

Garanzie formali ed indipendenza sostanziale delle corti nell'esperienza britannica*

Federico Nania

SOMMARIO: 1. Dalla legittimazione “sostanziale” delle corti alla sovranità parlamentare ed alle prime garanzie formali di indipendenza dei giudici. 2. Lo *Human Rights Act* ed il ruolo delle corti: la dichiarazione d’incompatibilità di fronte alla sovranità parlamentare. 3. La nozione di indipendenza davanti alla Corte Europea con riferimento all’ordinamento del Regno Unito. 4. Il *Constitutional Reform Act*, il *Lord Chancellor* e la *Uk Supreme Court*: la divisione dei poteri ed il riequilibrio della *Rule of law*. 5. Una considerazione conclusiva sulla *common law* come perdurante fonte di legittimazione.

1. *Dalla legittimazione “sostanziale” delle corti alla sovranità parlamentare ed alle prime garanzie formali di indipendenza dei giudici*

È ampiamente noto che il sistema di separazione dei poteri nell’ordinamento inglese, con particolare riguardo al rapporto tra sfera giudiziaria e sfera politica, ha sempre presentato notevoli differenze rispetto a quello storicamente determinatosi nei paesi dell’Europa continentale¹. Mentre nello sviluppo dello Stato di diritto continentale si è affermato al riguardo un criterio di tendenziale

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista a *double-blind peer review*.

¹ Per una descrizione del sistema di separazione dei poteri in Inghilterra cfr. M.C.J. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis, 2nd ed., 1967; per un approfondimento dell’iniziale ruolo dualistico (da un lato assemblea rappresentativa e dall’altro Corte di giustizia) del parlamento inglese cfr. C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and Its Supremacy*, Yale University Press, 1910. Tra le opere più recenti cfr. S. Sedley, *Lions under the Throne: Essays on the History of English Public Law*, Cambridge, 2015, p. 172 e ss.

rigidità, in Inghilterra il principio della *rule of law* ha contribuito a rendere il rapporto anzidetto ben più “fluido”, ossia senza una vera e propria distinzione dei rispettivi campi di esercizio del potere pubblico². Ma altrettanto noto è che ancora prima che venissero introdotte puntuali regole intese a garantire la indipendenza-inamovibilità dei giudici, le corti inglesi già si erano ritagliate notevoli spazi di autonomia. In una prospettiva di ordine sostanziale, si può verificare come le corti, anche in presenza di un potere sovrano ancora di stampo assolutistico, avessero assunto il ruolo di custodi ed interpreti della *common law* e della sua corretta applicazione ai casi concreti: in tal modo facendosi carico del compito di rendere il sistema legale il più possibile adattabile alle esigenze di sviluppo economico-sociale della società inglese dell'epoca anche in opposizione al potere del Sovrano ed ai vincoli di tipo corporativo, e legittimandosi così per la loro capacità di dare voce a tali esigenze nelle pronunzie adottate.

Non per caso, la conoscenza della *common law* – intesa come coacervo di tradizioni, principi e consuetudini – verrà rivendicata come prerogativa pressoché esclusiva del ceto dei *common lawyers* fin dal secolo XIII³. Difatti, muovendo da questa premessa di esclusività, le corti hanno potuto trarre dalla *common law* taluni fondamentali principi che hanno permesso l'affermazione delle libertà “moderne” del cittadino inglese. Il che risulta particolarmente evidente sul terreno delle libertà economiche ed in particolare della *freedom of*

² A tale proposito si è parlato nella dottrina inglese di “*fusion of powers*” con particolare riferimento alla stretta connessione tra potere legislativo e potere esecutivo ed al ruolo del Cabinet; cfr. W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, trad.it., Bologna, 1995, p. 207 e ss.

³ È sufficiente ricordare che già sotto il regno di Enrico III la *English law* aveva le caratteristiche di una *case law* basata sul rispetto del precedente (o *stare decisis*); il che si traduceva in un ampio spazio lasciato ai giudici «*not hampered by many statutes or by the jealousy of a parliament which will neither amend the law nor suffer others to amend it*». Ed è la stessa locuzione *common law* ad indicare un certo tipo di diritto la cui forza giuridica prescinde dal suo formale *enactment*; la *common law* in questo senso «*is in theory traditional law—that which has always been law and still is law, in so far as it has not be overridden by statute or ordinance*»; cfr. F.W. Maitland, *Constitutional History of England*, Cambridge, 1919, p. 18 e ss.

trade, dove a partire dal XVI secolo l'attivismo dei giudici inglesi ha avvalorato, come si diceva, la loro funzione di sostanziale "rappresentanza" dei settori più dinamici della società inglese⁴.

Certo, tutto questo non avviene in maniera indolore e senza che la Corona tenti di ridimensionare il ruolo dei giudici. Il caso più noto riguarda lo scontro tra Edward Coke ed il Re Giovanni. Questo conflitto tra il Chief Justice ed il Sovrano emerge inizialmente in due decisioni, ossia *Prohibitions del Roy*⁵ e il *Case of Proclamations*⁶, che sono generalmente considerate le tappe decisive dello scontro tra *jurisdictio e gubernaculum*. Il primo investiva la questione dei limiti dell'autorità dei giudici ecclesiastici, in merito alla quale l'Archibishop of Canterbury riteneva che soltanto «*the King may decide in his royal person*», tanto più che i giudici altro non sarebbero stati che semplici «*delegates of the King*», con l'ulteriore conseguenza che il Sovrano stesso avrebbe potuto scegliere «*what causes he shall please to determine, from the determination of the judges and determine them himself*». Dal canto suo Coke, allo scopo di corroborare la tesi secondo la quale nell'assetto tramandato dalla tradizione «*the king in his own person cannot adjudge any case, either criminal, as treason, felony etc., or betwixt party and party, concerning his inheritance, chattels or goods etc., but this ought to be determined in some Court of Justice*», operava una distinzione tra la ragione propria di tutti gli uomini e *l'artificial reason* alla cui conoscenza esclusivamente i giuristi possono aspirare. E dunque, alla pretesa regia di decidere attraverso la propria "ragione" qualsiasi controversia nelle corti, Coke oppone la speciale capacità interpretativa dei *common lawyers* in quanto detentori non di una ragione spontanea e naturale, bensì di quella *artificial perfection of reason* che può essere conquistata soltanto attraverso lo studio del diritto e nella concretezza dell'esperienza giuridica, consentendo a chi la coltiva di portare alla luce la ragione oggettiva scaturente dalla tradizione contro ogni tentativo di asservirla

⁴ In proposito, ci si permette di rinviare a F. Nania, *Le origini della "freedom of trade" in Inghilterra e la lotta contro i regi monopoli*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2018, p. 939 e ss.

⁵ *Prohibitions Del Roy*, King's Bench Division (1572-1616) 12 Co Rep 63.

⁶ *The Case of Proclamations* (1610) 12 Co Rep 74; 77 ER 1352.

alla personale volontà del detentore del potere politico⁷. Quanto al Case of Proclamations, Coke propugna la tesi che il Re non potesse, tramite le sue *proclamations*, modificare la *common law* in alcuna delle sue articolazioni; Coke ribadiva infatti che il Re «*hath no prerogative, but that which the law of the land allows him*», laddove con il termine *law of the land* il grande giurista vuole richiamarsi proprio alla *common law* intesa come *law of reason*.

L'ultimo atto dell'aspro confronto tra il Chief Justice Coke ed il Re Giacomo è il Case of Commendams del 1616; qui, come in passato, si è di fronte alla strenua difesa da parte di Coke del ruolo delle corti in quanto uniche legittimate ad amministrare la *common law* ed a trarne persino i limiti d'azione del potere regio. Sarà proprio il rifiuto di Coke di cedere alla pretesa del Sovrano di ottenere dalla Corte il riconoscimento del suo potere di conferire un *ecclesiastical benefice* attraverso *commendam* che costerà al Chief Justice la rimozione dalla carica da parte del Re.

