

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale

2016 · ANNO XXXVII

BREXIT: LA FINE DELL'EUROPA
O LA FINE DEL REGNO UNITO?

ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Rivista di studi giuridici e politici

Numero speciale

2016 · ANNO XXXVII

BREXIT: LA FINE DELL'EUROPA
O LA FINE DEL REGNO UNITO?

DIRETTORE DELLA RIVISTA
Gianluca Gardini

COMITATO SCIENTIFICO
Gianluca Gardini (Direttore)
Marcos Almeida Cerreda
Brunetta Baldi
Francesco Bilancia
Stefano Civitaresse Matteucci
Justin Orlando Frosini
Alfredo Galán Galán
Giancarlo Gasperoni
Tomaso Francesco Giupponi
Peter Leyland
Marco Magri
Andrea Morrone
Alessandra Pioggia
Giuseppe Piperata
Claudia Tubertini
Josephine van Zeben

REDAZIONE E GESTIONE SITO WEB
presso Regione Emilia-Romagna
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
Tel. 051 5275475 - 051 5277658
E-mail: istituzionidelfederalismo@regione.emilia-romagna.it
Sito web: http://www.regione.emilia-romagna.it/affari_ist/federalismo

REFERENTE REGIONE EMILIA-ROMAGNA
Francesca Paron
Gabinetto Presidente della Giunta regionale
Viale Aldo Moro, 52 – 40127 Bologna
francesca.paron@regione.emilia-romagna.it

EDITORE
Maggioli Editore presso c.p.o. Rimini,
via Coriano, 58 – 47924 Rimini
tel. 0541.628111 – fax 0541.622100
Maggioli Editore è un marchio di Maggioli s.p.a.
Servizio Abbonamenti: tel. 0541.628779
Sito web: www.maggioli.it
E-mail: abbonamenti@maggioli.it
Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008

Tutti i diritti riservati – È vietata la riproduzione, anche parziale,
del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore

STAMPA
Stabilimento Maggioli s.p.a. – Santarcangelo di Romagna (RN)

Maggioli s.p.a. è iscritta al registro operatori della comunicazione

Pubblicazione registrata al Tribunale di Bologna il 4 luglio 1980, n.4824
Direttore responsabile: Piero Venturi

COMITATO DI REDAZIONE
Marina Caporale
Marzia De Donno
Giulia Massari
Anna Margherita Russo

 Regione Emilia-Romagna

 MAGGIOLI
EDITORE

Condizioni di abbonamento

La quota di abbonamento alla Rivista per il 2015 è di € 116,00 da versare sul c.c. postale n. 31666589 intestato a Maggioli s.p.a. – Periodici, Via del Carpino, 8 – 47822 Santarcangelo di Romagna (RN). La Rivista è disponibile nelle migliori librerie.

Il prezzo di vendita per singoli numeri è di € 25,00.

Il prezzo per ciascun fascicolo arretrato è di € 29,00.

I prezzi suindicati si intendono Iva inclusa.

La quota di abbonamento alla Rivista in formato digitale per il 2015 è di € 82 + Iva.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio con diritto al ricevimento dei fascicoli arretrati ed avrà validità per un anno.

La Casa Editrice comunque, al fine di garantire la continuità del servizio, in mancanza di esplicita revoca, da comunicarsi in forma scritta entro il trimestre seguente alla scadenza dell'abbonamento, si riserva di inviare il periodico anche per il periodo successivo.

La disdetta non è comunque valida se l'abbonato non è in regola con i pagamenti.

Il rifiuto o la restituzione dei fascicoli della Rivista non costituiscono disdetta dell'abbonamento a nessun effetto.

I fascicoli non pervenuti possono essere richiesti dall'abbonato non oltre 20 giorni dopo la ricezione del numero successivo.



INDICE

EDITORIALE

- 5 **Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?**
Stefano Civitarese Matteucci

SAGGI E ARTICOLI

- 21 **Was It an Act of Self-Dissolution? Brexit and the Future of
the United Kingdom**
Justin Orlando Frosini
- 41 **Brexit and the UK: Charting the Constitutional and Legal
Obstacles**
Peter Leyland
- 69 **Il *referendum* del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di
circolazione dei cittadini UE nel mercato interno ed il pro-
blema del costo dei diritti sociali**
Francesco Bilancia
- 89 **Brexit: il “lungo addio”, tra diritto dell’Unione europea e
diritto internazionale**
Pietro Manzini
- 105 ***(Br)Exit and voice* nella crisi esistenziale dell’Unione europea**
Edoardo Nicola Fragale
- 149 **Table of contents and abstract**
- 153 **Note sugli autori**

Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?

Stefano Civitarese Matteucci

1. Premessa

Il fascicolo è incentrato sul fenomeno politico-istituzionale più rilevante del nostro tempo in Europa, vale a dire l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea (Brexit).

Peter Leyland si occupa delle implicazioni di carattere costituzionale di Brexit dal peculiare punto di vista della non codificata Costituzione britannica. Justin Frosini si concentra, a sua volta, sulle conseguenze che Brexit produrrà nei confronti delle “nazioni” costituenti il Regno Unito dotate di maggiore autonomia da Westminster, Scozia e Irlanda del Nord.

Delle questioni di diritto europeo e internazionale tratta l'articolo di Pietro Manzini, mettendo in particolare a fuoco i ristretti margini entro cui il Regno Unito potrebbe revocare la propria decisione di recedere dall'Unione, mentre Francesco Bilancia ed Edoardo Fragale si occupano delle implicazioni e insegnamenti di carattere più generale che derivano da Brexit. Il primo, rispetto alla questione cruciale della libertà di movimento dei cittadini e dei connessi diritti sociali, il secondo rispetto alla crisi politica dell'UE e in particolare dell'Eurozona che la decisione britannica mette a nudo e al tempo stesso acuisce.

Partendo dalle numerose riflessioni che questi contributi suscitano si cercherà di offrire qualche spunto ulteriore tanto sulle questioni di carattere costituzionale e politico-istituzionale quanto su quelle inerenti all'integrazione europea.

2. Regno Unito ed Europa ancora al bivio

Oggi, a oltre un anno dal *referendum* del 23 giugno 2016 e dopo la formale notifica il 27 marzo 2017 dell'intenzione di recedere, la possi-

bilità di un ripensamento – Manzini ammonisce peraltro sulle difficoltà di fondare un potere di revoca unilaterale dell'atto di recesso¹ – sembra assai remota, nonostante la crescente preoccupazione in vasti strati dell'opinione pubblica per gli effetti che Brexit potrebbe produrre specialmente sull'economia. Se l'accordo volto a definire le modalità del recesso nonché le basi giuridiche del futuro rapporto con l'Unione europea non interviene entro due anni, la fuoriuscita si verifica comunque e in assenza di qualunque "rete di protezione". Già la sola incertezza generata dall'avvio del percorso di uscita senza un chiaro punto di arrivo sembra avere notevolmente mutato lo scenario macroeconomico presente all'epoca del *referendum*. Allora, quando David Cameron proponeva l'Europa "a due velocità" come condizione per evitare il *referendum*, pareva che l'UE, e in particolare l'Eurozona, fossero giunte al punto di collasso. Celebri le parole del parlamentare Tory Douglas Carswell – nel 2009 "Britannico dell'anno" per il *Daily Telegraph* – che nel passare allo UKIP per diventarne il primo rappresentante della storia nella *House of Commons*, affermò riferendosi all'UE: «ci siamo incatenati a un cadavere».

Al momento, però, l'immagine dell'Europa a due velocità sembra più adatta a descrivere un certo affanno dell'economia britannica rispetto a quella UE. Alcuni elementi sintomatici sono la crescita stentata dopo anni di crescita ben superiore alla media UE (0,3% nel trimestre aprile-giugno 2017 rispetto allo 0,6% dell'UE), l'aumento dell'inflazione non bilanciata da un incremento dei guadagni delle famiglie e la perdita di terreno della sterlina nei confronti dell'euro, che secondo alcuni economisti potrebbe anche condurre alla parità.

In un certo senso, dunque, la palla è nel campo britannico. Se è vero (come osservano tanto Frosini quanto Leyland) che Theresa May ha perso la scommessa delle elezioni anticipate dell'8 giugno 2017, mediante le quali puntava a rinforzare la maggioranza Tory e a blindare la sua visione di "*hard Brexit*", è anche vero che i laburisti di Jeremy Corbyn hanno ottenuto un brillante risultato sulla base di un manifesto che non metteva affatto in discussione la fuoriuscita dall'UE.

(1) In tema v. anche P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU: a Constitutionalist Reading*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, pp. 695-734.

Piuttosto la questione continua a essere quella del modo di tale fuoriuscita. L'ipotesi di "*hard Brexit*", i cui contorni per vero sono piuttosto confusi, è a sua volta oggi scarsamente accreditata. La prospettiva di lasciare l'UE senza alcuna rete di protezione è stata associata a una frase di Theresa May pronunciata dopo essere divenuta Premier secondo cui «*no deal is better than a bad deal*», il che lascerebbe intendere che il puro e semplice recesso dall'UE, senza l'individuazione di un regime specifico per i futuri rapporti UK/UE, sia uno scenario plausibile.

Dopo le elezioni politiche dell'8 giugno questo scenario è fortemente indebolito. I laburisti hanno di recente preso nettamente posizione in favore di una *soft Brexit*, vale a dire che contempra alla scadenza dei due anni un periodo piuttosto lungo di ultrattività delle regole del mercato interno e anche della giurisdizione della Corte di giustizia. La stessa Theresa May nel "discorso di Firenze" del 22 settembre 2017, specificamente rivolto ai 27 Stati membri, ha a sua volta indicato lo scenario di un periodo transitorio di circa due anni dopo la formale uscita, durante il quale continuerebbero ad applicarsi le regole dell'UE per consentire a cittadini e imprese di entrare gradualmente e senza traumi nel nuovo regime.

Ma quale sarà questo regime? I problemi si addensano proprio sull'assenza di una chiara strategia per pilotare Brexit verso un approdo se non sicuro perlomeno prevedibile. Se il "caso del secolo", come sono state definite le sentenze "Miller" per le vaste implicazioni di carattere costituzionale che presentano², ha imposto al Governo di ottenere il *placet* del Parlamento sulla decisione di notificare il recesso all'Unione europea, rimane pur sempre responsabilità del Governo definire un piano credibile che conduca i britannici oltre l'UE.

I due corni della questione riguardano, rispettivamente, la condotta dei negoziati con le istituzioni europee e la gestione delle notevoli conseguenze di carattere giuridico e amministrativo nell'ordinamento interno dopo 45 anni di presenza nel condominio europeo.

(2) Come ricorda Peter Leyland, in uno dei passaggi più significativi la *Divisional Court* afferma che non è prerogativa del Governo, usando il potere di concludere i trattati internazionali, quello di recedere dall'Unione europea, poiché il Parlamento, attraverso lo *European Community Act*, ha inteso introdurre il diritto comunitario nell'ordinamento domestico, così generando diritti che non possono essere incisi dal potere esecutivo.

3. Hard Brexit versus soft Brexit. *Ha realmente senso questa contrapposizione?*

Quanto ai negoziati, rimane ancora una divisione di fondo tra Regno Unito e UE sul loro oggetto. La posizione europea è stata chiaramente espressa nelle linee guida del Consiglio europeo del 29 aprile 2017, secondo cui il processo di negoziazione deve essere suddiviso in due fasi nettamente distinte. La prima dedicata a stabilire le modalità del recesso e gli immediati effetti di questo, con particolare riferimento ai diritti e alle obbligazioni assunti dal Regno Unito in quanto Stato membro. La seconda, da avviare solo una volta definite in modo soddisfacente le “questioni pendenti”, finalizzata a individuare un’intesa di massima sui futuri rapporti tra UE e Regno Unito³. Nel dare mandato alla Commissione di avviare il negoziato, il Consiglio precisa, infatti, che un accordo sui rapporti futuri potrà essere concluso solo quando il Regno Unito sarà divenuto un Paese terzo. La posizione del Regno Unito, viceversa, è che recesso e relazioni future debbano essere oggetto di immediata trattativa e di accordo unitario in quanto questioni tra loro inestricabili. Questo profilo è a sua volta connesso con la sostanza delle “questioni pendenti”, che sono essenzialmente tre: il “debito” del Regno Unito verso l’UE, i diritti dei cittadini europei residenti in Gran Bretagna e la soluzione del caso irlandese. Punti sui quali permane un velo di ambiguità dal lato britannico, frutto di profonde divisioni specialmente all’interno del partito conservatore.

3.1. *Il “conto” del divorzio*

Sulla questione finanziaria occorre ricordare che la programmazione finanziaria dell’Unione è basata su uno schema settennale (il periodo attuale è 2014-2020) ed è risaputo che il livello di contribuzione di ogni Stato membro è oggetto di delicati e difficili compromessi. La maggior parte dei programmi europei, a loro volta, per esempio nell’ambito della ricer-

(3) Questa posizione trova a sua volta una più ampia base politica nel *memorandum* siglato dalle due parti all’avvio dei negoziati, ove l’UE-27 afferma che: «L’integrazione europea ha portato pace e prosperità all’Europa e consentito un ineguagliato livello di cooperazione su questioni di interesse comune in un mondo in via di rapido cambiamento. Pertanto, l’obiettivo di fondo dell’Unione in questi negoziati sarà quello di preservare i propri interessi, quelli dei propri cittadini, i suoi interessi economici e i suoi Stati membri».

ca e delle politiche regionali, hanno un orizzonte temporale pluriennale in armonia con i versamenti dei contributi degli Stati nell'arco del settennio. Il recesso di uno Stato del calibro del Regno Unito, creando un buco nel *budget*, incide sull'equilibrio raggiunto generando scompensi nei rapporti tra tutti gli altri Stati membri. Per questa ragione uno dei punti che sembrano fermi dal punto di vista UE è che il Regno Unito debba comunque contribuire almeno sino al 2020 secondo quanto stabilito nel regolamento del Consiglio del 2 dicembre 2013 e inoltre farsi carico di altri costi come i programmi il cui orizzonte temporale travalichi il 2020, i trattamenti pensionistici dei dipendenti di nazionalità britannica, ecc.

Secondo fonti ufficiose, la richiesta dell'UE di "*divorce bill*" sarebbe di circa 100 miliardi di euro, che corrisponde grossomodo all'intera contribuzione britannica per il periodo 2014-20. Dall'altro lato della Manica, una posizione diametralmente contraria è stata assunta dalla *European Union Committee* della *House of Lords*, che sostiene l'inesistenza di obbligazioni legali di pagamento⁴. Entrambi gli scenari evocati in queste due posizioni appaiono irrealistici⁵ e infatti il Governo britannico non ha mai escluso che un accordo sul "costo" del divorzio vada raggiunto, sebbene non siano state fornite né cifre né un metodo per stabilire gli elementi del "debito". A ogni modo, come è stato notato⁶, si tratta di uno degli elementi tecnicamente più complessi della negoziazione e il fatto che non si sia ancora neanche cominciato (per quanto si sappia) a stabilire le basi per un accordo, costituisce motivo di forte tensione in vista di una auspicabile uscita "dolce" nel 2019.

Secondo il più completo studio sinora condotto, il conto alla fine potrebbe aggirarsi tra i 25,4 e i 65 miliardi di euro, a seconda dei diversi fattori che si prendano in considerazione⁷.

(4) *European Union Committee. Brexit and the EU budget, 15th Report of Session 2016-17 - published 4 March 2017* - HL Paper 125, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldeucom/125/12502.htm>.

(5) Z. DARVAS, K. EFSTATHIOUINÉS, G. RAPOSO, *Divorce settlement or leaving the club? A breakdown of the Brexit bill*, Bruegel Working Paper, 3, 2017, http://bruegel.org/wp-content/uploads/2017/03/WP_2017_03.pdf.

(6) I. BEGG, *How much will Brexit cost?*, <http://ukandeu.ac.uk/how-much-will-brexit-cost/>.

(7) V. nota 5.

Nel recente citato discorso di Firenze, Theresa May ha affermato che il Regno Unito pagherà quanto sufficiente per assicurare che nessuno Stato membro debba versare di più o ricevere di meno durante il corrente periodo finanziario sino al 2020, senza indicare una cifra.

3.2. I diritti dei cittadini residenti di lungo corso al di fuori del proprio Paese che non possono più usare o “perdono” la cittadinanza europea

Il problema dei diritti dei cittadini UE residenti in Gran Bretagna non aveva ricevuto particolare attenzione durante la campagna referendaria e anzi i sostenitori del *Vote Leave's* affermavano che per i primi non vi sarebbe stato nulla da temere. Invero, subito dopo il voto del 23 giugno 2016, il destino tanto dei residenti UE in Gran Bretagna quanto dei britannici in Europa è divenuto uno dei temi più spinosi. In assenza di specifici accordi o decisioni unilaterali del Governo britannico o dell'UE, infatti, non è agevole ritenere (e comunque far valere) che gli uni e gli altri possano vantare “diritti di cittadinanza” europea una volta venuta meno la condizione (appartenenza del cittadino a uno Stato UE) su cui la cittadinanza europea si fonda⁸. Posto che l'UE e gli Stati membri hanno da tempo annunciato che continueranno ad applicare le regole della cittadinanza europea ai cittadini britannici, la questione è se per i cittadini europei residenti regolarmente nel Regno Unito al momento della fuoriuscita si preveda un trattamento specifico, posto che tra gli elementi di relativa certezza vi è il fatto che Brexit porrà fine alla libertà di circolazione e stabilimento⁹. La prospettiva di riprendere il controllo delle frontiere e dell'immigrazione ha costituito probabilmente il fattore determinante per l'esito referendario¹⁰. Questo aspetto è a sua volta strettamente connesso con la posizione negoziale britannica di trattare termini e condizioni della fuoriuscita insieme a quelli delle future rela-

(8) V. però P.P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, cit., nota 1, sulla necessità costituzionale della tutela dei “diritti acquisiti”.

(9) Utile consultare il documento *Citizens' rights* del 31 agosto 2017 TF50 (2017) 16, predisposto dalla *Task Force for the Preparation and Conduct of the Negotiations with the United Kingdom under Article 50 TEU and the UK*, reperibile sul sito *web* TF50.

(10) Francesco Bilancia in questo fascicolo si occupa della sovraesposizione del tema durante la campagna referendaria.

zioni. In tal modo concessioni sullo *status* dei cittadini UE in Gran Bretagna potrebbero pesare sul piatto della bilancia nel tentativo di continuare a fruire delle altre libertà, in particolare il libero commercio e l'unione doganale¹¹. In merito a tale prospettiva le istituzioni europee hanno mantenuto una totale chiusura sulla base del principio che le regole del mercato interno non possono essere oggetto di “*cherry picking*”. Ponendo in parte fine a una posizione ambigua, in cui non pareva precludersi al legislatore britannico di modificare i diritti dei cittadini UE già residenti,¹² nel discorso di Firenze Theresa May ha dichiarato di volere inserire nell'accordo di “separazione” una clausola sulla protezione giuridica dei cittadini UE residenti in Gran Bretagna. In un passaggio del discorso la Premier afferma che l'accordo sarebbe incorporato nell'ordinamento britannico in modo da assicurare che i giudici possano fare direttamente riferimento a esso. La May si spinge fino a riconoscere un ruolo per la Corte di giustizia su future controversie sui diritti derivanti dalla cittadinanza europea: «*I want UK courts to be able to take into account the judgments of the European Court of justice with a view to ensuring consistent interpretation*». Questa frase, peraltro, lascia nel vago se questa interpretazione conforme che tenga conto della giurisprudenza della Corte di giustizia implichi il mantenimento di un ambito di intervento della Corte stessa in controversie instaurate dinanzi a corti britanniche.

Si tratta, comunque, di una concessione significativa, considerando che insieme al controllo dell'immigrazione, il più ricorrente bersaglio dei sostenitori di Brexit è la soggezione alle corti europee quale principale *vulnus* alla sovranità nazionale. Su questo punto si tornerà nel paragrafo 4 da un altro punto di vista.

(11) In una bozza di documento sulla politica per l'immigrazione post-Brexit dell'*Home Office* recante il timbro “*Officially sensitive*” (trapelata sul “*Guardian*” nel mese di settembre 2017) si legge che «*we are seeking a fair and reciprocal deal for those UK nationals who are resident in the EU*».

(12) S. CURRIE, *Reflecting on Brexit: migration myths and what comes next for EU migrants in the UK?*, in *Journal of Social Welfare and Family Law*, 38, 3, 2016, pp. 337-342, considera il potenziale impatto di Brexit sull'assistenza sociale dei migranti europei in Gran Bretagna e viceversa, evidenziando il grado di incertezza che circonda questo tema e i problemi giuridici che l'uscita dall'UE solleva.

3.3. *La questione irlandese*

Nel discorso di Firenze non vi sono però indicazioni di sorta sulla terza questione, quella irlandese. Su essa si soffermano tanto Frosini quanto Leyland. Il primo mette in luce le gravi conseguenze di Brexit sotto il profilo tanto economico quanto sociale e politico, che potrebbero favorire l'avvio di un processo di riunificazione irlandese. Il secondo mette in guardia sul fatto che il processo di devoluzione in Irlanda del Nord si è articolato su accordi sovra-nazionali coinvolgenti la Repubblica d'Irlanda a loro volta fondati sulla comune qualità di Stati membri UE di quest'ultima e del Regno Unito. Pertanto Brexit, secondo Leyland, potrebbe persino destabilizzare gli accordi di pace del Venerdì Santo e il *Northern Ireland Act* 1998. Per queste ragioni l'Unione europea insiste sul punto di attendere una proposta concreta per risolvere il problema del confine da ripristinare con l'Irlanda da parte del Regno Unito come parte essenziale dell'accordo di fuoriuscita¹³.

In conclusione, a oltre un anno dal *referendum*, il futuro dei rapporti tra Regno Unito e Unione europea è ancora avvolto nella nebbia.

4. *Dalla grande abrogazione alla grande incorporazione. Cosa resta della sovranità parlamentare?*

Venendo al secondo corno, Leyland sintetizza assai efficacemente la notevole complessità del processo occorrente per “disticare” l'ordinamento britannico da quello europeo, ricorrendo alle nozioni di ordinamento multilivello e multistrato, nel quale vale a dire vi sono sia relazioni complesse tra livelli di governo tanto infra- quanto sovra-statali sia relazioni orizzontali tra settore pubblico e settore privato. Matrice fondamentale di questo ordine è proprio l'integrazione europea e l'emergere di una *governance* complessa generata da una fitta rete di regolazioni emanate da svariate istituzioni che incidono soprattutto nel campo delle attività economiche. “Rimpatriare” il potere normativo al fine di intervenire in via unilaterale su tale sistema è operazione molto delicata e probabilmente velleitaria.

(13) In tema v. B. DOHERTY, J. TEMPLE LANG, C. MCCRUDDEN, L. MCGOWAN, D. PHINEMORE, D. SCHIEK, *Northern Ireland and Brexit: the European Economic Area option*, in *European Policy Centre*, 2017, www.epc.eu.

L'idea alla base di ciò che era stato battezzato “*Great Repeal Bill*”, il disegno di legge della “grande abrogazione” e che oggi – con più britannico *understatement* si chiama semplicemente “*Withdrawal Bill*” (disegno di legge sul recesso) – tiene parzialmente conto dell'enormità di tale compito di riposizionamento normativo. L'idea è, infatti, quella di accompagnare alla abrogazione della legge del 1972 di adesione alla Comunità europea, una clausola di incorporazione di tutta la normazione UE nell'ordinamento giuridico del Regno Unito. Si tratta, in sostanza, di una sorta di “naturalizzazione” del diritto europeo nel “libro delle leggi” britannico, vale a dire, in altre parole, di un rinvio non ricettizio.

Il disegno di legge precisa che la legislazione post-Brexit avrà forza abrogativa («*will take precedence*») su quella dell'Unione incorporata, ma che in caso di conflitto tra una norma UE incorporata e una pre-Brexit puramente domestica la prima continuerà a dover essere applicata. Le norme di provenienza europea sono tanto quelle domestiche derivate dal diritto UE quanto le norme comunitarie aventi effetto diretto. Tra le prime vi sono, in primo luogo, numerosi atti normativi secondari di recepimento di direttive comunitarie di competenza del Governo o di autorità amministrative – cosiddetti *statutory instruments* – che se non venissero salvati dalla clausola di incorporazione sarebbero travolti al momento del recesso. Tra queste norme UE-derivate vi sono, in secondo luogo, le direttive recepite con legge, per le quali a rigore l'incorporazione sembrerebbe superflua, visto che sono già parte dell'ordinamento interno. Ma il fatto di essere trattate alla stregua di norme UE-derivate ha conseguenze di rilievo. Secondo il disegno di legge, infatti, tutte queste, indipendentemente dall'atto fonte con cui sono state emanate, da un lato, continuano a operare come limite ai poteri di Scozia, Irlanda del Nord e Galles e, dall'altro, sono soggette a un consistente potere di revisione da parte del Governo. Quest'ultimo è l'aspetto più controverso del disegno di legge, su cui si tornerà tra un momento.

Le norme aventi effetto diretto sono i regolamenti nonché le altre disposizioni (in special modo dei Trattati e delle direttive) dai quali sono stati derivati diritti, poteri, obbligazioni, ecc. Queste seconde sono recepite a condizione che siano di un “tipo” già “riconosciuto”

dalla Corte di giustizia o da una corte (o *Tribunal*) del Regno Unito in un caso deciso prima dell'*exit day*. In questa circostanza evidentemente l'incorporazione avviene rispetto a un materiale che presenta margini indeterminati e spetterà in molti casi alle corti stabilire quali siano tali diritti, poteri, ecc., con decisioni che si stabilizzeranno soltanto quando si sarà formata una sorta di meta-giurisprudenza con valore di precedente. Da notarsi che la Carta dei diritti fondamentali non sarà oggetto di incorporazione. Il disegno di legge precisa che questo non impedisce la ricezione di qualunque diritto fondamentale o principio che esista indipendentemente dalla Carta e che a tale fine ogni riferimento alla Carta nella giurisprudenza deve essere inteso come se fatto a qualunque corrispondente diritto fondamentale o principio altrimenti recepito¹⁴.

Tutte le norme a effetto diretto, non essendo parte dell'ordinamento britannico, al momento di Brexit cesserebbero di avere efficacia senza la clausola di incorporazione. In breve, è come se tutti i suddetti tipi di norme venissero a formare una nuova categoria di norme giuridiche "comunitarie preservate" con caratteristiche specifiche rispetto alle norme giuridiche ordinarie. Esse presentano, infatti, al tempo stesso maggiore e minore forza di resistenza rispetto alle norme giuridiche di "pari grado". A dire il vero per le norme aventi effetto diretto non si precisa neanche quale sia il loro rango formale, vale a dire se vengano recepite come leggi (*statute*) o fonti secondarie. In ogni caso, come visto, tutta questa nuova categoria di "norme comunitarie preservate" prevale sui poteri devoluti e continua a godere di una sorta di ultrattività del principio di supremazia del diritto comunitario. In questo senso esse hanno una maggiore forza di resistenza. Hanno una minore forza di resistenza, però, se si guarda al mecca-

(14) Quello che questa formula un po' ambigua vuole intendere è che non vi sono diritti fondamentali nella Carta europea che non siano già presenti nell'ordinamento britannico per effetto del *Human Rights Act* o del *common law*. Nel Libro bianco del marzo 2017 *Legislating for the United Kingdom's withdrawal from the European Union*, presentato dal *Department for Exiting the European Union*, si giustifica questa scelta sulla base del fatto che la Carta non è stata creata per generare nuovi diritti, ma solo per rendere più visibili diritti già esistenti e che in ogni caso il solo ambito di applicazione della Carta è nei rapporti che coinvolgono direttamente le istituzioni europee e che quindi non sarebbe giusto consentire di ricorrere a essa per azioni giurisdizionali nei confronti del Governo britannico.

nismo che viene previsto per risolvere le incongruenze (*deficiencies*) che emergeranno dall'operare della clausola di incorporazione¹⁵. Ogni Ministro della Corona può apportare modifiche al corpo normativo in questione introducendo ogni misura che ritenga appropriata sia per risolvere problemi di effettività sia per correggere qualsivoglia *deficiency*. Tali "regolamenti", recita una delle disposizioni, possono disporre qualunque previsione che potrebbe essere contenuta in una legge del Parlamento. Si tratta di quelli che gli studiosi inglesi chiamano "*Henry VIII powers*"¹⁶. Il problema è che tali poteri non saranno impiegati soltanto per introdurre aggiustamenti "tecnici", per esempio riferimenti a istituzioni europee non più appropriati nel nuovo contesto, ma per apportare ogni genere di innovazione, come per esempio quelle che emergeranno dal progredire dei negoziati, a esclusione solo di nuove fattispecie incriminatrici, nuove tasse, norme che riguardino la devoluzione e il *Human Rights Act 1998* e norme retroattive.

Il contrappeso a queste ampie prerogative ministeriali è oltremodo blando: una limitazione del periodo di vigenza di tali prerogative, che spireranno entro i due anni successivi al giorno della fuoriuscita¹⁷, e per la quasi totalità di esse la sola possibilità che il Parlamento le annulli in via successiva¹⁸. Come quasi unanimemente hanno notato studiosi e commentatori britannici, si tratta di un sistema che determina un'abnorme sovraesposizione del potere esecutivo nei confronti del Parlamento, incompatibile con il principio di legalità. La

(15) Conviene riportare la *clause 7* del disegno di legge rubricata *«Dealing with deficiencies arising from withdrawal»*.

(1) A Minister of the Crown may by regulations make such provision as the Minister considers appropriate to prevent, remedy or mitigate –

(a) any failure of retained EU law to operate effectively, or

(b) any other deficiency in retained EU law, arising from the withdrawal of the United Kingdom from the EU».

(16) P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, Hart, 2012, p. 81.

(17) A sua volta termine incerto stante le suddette ipotesi di slittamento e soprattutto il fatto che l'*exit day* può essere stabilito negli stessi atti regolamentari in base alle circostanze del caso.

(18) Sulla inadeguatezza delle modalità dello scrutinio parlamentare sulla legislazione delegata in generale v. Hansard Society, *Taking Back Control and Beyond*, settembre 2017, www.hansardsociety.org.uk

stessa *Constitution Committee* della *House of Lords*, come ricordato da Leyland, ha rilevato che il *Withdrawal Bill* «è probabile comporti un enorme trasferimento di competenza legislativa dal Parlamento al Governo. Questo solleva preoccupazioni di carattere costituzionale essenziali, relative a un appropriato equilibrio di poteri tra il legislativo e l'esecutivo»¹⁹. E più di recente ha aggiunto che il disegno di legge «tesse un mosaico di poteri delegati che lascia senza fiato in termini di ampiezza e potenza»²⁰.

Tra le norme comunitarie preservate vi sono infine quelle di carattere giurisprudenziale, vale a dire create dalla Corte di giustizia, per la precisione i principi e le decisioni della Corte in relazione alle suddette categorie di norme che abbiano avuto effetto prima dell'*exit day*. Si tratta di una categoria che non sarà sempre facile distinguere da quella delle norme a effetto diretto ricavate dal Trattato o dalle direttive. La questione più dibattuta a questo riguardo è quella del ruolo dei giudici domestici sia come interpreti del diritto europeo "congelato" sia, eventualmente, del loro eventuale perdurante rapporto con la Corte di giustizia.

Secondo il disegno di legge, le corti britanniche non potranno più inviare questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia e non saranno più vincolate da alcun principio da questa espresso dopo Brexit. Esse potranno, tuttavia, fare riferimento a decisioni e principi elaborati dopo l'*exit day* se lo considereranno appropriato. Il Presidente della *Supreme Court* Lord Neuberger è intervenuto pubblicamente per esprimere la propria insoddisfazione per questa previsione, che apre a un'ampia discrezionalità giudiziale, chiedendo al Governo di dire chiaramente se la giurisprudenza delle corti UE vada osservata o meno. A suo avviso in certe aree, quali i futuri rapporti commerciali e la cooperazione in materia di sicurezza e terrorismo, sarebbe opportuno continuare a seguire le decisioni della Corte di giustizia co-

(19) *The 'Great Repeal Bill' and delegated powers, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 9th Report of Session 2016-17*, HL 123, 39.

(20) *European Union (Withdrawal) Bill, House of Lords, Select Committee on the Constitution, 3rd Interim Report of Session 2017-19*, HL Paper 19, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldconst/19/19.pdf>

me precedenti vincolanti. Tagliare di netto, tanto direttamente quanto indirettamente²¹, la giurisdizione della Corte di giustizia non è affatto semplice, soprattutto quando si parla di principi, di per sé vaghi, elaborati in un determinato contesto e oggetto di una trama che pur trapiantata in un nuovo ceppo (l'ordinamento britannico privato di quello UE) continua a essere sostanzialmente la medesima.

La soluzione adottata nel disegno di legge – affidarsi alla discrezionalità giudiziale al tempo stesso onorando il “dogma” del rimpatrio di ogni potere – è chiaramente all'insegna del salvare capra e cavoli. L'obiettivo di sbarazzarsi per sempre dei giudici di Lussemburgo, essendo parte essenziale della narrativa Brexit durante la campagna referendaria, è, difatti, uno di quelli irrinunciabili per il Governo Tory e questa è la ragione per cui il punto assume aspetti che travalicano quelli meramente tecnici.

Dal lato UE, la questione della giurisdizione della Corte di giustizia presenta l'ulteriore risvolto della tutela dei diritti dei cittadini europei stabilitisi in Gran Bretagna. Per i negoziatori UE questa deve essere necessariamente mantenuta in capo alla Corte, laddove la posizione britannica è che l'accesso alle corti domestiche è una garanzia più che sufficiente per tali cittadini.

5. Unione europea: verso un nuovo inizio o la dissoluzione?

Qualche parola infine su significato e impatto di Brexit sul resto d'Europa. Fragale analizza il fenomeno Brexit come sintomo di una crisi più generale dell'UE e degli Stati che ne fanno parte, la cui causa risiede nell'indebolimento dei circuiti nazionali della rappresentanza democratica, entro cui sono risolti i conflitti redistributivi, senza che se ne siano ricreati di nuovi nella dimensione sovra-nazionale. Bilancia, a sua volta, identifica nella crescente restrizione dei livelli di garanzia dei diritti sociali connessi alla libertà di circolazione il fattore comune che Brexit disvela. Fattore che accomuna quasi paradossalmente la giurisprudenza della Corte di giustizia, le tendenze

(21) Non appare particolarmente desiderabile, peraltro, una situazione in cui si dia forza vincolante a decisioni di un'autorità giudiziaria esterna escludendo ogni possibilità di dialogo diretto dei giudici domestici con la prima.

protezionistiche e regressive presenti in molti Stati e lo “spirito” che ha pervaso il *referendum* in Gran Bretagna.

Non è un caso che uno dei modi di considerare Brexit da una prospettiva più ampia è che esso segni l’inizio della fine del processo di integrazione europea, rinfocolando spinte centrifughe legate ai vari nazionalismi e favorite da oggettivi problemi di legittimazione e funzionamento delle istituzioni comunitarie²². Da un punto di vista giuridico-costituzionale tali problemi possono essere visti attraverso il prisma dell’art. 4.2 del TFEU, vale a dire valorizzando il senso di compromesso ed equilibrio tra “ragioni” dell’Unione ed esigenze di riconoscimento del ruolo delle entità nazionali e subnazionali che deriva dal dovere di rispetto dell’identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

La gestione di questo equilibrio è però alla fine demandata (lasciando qui da parte la questione dei controlimiti e degli accostamenti pluralistici al problema dell’ordine costituzionale europeo) alla Corte di giustizia, che non può non operare fissando dei confini non validabili dal punto di vista dell’ordinamento UE. Proprio l’attacco al ruolo di arbitro ultimo della Corte di giustizia – abbiamo visto – è tra i cavalli di battaglia di alcuni fortunati slogan dei *Brexiters* quali “*take back control*” o “*repatriate powers*”.

A ogni modo, sembra che lo *shock* causato dal *referendum* e dagli eventi successivi abbia in qualche modo posto in secondo piano il tema della crisi dell’UE e ricompattato i principali Stati membri e il Governo europeo dinanzi alla minaccia di mettere in discussione l’intero edificio sin qui comunque costruito, pur anche con le crepe che qua e là esso mostra. Nel discorso sullo stato dell’Unione pronunciato da Jean-Claude Juncker il 13 settembre 2017 si pone l’accento in modo apparentemente non solo rituale sulla necessità di un’Europa più forte, più unita e più democratica.

Siamo dinanzi al più classico dei bicchieri mezzo pieno o mezzo

(22) A. LAZOWSKI, *Brexit Referendum: Beginning of the End or Just a Turning Point?*, in *European Papers*, Vol. 1, No. 2, 2016, pp. 377-381, <http://europeanpapers.eu/en/e-journal/brexit-referendum-beginning-end-or-just-turning-point>.

vuoto. Chi guarda al bicchiere mezzo vuoto nota che UE e Gran Bretagna da sole saranno entrambe più deboli nello scacchiere mondiale o che Brexit segna l'avvio d'una inesorabile parabola discendente del processo d'integrazione. Chi guarda al bicchiere mezzo pieno nota, come ha fatto il Presidente del Consiglio UE Donald Tusk citando Nietzsche, che «ciò che non ci ucciderà, ci renderà più forti» oppure che in un'Europa a più decisa guida franco-tedesca – senza i liberisti britannici – il “modello sociale europeo” costituirà il cemento di un ordine europeo riformato a guida “euro”. Certo, un terzo interlocutore potrebbe obiettare: “ammesso che vi sia ancora un euro e che la ‘cura’ a base di *austerity* e misure per assicurare i mercati finanziari somministrata dalla *governance* di Eurolandia non abbia nel frattempo ucciso il malato”²³.

(23) V. per una analisi profondamente critica della “Costituzione materiale economica” dell'area euro E. CHRISTODOULIDIS, M. GOLDONI, *The political economy of European social rights*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, S. HALLIDAY (a cura di), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, Routledge, 2017, pp. 238-255.

Was It an Act of Self-Dissolution? Brexit and the Future of the United Kingdom*

Justin Orlando Frosini

Il saggio comincia sottolineando il notevole impatto che il referendum sulla Brexit dello scorso giugno 2016 ha avuto sul sistema politico e costituzionale del Regno Unito, per poi elaborare alcune riflessioni sul futuro del Regno Unito stesso dopo l'uscita dall'Unione europea. In particolare l'autore sottolinea come la Scozia, dopo aver votato a grande maggioranza per restare nell'Unione europea, si trovi ora in una situazione piuttosto difficile ossia una "no win situation". L'indizione di un altro referendum sull'indipendenza appare nel breve termine improbabile soprattutto per ragioni economiche e comunque in caso di vittoria del Sì non pare scontato che alla Scozia verrebbe concessa una procedura facilitata per riaccedere all'Unione europea. Inoltre, nelle elezioni lampo del giugno 2017, lo Scottish National Party ha perso 22 seggi, il che indebolisce ulteriormente le posizioni indipendentiste. L'autore procede poi descrivendo la situazione in Irlanda del Nord, che appare, da un punto di vista sia economico che politico, ancor più instabile di quella scozzese, anche in quanto sarebbe l'unica parte del Regno ad avere una frontiera terrestre con il resto dell'Unione europea. Passando ad analizzare i risultati delle elezioni dell'Assemblea nord-irlandese, l'autore osserva come i partiti pro-europei abbiano guadagnato terreno mentre il partito unionista di Arlene Foster (DUP) appare aver pagato un alto prezzo per il suo inspiegabile sostegno alla Brexit; tuttavia gli Unionisti si trovano ora a prestare un supporto decisivo a Theresa May dopo la perdita della maggioranza nella Camera dei Comuni alle recenti elezioni. Il ruolo chiave del DUP, assieme ai 12 seggi ottenuti dal partito conservatore in Scozia, pare nel breve termine poter scongiurare la dissoluzione del Regno Unito. Detto questo, un momento di "scontro" costituzionale fra il Governo centrale e le nazioni "devolute" appare inevitabile all'orizzonte con riguardo al Great Repeal Act.

(*) This article is the result of research carried out at the Center for Constitutional Studies and Democratic Development (CCSDD) and funded, among others, by the *George Lawrence Abernethy Endowment*. I would like to thank Tyler Lee and Viktoria Vogt for their precious research assistance.

1. «Great Brexpectations»: *The Perspectives for the United Kingdom and Its Constituent Nations after the Brexit Referendum*

Prime Minister David Cameron resigns; the Labour shadow cabinet declares that it no longer has confidence in the leader of the Labour Party (who is however subsequently re-elected by party members on 24th September); the leader of the Scottish National Party Nicola Sturgeon raises the prospect of a second independence referendum for Scotland; Sinn Féin calls for the reunification of Ireland. All of these events were front-page news in the wake of the Brexit vote. The decision by the majority of British voters (*rectius* English and Welsh voters) to leave the EU has had a seismic effect on the political and constitutional system of the United Kingdom. Brexit is a multi-faceted issue: one could focus on the lively debate between British constitutional lawyers as to whether Article 50 of the EU Treaty is revocable¹; one could discuss the impact of Brexit on the governmental system and on political parties; one could analyse the ramifications of Brexit for fundamental rights and so forth. In fact, there is no doubt that much ink will be spilled concerning this issue over the coming months (and perhaps years). In the meantime, this article will examine the consequences of Brexit for the UK's own union².

