

Il dialogo giurisprudenziale, l'indipendenza delle Corti e la funzione democratica della motivazione giudiziale: il caso britannico

ABSTRACT

The article looks at the use of comparative law by the judges in the Supreme Court, the new highest court in the land in the United Kingdom. The use of comparative law in UK is familiar. Foreign judgments have been used before, by the Law Lords, as a comparative aid to the interpretation of English law: the Commonwealth's past means that British judges are more accustomed to the use of comparative law than other jurisdictions. The British incorporation of the ECHR into the national law by the Human Rights Act 1998 developed a transjudicial dialogue on human rights which has provoked a long debate on the relations between the UK Supreme Court, foreign courts and the supranational courts and a deep reflections on their effects on the British constitutional system.

KEYWORDS

Cross-fertilization – Common Law – UK Supreme Court – Judgment Writing – Democratic Legitimacy.

1. LA COMPARAZIONE COME PARAMETRO INTERPRETATIVO E STRUMENTO DI ANALISI INTROSPETTIVA

Il ricorso al precedente straniero da parte della Corte Suprema del Regno Unito, prima di costituire un esercizio di comparazione, è un fenomeno radicato nella natura dell'organo la cui spontanea propensione all'uso del metodo comparatistico è stata fortemente marcata dallo sviluppo di una comunicazione interlocutoria con le Corti sovranazionali, a sua volta volano per un'analisi introspettiva dell'ordinamento d'oltremania.

Le riforme costituzionali britanniche degli ultimi decenni hanno sollecitato, infatti, un'attenta riflessione intorno alla forma di governo, con particolare riferimento alle Corti di Giustizia il cui ruolo è stato fortemente potenziato dall'*incorporation* della CEDU nello *Human Rights Act 1998* (d'ora in poi, *HRA 1998*) e dalla creazione della Corte Suprema con il *Constitutional Reform Act 2005*, generando un *unicum* nel quadro del contemporaneo processo di globalizzazione giuridica integrato dal richiamo del precedente straniero.

L'istituzione della Corte Suprema ha costituito una riforma epocale nel sistema britannico di separazione dei poteri¹: l'organo, infatti, ha ereditato le funzioni prima attribuite all'Appellate Committee della House of Lords – collegio ristretto della seconda Camera parlamentare, tradizionalmente giudice di ultima istanza nel Regno Unito – nonché le competenze sulle controversie territoriali del Judicial Committee of the Privy Council. L'accesso alla Corte Suprema – giudice di ultimo grado in materia civile in tutto il Regno Unito e penale in Inghilterra, Galles e Irlanda del Nord (persistendo in Scozia la High Court of Judiciary come ultimo grado della giurisdizione penale) – è subordinato alla concessione di un *permission* da parte del giudice del giudizio principale ovvero, qualora questi lo neghi, di un *leave to appeal* da parte della Corte Suprema che valuta discrezionalmente la rilevanza della questione di diritto sottoposta e si pronuncia sull'ammissibilità dell'appello. Le decisioni della Corte costituiscono precedenti vincolanti solo nell'ambito del sistema giuridico di appartenenza della corte *a quo* ovvero dell'area subnazionale cui la corte *a quo* appartiene, ferma restando la forza persuasiva delle sue pronunce sulle Corti di tutto il comprensorio britannico.

La Corte Suprema non è una Corte Costituzionale secondo l'accezione classica, benché lo *HRA 1998*, affidando ai giudici la competenza a pronunciare una dichiarazione di incompatibilità di *Acts* parlamentari in violazione della CEDU, abbia fortemente declinato l'attività dei giudici supremi in tale direzione e ulteriormente animato il dibattito dottrinale concernente il ruolo del supremo organo giurisdizionale nell'assetto politico-costituzionale². Inoltre, il disposto contenuto nella sez. 2(1) dello *HRA 1998* vincola le Corti britanniche a tener conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo ancorando la giurisprudenza domestica a quella sovranazionale che armonizza le giurisdizioni nazionali intorno a condivise garanzie dei diritti fondamentali. È evidente che, sebbene in linea generale il richiamo del precedente straniero sia operato secondo discrezionalità dai giudici supremi e conservi solo forza persuasiva, l'incorporazione della CEDU ne orienta l'attività ermeneutica: pur non potendo disapplicare una norma interna in ragione di una soluzione giuridica altrove individuata e suscettibile di produrre un risultato più gradito, la Corte Suprema può dichiarare incompatibile con il disposto convenzionale una norma legislativa sulla base di un'interpretazione guidata da una Corte «esterna»; inoltre, se si considera che, a differenza delle più alte Corti europeo-continentali, la Corte Suprema è generalista e ha il potere di selezionare i casi sui quali pronunciarsi, è agevole comprendere la maggiore propensione dei giudici supremi allo studio

1. Come, *ex post*, attesta R. Hazell, 2015.

2. Sulle implicazioni costituzionali dell'istituzione della Corte Suprema si vedano C. Martinnelli, 2014, partic. 283 ss.; B. Hale, 2009, 209-20; Lord Bingham, 2007, 67 ss.; Lord Phillips, 2008, 2009.

di fonti esterne ai fini della risoluzione delle controversie loro sottoposte e il carattere determinante del personale approccio di ciascun componente del collegio giudicante all'utilizzo della giurisprudenza straniera.