Non è possibile soffermarsi qui sulla storia costituzionale inglese e sulle vicende, peraltro largamente conosciute, che hanno avuto come esito l'affermarsi del principio della sovranità, o addirittura della

⁷ Si segnala sul punto la polemica di Hobbes sul concetto di *artificial reason* in T. Hobbes, *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*, in *The English works*, edited by Sir William Moleworth, London, 1939-45, p. 6, 14-15. È giustamente famoso e vale la pena di riportarlo integralmente il passo dove il *philosopher*, ovvero Hobbes stesso, così si esprime nei confronti del *lawyer* che si batteva a favore della teoria di Coke: «*Do you think this to be good doctrine? Though it be true that no man is born with the use of reason, yet all men may grow up to it as well as lawyers; and when they have applied their reason to the laws (wich were laws before they studied them, or else it was not law the studied) may be as fit for and capable of judicature as Sir Edward Coke himself, who, whether he had more or less use of reason, was as much reason as is dispersed in so many several heads could not make such a law as this law of England is, if one should ask him who made the law of England, would he say a succession of English lawyers or judges made it, or rather a succession of Kings?(...) You see therefore that the king's reason, be it more or less, is that anima legis, that summa lex, tehereof Sir Edward Coke speaketh, and not the reason, learning, and wisdom of the judges. I say that the king's reason, when it is publicly upon advice and deliberation declared, is that anima legis; and that summa ratio and that equity, which all agree to be the law of reason, is all that is or ever was law in England sinche it became Christian, besides the Bible*».

“onnipotenza”, parlamentare secondo la celebre immagine di De Lolme per cui «*Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman*»⁸.

Ciò che si deve osservare, per quanto rileva ai nostri fini, è che il “dogma” anzidetto è sembrato segnare la conclusione del ciclo caratterizzato dalla diretta funzione “rappresentativa” delle corti e dalla loro forza oppositiva nei confronti del potere politico, riportando nell’alveo dell’istituzione parlamentare tutte le istanze di “politicità” e delineando quindi quel tipo di assetto costituzionale che riceverà la denominazione di *political constitution*.

Ciò non è smentito dal fatto che in concomitanza con l’affermazione del principio della sovranità parlamentare anche il principio della indipendenza dei giudici trova le sue specifiche garanzie. Ci si riferisce al fatto che la regola dell’inamovibilità dei giudici venne formalizzata pochi anni dopo la Gloriosa Rivoluzione attraverso l’Act of Settlement del 1701. Si potrebbe dire che quanto le corti perdono sul piano della legittimazione sostanziale viene compensato attraverso la predisposizione di apposite garanzie di indipendenza a favore dell’ordine giudiziario: a parte il trattamento salariale stabile ed appropriato, in primo luogo la sottrazione alla Corona del potere di rimozione, il quale viene trasferito ad una decisione congiunta delle due Houses del Parlamento.

Nella teorica della *rule of law* elaborata da A.V. Dicey in tarda età vittoriana si può identificare la sistemazione più organica e coerente in sede dottrinale di questa trasformazione e con essa la

⁸ In A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis, 1982, p. 89.

È opportuno ricordare la nota affermazione di Dicey in virtù della quale «*Parliament has the right to make or unmake any law whatever*» che riecheggia la teoria della sovranità parlamentare elaborata da William Blackstone nella seconda metà del ‘700 secondo cui il Parlamento «esercita una sovrana e incontrollabile autorità nel produrre, confermare, estendere, restringere, abrogare, revocare, far rivivere, e interpretare le leggi, aventi per oggetto materie di ogni possibile categoria...tale essendo la sede ove quell’assoluto potere despotico, che in ogni sistema di governo deve pur collocarsi in qualche luogo, è conferito dalla costituzione di questi reami» (cfr. W. Blackstone, *Commentario delle Leggi d’Inghilterra*, in N. Matteucci (a cura di), *Antologia dei Costituzionalisti Inglesi*, Bologna, 1962, p. 170).

definitiva archiviazione dell'ipotesi di Coke di cui si è detto, ossia quella di assegnare alle corti il ruolo precipuo di custodi della *common law* e delle antiche libertà individuali che in essa sarebbero radicate. Ed invero nella teorica della *rule of law*, in aderenza all'assetto acquisito dalla forma di governo inglese, viene in evidenza la priorità della regolazione dei rapporti sociali mediante il diritto di derivazione parlamentare⁹, rispetto allo spazio marginale o residuale dell'applicazione della *common law*. Come si sa, a ciò si collega anche il netto rifiuto da parte di Dicey di un "diritto amministrativo inglese" e la riaffermazione orgogliosa del principio per cui in Inghilterra «*every official, from the Prime Minister to down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen*», da cui discende che l'unica fonte del diritto è la *ordinary law of the land* la quale è in grado di assicurare «*equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary law courts*»¹⁰.

Certo non si tratta di una rottura radicale con l'assetto precedente e non viene neppure negato che anche la tradizione, nonché le massime giurisprudenziali, entrino a comporre l'identità dell'ordinamento giuridico¹¹, ma il contributo che le corti possono

⁹ Ciò soprattutto concependo la rappresentanza politica «piuttosto che come uno strumento di unificazione del processo politico su basi razionali, come luogo della mediazione fra interessi contrapposti»; così P. Ridola, *Organizzazione della politica e forma di governo parlamentare*, in Id. *Democrazia rappresentativa e parlamentarismo*, Torino, 2011, p. 145.

¹⁰ A.V. Dicey, *op.cit.*, p. 153. Come si sa, diverse critiche sono state mosse a Dicey su questo aspetto da parte della dottrina britannica: in particolare cfr. W. Robson, *Justice and Administrative Law*, London, 1947, p. 343 e ss. il quale sostiene che già all'epoca di Dicey vi fossero "*colossal distinctions*" tra la posizione dei comuni cittadini e quella degli organi amministrativi, che giungevano sino a privare il cittadino di rimedi contro il potere dello stato «*in many cases where he most requires it*». Su simili posizioni anche S. Sedley, *Lions under the Throne*, cit., p. 64 e ss., con riferimento particolare alla questione del bilanciamento tra *powers* e *rights* nella *common law*.

¹¹ Afferma Dicey: «*we may say that the constitution is pervaded by the rule of law on the ground that the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of*

dare nel nuovo assetto istituzionale è, nell'ottica di Dicey, un contributo di ragionevolezza e di certezza nell'applicazione di un diritto che non può che essere quello di derivazione parlamentare¹². Il rifiuto di portare alle logiche conseguenze le premesse poste da Edward Coke in ordine al controllo di costituzionalità delle determinazioni parlamentari alla stregua della *common law*¹³ (resistenze che saranno in qualche modo superate, come si vedrà, solo in tempi recentissimi) conferma questo ridimensionamento del ruolo delle corti e della competizione rappresentativa con un potere politico forte della propria diretta legittimazione.

A questo riguardo si possono ricordare, sia pure per sommi capi, alcuni concreti dati istituzionali che avvalorano la teorica diceyana della *rule of law*. Il riferimento è alla grande proliferazione della *statute law* a partire almeno dal XIX secolo, e soprattutto a quelle riforme di epoca vittoriana che hanno profondamente segnato

judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts; A.V. Dicey, *op. cit.*, p. 150.

Su questo aspetto del pensiero di Dicey è stato notato che «*la sovereignty of parliament* non è mai intesa in contrapposizione alla forza dei principi tradizionali e del sistema giuridico di common law, ma anzi come un completamento degli strumenti giuridici a difesa delle libertà degli inglesi»; cfr. C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica*, Bologna, 2014, p. 141.

¹² Osserva Torre che «l'imperialismo vittoriano basato sulla superiorità di Westminster proiettava i suoi bagliori anche sul classico ruolo interlocutorio delle Corti di giustizia», come testimoniato dalla decisione della House of Lords nel caso *Lee v Bud and Torrington Junction Railway Co* del 1871 dove i giudici venivano descritti come “*servants of the Queen and the legislature*” e veniva negato ogni loro potere di sindacare nel merito gli atti parlamentari (cfr. A. Torre, *La giustizia costituzionale nel Regno Unito: caratteri, istituzioni, prospettive*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, p. 332-333).