Even prior to the vote that was held on 23rd June, a number of commentators had stressed the fact that the referendum was not only about the relationship between the United Kingdom and the European Union, but also about the very future of the United Kingdom. Almost all pundits forecast a victory for *remain* in both Scotland and Northern Ireland and therefore that the vote in England – which accounts for 80.9% of the British population – would be decisive. And this is how it turned out. The 23rd June referendum was in effect a “reverse” *West Lothian Question* where rather than having Scottish MPs voting on laws that ap-

(1) See Pietro Manzini contribution herein.

(2) On the effects of Brexit for the United Kingdom see, among others, R. HAZELL, A. RENWICK, *Brexit: its Consequences for Devolution and the Union*, UCL Constitution Unit Briefing Paper, 2016, pp. 1-5; S. DOUGLAS-SCOTT, *British withdrawal from the EU: an existential threat to the United Kingdom?*, <http://www.centreonconstitutionalchange.ac.uk/blog/british-withdrawal-eu-existential-threat-united-kingdom>, 2014.

ply only in England, English voters decided that Scotland and Northern Ireland would have to leave the European Union in spite of the fact that both nations had voted to remain. The “multi-national” State of the United Kingdom has thus been split in half, with two nations in favour of Brexit and two against. There will now inevitably be speculation as to whether all of this has triggered an unstoppable process which will lead to the breakup of the United Kingdom³.

2. *Is Scotland in a «No Win Situation»?*

We shall start with Scotland, where the situation is somewhat paradoxical, given that less than three years ago a referendum on Scottish independence was held in which it was stressed that the vote concerned «two unions and not only one»⁴. There was in fact little doubt that, in the event of its secession from the United Kingdom, the rest of the country would have remained a member of the European Union as the “successor State”, whilst Scotland would have had to apply as a new State⁵. Many consider precisely the “European question” to have been one of the decisive elements in securing a victory for the “No” side in 2014, along with the economic risks, which will be considered below. Two years later, Scotland is still part of the United Kingdom, but precisely for this reason it is highly likely that it will have to leave the very European Union that two Scots out of three want to remain part of⁶.

During the upheaval in the immediate aftermath of the referendum, Scottish First Minister Nicola Sturgeon appeared as the operator with the coolest head and a definite plan, acting almost as if she were the head of government of an independent country. Three days after the

(3) J.O. FROSINI, *Il referendum sulla Brexit: verso la dissoluzione del Regno Unito?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 3, 2016, pp. 831-832; Id., *Una doppia secessione? Il futuro del Regno Unito dopo la Brexit*, in C. Martinelli (ed.), *Il referendum Brexit e le sue ricadute costituzionali*, Maggioli, forthcoming.

(4) J.O. FROSINI, *L'indipendenza della Scozia: l'uscita da due unioni?*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2013, p. 442-446.

(5) J. CRAWFORD, A. BOYLE, *Annex A Opinion: Referendum on the Independence of Scotland – International Law Aspects*, UK Government, 2012, pp. 98-104.

(6) J.O. FROSINI, *Il referendum sulla Brexit*, cit., p. 832.

vote, the First Minister declared that the Holyrood Parliament would take steps to defend the interests of Scotland basically suggesting that it could veto the triggering of Article 50 of the EU Treaty. The overwhelming majority of legal scholarship – including strongly anti-Brexit commentators – immediately responded that, in legal terms, Scotland could not prevent the British Government from starting the process of the United Kingdom's withdrawal from the EU. For example, according to constitutional lawyer Mark Elliot, even following the launch of the process of devolution in 1998, the sovereignty of the Westminster Parliament remains undisputed as the Sewel Convention⁷ stipulates that the UK Parliament cannot legislate without the consent of the national assemblies only in relation to devolved matters, whilst the European Union and more generally international treaties are reserved to Westminster⁸. As we shall see this position was then confirmed by the Supreme Court in the famous Miller case (see, *infra*, §5).

Again a few days after the vote (on 26th June 2016) an opinion poll published in the Sunday Times rekindled the hopes of secessionists. In the light of the Brexit referendum, it reported that a majority of Scottish voters now backed independence from the United Kingdom (52% against 48%), thereby reversing the position in the 2014 vote.

On the following day, during an extraordinary session of the European Parliament called to discuss Brexit, the Scottish National Party MEP Alyn Smith gave a speech that appeared almost as a plea for help: "Scotland did not let you down. Please, I beg you, do not let Scotland down now". The appeal was followed by a standing ovation in the chamber.

Finally, on 29th June – again with the air of the head of an independent government – Sturgeon flew to Brussels where she met Commission President Juncker and the then President of the European Parliament Schultz (although not the President of the European Union Tusk,

(7) J. GALLAGHER, *Conventional Wisdom: Brexit, Devolution and the Sewel Convention*, A Gwilym Gibbon Centre Working Paper, Work in progress, v. <http://ggcpp.nuff.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2017/02/Conventional-wisdom-Brexit-Devolution-and-the-Sewel-Convention.pdf>. Also Peter Leyland's contribution herein.

(8) M. ELLIOT, *Can Scotland block Brexit?* Public Law for Everyone, <https://publiclawforeveryone.com/2016/06/26/brexit-can-scotland-block-brexit/>, 2016.

who considered that it would not be appropriate to meet the Scottish First Minister). Both Juncker and Schultz expressed their solidarity with Sturgeon and the people of Scotland, but nothing more.

As time passed by, however, the new secessionist drive started to fizzle out: according to a YouGov survey published by the Guardian, 53% of Scottish voters wanted to remain part of the United Kingdom despite the prospect of leaving the EU, a trend which has subsequently been confirmed⁹. In the meantime, the spirits of nationalists were further chilled by the publication of the Gers (Government Expenditure and Revenue Scotland) report on 24th August 2016, which stated that Scotland had accumulated a notional deficit for financial year 2015-2016 of more than 14 billion pounds, largely due to the low price of North Sea oil. This inevitably raises a question concerning the effects that these figures would have had if Scotland had chosen to become independent. In fact, they confirm beyond doubt the argument of those who opposed independence in 2014, i.e. that it would amount to a massive gamble in economic terms. It is sufficient to note that only four years ago Scottish income from Brent amounted to 10 billion pounds, whilst in 2016 tax receipts had fallen to only 60 million pounds. The comments made by Scottish Liberal Democrat leader Willie Rennie were amongst the sharpest, asserting that «The nationalists' case for independence has been swallowed up by a £14bn black hole», adding that «... It's a dark day for Scottish nationalism but it is even darker for the Scottish economy. The oil shock and the Brexit shock should not be compounded by an independence shock».

Scotland is thus in a blind alley¹⁰. On the one hand, it does not have any legal or constitutional powers that would enable it to veto the United Kingdom's withdrawal from the EU. On the other hand, the highly

(9) N. KHOMAMI, *No real shift towards Scottish independence since Brexit vote – poll*, The Guardian on-line, 2016.

(10) On the options that are available to Scotland after the referendum see M. FLETCHER, R. ZAHN, *What options are available to Scotland to remain within the EU given the "Brexit" referendum result?*, in *Edinburgh Law Review*, 21(1), 2017, pp. 98-103. Of particular interest is Jacques Hartmann's thesis that the Faroe Islands might constitute a model for Scotland: J. HARTMANN, *The Faroe Islands: possible lessons for Scotland in a new post-Brexit devolution settlement*, in *Edinburgh Law Review*, 2017, forthcoming.

unfavourable economic data published in August 2016 appear to have reduced the likelihood of the nationalist government headed by Nicola Sturgeon calling for a second independence referendum in the near future¹¹. Furthermore, many authors are convinced that even today if Scotland did become independent a special deal for fast-track re-entry into the EU would be unlikely¹².

Finally, as we will see in more detail below, the poor result of the SNP at the general election on 8th June 2017 seems to have weakened the nationalists, position even further.

3. Northern Ireland: a Return to the Troubles or Reunification of the Emerald Ireland?

In some ways the Northern Irish question is even more delicate than the Scottish question since, were the United Kingdom to leave the EU, the only land border between it and the European Union would be the one with the Republic of Ireland¹³ and there is widespread concern at the idea that, after many years of free movement and relative peace, the country might risk returning to a heavily guarded border, resulting once again in tensions in frontier areas¹⁴.

Paradoxically, the Brexit referendum was a political victory for nationalists from Sinn Fein, who backed the Remain campaign, whilst the Democrat-

(11) J. GALLAGHER, *The Scottish government's Brexit paper suggests that the last thing Nicola Sturgeon wants is an independence referendum*, The Constitution Unit, 21st December 2016, <https://constitution-unit.com/2016/12/21/the-scottish-governments-brexit-paper-suggests-that-the-last-thing-nicola-sturgeon-wants-is-an-independence-referendum/>.

(12) P. ANDERSON, *Scotland, Brexit and Spain: A special deal for Scotland is unlikely*, *blogs.lse.ac.uk/europpblog/2017/01/16/scotland-brexit-and-spain/*, 16th January 2017.

(13) V. GRAVEY, *Brexit and UK-Irish relations: between low and high politics?*, King's College London, 2016, <http://ukandeu.ac.uk/brexit-and-uk-irish-relations-between-low-and-high-politics/>; A. GODDEN, C. McCORMICK, *A New Relationship? Brexit, Republic of Ireland and Northern Ireland*, Royal Irish Academy, Constitutional Conversations, N. 3, 6 May 2016 https://www.ria.ie/sites/default/files/brexit_report.pdf.

(14) E. BURKE, *Who will speak for Northern Ireland*, The RUSI journal, 161:2, 2016, pp. 4-12; A. SMITH, M. McWILLIAMS, P. YARNELL, *Does Every Cloud Have a Silver Lining?: Brexit, Repeal of the Human Rights Act and the Northern Ireland Bill of Rights*, in *Fordham International law Journal*, 1, 2016, pp. 79-130; F. BIONDI, I. GONCALVES RAPOSO, *The impact of Brexit on Northern Ireland: a first look*, <http://bruegel.org/2016/12/the-impact-of-brexit-on-northern-ireland-a-first-look/>, 2016.

ic Unionist Party and First Minister Arlene Foster supported Leave. In fact, a majority of Northern Irish residents (56%) voted to remain in the EU, and the party of the then Deputy First Minister the late Martin McGuinness¹⁵ started making hay over the fact that the wishes of a majority of Northern Irish voters would not be respected thanks to the (“treacherous”) English, who would force the six counties out of the EU. It is no coincidence that the party headed by Gerry Adams, which is represented both in the Stormont Assembly and the Dublin Parliament, has called for a border poll on Irish reunification. Even more significant, the then Irish Prime Minister Enda Kenny and Micheál Martin, the leader of the largest opposition party Fianna Fail, also called for a debate regarding a referendum on the issue of reunification.

There is no doubt that the vote of 23rd June has profoundly altered the political situation in Northern Ireland and it would not be overly audacious to bet that Northern Ireland may not even exist in the not too distant future¹⁶. Leaving aside the well-founded fears of a return to violence were a hard border to be created between the two parts of the Emerald Isle, another factor of major concern is the negative economic effects that would result from withdrawal from the EU. In fact, according to a number of commentators these effects could be disastrous¹⁷. In February 2016, a report com-

(15) S. FENTON, *Brexit will have a “devastating” impact on Ireland, Martin McGuinness warns*, The Independent on-line <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/brexit-ireland-economic-impact-devastating-martin-mcguinness-a7364961.html>, 2016.

(16) Also see: IRISH CONGRESS OF TRADE UNIONS, *The Case Against Brexit*, http://www.ictu.ie/download/pdf/brexit_briefing_paper.pdf.

(17) On the economic effects of Brexit for Northern Ireland see A. BARRETT, A. BERGIN, J. FITZGERALD, D. LAMBERT, D. MCCOY, E. MORGENROTH, I. SIEDSCHLAG, Z. STUDNICKA, *Scoping the Possible Economic Implications of Brexit on Ireland*, Research Series, n. 48, November, The Economic and Social Research Institute, Dublin, 2015, pp. i-73; J. BRADLEY, *Brexit, Northern Ireland and the Island Economy: An Update*, The Institute of International and European Affairs, Dublin, 2015, pp. 1-7. P. MAC FLYNN, *The Economic Implications of Brexit for Northern Ireland*, Nevin Economic Research Institute Working Paper Series, April, 2016, pp. 1-31. For a specific study on the effects for the agri-food sector see M. ALLEN, *Northern Ireland’s agri-food sector - background and possible “Brexit” considerations*, Northern Ireland Assembly, Research and Information Service Briefing Paper, 22 September 2016, pp. 1-25. Finally for an analysis of the economic effects on all the devolved nations see: UK PARLIAMENT, *Inquiry on political and economic implications of Brexit for Scotland, Wales and Northern Ireland, and on the devolution settlement as a whole*, <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/lords-select/eu-select-committee-/inquiries/parliament-2015/brexit-devolution/>, 2017.

missioned by the Northern Irish Ministry for Enterprise, Trade and Investment was published in which it is clearly stated that the risks associated with Brexit would be much more serious for Northern Ireland compared to the rest of the United Kingdom. In fact, whilst it was considered that GDP would fall for the United Kingdom as a whole by between 0.1 and 4%, the reduction in GDP for Northern Ireland could amount to as much as 5.6%¹⁸. In other words, to borrow the analogy used by Kevin Meagher in a *New Statesman* article¹⁹, if the United Kingdom risks catching a cold from leaving the EU, Northern Ireland is risking full-blown influenza. Even were Theresa May to be successful in negotiations with the EU in maintaining access to the single market, the loss of agricultural subsidies and regional development funds would be a massive blow to the Northern Irish Government.

Between 2007 and 2013, Northern Ireland received a total of 2.4 billion pounds and the agreements concerning regional development funds through to 2020 are vital for this country's economic strategies and innovation²⁰. Northern Ireland would be damaged not only by the fact of no longer being a "point of entry" to the European single market, but also by the increase in transaction costs, which would constitute a significant block on economic cooperation with the Republic of Ireland. There are obviously also concerns regarding the possible deterioration of commercial relations between the six counties and the Republic of Ireland. It was no coincidence that on 4th July 2016 the Northern Ireland Chamber of Commerce signed a cooperation agreement with the Chamber of Commerce of the Republic of Ireland with the aim of enhancing interaction between businesses throughout the island²¹.

In the meantime, there has been a spike in Irish passport applications, so much so that in recent months some Belfast post offices ran out of the

(18) OXFORD ECONOMICS, *The Economic Implications of a UK Exit from the EU for Northern Ireland*, London, 2016.

(19) K. MEAGHER, *Brexit is the beginning of the end for Northern Ireland*, *The New Statesman*, 2016.

(20) L. BUDD, *The Consequences for the Northern Ireland Economy from a United Kingdom exit from the European Union*, Briefing Note: CETI/OU, 2/15, 2015, p. 13.

(21) J.O. FROSINI, *Il referendum sulla Brexit*: cit, pp. 833-835.

necessary forms. As a striking demonstration of the disruptive effects of Brexit, no other than the son of the hard-line unionist Ian Paisley – the historic leader of the Democratic Unionist Party and former First Minister – recommended that residents of his constituency in North Antrim apply for an Irish passport ... an assertion that only a few months ago would have been absolutely inconceivable from a radical unionist.

Another effect of the instability caused in Northern Ireland as a result of Brexit is that the province will become an increasing financial burden for the British Exchequer. In fact, even now one in three people works for the public sector and the fiscal deficit is so high that the Treasury is forced to transfer a subsidy of around 9 billion pounds each year. One must really wonder how long English taxpayers will be willing to continue to pick up the tab for such a minuscule part of the population of the United Kingdom²². The agreement between the Tories and the DUP after the election on 8th June 2017 (see, *infra*, § 8) with more money promised for Northern Ireland might increase this disgruntlement even further.

If these are the effects of a withdrawal from the EU, one must inevitably ask what the effects of Irish reunification would be. In 2015 a large-scale study coordinated by Kurt Hübner from the University of British Columbia demonstrated that Irish reunification would generate 36 billion euros over the first eight years, with benefits in particular for Northern Ireland²³. In short, economic studies demonstrate that Northern Ireland would have a lot to gain from leaving the United Kingdom and reuniting with the Republic of Ireland. This however is an economic argument, which does not take account of the political and legal obstacles that would arise in the event that a process to reunify the island of Ireland were launched.

The Good Friday Agreement from 1998 stipulates that the constitutional and legal status of Northern Ireland cannot be altered without the support of a majority of unionists, which means that, as things stand, it is

(22) S. FENTON, *Northern Ireland will suffer because of Brexit, but the mainland couldn't care less*, The Independent on-line, v. <http://www.independent.co.uk/voices/northern-ireland-brexit-land-border-republic-of-ireland-checkpoints-eu-funding-sovereignty-a7379246.html>.

(23) KLC CONSULTING, *Modeling Irish Unification*, Harvard Club, New York, 2015.

highly unlikely that the North could be reunited with the rest of the island. That said, were Northern Ireland really to suffer long-term pain as a result of the economic effects of Brexit, then reunification with Ireland and the resulting “reincorporation” into the European Union could become an attractive choice not only for the nationalist community, but also for unionists.

All of this appeared to be confirmed by the early elections in Northern Ireland (see, *infra*, § 4).

4. The Effect of Brexit on the Elections in Northern Ireland: a Clear Victory for the Remainers

On 2nd March 2017 early elections were held for the Northern Ireland Assembly due to the resignation of the then deputy First Minister the late Martin McGuinness in dissent on what he considered to be the poor management of a renewable energy programme (though his bad state of health, which led to his parting just a few weeks later, was also considered to be another factor that led to the early dissolution). These elections were called for by Sinn Féin with the aim of gaining seats from the Democratic Unionist Party, *i.e.* the two parties at the opposing ends of the political spectrum and who had diametrically opposite positions on Brexit.

In analysing the results of the elections one should bear in mind that the electoral system that is used is the Single Transferable Vote (STV) which is based on multiple preferences.

The elections re-confirmed the DUP as the first party in Northern Ireland but with a slight decrease with respect to the previous election (-1.1%) and 28 seats (out of 90). All of this should be considered in the light of a considerable increase in turnout (64.8%, compared to 54.9% in 2016). Although by a very slender margin the DUP remained the largest party it lost ten seats in the assembly.

Sinn Féin won 27 seats, thus drastically closing the gap on the DUP. The percentage of first preferences was 27.9%, an increase of 3.9% in comparison to the previous election. The Ulster Unionist Party got 12.9%, with a 0.3% with respect to 2016 and ten seats, while the pro-remain Social Democratic and Labour Party (SDLP) became the third largest party with 11.9% of first preferences and 12 seats in the Assembly.

Alongside Sinn Fèin the other party that did surprisingly well was the anti-Brexit Alliance Party with 9 seats.

One could thus affirm that these elections saw a “Brexit effect”. The clear winner was Sinn Fèin, which clearly aims at gaining the support of the majority of “remainers” in Ulster and to push its agenda forward. Reunification with the Republic of Ireland is certainly an objective and Brexit has given new life to the republicans. One should note, however, that both the UUP and the SDLP are in favour of Brexit, given the “unionist” nature of the former and the affiliation to the Labour Party of the latter²⁴. As underlined above the Alliance Party is staunchly remain.

5. The Miller Judgment: Scotland, Wales and Northern Ireland Do Not Have a Veto Power

Probably, in hindsight Theresa May regrets following this path, but it is common knowledge that after the referendum the government claimed that, on the basis of the Crown’s treaty-making prerogative, it had the power to trigger withdrawal under Article 50 without a vote in Parliament. This was contested by numerous legal scholars and politicians. The British-Guyanese entrepreneur Gina Miller took her adversity a step further and challenged this assumption by way of judicial review in front of the High Court and indeed the latter handed down a decision in her favour²⁵. The hysterical reaction of the Europhobic English tabloids bears vivid testament to the importance of the High Court judgment. The Daily Mail defined the three judges “Enemies of the People!” posting their “mugshots” on its front page, the Sun spoke of a “bombshell judgment”, the Daily Express evoked Churchill’s famous speech, “we shall fight them on the beaches”, and even the usually composed, albeit Eurosceptic, Daily Telegraph opened with “Judges vs the People”. Never in the history of the United Kingdom has there been such a vehement attack against the

(24) See *SDLP urges Sinn Fèin to take Commons seats for Brexit deal*, dal Belfast Telegraph (25/1/2017) <http://www.belfasttelegraph.co.uk/news/brexit/sdlp-urges-sinn-fein-to-take-commons-seats-for-brexit-vote-35395550.html>.

(25) For a more detailed description of the Miller judgment see Peter Leyland’s contribution to this special issue herein.

judiciary, so much so that Justice Minister Lizz Truss was heavily criticised for her silence, and when the Minister finally intervened in defence of the British justice system, many observers in any case noted that it had been “*too little too late*”. However, this reaction by the tabloids must come as no surprise as for years they have been fiercely critical of everything that has anything to do with Europe, creating a strong sense of hostility (if not even full-blown hatred) towards the European institutions²⁶.

Turning now to the judgment in *R (Miller) v Secretary of State*, one could assert that the decision is a brief summary of British constitutional law²⁷. In fact, this judgment is a pleasure to read for comparative public law enthusiasts and it is immediately apparent that it was written by a bench of highly refined jurists. One thing that is striking to discover is that the Government did not seek to assert that the referendum of 23rd June was legally binding. Nevertheless, with a highly refined style, the High Court seized the opportunity, even though it was not obliged to do so given that the legal question related to the limits on the exercise of the royal prerogative, to reiterate that the referendum was only *advisory*. Paragraphs 105 to 108 are an extremely important part of the judgment and a very useful instrument for refuting all those who have asserted the view over the last year that, in enacting the *Referendum Act 2015*, Parliament had “delegated” to the British people the decision over whether or not the United Kingdom was to remain in the European Union. This, however, was not the case, as was clearly explained to Members of Parliament in a briefing paper²⁸ published on 3rd June 2015, which was also cited in the High Court judgment (see para. 107). In fact, in the section entitled «Types of referendum» it is stated that:

«This Bill requires a referendum to be held on the question of the UK’s continued membership of the European Union (Eu) before the end of 2017. It

(26) J.O. FROSINI, *The High Court “Trumps” the May Government: La Sentenza R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union... E adesso?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, 2016.

(27) G.F. FERRARI, *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union: Eterogenesi dei fini e populismo in una nuova pagina della storia britannica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online*, 2016.

(28) *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* UKSC 2016/0196, para. 107.

does not contain any requirement for the UK Government to implement the results of the referendum, nor set a time limit by which a vote to leave the EU should be implemented» (italics added)²⁹.

The May Government rather stubbornly decided to appeal against the decision in the Supreme Court. Of great interest in the context of this article is the fact that Richard Gordon (the Lord Advocate in Scotland), James Wolffe (Wales' *Counsel General*) and John F. Larkin (the Lord Advocate Attorney General of Northern Ireland) all intervened to clarify whether withdrawal from the European Union is in contrast with the powers assigned to Scotland, Wales and Northern Ireland after the start of the devolution process in 1998. In other words the question was whether these three nations could veto the triggering of Art. 50 in any way.

With an 8 to 3 majority the Supreme Court rejected the Government's appeal and more importantly in the context of this article it unanimously threw out the claim that the devolved nations had a veto power to stop Brexit³⁰, thus confirming the majority of the legal scholarship³¹. In particular the Supreme Court declared that:

«Lord Advocate and the Counsel General for Wales were correct to acknowledge that the Scottish Parliament and the Welsh Assembly *did not have a legal veto* on the United Kingdom's withdrawal from the European Union. Nor in our view has the Northern Ireland Assembly. Therefore, our answer to the second question in para. 126 above is that the consent of the Northern Ireland Assembly *is not a legal requirement* before the relevant Act of the UK Parliament is passed»³² (italics added).

In the following paragraph the Supreme Court pointed out that:

«In reaching this conclusion we do not underestimate the impor-

(29) E. UBEROI, *European Union Referendum Bill 2015-16*, House of Commons Library, Briefing Paper N. 07212, 3 June 2015, p. 25.

(30) *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* UKSC 2016/0196, par. 107, para. 150.

(31) *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* UKSC 2016/0196, par. 107, para. 151.

(32) *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* UKSC 2016/0196, para. 107, para. 150.

tance of constitutional conventions, some of which play a fundamental role in the operation of our constitution. The Sewel Convention has an important role in facilitating harmonious relationships between the UK Parliament and the devolved legislatures. But the policing of its scope and the manner of its operation does not lie within the constitutional remit of the judiciary, which is to protect the rule of law»³³.

A few days after the Supreme Court decision the Government presented the *European Union (Notification of Withdrawal) Bill* and on 13th March, despite the admirable resistance of the House of Lords which temporarily gave hope to many remainers by approving two amendments³⁴, the House of Commons rejected these changes, thus forcing the Upper House to approve the bill in order to avoid a political and constitutional crisis.

On 27th March Theresa May met with the First Minister Nicola Sturgeon in Glasgow and emphasised once again her opposition to a second Scottish independence referendum while Brexit is still being negotiated. From this point of view Scotland appears to be evermore in that “no win situation” underlined above (see § 2). In fact, the May Government will never allow an independence referendum until the UK has left the EU, but at that point were the nationalists to win their battle, Scotland would already have left the EU and it would have no certainty of a fast-track re-entry given the possible veto exercised by Spain and other member States of the EU.

From this point of view the decision by Nicola Sturgeon, after a vote in the Scottish Parliament, to sign an official letter to the British Government requesting a second referendum (the very same day Theresa May consigned her request for withdrawal from the European Union to President Tusk) seemed to be a rather weak political move given the present circumstances.

(33) *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)* UKSC 2016/0196, para. 107, para. 151.

(34) J.O. FROSINI, *Non ci resta che sperare nei Lords... La Corte Suprema conferma che l'invocazione dell'art. 50 deve essere approvata dal Parlamento*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017, 148-150.

6. *The Lost Gamble: the Snap Elections of June 2017*

In a surprise move, just three weeks after triggering Art. 50 Theresa May unilaterally announced that there would be snap elections on 8th June. Setting aside the dubious constitutionality of this announcement before the vote in Parliament in light of the Fixed Term Parliaments Act of 2011, suddenly, the fantasy scenario of a change in government during the two-year negotiation period was not so fantastical anymore and Brexit could be reversed. The move was particularly surprising because Theresa May had repeatedly insisted that there would be no early elections. This was clearly a bold move to gain a comfortable majority in Parliament before heading into negotiations with the EU at a time when the opposition was extremely weak. On 18th April, the day of the announcement, the Conservatives were polling double the dismal 24% of Labour³⁵.

During the election campaign May insisted that this was not a second referendum on Brexit yet the election had been called to ensure Brexit was implemented. Rather, keeping in line with priority number one as set forth by the White Paper, she sought to guarantee stability and certainty (which after «Brexit means Brexit became her new mantra»). «Britain is leaving the European Union and there can be no turning back.»³⁶. Indeed, Labour heeded this warning. The choice was seemingly between a soft Brexit and a hard Brexit, but no party was really advocating for avoiding Brexit altogether. They all took for granted that Article 50 could not be reversed³⁷. Those millions who truly oppose Brexit found themselves «politically homeless» as Tony Blair put it, with no party reflecting the same sentiment³⁸. Tim Farron and the Liberal Democrats came closest to opposing Brexit, advocating for remaining in the Single Market, which was not explicitly on the referendum ballot; but it is still a soft version of Brexit. Farron advocated for a second referen-

(35) M. SMITH, Voting Intention: Conservatives 48%, Labour 24% (18-19 Apr), *YouGov.co.uk*, 20th April 2017.

(36) T. MAY, *Statement to the Press*, 18th April 2017.

(37) Again see Pietro Manzini's article herein.

(38) S. KNIGHT, *The Return of Tony Blair*, in *The New Yorker*, 12th May 2017.

dum on the final deal, but that, too, was not necessarily a vote for Remain, even if we assume Article 50 is revocable.

One of the most paradoxical things May said was «The country is coming together but Westminster is not»³⁹. She suggested that the demonised Remainers (~48%) and regretters have already come to terms with Brexit in ten short months before it has even really begun. But surely, she could not have been referring to the Scots who voted to remain — the Scottish Parliament had just voted on March 28th for a second independence referendum. To add insult to injury, she accused Parliament of being obstructive in dutifully exercising its rightful sovereignty, the same Parliament that voluntarily approved an unamended authorization bill to activate Article 50. Jeremy Corbyn, on the other hand, astutely treated the elephant in the room (Brexit) as a settled issue, campaigning instead on domestic issues like the NHS and education and suddenly the tide turned. Theresa May started running into trouble and as the campaign proceeded she appeared aloof, ill at ease and mechanical (thus earning herself the nickname “Maybotic”) while Corbyn, despite harsh attacks from the right-wing tabloids, seemed far more spontaneous and genuine. The opinion polls indicated that Labour was closing the gap and indeed on the night of the elections disaster struck for Theresa May: instead of a “strong and stable” government what the Prime Minister actually obtained was a hung parliament with the Tory majority completely wiped out.

7. Can Northern Ireland Unionists and Scottish Tories Save the United Kingdom with a Soft Brexit?

The only positive news for the Tories on the night of the elections was the conquering of 12 seats in Scotland under the leadership of a rising political star, Ruth Davidson. Again this is of the utmost importance in analysing the effects of Brexit on the future of the United Kingdom because, as Peter Leyland underlines in this special issue, the Scottish Conservative and Unionist Party had their own manifesto and pushed for a much softer form of Brexit by affirming that:

(39) T. MAY, *Statement to the Press*, 18th April 2017.

«We want to agree a deep and special partnership with the European Union. This partnership will benefit both the European Union and the United Kingdom: while we are leaving the European Union, we are not leaving Europe, and we want to remain committed partners and allies to our friends across the continent»⁴⁰.

Davidson and the Scottish Tories are well aware of the fact that their consensus north of the border will soon erode if they do not ensure that the Brexit negotiations go to the benefit of Scotland. While the Tories (and also Labour) gained seats in Scotland it was a bad night for Nicola Sturgeon and the SNP. Evidently the talk of a second independence referendum which would take Scotland into the realm of the unknown politically, legally and economically did not convince the electors. Paradoxically, *at least in the short term*, Brexit would appear to have reinforced the Union rather than weakened it because there are evidently many Scots that believe they can get a better deal through their representatives in the Tory and Labour parties who are better equipped to condition the national government (especially the latter, given that Theresa May does not have a majority of her own).

The importance of the devolved nations is reinforced even further by the agreement reached between Theresa May and the DUP. Eighteen days after the elections on 26th June 2017 an agreement was signed by Gavin Williamson for the Conservatives and Jeffrey Donaldson for the DUP (*i.e.* the two parties' Chief Whips) in the presence of Theresa May and Arlene Foster, the leaders of the two parties. On the basis of this "Supply and demand" arrangement Theresa May will preside over a minority Conservative government with the external support of DUP. In particular DUP will support the Tories on all motions of confidence; the Queen's Speech; the budget; finance bills, money bills and appropriation legislation; legislation pertaining to national security and, most importantly in the context of this special issue, *all legislation* pertaining to the UK's exit from the European Union. The DUP will also support the ongoing commitment of the Tories to the

(40) 'Forward Together: Our Plan for a Stronger Scotland, A Stronger Britain and a Prosperous Future', *The Scottish Conservative and Unionist Party Manifesto*, 2017. One could make the argument that the relationship between the Scottish Conservative and Unionist Party and the Conservative Party in England and Wales is rather like that between the Christian Social Union in Bavaria and the Christian Democratic Union in the rest of Germany.

Union of Great Britain and Northern Ireland and both parties agree to adhere to the provisions of the Good Friday Agreement. Furthermore, no poll or referendum on the future of Northern Ireland's constitutional status will be held without the "consent of the people". Finally the agreement ensures the commitment of the DUP to work towards the formation of a new Northern Ireland Executive; and the commitment of the UK Government to work with Northern Irish parties and the Irish government on this objective. In what the Americans would consider to be pure "pork barrel politics" the DUP was able to secure an extra £1 billion for the health, infrastructure and education budgets of Northern Ireland outside the Barnett Formula⁴¹.

All the opposition parties have heavily criticized this deal. Jeremy Corbyn stated that the «Tory- DUP deal is clearly not in the national interest but in May's party's interest to help her cling to power».

Tim Farron of the Liberal Democrats stated that:

«The public will not be duped by this shoddy little deal. While our schools are crumbling and our NHS is in crisis, Theresa May chooses to throw cash at ten MPs in a grubby attempt to keep her cabinet squatting in Number 10»⁴².

Not surprisingly the funding deriving from the deal has infuriated the leaders of the other devolved nations. Carwyn Jones, First Minister in Wales, was quoted as saying it was an «outrageous straight bung to keep a weak prime minister and a faltering government in office» and described the deal as essentially «cash for votes». Similar comments were made by Leanne Wood, leader of Plaid Cymru, who said the funding that went with the agreement was a «bribe».

The question is now of course whether this agreement will resist and what «supporting *all legislation* pertaining to the UK's exit from the European Union» actually means. Will the DUP prevent the establishment of a hard border between Ulster and the Republic of Ireland? And if so does that not signify that Foster's party has imposed a soft Brexit?

(41) Which implies that similar funding will not be given to Scotland or Wales.

(42) R. PERRING, 'Grubby attempt to keep squatting: Tim Farron blasts 'shoddy' DUP deal with Theresa May', Daily Express, 26th June 2017.

8. *The Great Repeal Act: the Source of a Constitutional Clash with the Devolved Nations?*

In the meantime tensions are slowly rising between the government and the devolved executives in Scotland and Wales with regard to the Great Repeal Bill. This is the bill with which Parliament will repeal the European Communities Act 1972, and in so doing, return power to UK politicians and institutions. The Bill will preserve EU law where it stands at the moment before Britain leaves the EU. Parliament (and, where appropriate, the devolved legislatures) will then be able to decide which elements of that law to keep, amend or repeal once the UK has left the EU. This is where the tensions are rising between London, Edinburgh and Cardiff because many of the areas covered by EU law are devolved matters and therefore the First Ministers of Scotland and Wales, Nicola Sturgeon and Carwyn Jones, are worried that this will lead to an erosion of their devolved powers. In a joint statement issued on 13th July the two chief executives stated:

«Our 2 governments – and the UK government – agree we need a functioning set of laws across the UK after withdrawal from the EU. We also recognise that common frameworks to replace EU laws across the UK may be needed in some areas. But the way to achieve these aims is through *negotiation and agreement, not imposition*. It must be done in a way which respects the hard-won devolution settlements»⁴³ (italics added).

The two leaders then go on to make a very serious accusation towards the May Executive:

«Regrettably, the bill does not do this. Instead, it is a naked power-grab, *an attack on the founding principles of devolution*, and could destabilise our economies»⁴⁴ (italics added).

Finally, Sturgeon and Jones warn the British Government that:

«On that basis, the Scottish and Welsh Governments *cannot recommend*

(43) *Joint statement from First Ministers of Wales and Scotland in reaction to the EU (Withdrawal) Bill* (<http://gov.wales/newsroom/firstminister/2017/170713-joint-statement-from-first-ministers-of-wales-and-scotland/?lang=en>).

(44) *Ibidem*.

that legislative consent is given to the bill as it currently stands»⁴⁵ (italics added).

In the light of this statement it looks as though Britain is heading for a constitutional clash between the central and devolved governments that could adversely affect the Brexit negotiations and the very Union of Great Britain and Northern Ireland, however as the saying goes we all know that «it is dangerous making predictions, especially about the future...».

(45) *Ibidem*.

Brexit and the Uk: Charting the Constitutional and Legal Obstacles*

Peter Leyland

Il contributo, redatto all'indomani del referendum tenutosi nel Regno Unito a giugno 2016, si concentra su alcune tra le principali implicazioni costituzionali e legali di Brexit. La prima sezione affronta il significato costituzionale della crisi politica all'esito del referendum e l'impatto delle elezioni generali del 2017. La seconda sezione analizza i dubbi costituzionali sollevati dal caso Miller successivo al referendum, incluse le relazioni tra il Parlamento e il Governo e l'indipendenza costituzionale dei tribunali. La terza sezione si occupa dell'impatto di Brexit sull'integrità territoriale del Regno Unito, con particolare attenzione alla Scozia e all'Irlanda (del Nord e del Sud). La sezione finale adotta il paradigma della Costituzione multilivello per dimostrare la complessità del compito legislativo di fuoriuscita dall'Unione europea. L'articolo è stato rivisto per l'ultima volta a giugno 2017, quando ancora molti aspetti di Brexit erano irrisolti e le negoziazioni erano sul punto di decollare.

1. Introduction

The Brexit referendum result came as an unwelcome shock to many who work in the field of public law but in view of the new populism manifesting itself in Europe and the United States perhaps the news should not have been a great surprise. Of course, the European Union has been taken for granted by a generation of citizens throughout Europe. The post second world war settlement between nations has been consolidated by the common recognition of a bedrock pan European political structure and links have been forged by individuals and between institutions across national boundaries. The manifest advantages of barrier free trade, collaboration in commerce and education and ease of travel have been

* I would like to thank Professor Andrew Harding, Professor Gordon Anthony and Professor Justin Frosini for their many insightful comments on an earlier draft of this paper.

accepted as the norm. Notwithstanding the Eu's shortcomings as a top down mechanism for governance wedded to capitalism, associated with bureaucracy and over regulation, and with limits in democratic accountability, the decision to withdraw from the club of nations and the rejection of the bedrock pan European political organisation appears to be a reckless gamble. On the other hand, the Brexit vote and the drastic outcome which will probably follow is a further manifestation of an emerging political movement throughout Europe and beyond which is expressing itself differently in each individual nation but has certain characteristics in common. There are many citizens and groups in society previously represented by trade unions and socialist or social democratic parties who increasingly feel left out of the party and have nowhere to turn politically but to emerging extremist parties. The Brexit campaign led by UKIP and the Eurosceptic wing of the Conservative Party has successfully tapped into a fear of immigration which is not confined to the Uk. They have been assisted by sympathetic newspaper proprietors who have deployed their titles to systematically demonise Europe over a prolonged period. Moreover, the national leaders of other member nations and Eu policy makers have failed to adequately address pressing issues such as immigration which has been blamed on the absence of border controls between member states.

This article focuses on some of the constitutional and legal implications of Brexit. The uncodified constitution of the United Kingdom has a range of diverse sources but it depends heavily on conventions and it is regarded by many commentators as flexible. This flexibility is understood in the sense that it has developed incrementally over centuries in response to changing political circumstances. At this stage, in advance of negotiations, it is not possible to predict the shape of things to come; nevertheless, the discussion that follows suggests that the core institutions and principles will be confronted by a series of unprecedented challenges which may lead to a redefinition of the system of government and of governance. The article is divided into four sections. The first section reports on the constitutional significance of the immediate political fallout of the referendum and the impact of the 2017 General Election. The second section proceeds to consider the constitutional questions thrown up by the *Miller* case (and other related cases) fol-

lowing the referendum, including the relationship between Parliament and the executive and the constitutional independence of the courts. The threat to the continued territorial integrity of the United Kingdom with particular attention to Scotland and Ireland (North and South) is discussed in the third section. The final section uses the paradigm of the *Multi-Layered Constitution* to assess the complexity of the legislative task of disengagement from the European Union.

2. *Political Fallout*

The referendum result had an immediate political impact and from a constitutional standpoint this provided an illustration of a change in political leadership without resort to an election. Prime Minister David Cameron was responsible for calling the referendum. It was a calculated gamble which failed to come off. A national vote for ‘remain’ would have dealt a blow to critics in his own party and UKIP, and in doing so, it would have strengthened his own authority. On the other hand, the Brexit result of the referendum undermined his credibility both as Prime Minister and as the political leader of the Conservative Party. He therefore announced his intention to resign, pending the election of a new leader. In the absence of a confidence vote or a two thirds majority in favour of an election, the Fixed Term Parliament Act 2010 after the date of the 2015 election determined the date of the next general election as May 2020. In other words, in this situation there was no constitutional requirement for a general election. However, any Prime Minister must be able to command a majority in the House of Commons. Since the Conservative Party in June 2016 enjoyed an overall majority of 9 seats, it followed that his successor would be the next elected leader of the Conservative Party. As a high profile public figure who campaigned for Brexit the former London Mayor, Boris Johnson, was regarded as a leading contender to win the leadership but once the contest began his credibility as a candidate was undermined by rival Brexit campaigner, Michael Gove.

