protecting the EU’s internal market from too much regulatory competition and thus preserving its regulatory autonomy). We can see this as a process of defining exactly what it means to be (and to cease to be) a Member State. But it also impacts future agreements, whether transactional or part of a broader integrational relationship, with neighbours and with other strong economic powers. In being required to rationalise and justify its positions the EU has indicated its expectations, and the legal or constitutional language in which these positions are articulated makes them harder to shift.

EU external action post-Brexit will be profoundly affected by the *process* of negotiating Brexit. We can see more clearly the different types of relation on offer, the constitutional and political reasons for desiring an integrational relationship with its neighbours, and the EU’s own red lines. Despite the

⁵⁰ Court of Justice of the EU, Opinion 1/17, EU:C:2019:341, para 117.

⁵¹ See e.g. Court of Justice of the EU, Opinion 1/17 (CETA) EU:C:2019:341.

⁵² Note the appearance of both sovereignty and autonomy in Article 1 TCA, quoted above.



uncertainty and confusion, these are all more transparent than they were, and that reflects too the Lisbon Treaty's attempt to express in words the EU's external mission.



The effects of Brexit on the law of UK trade*

by **Filippo Fontanelli**

Senior lecturer in International Economic Law
University of Edinburgh

Abstract [En]: The law governing how the UK trades with the rest of the world has changed a lot because of Brexit. This article seeks to familiarise the reader to the process of transformation of trade law, from the EU internal market to the new status quo of the Trade and Cooperation Agreement, not without explaining the effects that a “no deal” scenario would have entailed. Ultimately, this account should make clear that the current arrangements are better understood and assessed as a decent free trade agreement (better than trading on WTO terms), rather than an adjustment of the preferential relationship of the internal market.

Titolo: Gli effetti della Brexit sul diritto britannico degli scambi

Abstract [It]: Le norme che regolano gli scambi commerciali del Regno Unito col resto del mondo sono cambiate notevolmente a causa della Brexit. Questo articolo cerca di avvicinare il lettore a tale processo di trasformazione del diritto del commercio, dal mercato interno UE al nuovo status quo dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione, analizzando in ogni caso gli effetti che lo scenario del “no deal” avrebbe determinato. In sostanza, questa analisi mira a chiarire che lo scenario attuale è meglio inteso e giudicato come parte di un accordo di libero scambio piuttosto efficace (sempre meglio che se gli scambi fossero sorretti solo dalle regole dell'OMC), piuttosto che come un adeguamento al ribasso del rapporto preferenziale che caratterizza il mercato interno UE.

Keywords: Brexit; trade; WTO; Trade and Cooperation Agreement; UK

Parole chiave: Brexit; commercio internazionale; OMC; Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione; Regno Unito

Contents: 1. Introduction. 2. Before Brexit. 2.1. UK trade with the EU – the internal market. 2.2. UK trade with EU trade partners – piggy-backing on EU external trade policy. 2.3. UK trade with third countries. 3. “No deal”. 3.1. UK trade with the EU – trading on WTO terms. 3.2. UK trade with EU partners – cloning the EU’s network. 3.3. UK trade with third countries. 4. Post-Brexit. 4.1. GB trade with the EU: the Trade and Cooperation Agreement. 4.2. UK trade with EU partners – cloning the EU’s network and moving on. 4.3. UK trade with third countries. 5. Conclusions.

1. Introduction

This is the story of the legal impact that Brexit has had on UK’s trade with the rest of the world. In other words, this article explains how the rules applicable to UK international trade flows (incoming and outgoing) have evolved with the country’s exit from the EU and the subsequent conclusion of trade agreements, most importantly the Trade and Cooperation Agreement (TCA) between the EU and the UK.

* Articolo sottoposto a referaggio.

This article builds on a conference paper and, besides being inevitably incomplete and selective in its content, it is not addressed to the trade experts. Its purpose is to inform readers with limited insight into trade (and trade law) matters, using a simple compare-and-contrast technique.¹

I will sketch three scenarios in turn, to track the transformation of a changing landscape: i) pre-Brexit, ii) “no deal” and iii) post-Brexit. The transition period will not be discussed: here is hoping that, in time, it will exhaust itself and remain a temporary oddity, which readers will not need to know in any great detail.² Conversely, to discuss the “no deal” scenario seems important even if, in fact, it has never occurred, for reasons explained in a dedicated section (Section 3). For purposes of brevity, the article mainly uses trade in goods to tell this story. For each scenario, I explain the essential traits of the regulation of trade between the UK and, respectively, the *i.* EU, *ii.* EU trade partners and *iii.* third countries.

The impact on trade of Brexit and the TCA, in general terms, is not difficult to summarise:

“the re-creation of trade barriers between the UK and the EU could cause a significant reduction in trade, despite the TCA being (putatively) designed to limit the damage that Brexit might do. This damage is likely to occur, despite the fact that many UK producers will seek alternative export opportunities outside EU, precisely because of the creation of barriers to UK exports to the EU introduced by Brexit.”³

This article tries to explain what these “trade barriers” are, how treaties (or the lack thereof) can shape, remove, and revive them, and what has happened in the past five years – legally speaking – to UK trade with the rest of the world.

Take this account of trade in the UK after Brexit, from an article of December 2021:

“Isolating the Brexit effect suggests a drop of 11 to 16% in the amount of UK trade, which in October came to 15.7% on imports and exports, worth £12.6bn.

Food faces the most new rules outside the EU. Importers of food into the UK have not yet been hit by delays and red tape at UK customs, because implementation of the rules has been delayed, and then delayed again.

Whitehall is wary: there could be a blame game if imported fresh fruit and veg prices soar, along with French cheese, Italian olive oil and pasta, and Irish dairy and beef.

¹ For this reason, the references to authorities and primary sources is kept to a minimum, to increase readability. I have previously done a similar effort, with a more specific focus on the role of Scotland within the trade policies of the UK, see F. FONTANELLI, *How would independence affect Scotland's international trade?*, in E. HEPBURN, M. KEATING and N. MCEWEN (eds.), *Scotland's New Choice: Independence after Brexit*, Centre for Constitutional Change, Edinburgh, 2021, p. 102.

² For the account of the years between the referendum and the TCA, see the operatic account: P. CRAIG, *Brexit: A Drama in Six Acts* in *European Law Review*, n. 41, 2016, p. 447; P. CRAIG, *Brexit a Drama: The Interregnum*, in *Yearbook of European Law*, n. 36, 2017, p. 3; P. CRAIG, *Brexit a Drama: The Endgame – Part I*, in *European Law Review*, n. 45, 2020, p. 163.

³ A. BENNETT and D. VINES, *The EU–UK Trade and Cooperation Agreement: lessons learnt*, in *Oxford Review of Economic Policy*, n. 38, 2022, p. 69.

Scottish exporters of food have been among the firms most affected so far. They have found Brexit has been good for generating paperwork where none previously existed.”⁴

This article’s goal is to equip the readers with the necessary legal background for them to feel confident in decoding these stories about the impact of Brexit on trade, seeing them as the result of (among other things) the relevant changes in trade rules and trade policies.

2. Before Brexit

2.1. UK trade with the EU – the internal market

As a member to the EU, the country of Great Britain and Northern Ireland partook in a free trade area and a customs union with the rest of the EU, established by the EU treaties (Treaty on the European Union, or TEU, and Treaty on the Functioning of the European Union, or TFEU). The relevant notion here is the EU’s “internal market”: “The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties.”⁵

In particular, the EU is a *free trade area*, that is, it forbids the application of tariffs on goods crossing the borders between its Member States (MS).⁶ In addition to duty-free circulation of imports and exports inside the internal market, the EU has established a *customs union*, that is, it has unified its external trade measures – those applicable to goods incoming from non-EU countries at the border of the EU MS, tariff rates in particular.⁷ A Spanish apple enters France duty-free (free trade area) and the tariff rate applicable to US computers imported into the EU is the same, irrespective of whether they enter the EU internal market through Germany or Portugal (customs union). The internal market is not just about tariffs. It also prohibits quantitative measures, that is, any measure restricting imports or exports (whether applied at the border or in the form of domestic regulations).⁸

The prohibition of tariffs and quantitative restrictions within the EU is not what makes the EU internal market unique. This prohibition corresponds roughly to the discipline applying globally under the law of the World Trade Organisation (WTO), but for the fact that under WTO law tariffs are only capped, not prohibited altogether. These trade disciplines serve the goal of *negative integration* within the internal market, that is, the removal of trade barriers unaccompanied by any centralised (positive) instructions to States on how they shall pursue their national interests and pass regulations.

⁴ BBC, [Brexit: the economic impact a year on](#), 21 December 2021.

⁵ Summarised in Article 26(2) TFEU.

⁶ Articles 28(1) and 30 TFEU.

⁷ Articles 28(1) and 31 TFEU.

⁸ Articles 34 and 36 TFEU.

The EU, however, pursues also other more advanced goals, which set out the EU internal market aside from the other free trade agreements (FTAs): integration through regulatory harmonisation of domestic laws, regulatory convergence or mutual recognition.⁹ The EU has the power to lay down unified rules for the functioning of the internal market, applicable in the MS across the EU (*regulatory harmonisation*). It can also nudge MS into adopting similar domestic measures by setting out general goalposts (*regulatory convergence*¹⁰). In the absence of harmonisation or convergence (that is, in a scenario of continuing regulatory diversity), the EU can still push integration by requiring MS to grant *mutual recognition* to each other's rules: regulatory differences between MS cannot result in trade restrictions among them, unless there exists a justification which renders the incidental restriction tolerable. For an instance of justified restrictions on market freedoms: it is ok for Germany to care about dignity so much that it forbids laser-games, hence closing its market to providers of laser-game services from other MS¹¹.