Il dato normativo di legittimazione dell'esercizio di comparazione è costituito dal suo regolamento interno e dalla *Practice Direction* 6.5.3 a norma della quale, nel corso dell'attività ermeneutica della Corte, «[a]uthorities should (where appropriate) be further divided into the categories: domestic, Strasbourg, foreign and academic material. Where the parties consider that a different order or arrangement would be of greater assistance to the Court, that order or arrangement should be adopted». A ciò si aggiunga che, dopo circa sei anni dall'insediamento della Corte Suprema, operativa solo dal 2009, essa si compone di giudici di nuova generazione che, nel corso dell'avvicinamento del nuovo collegio ai Law Lords, nelle Corti inferiori hanno praticato il diritto comunitario e le garanzie CEDU dei diritti. Alcuni giudici della Corte Suprema sono stati membri della Corte di Strasburgo, ivi sviluppando familiarità con il diritto di *common law* e di *civil law*, e favorendo un processo di osmosi giurisprudenziale multilivello che ha inciso anche sullo stile delle pronunce, significativo terminale delle trasformazioni costituzionali.

Difatti, lo sviluppo della sensibilità comparatistica, sottolineato da Lord Bingham in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*³ – «If... a decision is given in this country which offends one's basic sense of justice, and if consideration of international sources suggests that a different and more acceptable decision would be given in most other jurisdictions, whatever their legal tradition, this must prompt anxious review of the decision in question. In a shrinking world... there must be some virtue in uniformity of outcome whatever the diversity of approach in reaching that outcome» –, ha costituito un fattore di convergenza esterna intorno a valori comuni e un veicolo di legittimazione interna della Corte Suprema che ha trovato espressione nella struttura delle sentenze come vettore giurisprudenziale⁴.

La tematica si sviluppa lungo due direttrici analitiche convergenti: l'approfondimento del ruolo del precedente straniero nella motivazione giudiziale; i suoi riflessi sull'assetto costituzionale.

2. IL RUOLO DEL PRECEDENTE STRANIERO NEL PERCORSO GIURISPRUDENZIALE

La sensibilità comparatistica, prima della House of Lords e poi della Corte Suprema, si manifesta, naturalmente, innanzitutto nei confronti di giurisdi-

3. [2002] UKHL 22, § 32.

4. Cfr. M. Arden, 2012; M. Andenas, D. Fairgrieve, 2013, 21. Più di recente, si veda P. Derbyshire, 2015.

zioni appartenenti alla famiglia giuridica di *common law*⁵: la gran parte delle pronunce citate provengono dall'area di influenza del *common law* (Australia, Nuova Zelanda, Canada e Sud Africa), costituendo pertanto materiale comparatistico agevolmente accessibile da parte dei supremi giudici britannici. Pur appartenendo alla discrezionalità di ciascun giudice la selezione del materiale straniero da citare⁶, il richiamo del precedente straniero è più frequente nelle controversie concernenti le garanzie dei diritti fondamentali e del diritto privato, meno ricorrente nelle controversie penali.

Nel quadro di un ordinamento di matrice giurisprudenziale e fondato su sovranità parlamentare e *rule of law*, nell'attività giurisdizionale il precedente straniero può suggerire soluzioni relative a fattispecie cui né la normativa nazionale né la giurisprudenza interna sono in grado di far fronte.

Come un ossimoro, in quanto dotato di forza persuasiva negli ordinamenti ricettivi pur costituendo un'*authority* nella giurisdizione di provenienza, se la sua evocazione trova naturale collocazione negli *obiter dicta* – che rievocano una riflessione personale del giudice superflua ai fini della risoluzione della controversia –, invero nella motivazione della maggioranza del collegio giudicante, ovvero nelle *concurring opinions*, il richiamo del precedente straniero è suscettibile di fungere da veicolo di sviluppo del *common law* nell'ambito di una persistente *law of the land*⁷. Efficace indicatore della porosità dell'ordinamento, infatti, il ricorso ai precedenti stranieri è operato non solo in controversie con il carattere della esternalità, ma anche in casi concernenti la mera interpretazione del diritto nazionale.

Sin dalla seconda metà del secolo xx e a seguito della ratifica della CEDU, i giudici inglesi hanno mostrato particolare interesse per il metodo comparatistico attribuendo tradizionalmente al precedente straniero carattere persuasivo. Basti citare in proposito le parole di Lord Goff in *Smith v. Littlewoods*⁸: «Our legal concepts may be different, and may cause us sometimes to diverge; but we have much to learn from each other in our common efforts to achieve practical justice founded upon legal principle». Tuttavia, solo a partire dagli

5. S. Choudhry, 1999, 838.

6. Per citare un caso recente, l'esercizio di tale discrezionalità si evince nella pronuncia relativa al caso *Montgomery v. Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11 ove, ai §§ 70-73, nella sezione *Comparative Law*, sempre più di frequente presente nelle pronunce della Corte Suprema, i giudici Reed e Kerr operano un richiamo a precedenti stranieri circoscritto alla Corte Suprema canadese e all'High Court australiana per concludere che il paziente ha diritto a scegliere il trattamento sanitario che ritiene più opportuno sulla base di informazioni complete fornite dal proprio dottore il quale, a sua volta, ha il dovere di rispettare la decisione del paziente anche qualora la pratica clinica relativa all'opzione da quest'ultimo prescelta evidenzii rischi materiali.