Following the elimination of candidates in the initial rounds of the contest Theresa May was selected without a vote from the wider Conservative Party membership. This was after the other remaining candidates conceded victory. As the winner of the leadership contest she was in-

vited by the Queen to form a government. Mrs May had served as a leading member of the Cameron government but as a relatively passive member of the “remain” camp she was able to secure the leadership of the Conservative Party. Once in place, she sought to unify the party and strengthen her position by appointing prominent Brexit supporters to lead the negotiations in the key posts of Foreign Secretary (Boris Johnson), Brexit Secretary (Liam Fox) and Minister of Trade (David Davies). In repeating her widely quoted mantra “Brexit means Brexit” the emphasis was placed on reflecting the democratic will by fully implementing Brexit. However, there was only a relatively small majority in the referendum favouring Brexit and crucial parts of the UK, including London, Scotland and Northern Ireland had supported the remain position. It became increasingly clear after Brexit was triggered at the end of March 2017 that the government’s negotiating stance, undoubtedly influenced by the Eurosceptic wing of the Conservative Party, tended to favour what has been termed “Hard Brexit”. In essence, this position demanded strong immigration controls and imposing full control over national borders, giving up access to the single market and insisting upon a return to parliamentary sovereignty. With the negotiations on the immediate horizon, and the Conservative Party enjoying a strong lead in the opinion polls, Mrs May decided to prompt an early election (June 9 2017) to consolidate her position further as leader, and, at the same time, obtain a mandate for a relatively “Hard Brexit”¹.

The result of the 2017 general election confounded the expectations of many commentators. Not only did the Conservative Party with 318 seats fail to win by securing an overall majority in the House of Commons, but also the Labour Party performed much better than expected. It polled 40% of the popular vote (its highest share since 2001) and secured 262 seats (an increase of 30 seats). Unlike the Libdems, Labour did not campaign for a “remain” position or for a second referendum on Brexit, but its manifesto favoured a milder form of Brexit. For example, the party were concerned to guarantee rights for EU nationals resid-

(1) An election could be held before the elapse of the five-year period specified in the Fixed Term Parliament Act 2011 because the call for a premature election by the Prime Minister was supported by a two thirds majority in the House of Commons.

ing in the UK and a reciprocal agreement for UK citizens in Europe. At the same time Labour proposed to negotiate a deal minimising the impact on living standards, levels employment and the erosion of worker's rights currently protected under EU law while maintaining standards of environmental protection². The almost total collapse of the UKIP vote and decline in support for the Scottish Nationalist Party in Scotland which lost 21 seats (this is discussed in more detail below) were other features of the 2017 election.

In any event, the outcome of the election means that the Conservatives emerged in a much weaker position to negotiate Brexit; certainly they lack a clear mandate for "Hard Brexit". Mrs May as PM has to rely on at least one other party to obtain majority support in the House of Commons. There is no formal coalition agreement but any post-election arrangement with the Democratic Unionist Party (DUP) might operate on a "confidence and supply" basis, ensuring that the Conservatives as the incoming government have House of Commons support for the Queen's Speech (setting out their main political programme) and support for other major pieces of legislation. In terms of the overall picture, it is worth recognising that their partners, the DUP, only won 10 parliamentary seats, all in Northern Ireland, and polled a total of 292,000 votes. This is a relatively extreme party with dubious credentials. Moreover, as will become apparent later, in entering into any such agreement the Conservative government may be perceived as sacrificing its role under the Good Friday Peace Agreement as an impartial broker between the divided Unionist and Nationalist communities in Northern Ireland.

Lastly, it should be remembered that there has never been a comparable disengagement from membership of the EU. The notification of withdrawal procedure is set out under Article 50 of the Treaty of European Union. The Treaties will cease to apply at the date of withdrawal if that is less than two years from the date of notification, or two years after the date of notification unless extended by unanimous agreement. Ironically, until negotiations are held in late June 2017 the prob-

(2) *Negotiating Brexit in A Manifesto for a better, fairer Britain*, <http://www.labour.org.uk/index.php/manifesto2017>.

lem is that no-one really knows what Brexit entails for the UK or for Europe. However, these political manoeuvres should not disguise the fact that not only did the referendum result itself come as a surprise to many politicians, but that ministers and civil servants were clearly unprepared for this eventuality. The absence of a comprehensive Brexit strategy has been for many reasons, not least because of the immense complexity of the task of negotiating a deal with Europe and then implementing its terms.

3. *Challenging Brexit in the Courts*

The government proceeded on the basis that under the Crown's treaty-making prerogative it had the power to trigger withdrawal under Article 50. In the *Miller* case the claimant challenged this assumption by way of judicial review³. It was argued by her that triggering Brexit without prior parliamentary approval would be unlawful. This is because leaving the EU would inevitably result in the loss of a number of rights enjoyed under EU law, including the right to vote at EU elections. The case raised important constitutional issues which concern the relationship between Parliament and the executive branch of government. Moreover, the legal problem arises precisely because national referendums have been rare, and there are no consistent rules governing, not only how and when they can be held, but also whether the referendum result creates a binding legal obligation⁴. Of pivotal relevance here, the European Union Referendum Act 2015 states "that a referendum is to be held on whether the United Kingdom should remain a member of the European Union"⁵ but it did not specify what should happen next in response to the referendum result⁶.

(3) In the divisional court *R (Miller) v SS for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768; on appeal to the Supreme Court; *R (Miller) v SS for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

(4) See P. LEYLAND, *Referendums, Popular Sovereignty, and the Territorial Constitution*, in R. RAWLINGS, P. LEYLAND, A. YOUNG (eds.), *Sovereignty and the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 148 and M. GORDON, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 342.

(5) European Union Referendum Act 2015 section 1(1).

(6) *Miller* (2017), para. 119.

A great deal hinged in *Miller* on the constitutional status of EU law under the European Communities Act (ECA) 1972. The general rule under the UK constitution which is classified under international law as “dualist”, is that rights and obligations arising from treaties have to be transformed into national law by Act of Parliament before they can create rights enforceable in national courts⁷. Such rights relating to the EEC, and latterly the EU, were accepted as part of UK domestic law following the passage of European Communities Act 1972⁸. The 1972 Act which provided for the introduction of EU law has constitutional status as explained by Laws LJ in the *Thoburn* case⁹. This is because the EU is recognised as a constitutional source which has primacy over domestic law for as long as Parliament intends it to. Since 1972 a number of other statutes have been passed to incorporate later treaties. In doing so, these enactments have conferred different categories of rights on UK citizens. Rights of participation in EU institutions are among those rights. This includes the right to vote in elections for the European Parliament, introduced under the European Elections Act 2002. The Supreme Court concluded that Parliament did not envisage those rights changing as a result of ministers unilaterally deciding that the United Kingdom should withdraw from EU Treaties¹⁰.

While it was not contested that the power to negotiate treaties still falls under the prerogative and lies with ministers, there is an equally important constitutional rule which recognizes that statutory power will always prevail over the prerogative power. In the *Case of Proclamations* Sir Edward Coke stated: «... the king by his proclamation ... cannot change any part of the common law, or statute law, or customs of the realm ...»¹¹. Indeed, viewed historically the trend clearly supports the predominance of statute over the prerogative powers which accord-

(7) Miller (2017), para. 55.

(8) Miller (2017), para. 64.

(9) See *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151.

(10) Miller (2017), para. 83.

(11) (1611) 12 Co Rep 74.

ing to classic definitions are regarded as residual¹². Later in the seventeenth century, after Charles I had been defeated by Parliament in the civil war and subsequently executed and then his younger son James II forced from the throne, this was confirmed in the *Bill of Rights* 1689. Under the conditions of constitutional monarchy accepted by William III and Mary I it was made explicit that: «the pretended power of suspending the laws and dispensing with laws by regal authority without consent of Parliament is illegal»¹³. This principle has since been supported by a line of significant case law. For example, in *A-G v De Keyser's Royal Hotel Ltd*¹⁴ the government requisitioned a hotel in wartime under the Defence of the Realm Act and regulations, and then it sought to deny compensation available under the Defence Act 1842. The House of Lords held that the requisition and compensation were now governed by statute which superseded the prerogative power. In such circumstances the prerogative power was in abeyance in favour of the exercise of the statutory power.

In the much more recent *Fire Brigades Union case* Lord Brown-Wilkinson confirmed that:

«... it would be most surprising if, at the present day, prerogative powers could be validly exercised by the executive so as to frustrate the will of Parliament as expressed in a statute and, to an extent, to pre-empt the decision of Parliament whether or not to continue with the statutory scheme...»¹⁵. Professor Tom Poole argues convincingly that the containment of the prerogative reflects a clearly accepted principle: «The rules about prerogative and statute are rules about the institutional allocation of public power. They go to jurisdiction or competence and do not rely on judicial assessments of reasonableness, legitimate expectation or the like»¹⁶.

(12) See Miller (2017), para. 41; C. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, 2nd ed., London, Butterworths, 1999), p. 257.

(13) Miller (2016), para. 99.

(14) [1920] AC 508.

(15) *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Fire Brigades Union* [1995] 2 AC 513 at 552E.

(16) T. POOLE, *Losing our Religion? Public Law and Brexit*, UK Const L Blog (2 Dec 2016).

Returning to the case, the claimant in *Miller* had argued that a process would commence through the exercise of the prerogative which would, in effect, undermine the ECA 1972 and other statutes relating to the EU, while the Secretary of State attempted to argue that the prerogative power to withdraw from treaties had been unaffected by the ECA. Further, Parliament enacted the EU Referendum Act on the clear understanding that a Brexit vote would result in this outcome. At first instance, the Divisional Court in unanimously finding in favour of *Miller* were of the view that «... Where background constitutional principles are strong, there is a presumption that Parliament intended to legislate in conformity with them and not to undermine them»¹⁷. In light of the drafting of ECA 1972 section 2 the Court held that: «Parliament intended to legislate by that Act so as to introduce EU law into domestic law [and create rights] in such a way that this could not be undone by exercise of Crown prerogative power»¹⁸. The Supreme Court confirmed that: «In light of the terms and effect of the 1972 Act, and subject to considering the effect of subsequent legislation and events, the prerogative could not be invoked by ministers to justify giving Notice: ministers require the authority of legislation before they can take that course»¹⁹.

Reviewing *Miller* in strict legal terms, the granting of a remedy backed up by impeccable legal reasoning might be regarded as a case which provides clarification of an important constitutional question. The sovereignty of Parliament over the prerogative powers of the executive has been elaborated by a challenge using the judicial review procedure to uphold the rule of law, but the decision has been turned into a testing ground for not only the core principles of the constitution, but also the institutions which uphold them. The claimants and the courts stressed the challenge is about the legality of the governmental action under the prerogative, not about whether Brexit itself should take place. Nevertheless, some advocates of Brexit, aided by elements of the media²⁰,

(17) *Miller* (2016), para. 82.

(18) *Miller* (2016), para. 92.

(19) *Miller* (2017), para. 101.

(20) The headline on the front page of Daily Mail on 4th November 2016 featured photographs

projected the original Divisional Court decision as judicial interference with a legitimate political process which had been set in train by the referendum. The response in headlines and articles included personalized attacks on the credibility of individual judges²¹, threats to mount protests outside the Supreme Court and calls to change the system of judicial appointments. The Prime Minister and Lord Chancellor/Secretary of State for Justice responded with an acknowledgment of the importance of judicial independence as a central part of the UK constitution but this was qualified by also defending the freedom of the press. A number of constitutional commentators were concerned to point out that the institutional integrity of the courts depends upon responsible reporting by the press and broadcast media²². More decisive condemnation of intemperate attacks on individual judges was called for to resist such an assault on judicial independence²³.

In light of its importance the Miller case on final appeal was considered by all 11 Supreme Court justices. The upshot is that the Supreme Court upheld the decision of the Divisional Court on the limits of the exercise of the prerogative. Although the prerogative to negotiate treaties remains, its exercise would have conflicted with the European Communities Act 1972 and resulted in the loss of the claimant's rights available under legislation relating to the EU. In terms of constitutional process, the impact of this litigation not only highlights the importance of parliamentary sovereignty as a constitutional principle, but it has also

of the judges in their wigs and robes: In giant letters *Enemies of the People* followed by *Fury over out of touch judges who defied 17.4 Brexit voters and could trigger constitutional crisis*.

(21) The case was decided by distinguished judicial figures: the Lord Chief Justice (Head of the Judiciary), Master of the Rolls (Next most senior judge) and a senior Lord Justice of Appeal.

(22) See e.g. "So far as the press is concerned, the reaction to the *Miller* decision was rabid – attacking not only the litigants but also the judges who were pilloried on the front pages of what have become little more than propaganda sheets for UKIP." K. EWING, *A Review of the Miller Decision*, UK Const L Blog (10 Nov 2016); «By stirring up popular anger to pressure judges into deciding a case contrary to law to benefit the executive at the expense of Parliament, the reaction to *Miller* presents a grave threat to our constitutional order ...» N. BARBER, J. KING, *Responding to Miller*, UK Const L Blog 7 Nov 2016.

(23) Under s.3 of the Constitutional Reform Act 2005 ministers «... must uphold the continued independence of the judiciary». See e.g. <http://www.bbc.co.uk/news/uk-37889197> *Theresa May backs judges' independence after Brexit ruling*.

had the effect of subjecting the government's Brexit strategy to parliamentary oversight. The immediate effect was for legislation to be introduced to sanction the triggering of the Brexit²⁴. The bill was subject to debate in both Houses with amendments passed in the House of Lords notwithstanding government opposition. Further, on the day following the judgment, the PM announced the government's intention to publish a white paper outlining its Brexit plans (discussed below)²⁵.

4. *The Impact of Brexit on Devolution*

At one level the institutions established as part of the devolution arrangements have been deployed since June 2016 to provide a forum for official discussions between the UK government and the devolved administrations in developing a common negotiating position. The Joint Ministerial Council (JMC) comprising the leaders of the UK government and the devolved administrations meets on a regular basis, sometimes in plenary sessions, chaired by the Prime Minister²⁶. The JMC has met in plenary on more than one occasion following the referendum. At the first meeting a sub-committee entitled the Joint Ministerial Committee on EU negotiations JMC (EN) was set up chaired by the Secretary of State for Exiting the EU. In the run up to Brexit the JMC(EN) met on a monthly basis. The UK government claims to act in the interest of the whole of the UK and it participates in the consultative process set in place as part of the devolution framework²⁷. Given the priorities set out in the discussion papers and statements published in Edinburgh, Cardiff and Belfast there is very little prospect of reaching an agreed negotiating position which is acceptable to all parts of the UK²⁸.

(24) European Union (notification of withdrawal) bill 2017.

(25) Hansard, Theresa May Q2 in response to Chris Phelp, 25 January 2017. *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, February 2017, Cm 9417.

(26) *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*, Cm 9417, February 2017, part 3 Strengthening the Union.

(27) See Memorandum of Understanding and Supplementary Agreements, March 2010, Part D: Concordat on International Relations.

(28) *Scotland's Place in Europe*, Scottish Government, December 2016, 'Securing Wales' Future', Welsh Government, January 2017, *Foster and McGuinness comment following Joint Ministerial*

4.1 *Scotland and Brexit*

In terms of future prospects the result of the Brexit referendum presents a very real threat to the integrity of the United Kingdom. Turning first to Scotland, the Scottish electorate voted in favour of remain by a large margin with 62% favouring “remain”, and 38% supporting “leave”. During the passage of the Referendum Bill through Parliament the Scottish Nationalists had unsuccessfully attempted to table amendments to require a majority in each part of the United Kingdom before Brexit could be activated. In the campaign which preceded the 2014 Independence Referendum in Scotland the SNP had advocated application for EU membership as a central plank of its plan for an independent Scotland. It was a policy that faced criticism as being difficult to implement, given that European nations such as Spain, who themselves faced demands for secession, were likely to oppose such an application. However, the future economic prospects for Scotland outside of the European Union would have been uncertain. Since 2014 there has been a further downturn in the economic prospects for an independent Scotland. This deterioration has been largely brought about by increased borrowing by the Scottish Government²⁹ and the sharp drop in the price of oil. A relatively high oil price is needed to justify the high cost of extraction of North Sea oil. In the wake of the Brexit referendum in the autumn of 2016 the SNP launched a national consultation in Scotland as a prelude to independence but as the UK negotiating position veered towards a form of “Hard Brexit” the Scottish First minister, Nicola Sturgeon, responded by calling for an immediate second referendum on Scottish independence³⁰. However, the situation changed significantly following the 2017 General Election. In Scotland the result was an unexpected setback for the SNP. As well as losing 21 seats, their share of the popular vote in Scotland fell back from nearly 50% to 36.9%. The Conservatives gained

Committee meeting, 24 October, 2016. check.

(29) Scotland Act 2016, Section 20.

(30) Under the Scotland Act 1998 the Westminster government would have to agree to any such referendum.

12 seats, Labour 6 seats and the Libdems 3 seats³¹. Under the charismatic leadership of the strongly pro-union Ruth Davidson, this was the first time for more than 50 years that the Conservatives have figured as an electoral force in Scotland at a general election³². Premature calls for a second independence referendum before the outcome of Brexit negotiations were known, coupled with voter fatigue after the protracted and divisive campaign leading up to the Scottish Independence Referendum in 2014, might, at least partly, explain this decline in support for the SNP. The degree of economic uncertainty referred to above was another contributory factor, but given the strength of the “remain” lobby in Scotland the Scottish Conservative MPs travelling down to Westminster also fought the election offering a softer form of Brexit³³. Nevertheless, the SNP still regards independence as being its ultimate goal. There is no immediate prospect of a second independence referendum following the relatively poor showing of the SNP in the 2017 general election. The timing will be crucial because failure to win a majority in a second independence vote would kill the issue for a generation. While there may be no immediate prospect of Scottish independence, Nicola Sturgeon, the Scottish First Minister, would like to achieve a special deal for Scotland, allowing it to remain a member of the single market as part of the Brexit negotiations³⁴. The chances of achieving such a deal on the single market are remote, given that it would set a precedent for Catalonia and other European territories with independence aspirations within Europe.

The Scottish Government stress that “Hard Brexit” would not only severely damage Scotland’s economic, social and cultural interests but that it will

(31) <http://www.bbc.co.uk/news/uk-scotland-scotland-politics-40246330>.

(32) <https://yougov.co.uk/news/2016/09/01/davidson-now-more-popular-sturgeon-scotland/>, 46% Yes versus 54% No.

(33) «We want to agree a deep and special partnership with the European Union», in *Forward Together: Our Plan for a Stronger Scotland, A Stronger Britain and a Prosperous Future, The Scottish Conservative and Unionist Party Manifesto*, 2017.

(34) «First ministers clash over separate Brexit deal for Scotland», *The Guardian*, 25th November 2016.

also hit jobs and living standards³⁵. For example, Scotland benefits from migration and would lose EU funding which would be a blow to the university sector. However, it should be remembered that the Scottish, Northern Irish and Welsh governments will not be officially represented at the Brexit talks³⁶. As will be apparent from the procedure under the JMC referred to above, any deal keeping Scotland as part of the UK within the single market will be subject to the negotiations conducted by the UK government. In view of this position, the practicality of achieving a special deal for Scotland remains questionable. In the first place, if the remainder of the United Kingdom were outside the single market there would have to be customs borders set up between England and Scotland³⁷. In the second place, as stated above, there is no indication that a special deal for the devolved parts of the UK would be acceptable to the EU.

Certain constitutional implications of Brexit post-devolution arise through the law-making relationship between Westminster and the devolved legislatures. It has been suggested that the devolved Parliament in Scotland, and the Assemblies in Northern Ireland and Wales, might have been able to disrupt the Brexit process because of the so-called Sewel convention³⁸. As a result of devolution each law-making body has the capacity to pass laws concerning policy areas falling within its competence. A number of these policy areas coincide with the subject matter of EU law. Although the Westminster Parliament retains sovereignty post-devolution, the government minister, Lord Sewel, stated in the House of Lords during the passage of the Scotland Bill (1998) that he expected a mechanism to be established to allow the Scottish Parliament (SP) to indicate whether or not it gave its consent to Westminster legislating for Scotland concerning provisions where overlap existed.

(35) See *Scotland's Place in Europe*, Scottish Government, Edinburgh, December 2016.

(36) J. MATHER, *The Impact of European integration*, in M. O'NEILL (ed), *Devolution and British Politics*, London, Longman, 2004, 272 ff.

(37) «Nicola Sturgeon Brexit demand that Scotland remains in EU single market if UK leaves is "impossible"», *The Telegraph*, 14th October 2016.

(38) See e.g. «The role of the devolved legislatures in implementing the withdrawal agreement», in *The process of withdrawing from the European Union*, House of Lords, European Union Committee, 11th Report of Session 2015-16, HL Paper 138, p. 19.

The assumption at the heart of this convention was that the Westminster Parliament would not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the devolved legislature³⁹. The practice within the Scottish Parliament and the NI and Welsh Assemblies requiring the passage of legislative consent motions is also referred to as the Sewel Convention. In general, (Sewel) legislative consent motions have been used for minor provisions in Westminster Bills⁴⁰ but, as mentioned above, it was suggested by some politicians that the Sewel convention could be employed as a means of exercising a partial veto over Brexit, given that the effects of withdrawal would undoubtedly impact hard on the areas devolved to the Scottish Parliament under the Scotland Act 1998. Although the convention has been given additional legal recognition under the Scotland Act 2016⁴¹, following the Supreme Court ruling in *Miller* it is clear that the need to obtain consent is not equivalent to giving the Sp (or Welsh and NI Assemblies) a veto over triggering Brexit, or over any repeal legislation which follows in its wake. While conventions are of crucial importance as part of the uncodified UK constitution they are not enforceable in the courts⁴². As the Supreme Court observed in refusing to give legal effect to the Sewel Convention, «Judges ... are neither the parents nor the guardians of political conventions; they are merely observers. As such, they can recognise the operation of a political convention in the context of deciding a legal question ... but they cannot give legal rulings on its operation or scope, because those matters are determined within the political world»⁴³.

This argument had been based on an assumption that any such legisla-

(39) The so called Sewel convention is reiterated in the Memorandum of Understanding (Cm. 4806 2000, para. 13) and in section 28(7) of the Scotland Act 1998 (see below).

(40) See B. CRAWFORD, *Ten Years of Devolution*, in *Parliamentary Affairs*, Vol 63, No 1, 2010, pp. 89-97, p. 94.

(41) Section 2 of the Scotland Act 2016 adds to section 28 of the Scotland Act 1998 'But it is recognized that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament'. See also section 2 of the Wales Act 2017.

(42) See P. LEYLAND, *Constitutional Conventions and the preservation of the spirit of the British Constitution*, in *Diritto Pubblico*, Maggio-Agosto 2014, 411 at 417 and pp. 422 ff.

(43) *R (Miller) v SS for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, para. 146.

tion as it affects Scotland normally requires not only consultation (which needs to take place under the Sewel Convention (discussed above) but ultimately the formal consent of the Scottish Parliament⁴⁴. This was a tenuous argument to rely upon since section 28 (7) of the Scotland Act 1998 states that: «This section does not affect the power of the Parliament of the United Kingdom to make laws for Scotland». Furthermore, section 57 of the Act provides that «... any function of a Minister of the Crown in relation to any matter shall continue to be exercisable by him as regards Scotland for the purposes of section 2(2) of the European Communities Act 1972». Furthermore, the Scotland Act specifically lists EU matters and the negotiation of treaties as subjects reserved for Westminster⁴⁵. In other words, notwithstanding the Sewel convention the sovereignty of the Westminster Parliament remains intact. Indeed, the main thrust of the *Miller* judgment is to recognise the fundamental importance of the principle of sovereignty by requiring legislation to trigger Brexit.

Nevertheless, the part of the judgment dealing with conventions is far from convincing and may even leave the door ajar for further legal challenges. This is because the provisions concerning legislative consent motions, although they are referred to as the Sewel convention, have been codified by Parliament in all the devolution legislation⁴⁶. Beyond labelling the Sewel Convention as a “political convention” and stating that Parliament would have used other words to make the statutory provisions binding, the Supreme Court does not explain with reference to the wider constitutional context, including other legislation which refers to conventions⁴⁷, why it attributes unenforceable status to the provisions regarding

(44) Scotland Act 1998, Section 28(8) «But it is recognized that the Parliament of the United Kingdom will not normally legislate with regard to devolved matters without the consent of the Scottish Parliament».

(45) See SA 1998, Schedule 5, 7(1) International relations, including relations with territories outside the United Kingdom, the European Communities (and their institutions) and other international organisations, regulation of international trade, and international development assistance and co-operation are reserved matters.

(46) For example, see the Scotland Act 1998 section 28(8) and Scotland Act 2016, section 2.

(47) The provisions regarding ‘Money Bills’ in section 1 of the Parliament Act 1911.

legislative consent motions⁴⁸. Given the claw back provisions (e.g. under SA 1998 section 28 (7) referred to above) allowing Westminster to continue to make laws for the devolved parts of the United Kingdom⁴⁹, if this key convention is not strictly observed, it not only denies a right to consultation at devolved level, but it also potentially allows the government of the day to determine the limits of devolution whenever it feels like it.

4.2 The Implications of Brexit for Northern Ireland and the Republic of Ireland

We turn next to Northern Ireland, which also voted in the Brexit referendum for remain but by a narrower margin than in Scotland⁵⁰. At the time of writing, as set out briefly below, the political situation in Northern Ireland is extremely delicate and the result of the 2017 general election increases significantly the sensitivity of the situation.

First, we need to recognise that, in Northern Ireland there are special issues which arise, in part, because the devolution arrangements are fashioned from a negotiated settlement ending three decades of armed struggle; and, in part, this is because withdrawal from the Eu by the United Kingdom will inevitably impact on the relationship between the United Kingdom and the Republic of Ireland. For example, it needs to be remembered that:

«The 1998 Good Friday Agreement also included a binding obligation to give effect to the choice of a majority in Northern Ireland to leave the UK. Given that Northern Ireland had been created in order to accommodate the will of a majority in a particular region of Ireland to remain in the UK, it is not surprising that the continuance of such a majority was seen as necessary for the status of Northern Ireland within the Union to be maintained»⁵¹. But it is clear that a referendum within Northern Ireland as a prelude to reuniting Ireland would almost certainly

(48) Miller (2017), para. 148.

(49) See e.g. Scotland Act 1998, section 28(7) discussed above.

(50) 55.8% voted remain against 44.2% voting leave.

(51) R. McCREA, *Is the United Kingdom a Mini-EU?*, UK Const L Blog 18 July 2016. Section 1(1) of the Northern Ireland Peace Agreement enacted as section 1 of the NIA 1998.

wreck the current peace settlement altogether (and is therefore unlikely to happen). The point to note is that any change to the constitution of Northern Ireland as set out in the legislation⁵² requires the consent of the people of Northern Ireland and that withdrawal from the European Union constitutes such a change⁵³. Although it is worth mentioning that the UK Supreme Court in the *Miller Case* did not accept that triggering Brexit necessarily affects the legal right to self-determination which underpins the entire agreement⁵⁴.

Second, the acceptance of devolution in Northern Ireland was founded upon supra-national agreements involving the Republic of Ireland⁵⁵ and these agreements relied upon the common EU membership of the United Kingdom and the Republic of Ireland. In consequence, Brexit has the potential to undermine the Good Friday accord and the terms of the Northern Ireland Act 1998 itself which is, in effect, a constitution for Northern Ireland. For example, the North/South Ministerial Council representing the government of the Republic of Ireland and the government of Northern Ireland at ministerial level was established to develop co-operation on a cross border all-island basis⁵⁶. As Professor McCrudden explains «The North/South Ministerial Council and the Northern Ireland Assembly were (and are still) mutually dependent; one cannot successfully function without the other»⁵⁷. The object according to the agreement was to develop consultation, co-operation and action within the island of Ireland on matters of mutu-

(52) Northern Ireland Act 1998, section 1.

(53) As part of the *Miller* case discussed above it was argued before the UK Supreme Court that the effect of NIA read together with Belfast Agreement and the British Irish agreement is to require an Act of Parliament prior to triggering Brexit. See *Re Court of Appeal (NI) In the matter of an application by Raymond McCord* UKSC 2016/0205; See *Ref AG for NI – In the matter of an application by Agnew* UKSC 2016/0201.

(54) *R (Miller) v SS for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, paras 134 and 135. See section 1 of the Northern Ireland Act 1998.

(55) The Good Friday Agreement was subsequently enacted as the Northern Ireland Act 1998.

(56) Northern Ireland Act 1998, section 52.

(57) C. MCCRUDDEN, *Northern Ireland and the British Constitution since the Belfast Agreement*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 6th ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, 241.

al interest within the competence of the administrations. This currently includes the input by Northern Ireland Ministers to national policy making in the domain of EU law and policy; the consideration of the EU dimension in the North/South Council; and approaches to EU issues in the British/Irish Council; it also includes cross-border policing and criminal justice co-operation⁵⁸.

In addition, the Northern Ireland Act 1998 casts in legal form many of the provisions of the Good Friday Agreement. In turn, this agreement is tied into Human Rights protection under the Human Rights Act 1998 and also rights protected under EU law. Moreover, the agreement specifically addresses issues to do with discrimination, equal opportunity and employment law. For instance, it might be argued that the constitutional equality guarantee under s 75 of the Northern Ireland Act imposing an obligation to promote good relations might also be affected by the implementation of Brexit⁵⁹. It can therefore be anticipated that virtually any Brexit agreement is destined to undermine the functioning of crucial aspects of the processes which have been set in place⁶⁰.

Third, the relationship between the United Kingdom and the Republic of Ireland is called into question by Brexit. One of the foundations of the entire European project is the absence of any control relating to free movement. This principle applies over the land border Northern Ireland shares with the Republic of Ireland. As one commentator puts it: «... implicit in the Agreement is the idea of EU citizenship across the island of Ireland, with all that implies in relation to freedom of movement and of trade. The political significance of an open border in Ireland is obvi-

(58) The British Irish Council also established under the Good Friday Agreement and NIA 1998 is intended «to promote the harmonious and mutually beneficial development of the totality of relationships among the peoples of these islands». Membership was to comprise of representatives of the British and Irish Governments, devolved institutions in Northern Ireland, Scotland and Wales, when established and, if appropriate, elsewhere in the United Kingdom together with representatives of the Isle of Man and the Channel Islands.

(59) This point was discussed as one of the arguments in the *Agnew* Case. See *Ref AG for NI – In the matter of an application by Agnew* UKSC 2016/0201.

(60) The special relationship with the Irish Republic including the importance of open borders is referred to in section 4 of the White Paper. See 'The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union' Cm 9417, February 2017, pp. 21 ff.

ous to all who live on the island, and perhaps is not sufficiently remembered elsewhere in these islands»⁶¹.

Turning to assess the situation in terms of the current political crisis, the devolved government in Belfast collapsed in December 2016 following accusations of impropriety against the DUP leader and First Minister, Arlene Foster over a failed green energy incentive scheme. Her refusal to take responsibility for this failure and resign triggered an election on 2 March 2017. There was a complex spread of voting preferences between the parties, but for the first time since the launch of devolution in 1998 unionist parties failed to secure a clear majority of seats in the assembly⁶². A lack of agreement between the main parties on controversial issues, such as the legacy of “the troubles”, an Irish Language Act, the Bill of Rights and marriage equality, has, to date, prevented the resumption of devolved power sharing after the election and this, in turn, raises the possibility of a return to direct rule from Westminster.

Against this background the General Election result in June 2017 compounded the NI position further. This is because, as noted earlier, it produced a hung Parliament and any arrangement between the Conservative government, and the 10 DUP MPs elected to the House of Commons to secure a majority for the Conservatives, could potentially undermine the peace process. This is because the UK government and the Irish Government are required to act as impartial co-guarantors of the Good Friday Agreement which has just been discussed. In the words of a leading SDLP politician (also voiced by Sinn Fein) after the election, the influence of the DUP on «the British government is a cause for deep concern that must be addressed to assure the public and political parties of the independence of the talks process [intended to lead to the restoration of power sharing and he also added]. ... The Irish government will be critical to that and they should reassert their role as co-guarantors of the agreement»⁶³.

(61) K. CAMPBELL, *Sand in the Gearbox: Devolution and Brexit*, *UK Const Blog*, 5 Sept 2016.

(62) The hard line unionist DUP with 28 seats and hard line Republican Sinn Fein with 27 seats emerged as the largest parties while the Ulster Unionists 10 seats, Social Democratic and Labour Party 12 seats and Alliance 8 seats were the next largest parties.

(63) SDLP leader, Colum Eastwood, *The Guardian*, 15th June 2017.

Obviously, it is not possible to anticipate the way events will unfold in Northern Ireland as the Brexit process begins. This is particularly difficult in the light of the discernible contradictions in the positions taken by the main actors. In a positive sense the DUP claims to strongly support the resumption of devolution, and it is committed to furthering socio-economic policies to promote jobs, healthcare and infrastructural investment in Northern Ireland. However, the DUP was strongly in favour of Brexit and also draws support in Northern Ireland for its “real respect” agenda that seeks to preserve the Ulster-Scots heritage and promote the public expression of Orangeism through parades and displaying symbols of Britishness. The DUP also refuses to endorse human rights norms accepted throughout the remainder of the UK. In particular, the DUP opposes same sex marriage and is anti-abortion. One DUP MP is a climate change denier, another believes in teaching creationism in schools. With a deal in prospect between the Conservative Party and the DUP under discussion the openly gay Scottish Conservative leader, Ruth Davidson, sought assurances from the Prime Minister that Lesbian and Gay rights would not be compromised. On the other hand, the DUP in common with the Republican SDLP and Sinn Fein is resistant to a “Hard Brexit” which involves imposing border controls with the Republic of Ireland⁶⁴. Moreover, the government of the Irish Republic has expressed support for maintaining the *status quo* and avoiding a hard border⁶⁵. The introduction of a hard border would not only conflict with the Good Friday Agreement but it would have profound implications for the trading position between the UK and the Irish Republic⁶⁶. Despite the difficult issues it raises, there is strong support throughout Ireland for retaining a common travel area. However, the survival of an entirely open border with another EU nation (the Irish Republic) conflicts with one of the prime motives of the Eurosceptic ad-

(64) «Frictionless border with Irish Republic assisting those working or travelling in the other jurisdictions.». Also committed to: «Safeguarding the rights of British citizens in the EU and those from member States living here». Standing Strong for Northern Ireland, DUP, Manifesto, 2017, <http://www.mydup.com/publications/view/2017-westminster-manifesto>.

(65) ‘Irish Republic signals support for UK plan to avoid post-Brexit “Hard Border”, *The Guardian*, 10th October 2016.

(66) Britain is Ireland’s largest export partner with 1.2 billion a week traded between the two countries. Many citizens from the Republic shop in Northern Ireland.

vocates of Brexit, namely, to gain control over the UK's borders. Given this divergence in view reflected in the Irish position, any Conservative partnership with the DUP is likely to moderate the negotiating position of the Conservative government on this crucial issue.

As in Scotland the need for (Sewel) legislative consent motions in respect to the effect of a Great Repeal Bill (or any other comparable legislation) on Northern Ireland reflects the wider principle of consent which is now a feature of the UK constitution since the introduction of the current phase of devolution⁶⁷. There is no indication how the question of consultation and consent, other than through the JMC, might be addressed as part of the Brexit process of negotiation⁶⁸. However, according to the White Paper⁶⁹ any Great Repeal Bill will deal with *transferred matters* and make changes to the *powers of devolved Ministers* and of the *devolved legislature* (such an impact is bound to be the case for any repeal bill). Under the NI Assembly's Standing Orders any one of these devolved matters on its own would certainly require a (Sewel) legislative consent motion (discussed above). By doing so, this process might introduce further uncertainty as to the outcome following consultation at the devolved level. The suspension of devolution in NI and return to direct rule from Westminster could be used by the Westminster Government to circumvent the need to obtain legislative consent for any Great Repeal Bill or other Brexit enabling legislation⁷⁰. But such an outcome would be highly provocative from the standpoint of the nationalist Sinn Fein and SDLP, and, according to their own pronouncements, the DUP are anxious to see the restoration of devolution in Northern Ireland.

(67) Consultation is now an integral part of constitutional practice. See eg B. WINETROBE, *A Partnership of Parliaments? Scottish Law Making under the Sewel Convention at Westminster and Holyrood*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (eds.), *Devolution, Law Making and the Constitution* (Exeter, Imprint Academic 2005) but the Sewel Convention has not operated in precisely the same way in Northern Ireland. See J. MORISON, G. ANTHONY, *Here, There, and (Maybe) Here Again*, in R. HAZELL, R. RAWLINGS (eds.), *Devolution, Law Making and the Constitution* (Exeter, Imprint Academic 2005), p. 178.

(68) See C. HARVEY, *Complex Constitutionalism in a Pluralist UK*, *UK Const L Blog* (2th July 2016).

(69) The Great Repeal Bill: White Paper, 30th March 2017, Cm 9446.

(70) C. HARVEY, D. HOLDER, *The Great Repeal Bill and the Good Friday Agreement – Cementing a Stalemate or Constitutional Collision Course?*, *UK Const L Blog* (6th June 2017).

5. The Great Repeal Bill: Decoupling and the Multi-Layered Constitution

The starting point in approaching the question of disengagement from the EU is to recognise the complexity of the current multi-layered constitution⁷¹. Although the proposal for a Great Repeal Bill was first published before the 2017 general election, existing links with Europe cannot easily be severed because of the implications which cut across layers of government and of governance. The concept of the *multi-layered* constitution which recognises that the constitutional architecture of the United Kingdom operates on a vertical and a horizontal axis can contribute to understanding the impact of Brexit⁷². Viewed vertically from a top-down perspective there is a widely recognised system of multi-levelled governance⁷³ which means that power (both legislative and political) has been spread away from the Westminster Parliament⁷⁴. The *locus* of power has been channelled “upwards” to the European Union and “downwards” to devolved legislatures in Scotland, Wales and Northern Ireland⁷⁵.

On the other hand, the horizontal axis provides insight into the way power is actually exercised and regulated as part of what is here termed a “multi-layered constitution”. Laws not only originate from the EU, the Westminster Parliament or devolved parliaments and assemblies, but at the same time policy delivery involves a greatly increased interface between the levels of government and between the public sector and the private sector. The extensive shift towards contracting out and privati-

(71) See N. BAMFORTH, P. LEYLAND, chapter 1, *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, in N. BAMFORTH, P. LEYLAND (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003.

(72) F. MAYER, *Multi-Layered and multi-levelled? Public law architecture for the 21st Century* *European Law Books* 3 March 2007; Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 5/06 (2006), 10.

(73) I. PERNICE, *Methods of Dividing and Controlling Competencies*, in M. ANDENAS, J. USHER (eds.) *The Treaty of Nice and Beyond: Enlargement and European Reform*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 137 ff.

(74) M. O'NEILL, *Great Britain from Dicey to Devolution, Parliamentary, Affairs* Vol 53, No. 1, Jan 2000, 69-96.

(75) See N. BURROWS, *Devolution*, London, Sweet and Maxwell, 2000.

sation has meant that public services are no longer routinely delivered by public bodies directly⁷⁶. Central government, devolved government and local government rely upon the private sector to carry out functions that were previously performed exclusively 'in house' by governmental bodies. The list is extensive, ranging from hospital services, to street cleaning and refuse collection, but many of the companies discharging these functions are multi-national enterprises⁷⁷. Alongside this trend, industries and services, including the public utilities of electricity, gas and water and rail in the transport sector which were previously under State control, have been privatised and subjected to statutory regulation⁷⁸. In turn, these regimes of regulation are frequently tied into community regulation⁷⁹. Indeed, regulation is at the core of EU policy-making and the pace of burgeoning regulation was set out.

Clearly, the trend towards multi-levelled and multi-layered government is not a phenomenon only confined to the United Kingdom. From a wider European perspective, it is obvious that the prevalence of supra-national and sub-national levels of government has meant that, in a formal sense, multi-levelled government and multi-layered governance (explained below) has become a shared characteristic of many nations forming the EU⁸⁰. Of course, it is envisaged that the legal effect of Brexit will be withdrawal from the institutional framework of the EU and its capacity to make laws, and, at the same time, the removal of the jurisdiction of the European Court of Justice in interpreting and enforcing the law relating to the EU in the UK. However the strands of multi-layered governance permeating these layers will remain crucial. As Malone

(76) See *e.g.* the Local Government Act 1999.

(77) Veolia is one such multi-national.

(78) P. LEYLAND, *UK Utility Regulation in an Age of Governance*, in N. BAMFORTH, P. LEYLAND (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 202 ff.

(79) See *e.g.* Council Directive (EC) 2009/72 concerning common rules for the internal market in electricity, [2009] OJ L211/55, art 35(40); Council Directive (EC) 2009/73 concerning common rules for the internal market in natural gas [2009] OJ L211/94, art 39(4). For more detailed discussion see C. GRAHAM *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach* (Oxford: Hart Publishing, 2000), pp. 118 ff.

(80) See N. BERNARD, *Multilevel Governance in the European Union*, (The Hague, Kluwer, 2002).

points out in the field of law and regulation: «In the two decades from 1967 to 1987 when the Single European Act finally recognised the authority of the community to legislate in [the area of environmental protection], almost 200 directives, regulations and decisions were introduced by the Commission ... The case of environmental regulation is particularly striking, partly because of the political salience of environmental issues⁸¹, but it is by no means unique. The volume and depth of community regulation in the areas of consumer product safety, medical drug testing, banking and financial services, and of course competition law is hardly less impressive⁸².