Regulatory integration along these processes benefits trade directly: goods complying with EU standards (for instance, on safety, or consumers' protection) can circulate freely across the EU internal market without having to comply with the rules of each MS, and without having to undergo compliance checks at the border of each. Mutual recognition, moreover, ensures the same result even when there is no harmonised EU standard, as it establishes the presumption that a good cleared for marketing in one MS can be marketed anywhere in the internal market. Trade is made simpler by removing the costs entailed by regulatory compliance and compliance checks. A German car manufacturer does not have to produce a specific car model complying with Greek safety standards; accordingly, Greek customs authorities do not have to verify systematically compliance of German cars with Greek domestic standards.

The combination of these methods of integration also makes it easier – by a long shot – to trade services across the internal market than within any the area of any other free trade agreement (FTA). FTAs are effective at removing border restrictions, but usually achieve only superficial liberalisation behind the border, i.e., where regulatory restrictions apply. Regulations can amount to significant non-tariff barriers to trade. For instance, think of how important it is for doctors to obtain the recognition of their professional qualifications to practice abroad, for an insurance company to obtain a license in the country in which it seeks to sell its products, or for a drug manufactured abroad to be approved by the

⁹ For a restatement of the “canon” of the EU’s removal of regulatory barriers to trade, see P. EECKHOUT, *Brexit after the negotiation of the Trade and Cooperation Agreement: who takes back control of what?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 25, 2021, p. 14.

¹⁰ Think for instance at how Directives are transposed internally: Article 288 TFEU: “A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.”

¹¹ Court of Justice of the EU, Case C-36/02, *Omega Spielballen* [2004] ECR I-9609, judgment of 14 October 2004.

pharmaceutical agency of the country of importation. In the EU internal market, instead, free circulation of goods, services and workers is presumed to override regulatory barriers.

2.2. UK trade with EU trade partners – piggy-backing on EU external trade policy

When it was a MS of the EU, the UK was automatically a party of all EU international agreements, including the free trade agreements with third countries (hereinafter, “EU trade partners”). The EU has the most FTAs in the world, more than 50, including with Japan, Canada, Turkey, Ukraine.¹² As regards trade, these FTAs typically require the participating countries to eliminate substantially all tariffs on the goods traded between them (sometimes gradually, and with possible exemptions for a few specific goods, to which MFN or reduced rates would continue to apply). On non-tariff barriers to trade, FTAs vary much in scope and depth, including on whether they increase regulatory recognition and trade in services. With respect to services, normally FTAs include specific concessions on a few services or modes of provision (for instance, on the provision of special permits of temporary entry to foreign professionals), but their most common achievement is that they require non-regression, i.e. that the parties “ratchet up” the existing commitments, increasing regulatory certainty and shielding long-term providers from regulatory fluctuations. In other words, the participating countries commit to retain at least the market access that they grant to each other at the time of conclusion of the agreement, and refrain from future closures.

As regards regulatory barriers to trade in goods, FTAs typically zoom-in on specific goods, to facilitate trade flows that are crucial for the bilateral relations of the parties (and that might be central in the parties’ decision to reach a deal, given the modest amount of liberalisation obtained through simple tariff-abating). In this light, it is understandable that the EU-Japan FTA contains specific rules on the mutual recognition of standards in the automotive manufacturing sector, and the EU-Canada FTA contains commitments on the mutual recognition of geographical indications, which are obviously very convenient for EU exports.¹³

The liberalisation ensured by FTAs is much more modest than the one obtained inside the EU internal market, but it is still better than nothing (where nothing means simply counting on MFN tariffs under WTO law, see next paragraph). UK cheese could enter the Japanese market duty-free, while Japanese cars entered duty-free in the UK, and without incurring duplicative compliance costs with local standards.

¹² The comprehensive “state of play” of the EU’s free trade agreements is available, and constantly updated, on the [Commission’s website](#).

¹³ F. FONTANELLI, *Anatomy of modern Free Trade Agreements - an overview of CETA and the EU-Japan EPA*, SPICe briefing (June 2019).

Besides reciprocal FTAs, the EU trades with many developing and least-developed countries under a system of unilateral preferences that is permitted by WTO law (the Generalised System of Preferences). Under this scheme, the EU unilaterally grants duty-free access or reduced tariffs to many poorer countries, which do not have to reciprocate the concession.

2.3. UK trade with third countries

Being part of the EU bloc shaped also the conditions of trade between the UK and the rest of the world (that is, with those countries that do not have an FTA with the EU, or receive from the EU non-reciprocal preferential treatment). For instance, UK traded with countries like China, India, Australia, or the US under the WTO rules. Trading at WTO terms, a formula that became quickly ubiquitous in the build-up to Brexit as it summarised effectively the “no deal” scenario, effectively means counting only on the WTO Covered Agreements, the treaties that make up the law of the WTO.

WTO law guarantees to all WTO members (including the EU and the UK) that their goods will not face higher tariffs than the importing countries have committed to apply, as recorded in specific documents (“Schedules”) attached to the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Furthermore, foreign goods will not be affected by discriminatory measures, and will not subject to inefficient, unreasonable or unnecessary technical and sanitary measures.¹⁴ Discrimination in favour of domestic goods is allowed for goods procured directly by and for the Government, unless the country in question is party to the Government Procurement Agreement.

On services, the benefits of WTO law are much sparser: each country has decided what concessions to make to foreign services and service providers. Their right to accede a foreign market and the treatment afforded after entry depend on *à la carte* commitments recorded in a dedicated Schedule attached to the General Agreement on Trade in Services (GATS).

To trade at WTO terms is only better than two things: not trading at all, and trading subject to the unlimited arbitrary will of the importing country – something that only non-WTO members and now Russia have to reckon with.¹⁵ Without WTO law, each country could increase tariffs at will, impose quotas, discriminate between countries, and implement protectionist, irrational, unnecessary requirements and measures.

¹⁴ In particular, under the rules of two WTO Covered Agreements: the agreement on Technical Barriers to Trade (TBT) and the agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS).

¹⁵ See the Statement by Executive Vice-President Dombrovskis on EU Decision to Stop Treating Russia as a Most-Favoured-Nation at the WTO of 15 March 2022, on the [Commission's website](#).

3. “No deal”

The “no deal” scenario warrants discussion for two reasons, as an intermediate step between the “before” and “after” snapshots.

First, at several moments, it seemed to be a possible prospect and not just an abstract notion.¹⁶ The UK’s negotiation position with the EU would have been weakened by the open admission that “no deal” was off the table, which would have conveyed the implicit message that the UK wanted a deal at all costs. Since the UK did not want to pay “all costs” in its bargaining with the EU, it had to appear ready to walk away from the table. To cover its bluff, the UK took positive steps to prepare for “no deal,” including the formulation of an *ad hoc* tariffs scheme following public consultations, ready for roll-out on the day of “no deal” Brexit.

Second, “no deal” is effectively what happened with Brexit, legally speaking. The UK-EU agreement is an arrangement between countries without prior preferential ties; it is the “deal” that changes a real “no deal” scenario. In other words, whereas the TCA came into force immediately after the effects of the EU Internal Market ceased to apply to the UK, it did not “diminish” EU membership in any way; rather, it regulated trade integration between the EU and a 100% non-EU country. The continuity between EU membership and TCA should not mislead: there is very little in the TCA that reflects the legacy of the UK as former participant in the EU internal market. To assess the TCA, the right comparators are other EU agreements, such as those with Canada and Japan, not infra-EU trade.

3.1. UK trade with the EU – trading on WTO terms

In case of “no deal” Brexit, the UK and EU would have reverted to be – to each other – strangers in the WTO crowd.

That is, trade between them would have been regulated only by WTO law, in the terms described above (most notably: bound tariffs, no discrimination, and no arbitrary products requirements). As already noted, these basic guarantees of liberalization are helpful, but they cannot compare with the deep integration entailed by EU membership.

¹⁶ J.P. TERHECHTE, *Dead end or pathway to new relations? Structure and problems of the EU-UK Withdrawal Agreement*, in J.A. KÄMMERER and H.-B. SCHÄFER (eds.), *Brexit, Legal and Economic Aspects of a Political Divorce*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, p. 109: “It is currently assumed that the EU and the UK will conclude a far-reaching Association Agreement. Yet, the negotiations for this ‘new partnership agreement’ may fail, especially in view of the very short time frame of the transition period”. See also M. CREMONA, *UK Trade Policy*, in M. DOUGAN (ed.), *The UK After Brexit: Legal and Policy Challenges*, Intersentia, Cambridge, 2017, p. 247. Note that, in his speech of 15 March 2022, Lord Frost has resorted again to “the spectre of us trading globally on something closer to WTO terms” to buttress his point that the EU must meet the UK’s demands on the global rebalancing of their relations, see D. FROST, *What is Seen and What is Not Seen: the UK, Europe, and beyond*, [speech](#) at the University of Zurich, 15 March 2022.

Without regulatory integration, all goods would be subject to border checks and compliance costs to satisfy foreign standards that could differ from those imposed in the country of origin (in both respect, production and transaction costs would have made trading more expensive – i.e. less convenient). Without market freedoms for capitals, investors, and businesses, trade in services would not flow without frictions, and would be dependent on each country’s carefully formulated concessions – which in many economic sectors amount to no concession at all.

Most visible of all among the consequences of “no deal” would have been the imposition of customs duties on goods traded between UK and EU. The EU would have certainly applied its MFN tariffs (for instance: 4.7% on walking-stick and garden umbrellas). For a simple projection, no-deal tariffs would have looked like this:

“in a ‘No deal’ Brexit the tariffs on UK-EU trade will be the same in each direction. These average about 4%, and ... entail peaks in meat, dairy products and sugar. The average for UK imports from the EU will be 4.9% and on EU imports from the UK 3.9%. They differ because the pattern of imports varies between the two directions.”¹⁷

The UK, detached from the EU’s external trade policy, could have determined autonomously its tariffs, subject to two constraints: the bound rates of its WTO Schedules of Concessions¹⁸ and the MFN principle imposed by WTO law, requiring that each country apply one tariff rate to all imports, regardless of origin).