7. Espressione adoperata nel quadro di approfondite riflessioni intorno alla sistematizzazione delle conseguenze giuridiche della recezione del precedente straniero in N. Duxbury, 2015.

8. [1987] AC 241, 280-281.

anni Novanta hanno fatto la prima comparsa nelle pronunce giudiziali citazioni puntuali e sostanziali⁹ della giurisprudenza straniera e ad oggi i giudici della Corte Suprema si avvalgono di assistenti incaricati di individuare precedenti stranieri in casi affini a quello di studio e sempre più di frequente invitano gli avvocati delle parti a presentare alla Corte un dossier di giurisprudenza straniera concernente la questione in esame¹⁰.

A fronte di una dottrina minimalista che ridimensiona il contributo che la giurisprudenza straniera è in grado di offrire alle Corti nazionali, per riprendere le osservazioni di Lord Bingham¹¹, il richiamo del precedente straniero talvolta assiste la ricerca di una soluzione più «giusta» rispetto a quella offerta dal diritto interno – come in *Fairchild v. Glenhaven Funeral Services Ltd*¹² –, talaltra fornisce soluzioni ivi indisponibili – come in *Knowsley MBC v. Willmore*¹³ ove tale richiamo era operato da alcuni giudici al fine di dimostrare la sussistenza di consistenti limiti alla prova epidemiologica nei casi di illecito da sostanze tossiche¹⁴.

In linea generale è agevole differenziare¹⁵ tra pronunce nelle quali il richiamo del diritto straniero è indispensabile al fine della risoluzione del caso e sentenze nelle quali la giurisprudenza straniera è supporto informativo che assiste il collegio nella formulazione della decisione¹⁶.

La prima tipologia è rilevabile in pochi casi come in *Patmalniece v. Secretary of State for Work and Pensions*¹⁷, concernente la garanzia del diritto al trattamento pensionistico in base alle norme britanniche sulla sicurezza sociale, ove è incidentale il riferimento alla normativa lettone in materia, o nella recente pronuncia *R v. Gul*¹⁸ ove, con riguardo alla definizione di “terrorismo” di cui al *Terrorism Act 2000*, i giudici supremi ne condividono un’accezione ampia¹⁹ parimenti adottata in Canada, Australia e Sud Africa e, pur riconoscendo la definitiva competenza del Parlamento in proposito, dichiarano con chiarezza il loro punto di vista «that the concerns and suggestions about the width of the statutory definition of terrorism... merit serious consideration. Any legislative narrowing of the definition of “terrorism”, with its concomi-

9. Citazioni più incisive delle *passing citations*, come sottolineato da P. McCormick, 1995. Cfr. anche: B. Markesinis, J. Fedtke, L. Ackermann, 2006, trad. it. 2009, partic. 105-11; e a titolo esemplificativo *Times Newspapers Ltd v. Derbyshire CC* [1992] 1 QB 790, p. 830.

10. Si veda B. Markesinis, 2006, 315.

11. T. H. Bingham, 2010, 8.

12. [2002] UKHL 22.

13. [2011] UKSC 10.

14. Ivi, 85-9 e 97-9; 154 e 156; 217.

15. Cfr. E. Mak, 2011.

16. Per esempio, B. Hale, 2013, 11.

17. [2011] UKSC 11.

18. [2013] UKSC 64.

19. Ivi, § 38.

tant reduction in the need for the exercise of discretion under section 117 of the 2000 Act, is to be welcomed, provided that it is consistent with the public protection to which the legislation is directed»²⁰.

Di contro, più di frequente il precedente straniero non è determinante al fine dell'adozione della decisione, come sintetizzato nella recente pronuncia *R (on the application of Newhaven Port and Properties Limited) v. East Sussex County Council and another*²¹ ove Lord Carnwath, in una *opinion* concorrente, rammenta la riluttanza dell'avvocato del ricorrente ad accogliere l'invito della Corte a prospettarle una rassegna normativa e giurisprudenziale della disciplina vigente in altre giurisdizioni di *common law* in ordine all'accesso e all'utilizzo di una spiaggia pubblica da parte dei cittadini per il «understandable» timore di aprire un «vaso di Pandora»; pur tuttavia, «[s]ome comparative material can... be found in the appendix to the Scottish Law Commission's 2001 Discussion Paper... supplemented since the hearing in this case by some further work by our own *judicial assistants*... This research is far from exhaustive, and, since it is not material to our conclusion in the present case, it has not been thought necessary to invite comments from the parties. However, as it may be of relevance to future cases, it seems desirable to make a brief reference to some of the main points»²². Previa analisi della giurisprudenza di interesse, il giudice conclude che «[t]his review of the comparative jurisprudence is of interest, on the one hand for the apparently universal recognition of the recreational use of the foreshore in practice, but on the other for the continuing uncertainty in many jurisdictions as to the legal basis for that use and the wide variety of legal methods (statutory or judicial) used to resolve it. This divergence seems surprising, given the universality of the practice, and the common roots of most of the systems of law considered, either in Roman law, or in the rights and obligations of the Crown under the English common law»²³.