The complexity of delivering Brexit will be particularly acute because many industries have been made subject to multifarious forms of statutory regulation. This regulation cuts across national boundaries and cuts across the public private divide. As Professor Prosser recently pointed out: «The role of independent regulation is regularly supervised at European level. ... Because of [the implications of EU directives], co-operation between various regulatory authorities in Europe has become increasingly important, and it is these EC law requirements which are the most important for the spread of independent regulatory authorities beyond the UK ...»⁸³. The implications of Brexit will be profound in the field of regulation as «Many EU laws make references to EU agencies and institutions setting standards or performing functions in relation to EU law»⁸⁴. Such laws concerning, for example, the environment or medicines would almost certainly need to be replaced by domestic layers of regulation.

Having outlined the scale of the problem, it is perhaps unsurprising to observe that no detailed plans have been formulated so far by the government, but in response to political pressure, as already noted, they

(81) R. MACRORY, *Environmental Regulation as an Instrument of Constitutional Change*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 7th edn., Oxford, Oxford UP, 2015, pp. 300 ff.

(82) G. MALONE, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, (1994) 17 *West European Politics*, 77-101 at pp. 85-86.

(83) T. PROSSER, *Regulation and Legitimacy*, in J. JOWELL, D. OLIVER (eds.), *The Changing Constitution*, 7th edn, Oxford, Oxford UP, 2011, p. 317.

(84) S. DOUGLAS-SCOTT, *The "Great Repeal Bill": Constitutional Chaos and the Constitutional Crisis?*, UK Const L Blog (10 Oct 2016).

published a White Paper⁸⁵ which may be revised following the failure of the Conservative Party to win a majority in the 2017 General Election. In view of the challenges ahead it may be assumed that the main effect of any “Great Repeal Bill”/Act would be to repeal the ECA 1972 but also to continue to recognize the vast bulk of EU law which underpins current domestic law⁸⁶. «This explains the intention to transpose, wholesale, all of the directly applicable EU law that applies in the UK on Brexit day»⁸⁷ and also where necessary rely on continuance clauses⁸⁸. To do otherwise would be a recipe for immediate chaos. Rather, the principal concern over any such “Great Repeal Bill” will relate to the way Parliament delegates power under the domestic legislation to allow European legislation to be repealed on a selective basis⁸⁹. It is ironic that if such power were to be given to ministers without adequate parliamentary scrutiny it would contradict the taking back of control promised by the advocates of Brexit in the referendum campaign. European Union law performs a crucial role not only in regulating many fields as noted above, but also in protecting rights, including the employment rights of workers. And so, will this legislation be drafted with an all embracing “Henry VIII clause”⁹⁰ empowering ministers to selectively dismantle provisions of this kind? It is not possible to provide an answer at the time of writing but the Constitution Committee of the House points out: «The “Great Repeal Bill” ... is likely to involve a massive transfer of legisla-

(85) *The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union* Cm 9417, February 2017.

(86) The White Paper refers to three primary elements: repeal of the European Communities Act 1972 and return of power to UK politicians and institutions; preserve EU law where it stands at the moment before the UK leave the EU; enable changes to be made by secondary legislation to the laws after leaving.

(87) J SIMON CAIRD *Legislating for Brexit: the Great Repeal bill*, House of Commons Library, Briefing Paper, Number 7793, 21st November 2016, pp. 22 ff.

(88) S. DOUGLAS-SCOTT, *The Great Repeal Bill: Constitutional Chaos and Constitutional Theory*, *UK Constitutional Law Association blog*, 10th October 2016.

(89) See H. WADE, C. FORSYTH, *Administrative Law*, 11th edn, Oxford, Oxford University Press, pp. 725 ff.

(90) These are clauses added to a bill to enable the government to repeal or amend legislation by subordinate legislation without further parliamentary scrutiny.

tive competence from Parliament to Government. This raises constitutional concerns of a fundamental nature, concerning as it does the appropriate balance of power between the legislature and the executive⁹¹. The 2017 General Election result is very significant as the constitutional mechanics of Brexit kick in. This is because, as mentioned above, the election has produced a hung Parliament presenting difficulties for the government in getting legislative measures passed by the House of Commons, but it also means that the government only has a bare majority on Parliamentary Committees. In turn, this reduces the ability of the governing party to depend on committees approving proposed changes to legislation without amendments and increases the likelihood of effective oversight from the relevant select committees⁹². Both Houses of Parliament have set up committees dedicated to scrutinising European legislation⁹³ and the House of Commons has recently established an Exiting of the European Union Committee⁹⁴. The Eu Committee of the House of Lords has stressed that: «Parliament has a duty to scrutinise and hold the Government to account for decisions that will profoundly affect the United Kingdom. It will also be a vital forum for public debate and challenge, on the many issues that will arise in the course of negotiations»⁹⁵. In sum, this outcome might restrict the use of Henry VIII clauses and ensure adequate scrutiny of powers under any Great Repeal legislation. The question of whether these committees can be adapted to cope effectively with the enormous demands of Brexit remains unclear.

(91) See The *Great Repeal Bill* and delegated powers, House of Lords, *Select Committee on the Constitution*, 9th Report of Session 2016-17, HL 123, 39.

(92) Public Bill Committees of between 16-50 MPs examine legislation clause by clause at the committee stage while 20 Departmental Select Committees of 11-14 MPs hold the executive to account. In each parliamentary session the parties are represented on these committees in proportion to their strength in the House of Commons.

(93) House of Commons European Scrutiny Committee; European Union Select Committee of the House of Lords has sub-committees on Economic and Financial Affairs, Internal Market, Infrastructure and Employment, External Affairs, Agriculture, Fisheries, Environment and Energy, Justice, Institutions and Consumer Protection, Home Affairs, Health and Education

(94) See «The UK's negotiating objectives for its withdrawal from the EU», HC 815, December 2016.

(95) See «Brexit: parliamentary scrutiny, European Union Committee», 4th Report of Session 2016-17, 20 October, 2016, para. 7.

6. Conclusion

This discussion of the constitutional and legal implications has shown that the Brexit decision sets in train an unpredictable and potentially destructive tide of events which are not only testing the durability of the nation's political institutions, but also in the long run the integrity of the United Kingdom itself. The *Miller* case was an important part of a process which not only required legislation to be placed before Parliament but also prompted the government to publish a white paper outlining aspects of its Brexit strategy. On the devolution front, the Joint Ministerial Council provides an avenue for consultation on the terms of Brexit negotiations. The effect of a hard Brexit requiring border controls has the potential to cause a breakdown of devolution in Northern Ireland, and a second Scottish independence referendum remains a possibility if the divergence in expectations between the demands of the SNP and the UK negotiating position cannot be adequately reconciled. The commitment to Brexit has been confirmed with the triggering of Article 50 but the unexpectedly close result of the 2017 General Election demonstrates the degree to which public opinion remains divided on the issue, and the failure to gain a decisive endorsement from the electorate will undoubtedly impact on the negotiating stance of the UK government.

Il referendum del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di circolazione dei cittadini UE nel mercato interno ed il problema del costo dei diritti sociali

Francesco Bilancia

Prendendo le mosse dalle tematizzazioni polemiche professate durante la campagna referendaria svoltasi nel Regno Unito per il voto del giugno 2016 sulla Brexit, il saggio apre una riflessione critica sulle trasformazioni da tempo in atto, nel diritto dell'UE e nella giurisprudenza della Corte di giustizia così come in alcuni ordinamenti degli Stati membri, in relazione ai diritti alle prestazioni sociali dei cittadini europei residenti in Paesi membri diversi dal proprio. Alla luce delle ricerche condotte emergono con chiarezza i significativi cedimenti dei livelli di tutele sociali connessi con l'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori in Europa, inquadabili in un più ampio contesto di rinnovate tendenze protezionistiche, nel mondo di recente addirittura aggravate dai primi atti della nuova amministrazione Trump. Il quadro che ne emerge induce a più approfondite riflessioni sulle cause della crisi di legittimazione attuale del processo di integrazione europea gravemente accelerata dalla messa in discussione dei diritti di libera circolazione quale originario fondamento per la costruzione di una più forte nozione di cittadinanza europea.

1. Premessa e delimitazione delle riflessioni

L'imprevisto risultato del referendum celebratosi il 23 giugno 2016 nel Regno Unito ha generato una crisi costituzionale che i più attenti tra gli studiosi non hanno esitato a definire la più grave crisi del sistema politico-istituzionale inglese a far data dal 1688¹. Un episodio, quello del

(1) Così D. GALLIGAN, *The Constitution in Crisis 2016*, nella Conferenza tenuta lo scorso 8 dicembre 2016 presso il Wolfson College, Oxford, la cui sintesi è disponibile sul sito web dei *The Foundation for Law, Justice and Society*, all'indirizzo <http://www.fljs.org/content/professor-denis-galligan-invokes-spirit-putney-debates-confront-constitutional-challenges>, ove è disponibile anche il *podcast* con la registrazione della conferenza, <http://www.fljs.org/content/constitution-crisis-2016>.

giugno scorso, che ha in effetti messo in discussione lo stesso cardine del sistema costituzionale britannico, quel principio della *Sovereignty of Parliament* che ne rappresenta il principale fondamento². Una vicenda che mette in discussione *funditus* la stessa nozione di democrazia rappresentativa, generando una crisi del suo stesso principio di legittimazione al cospetto della sempre attuale degenerazione populista della stessa democrazia³, in una con i fondamenti del processo di integrazione europea e i fondamentali assetti attuali del regime dell'UE. Per l'Europa e per il mondo, anche a seguito dell'elezione di Donald Trump come quarantacinquesimo Presidente degli Stati Uniti, si apre in effetti una stagione storica di grandi incertezze, nel corso della quale già iniziano a manifestarsi i primi gravi sintomi di un ritorno al nazionalismo, al protezionismo statale ed ai populismi forieri di pesanti minacce nei confronti dei processi di globalizzazione dei mercati e di composizione di un'Unione europea coesa e solidale. In proposito non resterebbe che attendere gli sviluppi delle politiche ispirate da tali nuovi "valori", al fine di valutarne gli esiti sugli assetti istituzionali e costituzionali delle principali organizzazioni internazionali, in primo luogo ONU e WTO, ovviamente della stessa Unione europea e degli Stati costituzionali contemporanei. Una premessa che serve ad inquadrare un clima politico, un'atmosfera composta dal precipitato del discorso pubblico che sembra caratterizzare il tempo presente nel lasciar ispirare gli sviluppi del sistema di relazioni istituzionali all'interno ed all'esterno degli ordinamenti statali, nell'Unione europea e nei principali contesti istituzionali sovranazionali. Per poter dire, in estrema sintesi, che questi sono oggi i temi sul tap-

(2) Rinvio, per non ripetermi, alle considerazioni svolte ed alla importante letteratura diffusamente citata in *Sovranità*, Relazione al XXXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC) sul tema *Di alcune grandi categorie del Diritto costituzionale: Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Trento, 11-12 novembre 2016, in corso di pubblicazione in *Rivista AIC*, 3, 2017..

(3) Ho provato a riflettere sul tema nel mio *Dal governo democratico-rappresentativo al governo a mera legittimazione popolare. (Brevi riflessioni sui mutamenti di regime)*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Jovene, Napoli, 2009, V, p. 1801 ss.; nonché in *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in F. BILANCIA, F.M. DI SCIULLO, A. GIANELLI, M.P. PATERNÒ, F. RIMOLI, G.M. SALERNO (a cura di), *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 135 ss.

peto, i principali argomenti del discorso politico e degli sviluppi istituzionali delle conseguenti politiche pubbliche e che è pertanto con queste tematiche che anche le scienze sociali devono oggi misurarsi.

Questa breve introduzione giustifica il taglio della presente riflessione, che prenderà le mosse proprio dal discorso politico, dai principali argomenti della campagna referendaria sull'uscita del Regno Unito dall'Unione europea, dal tenore delle questioni di fondo che caratterizzano il dibattito contemporaneo sulla crisi di legittimazione dell'Unione europea⁴ – non solo nel Regno Unito – e che presumibilmente orienteranno anche il dibattito e le future scelte in merito alle modalità di attuazione di questa così grave ed importante decisione degli elettori britannici. La tesi che si intende rapidamente sviluppare muove, infatti, dalla centralità assunta dal tema dell'immigrazione nella campagna referendaria sulla Brexit per disvelare l'importanza della crisi del sistema di protezione dei diritti sociali all'interno dei singoli Stati membri nel contesto del mercato unico. L'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori europei ha concorso infatti a generare forti pressioni sui livelli di prestazione sociale e sui relativi costi in capo ai bilanci dei singoli Stati membri, producendo di riflesso reazioni di contenimento e chiusura nei confronti, soprattutto, dei cittadini c.d. "neocomunitari".

Malgrado l'evidente, fondamentale, importanza assunta da altri temi e questioni emergenti dalla crisi innescata dalla scelta del Regno Unito di attivare la procedura di cui all'art. 50 del Trattato sull'Unione europea per recedere dai Trattati, l'attenzione sarà qui volta esclusivamente alla richiamata questione del rapporto tra libertà di circolazione dei cittadini dell'UE e garanzia dei diritti sociali nel sistema del mercato interno. Non prenderemo pertanto in considerazione né la interessantissima questione, piena di fondamentali implicazioni per il sistema costituzionale del Regno Unito, del conflitto in atto tra principio della sovranità parlamentare e prerogativa regia, nel frattempo risolto dalla decisione della Corte Suprema del Regno Unito con la nota sentenza sul caso Mil-

(4) Esemplare mi sembra, in effetti, la riflessione aperta da C. HARLOW, *The Limping Legitimacy of EU Lawmaking: a Barrier to Integration*, in www.europeanpapers.eu, 1, 2016, p. 29 ss.

ler⁵. Con l'affermazione cioè della necessità che fosse un intervento legislativo del Parlamento a definire i contorni del mandato del Governo a negoziare con gli altri *partner* europei – ed in seno alle istituzioni UE – le modalità ed i passaggi per la formazione e la definizione dei contenuti del trattato di cui all'art. 50, secondo comma del TUE⁶. Né la questione dei termini temporali per la definizione dei contenuti di tale decisione e la sua notifica alle istituzioni dell'UE. Così come non svilupperemo una riflessione, a monte e con effetti condizionanti relevantissimi sulla questione in corso, sul significato del *referendum* in una prospettiva sociologico-giuridica, né tanto meno con riguardo agli effetti di tale tipo di atto giuridico sul sistema politico e la forma di governo del Regno Unito⁷. Sarebbe infatti molto interessante interrogarsi, ad esempio, sulle cause e le implicazioni della decisione del corpo elettorale in una

(5) UKSC (5) 2017 del 24 gennaio 2017, disponibile al link <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2016-0196-judgment.pdf>, su cui almeno J. KING, *What next? Legislative Authority for Triggering art. 50*, UK Constitutional Law Association, consultabile all'indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2017/01/24/jeff-king-what-next-legislative-authority-for-triggering-article-50-2/>; F. FABBRINI, *Brexit according to the UK Supreme Court: the Miller Judgement*, in *Centro Studi sul federalismo*, n. 100, 27 gennaio 2017, consultabile all'indirizzo www.csfederalismo.it; A. W. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: the Brexit decision in the UK Supreme Court*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2017, p. 355. P. LEYLAND, *Brexit and the UK: Charting the Constitutional and Legal Obstacles*, in questa *Rivista*, *supra*; F. SGRÒ, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *federalismi.it*, 5, 2017. Per il seguito legislativo della sentenza, concluso in data 17 marzo 2017 con la pubblicazione dell'*European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*, consultabile all'indirizzo *web* <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/9/enacted>, rinvio alla utile ed aggiornata rassegna di cui all'*Osservatorio sulla Brexit* della *Rivista Federalismi.it*, all'indirizzo <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=32932>.

(6) Una rassegna delle questioni aperte è, ad esempio, rinvenibile nel rapporto elaborato dalla *House of Commons, Exiting the European Union Committee*, "The Process for exiting the European Union and the Government's negotiating objectives", HC 815, 14 gennaio 2017, nonché, con toni in parte propagandistici, nel Rapporto del Governo dal titolo "The United Kingdom's Exit from and new Partnership with the European Union", presented to Parliament by the Prime Minister by Command of Her Majesty nel febbraio 2017, consultabile all'indirizzo *web* <https://www.gov.uk/government/publications/the-united-kingdoms-exit-from-and-new-partnership-with-the-european-union-white-paper>.

(7) Sul modello della riflessione in Italia magistralmente condotta da C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Dem. dir.*, 1981, p. 51 ss. e da M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2005, spec. p. 1 ss., p. 122 ss. nonché, sul valore del *referendum* nel sistema degli atti normativi, p. 599 ss.

prospettiva *socio-legal*, con attenzione alle forti diseguaglianze sul piano sociale, culturale e politico in seno alla società del Regno Unito che indubbiamente sono sembrate emergere dai risultati del *referendum* in relazione alla distribuzione territoriale dei voti a favore o contro la proposta, indicando significative ma territorialmente omogenee diseguaglianze⁸. Ancora, per lo studioso di diritto costituzionale questa vicenda solleciterebbe una riflessione sui delicati equilibri tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa, sui rapporti sempre più conflittuali tra popolo-corpo elettorale ed istituzioni (starei per dire componenti) del Parlamento, e così via.

Ma in questa sede nessuna di queste importanti prospettive sarà oggetto di analisi, così come non si assumerà a riferimento della riflessione la connessa “questione economica”, declinabile per un verso in riferimento ai possibili futuri assetti del mercato comune, e per altro con più specifico riguardo alle conseguenze del processo di disgregazione in atto sui mercati finanziari con i probabili connessi esiti in termini di squilibri monetari tra le diverse aree del mercato stesso.

2. La questione: il tema dell'immigrazione nella campagna referendaria

Nei mesi antecedenti la celebrazione del *referendum* la campagna politico-mediatica nel Regno Unito è stata fortemente caratterizzata da una specifica sovraesposizione del tema dell'immigrazione come voce pre-tensivamente condizionante la scelta fondamentale sul se aderire o meno alla richiesta a favore o contro l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. L'argomento immigrazione è stato, altresì, fortemente strumentalizzato, tanto da lasciar spesso deliberatamente confondere il tema dell'afflusso nel Regno Unito di immigrati extra-comunitari ed extra-europei, compresi i rifugiati e i richiedenti asilo, con il ben diverso problema dei cittadini dell'UE di provenienza da altri Paesi membri e la libertà di circolazione e stabilimento all'interno del mercato unico di questi ultimi, in un quadro di denunciata crisi del processo di integrazione e

(8) Rinvio agli interessantissimi spunti di analisi di cui all'intervento sulla questione di JÜRGEN HABERMAS, *Core Europe to the Rescue: a Conversation with Jürgen Habermas about Brexit and the EU Crisis*, in www.socialeurope.eu, 21 luglio 2016, ad esempio a proposito del conflitto tra populismo e capitalismo, o del c.d. *urban-rural divide*.

dell'Unione europea⁹. Immigrazione “interna”, libertà di circolazione dei cittadini e dei lavoratori, diritti connessi allo *status* di cittadinanza europea sono stati, in sostanza, al centro del dibattito pubblico per diversi mesi. In particolare, ed oggetto ora della nostra attenzione, forti tensioni si sono manifestate in riferimento ai diritti dei cittadini europei, non nazionali, legittimamente residenti nel Regno Unito, soprattutto i diritti sociali e i diritti connessi al rapporto di lavoro¹⁰, laddove veniva posto al centro della discussione il costo delle relative prestazioni a carico dell'amministrazione pubblica; denunciando addirittura una sorta di messa in competizione dei cittadini britannici, da un lato, ed europei immigrati, dall'altro, per la provvista di tali prestazioni.

Che si tratti di un tema all'attenzione degli sviluppi dell'ordinamento dell'Unione europea è cosa, del resto, nota da tempo. Le tensioni in merito ai diritti sociali dei cittadini europei residenti in altri Paesi dell'Unione, diversi dal proprio, avendo generato infatti una disciplina più restrittiva ad opera del diritto dell'UE¹¹, come vedremo determinano a cascata significativi interventi da parte della stessa Corte di giustizia dell'UE (CGUE)¹².

Nell'ottica funzionalistica in cui muove, fin dalle origini, il diritto comunitario, e successivamente il diritto dell'UE, le libertà di circolazione all'interno del mercato unico sono state abitualmente considerate piuttosto come strumenti per la costruzione del mercato che non come diritti individuali di cittadinanza¹³. L'obiettivo essendo quello di imple-

(9) R. ASHCROFT, M. BEVIR, *Pluralism, National Identity and Citizenship: Britain after Brexit*, in *The Political Quarterly*, 3, 2016, p. 355 ss.

(10) Sulle pesanti tensioni generate dai più recenti sviluppi della giurisprudenza della CGUE in materia di diritto del lavoro rinvio alla informata riflessione critica di S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in www.costituzionalismo.it, n. 3 del 2016. Sulle tensioni tra integrazione dei mercati e garanzia dei diritti sociali già Id., *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, trad. da R. Inston, Cambridge, 2005.

(11) A partire dalla dir. del Parlamento e del Consiglio 2004/38/EC del 29 aprile 2004, con scadenza dal 30 aprile 2006.

(12) Si veda il bel saggio di A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the Eu's Market Freedoms*, Oxford-Portland, 2016.

(13) A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the Eu's Market Freedoms*, cit., spec. pp. 58, 66 ss., 79 ss., 91 ss., 118 ss., 155 ss. Per il diritto del lavoro europeo, esemplarmente, S. GIUB-

mentare la c.d. competitività del mercato interno europeo al cospetto dei mercati globali. A fronte di tale prospettiva di sviluppo, pertanto, allorché gli effetti della crisi finanziaria avviatasi a far data dal 2008 cominciarono a manifestarsi anche nell'economia reale, i tagli al servizio delle prestazioni sociali dei cittadini che diversi Stati membri furono costretti ad assumere per ragioni di sostenibilità dei propri bilanci hanno rapidamente condotto ad importanti tensioni di sistema, in considerazione della competizione da parte degli stranieri aventi diritto alle medesime prestazioni; stranieri, ma pur sempre cittadini europei.

Questi processi di qualificazione delle vicende evolutive della crisi finanziaria come aggravate dall'afflusso di immigrati cittadini europei in relazione ai presunti maggiori costi delle prestazioni sociali hanno assunto una ulteriore rilevanza a seguito degli interventi della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha in più riprese sostenuto e garantito le prestazioni connesse ai diritti sociali come diritti individuali di cittadinanza, andando pertanto oltre lo schema funzionalistico, con ciò generando però conflitti interni agli stessi sistemi politici nazionali. Un *case-law*, seppur occasionalmente più *rights-oriented* che non *market-oriented*¹⁴, più aperto alle istanze pretensive degli individui, potendo comportare un implemento dei costi di tali prestazioni a carico delle amministrazioni statali. In alcuni momenti concorrendo così a determinare forti contrasti ideologicamente forieri di conflitti animati da istanze nazionalistiche laddove alla riduzione della spesa sociale ad opera della legislazione statale per fronteggiare la crisi, con effetti gravanti su tutti i cittadini, abbiano potuto fare da contraltare decisioni giudiziarie, anche di giudici nazionali, di riconoscimento di diritti a tali prestazioni a vantaggio di cittadini stranieri, ma europei legittimamente residenti. Ciò tanto in riferimento specifico ai tagli di determinate prestazioni, quanto all'introduzione di elementi di condizionamento per la loro fruizione. Così, ad esempio, ha provocato un acceso dibattito, significativamente rianimatosi proprio in occasione della campagna referendaria nel Re-

BONI, *Libertà d'impresa*, cit., spec. § 6, ma *passim*.

(14) Rinvio ancora all'analisi di A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the Eu's Market Freedoms*, cit., p. 116 ss.

gno Unito, il sistema di condizionalità introdotto ad opera delle *Housing Benefit (Amendment) Regulations* del 2012¹⁵ che ha sottoposto a riduzioni quantitative percentuali gli assegni erogati agli assistiti, in proporzione al numero di vani “in sovrannumero”, rispetto alle stime dei bisogni familiari, delle abitazioni dei beneficiari di prestazioni assistenziali. Attraverso una stima del potenziale reddito della famiglia nell’ipotesi di affitto di tali vani, infatti, il provvedimento ha assunto tale situazione di fatto come concorrente alla determinazione dei limiti reddituali limitativi – o addirittura ostativi – delle prestazioni sociali reclamate dai suoi componenti. A fronte di queste significative riduzioni dei livelli di prestazione sociale, generatrici di un ricco ed articolato contenzioso giudiziario in relazione all’utilizzo degli spazi abitativi privati, in quanto considerati “eccedenti” rispetto alle necessità familiari in ordine al numero degli effettivi residenti¹⁶, il riconoscimento all’opposto della garanzia di analoghe prestazioni a vantaggio di cittadini europei non nazionali bisognosi ha spesso purtroppo concorso a generare un clima di risentimento ed ostilità, facilmente strumentalizzabile in sede di campagna referendaria a favore dell’uscita del Regno Unito dall’UE (*leave*). La classica rivisitazione dei luoghi polemicamente tipici della c.d. “guerra tra poveri”, alimentata dalla presunta competizione tra cittadini e stranieri nel concorso per la fruizione delle prestazioni sociali.

Narrazione polemica certamente agevolata dalle conseguenze della crisi economica. Insieme alla contrazione delle risorse pubbliche destinate al finanziamento della spesa sociale, essa sta infatti ormai da tempo caratterizzando i conflitti politici – soprattutto nel corso delle campagne elettorali – laddove per la prima volta a far data dagli anni ’50 la questione sociale, così come gli effetti della politica monetaria e delle politiche

(15) *Statutory Instrument* n. 3040 del 3 dicembre 2012 in tema di *Social Security*, consultabile all’indirizzo web <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2012/3040/contents/made>.

(16) Si veda di recente, a titolo di esempio, la decisione della Supreme Court UKSC 58 [2016] nel caso *R (Carmichael and Rourke) vs. Secretary of State for Work and Pensions*, consultabile all’indirizzo <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2016/58.html>. Per un commento della decisione e la citazione di diversi interessanti precedenti si v. T. RAINER, *The Value of Article 14 ECHR: The Supreme Court and the ‘Bedroom Tax’*, UK Constitutional Law Association, consultabile all’indirizzo <https://ukconstitutionallaw.org/2016/11/28/thomas-raine-the-value-of-article-14-echr-the-supreme-court-and-the-bedroom-tax/>.

economiche, viene spesso ridotta ad argomento di sbrigative polemiche politiche addirittura contrapponendo ideologicamente tra loro, gli uni agli altri, gli stessi Stati membri. Così portando al centro del dibattito la questione dell'eguaglianza tra cittadini europei, nazionali e stranieri, nell'ambito della proiezione territoriale e della responsabilità politica dei singoli Stati membri. Quale ulteriore effetto della crisi di tenuta delle ragioni fondative dell'Unione europea, portando ad emersione una nuova questione polemica: da un lato persone che si ingegnano nello strumentalizzare le occasioni offerte dal diritto di libera circolazione sul territorio comune europeo in cerca dei benefici delle prestazioni sociali nei sistemi più generosi o più agevolmente aggirabili (si pensi alle ipotesi dei falsi matrimoni a fini di ricongiungimento familiare). Dall'altro lato l'implementazione di politiche pubbliche e meccanismi istituzionali finalizzati ad evitarlo, a volte proprio limitando le possibilità di accesso a determinate prestazioni sociali, contenuto di diritti riconosciuti anche agli stranieri in quanto cittadini europei. Con il forte rischio di discriminazioni in base alla nazionalità, seppur motivate da ragioni oggettive. Così, guardando alla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia sulla libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini lavoratori all'interno del mercato unico, ricaviamo ulteriori importanti segnali di tendenza circa il tenore dei contenuti che la attuale disciplina dei diritti a prestazione sociale posta dal diritto dell'UE riflette sullo stato di cittadinanza europea. In particolare trovo significativa la giurisprudenza relativa alla citata direttiva 2004/38/Ec¹⁷ nei casi dei cd. lavoratori economicamente inattivi, quali i disoccupati al termine dei periodi di efficacia delle misure di sostegno al reddito e quindi divenuti bisognosi di prestazioni di assistenza sociale; i pensionati al minimo economicamente

(17) Attuata in Italia con d.lgs. 6 febbraio 2017, n. 30; in Spagna ad opera del Real Decreto 16 febbraio 2007, n. 240 "sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo", provvedimenti ai quali si rinvia per la verifica dell'analogo tenore nel senso di cui nel testo. La questione è ben analizzata nel saggio di E. CAVASINO, *Diritti europei e non nazionali? Sullo statuto giuridico del migrante: il nodo degli standards sovranazionali comuni*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nn. 30-31, 2016, p. 299 ss., p. 303 ss. Ma si veda, altresì, la sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo n. 139/2016, del 21 luglio 2016, p.to 10 della Parte II. *Fundamentos jurídicos*, in *Boletín Oficial del Estado, Sección del Tribunal Constitucional*, n. 196 del 15 agosto 2016, p. 60502 ss., spec. p. 60532.

non autosufficienti; i nuclei familiari privi di copertura assicurativa sanitaria; ecc. Gli Stati membri cominciano sempre più di frequente a vedersi riconosciuta dall'UE la facoltà di negare il diritto di residenza a cittadini europei di altri Stati membri, privi di risorse economiche sufficienti, tali da assicurare che per loro e le loro famiglie non si determinino le condizioni per la pretesa erogazione di prestazioni assistenziali, sanitarie, scolastiche o altre agevolazioni tariffarie per la fruizione di servizi pubblici che finiscano con il pesare sui sistemi di *welfare* del Paese ospitante aggravandone i relativi costi¹⁸. Tutti sintomi di un mutato clima generale in riferimento alle modalità di esercizio della libertà di circolazione delle persone, il cui regime giuridico in Europa¹⁹ sta finendo con il rendere del tutto plausibile proprio quella guerra tra poveri i cui drammatici segnali abbiamo ritenuto di individuare nei discorsi animati dalla campagna referendaria per la Brexit ma che, purtroppo, hanno assunto un ruolo anche nella dimensione ufficiale delle relazioni diplomatiche tra i Governi degli Stati membri, nei reciproci rapporti e in seno alle istituzioni dell'Unione europea.

3. Possibili derive nei contenuti dei negoziati per la definizione delle modalità di recesso del Regno Unito dall'Unione europea

Il voto referendario era stato, come è noto, preceduto da un intenso negoziato tra il Governo del Regno Unito e l'Unione europea, le cui tracce documentali confermano quanto fin qui osservato a proposito della rilevanza della questione "immigrazione" nel processo politico sottostante. Questione riferibile, in particolare, ai cittadini stessi dell'Unione, titolari della libertà di circolazione in quanto lavoratori.

(18) Si vedano, tra le tante, le sentenze CGUE, C-333713, Grande Camera, 11 novembre 2014, Elisabetta Dano e Florin Dano *vs.* Jobcenter Leipzig; CGUE, C-67/14, Grande Camera, 15 settembre 2015, caso Jobcenter Berlin Neukölln *vs.* Alimanovic N., S., V., V.; CGUE, C-308/14, Prima Sezione, 14 giugno 2016, caso Commissione europea *vs.* Regno Unito. Sul punto, altresì, A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the EU's Market Freedoms*, cit., p. 30 ss., p. 79 ss., p. 197 ss.; E. CAVASINO, *Diritti europei e non nazionali?*, locc.citt.

(19) Esemplamente, per la Spagna, si veda il *Rapporto del Gobierno de España, Secretaría de Estado de la Seguridad Social*, dal titolo *La protección social de los trabajadores extranjeros*, curato da S. GONZÁLEZ ORTEGA dell'Universidad Pablo de Olavide, spec. p. 33 ss., p. 39 ss., consultabile all'indirizzo *web* <http://www.seg-social.es/prd100/groups/public/documents/binario/113305.pdf>.

Il 10 novembre del 2015, l'allora Premier del Regno Unito David Cameron inviò una lettera al Presidente del Consiglio europeo Donald Tusk e, per conoscenza, ai Presidenti della Commissione europea, del Parlamento europeo e ai Capi di Stato e di Governo dell'UE al fine di proporre loro una serie di riforme del sistema UE proprio per rendere più sostenibile la campagna referendaria a favore della continuità nella partecipazione del Regno Unito nell'Unione europea (*remain*)²⁰. Nella lettera venivano indicate quattro aree tematiche concernenti le principali cause di preoccupazione «*of the British people over (Uk) membership of the European Union*»: *governance* economica, competitività, sovranità e, appunto, immigrazione. La nostra attenzione si focalizzerà, ora, esclusivamente su quest'ultima. Il Primo Ministro britannico parlava, in effetti, espressamente della necessità di prendere in considerazione la forte pressione ormai da tempo esercitata dalle conseguenze della libertà di circolazione su scuole, ospedali e altri servizi pubblici, rendendo necessario assumere un più rigoroso controllo sugli *arrivi* di cittadini europei dal di fuori del Regno Unito. Pretesa alla quale si aggiungeva una ridefinizione dei contorni della libertà di circolazione in riferimento agli eventuali futuri nuovi Paesi aderenti all'Unione europea²¹.

Ancor più grave, si assumeva la necessità di considerare l'esigenza di porre un freno alle fughe in avanti della giurisprudenza della Corte di giustizia al fine di combattere più efficacemente gli abusi nell'esercizio dei connessi diritti, laddove la Corte avrebbe spesso asseritamente reso molto più difficile tale compito in capo agli Stati membri ampliando eccessivamente i contorni di tali diritti, quasi a tradirne lo spirito e gli scopi originari²². In ciò evocando le tensioni provocate da quelle rare pro-

(20) Il testo del documento, intitolato "A new Settlement for the United Kingdom in a reformed European Union", è consultabile all'indirizzo https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/475679/Donald_Tusk_letter.pdf.

(21) «... *we have got to be able to cope with all the pressures that free movement can bring on our schools, our hospitals and our public services ... we need to be able to exert greater control on arrivals from inside the EU ... we do want ... to reduce the current very high level of population flows from within the EU into the UK ... We need to ensure that when new countries are admitted to the EU in the future, free movement will not apply to those new members until their economies have converged much more closely with existing Member States.*

(22) «... *we also need to crack down on the abuse of free movement ... addressing ECJ judgements*

nunce in cui la Corte avrebbe preteso di assumere la libertà di circolazione, e le facoltà individuali ad essa connesse, non più esclusivamente quali strumenti per la implementazione ed il rafforzamento del mercato interno ma come veri e propri diritti individuali²³. Da questi elementi problematici, chiaramente collegati alla radice con la fenomenologia più sopra descritta inquadrando tematicamente la crisi del sistema di protezione sociale in Europa in sé, e quale corollario della crisi della libertà di circolazione dei lavoratori, il Premier britannico deduceva, quindi, gli impegni da far assumere alle istituzioni comuni ed agli Stati membri in sede europea, per perseguire gli obiettivi che soli avrebbero, a suo dire, potuto scongiurare il rischio di un voto referendario contrario alla permanenza del Regno Unito nell'Unione europea.

Allo scopo di ridurre il flusso di migranti intracomunitari si rappresenta(va) come necessario abbattere notevolmente la forza di attrazione esercitata nei confronti dei cittadini europei extra-Uk dal sistema di *welfare* del Regno Unito, rivedendo profondamente la disciplina dell'UE per il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali dei cittadini UE non nazionali²⁴. Tutti elementi a suo tempo ritenuti di importanza essenziale *«to keep Britain inside a reformed European Union»*, e quindi rivelatori dei contenuti delle richieste che il Governo del Regno Unito riterrà di formalizzare nei confronti degli altri *partner* europei e delle istituzioni dell'Unione nell'avvio del negoziato i cui contorni sono di fatto ormai in corso di definizione. Un accordo che avrà, pertanto, ad oggetto tra i suoi punti più qualificanti la necessità di escludere i lavoratori europei non cittadini dal sistema di *welfare* comunque per un numero minimo di anni dall'inizio della loro residenza nel Regno Unito.

Questi obiettivi politici sono, infatti, presenti già nel discorso pronunciato dall'attuale Primo Ministro Theresa May lo scorso 17 gennaio a

that have widened the scope of free movement in a way that has made it more difficult to tackle this kind of abuse...».

(23) Alla questione, già più sopra richiamata, si riferisce la parte conclusiva dello studio di A. TRYFONIDOU, *The Impact of Union Citizenship on the Eu's Market Freedoms*, cit., spec. p. 116 ss., p. 155 ss., p. 196, p. 219 ss.

(24) *«... we can reduce the flow of people coming from within the Eu by reducing the draw that our welfare system can exert across Europe ... people coming to Britain from the Eu must live here and contribute for four years before they qualify for in-work benefits or social housings».*

proposito della Brexit, individuando i punti qualificati come le “priorità” da tener ferme durante il negoziato finalizzato alla definizione delle relazioni del Regno Unito con l’Unione europea, successive al procedimento di recesso²⁵. Salve alcune rassicuranti, ma non chiare e definite, parole in riferimento ai lavoratori UE già presenti nel Regno Unito, la Premier britannica è tornata a ribadire la centralità di un programma di riduzione della presenza di lavoratori cittadini europei immigrati sul territorio del Regno Unito proprio al fine di contenere i costi delle prestazioni sociali eventualmente connesse alla presenza di tali lavoratori²⁶. Per tornare nuovamente sulla questione della libertà di circolazione come causa scatenante del problema, in quanto foriera di un saldo netto positivo di cittadini europei, ma extra-UK, sul territorio del Regno Unito, e dei conseguenti eccessivi costi sul sistema di protezione sociale²⁷. E così torniamo al punto di partenza, vale a dire alla crisi della libertà di circolazione dei lavoratori come una delle principali cause della perdita di legittimazione dell’Unione europea e del processo di integrazione politico-sociale tra gli Stati membri, di fatto mai seriamente incardinato

(25) Si veda la versione scritta del discorso, intitolato *Prime Minister Theresa May sets out the 12 negotiating priorities for Brexit as part of the Plan for Britain after leaving the EU*, consultabile all’indirizzo http://www.astrid-online.it/static/upload/may-/may-brexit-speech_17_01_17.pdf. Nel dettaglio le politiche attese sono ora oggetto di più ampia definizione punto per punto nel Libro bianco presentato dal Governo inglese al Parlamento il 2 febbraio 2017, dal titolo “*The United Kingdom’s exit from*”, cit., spec. p. 25 ss.

(26) *In the last decade or so, we have seen record levels of net migration in Britain, and that sheer volume has put pressure on public services, like schools, stretched our infrastructure, especially housing, and put a downward pressure on wages for working class people. As home secretary for 6 years, I know that you cannot control immigration overall when there is free movement to Britain from Europe. Britain is an open and tolerant country. We will always want immigration, especially high-skilled immigration, we will always want immigration from Europe, and we will always welcome individual migrants as friends. But the message from the public before and during the referendum campaign was clear: Brexit must mean control of the number of people who come to Britain from Europe. And that is what we will deliver.* Anche qui trovo estremamente utile il rinvio ad un documento ufficiale redatto dall’*European Union Committee della House of Lords*, “*Brexit:UK-EU movement of people*”, HL Paper 121 del 6 marzo 2017, spec. p. 20 ss., p. 29 ss., p. 61 ss., consultabile al sito *web* <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/121/121.pdf>.

(27) La cui centralità era stata segnalata fin dall’inizio, fra gli altri, da B. DONNELLY, *What does Brexit mean? When we have decided what you voted for, we will tell you*, all’indirizzo <https://www.social-europe.eu/2016/09/what-does-brexit-mean-when-we-have-decided-what-you-voted-for-we-will-tell-you/>, 5 settembre 2016.

tra i pilastri del processo di integrazione. Purtroppo è molto attuale il rischio che altri Stati membri intraprendano analoghi percorsi di rottura. Assai concreta la possibilità che le quattro libertà di circolazione tornino ad essere assunte quali omogenei elementi di costruzione del mercato, determinando il riassorbimento della libera circolazione delle persone tra gli strumenti di realizzazione dell'ordine materiale del mercato, non più (mai ancora) quale sistema di diritti individuali. Trattando le persone come se fossero merci, servizi o capitali, come se fossero cose²⁸. La libertà di circolazione dei lavoratori è uno dei pilastri fondanti il processo di integrazione europea fin dalle origini, uno degli elementi di composizione dell'esercizio condiviso della sovranità statale all'interno del sistema istituzionale dell'Unione europea. Come sia potuto accadere che nel corso della campagna referendaria i *leader* del fronte del *Leave* siano riusciti a confondere i cittadini europei nell'esercizio legittimo del proprio diritto di libertà di circolazione all'interno dell'Unione con la grande massa di stranieri, compresi i richiedenti asilo, presenti sul territorio del Regno Unito è oggetto di analisi di altre discipline, appartenendo all'ambito della comunicazione politica, dell'informazione, dei *media*. Durante la campagna referendaria sono stato personalmente testimone di dibattiti pubblici televisivi in cui l'Unione europea è stata financo additata a responsabile della presenza nel Regno Unito di così tanti cittadini extraeuropei di religione musulmana. Quello che non è chiaro è come sia possibile che l'onda lunga di quella campagna politico-mediatica, orientata dalle paure artatamente fomentate evocando scenari apocalittici, possa fare tuttora da sfondo all'attuale discorso politico intorno ai principali snodi del negoziato sulle condizioni di esercizio, da parte del Regno Unito, delle facoltà previste dall'art. 50 del TUE. Quali siano le ragioni, cioè, della permanente centralità della libertà di circolazione quale uno dei principali obiettivi di un ipotetico nuovo diritto dell'Unione europea riformato²⁹. Una volta acquisito l'esito del voto, infatti, trattandosi di una scelta apoditticamente ridotta sull'opzione

(28) Rinvio alle riflessioni di M. YUILLE, *Dealing with immigration: from Poison to Progress*, in <https://www.socialeurope.eu/2016/08/immigration-poison-progress/>, 5 agosto 2016.