MFN, in particular, complicated the UK’s plan to smoothen the transition outside the EU, to prevent the shock of tariffs imposed overnight on an enormous array of EU imports. Tariffs on certain EU goods, besides hurting EU exporters, would have certainly harmed UK consumers and producers. Consumers would have seen the price of merchandise rise, eroding the real value of their incomes: French wine, Spanish ham, and German cars would have cost more to the final consumer. Furthermore, UK producers would have seen production costs rise due to the increased price of intermediate goods imported from the EU. For instance, the UK car-manufacturing industry, for which the price of imported inputs is a production cost, would have had to spend more to purchase German engines or Italian leather seats, an expense causing in shrinking profit margins on the final products (the assembled cars).

To prevent these effects, the UK Government initially explored the idea of dropping tariffs unilaterally, to protect its consumers and producers. However, since WTO requires that one country’s trade

¹⁷ I. FUSACCHIA, L. SALVATICI, L.A. WINTERS, *Brexit and Global Value Chains: “No-deal” is Still Costly*, UKTPO [Briefing Paper 35](#), 2019.

¹⁸ As a pre-existing WTO member, the UK could argue to inherit the EU Schedules and that its new status made no difference to the third WTO countries, with the significant advantage that other WTO Members would have found it difficult to request a renegotiation of the UK concessions. See M. LUX and E. PICKETT, *The Brexit: implications for the WTO, free trade models and customs procedures*, in *Global Trade and Customs Journal*, n. 12.3, 2017, p. 97.

concessions extended to all other members, the UK could not drop tariffs for EU goods alone: granting duty-free status to French wine would have entailed doing so also to wine from Australia and California. A zero tariff on German engines would only be allowed in conjunction with a zero tariff on Chinese and Indian ones. Something had to give: it was not possible to avoid more expensive EU goods *and* cheaper Chinese imports. After initial plans to drop tariffs significantly across virtually all products,¹⁹ the UK revised its strategy in the wake of protest by those segments of the UK industry that would have suffered the increased competitive pressure of EU and non-EU products becoming cheaper overnight thanks to the tariffs cuts designed for EU goods. A second plan, with less extensive cuts, was published in October 2019. Eventually, the UK Government launched consultations on a “Global Tariff” scheme, designed to operate with or without deal, which entered into force in January 2021.

In the “no deal” scenario, none of the drawn-out fights of the TCA negotiations would have been necessary, nor any of the attending results would have been possible – on both of which I refer the reader to Section 4.1 below.

3.2. UK trade with EU partners – cloning the EU’s network

With or without a “deal”, Brexit spelled for the UK the loss of all trade benefits enjoyed under the treaties between the EU and the EU trade partners (e.g., Canada, Japan, Switzerland, Ukraine, South Korea, Morocco, Israel).

Upon exiting the EU, the UK would have become to these countries (or groups of countries) just a run of the mill WTO Member, rather than a preferential partner which could count on WTO-*plus* treatment (typically: zero tariffs; selected arrangements on coordination and mutual recognition of regulations; limited arrangements on professional qualifications to open up trade in services).

The prospect of losing market access to all EU trade partners caused the UK Department of International Trade to deploy a simple but ambitious plan, that is, to launch before Brexit bilateral talks with as many EU trade partners as possible, asking them to “roll-over” their agreements with the EU. In other words, the UK asked to all EU trade partners to agree to copy-paste²⁰ their agreements with the EU into novel (but largely identical) treaties with the UK, ready to enter into force immediately after Brexit.

¹⁹ F. FONTANELLI, *Continuity of UK International Agreements*, [Briefing paper](#) for the Scottish Parliament Committee on EU and External Affairs (31 March 2020) p. 10: “In the March [of 2019] scheme, tariffs on 95% of product categories were eliminated, leaving only tariffs on 469 products (and raising the share of goods imported tariff-free from 62% to 92% in value). Approximately 70% of the surviving tariffs were concentrated on certain sensitive sectors: meat, ceramics, vehicles, textiles. Around half of these tariffs replicated the current EU tariffs (replicating the status quo), while the other half entailed some reduction (for instance, pork and poultry meat incurred tariffs that were 13% and 60% lower, respectively, than the EU ones. Tariffs were reduced considerably also on meat products).”

²⁰ In many cases, the “new” treaty consists in a handful of articles, the main one stipulating that the treaty with the EU shall apply, but that all references to the EU shall be replaced with a reference to the UK. See, for instance, how the Department of International Trade described this drafting process with respect to the continuity agreement between



This realisation triggered one of the best low-key sport achievements of the past three years, the roll-over marathon. More on this later, in Section 4.2.

3.3. UK trade with third countries

Technically speaking, UK trade with third countries would not change one bit in case of “no deal”. However, two new developments would have conditioned the UK’s overall external trade policy.

First, as already alluded, trade with the EU would have fallen under this category of “trade with third countries”, and be subject only to WTO terms. Given the magnitude of UK’s trade with the EU (and vice versa), it would have been possible for the UK to take certain steps to facilitate this trade, but due to the MFN principle, the effects of such steps would have spilled over, affecting trade with other countries. The plans of unilateral tariffs cut, discussed above, are a good illustration of how the weight of the EU could have affected the UK’s overall posture towards all third countries.

Second, a post-EU UK would have obtained – deal or no deal – the right to negotiate preferential deals with third countries. EU Member States cannot conclude trade treaties autonomously, because the Commission does that on their behalf. The UK, in other words, would have been free to shape its external trade policies, and do what many Brexit advocates Brexit predicted and anticipated: conclude free trade agreements with the likes of US, India and Australia. This aspect, too, is discussed in the next section more fully, and with reference to the actual treaty-making record of the UK.

4. Post-Brexit

Several simplifications will inform this section. I do not discuss the Withdrawal Agreement, although certainly it had a role in the negotiation of the TCA.²¹ More generally, I do not describe how the arrangements for withdrawal (under Article 50 TEU) evolved into the negotiations on the future relationship between the UK and the EU, nor narrate or assess the conduct of the negotiations

UK and Chile, signed in February 2019: “Many of the general changes to the EU-Chile Agreement (such as replacing “EU” with “UK”) are applied mutatis mutandis, that is, with the technical changes necessary to apply the Agreement as if it had been concluded between the UK and Chile in the first instance. The interpretive mutatis mutandis principle applies to most references to EU law so that, where appropriate, such references are to be read as references to retained EU law or to EU law incorporated in the law of the territories for whose international relations the UK is responsible when relevant EU law ceases to apply to the UK, or legislation in the UK or the territories that replaces that legislation. This has avoided the need to reproduce every page and has significantly reduced the volume of text required.” From the report, UK GOVERNMENT, *Continuing the United Kingdom’s trade relationship with the Republic of Chile* (February 2019), [available on the UK Government website](#), para. 10.

²¹ See P. POLAK, *Who Had Their Cake and Ate It? Lessons from the UK’s Withdrawal Process and its Impact on the Post-Brexit Trade Talks*, in *German Law Journal*, n. 22, 2021, p. 983.

themselves.²² I will not address the issue of Northern Ireland. The omission does not reflect its lesser importance; to the contrary, the issue of Northern Ireland has been and will be for a while the single most important point of contention between the two partners and has determined the outcome of negotiations in areas that appear unrelated to it. However, the regulation of trade into and from Northern Ireland, including its customs procedure, is a distinctly *sui generis* scenario that would require too much space to address properly. I prefer to advise readers to check for information elsewhere,²³ and discuss EU-UK trade limitedly to trade between the EU and Great Britain (GB).

4.1. GB trade with the EU: The Trade and Cooperation Agreement

The TCA was concluded on 24 December of 2020, just in time to enter into effect a week later, when the transition period would have ended and Brexit was scheduled to unfold its complete effects on EU-UK trade. Ultimately, as far as trade is concerned, the TCA creates only a “shallow trading relationship”²⁴ between the parties, because UK’s preference for not committing to regulatory alignment with the EU ruled out the possibilities of integration flowing from common rules or recognition arrangements (see above, Section 2.1). The TCA is, in other words, a “run of the mill trade agreement.”²⁵

Several UK negotiating redlines and the EU’s unwillingness to do favours also ruled out other deeper models of trade integration. This account cannot discuss the paths not taken, but a summary can be helpful.²⁶ The Norway model (with full access to the EU single market) was out of question, due to the UK’s intransigence relating to the freedom of movement of EU citizens, the jurisdiction of the Court of Justice of the EU and the observance of EU regulations – all things that Norway accepts. The Turkish model (FTA with customs union) would have prevented the UK’s much-anticipated objective of managing independently its external trade policy. The Swiss model (FTA with extensive regulatory integration through mutual recognition agreements) could not square with the EU’s longing for regulatory autonomy, just like the Ukrainian model (FTA with extensive concessions on services), since Ukraine has committed to regulatory alignment with EU rules. The Ukrainian model, in particular, is a helpful heuristic comparator. In static terms, post-Brexit UK and Ukraine could be claimed to be in a

²² See A. BENNET and D. VINES, *The EU-UK*, cit.; F. FABBRINI, *From the Withdrawal Agreement to the Trade & Cooperation Agreement: Reshaping EU-UK Relations*, DCU Brexit Institute, Working Paper No 10-2020; P. CRAIG, *Brexit a Drama, The Endgame—Part II: Trade, Sovereignty and Control*, in *European Law Review*, n. 2, 2021, pp. 129 ff.