Evidente è, inoltre, la consapevolezza del relativismo delle soluzioni giurisprudenziali straniere, come affermato già nel caso *Reynolds*²⁴ da Lord Nicholls il quale, dopo aver citato la giurisprudenza statunitense relativa al caso *Sullivan*²⁵, nonché quelle canadese, australiana, sudafricana e neozelandese sul tema della controversia²⁶, dichiara che «[a]s is to be expected, the solutions are not uniform. As also to be expected, the chosen solutions have not lacked crit-

20. Ivi, § 62.

21. [2015] UKSC 7.

22. Ivi, § 119.

23. Ivi, § 130.

24. *Reynolds v. Times Newspapers Limited and Others* [2001] 2 A.C. 127.

25. *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) 376 us 254.

26. *Reynolds v. Times Newspapers Limited and Others* [2001] 2 A.C. 127, 199, 209.

ics in their own countries»²⁷. Del pari in *R (E) v. Governing Body of JFS*²⁸, pronuncia concernente il sistema delle ammissioni adottato da una scuola religiosa, Lord Hope nella sua *opinion* di minoranza opera un richiamo alla giurisprudenza della Corte Suprema israeliana a sostegno delle proprie argomentazioni: benché la normativa israeliana garantisca il rispetto di differenti confessioni religiose e legittimi, di conseguenza, un trattamento differenziato degli studenti in ragione della loro confessione religiosa, la libertà di religione non ha valore assoluto e, qualora celi forme di discriminazione, soccombe a fronte dell'esigenza di garantire il diritto all'eguaglianza²⁹.

Infine, in *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC)*³⁰, oltre ad operare un corposo richiamo alle misure adottate in Australia e in Nuova Zelanda con riguardo all'implementazione per via legislativa delle risoluzioni delle Nazioni Unite sul congelamento dei conti di sospetti terroristi nonché a due casi giurisprudenziali neozelandesi richiamati a sostegno delle sue argomentazioni dal difensore del convenuto³¹, la Corte Suprema esamina dettagliatamente la sentenza della Corte di Giustizia dell'UE relativa al caso *Kadi v. Council of the European Union*³² alla luce della giurisprudenza canadese e statunitense, benché in conclusione dichiari che la citazione del precedente straniero non è determinante: «Caution must however be exercised in drawing any firm conclusions from these cases. The decisions of the courts in Canada and the United States were not made under reference to an international human rights instrument such as the European Convention»³³.

3. L'INCIDENZA DELLA DIMENSIONE GIURIDICA EUROPEA

La funzione cognitiva della prospettiva comparatistica nella giurisprudenza britannica è, dunque, risalente, ma è la dimensione europea che ha attribuito al richiamo del precedente straniero carattere sostanziale per il tramite del proficuo dialogo tra Corti domestiche e Corti europee³⁴. L'approccio della Corte Suprema, infatti, discontinuo rispetto all'automatismo dei Law Lords³⁵, è volto ad instaurare un rapporto dialettico con la Corte di Giustizia dell'UE:

27. Ivi, 198.

28. [2009] UKSC 15.

29. Ivi, § 159. Per un commento si veda S. Mancini, 2010.

30. [2010] UKSC 2.

31. Ivi, risp. ai §§ 50 e 120-2.

32. Cause riunite C-402/05P e C-415/05P, *Kadi v. Council of the European Union*.

33. *Her Majesty's Treasury v. Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC)* [2010] UKSC 2, § 71.

34. Cfr. F. Jacobs, 2009; Lord Mance, 2007. Sulle criticità di tale dialogo si veda, tra gli altri giudici supremi, Lord Rodger, 2002.

35. *R v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others* [1990] 1 A.C. 603.

pur manifestando condivisione di intenti nel processo di armonizzazione delle normative nazionali del bacino europeo, i giudici supremi in alcuni ambiti hanno respinto il carattere vincolante della normativa europea e hanno assunto un orientamento talvolta divergente rispetto a quello della Corte di Giustizia³⁶. Con la recente sentenza della Corte Suprema sul caso *HS2*³⁷, la Corte ha stabilito che l'art. 9 del *Bill of Rights* costituisce uno dei pilastri del diritto costituzionale britannico che resiste a fronte del primato del diritto comunitario di cui all'*European Communities Act 1972*³⁸.

In linea di continuità con un orientamento giurisprudenziale che non si limita ad interpretare le trasformazioni della *Constitution* britannica innescate da fattori esterni, ma ne indirizza l'analisi in direzione dell'approfondimento del rapporto tra sovranità parlamentare e principi di *common law* ad essa preesistenti e da considerarsi elementi immanenti dell'ordine costituzionale³⁹, anche il flusso di comunicazione della Corte Suprema con la Corte di Strasburgo ha generato un dialogo paritario ostile a qualsiasi automatismo applicativo, funzionale alla definizione di una direttrice evolutiva dei rapporti tra poteri all'interno della *Constitution* britannica⁴⁰ e favorevole allo sviluppo incrementale e alla conseguente flessibilità del *common law*.

L'evoluzione sociale, politica ed economica genera, difatti, nuove problematiche in contesti mutevoli e il primo organo deputato a farvi fronte è il Parlamento; ove, tuttavia, la disciplina legislativa non intervenga, è compito delle Corti assicurare lo sviluppo del diritto affrancandosi dal rischio di parrocchialismo giuridico⁴¹ e godendo dell'apertura a giurisdizioni esterne, seppur nella consapevolezza dei differenti contesti socio-culturali ivi operanti e della eterogenea collocazione del Giudiziario negli ordinamenti nazionali.