¹³ Un'intuizione riassunta nella celebre affermazione del Chief Justice nel caso *Bonham* del 1610: «*the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void*»; cfr. E. Coke, *Reports*, 1610, 8, 114a at 117b -118b; un concetto che fu ripreso successivamente dal Chief Justice Holt in *City of London v Wood* del 1701 laddove egli riteneva «per nulla stravagante, poiché molto ragionevole ed esatto affermare che, se il Parlamento stabilisse che la medesima persona fosse giudice e parte nella stessa causa quell'Act sarebbe nullo».

l'evoluzione della costituzione inglese¹⁴. Tra queste giova menzionare il Representation of the People Act del 1832, anche denominato Great Reform Act, che determinò un primo allargamento del suffragio (opera proseguita con successive leggi parlamentari) a favore del ceto borghese facendo così sì che il Parlamento rispecchiasse il nuovo ordine sociale determinatosi nel paese a seguito della Seconda Rivoluzione Industriale. Nella stessa ottica ammodernatrice può inquadrarsi la razionalizzazione del settore giudiziario attraverso i Supreme Court of Judicature Acts del 1873 e 1875, con i quali si procedette alla riunione della giurisdizione di *common law* e di *equity* ed alla formazione della High Court e della Court of Appeal, mentre con l'Appellate Jurisdiction Act del 1876 venne formalmente riconosciuta la posizione di Corte di vertice della Appellate Committee della House of Lords e la funzione giudicante dei Law Lords¹⁵. E, tra le riforme degli inizi del XX secolo, è da menzionare almeno il fondamentale Parliament Act del 1911 che stabilì la riduzione della durata della legislatura da sette a cinque anni in vista del mantenimento della sintonia rappresentativa, ma che soprattutto sancì la posizione di superiorità della House of Commons rispetto alla Camera dei Lords, in particolare in ragione della rimozione del potere di veto di quest'ultima nei confronti dei *money bills*¹⁶.

¹⁴ Tanto che il periodo tra il 1832 ed il 1867 è stato definito nella dottrina italiana anche come "terza rivoluzione inglese" (così G. Rebuffa, *Un'idea di Costituzione. Walter Bagehot e la regina Vittoria*, in W. Bagehot, *La Costituzione inglese*, Bologna, 1995, p. 23). In riferimento allo stesso periodo 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).

¹⁵ Il che segnerebbe anche il progressivo venir meno «di una sorta di autoreferenzialità organizzativa e procedurale di cui le corti avevano sostanzialmente goduto per antica tradizione, a favore di un ruolo sempre più attivo del parlamento» (cfr. C. Martinelli, *Diritto e diritti oltre la Manica*, cit., p. 179).

¹⁶ A proposito del *Parliament Act* si ritiene possa essere d'interesse riportare la riflessione finale di Dicey che, nonostante quanto esposto nel testo, insiste a difendere la perdurante operatività del principio della *sovereignty of parliament*

2. *Lo Human Rights Act ed il ruolo delle corti: la dichiarazione d'incompatibilità di fronte alla sovranità parlamentare*

Dopo la lunga durata di questo assestamento dell'impianto costituzionale nei termini sinteticamente descritti, la seconda metà del XX secolo vede notevoli trasformazioni dell'ordinamento inglese suscettibili di relativizzare il grande principio della *sovereignty of parliament*. In questa sede è possibile solo accennare all'European Communities Act del 1972 (soggetto peraltro a repeal da parte dell'European Union Withdrawal Act 2018), che autorizzava la recezione della legge comunitaria all'interno dell'ordinamento inglese, per di più stabilendo alla sezione 2(4) la regola secondo la quale la legislazione nazionale presente e futura avrebbe dovuto considerarsi subordinata rispetto alle norme della Comunità Europea: in tal modo smentendo l'assunto diceyano per cui «*no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*»¹⁷.

nella sua formulazione originaria come *the King in the two Houses*: «(...) *sovereignty still resides in the King and the two Houses of Parliament. The grounds for this opinion are, firstly, that the King and the two Houses acting together can most certainly enact or repeal any law whatever without in any way contravening the Parliament Act; and, secondly, that the House of Lords, while it cannot prevent the House of Commons from, in effect, passing under the Parliament Act any change of the constitution, provided always that the requirements of the Parliament Act are complied with, nevertheless can, as long as that Act remains in force, prohibit the passing of any Act the effectiveness of which depends upon its being passed without delay*»; cfr. A.V. Dicey, *Introduction*, cit., p. 23-24.

¹⁷ AV. Dicey, *op. ult. cit.*, p. 20. Osserva MacCormick che «la sovranità secondo la concezione classica di Dicey si frantuma per effetto della scoperta che il Parlamento del 1972 aveva potuto vincolare i suoi successori», per quanto non in termini “irrevocabili” visto il potere ultimo di *repeal* riconosciuto al Parlamento (cfr. N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999, pp. 124-136). In proposito mette conto rammentare il caso *Factortame* (1991, 1 AC 603, UKHL 13) dove per la prima volta è stato affrontato in concreto il problema del contrasto tra un atto legislativo nazionale e la normativa comunitaria. Senza ripercorrere la vicenda giudiziaria, è sufficiente ricordare che, a seguito del *preliminary ruling* della Corte di Giustizia, la House of

Ma è stato soprattutto in riferimento all'applicazione dello Human Rights Act (che ha incorporato la CEDU nell'ordinamento nazionale inglese) che si è riproposta con nuova intensità la questione del rapporto tra corti e organi politici, al punto che proprio allo HRA

Lords (tornando sulla decisione della Court of Appeal che negava la sussistenza di un qualsiasi potere di disapplicazione di un *act of Parliament* evidenziando la «*constitutional enormity...to act contrary to the clearly expressed will of Parliament when the unlawfulness of that expression has yet to be established*») giunse a disapplicare le disposizioni del *Mercant Shipping Act* che violavano alcune regole fondamentali del mercato unico ovvero il divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità e la *freedom of establishment* delle imprese all'interno dei paesi membri (art. 7, 52 e 58 del Trattato). Nella dottrina britannica si è parlato, con riferimento alla decisione appena richiamata, di una «*constitutional revolution*» che avrebbe alterato la stessa *fundamental rule of recognition* dell'ordinamento costituzionale inglese: «*when in the second Factortame case the House of Lords (refused to apply the Mercant Shipping Act) it was natural to suppose that something drastic had happened to the traditional doctrine of Parliamentary sovereignty. The established rule about conflicting Acts of Parliament, namely that the later Act must prevail, was evidently violated, since the later Act in this case was the (MSA), yet it was disappplied under the (ECA)... When that Act was nevertheless held to prevail it seemed to be fair comment to characterize this, at least in a technical sense, as a constitutional revolution*» (cfr. W. Wade, *Factortame case*, in *Law Quarterly Review*, vol. 112, 1996, p. 568). Per l'idea che dopo il 1972, ed a maggior ragione a seguito del caso *Factortame*, la teoria diceyana della supremazia parlamentare «*has undergone a subtle alteration of meaning*» cfr. V. Bogdanor, *Imprisoned by a Doctrine: The Modern Defence of Parliamentary Sovereignty*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Volume 32, 2012, p. 179-195. In senso contrario la tesi di Goldsworthy per il quale «*there is no strong evidence that orthodox parliamentary sovereignty has been supplanted by either of the usual alternative theories*»; cfr. J. Goldsworthy, *Parliamentary Sovereignty's Premature Obituary*, in *Uk Constitutional Law Association Blog*, 9 marzo 2012 e Id., *Parliamentary Sovereignty: Contemporary debates*, Cambridge, 2010. Sempre con riferimento al caso *Factortame* in dottrina si è evidenziato anche che esso rappresenta un esempio di particolare rilevanza dal punto di vista della influenza della Corte di Giustizia sull'applicazione dei principi europei da parte delle corti nazionali; cfr. J. Komárek, *Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order*, in *Common Market Law Review*, 42,2005, p. 9-34. Nella dottrina italiana sul tema di cui si parla cfr. O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, Parte IV, capitolo 2, dal titolo *La sovranità parlamentare in trasformazione* (p. 401 e ss.), dove è presente un'analisi dei mutamenti della teorica della *sovereignty of parliament* a seguito del processo di integrazione europea e della sentenza *Factortame*.

è stato ricondotto, spesso in senso apertamente critico, il superamento di quelle “*rigid doctrinal barriers to judicial review*”¹⁸ che avevano in passato costretto i giudici ad un atteggiamento di *deference* rispetto agli organi politici.