²³ For instance, C. MCCRUDDEN (ed.), *The Law and Practice of the Ireland-Northern Ireland Protocol*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022; A. BENNET and D. VINES, *The EU-UK*, cit., pp. 76 ff.; J.P. TERHECHTE, *Dead end*, cit., pp. 99 ff.

²⁴ For a preliminary assessment of the TCA’s effects on EU-UK trade, see I. FUSACCHIA, L. SALVATICI and L.A. WINTERS, *The consequences of the Trade and Cooperation Agreement for the UK’s international trade*, in *Oxford Review of Economic Policy* n. 38, 2022, p. 31.

²⁵ P. EECKHOUT, *Brexit*, cit., p. 12.

²⁶ F. FONTANELLI, *Anatomy*, cit., pp. 13-16.

similar position: both are just a few steps away from being EU members, and their rules are virtually the same as the EU's. The crucial difference, however, is the direction of these steps: the treaty with Ukraine is a stepping stone *towards* EU membership, and Ukraine has an interest to conform its rules to Brussels. The UK is on its journey *away* from the EU, and while these are early days, the intention is clear that it shall travel long and far, and its rules can and probably will diverge from those of the EU. Ultimately, the range of possible models boiled down to the FTA between the EU and Canada, and much of the debate and the negotiation posturing referred to concessions made by the EU in that treaty, and whether it was fair on the part of each side to demand something different from it.

The TCA provides for the elimination of import or export tariffs and quotas on all goods exchanged.²⁷ Duty-free treatment depends on the place of production of the good, which therefore needs to be traceable in practice, and identifiable through in the abstract through the so-called “rules of origin” (ROOs). These rules clarify the conditions that a good must meet to be considered “made in” a certain country and gain preferential treatment granted by that country’s partners, even if some of its contents or component or production stages have a different origin.²⁸ In this respect, the TCA ROOs allow EU and UK to count components from each other towards their own “origin” requirement (for instance, a car can be considered originating in the UK even if it contains a German engine and Italian leather seats, and will therefore incur no duties when imported into the EU). However, the TCA ROOs do not seem to allow using components from a third country to the same effects, even if both the UK and EU have a trade agreement with it (i.e., the Japanese chips could not count towards making a phone “made in EU” or “made in UK”, for purposes of attracting the duty-free treatment). Moreover, there are detailed rules against re-exportation from, and back to, the EU: cornflakes and M&S “Percy Pigs” sweets have fallen victim to this new restrictions.

“The sweets are manufactured and packaged in Germany and then shipped to the UK - no tariffs are payable because of the trade deal. They are then taken from the M&S warehouses and exported to stores in the Republic of Ireland, which is part of the EU. Now, this is the complicated bit. Because they have left the EU and not been processed enough to count as being made in the UK, it may be that a tariff needs to be paid to get them back into the EU, despite them having been made in the EU in the first place. If they had been unpacked and put on a cupcake, for example, there would be no tariff because they would have been transformed, but just storing them in the UK is not enough.”²⁹

²⁷ Art. GOODS.5: Prohibition of customs duties; Art. GOODS.6: Export duties, taxes or other charges; Art. GOODS.10: Import and export restrictions.

²⁸ Usually, those conditions are expressed in a minimum amount of local components, inputs or processing.

²⁹ BBC, [Rules of origin: Why are Percy Pigs a headache for M&S?](#), 15 January 2022.

Tariffs aside, the TCA's effects on trade in goods are better explained by pointing out what the TCA fails to address: regulatory barriers. This is not due to oversight. The UK took pride in rejecting the EU's warning that regulatory alignment would be necessary to maintain frictionless trade, and therefore accepted "frictionful" trade under the TCA. Namely, without arrangements on regulatory alignment or mutual recognition, goods are supposed to meet the standards of the importing market, face the compliance checks by its customs authorities and the costs of certification (usually carried out by providers of the importing jurisdiction, since there is no equivalence or recognition of certification schemes). These customs formalities, including relating to payment of VAT, represent a novel cost for goods traded between EU and GB.

For many goods that must satisfy safety standards, the attending costs and delays are significant (in particular pharmaceuticals and foodstuffs) and news stories abounded in early 2022 to highlight the drag that regulatory divergence has had on UK-EU trade almost immediately.³⁰ The trade-impeding effects of this overnight change are frustrating:

"For example, the handling of the harvesting and export of crustaceans from the UK to the EU was exactly the same on 31 December (when paperwork was not required) as on 1 January (when it was required). The result of this paperwork has been a substantial reduction in what was supposed to be 'free trade', and in some cases (e.g. the export to the EU of langoustines) its almost complete disappearance."³¹

Negotiations on the TCA also featured a relatively novel issue, that is, the formulation of so-called "level playing field" (LPF) provisions.³² Recent FTAs have often included sections on sustainable development, codifying each country's soft commitment to maintain and increase standards of environmental, labour and human rights protection, and a hard commitment not to pass looser regulations in order to attract trade and investments. With the prospect of duty-free trade across the UK and EU, commitments to progressive social standards have acquired new relevance: higher standards equal higher production costs, and diversity in standards can result – accidentally or by design – in uneven production costs for products competing in the same markets.

If one TCA member lowers its standards of protection of these values and the related compliance costs, it could unilaterally grant to its exporting industry a competitive advantage (i.e., lower production costs). In turn, local producers would use that advantage to capture market share abroad, where its competitors must face higher compliance costs. The EU wanted to introduce in the TCA the possibility to counteract this "race to the regulatory bottom" (the "Singapore-on-Thames" scenario³³), with tighter mechanisms

³⁰ The Guardian, [UK exports to EU fell by £20bn last year, new ONS data shows](#), 11 February 2022.

³¹ A. BENNET and D. VINES, *The EU-UK*, cit., p. 75.

³² TCA, Part two, Heading one, Title XI: "Level playing field for open and fair competition and sustainable development".

³³ P. EECKHOUT, *Brexit*, cit., p. 15.

than those of previous FTAs. The EU wanted some rebalancing mechanism to be available also for the hypothesis that the UK would confer subsidies to its producers, achieving comparable cost-abating and trade-distorting effects.³⁴ Ultimately, the TCA “reflects the hard-fought battles over the parties’ degree of freedom and constraint on these issues”.³⁵ The parties’ agreement that free trade must also be *fair* trade (i.e., carried out on a level-playing-field across partners, and unaffected by distortive measures) entails a range of LPF commitments for each party, the most important being a duty of non-regression³⁶ and a soft pledge to increase protection over time. To these duties, a corresponding range of actionable rights is bestowed on the other party.

To monitor compliance with this compromise, the TCA establishes a bilateral “Partnership Council” that can adjudicate the matter when a party alleges that the other has taken advantage of the level playing field of the other, through looser regulations or subsidies,³⁷ and can authorise retaliatory action, including in the form of tariff increase.³⁸ The enforcement regime varies considerably from one area (for instance, labour rights and environmental protection) to another (for instance, subsidies control), but in all of them it aims to provide a party alleging to have suffered trade damage a relatively quick and incisive process to rebalance its trade relation with the other.³⁹ The EU viewed this mechanism as a device to sanction regulatory divergence that affects trade. For the UK, this might be celebrated as a provision entitling it to go its own regulatory way, and setting up a process for adjusting to the effects of this independent choice:

“In effect it is an insurance policy for managing risk. In the low-trust environment of these talks, it allowed the EU to take the risk of accepting zero tariffs, potentially exposing them to new competition from the UK; and it allowed us to live with some limited provisions enabling EU counter-measures.”⁴⁰

³⁴ It is fair to say that the EU demands were perhaps justified, but also unprecedented, since no previous EU FTA contained rules on level-playing-field like those that the EU requested or that the TCA ultimately includes. The UK resented these LPF demands, and made it a point to regret the EU’s unwillingness to agree on a “Canada model”, that is, to the conclusion of an FTA similar to the Comprehensive Economic and Partnership Agreement (CETA) between EU and Canada. For instance, see the Sunday Times, [Brexit: Boris Johnson wants Canada-style trade deal with Brussels](#), 31 January 2020, and the EU’s position in *Remarks by Michel Barnier following Round 3 of negotiations for a new partnership between the European Union and the United Kingdom*, 15 May 2020, available on the Commission’s [website](#).

³⁵ P. CRAIG, *Brexit a Drama: The Interregnum*, cit., p. 37.

³⁶ That is, the commitment not to lower standards compared to the regulatory baseline prevailing when the TCA comes into force), see Art. LPFS.6.2(1): Non-regression from levels of protection.

³⁷ On subsidies, see G. PERETZ, *The subsidy control provisions of the UK-EU trade and cooperation agreement: a framework for a new UK domestic subsidy regime*, in *EU Relations Law*, 28 December 2020; P. CRAIG, *Brexit a Drama: The Interregnum*, cit., pp. 33-35. The enforcement process in case of subsidies is more articulate and can involve TCA arbitration, private enforcement in domestic courts and State-sanctioned trade remedies.

³⁸ See P. CRAIG, *Legal Structure, Rights and Enforceability*, in C. MCCRUDDEN, *The Law and Practice*, cit., pp. 36 ff.

³⁹ Article 411.

⁴⁰ D. FROST, *What is Seen*, cit.

In other words, the fact that rules across the two markets were aligned on day one, while true in fact, had no particular significance. The TCA rules do not reflect this temporary correspondence, and address instead future divergence.

4.2. UK trade with EU partners – cloning the EU’s network and moving on

As anticipated above, the UK tried to re-create for itself the network of EU FTAs, convincing almost all EU partners to sign “roll-over” agreements to protect trade continuity. As of spring 2022, only a handful out of more than 50 EU FTAs have not been rolled over (some countries, like Algeria, Bosnia and Serbia have announced that they will not agree to a roll-over agreement).