(29) Rinvio ai documenti ufficiali, appunto, citati alle precedenti nt. 6 e 27.

*leave-remain*³⁰, sintesi implicita nella essenziale struttura stessa di ogni *referendum*, la decisione circa gli effettivi contenuti delle politiche europee da porre al centro della discussione era di fatto affidata al Governo, con o senza il concorso – che ora sappiamo con certezza essere necessario – dell'Uk *Parliament*. Ed è il Governo del Regno Unito, pertanto, che è oggi responsabile di questa deriva polemica, dell'assunzione del tema “immigrazione” quale elemento centrale nel dibattito sugli esiti della Brexit.

In sintesi, la messa in discussione dei diritti dei cittadini europei connessi alla libertà di circolazione dei lavoratori non era affatto implicita nell'esito del voto referendario. Non era affatto necessario mandare a rischio i diritti e le molte aspettative da tempo acquisiti dai cittadini dell'Unione europea. Dei cittadini inglesi sparsi per l'Europa come dei cittadini europei stabilitisi nel Regno Unito, quale che sia lo *status* che potrà essere garantito, all'esito dei negoziati sulla Brexit, a tutti coloro i quali già si trovino in queste condizioni. Ma poi, appunto, perché soltanto a queste persone?

4. *Alcune conclusioni*

Quel che verrebbe da considerare in conclusione, in un'analisi che ove approfondita implicherebbe la necessità di misurarsi con le origini e gli sviluppi evolutivi delle tendenze politiche attuali, e non soltanto in Europa, in tema di immigrazione, porta la nostra attenzione sulle derive populistiche in atto, che stanno spingendo sempre più spesso la classe politica e i Governi a provocare e, quindi, assecondare semplificanti narrazioni sul tema, per trarne poi le decisioni politiche conseguenti alla ricerca di un consenso semplicisticamente assemblato. Una deriva in atto – è soltanto di ieri la ventata di notizie provenienti dagli Stati Uniti in riferimento ai primi atti discriminatori del Governo Trump, appena insediatosi, in tema di esuli e rifugiati³¹ – che sembra approfittarsi dei

(30) «... *das Volk kann nur Ja oder Nein sagen*». Rinvio all'insuperata riflessione di C. SCHMITT, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Berlin- Leipzig, 1927, spec. p. 36 ss.

(31) Il riferimento va immediatamente al tristemente noto *Executive Order* n. 13769 del 27 gennaio 2017 “*Protecting the Nation from foreign terrorist entry into the United States*”, consul-

sentimenti popolari più diffusi, mossi dalle conseguenze emotive prodotte dalle reazioni provocate dall'accentuarsi dei fenomeni migratori e dall'aggravarsi degli effetti della crisi economica sulla vita quotidiana dei cittadini. Il tutto al mero fine di raccogliere facile consenso elettorale, senza considerare l'importanza delle conseguenti trasformazioni che queste politiche producono, nel tempo, sulla tenuta e sulla resa dei principi fondamentali in materia di cittadinanza e libertà di circolazione e soggiorno, oltre che sulla stessa legittimazione del sistema istituzionale nel suo complesso.

Una deriva deliberatamente cercata, anche a costo di considerare polemicamente la giurisprudenza a tutela dei diritti fondamentali come un'indebita interferenza dell'ordine giudiziario nel legittimo esercizio delle proprie funzioni democratiche ad opera delle istituzioni rappresentative. A far data dalla scorsa estate, ad esempio, assistiamo a continui violenti attacchi di parte della stampa inglese nei confronti dell'ordine giudiziario per via delle decisioni assunte in tema di Brexit, ivi compresi i giudici della *Supreme Court*, individualmente additati al pubblico ludibrio come "nemici del popolo" e della democrazia³². Non più nel solco della tradizionale contrapposizione tra *judicial constitutionalism* e *political constitutionalism*, luogo problematico tipico del diritto costituzionale anglosassone³³, ma nuovo polemico innesco di una pericolo-

tabile sul sito della Casa Bianca all'indirizzo *web* <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>. Il provvedimento, immediatamente impugnato, è stato travolto dalla decisione della *States District Court for the Western District of Washington* nella causa *State of Washington v. Trump*, No. C17-0141-JLR, 2017, 3 febbraio 2017, decisione sostanzialmente confermata in appello dal rigetto del ricorso presentato dal Governo federale per sospenderne gli effetti da parte della *United States District Court for the Western District of Washington*, nella causa No. 17-35105 D.C. No. 2:17-cv-00141, in data 9 febbraio 2017. Nel frattempo anche altre Corti distrettuali avevano provveduto a sospendere gli effetti del citato *Executive Order*. In data 6 marzo 2017 il Presidente Trump ha adottato, quindi, una seconda versione del citato *Executive Order*, sostanzialmente dello stesso tenore ma ora diversamente strutturato e corredato di una più articolata motivazione, disponibile all'indirizzo *web* <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/03/06/executive-order-protecting-nation-foreign-terrorist-entry-united-states>, a sua volta sospeso nell'efficacia ad opera di una decisione della *US District Court for the District of Hawaii*, CV 17-00050 DKW-KSC, in data 15 marzo 2017. Ma è chiaro che il conflitto istituzionale sul tema è oggi soltanto agli inizi.

(32) Come riferito altresì nei recenti saggi di A. BRADLEY, *Pressure on a Historical Constitution*, cit., e di P. LEYLAND, *Brexit and the UK*, cit.

(33) Ho tentato di recente di darne rapidamente conto nel mio *Sovranità*, cit.

sa deriva populistica. Il punto è che oggi la classe politica – nel Regno Unito, per la verità, molto meno che altrove – si spinge troppo facilmente a mettere in discussione lo stesso ruolo della funzione giurisdizionale accusata di assumere decisioni di sfida nei confronti della legislazione, quindi della volontà del Parlamento e, per traslato, della volontà popolare. Troppo semplicistica la sintesi tematica per occuparsi seriamente del tema dei limiti dei poteri della maggioranza definiti dalla costituzione e dal diritto, ovviamente, laddove in questione sia “il governo dei giudici non eletti dal popolo”. Il tema è molto complesso, e nel Regno Unito è aggravato dalla difficoltà di conciliare tra loro il principio della sovranità parlamentare con i presunti vincoli derivanti dall’adesione a Trattati che prevedano la giurisdizione di Corti sul rispetto delle relative disposizioni da parte degli Stati membri. È quanto emerge con evidenza, ad esempio, dal contenzioso – tuttora irrisolto – dinanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di diritto di voto delle persone detenute in carcere, che ha portato a diverse condanne del Regno Unito per violazione dell’art. 3 del I Protocollo alla CEDU³⁴. La reazione dell’allora Primo ministro David Cameron³⁵ rappresentando, appunto, il chiaro segnale di un difficile rapporto tuttora potenzialmente foriero di ulteriori più gravi conflitti tra giurisdizione sui diritti fondamentali e sovranità statale, implicando tali condanne da parte della Corte europea la necessità di una revisione della legislazione del Regno Unito in mate-

(34) Si tratta di un vero e proprio *trend* giurisprudenziale, ormai consolidato, a partire dalla sentenza sul caso *Hirst vs. UK*, Great Chamber, ric. n. 74025/01, del 6 ottobre 2015, fino alle più recenti sentenze sul caso *Firth and oths. vs. UK*, ricc.nn. 47784/09, 47806/09, 47812/09, 47818/09, 47829/09, 49001/09, 49007/09, 49018/09, 49033/09 e 49036/09 del 15 dicembre 2014, e *McHugh and oths. vs. UK*, ricc. nn. 51987/08 e 1.014 others, del 10 febbraio 2015, *trend* aggravato da una Risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa, *Résolution intérimaire* CM/ResDH(2015)251 in data 9 dicembre 2015, causata dalla mancata ottemperanza alle previsioni delle predette sentenze da parte del Regno Unito.

(35) “*I will ignore Europe’s top court on prisoner voting*”, 4 ottobre 2015, come riportato da *The Telegraph*, <http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/11911057/David-Cameron-I-will-ignore-Europes-top-court-on-prisoner-voting.html>. La vicenda è ben ricostruita sul sito *web* del *UK Parliament*, alla pagina dedicata appunto a *Human rights and prisoner voting: Key issues for the 2015 Parliament*, ivi compresa la posizione contraria a dare seguito alle condanne della CEDU formalmente espressa dall’allora Primo Ministro, David Cameron, <http://www.parliament.uk/business/publications/research/key-issues-parliament-2015/justice/human-rights-and-prisoner-voting/>.

ria. Ed aprendo così la strada ad un ulteriore quesito, che in questa sede lasceremo però in sospenso: supremazia della sovranità del Parlamento, come prescritto dal diritto costituzionale inglese, o pretesa usurpazione di essa da parte del Governo?³⁶

Il tema al quale solo accenniamo per fare ad esso rinvio come possibile sviluppo di ulteriori riflessioni è pertanto rappresentato dal complicato nesso tra diritto di matrice giurisprudenziale dei diritti fondamentali, nel sistema inglese di chiaro radicamento nel *common law*, e diritto europeo dei diritti fondamentali, anch'esso di matrice giurisprudenziale ma di derivazione esterna, prodotto dal *case-law* della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel quale si intrecciano le due distinte questioni del rapporto tra *common law* e *statute law* prodotto della sovranità parlamentare in tema di diritti fondamentali, da un lato; e la questione della pretesa supremazia del diritto europeo sul principio della sovranità parlamentare, dall'altro. Ma quel che qui rileva, seppur su tale sfondo problematico, è altro. Vale a dire l'utilizzo strumentale della questione immigrazione come problema, proprio in virtù del paventato rischio che le giurisdizioni "pretendano" di tutelare i diritti degli stranieri, anche europei, anche contro le scelte "sovrane" di una classe politica che voglia, al contrario, metterne in discussione i fondamenti sulla spinta di un presunto mandato popolare, provocato ad arte dalla strumentale deriva ideologica assunta quale discorso pubblico da un approccio populistico foriero purtroppo di più forte consenso. Un circolo vizioso, quindi, ed una deriva contraria all'espansione delle tutele. Il che ci porta sull'ultimo punto rilevante ai fini di queste considerazioni. La questione dell'eguaglianza. Quella stessa eguaglianza che, pur nella sua declinazione formale, come divieto di discriminazione in base alla nazionalità, costituisce il fondamento della libertà di circolazione e soggiorno garantita ai lavoratori dai Trattati europei. Libertà di circolazione delle persone, appunto, sempre più trattate dal diritto europeo alla stregua della libertà di commercio, come libera circolazione delle

(36) Devo limitarmi a rinviare all'articolata analisi di cui al saggio di M. GORDON, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution*, Oxford-Portland, 2015, spec. p. 6, p. 35 ss., p. 48 ss., p. 111 ss., p. 126 ss., p. 201 ss., con riferimento tanto al potenziale conflitto tra *judicial (common law) constitutionalism* e *political constitutionalism*, quanto ai rischi di usurpazione della sovranità parlamentare da parte del Governo e del Primo Ministro.

merci, cioè. Anche se tale diritto riguarda in verità come detto le persone, non le cose.

È noto che l'impatto della recente crisi economico-finanziaria non ha prodotto identici effetti nei diversi Paesi membri del mercato comune. Germania, Austria, Paesi Bassi e Belgio hanno visto il tasso di occupazione calare soltanto marginalmente, mentre in Spagna, Italia, Irlanda, Grecia e Portogallo i livelli di disoccupazione raggiunti si dimostrano significativamente molto gravi. Dai dati statistici emerge con chiarezza che la crisi ha prodotto, nella sostanza, vincitori e vinti, tra le economie dei diversi Stati, e all'interno di questi tra parti e parti della popolazione. Così come hanno prodotto fortissime diseguaglianze tanto le ultime recenti fasi del processo di integrazione europea, soprattutto a partire dall'entrata in vigore della moneta unica, anche se non certo a causa dell'euro come da alcuni incautamente sostenuto, quanto i processi di globalizzazione. Diseguaglianze che hanno un impatto profondo sul piano economico, sociale e quindi politico. Guardando alla cittadinanza europea attraverso lo spettro della giurisprudenza della Corte di giustizia³⁷, quindi, si comprende come possa essere accaduto che le aperture a favore dei diritti sociali come diritti individuali funzionali ai diritti di cittadinanza, e non più soltanto ai processi di integrazione dei mercati, come più sopra ricordato, possano aver generato un diffuso sentimento di ostilità verso gli stranieri-cittadini europei. Anche questi aventi diritto a tali prestazioni, e quindi considerati competitori indesiderati da parte di chi vedeva così ridursi le proprie *chance* di accesso ai processi redistributivi di ricchezza, sempre più difficoltosi in sé già a causa della crisi economica.

Un quadro problematico divisivo lungo l'asse delle diseguaglianze tra cittadino e straniero anche se cittadino europeo, in una parola e di nuovo la questione "immigrazione". Questione che riporta in auge l'idea di una lotta contro i diritti individuali (degli altri), soprattutto diritti di eguaglianza e prestazioni sociali, lotta da assumere così facilmente come strumento per il rafforzamento di una rinnovata identità nazionale, anzi identità nazionali, al plurale, foriere di rinnovati conflitti tra i

(37) S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., spec. § 6.

popoli. Un ritorno alla sovranità nazionale nella forma più retrograda, in quanto declinata quale attributo del “popolo”, del suo Governo, non più della Costituzione e dei diritti. Guardando in giro per le Cancellerie europee, sotto le pressioni populistiche dei partiti antieuropei, infatti, ad essere messa a tema è una rinnovata dottrina espansiva dei poteri dei Governi nazionali da costruire attraverso la polemica contrapposizione tra questi ultimi ed i sistemi istituzionali europeo e sovranazionale. Un’espansione fondata sulla riduzione delle prestazioni sociali in generale e, comunque, a vantaggio dei soli cittadini nazionali; il contrasto alla libertà di circolazione anche se esercitata nelle forme legali; una sempre più diffusa e mal motivata critica nei confronti dei sistemi di giustizia costituzionale e di protezione giudiziaria dei diritti fondamentali, compresi ovviamente i sistemi di protezione regionale ed internazionale dei diritti nei confronti dei poteri statali sovrani; la concentrazione dei poteri in capo al Governo, schiacciando sempre più sulla volontà di quest’ultimo il ruolo del Parlamento.

Non tutto comprensibile, non tutto fisiologicamente conseguente alle cause di crisi politica e di effettività degli ordinamenti costituzionali che pur si sono più sopra segnalate, ma con fenomeni distruttivi senz’altro accentuati dall’uso del *referendum* o degli appelli al popolo quale strumento di lotta contro il processo di integrazione europea, le istituzioni dell’UE e le altre organizzazioni sovranazionali a vocazione costituzionale, come ad esempio la CEDU. Processi all’esito dei quali resterà soltanto da chiedersi, infine, cosa ne potrà mai essere dei diritti fondamentali e di cittadinanza, dei diritti economico-sociali e dei diritti dei lavoratori nel nuovo contesto costituzionale che si va così definendo. Il tutto in un quadro di rinnovata conflittualità tra Stati, nei reciproci rapporti ed in seno alle istituzioni europee, che sembra riportare l’Europa indietro di cento anni esatti.

Brexit: il “lungo addio”, tra diritto dell’Unione europea e diritto internazionale

Pietro Manzini

Il 29 marzo 2017, con la notifica del Regno Unito al Consiglio europeo dell'intenzione di lasciare l'Unione europea, si è conclusa la fase puramente nazionale della procedura di recesso prevista dall'art. 50 del Trattato UE. A seguito della notifica, è iniziata una seconda fase della procedura di recesso che, diversamente dalla prima, è interamente disciplinata dal diritto dell'Unione europea. Nonostante l'articolata disciplina dell'art. 50, anche la fase europea, così come quella nazionale, è costellata da questioni giuridiche di non immediata soluzione. Nell'articolo si illustrano alcune di tali questioni. In particolare si esaminano tre temi: a) le tappe e la disciplina della procedura di recesso; b) il ruolo della Corte di giustizia nella procedura di recesso; c) l'ammissibilità della revoca del recesso.

1. Il riflusso

In un'affermazione divenuta celebre, Lord Denning, forse il più famoso giudice inglese dei tempi moderni, paragonò il diritto comunitario ad una marea che andava sommergendo rapidamente ogni altro territorio del diritto¹. La Brexit, per certi versi, rappresenta il riflusso di questa marea dalle Isole britanniche e il conseguente riemergere degli spazi soggetti al diritto nazionale e al diritto internazionale. Inevitabilmente, tuttavia, il processo di ripiegamento del diritto dell'Unione europea – concretamente iniziato il 29 marzo 2017, con la notifica da parte del Primo Ministro britannico al Consiglio europeo della sua intenzione di lasciare l'Unione² – segue una

(1) Alfred Thompson Denning (23 January 1899 - 5 March 1999): «*the flowing tide of Community law is coming in fast. It has not stopped at high water-mark. It has broken the dykes and the banks. It has submerged the surrounding land. So much so that we must learn to become amphibious if we are to keep our heads above water*»: The Times, 2 January 1973.

(2) Ad esempio reperibile su Eurojus: <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/2017/03/letter-50.pdf>.

dinamica complessa e costellata di questioni giuridiche di non immediata soluzione. Le note che seguono cercano di illustrare alcune di tali questioni. In quest'ottica si esamineranno tre temi: a) le tappe e la disciplina della procedura di recesso; b) il ruolo della Corte di giustizia nella procedura di recesso; c) l'ammissibilità della revoca del recesso.

2. Le tappe e la disciplina della procedura di recesso del Regno Unito dall'Unione

Il 29 marzo 2017, con la notifica del Regno Unito al Consiglio europeo dell'intenzione di lasciare l'Unione europea, si è conclusa la fase puramente nazionale della procedura di recesso prevista dall'art. 50 del Trattato UE³. Il primo paragrafo di tale disposizione stabilisce che ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione. Nel caso britannico questa decisione è stata più complicata di quanto si potesse immaginare per uno Stato che è tra i fondatori del moderno costituzionalismo. È stata infatti necessaria una pronuncia della Corte Suprema per stabilire se la notifica potesse essere formulata dal Governo a seguito del *referendum* ovvero, a tal fine, occorresse comunque un preventivo atto del Parlamento⁴. Risolta in quest'ultimo senso la questione, il Parlamento britannico ha definitivamente espresso la sua volontà con atto del 16 marzo 2017⁵.

A seguito della notifica, è iniziata una seconda fase della procedura di recesso che, diversamente dalla prima, è interamente disciplinata dal

(3) Per un inquadramento dell'art. 50 si rinvia a H. HOFMEISTER, "Should I stay or should I go?" – *A Critical Analysis of the Right to Withdraw from the EU*, in *European Law Journal*, 2010, pp. 589-603; A. ŁAZOWSKI, *Withdrawal from the European Union and alternatives to membership*, in *European Law Review*, 2012, pp. 523-540; P. NICOLAIDES, *Withdrawal from the European Union: a typology of effects*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013, pp. 209-219; E.-M. POPTCHEVA, *Article 50 TEU: withdrawal of a Member State from the EU*, European Parliamentary Research Service, febbraio 2016, reperibile *online*; P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU. A constitutional reading*, UCL European institute, Working Paper, dicembre 2016, reperibile *online*.

(4) *Judgment of 24 January 2017, R. (on the application of Miller and Dos Santos) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), Reference by the Attorney General for Northern Ireland - In the matter of an application by Agnew and others for Judicial Review and Reference by the Court of Appeal (Northern Ireland) - In the matter of an application by Raymond McCord for Judicial Review*.

(5) *European Union (Notification of Withdrawal) Act 2017*.

diritto dell'Unione europea. In sostanza questa fase prevede le seguenti tappe. Al ricevimento della notifica il Consiglio europeo – vale a dire i capi di Stato e di Governo dei rimanenti Stati membri – formula gli orientamenti che devono guidare il negoziato con lo Stato recedente. L'accordo con quest'ultimo deve definire le modalità di recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione. Esso va negoziato dalla Commissione ed è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio che delibera a maggioranza qualificata (20 su 27 Stati membri), previa approvazione del Parlamento europeo. L'accordo deve essere concluso entro due anni dalla notifica – ossia, nel caso inglese, entro il 29 marzo 2019 ed è solo a partire dalla data della sua entrata in vigore che i Trattati cessano di applicarsi allo Stato. Il periodo di due anni rappresenta comunque l'estensione massima della possibile permanenza dello Stato recedente nell'Unione; allo scadere di tale termine, infatti, anche nel caso in cui l'accordo di recesso non sia stato concluso, i Trattati non sono più applicabili a tale Stato, che diviene pertanto, a tutti gli effetti, un Paese terzo. Ciò salvo che lo Stato recedente e gli altri Stati membri decidano all'unanimità di prorogare il termine dei due anni.

Nel periodo immediatamente successivo al *referendum* britannico fu prospettata l'ipotesi che l'art. 50, riferendosi all'accordo «volto a definire le modalità di recesso tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione», consentisse una disciplina unitaria e contemporanea sia delle condizioni di recesso sia dei nuovi rapporti tra l'Unione e il Regno Unito. In realtà questa soluzione non è percorribile. Per un verso, la disposizione stabilisce chiaramente che l'unico obiettivo dell'accordo è quello di definire i termini del recesso, mentre le relazioni tra le parti, seppure da delineare in un "quadro", sono qualificate appunto come "future". Per l'altro, le modifiche ai Trattati europei implicate dai nuovi rapporti con il Regno Unito sono di tale portata da non poter essere semplicemente concordate con l'Unione, così come previsto dall'art. 50, bensì vanno accettate anche da tutti i singoli Stati membri.

Non è dunque sorprendente che la bozza di "orientamenti"⁶ per il negoziato che il Presidente del Consiglio europeo ha fatto circolare subi-

(6) Ad esempio reperibili qui: <http://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2017/03/FullText.pdf>.

to dopo la notifica del 29 marzo preveda di tenere separati e distinti nel tempo l'atto di rescissione degli impegni europei e l'atto o gli atti di definizione delle future relazioni tra Unione e Regno Unito.

Dalla bozza in questione emerge anzi l'ipotesi di un processo in quattro tappe. La prima, che comprenderebbe la prima parte del negoziato biennale, dovrebbe essere rivolta a stabilire i termini del "divorzio" con la risoluzione dei problemi più urgenti, sotto il profilo della certezza giuridica per i cittadini e le imprese europee e per i *partner* internazionali⁷. La seconda fase, da iniziarsi sempre nel termine dei due anni, ma solo dopo che la prima è prossima alla conclusione, diretta a delineare il "quadro delle future relazioni" tra le parti, e comprendente eventualmente l'individuazione di un regime transitorio di durata chiaramente determinata⁸. La terza tappa sarebbe quella di applicazione del regime transitorio e, infine, la quarta quella costituita dall'entrata in vigore degli strumenti internazionali che definiscono in maniera stabile le mutue relazioni tra UE e Regno Unito.

Le prime due tappe risulterebbero regolate dal diritto dell'Unione europea, la terza da una normativa europea *sui generis*, definita nel periodo in cui il Regno Unito è ancora membro dell'Unione, ma applicabile

(7) Quanto al contenuto dell'accordo di recesso, gli orientamenti predisposti dalla Presidenza del Consiglio europeo suggeriscono due categorie generali di questioni. Da un lato i problemi di carattere interno, vale a dire soprattutto i diritti di soggiorno dei cittadini europei e le loro famiglie presenti nel Regno Unito e dei cittadini britannici presenti nel Continente, la certezza giuridica delle relazioni economiche delle imprese europee e britanniche e la definizione degli impegni finanziari assunti dal Regno Unito con l'Unione o nel quadro dell'attività dell'Unione e non ancora assolti. Dall'altro le questioni di carattere internazionale, tra le quali: la disciplina delle frontiere tra la Repubblica d'Irlanda e l'Irlanda del Nord, la regolamentazione dei diritti e gli obblighi derivanti dai trattati internazionali stipulati dall'Unione a 28 membri che continuano a produrre effetti anche successivamente al recesso del Regno Unito, e il regime giuridico della Rocca di Gibilterra.

(8) In questo senso la bozza di orientamenti del Presidente del Consiglio europeo precisano che «*to the extent necessary and legally possible, the negotiation may also seek to determine transitional arrangements which are in the interest of the Union and, as appropriate, to provide for bridges toward the foreseeable framework for the future relationship. Any such transitional arrangements must be clearly defined, limited in time, and subject to effective enforcement mechanism*». Il Parlamento europeo ha suggerito un regime transitorio non superiore ai tre anni. V. *European Parliament Resolution on negotiations with the United Kingdom following its notification that it intends to withdraw from the European Union* (2017/2593(RSP)), par. 28.

al momento in cui esso è già Stato terzo. Infine, la quarta tappa sarebbe governata puramente dal diritto internazionale dei trattati.

Anche la natura giuridica degli accordi che reggono tali relazioni è evidentemente diversa. L'accordo di recesso, comprendente anche la disciplina transitoria, va inteso come un trattato speciale nell'ambito del diritto UE, in quanto previsto per un obiettivo particolare e basato su una norma *ad hoc*, concluso solo dall'Unione (senza la partecipazione dei rimanenti Stati membri) e dallo Stato recedente; peraltro quest'ultimo, al momento della conclusione dello stesso, si trova nella condizione del tutto particolare di non essere né un Paese terzo rispetto all'Unione né uno Stato membro ordinario della stessa. Diversamente, gli accordi che stabiliscono le relazioni definitive tra Unione e Regno Unito saranno accordi di diritto internazionale classici e rientreranno, per quanto riguarda il profilo europeo, tra i trattati retti dalla disciplina generale posta dall'art. 218 del Trattato sul funzionamento; di conseguenza, a seconda del loro contenuto, saranno di carattere esclusivo (vale a dire stipulati solo dall'Unione) ovvero di carattere misto, con la partecipazione cioè sia dell'Unione sia dei 27 Stati membri. Al momento della loro conclusione il Regno Unito sarà, a tutti gli effetti, uno Stato terzo.

3. Il ruolo della Corte di giustizia nella procedura di recesso

Una questione sinora inesplorata è il ruolo della Corte di giustizia durante (e dopo) la procedura di recesso. L'art. 50 non la menziona, ma sono almeno quattro le ipotesi in cui un intervento della Corte può essere prospettato.

Anzitutto, va ricordato che, a norma degli articoli 258 e 259 del Trattato sul funzionamento, la Commissione e ciascuno Stato membro possono adire la Corte di giustizia nel caso in cui reputino che un altro Stato membro abbia mancato ad uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei Trattati. Pertanto, sebbene assai improbabile per ragioni politiche, dal punto di vista giuridico nulla impedisce che, durante il negoziato, la Commissione o uno Stato membro – eventualmente lo stesso Regno Unito – possa promuovere un'azione per violazione dei Trattati, sostenendo ad esempio l'inosservanza dell'obbligo di leale cooperazione, oppure della stessa disciplina dell'art. 50. Quest'ultima ipotesi, anzi,

come si avrà modo di rilevare nel prosieguo, è meno teorica di quello che può essere a prima vista pensato.

In secondo luogo, va ricordato che l'ultimo comma dell'art. 218 del Trattato sul funzionamento stabilisce che gli Stati e talune istituzioni dell'Unione possano domandare un parere alla Corte di giustizia circa la compatibilità di un accordo previsto con i Trattati; in caso di parere negativo, l'accordo non può entrare in vigore. Ci si può domandare se tale disposizione si applichi anche nel caso dell'accordo di recesso. Contro tale ipotesi si può far valere, per un verso, un'interpretazione sistematica, che confonderebbe l'ipotesi di parere solo agli accordi di cui all'art. 218, con esclusione quindi di quello basato sull'art. 50, e, per l'altro, un'interpretazione teleologica, che escluderebbe il parere in base alla considerazione che l'obiettivo del rispetto del termine dei due anni sarebbe con ogni probabilità frustrato, se, dopo un negoziato necessariamente condotto in tempi contingentati, una delle parti potesse rinviare la conclusione dell'accordo di recesso chiedendo il parere sulla sua compatibilità con i Trattati alla Corte. A favore di una simile ipotesi milita, tuttavia, non solo il tenore letterale della disposizione che sembra riferirsi indifferentemente a tutti gli accordi stipulati dall'Unione, a prescindere dalla loro base giuridica, ma anche, e soprattutto, l'opportunità di far accertare dalla più alta istanza giudiziaria la compatibilità dell'accordo di recesso con i Trattati europei. Va peraltro osservato che, in ogni caso, nessuno può impedire ad uno dei soggetti contemplati dall'ultimo paragrafo dell'art. 218 di domandare il parere, e sarà solo la Corte a poter eventualmente qualificare tale richiesta come inammissibile.

Una terza ipotesi di intervento della Corte è rappresentata dalla possibile impugnativa della decisione del Consiglio o del Parlamento europeo di concludere l'accordo sulla base dell'art. 263 TFUE. Com'è noto, tale disposizione prevede che gli Stati, talune istituzioni e, a certe condizioni, anche le persone fisiche o giuridiche possano domandare alla Corte un controllo di legittimità sugli atti del Consiglio e/o sugli atti del Parlamento europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Ora, posto che l'accordo di recesso negoziato dalla Commissione deve essere, conformemente all'art. 50, paragrafo 2, oggetto di una decisione del Consiglio relativa alla conclu-

sione dello stesso e di una decisione di approvazione del Parlamento europeo, non è dubbio che tali atti potrebbero essere impugnati di fronte alla Corte dai ricorrenti menzionati dall'art. 263. Diversamente dal caso precedente, non si vede come la Corte, ricorrendone i presupposti di ricevibilità, potrebbe rifiutarsi di pronunciarsi sul ricorso, anche se quest'ultimo fosse proposto in prossimità della scadenza del termine dei due anni. In un simile caso, il ricorso avrebbe come effetto quello di far trascorrere tale termine senza che l'Unione possa legittimamente concluderlo, perché occorrerebbe attendere i tempi del procedimento giudiziario. In un tal caso, il Regno Unito dovrebbe comunque abbandonare l'Unione, perché, in base al paragrafo 2 dell'art. 50, scaduto il termine due anni il recesso avviene in ogni caso, anche senza il perfezionamento dell'accordo tra le parti. Tuttavia, si può pensare che, trovandosi in tale situazione, le parti possano trovare l'intesa per prorogare il termine, dato che un recesso non governato sarebbe assai dannoso sia per gli interessi dell'Unione che per quelli del Regno Unito.

Infine, la quarta ipotesi di intervento della Corte è quella rappresentata dalla sua competenza ad interpretare i trattati conclusi dall'Unione ed eventualmente a dichiararli invalidi in tutto o in parte nel caso essi rischiano di compromettere i principi costituzionali dei Trattati⁹. Tale competenza può essere esercitata nell'ambito di diverse procedure previste dal Trattato, inclusa la procedura del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul funzionamento: ad esempio un giudice potrebbe domandare alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione o sulla validità del trattato di recesso. È ben vero che tale trattato e l'eventuale regime transitorio ad esso collegato costituiscono un caso del tutto particolare, ma non vi sono ragioni per ritenere che tali strumenti non debbano essere soggetti al controllo giurisdizionale della Corte. Per altro verso, nella bozza di orientamenti (cit.) fatta circolare del Presidente del Consiglio si riconosce espressamente che l'accordo di recesso dovrebbe includere un appropriato sistema di risoluzione delle controversie relativo all'applicazione e all'interpretazione dell'accordo medesimo, ma

(9) V. in particolare, sentenza della Corte del 3 settembre 2008, C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi, ECLI:EU:C:2008:461, pt. 285.

ciò può essere fatto tenendo presente l'interesse dell'Unione a proteggere effettivamente la sua autonomia e il suo sistema giuridico, incluso il ruolo della Corte di giustizia.

4. La revoca unilaterale della notifica di recesso e il diritto internazionale dei trattati

Sarebbe possibile, per il Regno Unito, revocare la notifica di recesso del 29 marzo 2017, prima della scadenza del termine dei due anni previsto dall'art. 50? Va ricordato che, sino a tale data, i Trattati si applicano pienamente anche allo Stato recedente; pertanto, se la notifica venisse ritirata, la procedura di recesso si arresterebbe e la Brexit non avverrebbe. L'ipotesi oggi appare remota ed è stata anche espressamente esclusa dal Primo Ministro britannico, ma gli elementi che nei prossimi due anni potrebbero indurre a un ripensamento sono molti: l'opinione pubblica del Paese è ancora estremamente divisa, l'esito del negoziato potrebbe apparire eccessivamente penalizzante, le manovre indipendentiste della Scozia potrebbero assumere un valore concreto e l'Irlanda del Nord potrebbe essere invogliata a esplorare ulteriori forme di autonomia.

Al riguardo, va anzitutto precisato che il solo organo che può decidere in ultima istanza sull'ammissibilità di tale revoca è la Corte di giustizia, posto che si tratterebbe di interpretare l'art. 50, il quale, sul punto, tace. Come accennato nel precedente paragrafo, nel caso la questione fosse evocata durante il negoziato, ciascuno Stato membro (compreso il Regno Unito) e la Commissione avrebbero gli strumenti per portarla a giudizio della Corte.

In questa sede però qualche ipotesi interpretativa può essere già formulata.

Va osservato, anzitutto, che una revoca della notifica concordata con tutti gli altri Stati membri pare senz'altro ammissibile¹⁰. L'intesa tra le parti può essere qualificata come un accordo in materia di interpreta-

(10) In questo senso v. anche il PE il quale, nella risoluzione del 29 marzo 2017, cit., ha affermato che, «*whereas a revocation of notification needs to be subject to conditions set by all EU-27, so that it cannot be used as a procedural device or abused in an attempt to improve on the current terms of the United Kingdom's membership*»;

zione ed applicazione del Trattato UE, ai sensi dell'art. 31, par. 3, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Le parti darebbero vita ad uno strumento interpretativo diretto a precisare la portata dell'art. 50 TUE. Questa soluzione sarebbe fondata sul diritto consuetudinario e non confliggerebbe con la lettera e la *ratio* dell'art. 50 dato che essa colma semplicemente uno spazio normativo lasciato scoperto da tale disposizione¹¹.

L'ipotesi di una revoca della notifica di recesso unilateralmente decisa dallo Stato interessato è invece assai più problematica¹². Qui, per definizione, non sussiste alcun accordo interpretativo tra le parti e, pertanto, considerate la lettera e la finalità dell'art. 50, la soluzione più lineare sembrerebbe quella di non ammettere la revoca della notifica, secondo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, il quale nelle circostanze di specie mantiene intatta la sua valenza euristica. Ciò nonostante, alcuni Autori ritengono che la possibilità di revoca possa essere desunta dalla disciplina della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹³. In questa prospettiva è stato fatto notare che l'art. 68 di tale Convenzione, riferendosi al recesso e ad altri istituti del diritto internazionale, stabilisce esplicitamente che esso «*may be revoked at any time before it takes effect*». Tale norma, che si assume essere di carattere consuetudinario e

(11) Al riguardo taluni Autori hanno prospettato la possibilità che il negoziato previsto dal par. 2 si concluda non con un accordo di recesso, ma con un accordo di "rinuncia al recesso", ovvero, alternativamente, che il Consiglio europeo e lo Stato interessato adottino una decisione, ai sensi del par. 3, di prolungare indefinitamente il negoziato di recesso, in modo che – *de facto* – quest'ultimo non si avveri mai. Queste argomentazioni tuttavia non mi sembrano convincenti. Infatti la prima contraddice la lettera del par. 2 dell'art. 50, il quale prevede che il negoziato abbia come unico obiettivo la «definizione delle modalità di recesso» e non contempla l'ipotesi che esso si concluda con un non-recesso. Diversamente, la seconda confligge con la *ratio* del par. 3 dell'art. 50, la quale è quella di consentire un allungamento dei tempi del negoziato col fine di giungere ad un più maturo e completo accordo di recesso. Solo al prezzo di un grave svisamento delle finalità di tale disposizione si può sostenere che il Consiglio europeo e lo Stato interessato possano decidere di prolungare all'infinito il negoziato con la conseguenza che l'effettivo recesso non avviene mai.

(12) Ho già espresso alcune delle considerazioni che seguono in P. MANZINI, *Brexit: Does notification mean forever?*, in *SIDI Blog*, 17 febbraio 2017, <http://www.sidiblog.org/author/pietro-manzini/>.

(13) V. in particolare P. CRAIG, *Brexit: Foundational constitutional and interpretive principles: II*, in *Oxford Human Rights Hub*, 27 ottobre 2016, reperibile online; A. MIGLIO, *Brexit means Brexit, ma... si può tornare indietro*, in *Affari internazionali*, 23 novembre 2016, reperibile on line.

dunque applicabile anche all'Unione europea, darebbe conforto ermeneutico al fatto che, anche nell'ambito dell'art. 50 TUE, la notifica del recesso potrebbe essere unilateralmente revocata.

Molteplici sono le considerazioni che possono essere svolte contro questa tesi.

Anzitutto, la disciplina del recesso prevista dalla Convenzione di Vienna si applica solo laddove il trattato non regoli il recesso in maniera specifica. Ciò è quanto si evince dall'art. 56 della Convenzione stessa che stabilisce che, in assenza di una disposizione pattizia relativa al recesso, quest'ultimo non è ammesso, salvo che la possibilità di staccarsi dal trattato risulti corrispondente all'intenzione delle parti o possa essere dedotta dalla natura di esso. Ora, sembra assai improprio dedurre degli argomenti volti a precisare il contenuto di una disposizione specifica sul recesso, quale è senz'altro l'art. 50, da una disciplina che si applica esplicitamente solo nei casi in cui disposizioni di tal genere manchino. Inoltre, il richiamo alla Convenzione di Vienna potrebbe essere fatto valere in senso esattamente opposto a quello prospettato: l'art. 68 dimostra che laddove gli Stati hanno voluto prevedere la possibilità di revoca del recesso, lo hanno fatto esplicitamente; pertanto, nel caso in cui questa possibilità non sia prevista, non appare lecito estrapolarla in via ermeneutica. Ma anche a prescindere da quanto sopra, il riferimento all'art. 68 della Convenzione è improponibile nel contesto del diritto dell'Unione. Va osservato che tale disposizione si inserisce in una normativa specifica in relazione alla quale l'art. 50 non presenta alcun elemento di somiglianza¹⁴. L'obiettivo contemplato dalla procedura di recesso della Convenzione di Vienna – segnatamente i suoi articoli 65-68 – consiste principalmente nel consentire di risolvere un'eventuale controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione del regime pattizio che sia insorta tra le parti, e non a garantire la unilaterale possibilità per ogni Stato membro di recedere dall'Unione che, come visto, costituisce la *ratio* dell'art. 50. Ciò si desume, ad esempio, dal fatto che l'art. 65 della Convenzione prevede che quando uno Stato manifesta la volontà di recede-

(14) Le osservazioni di seguito sviluppate concorrono con quelle analoghe già espresse da F. MUNARI, *You can't have your cake and eat it too: why the UK has no right to revoke its prospecting notification on Brexit*, in *Sidi Blog*, 9 dicembre 2016, reperibile online.

re da un trattato, esso deve notificare tale volontà alle altre parti, indicando le ragioni di tale decisione. Il recesso, poi, avviene in un periodo non inferiore a tre mesi se nessuna parte solleva obiezioni. Se viceversa una o più obiezioni sono sollevate, le parti coinvolte devono ricercare una soluzione attraverso i mezzi indicati dall'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite. L'art. 66 della Convenzione prevede al riguardo che, se nei 12 mesi successivi alla data in cui l'obiezione è stata sollevata non è raggiunta alcuna soluzione, allora devono essere attivate ulteriori procedure per la composizione della controversia, in particolare quelle del regolamento giudiziario, o di arbitrato o di conciliazione. È in un tale contesto che l'art. 68 prevede che la notifica del recesso possa essere revocata: tale possibilità si spiega con la soluzione positiva della controversia innescata dalla dichiarazione di recesso e dalla successiva obiezione di una o più parti del trattato.