Peraltro, sin dalla discussione dei diversi progetti di incorporazione della CEDU presentati in Parlamento era stata segnalata da più parti la problematicità rispetto ai principi cardine del costituzionalismo britannico della stessa incorporazione nell'ordinamento domestico di una carta scritta dei diritti la cui applicazione avrebbe allo stesso tempo rafforzato il ruolo dei giudici e rischiato di erodere il principio della supremazia parlamentare. A tali obiezioni si è replicato, adducendo in senso favorevole all'incorporazione, evidenziando la convergenza tra i diritti elaborati già nell'ambito della *common law* ed i diritti contenuti nella CEDU nonché la possibilità che avrebbero avuto in tal modo le corti inglesi di contribuire alla interpretazione ed alla evoluzione della stessa Convenzione, ed infine facendo leva sulla opportunità che si sarebbe data ai cittadini britannici di far valere i propri diritti dinanzi alle corti domestiche invece di dover ricorrere necessariamente alla Corte Europea. E per parte sua il governo laburista dell'epoca teneva ad assicurare che le corti non avrebbero avuto il potere «*to set aside primary legislation, past or future, on the ground of incompatibility with the Convention*», per non rischiare di porre the «*judiciary into serious conflict with Parliament*».

Venendo ora al punto, va rammentato che ai sensi della sezione 3 HRA le corti britanniche sono tenute ad interpretare la legislazione

¹⁸ Cfr. T.R.S. Allan, *Human Rights and Judicial Review: A Critique of Due Deference*, in *Cambridge Law Journal*. Vol. 65, 2006, p. 671. Nello stesso senso sottolinea Sedley che, in linea di continuità con la teoria di Coke, le corti posseggono “*strong obligations to vigilance*” nei confronti degli organi politici e delle decisioni adottate a livello amministrativo (cfr. S. Sedley, *Lions under the Throne*, cit., p. 53 e ss.). In sede di riflessione sull'opera appena richiamata ha osservato Giorgio Repetto che dall'evoluzione dell'ordinamento inglese ivi descritta emerge «la chiara e netta impressione di quanto (...) il *common law* sia finito col diventare il ricettacolo di una *constitutional morality* capace di tradurre i classici ideali ‘moderatori’ della separazione dei poteri e del *rule of law* in tecniche giurisdizionali chiamate a presidiare sempre nuovi spazi di libertà» (G. Repetto, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2, 2016, p. 794).

ordinaria in modo conforme alla Convenzione, aprendo con ciò la possibilità di dar luogo a letture molto estensive degli *statutes* e degli *acts* parlamentari sotto il profilo della loro portata di garanzia delle libertà individuali¹⁹.

Soltanto laddove neppure tale impegno interpretativo riesca nella sua funzione “armonizzatrice” alcune corti appositamente indicate²⁰, pur non potendosi spingere sino ad annullare o disapplicare la legge ritenuta contrastante con la Convenzione, sono abilitate a sollevare una *declaration of incompatibility* così ponendo la questione all’attenzione degli organi politici cui compete la scelta di modificare o meno la legge ritenuta appunto incompatibile, come previsto dalla sezione 4 HRA.

È evidente che, benché tali poteri restino distanti sotto diversi aspetti dal modello per noi consueto del sindacato di costituzionalità, essi permettono comunque alle corti di riconquistare alcuni spazi che la Gloriosa Rivoluzione e la successiva affermazione del dogma della *sovereignty of Parliament* sembravano aver loro definitivamente sottratto. In particolare non può sottovalutarsi l’incidenza della dichiaratoria di incompatibilità la quale, pur non comportando l’annullamento della legge, prospetta comunque al Parlamento la cogente necessità di legiferare in maniera conforme alla Convenzione, almeno per non correre il rischio di esporsi ad un giudizio negativo da parte della Corte Europea. È significativo che nella gran maggioranza

¹⁹ Emblematico in tal senso il caso *Ghaidan v. Godin-Mendoza* (21 June 2004, UKHL 30); si può qui solo brevemente ricordare che nella sua decisione la House of Lords utilizzò un’interpretazione alquanto estensiva del *Rent Act* alla luce degli articoli 8 e 14 della Convenzione (diritto al rispetto della vita privata e principio di non discriminazione), in modo tale da ricomprendere nel termine *spouse* (coniuge) anche i *same-sex partners*. Secondo Lord Nicholls, attraverso una concezione orientata alla creatività giurisprudenziale, la Corte poteva infatti giungere sino a «*modify the meaning, and hence the effect, of primary and secondary legislation*» (par. 32) al fine di rendere la *enacted legislation* in materia compatibile con le suddette norme convenzionali.

²⁰ Corti legittimate ai sensi della sezione 4 sono: la Uk Supreme Court (in seguito al *Constitutional Reform Act* del 2005 che sarà approfondito nel proseguo di questo lavoro); la Judicial Committee of the Privy Council nelle materie ancora di sua competenza; la Court Martial Appeal Court; la High Court of Justiciary in Scozia; la High Court e la Court of Appeal in Inghilterra, Galles, e Irlanda del Nord; la Court of Protection.

dei casi in cui è stata sollevata una dichiarazione d'incompatibilità con la Convenzione, il potere esecutivo (attraverso lo strumento dei *remedial orders*) e il potere legislativo hanno sempre provveduto a fornire le soluzioni necessarie per ovviare alla situazione, evitando il costo politico di mantenere una disposizione *convention-incompatible* e di esporsi ad una sentenza di condanna delle Corte Europea²¹.

È da segnalare tuttavia che la Corte Europea, dissentendo dalle stesse dichiarazioni fornite all'epoca dalle autorità inglesi ed adottando una visuale piuttosto riduttiva, ha escluso di poter considerare la *declaration of incompatibility* alla stregua di un *effective remedy* a presidio dei diritti fondamentali a causa del suo carattere non vincolante, notando che «*the Human Rights Act places no legal obligation on the executive or the legislature to amend the law following a declaration of incompatibility*», e che «*such a declaration cannot be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 35*»²². Ma la stessa Corte non ha mancato di aprire

²¹ Cfr. U.K. Ministry Of Justice, *Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government's Response to Human Rights Judgments*, 44 (Oct. 2013); C. Chandrachud, *Reconfiguring the Discourse on Political Responses to Declarations of Incompatibility*, in *Public Law Review*, 624, 2014. Eccezione rilevante riguarda il tema del diritto di voto dei detenuti sul quale, nonostante una sentenza di condanna della Corte Europea (nel caso *Hirst v. Uk* del 2005) relativamente al *Representation of the People Act 1983* che prevede una generale restrizione del diritto di voto per tutti i detenuti, il governo inglese non è intervenuto per modificare la disciplina legislativa; per una ricostruzione della vicenda cfr. G.F. Ferrari – O. Pollicino, *The impact of supranational laws on the national sovereignty of Member States, with particular regard to the judicial reaction of Uk and Italy to the new aggressive approach of the European Court Of Human Rights*, in *Comparative Law Review*, vol. 2, 2011, p. 56 e ss.; E. Bates, *Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, in *Human Rights Law Review*, n.1/2014.

²² Da segnalare che la sezione 4 dello *Human Rights Act* era già stata considerata non assimilabile ad un *effective remedy* in diverse decisioni: ad esempio nel caso *Hobbs v. Uk* (Corte Edu, ric. 63684/00) la Corte Europea aveva affermato che al fine di essere considerato rimedio effettivo ai sensi dell'art. 35 della Convenzione, un rimedio dovesse essere «*effective and capable of providing redress for the complaints*», nonché «*sufficiently certain not only in theory but also in practice*», requisiti che la Corte non ritenne sussistere per il meccanismo della sezione 4 visto il suo carattere non vincolante; a medesime conclusioni giungeva la Corte Europea nel caso *Upton v. Uk* (Corte Edu, ric. 29800/04).

un varco, prospettando l'eventualità che la *declaration of incompatibility* potesse assumere adeguata consistenza attraverso il consolidamento di una nuova *convention of the constitution* assimilabile alle altre che nel Regno Unito regolano con valore vincolante i rapporti tra gli organi politici: «*it is possible that at some future date evidence of a long-standing and established practice of Ministers giving effect to the court's declarations of incompatibility might be sufficient to persuade the court of the effectiveness of the procedure*»²³. Solo a questo punto dunque, ad avviso della Corte, la dichiarazione d'incompatibilità avrebbe potuto assumere la consistenza di un effettivo *judicial strike-down power* ed essere riconosciuto come tale.