Una delle prime occasioni nelle quali le criticità connesse alle interazioni tra forma di governo e metodo comparatistico sono emerse è la pronuncia sul caso *R and Thompson v. Secretary of State for the Home Department*⁴²: la Corte Suprema sostiene che i ricorrenti, responsabili di reati sessuali condannati ad una pena detentiva di almeno 30 mesi, sono soggetti ad un regime di monitoraggio permanente della propria dimora sproporzionato rispetto al fine legiti-

36. Emblematico è il recente caso *Assange v. Swedish Prosecution Authority* [2012] UKSC 22, §§ 67-71, 94, 95, 106-8, 130-1, 154, 171. Per un commento si veda C. Harris, K. Kakaiyadi, 2013. Di recente l'esperienza britannica è stata approfondita come terminale del dialogo con la Corte di Giustizia in prospettiva comparatistica in L. Burgogue-Larsen, 2015.

37. *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. Secretary of State for Transport and another* [2014] UKSC 3.

38. Ivi, § 202. Sul punto si veda M. Elliott, 2014a.

39. Cfr., con riferimento al caso *HS2*, M. Elliott, 2014b.

40. In tal senso già A. Torre, P. Martino, 2013.

41. Lord Reed, 2015, 13.

42. [2010] UKSC 17.

timo della sez. 82 del *Sexual Offences Act 2003* e ne conferma l'incompatibilità con l'art. 8 CEDU. Contestualmente i giudici supremi dichiarano che, benché la Corte di Strasburgo non abbia deciso alcun caso concernente la medesima fattispecie, le motivazioni addotte in casi affini, ove si evince che l'ipotesi di una modifica legislativa è *highly material* al principio di proporzionalità⁴³, sono da considerarsi decisive per la soluzione del caso in oggetto: secondo Lord Phillips, giudice redattore della pronuncia, «it is open to the legislature to impose an appropriately high threshold for review. Registration systems for sexual offenders are not uncommon in other jurisdictions. [...] seven Australian States, Canada, South Africa and the United States. Almost all of these have provisions for review. This does not suggest that the review exercise is not practicable»⁴⁴.

Parimenti, con la pronuncia *R (on the application of Chester) v. Secretary of State for Justice; McGeogh v. The Lord President of the Council and another*⁴⁵ la Corte Suprema ha ritenuto non fosse opportuno pronunciarsi nuovamente in ordine alla incompatibilità del disposto legislativo, concernente la negazione del diritto di voto ai detenuti, con quello convenzionale, considerando peraltro che in Parlamento erano in corso di definizione le misure di adeguamento della normativa nazionale al disposto CEDU.

Si colloca, infine, in una fase avanzata del dibattito intorno ai rapporti tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo avviatosi con l'approvazione dello *HRA 1998* la sentenza *Nicklinson*: definitivamente affrancandosi dal *mirror principle*, esplicitato da Lord Bingham nella pronuncia *Ullah*⁴⁶, ovvero dalla incondizionata deferenza britannica nei confronti di Strasburgo⁴⁷, la Corte ha chiarito che è proprio il disposto legislativo ad auspicare che le Corti e le pubbliche autorità nazionali, transcendendo le pronunce di Strasburgo, si assumano la responsabilità della dichiarazione di incompatibilità del disposto interno in violazione della CEDU⁴⁸: «In making that declaration we do not usurp the role of Parliament. On the contrary, we do no more than what Parliament has required us to do. [...] A declaration of incompatibility is merely an expression of the courts' conclusion as to whether, as enacted, a particular item of legislation cannot be considered compatible with a Conven-

43. Ivi, § 34.

44. Ivi, § 57.

45. [2013] UKSC 63.

46. *R (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26.

47. P. Sales, 2012.

48. *R (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice; R (on the application of AM) v. Director of Public Prosecutions* [2014] UKSC 38, § 112.

tion right»⁴⁹. Richiamando i precedenti *R v. Horncastle*⁵⁰ e *Sugar v. BBC*⁵¹, la Corte dunque ha confermato il suo orientamento a superare lo standard minimo di garanzia fissato da Strasburgo e si è spinta oltre dichiarando che le Corti non solo possono introdurre standard superiori di garanzia rispetto alle pronunce di Strasburgo, ma possono anche divergere da queste ultime.

Non contrasta con tale flusso giurisprudenziale la constatazione che in corso di applicazione dello *HRA 1998*, la recente giurisprudenza della Corte Suprema mostra, diversamente dalla House of Lords⁵², un orientamento volto a presidiare i principi costituzionali fondamentali nonché ad ancorare la risoluzione delle controversie poste dinanzi ai giudici britannici prima al diritto interno che al diritto «esterno»⁵³; non solo, dunque, il *common law* è riabilitato nell'era dello *HRA 1998*, ma se ne asserisce la dinamicità identificandolo come fondamentale fonte di garanzia dei diritti suscettibile in numerose circostanze di assicurare standard di protezione più elevati rispetto alla CEDU. Il ritorno al «costituzionalismo autoctono», come è stato efficacemente definito⁵⁴, ha accentuato il processo di acquisizione da parte delle Corti del ruolo di perni del sistema costituzionale britannico.