The contents of these new treaties correspond, largely, to that of the FTA they seek to replicate. In some respects, some amendments were necessary, a few of which warrant mentioning.

First, these agreements need to contain ad hoc ROOs, for an obvious reason: what used to count as made-in-the-EU might not be eligible for “made-in-UK” status, and goods assembled in the UK might not satisfy the new rules to access the preference. Imagine a EU FTA requiring at least 50% of EU inputs for a good to obtain duty-free access to the market of a EU partner. A car made in the UK with sufficient German, Italian and UK inputs could be eligible. Under a “roll-over” treaty between the UK and that same third country, instead, the same car – while made in the UK – might have failed to clear the minimum threshold of UK input (imagine it is the same: 50%), and would have risked falling outside the scope of the preference. Specific negotiations was required to “claw-back” as much as possible EU inputs into the new ROOs relating to “made in UK” (a process known as “diagonal cumulation”):

“Thus a motor vehicle made in the UK incorporating a significant proportion of components imported from the EU will be treated by Japan as entitled to the tariff preferences in Japan. The UK will give similar treatment to motor vehicles from Japan made largely from components imported from the EU.”⁴¹

Second, certain countries have deeper FTAs with the EU that encompass regulatory alignment, access to the EU internal market (EFTA countries) or even a customs union arrangement with the EU (Turkey). These FTAs could not be “rolled-over” exactly, as some of their contents depended precisely on the commitment to follow, or stay close to, EU rules. For instance, only a handful of the (around 20) mutual recognition agreements between Switzerland and the EU could be rolled-over vis-à-vis the UK. Likewise, the original roll-over agreement with Norway was much shallower than the EEA agreement (between the EFTA countries and the UK), and did not cover services at all.

⁴¹ H. SMITH, *The Impact of Brexit and Origin Rules on Trade between Japan, the UK and the EU*, [Competition Note](#), 9 February 2021.

Overall, the UK government did a remarkable job in a short time, and managed to reconstruct virtually the entire network of EU preferential deals, accomplishing its trade-continuity aims as far as tariffs and other border restrictions on trade in goods are concerned. Towards the end of this roll-over process, the UK even tried to re-negotiate some of the roll-over treaties, or expand on their scope. The EPA with Japan, for instance, contains some ad hoc rules on digital trade and some market access concessions for UK financial services. The temporary “roll-over” treaties with Iceland, Lichtenstein and Norway were replaced by a new FTA in mid-2021.⁴² With respect to Canada and Israel, the UK is keen to negotiate new treaties that exceed and update the roll-over ones, “to include areas such as services, data and intellectual property in the updated agreement.”⁴³

With respect to the GSP scheme (preferential treatment to developing countries), the transition was much easier to execute. Since these arrangements are unilateral, the UK could roll-them over without negotiating with the beneficiaries, which it did without particular troubles.

4.3. UK trade with third countries

After Brexit, the EU and the UK needed to clarify to the other WTO members how they intended to split between them the concessions that they previously held or granted jointly.

First, the UK pledged not to alter upwards its MFN tariffs (based on the EU common external tariffs’ rate), and in fact reduced its applied tariffs on foreign imports. The UK’s new “Global Tariff” scheme eliminated customs duties altogether on some 2,000 goods and overall adjusted downwards many other applied rates, also to round down numbers and achieve simplification, using fewer product descriptions and tariff bands. The overall average tariff was thereby reduced; estimates point to a reduction from 7.2/6.8% to 6.0/5.7%.⁴⁴ This adjustment permitted the UK government to remove protectionism that might have previously been backed by EU-wide interests and was no longer in the UK interest to maintain. Among the goods which now enter duty-free into the UK are dishwashers, garden shears and Christmas trees.

The UK and EU needed to also to agree on a split of their Tariff Rate Quotas (TRQs). TRQs are external trade measures by which a certain quantity of imports face a certain tariff (or none), while imports above that quota face a higher tariff. TRQs effectively determine third countries’ right to export at a lower price, until the quota is filled, so other WTO members must be informed how the EU and UK apportioned

⁴² HOUSE OF LORDS, EUROPEAN AFFAIRS COMMITTEE, *Free Trade Agreement between Iceland, the Principality of Liechtenstein and the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, HL [Paper](#) 69, 11 October 2021.

⁴³ D. WEBB, *Progress on UK free trade agreement negotiations*, House of Commons Research [Briefing](#), 14 March 2022.

⁴⁴ L.A. WINTERS, M. GASIOREK and J. MAGNTORN GARRETT, *New tariff on the block: What is in the UK’s Global Tariff?*, in UKTPO [blog](#), 20 May 2020.

their TRQs. In 2017, UK and EU reached an agreement to split their TRQs reducing the EU TRQ by the UK average usage recorded between 2013 and 2015, and subsequently codified the agreement.⁴⁵ Still, some WTO members insisted that the change would have been detrimental, and demanded further concessions to authorise it. Negotiations within the WTO to formalise the arrangement are still ongoing, which entail bilateral talks. In this framework, the US has signalled its consent to the proposed solution.⁴⁶ The TCA is a free trade agreement, not a customs union. Its parties, therefore, preserve their autonomy in setting their external trade policy. In other words, as alluded above, the UK has become free to conclude trade agreements with third countries (i.e., besides the EU and its partners). This prospect had been advertised much during the Brexit referendum campaign, to convince the public that the sovereignty recouped from Brussels could also bring trade benefits that were unattainable from inside the Union.⁴⁷ During the negotiations with the EU, the UK government professed that a deal with the US was possible and could be reached quickly, during the last few months of the Trump's administration. Instead, it soon became clear that the a pre-requisite for the US to take any interest in a trade deal with the UK is to extract concessions on food standards, a virtual non-starter since the UK government has repeatedly held that it would not lower standards after Brexit. On his part, President Biden has publicly declared that a deal with the UK is “not a priority”,⁴⁸ and the UK Department of International Trade is reportedly exploring the possibility to transact with single US States.⁴⁹

The UK has in fact concluded two important trade deals, with Australia (December 2021) and New Zealand (February 2022). These deals demonstrate, indeed, that post-Brexit UK is able to choose its trade partners and make significant headway on its own. On the substance, several commentators argue that the conclusion of these treaties betrays the UK's anxiety to “perform” as an autonomous global trade actor. Generally, the expected benefits in terms of actual trade with these two countries are modest (and, for what matters, insignificant compared to the loss of trade with the EU). More specifically, it appears that Australia and New Zealand might have capitalised on the UK's urgency to “be seen” to be moving

⁴⁵ Commission Implementing Regulation (EU) 2019/386 of 11 March 2019 laying down rules with regard to the apportionment of tariff rate quotas for certain agricultural products included in the WTO schedule of the Union following the withdrawal of the United Kingdom from the Union and with regard to import licences issued and import rights allocated under those tariff rate quotas, C/2019/1822, OJ L 70, 12.3.2019, p. 4–16;

⁴⁶ EUROPEAN COMMISSION, *The European Union and the United States conclude negotiations on agricultural quotas agreement*, 8 March 2021, on the Commission's [website](#).

⁴⁷ P. EECKHOUT, *Brexit*, cit., p. 12 defined this plan the “Global Britain project, which aims to find more trade and business on more distant shores”.

⁴⁸ BBC, [Joe Biden plays down chances of UK-US trade deal](#), 22 September 2021.

⁴⁹ CITY A.M., [UK looks to ink post-Brexit trade deals with individual US states](#), 18 February 2022.

on after Brexit, extracting disproportionately convenient concessions for themselves (most notably, duty-free access to the UK market for lamb, dairy and agricultural products).⁵⁰

These agreements might pave the way for the UK's accession to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), a mega-deal involving eleven countries, including Australia, Canada, Japan, Singapore and Vietnam.

5. Conclusions

Assessing the law on UK-EU trade depends on perspective. How good is a patch? It is better than a hole, but better still was the pristine fabric, without the hole.

Assessing the new status quo has been especially difficult for two reasons. First, each party emphasised one angle over the other during the negotiations, to advance its platform. See how the UK negotiator, Lord Frost, described these different views:

“The EU side saw a zero tariffs FTA as a privilege for which we ought to be prepared to pay a price in terms of governance by the Court of Justice and single market-like level playing field provisions. We saw zero tariffs as something highly desirable to smooth the transition out of the EU, but certainly not something for which we would pay a long-run sovereignty price.”⁵¹

The UK would claim that it was not a big ask to seek concessions from the EU comparable to those already in place and that, at least, the past relation as EU partners would have warranted VIP treatment as a FTA partner. To that view, the EU retorted that seeking FTA concessions, some of which unprecedented, was in fact already a big ask, calling for big concessions (cue to fisheries and protection of geographical indications). Second, as it has been noted, it just was the first time in the history of FTA negotiations that “both parties started off with free trade and discussed what barriers to erect.”⁵²

This article provided a fairly descriptive (and much condensed) account, but it does – one hopes – equip the reader with the necessary information to form an opinion and, at least, understand what legal materials have concurred to shape trade. The vignette at the end of the introduction, perhaps, is now much easier to break down into trade rules and trade effects, in light of the discussion that followed.

Sir Ivan Rogers said it best, with a quote that introduces the notion that this article seeks to substantiate: “When former U.K. Trade Ministers ... say things like “we will just be discussing whether to put up any trade barriers: its much quicker (than other trade deals)”, one can only watch and marvel at what planet they inhabit: the process of exit automatically entails the reerection of trade barriers which, by law, are

⁵⁰ AHDB, *The impact of a UK-Australia free trade agreement on UK agriculture*, [Market Intelligence Report](#), November 2021; THE DIPLOMAT, [The Geopolitics Behind the New Zealand-UK Free Trade Agreement](#), 22 October 2021.