Nulla di tutto questo è previsto dall'art. 50. La notifica di recesso non deve essere motivata, nessuno Stato membro può fare obiezione al recesso e non sono previste procedure di soluzione delle controversie. Pertanto fare riferimento alla possibilità di revoca della notifica prevista dalla Convenzione per inserirla ermeneuticamente nell'art. 50 appare del tutto improprio.

5. La revoca della notifica di recesso come espressione della dinamica negoziale

Un secondo argomento a favore della revocabilità unilaterale della notifica del recesso fa leva sul possibile parallelismo tra la procedura delineata nel par. 3 dell'art. 50 e l'ordinaria dinamica negoziale. La tesi è la seguente: posto che ai fini del completamento della procedura di recesso occorre un accordo tra lo Stato interessato e l'Unione, ovvero, in mancanza, il decorrere di un periodo di due anni, prima che uno dei due casi si avveri lo Stato interessato può decidere di cambiare idea e può ritirarsi dal negoziato con l'effetto che il recesso non avviene¹⁵.

Sebbene l'Autore di questa tesi si premuri di precisare che ciò non significa leggere nel par. 3 un diritto di revoca del recesso che non è scrit-

(15) V. P. CRAIG, *Brexit: A Drama in Six Acts*, in *European Law Review*, 2016, p. 447 ss.

to nella norma, a noi pare che, in sostanza, sia proprio questa la conseguenza della tesi prospettata. In realtà, con ogni evidenza, il par. 3 disciplina soltanto il problema del momento in cui i Trattati cessano di essere applicabili allo Stato che ha notificato il recesso. Né il testo né l'obiettivo di tale disposizione offrono la possibilità di ricavare, nemmeno implicitamente, il diritto di revoca della notifica.

Si noti peraltro che il quadro giuridico che si forma a seguito della notifica di recesso è assai diverso da quello che connota una ordinaria negoziazione contrattuale, nell'ambito della quale è scontato il diritto di ciascuna parte di interrompere il processo di formazione del contratto e non giungere alla conclusione dello stesso.

In primo luogo, il negoziato contrattuale è caratterizzato dalla volontà delle parti di raggiungere una conclusione soddisfacente per tutte ed è dunque logico ammettere che, nel caso in cui ciò non sia possibile per una di esse, questa può legittimamente rifiutarsi di accettarla. Ben diversamente la notifica di cui all'art. 50 esprime la volontà non di concludere un accordo mutualmente soddisfacente, bensì di interrompere unilateralmente un accordo già concluso e in vigore. Già questa ovvia considerazione chiarisce che l'idea di applicare anche in seno all'art. 50 il principio secondo il quale, prima della conclusione dell'accordo, si può sempre "cambiare idea" rischia di essere semplicistica.

Ma sussiste una seconda differenza tra le due situazioni che pare ancora più significativa. Il negoziato diretto alla conclusione di un accordo non ha, quali presupposti, né una decisione formale e di carattere pubblicistico di una delle parti di raggiungere un determinato obiettivo, né la possibilità per tale parte di raggiungere unilateralmente e in ogni caso l'obiettivo perseguito con la sua decisione. E tuttavia questi sono gli elementi caratterizzanti dell'art. 50, il quale, come visto, prevede la possibilità dello Stato membro di decidere unilateralmente il recesso e la possibilità che quest'ultimo avvenga automaticamente dopo due anni dalla notifica, a prescindere dalla conclusione di un qualsiasi accordo tra tale Stato e l'Unione. Tali circostanze ingenerano nell'Unione e nei suoi Stati membri un forte affidamento sull'esito della procedura di recesso, che non esiste nel quadro delle ordinarie negoziazioni di accordi o contratti. In tali contesti infatti, salvo circostanze particolari, nessuna parte può fare un legittimo affidamento sul fatto che il contratto sarà ef-

fettivamente concluso. Si noti inoltre che, nel quadro dell'art. 50, il diritto di "cambiare idea" mediante revoca della notifica sarebbe nelle mani solo dello Stato recedente e non dell'Unione che non può in alcun modo bloccare unilateralmente la procedura di recesso.

Pertanto solo al prezzo di una lettura assai creativa del par. 3 dell'art. 50 e di un artificioso parallelismo tra l'ambito del negoziato contrattuale e il quadro giuridico configurato dalla notifica del recesso si può ipotizzare che la revoca della notifica sia ammissibile.

6. La revoca della notifica di recesso attraverso il ritorno alla "casella iniziale"

Si può infine ipotizzare una ulteriore argomentazione a favore della revocabilità unilaterale della notifica, forse qualificabile come "ritorno alla casella iniziale", ossia al par. 1 dell'art. 50.

Il par. 1 dell'art. 50 è l'unica disposizione in cui lo Stato recedente può decidere in maniera unilaterale; esso infatti attribuisce ad ogni Stato membro il diritto di recedere dall'Unione, all'unica condizione che tale decisione sia presa conformemente alle norme costituzionali interne. Nel caso in cui la decisione di recesso fosse seguita da una opposta decisione di rimanere nell'Unione, la conformità alle norme costituzionali della prima verrebbe meno e, pertanto, dovrebbe ammettersi la possibilità per lo Stato interessato di revocare una decisione che non è più legittima nemmeno ai sensi del par. 1 dell'art. 50¹⁶. Si potrebbe aggiungere che questa lettura della disposizione dovrebbe essere preferita ad altre meramente letterali del par. 1 (e inevitabilmente più restrittive¹⁷) perché i Trattati intendono favorire l'integrazione europea e portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa e quindi le loro norme dovrebbero essere interpretate in senso conforme a tali obiettivi. Una simile tesi va considerata con grande cautela. Per un verso, vi è il

(16) L'argomento è sviluppato da P. EECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU. A constitutional reading*, UCL European Institute, cit., pp. 39-41, ma è anche suggerito da P. CRAIG, *Brexit: A Drama in Six Acts*, cit.

(17) Dal punto di vista letterale infatti non potrebbe non rilevarsi che il par. 1 dell'art. 50 regola semplicemente il diritto di recesso ed è completamente silente sul diritto di revoca del recesso.

rischio di abusi dello Stato interessato¹⁸, nel senso che quest'ultimo potrebbe utilizzare lo strumento del recesso per cercare di negoziare con l'Unione condizioni preferenziali per la propria *membership*, ed utilizzare o meno lo strumento della revoca del recesso a seconda dell'esito del negoziato; tale atteggiamento potrebbe poi essere replicato da altri Stati membri con conseguenze esiziali per l'Unione.

Per altro verso, occorre considerare che, come appare evidente dall'art. 50, paragrafi 2-4, una volta che la procedura di revoca è stata lanciata conformemente al par. 1 dello stesso, la permanenza dello Stato cessa di essere una questione regolata puramente dall'ordinamento nazionale e diviene invece una fattispecie disciplinata anche dal diritto dell'Unione. Tale diritto è ispirato, tra gli altri, al principio della buona fede nelle relazioni interstatali da cui discendono i corollari della certezza del diritto e del legittimo affidamento. Alla luce di questi corollari, gli Stati membri devono applicare ed interpretare i Trattati in modo da assicurare quanto più possibile la stabilità e la prevedibilità dei rapporti con le altre parti e devono mantenere gli impegni una volta che li abbiano assunti con modalità tali da ingenerare negli altri Stati fondati motivi per aspettarsi il rispetto degli stessi. A queste esigenze ha fatto implicitamente ma chiaramente riferimento il Parlamento europeo nella sua risoluzione relativa alla decisione del Regno Unito di recedere dall'Unione. Nei giorni immediatamente successivi al *referendum* sulla Brexit, il Parlamento ha invitato il Regno Unito a notificare il recesso ai sensi dell'art. 50 il prima possibile «al fine di prevenire incertezze negative per tutti e di tutelare l'integrità dell'Unione»¹⁹. Ora è chiaro che, se le incertezze negative rischiano di essere ingenerate da un semplice ritardo della notifica di recesso (in assenza di termini per la stessa), a maggior ragione esse sarebbero provocate da una revoca del recesso, una volta che la notifica sia stata formalmente inviata all'Unione. Ed è indubbio che una decisione di recesso espressa conformemente alle norme costituzionali di uno Stato membro ingenera nell'Unione e negli altri Stati

(18) V. P. ECKHOUT, E. FRANTZIOU, *Brexit and Article 50 TEU. A constitutional reading*, UCL European institute, cit., p. 40.

(19) Risoluzione del Parlamento europeo del 28 giugno 2016 (2016/2800(RSP)), Sulla decisione di recedere dall'UE a seguito del *referendum* nel Regno Unito.

membri il legittimo affidamento che tale decisione sia stata presa seriamente e ponderatamente e verrà pertanto mantenuta.

Alla luce di quanto sopra si potrebbe ammettere la revoca unilaterale del recesso a condizione che siano evitati abusi della stessa e siano rispettati i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Al fine di tutelare la prima esigenza occorre, secondo coloro che hanno sostenuto la tesi in discussione, che la decisione di revoca sia presa in buona fede. Con tale posizione si può concordare a patto di chiarire cosa deve intendersi per “revoca in buona fede”. A mio avviso all’uopo devono essere soddisfatte quattro condizioni: a) la decisione di revoca deve essere presa conformemente alle norme costituzionali interne; b) essa non deve avere alcun precedente da parte dello Stato interessato; c) occorre che sia incondizionata, nel senso che ricolloca lo Stato interessato nella medesima situazione giuridica precedente alla notifica di revoca; d) infine la revoca va effettuata entro un tempo ragionevole, vale a dire non in prossimità della fine del negoziato di recesso, quando sono già prefigurabili i risultati dello stesso²⁰.

Per quanto riguarda le esigenze della certezza del diritto e del legittimo affidamento ci pare che valga la pena ricordare che la Corte, nella sentenza *Cargill c. Commissione*, ha affermato che la revoca di un atto illegittimo da parte di un’istituzione comunitaria è ammissibile se compiuta entro un termine ragionevole con effetto retroattivo, ma può trovare un limite nella necessità di rispettare l’affidamento del beneficiario dell’atto qualora esso abbia potuto ritenere legittimo l’atto in questione²¹. Tali condizioni dovrebbero valere, *mutatis mutandis*, anche per la revoca

(20) Posta nei termini descritti la questione delle motivazioni della decisione di revoca passa in secondo piano, salvo che queste non riguardino l’esito del negoziato di recesso. Ad esempio, nel caso della Brexit la revoca si prospetta a causa delle possibili gravi conseguenze economiche politiche e sociali per il Regno Unito. Al riguardo si è prospettata la possibilità di una grave crisi economica del Paese derivante dalla sua uscita dal mercato unico, di un’irrisolvibile *impasse* costituzionale nel caso in cui, dopo la notifica, il Parlamento inglese decidesse di non uscire dall’Unione, oppure anche del rischio di smembramento del Paese, dovuto al distacco della Scozia e/o dell’Irlanda del Nord (paventa l’indipendenza T. Lock, *A European Future for Scotland?*, in *Verfassungblog*, 26 giugno 2016, reperibile *online*). Certo è che è difficile resistere alla tentazione di osservare che se i rischi del recesso dall’Unione sono quelli sopra paventati e il Regno Unito non vuole correrli, allora quest’ultimo può semplicemente evitare di attivare la procedura di recesso dell’art. 50, non inviando la notifica e rimanendo membro dell’Unione.

(21) Sentenza del 20 giugno 1991, *Cargill BV c. Commissione*, causa C-248/89, punto 20.

della notifica di recesso, con la conseguenza che quest'ultima, oltre ad essere tempestiva, dovrebbe prevedere l'eventuale ripristino delle situazioni giuridiche di coloro i quali abbiano potuto fare legittimo affidamento sulla definitività della decisione di recesso.

In conclusione, i valori dell'integrazione europea e dell'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa potrebbero consentire un'interpretazione dell'art. 50, par. 1, favorevole all'ammissibilità di una revoca unilaterale del recesso, nonostante questa disposizione abbia un tenore e un obiettivo di tutt'altro genere. Ma in fondo non dispiacerebbe la sottile ironia della storia giuridica e politica dell'Unione se fosse solo in considerazione di quei valori che uno Stato, dopo aver deciso di lasciare la casa comune, potesse cambiare idea.

(Br)Exit and voice nella crisi esistenziale dell'Unione europea

Edoardo Nicola Fragale

Il saggio esamina i nessi di condizionamento tra Brexit e la crisi dell'eurozona, impiegando un approccio ispirato al paradigma dell'exit, voice e loyalty. Le asimmetrie istituzionali dell'eurozona – compendiabili nella contrapposizione tra il mercato unico, avente dimensione continentale, e circuiti della rappresentanza politica, rimasti confinati, anche all'indomani della creazione della moneta unica, entro ben precisi confini nazionali – avrebbero non solo innescato meccanismi di federalismo competitivo tra i diversi Stati, propiziando l'insorgenza di squilibri tra i livelli di competitività, ma anche cospirato verso la creazione di formidabili vincoli esterni nei confronti dei singoli Governi.

La crescita delle pulsioni verso l'exit, resa palpabile dalla crescita dei movimenti populistici, sarebbe, dunque, da ascrivere agli ostacoli progressivamente eretti all'incanalamento della voice all'interno dell'eurozona.

Contro l'exit militano non solo ragioni di loyalty verso la UE, ma anche fenomeni di depotenziamento della voice, indotti da exit individuali, dai flussi migratori all'interno della UE, che però hanno anche funzionato da detonatore dell'exit britannico, inspessendo la protesta avverso l'incapacità di modifica delle regole sulla libera circolazione dei cittadini della UE.

1. Premesse e programma di lavoro

Il percorso d'analisi che interessa qui intraprendere non attraverserà il groviglio di (pur interessanti) questioni giuridiche sottese al processo di fuoriuscita della Gran Bretagna dall'Unione, ma seguirà la disamina dei fattori di condizionamento esterni al Regno Unito.

In altri termini, Brexit verrà esaminata per quella che è, vale a dire quale decisione di "exit" rivelatrice della crisi dell'organizzazione in relazione alla quale l'opzione è stata esercitata¹.

(1) A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese dei partiti e dello Stato*, Milano, Bompiani, II ed., 2002, p. 13 ss.

Che il fenomeno Brexit si adatti ad essere esaminato secondo le categorie elaborate da HIRSCHMAN in relazione alle crisi delle organizzazioni complesse appare del resto dimostrato, sul piano teorico, dalla presenza di studi specificamente condotti secondo la metodologia dell'*exit*, della *voice* e della *loyalty* in relazione proprio alla formazione (ed anche alla destrutturazione) degli Stati e delle nazioni² e, sotto il profilo dell'osservazione pratica, dal contenuto della campagna referendaria condotta nel Regno Unito.

La tradizionale diffidenza serbata dalla Gran Bretagna verso il percorso di integrazione europea, già di volta in volta emersa in occasioni di precedenti stadi di evoluzione dell'Unione³, sembra, in effetti, spiegare solo in parte l'esito referendario, come è dimostrato dalla predominanza assunta, in seno al dibattito britannico, dalle vicende relative ai fenomeni immigratori.

Al di là dei toni, a volte esasperati, della propaganda politica, v'è da constatare che non di qualunque forma di migrazione si è discusso durante la campagna Brexit, bensì soprattutto di quella proveniente dagli Stati della UE.

In questo contesto, una considerazione crescente è stata riservata, anche nel dibattito pubblico, ai flussi migratori provenienti dai Paesi dell'eurozona più duramente colpiti dalla crisi economica, divenuti con l'incedere della crisi prevalenti rispetto ad altre direttrici interne alla UE. Emergono, dunque, precisi nessi di condizionamento che rendono non azzardato il tentativo di esaminare il fenomeno Brexit riguardandolo attraverso il prisma della crisi dell'eurozona, a sua volta spia evidente di una crisi istituzionale dell'Unione europea ben più profonda ed allarmante.

Stante la natura complessa dei fenomeni esaminati, si presenta più che mai di attualità nell'attuale congiuntura non solo il monito, forse estremo, di un giudice americano, secondo cui «*A lawyer who has not stu-*

(2) Emblematico il saggio di S. ROKKAN, *State formation, Nation-building, and Mass Politics in Europe*, Oxford University Press, 2002, nell'edizione italiana *Stato, Nazione e democrazia in Europa*, a cura di P. FLORA, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 301 ss.

(3) In relazione alla quale G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, Laterza, 1998, *passim*.

*died economics ... is very apt to be a public enemy*⁴, ma anche il più mite suggerimento a privilegiare, nei discorsi attorno alle istituzioni pubbliche, un approccio basato sull'analisi (del diritto) "nel contesto", in guida da ricollegare il discorso giuridico alle altre dimensioni (economiche, politiche e sociali) dell'esistenza, in un confronto interdisciplinare indispensabile per rifuggire dall'aridità del ragionamento condotto secondo schemi giuridici formali⁵.

Come per Brexit, anche per la crisi dell'eurozona si tenterà di ricostruire un modello munito di sufficiente capacità esplicativa, ricorrendo al paradigma dell'*exit*, della *voice* e della *loyalty*.

Stante la centralità del paradigma, quale chiave di lettura dei fenomeni esaminati, si avverte l'esigenza, in via stipulativa, di precisare che per "*voice*" si intendono i canali di trasmissione delle informazioni necessarie per determinare trasformazioni o cambiamenti nel sistema, allo scopo di migliorarne la funzionalità, e per "*exit*" i fenomeni di rottura, di crollo o di trascendimento (dei confini) del sistema.

La scelta tra l'una e l'altra delle due opzioni verrà esaminata, in base non solo alla presenza di eventuali fattori di disturbo, ostativi al normale fluire della *voice*, ma anche in base alla diversa misura della lealtà verso l'organizzazione d'appartenenza.

Anticipando quanto appresso si dirà, la tesi che si intende sottoporre a verifica è che la crisi economica ha rivelato la presenza di un assetto istituzionale dell'eurozona asimmetrico, in cui risultano indeboliti i circuiti *nazionali* della rappresentanza democratica, entro cui sono normalmente risolti i conflitti redistributivi, senza che se ne siano ricreati di nuovi nella dimensione sovranazionale.

Il conculcamento dell'opzione di "*voice*" che ne è derivato avrebbe esacerbato la polarizzazione politica, alimentando pressoché ovunque in Europa l'opzione di "*exit*", concepita dalle masse più colpite dalla crisi come unico strumento per riacquistare una specifica capacità di influenza, andata persa nella dimensione sovranazionale.

(4) Frase attribuita a J. BRANDEIS (1916).

(5) Approccio indispensabile nella disamina dei problemi del costituzionalismo in generale e del costituzionalismo europeo in particolare, come insegna J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 40 ss.

L'incedere della crisi avrebbe, a sua volta, alimentato meccanismi di *exit* interni ai sottosistemi nazionali, innescando fenomeni migratori di trascendimento dei confini nazionali, i quali hanno funzionato, ad un tempo, da valvola di sfogo della *voice*, nell'interno dei Paesi in crisi, ma anche da detonatore di disfunzionalità presso altri confini interni dell'Unione, alimentando l'opzione di *exit* nei Paesi divenuti poli di attrazione dei flussi migratori intraeuropei.

Una ordinata esposizione impone, dunque, di partire proprio dalla crisi della *governance* economica dell'eurozona.

2. All'origine della crisi: le divergenze nelle politiche economiche e sociali

Nella ricostruzione emersa lungamente dal dibattito pubblico, la crisi europea dell'ultimo decennio è spiegata come perdita di fiducia nella stabilità finanziaria degli Stati membri con più alti livelli di debito pubblico e, dunque, come crisi *del debito pubblico*.

Pur non mancando analisi proclivi, specie nel caso italiano, ad imputare la crisi ad un problema di scarsa affidabilità delle finanze pubbliche⁶, in altri studi, oggi divenuti ampiamente condivisi in seno alla comunità scientifica, la crisi finanziaria è stata, invece, diversamente spiegata come crisi di fiducia nella sostenibilità *del debito privato estero*, scatenata dalla presenza di squilibri nella bilancia dei pagamenti tra i diversi Paesi dell'unione monetaria⁷.

Questa diversa ricostruzione degli eventi ha preso avvio dalla osservazione, di per sé evidentissima, che diversi Stati colpiti dalla crisi finanziaria presentassero, almeno all'inizio della crisi, bensì bassi livelli di *de-*

(6) Come esempio di studio sulle origini del contagio, prevalentemente incentrato su problematiche di sostenibilità di debito pubblico, v. per tutti M. MINK, J. HAAN, *Contagion during the Greek sovereign debt crisis*, in *Journal of International Money and Finance*, Vol. 34, 2013, pp. 102-113.

(7) Su queste posizioni, tra i tanti, J.E. STIGLITZ, *The euro and its threat to the future of Europe*, 2016, Penguin UK, *passim*; M. MATTHIJS, *Powerful rules governing the euro*, cit., pp. 375-391; D. GROS, *The Eurozone crisis and foreign debt*, in R. BALDWIN, F. GIAVAZZI (a cura di), *The Eurozone crisis. A Consensus View of the Causes and a Few Possible Solutions*, A VoxEU.org eBook, 2015; P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 154 ss.; H.W. SINN, *Austerity, growth and inflation: Remarks on the Eurozone's unresolved competitiveness problem*, in *The World Economy*, 2014, 37 (1), p. 13 ss.; A. MORAVCSIK, *Europe after the crisis: how to sustain a common currency*, in *Foreign Aff.*, 2012, pp. 54-68.

ficit e di debito pubblico, ma elevatissimi *deficit* nella bilancia dei pagamenti, ascrivibili alla presenza di gravi squilibri commerciali rispetto agli altri *partner* dell'eurozona.

Per tutti questi Paesi, e perfino nella disastrosa Grecia, l'elevato indebitamento pubblico ha rappresentato non già la causa bensì l'effetto della crisi.

Le cause degli squilibri commerciali, pur avendo natura diversa, sono tuttavia tutte ricollegabili all'assenza di efficienti meccanismi di riequilibrio interni all'unione monetaria, in grado di prevenire o correggere gli andamenti divergenti del livello di competitività delle diverse economie. Una parte della dottrina economica segnala al riguardo il ruolo dirimente, nella eziogenesi della crisi, svolto dalle politiche di repressione salariale attuate dalla Germania⁸.

Come dimostrato da diversi studi economici, dal momento del suo ingresso nell'euro, la Germania ha ritrovato la via della crescita tramite un approfondimento, rispetto alla sua normale traiettoria storica, delle politiche di contenimento dei salari⁹, ciò che le avrebbe consentito di accrescere il livello di competitività del suo sistema economico e di conseguire, per tale via, un forte rilancio delle esportazioni, in primo luogo presso gli altri Paesi dell'unione monetaria.

Di fronte a questa svalutazione reale del tasso di cambio, gli altri Stati membri sono rimasti pressoché indifesi, siccome spogliati della possibilità di erigere barriere difensive a mezzo della svalutazione del cambio nominale o dell'innalzamento di dazi¹⁰.

Come è stato ben rilevato, «in un ambiente economico integrato il suc-

(8) Le note riforme Hartz, su cui F. SALVATORI, *La Riforma Hartz. Le politiche occupazionali in Germania*, in *Adapt, Workingpaper* n. 10 Ter, 2005.

(9) J. BIBOW, *The Euro Debt Crisis and Germany's Euro Trilemma*, in *International Review of Applied Economics*, 27 (3), 2012, pp. 360-385; v. in particolare le figure n. 9 e 11 del *paper*. Anche H. FLASSBECK, C. LAPAVITSAS, *The systemic crisis of the euro - True causes and effective therapies*, al sito https://www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/Studien/Studien_The_systemic_crisis_web.pdf; F.W. SCHARPF, *L'Europa. La democrazia sospesa. L'Unione monetaria, la crisi economica e la politica bloccata*, Goware, 2016, p. 29.

(10) Il riferimento è a Francia e Italia: v. A. BAGNAI, *L'Italia può farcela*, Milano, Il Saggiatore, 2014, p. 220; tra i giuristi M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. Soc.*, 4, 2011, p. 706.

cesso delle politiche dell'offerta che riducono il costo del lavoro e aumentano la profittabilità della produzione nazionale in un Paese, deve necessariamente avere sui suoi concorrenti lo stesso effetto delle strategie di "affama il vicino"¹¹.

Una sorta di c.d. gioco del "rubamazzo", dunque, nel quale la crescita di un Paese, all'interno di un regime di cambi fissi, viene costruita a discapito della crescita altrui, intercettando la domanda interna degli altri Stati membri¹².

Un processo specularmente opposto si è, invece, potuto registrare con riferimento a diversi Paesi PUGS, per i quali la caduta dei tassi di interesse, conseguente all'ingresso nella moneta unica, ha dato il via ad un aumento dei consumi, della crescita, dell'occupazione con un aumento dei salari reali, la perdita di competitività, la formazione di saldi commerciali negativi: il tutto traducendosi nella formazione di un elevato debito privato estero¹³.

In questi Stati il problema è derivato, dunque, non già da squilibri della finanza pubblica bensì da eccessi della finanza privata.

Di fronte a questo scenario, diversa è stata la narrazione della crisi europea proposta dalle *élite* dei Paesi creditori¹⁴: forti del ruolo guida svolto all'interno della componente intergovernativa dell'Unione, anziché individuare una via d'uscita nella cooperazione, i Paesi creditori hanno, infatti, per lo più preferito il *commodus discessus* della colpevolizzazione delle vittime¹⁵, infliggendo loro dosi crescenti di austerità fiscale¹⁶.

(11) F.W. SCHARPF, *L'Europa. La democrazia sospesa*, cit., p. 24.

(12) C. OFFE, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'UE a superare la crisi?*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 66.

(13) F.W. SCHARPF, *L'Europa. La democrazia sospesa*, cit., p. 29. Il fenomeno è ben noto, però, da tempo, anche in seno alla BCE. V. CONSTANCIO, *The European Crisis and the role of the financial system*, 23 maggio 2013, in https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2013/html/sp130523_1.en.html. A. BAGNAL, *Il tramonto dell'euro*, Imprimatur, 2012, p. 104 ss.

(14) M. MATTHIJS, *Powerful rules governing the euro: the perverse logic of German ideas*, *Journal of European Public Policy*, 2016, 23:3, pp. 375-391.

(15) J.E. STIGLITZ, *The euro and its threat to the future of Europe*, 2016, Allen Lane, pp. 20 e 309.

(16) Molto chiaro sul punto M. MATTHIJS, *Powerful rules governing the euro*, cit., pp. 375-391; anche A. MORAVCSIK, *Europe after the crisis: how to sustain a common currency*, cit.

Questo spiega perché il riequilibrio all'interno dell'eurozona sia stato per intero addossato sulle spalle degli Stati in crisi, che, già spogliati della possibilità di svalutare la moneta, sono stati costretti – secondo le modalità che appresso si vedranno – ad attuare draconiane riforme economiche, sociali ed amministrative, con l'unico vero obiettivo di comprimere i salari e deflazionare, per tale via, la propria economia, onde innalzare il livello di competitività del proprio sistema economico e riportare in tal modo in pareggio, o in attivo, la bilancia dei pagamenti, a partire dall'aggiustamento del saldo commerciale¹⁷.

Senonché, come dimostrato in modo emblematico dal caso della Grecia e, in tono minore, anche dall'Italia, tutto ciò si è sovente tradotto in sforzi simili alle famose fatiche di Sisifo, posto che si pretendeva dalle periferie di ritrovare i medesimi livelli di competitività dei Paesi dell'Europa *core*, in una situazione nella quale questi ultimi continuavano a praticare politiche di deflazione, accumulando avanzi crescenti delle partite correnti.

Deflazione e recessione sono così dilagate pressoché ovunque in Euro-

(17) Alcuni Autori imputano la crisi (almeno con riferimento al nostro Paese) ad una pluralità di fattori, tra i quali il ritardo col quale l'Italia avrebbe attuato un serio programma di riforme strutturali (per un quadro esaustivo e per tutti G. NAPOLITANO, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance europea*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 383 ss.). Altri attribuiscono un particolare rilievo al ritardo nell'attuazione delle riforme previdenziali, ciò che non avrebbe consentito di liberare risorse importanti da destinare agli investimenti pubblici. Con riferimento a questi rilievi, non si vuole negare (ed anzi si concorda in linea teorica sul fatto) che l'attuazione di rigorose e tempestive riforme strutturali avrebbe consentito all'Italia di difendersi meglio e più velocemente rispetto ai fattori di perturbamento esterno. Di certo maggiori investimenti pubblici, specie se attuati su scala europea e *al di fuori dei limiti del Patto di stabilità e di crescita*, avrebbero potuto esercitare una forte funzione anticiclica. Ciò che preme evidenziare in questo lavoro è che la necessità di recupero della competitività perduta, da assicurare mercé la necessaria implementazione di riforme strutturali, derivi a ben vedere in larga misura dalle dinamiche di federalismo competitivo innescate dall'avvento della moneta unica. Non può infatti negarsi che nell'arena competitiva europea il Paese che prima e meglio degli altri sia stato in grado di implementare le c.d. riforme strutturali, finalizzate ad abbattere i costi di produzione, divenga per ciò solo parametro di riferimento per tutti gli altri, in un gioco competitivo teoricamente senza fine, stante l'assenza di standard minimi di matrice sociale in grado di contenere la rincorsa verso la concorrenza al ribasso. Tuttavia seri dubbi possono essere sollevati sulla sostenibilità nel lungo periodo di un simile modello. Del resto proprio l'osservazione empirica, avendo rilevato la presenza del *dumping* salariale attuato dalla Germania nonché la particolare persistenza (anche temporale) della crisi, ha confermato la fondatezza delle ricostruzioni teoriche intese a predicare la presenza di un federalismo cannibale in grado di compromettere la sostenibilità dell'Unione monetaria (*amplius infra* p. 113 e ss.).

pa, imponendo in ogni dove misure drastiche di efficientamento dell'economia, di razionalizzazione delle amministrazioni pubbliche e di revisione, in senso deteriore, dei sistemi di protezione sociale in funzione della riduzione della domanda interna e del rilancio delle esportazioni¹⁸.

Gli effetti dell'austerità deflattiva non hanno tardato a manifestarsi, sotto forma di incremento della disoccupazione, di crollo della domanda interna, di esplosione dei debiti pubblici, di peggioramento dei *deficit* dei Paesi in crisi e, in una seconda fase, di accumulo, da parte dell'Unione europea nel suo complesso, di fortissimi avanzi commerciali verso il resto del mondo, causa a loro volta di instabilità sistemica a livello globale¹⁹.

Se ne ravvisano le avvisaglie negli scontri, sempre più aperti, tra la nuova amministrazione americana e le *élite* tedesche, accusate di attuare deliberatamente politiche volte ad esacerbare gli squilibri commerciali globali.

Sarebbe, peraltro, errato imputare l'austerità deflattiva all'adozione di politiche congiunturali di questo o di quel Paese.

Si sottovaluterebbe, in questo modo, il ruolo svolto dall'ideologia ordoliberalista nelle vicende che hanno condotto alla creazione degli squilibri commerciali nella zona euro, mercé la compressione salariale e la conquista dei mercati interni degli altri Paesi membri.

Come noto, il liberalismo delle regole prendeva le mosse da una posizione di netta critica verso le dottrine economiche liberiste del *laissez-faire*, auspicando la costruzione di uno Stato forte, in grado di assicurare l'efficienza del mercato ed il rispetto del principio della concorrenza²⁰.

(18) Per una disamina di questi effetti sulle riforme del governo locale si veda E.N. FRAGALE, *Verso un'organizzazione amministrativa locale retta dal razionalismo economico*, in L. VANDELLI, G. GARDINI, C. TUBERTINI (a cura di), *Le autonomie territoriali: trasformazioni e innovazioni dopo la crisi*, Rimini, Maggioli, 2017, p. 286.

(19) Si veda l'«*Alert Mechanism Report 2017*», p. 9, stilato dalla Commissione europea, che imputa i crescenti avanzi nella bilancia dei pagamenti europea alla debolezza della domanda interna continentale: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-european-semester-alert-mechanism-report_en_0.pdf.

(20) V.J. VANBERG, *La scuola di Friburgo: Walter Eucken e l'ordoliberalismo*, in F. FORTE, F. FEL-

Secondo l'ordo-liberalismo, l'essenza dell'economia di mercato sarebbe da ravvisare nell'*ordinamento* della libera concorrenza più che nella concorrenza in sé²¹.

Lo stesso mercato costituirebbe un meccanismo complesso e sicuro, a condizione che se ne assicuri a dovere il funzionamento, eliminando i fattori di condizionamento esterno in grado di turbarne il corretto andamento: per la Scuola di Friburgo l'ordine di mercato, come ordine non discriminatorio e senza privilegi è, dunque, di per sé anche un ordine morale, da preservare nella sua purezza²².

Alla luce di questa breve digressione, si comprende molto bene perché il modello ordo-liberale ripugni gli interventi pubblici di sostegno della domanda aggregata: le teorie anticicliche *keynesiane* sono guardate negativamente, proprio perché accusate di interferire, vulnerandolo, sull'ordine etico del mercato²³.

Gli insegnamenti ordo-liberali sono stati sempre ben tenuti presenti nella impostazione della politica economica tedesca, tanto che – salva una breve parentesi tra il 1967 ed il 1970 durante la quale, deviando temporaneamente dalla cultura della stabilità, i *policy maker* adottarono misure di sostegno alla crescita economica di matrice keynesiana²⁴ – il modello economico germanico ha sempre diffidato dall'adozione di politiche anticicliche²⁵.

In quel modello economico, l'aumento dei salari è sempre stato conce-

CE, C. FORTE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, Rubbettino, 2013, p. 143.

(21) V.J. VANBERG, *La scuola di Friburgo*, *ibidem*.

(22) V.J. VANBERG, *La scuola di Friburgo*, p. 130.

(23) Appaiono a questo punto notevoli gli elementi di contatto tra la Scuola ordo-liberale tedesca ed il neo-liberalismo predicato, a partire dagli anni Quaranta, da von Hayek: del resto gli esponenti delle diverse scuole neo-liberali europee trovavano nelle riunioni della Mont Pelerin Society un luogo di periodico scambio e confronto di idee. Lo stesso von Hayek concluse la sua carriera presso l'Università di Friburgo: v. N. GOLDSCHMIDT, *La politica dell'ordine della concorrenza. I principi costitutivi. Un'introduzione*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole*, Rubbettino, 2010, p. 83 ss.

(24) D. CASSEL, S. RAUHUT, *Economia sociale di mercato: una concezione di politica economica alla verifica*, in F. FORTE, F. FELICE, C. FORTE (a cura di), *L'economia sociale di mercato e i suoi nemici*, op. cit., pp. 379 ss.

(25) S. CESARATTO, *Sei lezioni di economia*, Imprimatur, 2016, p. 246 ss.

pito come fattore *trainato* dalla crescita e mai come fattore *trainante*²⁶. Dunque, repressione salariale e stabilità delle finanze pubbliche sono iscritti nel codice genetico delle politiche germaniche, tanto che il ritorno all'ortodossia ordo-liberale ha consentito alla Germania di ritrovare nell'ultimo decennio la via della crescita, dopo essere stata per diversi anni il malato d'Europa.

Una crescita, tuttavia, che – per come si è visto – ha funzionato anche da tarlo nella competitività dei Paesi vicini, allargando, seppure lentamente, il fosso degli squilibri (commerciali) all'interno dell'eurozona e rendendo problematico, poi, il recupero di competitività da parte degli altri Paesi²⁷.

Al di là del grado di divisibilità di questi ultimi rilievi, di certo vi è che anche da parte degli studi meno severi nei riguardi delle politiche ordo-liberali tedesche non è comunque messa in dubbio la circostanza che la crisi finanziaria ed economica del continente abbia avuto origine da *shock* endogeni all'area della moneta unica, propiziati dal disallineamento progressivo delle politiche economiche e salariali perseguite nei diversi Stati membri, ciò che avrebbe approfondito il fosso nel livello di competitività dei differenti sistemi economici²⁸.

L'origine della crisi sarebbe, dunque, da ascrivere ad un difetto nella costruzione europea e, più esattamente, alla scelta di separare le politiche monetarie da quelle economiche e sociali, edificando le prime ad un livello sovranazionale e confinando le seconde ad una dimensione soltanto nazionale.

Un'asimmetria questa che l'esperienza ha rivelato essere del tutto insostenibile, in ragione delle dinamiche competitive innescate tra i diversi Stati membri e dei conseguenti forti disallineamenti nei loro livelli di competitività.

Si tratta di inconvenienti superabili, secondo un convincimento diffuso, solo andando oltre il mero coordinamento delle politiche economi-

(26) G. PASTRELLO, *La Germania il problema d'Europa*, Asterios, 2015, p. 11; S. CESARATTO, *Sei lezioni di economia*, cit., p. 246 ss.

(27) G. PASTRELLO, *La Germania il problema d'Europa*, cit., p. 11 ss. In termini altrettanto espliciti S. CESARATTO, *Sei lezioni di economia*, cit., p. 246 ss.

(28) P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, cit., p. 154 ss.

che e sociali nazionali, tramite la costituzione di un Governo munito di un vero bilancio redistributivo e fornito di una sicura base di legittimazione democratica, in grado di assicurare la necessaria omogeneità nelle politiche economiche ed uno sviluppo armonioso delle differenti aree territoriali²⁹.

3. Governance sovranazionale, circuiti della rappresentanza democratica e mercato unico

Dovrebbe a questo punto essere chiaro che il vero nodo istituzionale, causa dei disallineamenti nella bilancia dei pagamenti dei diversi Paesi, sia da individuare nella inidoneità della *governance* sovranazionale ad assicurare la necessaria omogeneità delle scelte di politica economica³⁰. L'individuazione di un indirizzo unitario delle politiche salariali, sociali ed economiche attuate all'interno dell'eurozona costituirebbe, dunque, l'unico vero rimedio per scongiurare il pericolo di nuove crisi, dal momento che modifiche incidenti sui costi di produzione all'interno di uno soltanto dei diversi Stati membri sono capaci di riverberare i propri effetti sul grado di competitività degli altri *partner*, condizionandone il grado di sviluppo.

Si comprende a questo punto perché il mercato unico europeo, non regolato da una efficace *governance* sovranazionale, abbia funzionato in questi anni da arena competitiva non solo nei riguardi dei singoli agenti economici, ma anche nei confronti degli ordinamenti nazionali, cospirando strutturalmente verso la creazione di meccanismi di federalismo competitivo.

Per cercare di esaminare con più profondità analitica tali aspetti, è forse opportuno a questo punto risalire a ritroso lungo il percorso di costruzione europea, cercando di ricostruire l'assetto istituzionale e gli equilibri delle origini.

Questo modo di procedere rivela una forte capacità esplicativa dal mo-

(29) P. DE GRAUWE, *Economia dell'unione monetaria*, *ibidem*; S. CESARITTO, *Sei lezioni di economia*, cit., p. 246 ss.; J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Laterza, 2014, p. 113.

(30) Ne parlava del resto, in tempi non sospetti, A. PREDIERI, *Europoliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 406.

mento che consente, quasi in una sorta di analisi differenziale, di concentrare l'attenzione su quegli elementi di modifica degli assetti istituzionali che hanno condotto al perturbamento degli equilibri originari, propiziando l'insorgenza del punto di rottura.

Il punto di partenza dell'analisi muove dall'osservazione che la combinazione asimmetrica tra mercato concorrenziale *sovranaZIONALE* e politiche economiche e sociali *nazionali* sia, in realtà, consustanziale al Trattato di Roma e, dunque, alla stessa nascita della Comunità economica europea. Tuttavia, nel disegno originario del Trattato di Roma del 1957 quell'asimmetria veniva edificata in guise tali da non rendere conflittuale il rapporto tra mercato comune e circuiti della rappresentanza democratica nazionale.

Lo stesso ripiegamento della Comunità economica sulle tematiche del mercato comune assumeva un significato ben differente dalla mera posizione di indifferenza verso le problematiche sociali ed occupazionali interne alle singole democrazie rappresentative.

È bensì vero che diversi studi condotti negli anni Cinquanta, sulla cui base furono elaborati gli stessi Trattati³¹, facevano propria l'idea dell'efficienza allocativa del mercato quale *driver* della crescita delle aree territoriali più arretrate e, in ultima analisi, quale fattore di livellamento verso l'alto dei diversi livelli di produttività e di reddito.

Ma questo convincimento economico veniva più realisticamente (e meno ottimisticamente) bilanciato dal riconoscimento di un ruolo stabilizzatore agli aggiustamenti del tasso di cambio, considerato ancora a quel tempo come strumento indispensabile per assicurare una relativa autonomia alle politiche economiche e sociali nazionali, a partire da quelle relative alle tematiche occupazionali ed alla tenuta dei sistemi di protezione sociale, pur in presenza di livelli di produttività enormemente differenziati tra i diversi Paesi.

In altri termini, nella costituzione economica del Trattato di Roma del 1957³² il tasso di cambio costituiva lo strumento di riequilibrio per ec-

(31) Il rapporto Ohlin, ILR, 1956, vol. LXXIV, 2, p. 99 ss. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale della costruzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 48 ss.