4. IL CIRCOLO VIRTUOSO DELLA COMPARAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Il processo evolutivo della *Constitution* britannica in direzione dell'assunzione di una marcata centralità da parte del Giudiziario nel quadro della forma di governo, invero, avanza parallelamente al dibattito politico incentrato sull'abrogazione dello *HRA 1998* e sulla eventuale uscita del Regno Unito dall'UE⁵⁵, nel quale matura la reale ritrosia all'accettazione di interferenze esterne a fronte di un dialogo tra Corti nazionali e sovranazionali che, di contro, svela la sua natura costruttiva più che conflittuale.

Sono senza dubbio l'esperienza e la formazione dei singoli giudici supremi, oltre alla ideologia cui si ispirano e alle opinioni che condividono⁵⁶, ad incidere considerevolmente sulla citazione del precedente straniero; inoltre, pur constatando la gradualità del richiamo del precedente straniero all'interno della Corte Suprema che in età contemporanea assolve ad una imprescindibile

49. Ivi, §§ 327, 343.

50. [2009] UKSC 14.

51. [2012] UKSC 4.

52. Cfr. *R v. A* (No. 2) [2001] UKHL 25, e *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30.

53. Cfr. *Osborn v. Parole Board* [2013] UKSC 61, *Kennedy v. The Charity Commission* [2014] UKSC 20, *A v. BBC* [2014] UKSC 25.

54. Per utilizzare un'espressione di S. Stephenson, 2015.

55. Sui contenuti di tale dibattito, con particolare riferimento alla permanenza del Regno Unito nell'UE, cfr. il recente saggio di G. Caravale, 2015.

56. R. A. Posner, 2008; P. Martino, 2014.

funzione di vettore di interazione dell'ordinamento interno con quello internazionale, comunitario e straniero, è agevole constatare che l'apertura del *common law* britannico agli ordinamenti stranieri è senza dubbio guidata dall'esigenza di interazione reciproca con ordinamenti continentali di derivazione romanistica. Il flusso comunicativo tra differenti tradizioni giuridiche ha inciso sulle modalità operative delle Corti, ma ha soprattutto evidenziato un mutamento del loro ruolo nella forma di governo. Ne è testimone, in primo luogo, il rinnovato dibattito intorno ai criteri di composizione della Corte Suprema cui è strettamente connesso, quale principale terminale dei riflessi che il dialogo transnazionale esercita sull'ordinamento interno, la riflessione intorno alla legittimità democratica del collegio giudicante che, a sua volta, affonda le sue radici nella funzione extraprocessuale della motivazione.

In anni recenti è stato spiccato lo spirito critico britannico nei confronti delle modalità di stesura delle pronunce della Corte di Giustizia dell'UE, definite a vocazione profetica, corredate di motivazioni corpose e ridondanti, suscettibili di ostacolare il dialogo con i giudici nazionali⁵⁷. Pur tuttavia, allo stato non si può non constatare uno stile giurisprudenziale della Corte Suprema che si connota per crescenti lunghezza e articolazione delle sentenze. Pertanto, dialogo giurisprudenziale orizzontale/verticale e complessa articolazione delle pronunce sono elementi strettamente connessi del processo di legittimazione democratica dei giudici supremi.

Come le citazioni dottrinali, nelle loro pronunce il richiamo del precedente straniero è funzionale all'obiettivo della motivazione in *common law* di preservare la tradizione e garantire la dinamicità dell'ordinamento, ancorandosi alla regola del precedente e assicurando, mediante la giurisprudenza della Corte Suprema, lo sviluppo incrementale del *common law* evitando che si ingessi sul contingente⁵⁸ e comunichi più efficacemente con la comunità sociale⁵⁹.

Non a caso il controverso dibattito intorno alla struttura delle pronunce, riproposto in occasione dell'avvicendamento alla presidenza della Corte Suprema di Lord Phillips e Lord Neuberger, ha seguito di poco l'insediamento della Corte. La tradizionale posizione del primo, favorevole al *single judgment*⁶⁰, si accostava a quella tradizionale di Lord Bingham, giudice guida della transizione al periodo *post*-riforma, il quale, seppur ostile alle decisioni collegiali, aveva manifestato l'auspicio che le *opinions* individuali fossero quantomeno contenute, al fine di prevenire dubbi interpretativi⁶¹. Disallineato rispetto alle posizioni tradizionali, il presidente Neuberger, tra il *single judgment*,

57. T. Bingham, 2010, 47.

58. Cfr. B. Dickson, 2015.

59. Lord Hope, 2005.

60. Di cui in Lord Mance, 2007, 7.

61. Lord Bingham, 2006, 8.

adottato dalla Corte di Strasburgo e dal Privy Council, e il *single majority judgment* corredato di opinioni concorrenti e dissenzienti, adottato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti e dall'High Court australiana⁶², nel 2011, manifestando perplessità in ordine ai rischi insiti in pronunce eccessivamente sintetiche anche considerando i loro riflessi sull'applicazione della regola del precedente⁶³, suggeriva di adottare il modello statunitense con una sola decisione di maggioranza corredata di decisioni concorrenti o dissenzienti, particolarmente confacente ad alcune branche del diritto, come quella penalistica: se la chiarezza espositiva è elemento imprescindibile ai fini del consolidamento della fiducia dell'opinione pubblica nei confronti del Giudiziario a tutela del *rule of law*, è anche vero che «there are occasions when the benefit of judicial clarity is trumped by the need for judicial dialogue»⁶⁴. Una delle voci di tale dialogo interno è quella di Lord Kerr che l'8 ottobre 2012 ha pronunciato un discorso riguardante le ragioni che muovono un giudice ad esprimere un'opinione dissenziente⁶⁵ facenti perno intorno al convincimento che la maggioranza sia in errore; pur tuttavia la Corte Suprema mostra una marcata inclinazione alla composizione delle posizioni divergenti ai fini della quale *plurality opinions* e opinioni dissenzienti non sono altro che tecniche procedurali di confronto volte a costruire il consenso: la loro coesistenza assicura l'equilibrio interno al collegio e integra una formula di redazione delle pronunce che concilia il diritto di critica interna con la trasparenza verso l'esterno⁶⁶, e costituisce fonte di legittimazione democratica di un organo che ne è privo.