⁵¹ D. FROST, *What is Seen*, cit.

⁵² P. LAMY, interviewed by The Week in Westminster, BBC, 1 February 2020, cited in A. BENNET and D. VINES, *The EU-UK*, cit., p. 69.

only removed for those who live within the town walls of the Single Market. In other words, when we exit we do not return to a world free of barriers, we return to the world as it actually is, which is full of barriers, notably non-tariff ones, unless these have been removed by agreement. ... Divergence is a lot more complex to manage than convergence. And vastly more unusual. Indeed, unprecedented.”⁵³

This article tracked the UK’s unusual journey out of the Single Market, first into a world “full of barriers”, and then onwards towards the slightly more hospitable pasture of the TCA.

At the end of this path, the reader might take away a notion. The TCA does not create a diminished Single Market, but an enhanced free trade area. Semantics aside, this view must inform several value judgments: of the parties’ negotiating stances, of the liberalisation outcomes, of the general success and price of the Brexit project.⁵⁴

⁵³ I. ROGERS, *The Ghost of Christmas yet to come: Looking ahead to the coming year(s) of the Brexit process*, [speech](#) at the University of Glasgow, 25 November 2019.

⁵⁴ Consider again the words of D. FROST, *What is Seen*, cit.: “We didn’t think that leaving an economic union necessarily had to put us at loggerheads with it. We saw it as like leaving a club and paying your outstanding bills, not as a divorce.”



The European Union as a Global Security Actor After Brexit*

by Valsamis Mitsilegas

Professor of European Criminal Law and Global Security
Queen Mary-University of London

Abstract [En]: This essay will provide a crucial evaluation of the significance of the TCA for the future of EU-UK internal security and criminal justice cooperation and, more broadly, for the emergence of the European Union as a global security actor. The analysis will center on three main themes: the possibility for the EU of establishing cooperation with third states approximating treating those states as EU members; the possibility for the EU to emerge as a stronger global actor from the TCA; and the possibility of maintaining a close relationship with third states in the face of regulatory divergence and the EU constitutional requirements to uphold and promote EU values in external action. The essay will examine in turn: the evolution of EU-UK cooperation in the field of surrender in the post-European Arrest Warrant era; the strengthening of EU global actorness through the empowerment of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) to act as the EU contact point in external relations on judicial cooperation in criminal matters; and the role and mechanisms of adherence to EU benchmarks in the evolution of the future EU-UK security relationship, as a template for the evolution of the EU as a global security actor.

Titolo: L'Unione europea come attore della sicurezza globale dopo Brexit

Abstract [It]: Il presente saggio si pone l'obiettivo di fornire una valutazione dell'importanza del TCA per il futuro della sicurezza interna UE-Regno Unito e della cooperazione in materia di giustizia penale e, più in generale, per l'emergere dell'Unione europea come attore per la sicurezza globale. L'analisi sarà incentrata su tre temi principali: la possibilità per l'UE di instaurare una cooperazione con Stati terzi armonizzando il trattamento di questi rispetto agli Stati membri dell'UE; la possibilità per l'UE di emergere come attore globale più forte dal TCA; la possibilità di mantenere uno stretto rapporto con i paesi terzi di fronte alla divergenza normativa e ai requisiti costituzionali dell'UE per sostenere e promuovere i valori dell'UE nell'azione esterna. Il saggio esaminerà in successione: l'evoluzione della cooperazione UE-Regno Unito nel campo dell'esecuzione del mandato nell'era post-mandato d'arresto europeo; il rafforzamento dell'azione globale dell'UE attraverso l'attribuzione di ulteriori poteri alla Procura europea per fungere da punto di contatto dell'UE nelle relazioni esterne sulla cooperazione giudiziaria in materia penale; e il ruolo e i meccanismi di adesione ai parametri di riferimento dell'UE nell'evoluzione delle future relazioni in materia di sicurezza UE-Regno Unito, come modello per l'evoluzione dell'UE quale attore per la sicurezza globale.

Keywords: Brexit; Trade and Cooperation Agreement; Global Security; European Public Prosecutor's Office; EU-UK security relationship

Parole chiave: Brexit; Accordo sugli scambi e le cooperazioni; Sicurezza globale; Procura europea; relazioni in materia di sicurezza UE-Regno Unito

Contents: 1. Introduction - Internal Security and the Three Levels of Ambition in the TCA. 2. Approximating pre-withdrawal cooperation- the European Arrest Warrant after Brexit. 3. Projecting Global EU Actorness- the enhanced role of the European Public prosecutor's Office (EPPO). 4. EU Values and regulatory divergence in the post-Brexit era. 5. Conclusion.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. Introduction- Internal Security and the Three Levels of Ambition in the TCA

The withdrawal of the UK from the European Union has raised a number of operational and legal questions on the future of EU-UK security relationship after Brexit. The conclusion of the Trade and Cooperation Agreement between the EU and the UK has been the reflection of both political ambition (or the lack thereof) and the legal and constitutional parameters of the UK new position as a third country. While the TCA has been by some as an agreement organising not convergence but divergence,¹ in reality it puts forward a more nuanced, multi-layered framework of relations including in the field of security (which for the purposes of the present contribution will refer to internal security). The outcome of TCA negotiations should be viewed in the context of the UK position as an actor in the field of EU internal security before Brexit, as an EU Member State. The UK's pre-Brexit position was marked by a paradox: on the one hand, at the political level, the UK has been one of the most sceptical EU Member States with regard to furthering European integration in criminal matters, viewing criminal law as a domain inextricably linked to state sovereignty; on the other hand, the value of European integration in criminal matters- in particular in terms of judicial and law enforcement cooperation, data exchange and the role of EU criminal justice agencies- has been consistently underlined by UK security professionals.² This has led to the UK as an EU Member State being in the avant-garde of innovation in leading in key developments in EU criminal law (including the application of the principle of mutual recognition in criminal matters, the development of measures related to data exchange such as the data retention Directive and passenger name record transfer (PNR) initiatives) and the export of the UK model of intelligence-led policing to Europol- with the UK being also one of the biggest users of the European Arrest Warrant and the Europol databases.³

This investment of the UK in key areas of EU criminal law and internal security and the willingness of both the EU and the UK to achieve a degree of continuity in key areas, seen within the legal and constitutional limits of the EU relations with third countries, have resulted in a TCA which reveals three levels of ambition in EU-UK relations in the field of criminal law and internal security- a high, a medium, and a low level of ambition.⁴ The high level of ambition involves a series of areas where the EU and the UK have made every effort to maintain- to the extent possible in view of EU constitutional constraints- a similar degree of cooperation to the pre-Brexit era. These areas include surrender after the European Arrest Warrant; the exchange of personal data including PNR data and DNA data following the Prüm model; and cooperation in the field of confiscation of criminal assets. The medium level of ambition is

¹ S. BERMAN, *Goodbye Britannia. Le Royaume-Uni au défi du Brexit*, Stock, Paris, 2021, p.218.

² V.MITSILEGAS, 'European Criminal Law After Brexit' in *Criminal Law Forum*, vol.28, 2017, pp.219-250.

³ Ibid.

⁴ For a detailed analysis see V.MITSILEGAS, *EU Criminal Law* (2nd ed.), Hart, Oxford, 2022, chapter 12.

reflected in areas which, while included in the TCA, cooperation falls clearly short in relation to the pre-Brexit era. These areas include mutual legal assistance (where the ambition of speed is not equal to surrender and where there are further fall backs to the Council of Europe framework) and UK participation in criminal justice agencies such as Europol and Eurojust- political will and high ambition in this context has been tempered by the clear constitutional constraints of the UK's post-Brexit position as a third country. The third, and low level of ambition, where no provisions are included in the TCA, involves two areas. The first is areas of limited political priority for at least one of the parties (from the perspective of the UK examples include substantive criminal law- the *acquis* on which the UK already did not opt back into after the expiry of the deadline in the Transitional Provisions Protocol in 2014- certain measures on mutual recognition in criminal matters, and defence rights). Of a greater constitutional significance is the second area: where the UK position as a third state does not allow it to participate in EU law structures, most significantly in EU databases such as the Schengen Information System. As will be seen below, this exclusion is key in the development of the future EU-UK relationship. This essay will provide a crucial evaluation of the significance of the TCA for the future of EU-UK security cooperation and, more broadly, for the emergence of the European Union as a global security actor. The analysis will center on three main themes: the possibility for the EU of establishing cooperation with third states approximating treating those states as EU members; the possibility for the EU to emerge as a stronger global actor from the TCA; and the possibility of maintaining a close relationship with third states in the face of regulatory divergence and the EU constitutional requirements to uphold and promote EU values in external action. The essay will examine in turn: the evolution of EU-UK cooperation in the field of surrender in the post-European Arrest Warrant era; the strengthening of EU global actorness through the empowerment of the European Public Prosecutor's Office (EPPO) to act as the EU contact point in external relations on judicial cooperation in criminal matters; and the role and mechanisms of adherence to EU benchmarks in the evolution of the future EU-UK security relationship, as a template for the evolution of the EU as a global security actor.