(32) Sul concetto di costituzione economica come l'insieme delle discipline di rango costituzionale (non solo formale) che abbracciano il diritto pubblico dell'economia inteso come modali-

cellenza all'interno del mercato comune, siccome considerato capace di assicurare la convivenza tra la competizione sul mercato, su cui si sarebbe ben presto manifestato il principio di primazia del diritto dell'Unione edificato dalla Corte di giustizia, e le specificità delle politiche economiche e sociali nazionali, ancora ben saldamente radicate dentro i circuiti democratici nazionali.

In un sistema di tal fatta, sovranità nazionale sulle politiche economiche, sociali ed occupazionali, da un lato, e competizione sovranazionale negli scambi commerciali, dall'altro, trovavano un equilibrio virtuoso, tale da non reclamare neppure interventi specifici della Comunità in ambito occupazionale, lavoristico o sociale, se non quelli, assolutamente circoscritti, richiesti dai fallimenti di mercato e sempre, comunque, in una prospettiva del livellamento, verso l'alto, del grado di protezione dei lavoratori³³.

È, dunque, rispondente al vero che nel disegno originario del Trattato di Roma la sovranità monetaria, necessaria a garantire l'equilibrio nella bilancia dei pagamenti, consentiva ai singoli Paesi di perseguire autonome politiche economiche e sociali, anche di piena occupazione, permettendo ai circuiti democratici nazionali di difendere le specificità dei rispettivi modelli di protezione sociale da eventuali manovre di aggressione commerciale o di *dumping*³⁴.

D'altra parte, quanto meno secondo gli auspici della dottrina più ottimistica, l'avvio del mercato unico avrebbe propiziato, con l'intensificazione dei traffici commerciali, anche una convergenza verso l'alto dei livelli di produttività e di reddito con una conseguente armonizzazione verso l'alto degli stessi sistemi di protezione sociale: un meccanismo

tà di governo dei processi economici e dunque l'intervento pubblico nell'economia D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 783 ss. Per una sintesi delle differenti nozioni di costituzione economica, G.U. RESCIGNO, *Costituzione economica*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 2001, p. 1 ss.

(33) Interventi questi che, nell'assenza di una base normativa specificamente rivolta al lavoro ed alle politiche sociali, venivano realizzati facendo uso della medesima base giuridica mercantista, vale a dire invocando l'art. 100 del Trattato. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 48 ss. Anche S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour law*, Butterworths, 2001, p. 109 ss.

(34) Il rapporto Ohlin, ILR, 1956, Vol. LXXIV, 2, p. 99 ss. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 48-76 ss.

questo definito di armonizzazione orizzontale, e per lo più spontaneo, delle legislazioni sociali³⁵.

Non è il caso qui di ripercorrere in dettaglio gli sviluppi successivi della comunità economica per dimostrare la progressiva sclerotizzazione dell'originario equilibrio del *liberalism embedded*.

È qui sufficiente rammentare come l'autonomia delle politiche economiche e sociali postulata dal Trattato di Roma sia rimasta inevitabilmente travolta dalla creazione dell'unione monetaria realizzata a Maastricht. Con l'eliminazione del tasso di cambio è, infatti, venuto meno anche quel fondamentale strumento di aggiustamento delle bilance dei pagamenti che aveva permesso, per il passato, ai singoli Paesi di difendere le specificità dei rispettivi modelli di crescita economica e sociale³⁶. È, dunque, a questo stadio dell'evoluzione della costruzione europea che sono stati edificati impliciti, ma vigorosi, vincoli nei confronti dei circuiti nazionali della rappresentanza democratica, generando quel *deficit* di "voice" ipotizzato nelle pagine introduttive di questo lavoro, come tema di indagine da sottoporre a necessaria verifica, quanto meno per i Paesi aderenti alla moneta unica.

È, dunque, opportuno concentrare l'attenzione proprio su questo snodo storico ed istituzionale.

Partendo dal contesto storico nel quale l'unione monetaria venne realizzata, è necessario rammentare che, alla caduta del muro di Berlino, la possibilità di una riunificazione della Germania si presentava come una prospettiva assai realistica, alimentando nei vicini il timore della ricostituzione di una soverchiante potenza tedesca: secondo i convincimenti delle *élite* europee dell'epoca, solo una Germania inserita in una cornice federale europea avrebbe potuto disinnescare le paure dei Paesi vicini sugli esiti della riunificazione³⁷.

In realtà, all'atto della firma del Trattato di Maastricht l'obiettivo dell'Unione politica venne ben presto accantonato, dopo gli iniziali slanci, venendo considerato come una sorta di traguardo finale di un processo che dove-

(35) S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato, ibidem*.

(36) V. *sub* nota 33.

(37) G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea, ibidem*.

va inevitabilmente passare attraverso due differenti tappe intermedie, costituite rispettivamente dal rafforzamento del mercato comune – oramai divenuto unico in ragione del riconoscimento delle quattro fondamentali libertà di circolazione (delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone) – e dalla creazione della moneta comune, da propiziare attraverso la determinazione di precisi criteri di convergenza economica e finanziaria. Mentre l'obiettivo dell'unione politica veniva rimandato ad un futuro indefinito, fu dato, invece, sin da subito avvio al progetto dell'unione monetaria, edificandolo attorno al duplice perno costituito, rispettivamente, dalla cultura della stabilità germanica, dalla quale vennero attinti i principi informatori della nuova costituzione economica europea, e dalla *governance* sovranazionale, chiamata al coordinamento delle politiche economiche nazionali³⁸.

Quanto al primo pilastro, non è dubbio che la costituzione economica venne costruita non già sul principio di solidarietà, bensì attorno al ben diverso principio di responsabilità, implicante in primo luogo l'obbligo di mantenimento da parte dei singoli Paesi membri di ordinate finanze pubbliche³⁹.

Da qui la comune affermazione per cui quella costruita a Maastricht costituisse una vera e propria comunità di stabilità, avvinta da deboli legami solidaristici.

Un primo indizio della presenza di una comunità di tal fatta si rinviene all'interno dell'art. 2 TUE, ove il principio di solidarietà vi si ritrova bensì contemplato, ma non nella parte relativa ai principi fondamentali, ciò riflettendo la ben nota tensione tra Stati contribuenti e Stati percettori ed il timore dei primi verso interventi solidaristici suscettivi di alimentare comportamenti opportunistici degli altri (c.d. *moral hazard*)⁴⁰. Un'idiosincrasia, quest'ultima, che trova una propria ragione giustificatrice nell'enorme divario, in termini di produttività e di reddito, tra le differenti aree territoriali dell'Unione.

(38) M. BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.P. LANDAU, *La battaglia delle idee. Alle radici della crisi (e del futuro) dell'euro*, Università Bocconi Editore, 2017, p. 113.

(39) *Ivi*, p. 111 ss.

(40) A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, ES, 2011, p. 134 ss.

Un secondo indizio si ritrova nello stesso principio della giustizia sociale riconosciuto nell'art. 3, terzo comma, terzo sottoparagrafo TUE, assai emblematicamente rappresentato a stregua di solidarietà tra gli Stati e non tra i cittadini, sì da soggiacere ai limiti prescritti dai Trattati sul divieto di aiuti o di finanziamenti agli Stati scolpito negli artt. 123 e 125 TFEU⁴¹.

Al centro della comunità di stabilità campeggia chiaramente la c.d. clausola del *no bail out*, che impronta di sé anche le regole di governo delle finanze pubbliche nazionali, dal momento che la ferma ritrosia europea ad impiegare la leva della spesa pubblica come strumento di stimolo dell'economia, ribadita con l'introduzione del Patto di stabilità, costituisce espressione non solo della nota repulsione ordo-liberale verso le misure di intervento correttivo del mercato⁴², ma anche della sostanziale assenza di vincoli di solidarietà transnazionali.

Il quadro dei principi ordo-liberali della costituzione economica europea è coerentemente completato dall'autonomia della Banca Centrale Europea, non a caso edificata sul modello della *Deutsche Bundesbank*⁴³, della quale ha ereditato il duplice principio dell'indipendenza dai poteri politici e del perseguimento dell'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi⁴⁴.

Ciò che si evince da questo insieme di regole e di principi è che cia-

(41) *Ibidem*.

(42) Da ultimo, molto chiaramente, F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 24 ss.

(43) Del resto già negli studi preparatori degli anni Ottanta (in particolare J. DELORS, *Report on economic and monetary union in the European Community*, presentato il 17 aprile 1989, in http://aei.pitt.edu/1007/1/monetary_delors.pdf) si individuavano come caratteristiche salienti della futura Banca Centrale Europea l'indipendenza dalla politica e l'obiettivo della stabilità dei prezzi, in coerenza con le richieste della Bundesbank, non a caso presente nel *Committee* con il suo Presidente Pohl. M. DUCKENFIELD, *Bundesbank-government relations in Germany in the 1990s: From GEMU to EMU West European Politics*, 22:3, pp. 87-108.

(44) Da sempre assicurata nell'ambito della legislazione ordinaria, l'indipendenza della Banca centrale tedesca dal Governo federale venne consacrata nella legge fondamentale, in occasione della legge di revisione del 21 dicembre 1992, con la quale si introdusse all'art. 88 LF la previsione per cui i compiti della Banca centrale potevano essere trasferiti alla Banca centrale europea, qualificata come Banca centrale "indipendente" ed "impegnata al fine prioritario della garanzia di stabilità dei prezzi". R. BIFULCO, *Bundesbank e Banche centrali dei Länder come modello del sistema europeo delle banche centrali*, in F. GABRIELE (a cura di), *Il governo dell'economia tra "crisi dello Stato" e "crisi del mercato"*, Bari, Cacucci, 2005, p. 41 ss.

scun Paese è tenuto a fare da sé, senza poter contare sugli interventi di salvataggio della Comunità e delle sue istituzioni.

L'avvio del processo di integrazione secondo sviluppi differenti dal federalismo solidaristico, ben evidenziato dalla clausola di *no bail out*⁴⁵, appare del resto coerente rispetto alla scelta di rinviare nel tempo la realizzazione dell'unione politica, affidando il "governo" dell'unione ad una *governance* sovranazionale, preordinata al mero coordinamento di politiche economiche elaborate nell'ambito dei differenti circuiti nazionali della rappresentanza democratica.

L'inesistenza di una unione solidaristica consente a questo punto di leggere nella giusta prospettiva anche le (pur apprezzabili) innovazioni nel tempo introdotte su differenti versanti della costruzione europea (c.d. integrazione positiva).

Se è ben vero, infatti, che a partire dall'Atto unico europeo sono andate estendendosi le specifiche competenze della UE in materia di politiche sociali⁴⁶ e che lo stesso ripiegamento della UE sul mercato unico è

(45) G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo, Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 116 ss.

(46) A partire da quelle relative alle condizioni di lavoro ed alle politiche occupazionali. Questo spiega perché l'Atto unico europeo del 1986 abbandonò del tutto l'idea, oramai non più proponibile, dell'armonizzazione orizzontale verso l'alto dei sistemi nazionali di protezione sociale, per abbracciare la prospettiva – assai differente – di un'armonizzazione verticale, inizialmente limitata al solo campo dell'ambiente di lavoro, con l'obiettivo di individuare un livello di prescrizioni minime, tali da consentire ad un nucleo duro di garanzie minime dei lavoratori di resistere alle pressioni competitive derivanti dal mercato (art. 118 A). Per la prima volta si riconosceva, altresì, un ruolo anche al dialogo tra le parti sociali, nella prospettiva della instaurazione di relazioni convenzionali (art. 118 B), non solo interne al procedimento normativo ordinario della Comunità, nelle materie di competenza di questa, ma anche in una prospettiva differente intesa alla valorizzazione dell'autonomia delle parti sociali, come fonte di regolazione utilmente spendibile anche in materie differenti da quelle intestate alla competenza della Comunità (M. GRANDI, *Le parti sociali e l'autonomia collettiva di fronte all'Unione economica e monetaria*, in *Lavoro e Diritto*, 1993, p. 463 ss.; sul tema anche F. GUARRIELLO, *L'Europa sociale dopo Maastricht*, in *Lavoro e Diritto*, 1992, pp. 223 ss.; *Id.*, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, Milano, Franco Angeli, 1992; A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Giuffrè, 1999, p. 181 ss.) Si tratta di scelte confermate, e via via consolidate, anche nei successivi Trattati. L'Accordo sulla Politica Sociale allegato al Trattato di Maastricht, trasfuso nel testo del Trattato di Roma per effetto del Trattato di Amsterdam (art. 118), provide ad ampliare le competenze normative dell'Unione sulla fissazione di condizioni minime anche alla determinazione delle condizioni di lavoro, da intendersi come disciplina del trattamento normativo dei lavoratori (oggi art. 153 TFUE). Il Trattato di Lisbona non portò ad alcuna ulteriore estensione delle competenze dell'Unione, ma incluse comunque le politiche sociali nel novero delle competenze concorrenti tra Unione e Stati membri, sia pure entro i limiti fissa-

stato nel tempo riequilibrato sia a mezzo dell'allargamento dei valori e degli obiettivi di fondo perseguiti dall'Unione⁴⁷, sia riconoscendo alla Carta di Nizza dei diritti fondamentali il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE)⁴⁸, rimane non di meno ferma l'osservazione per cui, in assenza di una reale solidarietà sovranazionale, non può esservi spazio per un vero bilancio redistributivo dell'Unione, in grado di far fronte alle necessità di politiche sociali comuni, in funzione del superamento dei divari di reddito tra i differenti Stati o dell'attenuazione delle sperequazioni ampliate dall'incedere asimmetrico della crisi⁴⁹.

In altri termini, ad onta del progressivo ampliamento (allo stato comun-

ti dai Trattati (art. 4.2., lett. *b*) TFUE) (M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2016, p. 18 ss.). In realtà, nelle politiche sociali l'Unione può limitarsi ad assumere iniziative limitate al mero coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri (art. 5, par. 3, TFUE). La preferenza accordata al metodo del coordinamento, rispetto a quello classico della regolamentazione *hard*, non costituisce una novità introdotta dal Trattato di Lisbona, ma rappresenta a ben vedere una scelta di continuità rispetto alle innovazioni introdotte col Trattato di Nizza (si vedano gli artt. 13 e 137 TCE introdotti dal Trattato di Nizza; sulla questione v. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 82/2010, p. 15 ss.) che già aveva generalizzato il metodo di regolazione tramite *soft law* (il c.d. Metodo Aperto di Coordinamento, fondato sulla definizione di obiettivi e di indicatori nonché sul monitoraggio: la c.d. Strategia di Lisbona). Ora, al di là del problema teorico, pure importante, se questa scelta costituisca o meno indice sintomatico di una dequalificazione del metodo classico dell'armonizzazione forte, di certo vi è che nel tempo si è assistito ad un inaridimento, spontaneo, del metodo dell'armonizzazione a mezzo di direttive, tanto che l'attività della Commissione, e delle stesse parti sociali, risulta da diversi anni oramai ampiamente esaurita, quanto meno nella materia relativa alla determinazione delle condizioni di lavoro.

(47) P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBelem.htm#_ftn1.

(48) Se all'indomani del Trattato di Maastricht l'obiettivo della realizzazione di una crescita non inflazionistica (art. G, che modifica l'art. 2 del Trattato di Roma), da attuare tramite finanze pubbliche e condizioni monetarie sane (art. 3A) conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, costituiva ancora un *præius* rispetto all'obiettivo del conseguimento di alti livelli di occupazione, questa gerarchia è stata – anche simbolicamente – scalfita, anche se forse non del tutto superata (v. C. PINELLI, *Il preambolo, i valori e gli obiettivi, Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino 2008, p. 67 ss.), dal Trattato di Lisbona. Oggi emerge molto più chiaramente il fine sociale cui l'economia di mercato deve in ogni caso tendere, tramite la sua funzionalizzazione al perseguimento dell'obiettivo della piena occupazione ed al progresso sociale (art. 2 TUE) (A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, cit., p. 15 ss.; G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo. Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, cit., p. 116 ss.).

(49) A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, Jovene, 2016, p. 167 ss.

que insufficiente) dei titoli formali di competenza (concorrente) dell'Unione, vi è che le politiche occupazionali e sociali rimangono di fatto intestate in capo ai singoli Stati membri, qui venendo progressivamente circondate da condizionamenti finanziari via via crescenti, eretti allo scopo precipuo di prevenire forme di *moral hazard* da parte dei singoli Stati.

In realtà, sul condizionamento esterno delle politiche nazionali ha inciso, in misura significativa, anche la radicale inadeguatezza della *governance* sovranazionale nella gestione dell'eurozona, dal momento che la divaricazione nei livelli di competitività delle differenti economie ha costituito, almeno in parte, l'esito dell'inesco di vere e proprie forme di federalismo competitivo e cannibale tra i differenti Paesi⁵⁰.

Come peraltro ampiamente previsto dagli studiosi più attenti, le politiche economiche e sociali, proprio perché confinate *entro una cornice nazionale*, sono rimaste esposte alla pressione competitiva via via crescente esercitata dalla supremazia del mercato continentale ed all'effetto demolitorio derivante dall'integrazione c.d. negativa.

A questo fenomeno, qui sommariamente descritto, di compressione dei sistemi di protezione sociale nazionali, a partire dalle discipline di protezione dei lavoratori, ha contribuito anche la giurisprudenza della stessa Corte di giustizia.

Seppure nata dal rifiuto della strada federalistica⁵¹, seguendo la ben differente prospettiva funzionalistica della collaborazione tecnocratica ed economica⁵², la Comunità economica riuscì in tempi relativamente brevi ad emanciparsi dall'ordinamento internazionale, nel cui alveo era stata inizialmente costituita, evolvendo, a mezzo della c.d. integrazione attra-

(50) F.W. SCHARPF, *L'Europa. La democrazia sospesa*, cit., p. 24.

(51) Quella propugnata da Spinelli, assistita da una forte carica idealistica. Proprio questa carica idealistica ha contribuito a generare un ampio consenso alla causa dell'unità europea, ma ha anche incoraggiato una visione utopica che impedisce (*nda* forse anche nell'attuale congiuntura) una valutazione realistica dei problemi dell'unificazione, così G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea*, cit., p. 21 ss.

(52) Ispirata alle teorie funzionalistiche o neo-funzionalistiche di D. MITRANY, *Le basi pratiche della pace. Per una organizzazione internazionale su linee funzionali*, Cambridge University Press, 1945 e di E.B. HAAS, *The uniting of Europe: political, social and economic forces 1950-1957*, Stanford University Press, 1958.

verso il diritto⁵³, verso qualcosa di assai simile ad un ordinamento costituzionale statale funzionante⁵⁴.

Già alla fine degli anni Ottanta, la Comunità si presentava, infatti, come un ordinamento assai diverso da quello, di matrice internazionalistica, delle origini⁵⁵.

Tuttavia, proprio nel momento in cui l'ordinamento comunitario evolveva secondo le traiettorie poc'anzi descritte, prendeva corpo un coevo fenomeno di erosione dei diritti sociali consacrati negli ordinamenti nazionali⁵⁶. Processo, questo, propiziato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, sempre più incline ad assoggettare le legislazioni nazionali di protezione del lavoro ad uno scrutinio di compatibilità col principio comunitario di concorrenza⁵⁷.

Ed è proprio in questa fase che ha cominciato a delinearsi l'asimmetria tra la c.d. integrazione negativa, guidata da un organo depoliticizzato qual era la Corte di giustizia, e l'integrazione positiva, rimessa invece alle sedi e alle difficoltà proprie dei processi di matrice squisitamente politica⁵⁸.

(53) M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER, *Integration through law. Europe and the American Federal Experience*, W. de Gruyter, 1985-1988.

(54) Il processo di costituzionalizzazione prenderebbe avvio, secondo la dottrina più accreditata, nel corso degli anni Sessanta, mercé l'elaborazione ad opera della Corte di giustizia dei principi di supremazia del diritto comunitario e dell'efficacia diretta delle sue fonti, della dottrina dei poteri impliciti e nell'assoggettamento degli atti della Comunità ad uno scrutinio di legittimità volto a verificare il rispetto dei diritti fondamentali, dalla evoluzione del sistema dei ricorsi per violazione del diritto comunitario, per effetto del quale giudici nazionali e Corte di Giustizia, sollecitata ad intervenire tramite la proposizione di questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto dell'Unione, divengono parte di un sistema unitario di controllo giurisdizionale: così J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, pp. 61 ss.; anche E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, 1981, 47, p. 1.

(55) F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2005, p. 82 ss.

(56) S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 129. Per gli sviluppi della giurisprudenza più recente S. GIUBBONI, *Libertà di impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *costituzionalismo.it*, 2016, p. 3, *passim*; *Id.*, *Libertà di circolazione dei lavoratori*, URGE WP 1/2009.

(57) M. PALLINI, *Concorrenza e regole sociali. Un ruolo compositivo per il MAC*, in E. ALES, M. BARBERA, F. GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 289-319. Ma non meno rilevante fu la stessa opera della Commissione europea, sempre più impegnata nell'opera di apertura alla concorrenza dei diversi mercati, su cui C.J. BICKERTON, *European Integration. From Nation-States to Member States*, Oxford, 2012, p. 130 ss.

(58) Per la distinzione F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica delle politiche*

Un'asimmetria emersa in tutta la sua prepotenza dopo il Trattato di Maastricht.

Era, dunque, inevitabile che, in siffatto quadro istituzionale, la giustizia sociale emergesse quale *posterius* rispetto al razionalismo economico imposto dal principio della concorrenza, presentandosi come obiettivo interamente condizionato dalle dinamiche competitive imposte dal mercato sovranazionale, emerso nel tempo quale vero fattore di disciplinamento delle politiche sociali nazionali.

4. Il principio democratico e l'antisovrano: la marcia storica verso il modello neo-liberale

La creazione di vincoli esterni al circuito della rappresentanza democratica, conseguente alla creazione dell'unione monetaria e del mercato unico, costituisce a ben vedere soltanto l'approdo più recente, anche se più avanzato, di una tendenza storica e politica più risalente nel tempo, mossa ideologicamente dalla necessità di ricercare supposti antidoti alle degenerazioni della politica.

Un processo questo che ha investito pressoché tutte le democrazie occidentali, a partire dagli anni Settanta, segnando anche il passaggio dall'attuazione di politiche di matrice keynesiana verso l'applicazione di politiche economiche di matrice neo-liberale.

L'Europa devastata dal secondo conflitto mondiale fu un enorme laboratorio del keynesismo.

Le ragioni sono ben note.

L'imperativo categorico delle *élite* dell'epoca era di non lasciare maturare nell'Europa occidentale le condizioni nelle quali le polarizzazioni estremistiche degli anni Trenta erano riuscite a radicarsi e a prendere vigore⁵⁹.

Nel clima generale dell'immediato dopoguerra si avvertiva in modo assai lucido la necessità di impedire per l'avvenire il ripetersi degli errori

dell'Unione europea, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 74 ss.

(59) N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, trad. it. di G. CARLOTTI, Feltrinelli, 2015, p. 202.

commessi negli anni Trenta, quando miopi politiche di austerità⁶⁰, adottate peraltro in un decennio di grave destabilizzazione delle economie capitalistiche occidentali, avevano condotto diversi Paesi europei verso livelli di disoccupazione tali da mettere a repentaglio la sopravvivenza degli ordinamenti democratici⁶¹.

Nella Repubblica di Weimar degli anni Trenta furono, infatti, non solo le difficoltà economiche derivanti dalle restituzioni imposte dal Trattato di Versailles, bensì il pervicace inseguimento del risanamento finanziario a propiziare la polarizzazione politica e, con essa, l'avvento al potere del nazionalsocialismo⁶².

D'altra parte, non solo nei nascenti regimi dittatoriali degli anni Trenta⁶³, ma anche in quelli di più lunga tradizione democratica, fu l'avvio dell'economia di guerra, tramite l'accelerazione della spesa per armamenti, ad assicurare in un breve lasso di tempo il raggiungimento della condizione di pieno impiego⁶⁴ e, per tale via, il risultato della (provvisoria) pacificazione sociale⁶⁵.

Sulla scorta di questi preziosi insegnamenti, nel momento in cui le democrazie europee venivano ripristinate, era chiara – in primo luogo in seno all'*élite* americana – la necessità di impedire che le economie ca-

(60) *Ivi*, p. 170.

(61) Non è un caso che l'avvio del *New Deal* venne espressamente giustificato dal Presidente americano con la necessità di riportare al lavoro i disoccupati, allo scopo di salvare l'America dall'estremismo che stava allora dilagando in Germania ed in Italia; N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

(62) Altro discorso è constatare che le politiche di austerità furono scientemente perseguite dal cancelliere Brüning nell'ambito di una precisa strategia politica, finalizzata a creare una crescente miseria di massa ed una situazione di polarizzazione politica nella speranza di indurre le Potenze vincitrici a cancellare il piano di riparazione. Molto chiaro sul punto H.A. WINKLER, *La Repubblica di Weimar*, Donzelli Editore, 1998, p. 544.

(63) Quando assunse il potere nel gennaio del 1933, nel giro di un solo anno, Hitler riuscì a trascinare la Germania fuori dal pantano dell'alta disoccupazione nel quale si trovava dalla fine del primo conflitto mondiale tramite una energica politica di spesa pubblica; N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

(64) J.K. GALBRAITH, *Storia dell'economia*, BUR, IV ed., 2016, p. 275 ss.

(65) J.M. KEYNES, *Will rearmament cure unemployment?*, trasmissione BBC, citata da N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

pitalistiche, per loro struttura instabili⁶⁶, potessero condurre verso condizioni di disequilibrio tali da mettere a repentaglio la democrazia⁶⁷.

Questo spiega perché nel momento in cui la minaccia comunista diveniva particolarmente grave, prese corpo il Piano Marshall per consolidare le nascenti, ed ancora assai deboli, democrazie europee, coniugando capitalismo e democrazia, sulla scorta della terza via tra liberismo e marxismo individuata da Keynes.

Nella prospettiva keynesiana, l'economia di mercato non consentirebbe, di per sé, di assicurare stabilmente condizioni di pieno impiego, in ragione dell'endemica instabilità del sistema capitalistico, sì da reclamare l'intervento di politiche pubbliche necessarie per stabilizzarla.

In presenza di alta disoccupazione, il settore pubblico ben potrebbe e, anzi, dovrebbe svolgere un ruolo pro-attivo per assicurare la spinta della domanda aggregata necessaria per realizzare il raggiungimento della condizione di piena occupazione e proteggere, in questo modo, l'ordinamento democratico dai rischi di derive autoritarie⁶⁸.

I principali postulati del keynesismo non furono completamente ignoti ai nostri Padri costituenti, se è vero che gli stessi poterono avvalersi dei lavori di un'apposita commissione di esperti composta da economisti keynesiani e che il nome di Keynes compare ripetutamente nei verbali dei lavori parlamentari⁶⁹.

Di certo, al di là del dibattito in ordine alla possibilità di qualificare come keynesiana la nostra Costituzione, risolutamente negata da alcuni ed al-

(66) H.P. MINSKY, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Boringhieri, 1981.

(67) Del resto, anche la stessa Comunità europea trova la propria giustificazione più alta nella necessità di assicurare, con la ricostruzione economica e la ricerca della prosperità dei popoli europei, la pace. Sulla stretta simbiosi tra prosperità e pace v. J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003, p. 485 ss.

(68) Sulle modalità attraverso le quali per molto tempo capitalismo e democrazia hanno convissuto in occidente v. W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, Feltrinelli, 2013.

(69) Uno dei componenti della commissione era FEDERICO CAFFÈ, v. in proposito M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Dir. Soc.*, 2011, 4, p. 673. Come correttamente rammenta l'A., appare difficile affermare che i membri dell'Assemblea ignorassero del tutto il più grande economista dell'epoca, considerato peraltro che il suo nome ricorre spesso nei verbali dell'Assemblea.

trettanto risolutamente affermata da altri⁷⁰, non pare revocabile in dubbio la presenza sia di previsioni di chiara impronta keynesiana sia di disposizioni connotate da rilevanti obiettivi di giustizia sociale.

Di certo, quale che sia la posizione sul carattere keynesiano della nostra Carta fondamentale, vi è che – affidando allo Stato il compito di regolare il conflitto in chiave redistributiva, sia in funzione della realizzazione della condizione di piena occupazione (artt. 1 e 4 Cost.)⁷¹, sia tramite la realizzazione degli altri diritti sociali indispensabili per l'eliminazione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2 Cost.)⁷² – la nostra Costituzione non si è limitata a prevedere generiche dichiarazioni programmatiche, ma al contrario ha provveduto ad individuare un connotato essenziale del nostro ordinamento *democratico*, erigendo un antidoto formidabile contro l'insorgere di pericoli di derive autoritarie e ponendo nel contempo le premesse per il contenimento del potere economico⁷³.

Dietro il carattere solidaristico del nostro ordinamento si ritrova, in definitiva, la consapevolezza che la polarizzazione politica, preludio verso il totalitarismo, possa, e debba, essere scongiurata anche tramite l'impiego delle fondamentali leve di matrice (macro)economica, in funzione del perseguimento della condizione di piena occupazione e della realizzazione di obiettivi di redistribuzione, funzionali alla realizzazione della giustizia sociale.

È un fatto storico che nel trentennio immediatamente successivo al se-

(70) Sottolinea il carattere non univoco, ed anzi antikeinesiano, di talune disposizioni A. PREDIERI, *Europoliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., p. 218 ss. Molto più netto nel predicare il carattere keynesiano della Costituzione A. BALDASSARRE, *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 1999, p. 54.

(71) Così F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 101 ss. *Contra* A. PREDIERI, *Europoliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., p. 218 ss.

(72) Il contrasto alla disoccupazione, in funzione di tutela della dignità della persona, costituisce dunque obiettivo primario cui dovrebbero mirare *ancora oggi* i pubblici poteri; così C. SALAZAR, *La Costituzione, i diritti fondamentali, la crisi: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, 2015, p. 95 ss.

(73) Sul punto molto chiaro M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, p. 160, secondo cui con l'avvento della Costituzione repubblicana il potere economico diviene oggetto delle regole e dei limiti del governo dello Stato sociale.

condo conflitto mondiale il capitalismo venne pacificato in chiave democratica⁷⁴ proprio grazie all'attuazione di politiche di redistribuzione⁷⁵. Dopo il trentennio d'oro, seguente alla ricostruzione del dopoguerra, il paradigma keynesiano venne, tuttavia, messo in forte discussione⁷⁶. Più esattamente, la validità della teoria keynesiana cominciò ad essere revocata in dubbio con lo *shock* petrolifero del 1973-74 per effetto del quale venne a determinarsi una severa crisi dell'economia mondiale, accompagnata da un forte aumento del tasso d'inflazione (c.d. stagflazione).

In un periodo caratterizzato da una maggiore sensibilità sociale verso il problema dell'inflazione, l'interventismo della mano pubblica e delle autorità monetarie cominciò ad essere riguardato come vero responsabile del processo inflazionistico.

In altri termini, cominciò ad affacciarsi l'idea che la spesa pubblica finalizzata a sostenere la domanda fosse in realtà incapace di aumentare il livello dell'occupazione, producendo solo, o anche, inflazione⁷⁷.

Di certo accadde che a partire dagli anni Settanta crebbe l'importanza attribuita alle politiche "dal lato dell'offerta", finalizzate ad aumentare il potenziale naturale di crescita dell'economia, mediante riforme dirette a migliorare l'efficienza dell'apparato produttivo, anche tramite l'efficientamento e la razionalizzazione degli apparati pubblici.

In realtà, l'avversione verso l'attuazione delle politiche keynesiane e,

(74) N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

(75) A questo bisogno non sono sfuggite neppure le democrazie orientate ideologicamente in senso liberista: l'evidenza empirica ha, in effetti, dimostrato come in questi Paesi sia stata proprio la spesa militare ad essere impiegata ciclicamente come surrettizio strumento di redistribuzione, in funzione del perseguimento di politiche di piena occupazione, senza necessità di sconfessare, almeno non così apertamente, l'ideologia dominante di riferimento. Tra i fattori di stabilizzazione dell'economia nei primi decenni del dopoguerra parte della dottrina fa comprendere anche le dimensioni dell'amministrazione pubblica, determinate dalle continue e massicce spese per finalità militari. L'esempio è particolarmente vero se riferito alla potenza americana: H.P. MINSKY, *Keynes e l'instabilità del capitalismo*, Torino, Boringhieri, 1981, p. 170.

(76) N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

(77) Una corrente minoritaria continuò, tuttavia, a ritenere non del tutto superato l'insegnamento keynesiano, evidenziandone i limiti nei problemi di asimmetria politica, cioè nella difficoltà della politica di tenere sotto controllo, per ragioni di consenso elettorale, la spesa pubblica nei momenti in cui ciò sarebbe necessario, cioè nelle fasi di espansione del ciclo economico; J.K. GALBRAITH, *Storia dell'economia*, cit., p. 295 ss.

più in generale, verso le politiche di intervento del Governo nell'economia assunse ben presto forti connotazioni ideologiche, specie nell'ambito delle dottrine neo-liberali e monetaristiche.

Il pensiero neo-liberale andò affermandosi, seppure come corrente minoritaria, già nel corso degli anni Quaranta del secolo passato, emergendo come movimento ideologico contrario alla pianificazione economica di matrice socialista, ritenuta incompatibile con la conservazione delle libertà individuali⁷⁸.

A ben vedere, le critiche mosse dal neo-liberalismo verso la pianificazione socialista celavano dietro di sé una più generalizzata avversione nei confronti dell'intervento pubblico nell'economia, se è vero che nel novero delle contrastate forme di pianificazione venivano ricondotte anche le più comuni forme di assistenza, come l'assicurazione contro la disoccupazione, la vecchiaia e gli infortuni piuttosto che i sistemi di tutela della salute.

Secondo i pensatori neo-liberali, le spinte verso l'espansione fagocitante dell'attività del Governo sarebbero da ascrivere alle degenerazioni della democrazia rappresentativa.

Più esattamente la deriva populistica sarebbe da imputare alla necessità della politica di conquistare e conservare il consenso sociale, ciò che la indurrebbe ad usare le istituzioni democratiche in funzione dell'ampliamento incontrollato delle dimensioni dello Stato sociale, mettendo in questo modo a repentaglio le libertà individuali, conculcate dalla dittatura della maggioranza⁷⁹.

Sul piano dell'osservazione empirica, il successo delle teorie in esame si manifestò a cavallo di un ben preciso periodo storico, nel quale, in quasi tutte le democrazie rappresentative occidentali, andò generandosi una sorta di piano inclinato verso l'aumento progressivo della spesa pubblica e dell'inflazione⁸⁰.

(78) La pietra miliare del pensiero liberale è certamente segnata dalla pubblicazione nel 1944 di *The road to Serfdom* di F.A. VON HAYEK: *La via della schiavitù*, trad. it. di D. ANTISERI e R. DE MUCCI, Rusconi, 1995.

(79) F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e dell'economia politica*, Milano, Il Saggiatore, 1994, p. 384.

(80) Sul successo del monetarismo come antidoto verso l'inflazione degli anni Settanta v. J.K.

Questo spiega perché l'idea di frapporre forti vincoli verso l'attività del Governo, a partire dalle determinazioni relative alla politica monetaria, cominciò a riscuotere, ovunque, largo successo.

In realtà, secondo l'ideologia neo-liberale siffatti vincoli sarebbero dovuti derivare dal governo della legge, inteso non già in senso riduttivo come sinonimo di legalità formale o di costituzionalità⁸¹, bensì come osservanza di alcuni principi metagiuridici, radicati nella tradizione morale della comunità⁸².

Senonché, a partire dagli anni Settanta, e nel volgere di un breve arco di tempo, il neo-liberalismo cessò di porsi soltanto come mera dottrina di filosofia economica per divenire, a tutti gli effetti, programma di Governo.

Dapprima in Gran Bretagna e negli USA e poi un po' ovunque in Europa cominciò ad affermarsi, seppure non sempre in forma esplicita, l'obiettivo di togliere ai politici le cornucopie «il cui possesso fa loro credere che possano e debbano eliminare tutte le fonti di scontento»⁸³.

Queste pratiche di patologica acquisizione del consenso sociale furono bollate come la vera causa della perdita di efficienza del sistema economico e, per tale via, della perdita di slancio della crescita economica, soffocata dalla presenza ingombrante dell'apparato pubblico.

Diversamente dalle speculazioni teoriche, nelle quali la presenza di vincoli verso l'attività di Governo nelle politiche di spesa pubblica veniva legata ad elementi spirituali, saldamente legati alla tradizione morale della comunità, nei regimi democratici occidentali più affascinati dalle teorie liberali i vincoli esterni cominciarono ad essere edificati nel mondo del diritto.

L'obiettivo della liberazione dell'individuo dall'oppressione del Governo, allo scopo di impedire le degenerazioni della “*democrazia totalitaria*”, venne così perseguito dai sostenitori del paradigma liberale inci-

GALBRAITH, *Storia dell'economia*, cit., p. 302 ss.; N. WAPSHOTT, *Keynes o Hayek. Lo scontro che ha definito l'economia moderna*, cit., p. 170.

(81) F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 272.

(82) *Ibidem*.

(83) F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 384.

dendo sulle concrete declinazioni del principio democratico, leva questa attraverso la quale lo Stato pluriclasse era storicamente approdato alla concreta realizzazione dello Stato sociale.

Che tra democrazia rappresentativa e livelli della spesa pubblica sussista un preciso legame è del resto dimostrato dalle primigenie forme di protezione sociale risalenti alla fine dell'Ottocento: quelle prime forme di interventismo statale poterono, infatti, prendere piede proprio grazie alla progressiva estensione del diritto di elettorato attivo ed alla conseguente affermazione dello Stato liberale democratico⁸⁴.

Ben diversa si presentava la situazione nel vecchio Stato monoclasse ottocentesco, ove al contrario il potere risultava consegnato nelle mani di una classe dirigente borghese, molto attenta alle esigenze di contenimento della spesa pubblica, essendo costituita esclusivamente da *tax payers* destinati ad avvertire in prima persona le conseguenze negative dell'aumento della spesa pubblica e della tassazione necessaria per farvi fronte⁸⁵.

Questo confronto tra differenti epoche storiche evidenzia molto bene un dato di fondo: che quanto più l'esercizio del potere viene posto al riparo dal processo elettorale e dal circuito della rappresentanza democratica tanto più la politica risulta deprivata della possibilità di appagare i bisogni emergenti (non importa qui ed ora determinare quanto legittimamente) nella società, tramite l'impiego degli strumenti di redistribuzione. Nell'Ottocento i vincoli esterni verso l'attività del Governo vennero ben saldamente eretti imponendo precise limitazioni al diritto di elettorato attivo, sulla scorta di precisi criteri di censo e di genere.

Divenute nel tempo improponibili queste soluzioni, nel secolo successivo la via del liberalismo venne battuta seguendo itinerari differenti, intesi a porre al riparo dalle c.d. degenerazioni del processo elettorale l'esercizio di importanti poteri.

Quanto meno in Italia, costituiscono tappe di questo lungo percorso, volto

(84) F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., p. 168.

(85) G. DI GASPARE, *Miti e paradossi della riforma amministrativa: tra asimmetria informativa e indirizzo politico amministrativo, verso un modello neocavuriano di amministrazione pubblica?*, in *Dir. pubbl.*, pp. 653-679; S. CASSESE, G. MELIS, *Lo sviluppo dell'amministrazione Italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 333. Sul rapporto tra misura e qualità della imposizione fiscale e storia della rappresentanza politica molto chiaro G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, specie p. 48 ss.

alla creazione di vincoli esterni verso il Governo, la nascita di autorità indipendenti per la gestione della politica monetaria (in Italia il c.d. divorzio tra il Ministero del tesoro e la Banca d'Italia del 1981)⁸⁶, la separazione tra politica ed amministrazione (d.lgs. n. 29/1993) e l'innescio di meccanismi di competizione a livello sovranazionale, in concomitanza col processo di globalizzazione degli scambi commerciali⁸⁷, secondo una dinamica prepotentemente accelerata dalla perdita delle leve della politica monetaria⁸⁸ per effetto della istituzione del mercato unico e della moneta comune, secondo la tabella di marcia disegnata dal Trattato di Maastricht (il c.d. obiettivo '92⁸⁹). Quanto rammentato per l'Italia potrebbe essere ripetuto, a grandi linee, anche per le altre democrazie occidentali.

Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione intendeva porsi come nuovo baluardo del principio di imparzialità, allo scopo di sottrarre la minuta attività amministrativa alle influenze clientelari della politica⁹⁰. La medesima logica presiedeva del resto al riconoscimento della indipendenza della Banca d'Italia.

Si intendeva costringere il Governo a trovare sul libero mercato dei capitali (e non più da una Banca centrale accomodante) le fonti di finanziamento della spesa pubblica⁹¹.

Anche in questo caso, come nell'altro, l'obiettivo era di porre un vincolo esterno alla politica, al fine di costringerla a comprimere il livello della spesa pubblica nella misura sufficiente a tranquillizzare i possessori dei titoli di Stato in merito alla restituzione del capitale.