Se in linea di principio tale legittimazione è suscettibile di essere marcata dalla contestazione dell'*authority* dei precedenti stranieri, non vincolanti, richiamati dai giudici nelle loro decisioni, la nozione di *authority* ha subito di recente una sostanziale evoluzione: a fronte dell'approccio positivistico, l'esame della produzione giurisprudenziale di numerose Corti nazionali consente di constatare che l'*authority* di una fonte giuridica è connessa alla frequenza con la quale essa è adoperata dai giudici⁶⁷. E la pratica giurisprudenziale britannica manifesta una spiccata vocazione globale dei giudici supremi⁶⁸ attribuendo al richiamo del precedente straniero il compito di potenziare la motivazione della pronuncia e, di conseguenza, la fiducia dell'opinione pubblica nell'operato della Corte incutendo «a sense of fairness that similar situations should receive similar solutions across legal systems»⁶⁹. La naturale sensibilità comparatistica dei giudici britan-

62. Lord Neuberger, 2009.

63. Lord Neuberger, 2011, 10.

64. Lord Neuberger, 2012, 11.

65. Lord Kerr, 2012.

66. Cfr. B. Hale, 2010.

67. Si veda F. Schauer, 2008.

68. Per usare un'espressione di E. Mak, 2015, partic. 426 ss.

69. J. Bell, 2012, 18.

nici, solo ulteriormente accentuata dalla partecipazione del Regno Unito al processo di integrazione europea e dall'adesione alla CEDU, ha attenuato la verticalità dei rapporti tra giurisdizioni nazionali e sovranazionali fondando la legittimazione dei giudici interni sul riconoscimento di valori condivisi con altre giurisdizioni⁷⁰ nonché sulla preservazione di specificità giuridico-culturali che circoscrivono le finalità dell'esercizio comparativo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ANDENAS Mads, FAIRGRIEVE Duncan, 2013, *Simply a Matter of Style? Comparing Judicial Decisions*. University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 13 (<http://ssrn.com>).
- IDD. (eds.), 2015, *Courts and Comparative Law*. Oxford University Press, Oxford.
- ARDEN Mary, 2012, «Judgment Writing: Are Shorter Judgments Achievable?». *Law Quarterly Review*, 128: 515-20.
- BELL John, 2012, «The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments». *Utrecht Law Review*, 8: 8-19.
- BINGHAM Thomas H., 2010, *Widening Horizons*. Cambridge University Press, Cambridge.
- BINGHAM Tom, 2010, *The Rule of Law*. Penguin, London.
- BURGORGUE-LARSEN Laurence, 2015, «The Constitutional Dialogue in Europe: A “Political” Dialogue». *European Journal of Current Legal Issues*, 1: 369-96.
- CARAVALE Giulia, 2015, «“With them” o “of them”: il dilemma di David Cameron». *Federalismi.it*, 23: 1-10.
- CHOUDHRY Sujit, 1999, «Globalisation in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation». *Indiana Law Journal*, 74: 819-92.
- DERBYSHIRE Penny, 2015, «The UK Supreme Court – Is There Anything Left to Think About?». *European Journal of Current Legal Issues*, 21, 1: 2059-81.
- DICKSON Brice, 2015, «Activism and Restraint within the UK Supreme Court». *European Journal of Current Legal Issues*, 21, 1 (<http://webjcli.org/article/view/399/515>).
- DUXBURY Neil, 2015, «The Law of the Land». *Modern Law Review*, 78: 26-54.
- ELLIOTT Mark, 2014a, «Constitutional Legislation, European Union Law and the Nature of the United Kingdom's Contemporary Constitution». *European Constitutional Law Review*, 10: 379-92.
- ID., 2014b, «Reflections on the HS2 Case: A Hierarchy of Domestic Constitutional Norms and the Qualified Primacy of EU Law». *UK Const. L. Blog*, January, 1 (<http://ukconstitutionallaw.org>).
- HALE Brenda, 2009, «A Supreme Judicial Leader». In *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*, edited by Mads Andenas, Duncan Fairgrieve, 209-20. Oxford University Press, Oxford.
- ID., 2010, *Judgment Writing in the Supreme Court*. First Anniversary Seminar, September 30 (<http://www.supremecourt.gov.org>).