2. Approximating pre-withdrawal cooperation- the European Arrest Warrant after Brexit

The prime area where the EU and the UK have attempted to maintain to the extent possible the pre-Brexit model of cooperation involves extradition and surrender. Within the EU, the European Arrest Warrant Framework Decision is the emblematic and most successfully and widely implemented instrument of EU criminal law and it was widely used by the UK when it was a Member State. The TCA aims to provide a high degree continuity with the previously applicable European Arrest Warrant (EAW) system. The pre-Brexit terminology of 'surrender' ad of an 'arrest warrant' is maintained in the text-the

heading of Title VII is ‘surrender’, the basis of the system is a ‘surrender decision’⁵ and the objective of UK-EU cooperation is to base extradition on a mechanism of surrender pursuant to an arrest warrant.⁶ Cooperation remains judicial. The ‘Arrest Warrant’ for the purposes of the TCA means a judicial decision issued by a State with a view to the arrest and surrender by another State of a requested person, for the purposes of conducting a criminal prosecution or executing a custodial sentence or detention order.⁷ Cooperation continues to take place in similar terms to the EAW in a number of respects. In terms of scope of cooperation, an arrest warrant may be issued for acts punishable by the law of the issuing State by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least 12 months or, where a sentence has been passed or a detention order has been made, for sentences or detention orders of at least four months.⁸ Cooperation takes place on the basis of specific elements introduced in a form.⁹ Cooperation is intended to be swift - the TCA has introduced cooperation, similar deadlines with the EAW. Mirroring Article 17 of the EAW FD, the TCA sets out strict time limits for the decision to execute the arrest warrant.¹⁰ The latter must be dealt with and executed as a matter of urgency¹¹ -in cases where the requested person consents to surrender, the final decision on the execution of the arrest warrant must be taken within ten days after the consent was given;¹² in other cases, the final decision on the execution of the arrest warrant shall be taken within 60 days after the arrest of the requested person, a deadline which can be extended by a further 30 days where this is not possible.¹³ The TCA further mirrors the EAW FD (Article 23) in the provision on time limits for surrender.¹⁴ The TCA includes a number of grounds to refuse to execute an Arrest Warrant. As with the EAW system, mandatory grounds for non-execution are initially limited to age; amnesty, and ne bis in idem.¹⁵ There are a number of grounds for optional non-execution, in a provision which includes details on the treatment of in absentia hearings.¹⁶ Going further than the EAW system, non-compliance with the proportionality principle may constitute a ground of refusal to recognise and execute an arrest warrant.¹⁷

This level of ambition is noteworthy. The TCA establishes a system of very close cooperation between the UK and the EU, with the position of the UK –as a third country- approximating to a great extent the

⁵ Article 613.

⁶ Article 596.

⁷ Article 598(a).

⁸ Article 599.

⁹ Article 606- form contained in Annex 43.

¹⁰ Article 615.

¹¹ Article 615(1).

¹² Article 615(2).

¹³ Article 615(3) and (4).

¹⁴ Article 621.

¹⁵ Article 600.

¹⁶ Article 601.

¹⁷ Article 597(1).

position of EU Member States within the system. However, there are a number of areas where the position of the UK as a third state places limits to this approximation. There are three categories of limits at stake: constitutional limits at EU Member States; legal limits at EU level; and political/operational limits in the implementation of the system. In terms of national constitutional limits, the position of the UK as a third state has reinstated national constitutional constraints in a number of EU Member States regarding the surrender of their own nationals,¹⁸ while inroads to the abolition of the verification of dual criminality have also been introduced.¹⁹ The position of the UK as a third state has also introduced considerable constraints from the perspective of EU law. A key such constraint with operational implications is the fact that the UK no longer has access to EU databases such as the Schengen Information System, the operation of which is crucial in achieving speedy cooperation under the EAW system. With the UK out of SIS II, the UK authorities have attempted to promote the use of Interpol (the Interpol I-24/7 system) as an alternative system which EU Member States can use to notify Arrest Warrants²⁰: however, this is far from a straightforward request from an operational perspective (EU Member States would have to duplicate Warrant uploads to SIS II and the Interpol system) and from a fundamental rights perspective (in view of the challenging human rights record of a number of Interpol members and reports of abuse of the Interpol Red Notice alerts system.²¹). The operational aspect touches upon key day-to-day concerns in the implementation of the system. It remains to be seen whether the authorities of EU Member States receiving Arrest Warrants from the UK and responsible for operating the system will grant the same priority to requests from a third state compared to requests received from authorities of EU Member States. The prioritisation of EU requests- to meet the deadlines of the EAW FD- may lead to de facto delays in the processing of UK requests with the UK being downgraded operationally in relation to EU Member States.

3. Projecting Global EU Actorness- the enhanced role of the European Public prosecutor's Office (EPPO)

A relatively unnoticed thus far but significant development in the TCA has been the use of the latter by the European Union to emerge as a stronger global actor in the field of criminal law and internal security. For the first time, an international agreement enables an EU body- the European Public Prosecutor's Office- to act as a competent authority in judicial co-operation with third states. The TCA enables the

¹⁸ Article 603(2) TCA and relevant notifications by a number of EU Member States.

¹⁹ See in particular Article 599(4) of the TCA and relevant notifications by a number of EU Member States.

²⁰ Northern Ireland Affairs Committee, *Cross- Border Co-operation on Policing, Security and Criminal Justice After Brexit* (4th Report, session 2019-21, HC Paper 766), para. 59.

²¹ For a critical view of Interpol governance and the misuse of Interpol Red Notices see House of Commons Foreign Affairs Committee, *In the room: the UK's role in multilateral diplomacy* First Report of Session 2021-22, para. 119.

EPPO to act as competent authority in the field of mutual legal assistance- with the TCA including within the scope of competent authorities Union bodies notified in accordance with point (c) of Article 690(7).²² The European Union has notified the UK that the European Public Prosecutor's Office (EPPO) will be deemed as 'competent authority; for the purposes of Title VIII.²³ The European Union has also notified that the EPPO, in the exercise of its competences as provided for by Articles 22, 23 and 25 of Council Regulation (EU) 2017/1939, will be deemed to be a competent authority for the purpose of making and, if appropriate, executing freezing requests made under Title XI of the TCA.²⁴ The TCA thus set an important precedent for external representation and actorness of the EU in the field of judicial cooperation in criminal matters, with the EU aiming to apply this model in its external relations more broadly. It is understood that the Commission aims to notify the EPPO as a competent authority for the purposes of Council of Europe Conventions to which the Union is a party (while at the time of writing it is understood that 14 EU Member States have already made such notification under the 1959 Council of Europe Mutual Legal Assistance Convention).²⁵ The Commission also plans to notify the EPPO as a competent authority for the purposes of existing judicial cooperation agreements between the EU and third states (Iceland, Norway, the US and Japan) as well as for UN Conventions to which the EU is a party (the UN Convention on Transnational Organised Crime and the UN Convention Against Corruption). The EPPO is currently being notified as a competent authority for the purposes of the operation of the Council of Europe Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, which is currently in the process of ratification.²⁶ It can be seen thus that the TCA has been the first step towards strengthening EU global actorness in criminal matters, by granting significant external powers and visibility to the newly established European Public Prosecutor's Office- with a breakthrough in internal EU powers in the field of criminal justice being accompanied by a steady growth in external power.

4. EU Values and regulatory divergence in the post-Brexit era

Key questions on the development of the post-Brexit EU-UK relationship involve the extent to which cooperation will withstand future regulatory divergence and the extent to which the EU will scrutinise the adherence to its internal values and principles in the development of its external action with a third

²² Article 634.

²³ EU-UK Trade and Cooperation Agreement - Notification by the Union- [2020] OJ L 444/1486, section A(1).

²⁴ (EU-UK Trade and Cooperation Agreement - Notification by the Union- 31.12.2020- OJ L 444/1486.

²⁵ For the model text of this notification see: Council doc. 11385/20 LIMITE EPPO 44 COPEN 267 FIN 681 GAF 48 CSC 258 'I' ITEM 2 October 2020.

²⁶ COM(2021) 718 final and COM(2021) 719 final, Brussels, 25.11.2021, Annexes to the Proposal for a Council Decision authorising Member States to sign and ratify, in the interest of the European Union, the Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence.

state which is no longer assumed to subscribe to EU benchmarks in full.²⁷ These questions are of particular relevance in the field of criminal law and internal security, where cooperation may have significant consequences for the protection of fundamental rights and the rule of law. Part III of the TCA contains a specific provision on the protection of human rights and fundamental freedoms in the field of law enforcement and judicial cooperation in criminal matters.²⁸ Cooperation is based on the Parties' and Member States' longstanding respect for democracy, the rule of law and the protection of fundamental rights and freedoms of individuals, including as set out in the Universal Declaration of Human Rights and in the European Convention on Human Rights, and on the importance of giving effect to the rights and freedoms in that Convention domestically.²⁹ Respect for and enforcement of the ECHR is thus key for cooperation under the TCA. The Court of Justice has already confirmed the importance of the UK being party to the ECHR for post-Brexit cooperation³⁰. The European Union may terminate Part III if the UK denounces the ECHR.³¹ Part III may also be suspended in the event of serious and systemic deficiencies within one Party as regards the protection of fundamental rights or the principle of the rule of law.³² It has been argued that the repeal of the Human Rights Act 1998 could, if not followed by a legislative substitute, be potentially considered as a deficiency big enough to trigger such suspension.³³

Part III of the TCA may also be suspended in the event of serious and systemic deficiencies within one Party as regards the protection of personal data, including where those deficiencies have led to a relevant adequacy decision ceasing to apply.³⁴ It includes detailed provisions on the data protection benchmarks applicable to cooperation.³⁵ The establishment by the Commission of data adequacy- that the UK offers an adequate level of data protection, interpreted by the CJEU as 'essentially equivalent' to EU data protection law, and entails regular and ongoing monitoring of the systems of third states³⁶- is key in this context. In June 2021, the Commission adopted two adequacy decisions enabling the ongoing flow of

²⁷ See the recent Opinion of AG Collins in Case C-673/20, *Préfet du Gers* (delivered on 24 February 2022) according to which the United Kingdom's sovereign choice to leave the European Union amounts to a rejection of the principles underlying the European Union and the European Union was in no position to insist that the United Kingdom fully adhere to any of the European Union's founding principles (para. 75).