Sarebbe prematuro affermare che la *convention* richiesta dalla Corte europea si sia definitivamente stabilizzata; resta fermo però che la conclusione più accreditata, soprattutto nella riflessione dei sostenitori della corrente del *common law constitutionalism*, è quella stando alla quale lo Human Rights Act avrebbe determinato un significativo empowerment delle corti, dal momento che per la prima volta nella storia costituzionale inglese esse si vedono dotate di uno strumento, quello della *declaration of incompatibility* rispetto ai diritti di derivazione convenzionale, che rende in ogni caso formalmente sindacabile la legislazione parlamentare.

In questa prospettiva, anche nell'Isola sarebbero ormai configurabili *constitutional o fundamental rights* collocati in una sfera intangibile dal potere politico che rendono non più proponibile l'idea della sovranità del Parlamento come sinonimo di onnipotenza: un'idea che avrebbe esaurito la sua parabola una volta assolto il compito oppositivo rispetto all'assolutismo della dinastia degli Stuart, come certificherebbe appunto lo Human Rights Act e la sua individuazione di «*a new point of constitutional balance*»²⁴ tra i due poli della

²³ Corte Edu, 29 aprile 2009, ric. 13378/05, *Burden and Burden v. the United Kingdom*.

²⁴ A. Bradley, *The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?*, in J. Jowell - D. Oliver (eds.) *The Changing Constitution*, Oxford, 2007, p. 57. Da questo punto di vista lo HRA è stato definito in dottrina anche come «*cornerstone of the new constitution*», ovvero di una costituzione nella quale il principio della *sovereignty of parliament* sarebbe oramai «*crucially, and almost certainly,*

parliamentary e della *judicial supremacy*. A questo ampliamento dell'incidenza delle corti si accompagnerebbe un'inversione della relazione tra *statute law* e *common law*, perché non si potrebbe più riconoscere alla *statute law* il massimo della forza giuridica, ma viceversa sarebbero i principi di *common law* ad imporre la propria superiorità ed a divenire parametro della stessa validità della legge²⁵.

In definitiva, la dichiarazione d'incompatibilità se non ha, o non ha ancora, una portata *legally binding*, ne possiede certamente una *politically binding* (tanto più se sollevata, successivamente al Constitutional Reform Act 2005, dalla Supreme Court) dal momento che sarebbe troppo difficile o "rischioso" politicamente ignorare la decisione di una Higher Court circa la violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione, tanto da far ritenere che la differenza tra potere di

permanently undermined»; cfr. V. Bogdanor, *The new British Constitution*, Oxford, 2009, p0 .62 e 271.

²⁵ Nota a tale proposito Trevor Allan che «*although the rules of common law are subject to legislative alteration and abrogation, there is an important sense in which common law is superior to statute*». In particolare la superiorità della *common law* viene individuata nella sua capacità di assicurare "*stability and continuity*" al sistema costituzionale inglese, grazie alla sua natura di "*body of evolving principle*". Peraltro, è ancora un pensiero di Trevor Allan, la *statute law*, per quanto sia importante la materia in cui essa interviene, non potrebbe mai prescindere dall'essere interpretata in maniera sistematica, e dunque pur sempre secondo i canoni della *common law* così come essi sono stati elaborati dalla giurisprudenza delle corti. Sempre nell'ottica della distinzione tra *common law* e *statute law* l'autore ritiene che solo applicando al caso concreto i principi ed i valori di cui la *common law* risulta permeata è possibile realizzare «*what justice, properly understood, properly requires*»; al contrario l'obbedienza agli *statutes* derivante dal principio della *legislative supremacy* sarebbe idonea ad assicurare piuttosto esigenze di *fairness* quali la "*equal participation in government of every citizen*". Proprio l'endiade *justice – fairness* costituisce una delle chiavi di volta utilizzate da Allan per spiegare le differenze tra i principi di *common law* e regole stabilite dalla legislazione. In particolare quando ci si riferisce alla *fairness* non si farebbe che richiamare quella visione formalistica della *rule of law* per cui essa si intende rispettata quando si è in presenza di "*correct procedures for decision making*" che, prescindendo da qualsivoglia giudizio di valore, conferiscono validità alla legge. Al contrario per Allan la *common law* incorpora in sé una forma di "*popular morality*" che troverebbe poi riscontro nelle decisioni assunte dai giudici sulla base non già di una rigida applicazione di regole al caso concreto bensì tenendo in considerazione quei valori nei quali la società si rispecchia; cfr. T.R.S Allan, *Law, Liberty and Justice*, Oxford, 1994, p. 79 e ss.

annullamento della legge in via giudiziaria e *declaration of incompatibility* sarebbe niente più che una «*merely technical distinction*»²⁶. Per cui non sembra affatto convincente ritenere che l'aver posto in capo alle corti l'obbligo di rinviare la questione al Parlamento per la decisione finale suoni conferma della intatta persistenza del principio della *sovereignty of Parliament*²⁷, nonché della ipotetica natura della sezione 4 di «*sovereignty-respecting provision*»²⁸. Mentre condivisibile è la conclusione di Kavanagh quando osserva che «*by granting the courts the power to review primary legislation for compatibility with Convention rights, the HRA gives the courts a special responsibility with respect to the enforcement of Convention rights*», rendendo così «*explicit the constitutional significance of statutory interpretation as an instrument of constitutional review*»²⁹.

²⁶ L.H. Hoffmann, *Human Rights and the House of Lords*, in *Modern Law Review*, 62, 1999, p. 160.

²⁷ In tal senso cfr. in particolare R. Bellamy, *Political Constitutionalism and the Human Rights Act*, February 4 2011, I-Con, Vol. 9, p. 86-111.

²⁸ Cfr. M. Elliott, *Parliamentary Sovereignty and the New Constitutional Order: Legislative Freedom, Political Reality and Convention*, 2002, 22 *Legal Studies*, p. 349. È importante sottolineare che secondo l'autore la dichiarazione d'incompatibilità, solo formalmente rispettosa del principio della sovranità parlamentare, si traduce in un «*de facto judicial power to procure the amendment of legislation which unlawfully qualifies fundamental rights*».

²⁹ A. Kavanagh, *Constitutional Review under the Uk Human Rights Act*, Cambridge, 2009, p. 277.

Per completezza si segnala che anche i report stilati dalla Political and Constitutional Reform Committee della House of Commons dal titolo evocativo *A new Magna Carta?* e *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution* dedicati alla possibilità di codificazione di una costituzione britannica ed alle sue conseguenze relativamente al ruolo delle corti, hanno tenuto a rimarcare che anche in tale evenienza il potere di controllo della Corte Suprema dovrebbe rimanere circoscritto ad una *declaration of unconstitutionality* (sulla scorta della *declaration of incompatibility*) priva di effetti immediati di annullamento, restando sempre riservata al Parlamento la decisione finale; Cfr. House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *A new Magna Carta?*, Second Report of Session 2014-15, 2014, p. 7; House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee, *Constitutional role of the judiciary if there were a codified constitution*, Fourteenth Report of Session 2013-2014.

3. La nozione di indipendenza davanti alla Corte Europea con riferimento all'ordinamento del Regno Unito

Venendo adesso alle trasformazioni dell'ordinamento del Regno Unito sotto l'aspetto del superamento delle più evidenti anomalie rispetto al principio della divisione dei poteri e della indipendenza dei giudici, anche in tal caso è da registrare la sollecitazione al riguardo esercitata dall'apertura di tale ordinamento all'influenza del diritto sovranazionale.

A parte il caso *Sunday Times v Uk*³⁰, dove la Corte di Strasburgo ha esaminato quella particolare fattispecie della *common law* che è il *contempt of court* messa in opera dalla House of Lords riconoscendone la funzione di difesa della «*administration of justice and the fundamental supremacy of the law*» ma nei limiti imposti dalla proporzionalità e necessità della sua applicazione, si deve citare il caso *McGonnell*³¹ dove il principio della *rule of law* viene declinato dalla Corte Edu dal punto di vista della separazione dei poteri e dell'indipendenza del potere giudiziario con riferimento al ruolo ricoperto dal Bailiff dell'Isola di Guernsey (una dipendenza della Corona Britannica situata nel canale della Manica).