70. Cfr. A.-M. Slaughter, 2003, 191 ss. e E. Mak, 2015, 407 ss.

- Id., 2013, *Who Guards the Guardians?* Public Law Project Conference, November 14 (<http://www.supremecourt.gov.uk>).
- Id., 2015, *Appointments to the Supreme Court*. Conference to mark the tenth anniversary of the Judicial Appointments Commission, University of Birmingham, November 6 (<http://www.supremecourt.uk>).
- HARRIS Callista, KAKKAIYADI Krishna, 2013, «Treaty Interpretation before the Supreme Court». *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2: 113-20.
- HAZELL Robert, 2015, «Judicial Independence and Accountability in the UK Have both Emerged Stronger as a Result of the Constitutional Reform Act 2005». *Public Law*, 59, 2: 198-206.
- JACOBS Francis, 2009, «European Law and the English Judge». In *Tom Bingham and the Transformation of the Law: A Liber Amicorum*, edited by Mads Andenas, Duncan Faigrieve, 419-38. Oxford University Press, Oxford.
- LORD BINGHAM, 2006, *The Rule of Law*. Sir David William Lecture, Centre for Public Law, University of Cambridge (<http://www.cpl.law.cam.ac.uk>).
- Id., 2007, «The Rule of Law». *Cambridge Law Journal*, 66: 67-85.
- LORD HOPE, 2005, *Writing Judgments*. Annual Lecture, Judicial Studies Board, London.
- LORD KERR, 2012, *Dissenting Judgments – Self Indulgence or Self Sacrifice?* The Birkenhead Lecture, October 8 (<http://www.supremecourt.gov.uk>).
- LORD MANCE, 2001, «Foreign and Comparative Law in the Courts». *Texas International Law Journal*, 36: 415-26.
- Id., 2007, *The Common Law and Europe: Differences of Style or Substance and Do They Matter?* Holdsworth Club of the University of Birmingham (<http://www.birmingham.ac.uk>).
- LORD NEUBERGER, 2009, *Insolvency, Internationalism & Supreme Court Judgments*. Speech November 16 (<http://www.judiciary.gov.uk>).
- Id., 2011, *Open Justice Unbound?* Judicial Studies Board Annual Lecture (<http://www.judiciary.gov.uk>).
- Id., 2012, *No Judgment, No Justice*. First annual BAILII Lecture, November 20 (<http://www.supremecourt.uk>).
- LORD PHILLIPS, 2008, *The Supreme Court and Other Constitutional Changes in the UK*. The Royal Court, St. Helier, Jersey, May 2 (<http://www.judiciary.gov.uk>).
- Id., 2009, *The Rule of Law in a Global Context*. Qatar Law Forum, May 30 (<http://www.qatarlawforum.com>).
- LORD REED, 2015, *Triremes and Steamships: Scholars, Judges, and the Use of the Past*. The Scrymgeour Lecture, University of Dundee, October 30 (<http://www.supremecourt.gov.uk>).
- LORD RODGER, 2002, «Developing the Law Today: National and International Influences». *Journal of South African Law*, 1: 1-17.
- MAK Elaine, 2011, «Why Do Dutch and UK Judges Cite Foreign Law?». *Cambridge Law Journal*, 70: 420-50.
- Id., 2015, «Comparative Law before the Supreme Courts of the UK and the Netherlands». In *Courts and Comparative Law*, edited by Mads Andenas, Duncan Fairgrieve, 407-33. Oxford University Press, Oxford.

- MANCINI Susanna, 2010, «Supreme Court of the United Kingdom: To Be or Not To Be Jewish: The UK Supreme Court Answers the Question; Judgment of 16 December 2009, R v. *The Governing Body of JFS*, 2009 UKSC 15». *European Constitutional Law*, 6: 481-502.
- MARKESINIS Basil, 2006, «National Self-Sufficiency or Intellectual Arrogance? The Current Attitude of American Courts Towards Foreign Law». *Cambridge Law Journal*, 65: 301-29.
- MARKESINIS Basil, FEDTKE Jörg, ACKERMANN Laurie, 2006, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* UCL Press, London (trad. it. *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*. Il Mulino, Bologna 2009).
- MARTINELLI Claudio, 2014, *Diritto e diritti oltre la Manica*. Il Mulino, Bologna.
- MARTINO Pamela, 2014, «“Now it is our time to speak”: i giudici supremi del Regno Unito e il dialogo rivelatore». In *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d’America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di Pamela Martino, 83-117. Maggioli, Santarcangelo di Romagna.
- McCORMICK Peter, 1995, «What Supreme Court Cases Does the Supreme Court Cite?: Follow-Up Citations on the Supreme Court of Canada, 1989-1993». *Osgoode Hall Law Journal*, 33: 453-86.
- POSNER Richard A., 2008, *How Judges Think*. Harvard University Press, Cambridge (Mass.).
- SALES Philip, 2012, «Strasbourg Jurisprudence and the Human Rights Act: A Response to Lord Irvine». *Public Law*: 253-67.
- SCHAUER Frederick, 2008, «Authority and Authorities». *Virginia Law Review*, 94: 1931-61.
- SLAUGHTER Anne-Marie, 2003, «A Global Community of Courts». *Harvard International Law Journal*, 44: 191-219.
- STEPHENSON Scott, 2015, «The Supreme Court Renewed Interest in Autochthonous Constitutionalism». *Public Law*: 394-402.
- TORRE Alessandro, MARTINO Pamela, 2013, «La giurisprudenza della Corte suprema del Regno Unito nel biennio 2011-2012». *Giurisprudenza costituzionale*, 58: 4141-87.