²⁸ Article 524.

²⁹ Article 524(1).

³⁰ Case C-327/18 PPU *Minister for Justice and Equality v RO* ECLI:EU:C:2018:733.

³¹ Article 692(2).

³² Article 693(1).

³³ A LAZOWSKI, *Mind the Fog, Stand Clear of the Cliff! From the Political Declaration to the Post-Brexit EU-UK Legal Framework – Part I* (2020) 5 *European Papers* 1105-1141 at.1134.

³⁴ Article 693(2).

³⁵ Article 525.

³⁶ Case C-362/14, *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650, para 75-76. For further details see chapter 9.

personal data between the UK and the EU.³⁷ In its adequacy assessment, the Commission examined the UK internal legal and institutional framework on data protection, placing emphasis on the UK's adherence to the ECHR and submission to the jurisdiction of the Strasbourg Court.³⁸ The Commission noted that:

'In its structure and main components, the UK legal framework applying to data transferred under this Decision is thus very similar to the one applying in the European Union. This includes the fact that such framework does not only rely on obligations laid down in domestic law, that have been shaped by EU law, but also on obligations enshrined in international law, in particular through the United Kingdom's adherence to the ECHR and Convention 108, as well as its submission to the jurisdiction of the European Court of Human Rights. These obligations arising from legally binding international instruments, concerning notably the protection of personal data, are therefore a particular important element of the legal framework assessed in this Decision.'³⁹

This passage is revealing of the EU's approach on post-Brexit cooperation with the UK in the field of internal security and criminal justice, and is reminiscent of the CJEU approach towards post-Brexit cooperation on surrender. The United Kingdom is deemed to be a trusted external partner in view of its participation in the human rights protection system established by the ECHR. Adherence to and compliance with the ECHR emerges as a key benchmark for EU-UK cooperation and suffices to establish trust even in cases of potential shortcomings in the UK system in specific cases. Adherence to the ECHR and to Council of Europe data protection instruments suffices to keep the UK as a member of what the Commission has called the 'European privacy family'- but such adherence must be continued and is of particular importance for the stability and durability of the proposed adequacy findings.⁴⁰ Continuous monitoring by the Commission of the application of the legal framework upon which the adequacy Decisions are based- as required by the CJEU in *Schrems*- is a key provision in both adequacy Decisions.⁴¹ This emphasis on continuous monitoring of the UK data protection regime is crucial, but does not assuage concerns regarding the soundness of the Commission's adequacy assessment. A key concern is the compatibility of the UK regime on the bulk collection and retention of data with EU law-

³⁷ COMMISSION IMPLEMENTING DECISION of 28.6.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom, Brussels, 28.6.2021 C(2021) 4800 final; COMMISSION IMPLEMENTING DECISION of 28.6.2021 pursuant to Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the United Kingdom [law enforcement], Brussels, 28.6.2021 C(2021) 4801 final.

³⁸ Recitals 120 and 161 respectively.

³⁹ Recital 19 and 20 respectively.

⁴⁰ [Commission press release](#), cited in [Lorna Woods](#).

⁴¹ Article 3(1) of both Decisions. The Decisions have an extendable expiry date, 27 June 2025- Article 4 of both Decisions.

in particular following the development of the CJEU case-law in *Tele2 and Watson*⁴², and more recently in *Privacy International*⁴³ and *La Quadrature du Net and others*.⁴⁴ It has been demonstrated that subsequent legislative and judicial developments in the UK have not led to full compliance of the UK regime of bulk data collection and retention with EU law.⁴⁵ The European Data Protection Board has criticised the Law Enforcement draft adequacy Decision including on the grounds of the inclusion of an ‘immigration exemption’ to data protection,⁴⁶ on the provisions on onward transfers of data to third countries, and on bulk interceptions:⁴⁷ The persistence of a large-scale surveillance regime in the UK casts doubts on the accuracy of the Commission’s adequacy Decisions and may lead to these Decisions being challenged. While internal developments in the UK with regard to the protection and giving effect to fundamental rights domestically and the relationship between the UK and the ECHR will be watched closely, in the short term it is the compatibility of the UK data protection system with EU law which remains one of the key areas of contestation and evaluation - with adequacy assessments also being contingent upon the development of the EU *acquis*, shaped decisively by the CJEU.

5. Conclusion

The withdrawal of the UK from the European Union meant that the UK’s position vis-à-vis European criminal law has been transformed by one of internal ambivalence- balancing a strong impetus and strategic vision towards greater law enforcement cooperation with sovereignty concerns- to the position of a third country aiming to replicate, to the extent possible, the pre-Brexit status quo on key areas of internal security and criminal justice. The post-Brexit legal landscape is marked by the adoption of the EU-UK Trade and Cooperation Agreement, which reveals considerable ambition by both parties to maintain a high degree of cooperation after Brexit. From the analysis of the TCA, the impact of Brexit on the future EU-UK criminal justice and security cooperation can be viewed from two different perspectives. Those who see the glass as ‘half-full’, can point out to the high level of ambition of the

⁴² Joined Cases C-203/15 and C-689/15 *Tele2 Sverige AB v Post-och telestyrelsen* (C-203/15) and *Secretary of State for the Home Department v Tom Watson and Others* (C-689/15) [2016] ECLI:EU:C:2016:970.

⁴³ Case C-623/17 *Privacy International v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Others* ECLI:EU:C:2020:790.

⁴⁴ Joined Cases C-511/18, C-512/18 and C-520/18 *La Quadrature du Net and Others v Premier Ministre and Others* ECLI:EU:C:2020:791.

⁴⁵ M WHITE, ‘Is the incompatibility of UK data retention law with EU law really a victory?’ (2021) 47 *Legal Studies*.130-155.

⁴⁶ According to Article 1(2) of the Law Enforcement Adequacy Decision, the decision does not cover personal data that is transferred for purposes of United Kingdom immigration control or that otherwise falls within the scope of the exemption from certain data subject rights for purposes of the maintenance of effective immigration control pursuant to paragraph 4(1) of Schedule 2 to the DPA 2018.

⁴⁷ Opinion 14/2021 regarding the European Commission Draft Implementing Decision pursuant to Regulation (EU) 2016/679 on the adequate protection of personal data in the United Kingdom- EDPB, adopted on 13 April 2021, points 12. 14 and 29.

parties to replicate to the extent possible the pre-Brexit status quo in key areas including surrender, the exchange of criminal records, confiscation and cooperation with EU bodies and agencies and exchange of data including DNA and passenger data. Those who view the glass as ‘half-empty’ will point out the fact that constitutional and institutional constraints underpinning these areas of high ambition, the fact that key areas such as mutual legal assistance are marked by a lower level of ambition, and the fact that there are areas where the UK is entirely excluded by EU law (most notably in access to EU databases such as SIS II) and that there are a number of areas where the TCA is silent and where relations revert to a purely intergovernmental level (in the vast majority of areas covered by the EU mutual recognition *acquis*). In key areas of priority, such as surrender and data exchange, cooperation is facilitated by the evocation by the EU of the UK adherence to and compliance with the ECHR- with the EU being prepared for the moment to disregard specific challenges to fundamental rights caused by the UK securitised approach (in particular in the field of large-scale surveillance) in order to ensure ongoing post-Brexit cooperation.

It remains to be seen how the TCA will be received by those who will deal with its implementation from an operational and from a legal perspective. From an operational perspective, it remains to be seen whether authorities in EU Member States will continue to treat requests from their UK counterparts as a matter of priority. From a legal perspective, it remains to be seen how the provisions of the TCA will be interpreted and monitored by EU institutions, and by national courts, and how national authorities (for instance those asked to execute Arrest Warrants) will deal with concerns regarding non-compliance with fundamental rights. Notwithstanding the silence in the TCA on its role, the role of the CJEU will remain important in this context both in assessing the compatibility of cooperation with the UK with EU law, and in developing the EU *acquis*, including on fundamental rights, which will form the benchmark to the implementation of the TCA. Issues of alignment of the UK with the evolving EU *acquis* will be recurrent in this context.

On the other hand, it remains also to be seen whether the TCA will survive changes in the development of the EU criminal justice *acquis* (and whether the UK will align its law with the evolving *acquis*) and changes in internal UK law (especially concerning a potential change in the constitutional position of the ECHR in the UK). In this context, it must be recalled that the impact of the CJEU in the development of the internal EU *acquis* and subsequently on the EU-UK cooperation will remain significant. The CJEU will continue to receive preliminary references from courts of EU Member States regarding the operation and the implementation of the TCA (for instance, on questions on the compatibility of the execution of Arrest Warrants or Mutual Legal Assistance requests received by UK authorities with EU law). The CJEU will further continue to develop the EU benchmarks applicable in the field of criminal justice and data



protection via ongoing and evolving interpretation. The Court's role in defining the EU *acquis* is central, as EU Member States are under a duty to comply with EU law in their external relations.

While the impact of Brexit on the position of the UK vis-à-vis the EU has been inevitably the focus of much of analysis thus far, this essay has also attempted to demonstrate that Brexit and the TCA will also have an impact on internal EU law. In view of the close relationship of the EU with the UK in the field of security, aspects of the EU substantive law approaches towards third countries may have to be rethought- what is the distance of third countries from the internal EU law *acquis*? Moreover, the TCA provides an opportunity for strengthening of the EU as a global security actor. The attribution to the EU of exclusive competence in a number of key areas in the TCA may be a key development in that direction. The designation by the EU of the EPPO as an authority for the purposes of the operation of a number of judicial cooperation elements in the TCA is another example of strengthening the EU as a global actor- a move which may transcend Brexit and lead to the EU emerging with a strong external representation in the field of internal security and criminal justice at the global level.



Fascicolo numero 10

2022

28 marzo 2022