Per l'importanza che ha assunto tale pronunzia, mette conto ricordare più in dettaglio che la vicenda traeva origine dal fatto che, nonostante sulla base del *detailed development plan* (DDP6) dell'Isola di Guernsey fosse stato negato al richiedente il permesso di costruire, egli aveva comunque intrapreso i lavori e per tale motivo era stato perseguito legalmente. A conclusione del percorso giudiziario la Royal Court of Guernsey, sotto la presidenza dello stesso Bailiff che in precedenza (nelle vesti di Deputy Bailiff) aveva presieduto il dibattito parlamentare per l'approvazione del DDP6, respingeva l'appello del sig. McGonnell e la questione giungeva infine alla Corte Europea.

Come si vede, la peculiarità della figura del Bailiff dell'Isola di Guernsey consiste nel fatto che in essa si concentravano funzioni

³⁰ Corte Edu, 26 april 1979, ric. 6538/74, *The Sunday Times v. The United Kingdom*.

³¹ Corte Edu, 8 february 2000, ric. 28488/95, *McGonnell v. The United Kingdom*.

giurisdizionali (come *senior judge* della Royal Court e Presidente della Court of Appeal) e altre funzioni sia di tipo esecutivo che propriamente parlamentari/legislative (President of the States of Election, President of the States of Deliberation, President of four States Committees). Sicché si è dedotto davanti alla Corte europea che questa sovrapposizione fosse suscettibile di inficiare, nell'esercizio dell'attività di *judicial officer* del Bailiff, i requisiti di imparzialità ed indipendenza dell'organo giudicante richiesti dall'art. 6 della Cedu.

In effetti, la Corte Edu ha ritenuto che: «*the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal*». Ma allo stesso tempo si è dimostrata molto cauta quando, concordando col governo britannico, ha voluto escludere che la Convenzione richieda alcuna «*compliance with any particular doctrine of separation of powers*», per cui le questioni relative a presunte violazioni dell'art. 6 non sarebbero risolvibili mediante teoriche di carattere generale ma piuttosto alla stregua dei casi concreti portati di volta in volta all'attenzione della Corte stessa: «*the question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position in Guernsey: the Court is faced solely with the question whether the Bailiff had the required "appearance" of independence, or the required "objective" impartiality*». Introducendo il requisito della «*appearance*» of independence, che sarebbe mancato nella specie, la Corte Europea evita dunque di mettere in discussione globalmente il sistema della dipendenza britannica (con le relative implicazioni a carico delle corrispondenti anomalie presenti nella madrepatria) e si limita a stigmatizzare il fatto che il Bailiff, per le più specifiche ragioni anzidette (la partecipazione all'approvazione della stessa normativa da applicare in giudizio) non avrebbe potuto presentarsi con la necessaria immagine di imparzialità e di indipendenza³².

³² Ha osservato a questo proposito Guido Raimondi, attuale Presidente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che nella giurisprudenza della Corte «per

Ma, come si diceva, la decisione di cui sopra, per quanto così calibrata sollevava comunque un tema, quello della *appearance of independence*, che non poteva non rendere arduo mantenere integralmente in vita le anomalie della tradizionale impostazione britannica alla stregua del significato del principio della divisione dei poteri e della richiesta che ne discende di indipendenza anche in senso “formale” degli organi giudicanti.

4. Il Constitutional Reform Act, il Lord Chancellor e la Uk Supreme Court: la divisione dei poteri ed il riequilibrio della Rule of Law

In questo quadro si colloca l'adozione del Constitutional Reform Act 2005 (CRA) che affronta gli aspetti più appariscenti della divaricazione rispetto al principio della separazione dei poteri.

Si trattava in particolare della posizione di Corte di vertice del sistema giudiziario rivestita dalla Appellate Committee della House of Lords i cui componenti, i cd. Law Lords, erano anche membri del Parlamento e nominati dalla Corona su proposta del Primo Ministro con l'apporto determinante del Lord Cancelliere (e lo stesso procedimento operava anche per le altre più alte cariche giudiziarie) “senza riguardo alle opinioni politiche”, seppure a tale sistema venissero mosse diverse critiche riguardanti in particolare “la mancanza di trasparenza, specialmente durante le consultazioni informali che conducevano alla formazione di tali proposte”³³.

stabilire se un tribunale può essere considerato “indipendente” bisogna prendere in considerazione in particolare le procedure di nomina dei giudici e la durata del loro mandato, l'esistenza di una protezione contro le pressioni esterne e anche verificare, così aggiungendo questa importante dimensione, se vi sia o non apparenza di indipendenza» seppure ciò non si traduca nella esplicita richiesta di adesione ad una «particolare teoria costituzionale in materia di delimitazione della sfera di azione dei differenti poteri dello Stato»; cfr. G. Raimondi, *L'indipendenza delle corti nel diritto costituzionale, comparato ed europeo: la prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti Comparati*, n. 3/2018, p. 11.

³³ P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, Torino, 2005, p. 144.

E dunque la riforma in esame configurava una nuova Corte di vertice dell'ordinamento britannico. Alla Camera dei Lords (nonché alla Corona, nella sede della Judicial Committee of the Privy Council, con riferimento alle materie della devolution) sono state difatti sottratte le funzioni giurisdizionali, trasferendole ad una Corte Suprema di nuova istituzione (la Uk Supreme Court entrata in funzione il 1 ottobre 2009) per i cui membri, a parte i requisiti di qualificazione giuridica, è fissata l'incompatibilità con la posizione di parlamentare, in tal modo recidendo il legame tra giurisdizione e legislazione che caratterizzava la doppia funzione dei Law Lords³⁴. Una scissione – anche simbolicamente testimoniata dalla predisposizione di una nuova sede posta, a differenza della Appellate Committee che si riuniva in una delle stanze del Parlamento, nel nuovo edificio di Middlesex Guildhall – che avrebbe appunto portato a pieno compimento il parametro della *appearance of independence* più volte ribadito dai giudici di Strasburgo.

Analoga soluzione riguarda l'ufficio del Lord Chancellor, al contempo posto a capo del potere giudiziario di cui faceva parte in qualità di giudice (presiedeva l'Appellate Committee della House of Lords e il Judicial Committee of the Privy Council), Ministro di Giustizia (e dunque componente di grande rilievo dell'esecutivo) e Speaker della House of Lords di cui era altresì membro di diritto. Ora

³⁴ Sul *Constitutional Reform Act* e sul ruolo della Uk Supreme Court cfr. tra la dottrina britannica A. Le Sueur, *The Conception of the UK's New Supreme Court*, in Id. (ed.), *Building the UK's Supreme Court, National and Comparative Perspectives*, Oxford, 2004; R. Masterman - J.E.K. Murkens, *Skirting supremacy and subordination: the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, in *Public Law Review*, October 2013; P. Leyland, *Separating powers and constitutionalising the office of Lord Chancellor*, in *Diritto pubblico*, Vol. 10, n. 1, 2004, p. 117 ss. Nella dottrina italiana cfr. G. Caravale, *La separazione del giudiziario: tradizione e innovazione nel Constitutional Reform Act*, in *Nomos*, Vol. 11, n. 3, 2006; A. Torre, *La Corte Suprema del Regno Unito: la nuova forma di una vecchia idea*, in *Giornale di storia costituzionale*, n. 11, 2006. Per un'analisi sulla struttura dell'ordinamento giudiziario britannico sino al CRA cfr. P. Leopold, *La struttura della magistratura britannica e la costituzione* in *La magistratura nello Stato costituzionale. Teoria ed esperienze a confronto*, Milano, 2004, p. 273 e ss; sulle vicende storiche che hanno riguardato la posizione di indipendenza dei giudici inglesi cfr. A. Torre, *Magistratura e potere dello stato: antiche e moderne esperienze britanniche*, in *La magistratura nello Stato costituzionale*, cit., p. 295 e ss.

il CRA mantiene in capo al Lord Chancellor esclusivamente il ruolo di Cabinet Minister a capo del Department for Constitutional Affairs, essendo stato privato, oltre che del ruolo di Speaker, delle funzioni giurisdizionali che egli esercitava in precedenza³⁵. funzioni che sono state trasferite al Lord Chief Justice, ora a capo dell'ordinamento giudiziario nonché President of the Courts of England and Wales.

Ulteriore innovazione riguarda l'istituzione di una Judicial Appointments Commission, un *non-departmental* Public Body inserito nell'organizzazione del Ministry of Justice³⁶. Tale Commissione risulta composta da quindici membri (per la gran parte magistrati e rappresentanti delle professioni legali ma anche alcuni membri laici) il cui compito è quello di selezionare tramite concorso tutti i candidati per gli uffici giudiziari da proporre al Lord Chancellor

³⁵ È da dire che, per impedire possibili influenze sull'esercizio della funzione giurisdizionale derivanti dal ruolo rivestito all'interno del governo, si era affermata già in via convenzionale la regola per cui il Lord Chancellor non poteva sedere in qualità di membro del collegio giudiziario dei *Lords* nei casi di più rilevante valenza politica. Nonostante ciò nella figura del Lord Cancelliere è stato visto proprio "the living refutation of the doctrine of separation of powers in England" (T.C. Hartley - J.A.G. Griffith, *Government and Law*, 2nd ed., London, 1981, p. 179). Ma è anche da riportare l'opinione per cui tale partecipazione a diverse sfere di potere fosse in buona misura compensata dall'alto profilo giuridico dei titolari della carica, per cui il Lord Chancellor «garantiva un rapporto privilegiato con la professione legale, che consentiva di rappresentare con una certa autorevolezza il punto di vista del giudiziario nell'ambito del Gabinetto, nonché di tutelare la funzione giudiziaria e la professione legale da interferenze indebite da parte dell'esecutivo» (cfr. P. Leyland, *Introduzione al diritto costituzionale del Regno Unito*, cit., p. 143-144).

³⁶ Il rapporto tra Judicial Appointments Commission e Ministry of Justice è esplicito in un *Framework Document*, dove la JAC è descritta quale «an independent body (established) to support the strategic aims of the Government». Gli obiettivi da perseguire sono stabiliti di concerto con il Lord Chancellor e fissati in un apposito *Strategic Plan*; nel Piano per gli anni 2016/2020 si legge che obiettivi da perseguire sono in particolare «to be an independent selection body for judicial appointments in courts and tribunals in England and Wales and for some tribunals with UK-wide jurisdiction», «to run a selection programme agreed with the Ministry of Justice and respond to individual requests from the Lord Chancellor» e di «make selections solely on merit». Il Lord Chancellor risulta inoltre essere responsabile nei confronti del Parlamento della corretta attività della JAC.

e al Lord Chief Justice³⁷, fatta eccezione per i membri della Corte Suprema e altri magistrati superiori. In particolare la procedura per la nomina dei giudici della UK Supreme Court³⁸ necessita della convocazione da parte del Lord Chancellor di una commissione ad hoc formata dal Presidente della Corte, un membro della JAC, un membro del Judicial Appointments Board per la Scozia, un membro della JAC nordirlandese e da un senior Judge scelto dal Presidente. Possono presentare domanda per il posto vacante coloro che hanno ricoperto un high judicial office per almeno due anni o coloro che hanno svolto professioni legali (*barrister, solicitor, practitioner*) per almeno quindici anni; è inoltre prevista la consultazione obbligatoria dei Primi Ministri scozzese e gallese, della JAC nordirlandese oltre che dello stesso Lord Cancelliere e dei *senior Judges*³⁹. Il criterio di scelta del candidato è quello del merito, ma sempre allo scopo di comporre un collegio che assicuri la «*knowledge of, and experience of practice in the law of each part of the United Kingdom*».

Si deve non di meno osservare che residuano alcuni poteri al riguardo in capo al Lord Chancellor, nonostante la sua appartenenza alla struttura del government; la Commissione, difatti, una volta individuato il soggetto ritenuto più idoneo alla carica, deve informare il Lord Cancelliere della scelta operata, unitamente alle informazioni richieste, in modo che egli - a seguito delle consultazioni con i Primi Ministri scozzese e gallese, con il Segretario di Stato per l'Irlanda del

³⁷ Si procederà così, in alcuni casi, direttamente alla nomina dei giudici indicati dalla JAC mentre in altri casi la nomina è anticipata dalla proposta al Primo Ministro ai fini della approvazione della Regina. Lord Chancellor e Lord Justice non risultano strettamente vincolati alla scelta della JAC, potendo respingere (motivando la decisione) la proposta o chiedere alla Commissione di reconsiderarla (essendo poi vincolati ad accettare il candidato successivamente designato a meno che non vi siano evidenti motivi che lo facciano ritenere inadatto).

³⁸ La procedura è disciplinata dai paragrafi da 25 a 31 e dall'allegato n. 8 del *Constitutional Reform Act 2005* come modificato dal *Crime and Courts Act 2015* nonché dal *the Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations* del 2013.

³⁹ Segnatamente: i giudici della Supreme Court; il Lord Chief Justice of England and Wales; il Master of the Rolls; il Lord President of the Court of Session; il Lord Chief Justice of Northern Ireland; il Lord Justice Clerk; il Presidente della Queen's Bench Division; il Presidente della Family Division; il Cancelliere della High Court.

nord e con i *senior Judges* - possa confermare la nomina proponendola al Primo Ministro per il successivo *formal appointment* da parte della Regina oppure, ma solo in ipotesi di particolare gravità che comprovino l'inidoneità alla carica, possa rifiutare la nomina stessa, o ancora possa chiedere alla Commissione un riesame della decisione⁴⁰.

In ordine alle garanzie di inamovibilità, è da osservare che permane in capo al Lord Chancellor ed al Lord Chief Justice il potere di sospendere i giudici di livello inferiore oltre che nei casi in cui questi siano sottoposti a procedimenti penali anche laddove ciò sia necessario «*for maintaining confidence in the judiciary*» (sec. 108 CRA 2005). Per quanto riguarda i magistrati delle corti di più altro grado (High Court, Court of Appeal, Supreme Court), questi possono essere rimossi solo dalla Regina su mozione congiunta delle due Houses del Parlamento, secondo uno schema che si riallaccia al risalente Act of Settlement e al più recente Supreme Court Act 1981 (sez. 11).

In conclusione, ciò che si ricava da questa disamina necessariamente sintetica, è che la riforma del 2005 (con le successive integrazioni soprattutto per via del Crime and Courts Act in precedenza richiamato) ha notevolmente inciso sull'assetto consolidato, soprattutto grazie all'istituzione della Uk Supreme Court ed alle modificazioni apportate alla figura del Lord Chancellor, per quanto restino taluni elementi in precedenza segnalati nei quali ancora si intravede il peso di quella commistione tra poteri caratteristica dell'esperienza britannica.

Volendo proporre una considerazione più generale, non è casuale che sia la stessa sezione 1 del Constitutional Reform Act ad affermare che la riforma non intende in alcun modo pregiudicare «*the existing constitutional principle of the rule of law*», ed aggiungendo ancora che «*the Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary*» (parte 2, sezione 3). Il che dovrebbe

⁴⁰ Cfr. *Crime and Courts Act 2015*, Schedule 13; *the Supreme Court (Judicial Appointments) Regulations 2013*, art. 21.

significare che il progresso nella realizzazione in via positiva del principio della separazione tra poteri e della indipendenza delle corti può senz'altro considerarsi il perno attorno al quale ruota la riforma del 2005, ma senza che ciò comporti la rottura col principio fondamentale della *rule of law*: l'obiettivo è un suo più definito assestamento volto ad assicurare la posizione di autonomia della corti che in definitiva quello stesso principio già contemplava, non avendo rinnegato il compito di salvaguardia delle libertà del cittadino svolto in sede applicativa.

5. *Una considerazione conclusiva sulla common law come perdurante fonte di legittimazione*

Si potrebbe essere spinti a pensare che, alla luce delle trasformazioni sin qui passate in rassegna, la tematica di cui si è detto all'inizio della legittimazione delle corti inglesi in forza del cokiniano riferimento alla *common law* sia ormai declinante. La presenza di garanzie formali e di testi scritti (con particolare riguardo al HRA), e la stessa distinzione presente nella giurisprudenza tra *ordinary statutes* e *constitutional statutes*⁴¹, avrebbe ormai sostituito quell'antico richiamo fino a renderlo del tutto ininfluenza, dando ragione a chi ha osservato che «*much of the fabric of law and constitution has moved from the common law to statute, and the presumptions of durability operated in relation to the common law now have to be operated in*

⁴¹ Ci si riferisce in particolare a quella giurisprudenza che ha riconosciuto la sussistenza di una serie di leggi che rivestirebbero la posizione di *constitutional statutes* all'interno dell'ordinamento inglese. Può qui ricordarsi che tale processo di "costituzionalizzazione" era stato avviato dalla High Court nel 2002 con la nota sentenza resa nel caso *Thoburn v. Sutherland City Council*, in cui veniva affermata l'esistenza di una distinzione tra *ordinary legislation* e *constitutional legislation*. Questo orientamento ha trovato poi conferma nella sentenza resa dalla UK Supreme Court nel caso R (*HS2 Action Alliance Ltd*) v. *Secretary of State for Transport* del 2014 in cui la Corte si riporta al canone della tradizione inglese, risalente addirittura all'art.9 del *Bill of Rights* 1689, per affermare l'immunità dei processi decisionali del Parlamento rispetto al controllo delle corti.

relation to statutes that appear to be laying down principles or establishing systems intended to be enduring»⁴².

In realtà, se si guarda in particolare alla Supreme Court, si può notare come nel campo della tutela dei diritti essa dichiaratamente continua ad appoggiarsi ai principi di *common law*. Si possono richiamare a conferma le decisioni dove lo stesso valore “costituzionale” accordato ad alcuni *statutes* viene fatto discendere non da un loro qualificazione formale o aprioristica, ma dall'interpretazione che di essi danno le corti nella soluzione dei casi concreti.

Si inserisce in questo filone la difesa da parte della Supreme Court delle regole della *common law* in materia di fair trial perpetuata, in contrasto con la Corte Europea, nel caso *R v Horncastle* del 2009⁴³. Si aggiunga il caso *Osborn* del 2014 in cui Lord Reed, estensore della decisione, negava addirittura al sistema di tutela dei diritti ricavabile dallo Human Rights Act valenza autonoma rispetto alla *common law*, ravvisando in quest'ultima la garanzia principale dei diritti e delle libertà fondamentali⁴⁴.

⁴² D. Greenberg, *Craies on Legislation*, London, 2004, p. 516.

⁴³ *R v. Horncastle*, 9 december 2009, UkSC 14, par. 60. È stato osservato che nella difesa da parte della Suprema Corte del modello di *fair trial* inglese si rispecchia una sorta di “disobbedienza funzionale” volta a preservare la peculiarità dell'ordinamento domestico ma anche ad evitare le conseguenze irragionevoli della trasposizione del modello di matrice europea nell'ordinamento interno: cfr. G. Martinico, *Corti Costituzionali (o Supreme) e “Disobbedienza funzionale”, Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2/2015, p. 8.

⁴⁴ Cfr. Lord Reed in *Osborn v. Parole Board*, 9 october 2013, UkSC 61: «*the Human Rights Act does not however supersede the protection of human rights under the common law or statute, or create a discrete body of law based upon the judgments of the European court. Human rights continue to be protected by our domestic law, interpreted and developed in accordance with the Act when appropriate*».

Si è detto a tale proposito che le corti inglesi, nell'applicazione dei principi della Convenzione Europea, «*tend to protect their domestic system from an excessively wide or sudden penetration of external sources*», e ciò a differenza di quanto avviene nel contesto italiano in cui i suddetti principi sono utilizzati alla stregua di «*instrument for correcting domestic iniquities or remedying abuses suffered or inefficiencies within national legislative or administrative activities*» (cfr.

Ma si può ricordare anche la decisione *A v BBC*⁴⁵ dove viene stabilito che il principio di *common law* della *open justice* debba rimanere in vigore nonostante l'applicazione dell'art. 10 della Convenzione; in particolare Lord Reed sottolinea come l'apertura delle corti al *public scrutiny* derivi proprio dal ruolo dei giudici come guardiani della *rule of law*, elemento imprescindibile dell'ordinamento inglese.

Nel medesimo senso si muove la Corte Suprema nel caso *Kennedy v Charity Commissioners*⁴⁶: qui la Corte respinge le richieste del ricorrente, fondate sull'esistenza di un diritto all'informazione ricavabile dall'art. 10 della CEDU, e non esita ad esaltare in motivazione «*the importance attaching to openness of proceedings and reasoning under general common law principles*»⁴⁷. Sottolinea poi con accenti critici che «*since the passing of the Human Rights Act 1998, there has too often been a tendency to see the law in areas touched on by the Convention solely in terms of the Convention rights*», così svilendo «*the contribution which common lawyers made to the Convention's inception*» nonché le tutele apprestate ai diritti fondamentali «*in the common or domestic statute law*»⁴⁸.

Analoga impostazione si riscontra in una recente decisione riguardante il “*right to die*” sotto la prospettiva del suicidio assistito: nella specie la Suprema Corte, pur dando atto dell'influenza in virtù dello Human Rights Act delle norme convenzionali ed in particolare di quelle poste a tutela della dignità, della libertà, e del rispetto della vita privata dell'individuo, ha disconosciuto la sussistenza di tale diritto basandosi ancora una volta sulla tradizione di *common law* e segnatamente adducendo che «*the difference between letting*

G.F. Ferrari – O. Pollicino, *The impact of supranational laws on the national sovereignty of Member States, with particular regard to the judicial reaction of Uk and Italy to the new aggressive approach of the European Court Of Human Rights*, cit., p. 62 e ss): tuttavia, viene rilevato come la reticenza dei giudici inglesi ad applicare le norme di matrice europea debba ricollegarsi anche alla maggiore forza del principio della sovranità parlamentare nel contesto britannico.

⁴⁵ *A v BBC*, 2014, UkSC 25.

⁴⁶ *Kennedy v. Charity Commissioners*, 26 March 2014, UkSC 20.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 45.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 46.

someone die and taking active steps to bring about their death has been central to the common law for centuries»⁴⁹.

Da questa necessariamente sintetica ricognizione si ricava che sono semmai le Carte scritte dei diritti, come la stessa CEDU, a svolgere una funzione sussidiaria rispetto alla *common law* ed a configurarsi in ogni caso come ricognitive degli approdi raggiunti attraverso l'applicazione del diritto comune ai casi concreti. Si può quindi condividere la notazione avanzata da Mark Elliott quando, con riferimento al caso Osborn, ha efficacemente sostenuto che «*the Supreme Court's judgment in Osborn thus stands as an important reminder that the potential of the common law remains undiminished by the codification of human-rights law effected by the HRA»⁵⁰.*

Viene dunque riaffermato il ruolo della *common law scene*, per riprendere le parole della decisione nel caso Kennedy ma che riecheggiano anche nelle altre sentenze richiamate, come *starting point* di qualsiasi disputa su questioni attinenti alla tutela dei diritti fondamentali quale che sia la sede del loro riconoscimento. Col che viene confermato quanto sia tuttora saldo il legame tra principi di *common law* e corti inglesi, e quanto le corti siano restie a rinunciare a quella fonte di riconoscimento collettivo che, specie nel campo delle libertà del cittadino, ne ha storicamente legittimato il ruolo.

ABSTRACT: In the English common law system, separation of powers is understood very differently from Continental Europe. Indeed, constitutional evolution in Continental Europe has been marked by the emergence of a rigid model of division of the legislative, executive and judicial powers. In England, on the other hand, the rule of law has contributed to making the system more “fluid”, without triggering a real delimitation of the spheres of public power. Having in mind this, the Constitutional Reform Act contains a

⁴⁹ *R (on the application of Conway) v. Secretary of State for Justice*, 27 november 2018, UKSC, par. 6.

⁵⁰ M. Elliott, *Osborn: The common law, the convention, and the right to an oral hearing*, in *publiclawforeveryone.com*, 10 october 2013.

number of rules aiming to entrench the independence of the judiciary. This reform was strongly influenced by European principles, most of all by Art. 6 ECHR requirements and by some judgments of the European Court of Human Rights.

KEYWORDS: rule of law, separation of powers, Constitutional Reform Act, UK Supreme Court, Human Rights Act

Federico Nania – Dottore di ricerca (Ph.D) in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale. Tutor presso Unitelma Sapienza Università degli Studi di Roma.