(86) In ossequio alle nuove dottrine monetaristiche propugnate sin dagli anni Settanta da M. Friedman: v. J.K. GALBRAITH, *Storia dell'economia*, cit., p. 302 ss.

(87) I cui effetti sul piano della erosione della sovranità sono ben descritti da M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, p. 168 ss.

(88) Come previsto lucidamente da M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 166.

(89) J. DELORS, *Un anno cardine. Discorso del Presidente Jacques Delors dinanzi al Parlamento europeo*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, Vol. 59, No. 2, 1992, pp. 245-255.

(90) Sul principio di distinzione per tutti, seppure da prospettive completamente opposte, G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003; B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012.

(91) N. ACOCELLA, *Fondamenti di politica economica*, Bari, Cacucci, 2006, IV ed., cap. 5, p. 6.

Politiche di indisciplina fiscale – si pensava – sarebbero state punite dal mercato finanziario con l'aumento incontrollabile dei tassi di interesse⁹². In realtà vi era anche di più.

Poiché anche la gestione della politica monetaria è in grado di produrre effetti di redistribuzione assai significativi tra diverse categorie di attori sociali (debitori e creditori, titolari di rendite e disoccupati) – a seconda che intenda privilegiare la lotta contro l'inflazione o quella contro la disoccupazione – era opportuno, allo scopo di inibire politiche inflazionistiche⁹³ protese soltanto alla lotta contro la disoccupazione, che anche questa leva venisse totalmente sottratta alla politica e, dunque, al circuito democratico, per essere affidata esclusivamente in capo a soggetti indipendenti dal Governo⁹⁴. Da qui la creazione di vincoli nei riguardi dei titolari della sovranità talmente forti da indurre taluni ad ampliare finanche il rapporto di fiducia tra gli organi espressione dell'indirizzo politico, oramai ricostruito in una dimensione trilaterale tra Governo, Parlamento e mercati⁹⁵.

Ulteriori vincoli nei confronti del circuito della rappresentanza democratica sono derivati, infine, dalla costruzione dell'unione economica e monetaria⁹⁶.

Non è un caso che proprio la capacità della unione di assicurare la credibilità della regolazione economica, in ragione della sua *distanza dal circuito democratico rappresentativo*, sia stata sovente considerata come vero valore aggiunto di quella istituzione⁹⁷.

(92) *Ibidem*.

(93) Sulla finalità antinflazionistica della indipendenza della Banca centrale dalla politica M. DUCKENFIELD, *Bundesbank-government relations in Germany in the 1990s: From GEMU to EMU*, in *West European Politics*, 3, 1999, pp. 87-108.

(94) Sul punto molto chiaramente J.E. STIGLITZ, *The euro and its threat to the future of Europe*, Penguin UK, 2016, pp. 20 e 309.

(95) A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: il Governo deve avere la fiducia dei mercati (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in *federalismi.it*, 23, 2011; W. STREECK, *Tempo guadagnato*, cit., p. 101 ss.

(96) Sull'adesione al Trattato di Maastricht come fattore di disciplinamento interno v. A. PREDIERI, *Europoliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., p. 409.

(97) G. MAJONE, *Temporal consistency and policy credibility: why democracies need non-majoritarian institutions*, European University Institute, Working paper RSC, 96/57. Anche A. PREDIERI, *Europoliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., p. 410.

Non pare dubbio, al riguardo, che la crisi economica abbia disvelato la reale natura del mercato unico quale fattore di disciplinamento delle politiche perseguite dagli Stati membri e di propulsione dei processi di riforma attuati a livello nazionale, oramai (unidirezionalmente) finalizzati⁹⁸ a comprimere il livello di protezione dei lavoratori⁹⁹ o a limitare il perimetro di azione degli apparati pubblici, in funzione della incentivazione della competitività degli agenti economici.

Il risultato è stato l'avvio di una lotta dei singoli Paesi per rendere la propria posizione più attraente verso l'attività di impresa¹⁰⁰, sfociata, nei casi meno commendevoli, in lotta per deflazionare l'economia interna in funzione dell'acquisizione di vantaggi competitivi da spendere nell'area della moneta unica, secondo i moduli propri del federalismo competitivo (e cannibale).

Una direzione di marcia, questa, divenuta obbligata nell'ultimo lustro, una volta emersi con clamore i differenziali di competitività apertisi tra gli Stati membri lungo tutto il primo decennio di vita della moneta unica.

Dove, infatti, non attuate spontaneamente, quale moto di volontaria adesione alla lotta competitiva nell'arena europea, le riforme strutturali, intese a destrutturare i mercati del lavoro ed i sistemi di protezione sociale, sono state imposte o con gli strumenti dei *Memorandum of Understanding*¹⁰¹, sottoposti a precise condizionalità, o a mezzo delle c.d. *soft laws*, sempre assai attente a suggerire la deregolazione dei mercati del lavoro, la flessibilizzazione dei sistemi di contrattazione collettiva e la razionalizzazione degli apparati pubblici¹⁰².

(98) Sull'appiattimento delle riforme e, più in generale, delle politiche economiche in Europa al tempo della crisi, A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, Vol. 14, No. 5, 2013, p. 453 ss.

(99) S. GIUBBONI, *Libertà di impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., *passim*.

(100) W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e Mercato*, 1, 2000, p. 3 ss.

(101) Sui tagli salariali imposti dai *Memorandum of Understanding* molto chiari i dati riportati da G. RICCI, *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente*, in B. CARUSO, G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Bologna, Il Mulino, 2015, p. 199 ss.

(102) Sulle politiche occupazionali e sulla idoneità del Metodo Aperto di Coordinamento a porsi come strumento di promozione delle politiche di destrutturazione e liberalizzazione dei mer-

Le implicazioni sul principio democratico di questo stato di cose sono a questo punto ben evidenti.

La perdita di peso delle schede elettorali a livello nazionale, già in parte prodotta dall'incedere della globalizzazione¹⁰³, non solo non ha trovato alcuna seria compensazione al livello sovra-nazionale, tramite un arricchimento dei compiti della confederazione alle funzioni del benessere dei cittadini, ma è stata finanche accelerata dall'avvento del mercato e della moneta unica, man mano che la giustizia del mercato, ed il razionalismo economico da questa imposto in capo ai singoli Paesi sovrani, hanno preso il sopravvento sulla giustizia sociale, fin lì assicurata dai sistemi di *welfare* nazionali edificati a partire dal dopoguerra.

In altri termini, non solo la strategia d'attacco di matrice federalistica, mirata a costituire un vero e proprio Governo democratico, munito di un adeguato bilancio redistributivo, non ha saputo finora trovare una effettiva realizzazione, ma neppure la strategia meramente difensiva, imperniata sulla edificazione di una governance sovranazionale in grado di sovrintendere al funzionamento del mercato unico, ha saputo rispondere alle effettive aspettative di benessere dei cittadini della UE¹⁰⁴, frustrate dalla presenza di vincoli crescenti al circuito della rappresentanza democratica nazionale, entro cui è rimasto confinato il conflitto redistributivo. Provando ad applicare, sulla scorta delle considerazioni prima svolte attorno alla crisi economica ed istituzionale dell'eurozona, il paradigma proposto da HIRSCHMANN, può senz'altro affermarsi che il processo di inaridimento della "voice", conseguente alla progressiva imposizione di vincoli esterni al circuito della rappresentanza democratica (entro cui sono risolti i conflitti redistributivi), ha propiziato un fenomeno di crescente polarizzazione politica all'interno dei differenti Paesi membri dell'eurozona, spostando consistenti porzioni dell'elettorato verso posizioni più estreme.

cati del lavoro v. M. PALLINI, *Concorrenza e regole sociali: un ruolo composito per il MAC*, cit., p. 307 ss.

(103) J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 106 ss.

(104) Per una compiuta descrizione di questa duplice strategia per una perorazione della opzione federalistica J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale*, cit., p. 113 ss.

Ed in effetti, non è difficile scorgere dietro l'inusitata crescita dei movimenti c.d. populisti il tentativo delle classi sociali più colpite dalla crisi di recuperare quella capacità di influenza sulla determinazione delle politiche economiche e sociali, andata via via persa nella dimensione sovranazionale.

La crisi economica ha, dunque, rivelato la presenza di un assetto istituzionale dell'Unione europea asimmetrico, in cui risultano indeboliti i circuiti *nazionali* della rappresentanza democratica, entro cui sono normalmente risolti i conflitti redistributivi, senza che se ne siano ricreati di nuovi nella dimensione sovra-nazionale.

In questo contesto, occorre dar conto anche degli exit individuali, cioè dei movimenti migratori innescati dalla crisi economica che hanno funzionato da valvola di sfogo della "voice" e, per questa via, anche da contrappeso alla polarizzazione politica dentro gli Stati membri più colpiti dalla crisi economica¹⁰⁵.

I dati statistici confermano questa lettura, rivelando che a partire dallo scoppio della crisi la direttrice migratoria Sud-Nord ha largamente sopravanzato quella, fino ad allora prevalente, imperniata sull'asse Est-Ovest, nel tempo divenuta declinante, specie se raffrontata all'altra¹⁰⁶. Se, dentro i confini dell'eurozona, i processi migratori descritti hanno agito da fattore di riequilibrio interno, altrove hanno, invece, contribuito ad esacerbare processi esattamente contrari, alimentando una differente "voice", volta a sollecitare la revisione delle regole sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della UE, non adeguatamente incanalata né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tradizionalmente assestata su posizioni integrazioniste, né a livello politico-giuridico, stante l'indisponibilità delle regole sulla circolazione in considerazione della loro funzionalità rispetto al mercato unico.

Proprio questa esigenza, non sufficientemente canalizzata dalla voice, ha dunque determinato, secondo una condivisibile lettura, la decisione di exit, non adeguatamente bilanciata da un sufficiente livello di loyal-

(105) Sul punto A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà, defezione e protesta*, cit., p. 132 ss.

(106) Si veda in proposito il *Migration Statistics Quarterly Report*, in <https://www.ons.gov.uk/peoplepopulationandcommunity/populationandmigration/internationalmigration/bulletins/migrationstatisticsquarterlyreport/previousReleases>, fig. n. 3, p. 8.

ty verso il progetto di integrazione europea, oramai anzi visto negativamente in ragione della cattiva prova offerta dall'unione monetaria¹⁰⁷.

5. Governo ombra e realtà distopica della Confederazione Hayekiana

L'individuazione di un modello munito di sufficiente capacità esplicativa in riferimento al fenomeno Brexit non esaurisce, tuttavia, l'oggetto della ricerca, rimanendo da esaminare i comportamenti assunti dagli altri Stati membri, oltre che dalla stessa Unione, allo scopo di fronteggiare le asimmetrie istituzionali e costituzionali emerse negli anni della crisi. È interessante notare come, a fronte di conseguenze disfunzionali ben maggiori, i membri dell'eurozona abbiano finora retto molto bene alle ondate populistiche, in parte perché avvinti da più profondi nessi di *loyalty* nei riguardi di una istituzione nella quale molto hanno investito, specie in termini politici¹⁰⁸, ed in parte per via del timore delle conseguenze finanziarie ed economiche derivanti dall'esercizio effettivo dell'opzione di *exit*.

Non è dubbio che la condotta dei Paesi lealisti si sia finora rivelata preziosa, se non fondamentale, per la sopravvivenza dell'organizzazione, in quanto capace di fornire ai *policy maker* il tempo necessario per porre rimedio ai difetti più evidenti della costruzione europea¹⁰⁹.

Sennonché, ogni tentativo di superamento della crisi sembra allo stato ostacolata dalla presenza di una costellazione di interessi nazionali tra loro conflittuali, la stessa del resto che ha reso storicamente irta di difficoltà la c.d. integrazione positiva, a partire da quella relativa alla c.d. dimensione sociale europea¹¹⁰.

In effetti, ogni proposta di elaborazione di strumenti di riequilibrio in-

(107) Sul punto P. SROVNALIKOVA, J. RAZINSKAITE, *The Eurozone crisis and the effect of Brexit*, in *Vadyba Journal of Management*, 1, 2017, p. 98 ss.; per una lettura giornalistica, orientata nel medesimo senso, J. WARNER, *The euro has destroyed the EU and led directly to Brexit*, in *The Telegraph*, 23 agosto 2016.

(108) Sul punto J.E. STIGLITZ, *The euro and its threat to the future of Europe*, cit.; in generale, sull'autoinganno del lealista che ha molto investito sull'organizzazione v. A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà, defezione, protesta*, cit., p. 79 ss.

(109) A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà, defezione, protesta*, cit., p. 79 ss.

(110) F.W. SCHARPE, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea*, cit., p. 81 ss.

terni all'eurozona si è inevitabilmente infranta contro il principio di responsabilità della comunità di stabilità o, se si vuole, della solidarietà condizionata, tesa ad impedire fenomeni di *moral hazard* da parte degli Stati debitori a carico della finanza pubblica dei Paesi c.d. creditori, sì da indirizzare la gran parte delle riforme unionali sul binario pro-ciclico del progressivo irrigidimento delle regole sul controllo delle finanze pubbliche nazionali¹¹¹.

Il percorso si è nitidamente manifestato a partire dall'aggiornamento, in chiave chiaramente restrittiva, del Patto di stabilità e di crescita, avvenuto con il c.d. Six Pack del 2011, seguito a breve distanza dal c.d. *Two Pack*, relativo alla valutazione dei documenti programmatici di bilancio nazionali.

Nella nuova versione del Patto, sono stati eliminati gli elementi di flessibilità introdotti nel 2005, ribaltandone la logica: la crisi non giustifica più l'allontanamento dalla direzione di risanamento, ma al contrario impone finanze sane per consentire di ritrovare la strada della crescita¹¹².

In funzione di un maggior coordinamento delle politiche economiche si è inteso assicurare alle istituzioni un controllo *ex ante*, secondo la procedura del “*Semestre europeo*”, seguita dal “*Semestre nazionale*”, nel quale gli Stati membri tengono conto delle raccomandazioni formulate dalle istituzioni europee al momento di elaborare i bilanci nazionali per l'esercizio successivo.

In realtà, il *Two Pack* del 2013 è intervenuto anche nel “*Semestre nazionale*”, prevedendo un esame preventivo della Commissione europea sui progetti di bilancio nazionali, con possibilità della stessa di chiedere una loro revisione.

In sintesi, la riforma del 2011 ha rafforzato i presupposti per l'attivazione della procedura per disavanzo eccessivo, ha ridotto i tempi di svolgimento della stessa ed ha rafforzato le sanzioni, rese semi-automatiche, attraverso l'introduzione della votazione “a maggioranza rovesciata”: le

(111) Sulla definizione di *moral hazard* come condotta di chi agisce con minori cautele, sicuro di risultare manlevato dalle conseguenze negative derivanti delle proprie imprudenti azioni G. DI GASPARÈ, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, Cedam, 2011, p. 197.

(112) R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, p. 669.

sanzioni sono stabilite dalla Commissione ed il Consiglio può soltanto bloccarle votando a maggioranza qualificata¹¹³.

Un ulteriore inasprimento del controllo sulle politiche economiche è stato successivamente realizzato tramite il c.d. *Fiscal Compact*, sottoscritto il 2 marzo 2012.

Il Trattato non ha superato, ma irrigidito le regole già contenute nel *Six Pack*, per quanto riguarda gli obiettivi di contenimento del *deficit* e di riduzione progressiva del debito pubblico¹¹⁴, obbligando tra l'altro gli Stati membri ad introdurre l'obiettivo del pareggio di bilancio, anche con disposizioni munite di rilevanza costituzionale.

La mancata osservanza dei limiti finanziari giustifica l'attivazione automatica di un meccanismo di correzione che include l'obbligo della parte interessata di adottare le misure necessarie per correggere le deviazioni.

In particolare, lo Stato soggetto ad una procedura per eccessivo disavanzo deve predisporre e attuare un programma di partenariato che individui le riforme strutturali da attuare per una correzione effettiva e duratura del disavanzo eccessivo.

Appare chiaro che dietro l'irrigidimento dei parametri finanziari si cela la necessità di approfondire le garanzie di solidità delle finanze nazionali, assicurando, in via preventiva, la garanzia del *no bail out*, al costo di approfondire la crisi dei Paesi più fragili, mercé l'imposizione di politiche pro-cicliche.

Calate nel contesto della crisi europea, le modifiche alle regole sul controllo delle finanze pubbliche nazionali hanno, infatti, comportato questo risultato: che i Paesi con un andamento della crescita economica più lenta – e cioè proprio quelli indeboliti dalla competizione nel mercato unico – sono anche quelli costretti a realizzare i maggiori sforzi di risanamento finanziario.

Il rallentamento dell'economia è, infatti, destinato a riflettersi, rendendole

(113) F. DONATI, *Crisi dell'euro, governance economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2, 2013, p. 337.

(114) Sul punto M. MINENNA, *La moneta incompiuta. Il futuro dell'euro e le soluzioni per l'eurozona*, Ediesse, 2016, p. 363 ss., secondo cui il *Fiscal Compact* serve a porre un vincolo più autorevole rispetto al Patto di stabilità e crescita, stabilendo che le deviazioni temporanee dall'obiettivo di medio termine non possano in ogni caso risultare compatibili con *deficit* strutturali eccessivi, sopra lo 0,5% del Pil. (o sopra l'1% per i Paesi con indebitamento inferiore al 60%).

meno rosee nel lungo periodo, sulle stesse prospettive di sostenibilità del debito pubblico, ciò che incide sulla misura dello sforzo di risanamento finanziario imposto al Paese dalle regole comunitarie¹¹⁵.

Si è in tal modo approfondito e non lenito il carattere tendenzialmente pro-ciclico dei Trattati, la cui filosofia di fondo pare cospirare strutturalmente verso la riduzione della spesa pubblica e la liberalizzazione strisciante delle economie dei singoli Paesi membri, in una spirale senza limite, nella quale il Paese più in difficoltà, siccome uscito sconfitto dalla competizione nell'area dell'euro, viene costretto, per effetto dei vincoli di bilancio, a realizzare riforme strutturali di liberalizzazione dei mercati, onde rilanciare la crescita economica, e a tagliare nel contempo la spesa pubblica, per continuare a rispettare i parametri di risanamento finanziario, intanto divenuti più stringenti per effetto del rallentamento della crescita economica¹¹⁶.

Si può, dunque, ben dire che il primo tipo di risposta – confezionato non a caso proprio nell'ambito della componente intergovernativa dell'Unione guidata dalla Germania¹¹⁷ (emersa nella crisi come vero motore propulsivo dell'Unione e dell'eurozona)¹¹⁸ – supponesse una narrazione della crisi (quella della crisi da debito pubblico) del tutto inadeguata.

Non sorprende, pertanto, che gli eventi successivi abbiano messo a nudo tutti i limiti degli interventi di stabilizzazione dell'eurozona ancorati sul mero irrigidimento delle regole di controllo delle finanze pubbliche¹¹⁹.

(115) M. MINENNA, *La moneta incompiuta*, cit., p. 363 ss.

(116) Sul carattere antikeynesiano dei parametri finanziari europei condivisibilmente A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e l'illusione europea della forza ammodernata*, in *AIC*, 3, 2016; *Id.*, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, cit., p. 167 ss.

(117) M. MATTHIJS, *Powerful rules governing the euro: the perverse logic of German ideas*, in *Journal of European Public Policy*, 2016, 23:3, pp. 375-391.

(118) Sulla costituzionalizzazione del versante intergovernativo v. S. FABBRINI, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2016, p. 651 ss.; sullo slittamento degli equilibri a favore del Consiglio europeo e del Consiglio Ecofin (e dell'eurogruppo) v. S. FABBRINI, *Which European Union? Europe after the euro crisis*, Cambridge University Press, 2015, p. 49 ss. e C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi tra Stati e Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, p. 639.

(119) A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, cit., p. 167 ss.; S. FABBRINI, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, cit., p. 167 ss.

Una seconda linea di intervento si è fatta, tuttavia, progressivamente strada in seno alle strategie europee di fuoriuscita dalla crisi.

Si tratta dell'istituzione di meccanismi di salvataggio o di intervento emergenziale.

Sarebbe, tuttavia, assai affrettato individuare nei diversi Fondi di salvataggio o di garanzia eretti nello spazio giuridico europeo un sintomo della tendenza verso l'affermazione di un principio di solidarietà sovranazionale e di concomitante superamento dei cordoni sanitari eretti tra le finanze pubbliche degli Stati membri dagli artt. 123-125 ss. del TFUE. Una disamina più approfondita degli strumenti all'esame rivela semmai esattamente il contrario.

Così è a dirsi a proposito del Fondo salva-Stati (il c.d. MES, ovvero il Meccanismo europeo di stabilità), istituito sulla scorta di un apposito accordo internazionale, in funzione del finanziamento delle operazioni di salvataggio degli Stati.

Ogni intervento finanziario, lungi dall'essere realizzato a fondo perduto, appare piuttosto sorretto dal principio di stretta condizionalità, essendo subordinato alla firma di appositi *Memorandum of Understanding*, con cui si richiede al Paese assistito di impegnarsi a realizzare le riforme strutturali necessarie a rendere maggiormente competitiva la propria economia e a ridurre, nel contempo, l'intervento pubblico nell'economia, tramite draconiani tagli alla spesa pubblica¹²⁰.

Un aiuto senza condizionalità da rispettare neppure sarebbe ammissibile, dal momento che solo la previsione, e la successiva attuazione, di una serie di misure di aggiustamento macroeconomico può realmente offrire garanzie effettive di recupero del finanziamento concesso, così da consentire il rispetto del divieto di drenaggio di risorse fiscali sancito dalla clausola del *no bail out* contenuta agli artt. 123-125 del TFUE. È, dunque, recisamente da scartare l'idea che simili accordi possano costituire un'originale rappresentazione del principio di solidarietà¹²¹.

Non diversamente è a dirsi con riferimento alla costituzione dell'Unione bancaria.

(120) F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, cit., p. 49 ss.

(121) Condivisibile sul punto F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato*, cit., p. 49 ss.

L'obiettivo preso di mira dalle istituzioni comunitarie era di assicurare una cesura netta tra la tenuta delle banche ed i debiti pubblici statali, onde impedire che eventuali problemi di solvibilità dello Stato potessero mettere a rischio la tenuta del sistema bancario nazionale¹²².

A ben vedere, anche per l'unione bancaria, come per i meccanismi di salvataggio, la solidarietà sovranazionale appare più declamata che concretamente praticata, dal momento che il garante ultimo sia degli interventi di salvataggio che dei depositi bancari continua a rimanere il singolo Stato membro: le dimensioni del bilancio dell'Unione appaiono, infatti, ancora una volta troppo limitate per coprire le garanzie richieste dall'unione bancaria¹²³.

Ad ostacolare l'individuazione di efficaci soluzioni alla crisi sono, ancora una volta, i Paesi creditori, mossi dal pervicace convincimento di dover pagare il conto economico di crisi finanziarie a loro giudizio generate da altri¹²⁴.

Del resto anche gli altri tentativi di introdurre strumenti di riequilibrio o di redistribuzione a livello europeo – alcuni dei quali, come il sussidio di disoccupazione europeo, neppure giudicati incompatibili con la clausola del *no bail out*¹²⁵ – si sono reiteratamente infranti contro i medesimi scogli, trovando nel tempo la ferma opposizione degli Stati che ne avrebbero dovuto sopportare i maggiori oneri economici (o i maggiori rischi).

Ostilità questa che cela, a ben vedere, una più profonda avversione verso la trasformazione dell'Unione europea da comunità di stabilità in una unione fondata su forme di autentica solidarietà¹²⁶.

(122) A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, cit., p. 167; M. SARCINELLI, *L'Unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, in *Moneta e Credito*, n. 261, 2013, pp. 7-43.

(123) A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e l'illusione europea della forza ammodernata*, 2016, 3; Sul punto M. SARCINELLI, *L'Unione bancaria europea e la stabilizzazione dell'Eurozona*, cit.

(124) V. CASTRONOVO, *La sindrome tedesca. Europa 1989-2014*, Laterza, 2014, p. 102 ss.

(125) Sul tema v. A. BRANDOLINI, F. CARTA, F. D'AMURI, *A feasible unemployment-based shock absorber for the euro area*, http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/2014-0254/QEF_254.pdf?language_id=1.

(126) A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, cit., p. 167 ss.

Più esattamente il timore è che un'unione di tal fatta ridondi in unione tra Paesi *permanentemente* finanziatori e Paesi *permanentemente* perceptor: non a caso, proprio l'unificazione italiana viene sovente additata dagli studiosi tedeschi come esempio di unificazione politica assolutamente da scongiurare¹²⁷.

In realtà, la creazione di reali meccanismi di solidarietà sovranazionale non pare neppure realisticamente pensabile senza una formale revisione dei Trattati e, in alcuni casi, senza una profonda riscrittura delle leggi fondamentali dei Paesi membri, nell'ambito di un nuovo progetto costituente europeo.

Questo spiega perché la risoluzione della crisi sia stata di volta in volta affidata alla creazione di continui cordoni sanitari volti ad impedire che i diversi focolai accesi in giro per l'Europa potessero, in qualche modo, scaricarsi sulla finanza pubblica tedesca (e dei Paesi creditori in genere), in coerenza con l'insegnamento della Corte di Karlsruhe (Lissabon-Urteil)¹²⁸, a stregua della quale gli accordi europei rimangono, comunque, assoggettati al controllo della Corte medesima, onde verificare la loro compatibilità col rispetto del principio democratico e dei diritti fondamentali economici dei cittadini tedeschi, a partire da quello relativo alla tutela del risparmio¹²⁹.

L'idea che assiste queste conclusioni è che l'Unione sarebbe soltanto «una associazione a lungo termine di Stati nazionali sovrani (*Verbund*) distinta dalle unioni di Stati (*Verband*), che non comporta la sottoposizione degli Stati a poteri esterni».

Si tratta di una prospettiva che vede nel Trattato di Lisbona la frontiera estrema che l'Unione europea non può valicare, senza compromettere l'identità costituzionale, sulla quale si assesta, per l'appunto, l'Identitätskontrolle esercitato dalla Corte di Karlsruhe¹³⁰.

(127) W. STRECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, cit., pp. 165-169.

(128) Sent. 2 BvE 2/2008 del 30 giugno 2009; vedila in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_sentenza.pdf.

(129) G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Padova, Cedam, 2011, p. 391.

(130) M. CLAES, J.H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of*

Una frontiera che, giusta la clausola di eternità prevista dall'art. 79.3 GG, impedisce l'allocazione della *Kompetenz-Kompetenz* in capo ad un organismo sovranazionale, a meno che non intervenga una libera autodecisione democratica, introduttiva di un nuovo ordinamento giuridico¹³¹.

I controlimiti alla capacità espansiva delle competenze dell'Unione saldamente eretti dalla giurisprudenza della Corte federale tedesca sono, dunque, tali da precludere anche l'ampliamento del bilancio europeo nella misura richiesta per l'attuazione delle necessarie politiche (sociali ed economiche) di riequilibrio all'interno dell'eurozona, a partire da quelle relative all'edificazione dell'auspicato pilastro sociale europeo.

Questi contro-limiti all'espansione delle competenze dell'Unione sono stati, peraltro, anche di recente ribaditi nella pronuncia sulla legittimità del programma OMT, intrapreso dalla BCE per sedare la febbre da spread¹³²: la Corte costituzionale federale tedesca ha bensì concluso per la legittimità di questo intervento, ma solo in ragione della sua riconducibilità al novero delle misure di politica monetaria, ponendo comunque un problema di condizionalità da rispettare affinché il carattere monetario dell'intervento della BCE non ridondi in una violazione dei controlimiti costituzionali interni¹³³.

Per quanto criticabili, là dove sembrano individuare limiti invalicabili al processo di integrazione europea, i principi espressi dalla Corte di

European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case, in *German Law Journal*, Vol. 16, No. 4, p. 917 ss.; S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1003; D. GROS, <http://it.euronews.com/2017/02/23/daniel-gros-improbabile-che-un-paese-esca-dall-euro-l-economia-sta-migliorando>, 23 febbraio 2017.

(131) Come rammenta C. CARUSO, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 2015. Sul punto molto esplicita la sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, secondo Senato, del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona secondo cui «solo i popoli degli Stati membri possono disporre del proprio potere costituente e della sovranità dello Stato. Senza una volontà esplicitamente dichiarata dei popoli, gli organi eletti non sono autorizzati a creare, nei rispettivi spazi delle Costituzioni nazionali, un nuovo soggetto di legittimazione, né a delegittimare quelli esistenti».

(132) 45 BVerfG 2 BvR 2728/13 del 21 giugno 2016.

(133) A. DE PETRIS, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in *federalismi.it*, 2016.

Karlsruhe, e qui sommariamente riportati, non possono che essere condivisi¹³⁴.

Come è stato ben affermato, solo un riformismo coraggioso, che riesca dove è fallito il progetto di Costituzione europea, può consentire di approdare, *secondo metodi democratici*, verso la costruzione degli strumenti redistributivi necessari per la sopravvivenza dell'Unione europea, intesa come comunità politica astretta da vincoli di solidarietà sovranazionali¹³⁵.

In assenza di che – si può aggiungere – non possono che rimanere ben saldamente in piedi tutte le limitazioni previste dal Trattato di Lisbona, assai chiare nel delineare i confini di azione dell'Unione come organizzazione preordinata alla tutela del corretto funzionamento del mercato comune.

Si conferma, per questa, via la presenza di una costellazione di interessi a tal punto conflittuali da rendere difficoltosa l'edificazione di seri meccanismi di riequilibrio, utili per disinnescare il federalismo competitivo in atto e da sanare, per questa via, gli squilibri emersi all'interno dell'eurozona.

È, dunque, vero che l'Unione s'è avviata ad assumere le sembianze di una confederazione minima o neo-liberale, funzionante su basi liberiste, unica forma possibile in una federazione di Stati fortemente eterogenei, come von Hayek aveva previsto già alla fine degli anni Trenta del secolo scorso¹³⁶.

Mentre, infatti, la creazione di un mercato unico ha di fatto compresso i poteri dei singoli Stati nella individuazione delle politiche economiche e sociali (il c.d. effetto demolitorio generato dall'integrazione negativa)¹³⁷, la costellazione conflittuale degli interessi ha finora impe-

(134) Di critiche esagerate parla condivisibilmente E. DENNINGER, *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1, 2016, p. 261.

(135) C. CARUSO, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, cit., 2015.

(136) F. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati*, cit., p. 59 ss.

(137) F.W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica delle politiche dell'Unione Europea*, cit., p. 74 ss.

dito di ricreare analoghi poteri ad un livello confederale, sì da risulturne indebolita la voce all'interno dei diversi Paesi membri, specie di quelli maggiormente colpiti dalla crisi.

Se, dunque, l'integrazione positiva, da edificare nel segno della solidarietà transnazionale, ha segnato il passo, in ragione delle difficoltà economiche, politiche e costituzionali prima segnalate, si sono rivelati assai deboli anche gli istituti forgiati per frenare le pulsioni competitive all'interno dell'unione monetaria: è chiaro il riferimento al meccanismo di vigilanza degli squilibri macroeconomici istituito nel 2011 nell'ambito del *Six Pack* ed affidato alle valutazioni tecniche compiute della Commissione europea.

In realtà, il sistema di vigilanza si è finora rivelato ben poco adatto ad impedire l'aggravamento degli squilibri all'interno dell'eurozona, come gli studi più recenti del FMI dimostrano¹³⁸, pur contemplando un rilevante rafforzamento del ruolo della Commissione europea, chiamata sempre più ad assolvere a funzioni di pastoralato nei confronti dei singoli Stati membri¹³⁹, se non forse di vero e proprio governo politico¹⁴⁰. Appare, infatti, indubbiamente politica l'agenda perseguita dalla Commissione, ove si consideri che l'obiettivo preso di mira – reso palese dalle concessioni di margini di flessibilità di bilancio a fronte di riforme strutturali – appare quello di realizzare su scala europea un'ampia flessibilità dei diversi fattori di produzione, a partire dal lavoro¹⁴¹, condizione questa ritenuta all'evidenza indispensabile per assorbire, in una confederazione che ancora non prevede un serio bilancio redistributivo, gli inevitabili *shock* asimmetrici propri di un'area monetaria non ottimale¹⁴².

(138) Solo che venga esaminato l'andamento del *Real Effective Exchange Rate* (REER), tavola 2, p. 48 dell'*Imf policy paper 2017 external sector report*, in confronto con l'analogo paper dell'anno 2016, p. 35.

(139) L. DE LUCIA, 'Pastoralato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2015, p. 867 ss.

(140) J. HABERMAS, *Nella spirale tecnocratica. Un'arringa per la solidarietà europea*, Laterza, 2014, p. 113; C. CARUSO, *Vincoli di bilancio e dinamica federale europea: itinerari di una comparazione*, cit.

(141) M. PALLINI, *Concorrenza e regole sociali: un ruolo composito per il MAC*, cit., p. 307 ss.

(142) F.W. SCHARPF, *L'Europa. La democrazia sospesa*, cit., p. 20 ss.

Sennonché, appare chiaro che il tentativo di ricondurre all'area del sapere tecnico, e perciò all'apparenza anche neutrale, funzioni munite di un ineliminabile contenuto politico costituisce soluzione che di certo non risolve, ma semmai acuisce quel *deficit di voce* emerso con prepotenza in tempi di crisi come il vero limite dell'attuale assetto istituzionale europeo.

A ben vedere, tutto ciò riflette la difficoltà di assicurare una efficace chiusura politica dei sistemi sovranazionali, in guisa cioè da assicurare la democraticità delle istituzioni e l'attuazione di politiche di redistribuzione¹⁴³, insufficienti essendo meccanismi di democrazia deliberativa, utilmente impiegabili solo in presenza di organizzazioni pubbliche minimali, che non perseguono funzioni di benessere dei cittadini¹⁴⁴.

(143) Su queste difficoltà P. FLORA, Introduzione e interpretazione a S. ROKKAN, *Stato, nazione e democrazia in Europa*, cit., p. 124.

(144) Come vorrebbe invece S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1003.

TABLE OF CONTENTS AND ABSTRACT

Brexit: the End of Europe or the End of the United Kingdom? (p. 5)
Stefano Civitarese Matteucci

Essays and Articles

Was It an Act of Self-Dissolution? Brexit and the Future of the United Kingdom (p. 21)

Justin Orlando Frosini

The Author begins by underlining the incredible impact the Brexit referendum of last June has had on the constitutional and political system of the United Kingdom and then goes on to address the specific issue of the future of Britain itself after leaving the European Union. In particular, the Author argues that Scotland, which voted overwhelmingly to stay in the EU, now finds itself in a “no win situation” because holding another referendum on independence appears to be unviable especially for economic reasons and would not necessarily be followed by a fast-track procedure to allow it to rejoin the EU. Moreover in the snap election of June 2017 the Scottish National Party lost 22 seats. The Author goes on to discuss the situation in Northern Ireland which, in his opinion, is even more precarious both economically and politically, given that it would be the only part of the UK where there would be a “hard border”. Then, in analyzing the results of the early elections to the Northern Ireland Assembly, he points how the pro-remain parties gained consensus while Arlene Foster’s DUP appeared to have paid a high price for its inexplicable support for Brexit, but now finds itself in the role of “kingmaker” after Theresa May lost her majority in the House of Commons following the snap election in June 2017. Given the decisive role of the DUP and the twelve seats conquered by the Scottish Conservatives the Author argues that at least in the short term this might safeguard the Union from self-dissolution. That said, a constitutional clash is on the horizon between the central government and the devolved nations with regard to the Great Repeal Act.

Brexit and the UK: Charting the Constitutional and Legal Obstacles (p. 41)

Peter Leyland

This article, which was completed in the wake of the referendum held in June 2016, focuses on some of the constitutional and legal implications of Brexit. The first section deals with the constitutional significance of the immediate political fallout of the referendum and the impact of the 2017 General Election. The second section analyses the constitutional questions raised by the Miller case following the referendum, including the relationship between Parliament and the executive and the constitutional independence of the courts. The third section assesses the impact of Brexit on the continued territorial integrity of the United Kingdom with particular attention to Scotland and Ireland (North and South). The final section adopts the paradigm of the Multi-Layered Constitution to demonstrate the complexity of the legislative task of disengagement from the European Union. The article was finally revised in June 2017 with many aspects remaining unresolved as Brexit negotiations were gathering pace.

UK Referendum on Brexit: Free Movement of EU Citizens in the Internal Market and the Issue of Social Rights' Cost (p. 69)

Francesco Bilancia

In the wake of the controversial political arguments developed during the Brexit campaign in the UK, the essay deals with the issue of guaranteeing social rights for EU citizens living in a different country than their own, in light of EU and member State legislation and ECJ case law. It seems quite evident that social protection standards connected with the free movement of workers in Europe are getting worse, within a context featuring protectionism as a new global policy, especially after Trump's election in the United States. The problematic framework emerging from this analysis turns on the strong legitimacy crisis of the EU integration process, accelerated by the robust criticism leveled against EU citizens' free movement rights, one of the chief political pillars on which European citizenship is founded.

Brexit: the ‘Long Good-Bye’, between European Union Law and International Law (p. 89)

Pietro Manzini

On 29th March 2017, the United Kingdom’s notification to the European Council of its intention to leave the European Union brought to an end the purely national phase of Article 50 of the EU Treaty. Following the notification, a second phase of the withdrawal procedure has been initiated, which, unlike the first phase, is entirely governed by European Union law. Despite the detailed provisions of Article 50, even the European phase, as the national one, features many legal issues that are not easy to resolve. Some of these issues are explored in this article. In particular, three topics are discussed: a) steps and rules governing the withdrawal procedure; b) the role of the Court of Justice in the withdrawal procedure; c) the admissibility of revoking the withdrawal.

(Br)Exit and voice in the European Union’s Existential Crisis (p. 105)

Edoardo Nicola Fragale

The article deals with the link between Brexit and the Eurozone crisis by using an approach inspired by the exit-voice-loyalty paradigm. Institutional asymmetries within the Eurozone not only have triggered competitive federalism mechanisms among the Union’s member states, thus facilitating imbalances among competitiveness levels, but also have contributed to the creation of formidable external constraints on individual governments. The institutional asymmetries of the Eurozone arise from the contrast between the single market, having a continental dimension, and political representation circuits, confined, even after the creation of the single currency, within well-defined national borders. In this context, the essay also addresses individual exit strategies. Migratory flows within the EU functioned as an outlet for voice within member countries most affected by the economic crisis, but also as a detonator of the British exit, intensifying protest against the rules on free movement of citizens within the EU.

Francesco Bilancia

Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Chieti-Pescara

Stefano Civitarese Matteucci

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università degli studi di Chieti-Pescara

Edoardo Nicola Fragale

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Università degli studi di Chieti-Pescara

Justin Orlando Frosini

Assistant Professor of Constitutional Law, Università Bocconi, Milano, e *Adjunct Professor of Constitutional Law*, Johns Hopkins University's SAIS Europe, Bologna

Peter Leyland

Professor of Public Law, School of Oriental and African Studies, University of London

Pietro Manzini

Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna

Criteria editoriali

Istituzioni del Federalismo pubblica contributi scientifici sulle autonomie territoriali, espressione di diverse aree disciplinari, con una naturale preferenza per l'ambito giuridico e politico. IdF accetta solo contributi originali inediti. In base a specifici accordi con l'Autore e in casi particolari potranno essere pubblicati anche lavori già editi o in corso di pubblicazione in altra sede, fatto salvo apposito richiamo in nota da parte dell'Autore. Si accettano contributi redatti su file di testo in italiano, inglese, spagnolo, francese, che verranno pubblicati in lingua originale. Una volta accettato, il lavoro è coperto dal *copyright* della Rivista e non può essere riprodotto senza autorizzazione.

Criteri di revisione. Tutti i contributi da pubblicare sono sottoposti ad una doppia revisione effettuata direttamente dai componenti del Comitato Scientifico oppure affidata a esperti esterni individuati dallo stesso Comitato Scientifico, che resta comunque l'organo competente a decidere in via definitiva sulla pubblicazione o meno di un articolo. La revisione è effettuata attraverso il metodo del referaggio anonimo a "doppio cieco" (che esclude la conoscenza reciproca tra Autore e *referees*) al termine del quale viene comunicato all'Autore l'esito della valutazione. Per i contributi redatti da Autori individuati dal Comitato scientifico almeno uno dei due referaggi sarà comunque anonimo. I principali criteri per la selezione dei contributi sono: rigore e coerenza metodologica; struttura e impianto dell'articolo; originalità e no-

vità dell'apporto scientifico; fondatezza delle argomentazioni a sostegno della tesi; correttezza/completezza delle fonti e della bibliografia.

La Rivista si divide in varie Sezioni, articolate in Saggi e articoli, Note e commenti, Osservatorio regionale, Letture e segnalazioni.

Saggi e articoli. La parte prevalente della Rivista è dedicata alla pubblicazione di saggi e articoli che pervengono spontaneamente alla Rivista oppure vengono commissionati *ad hoc* ad Autori individuati dal Comitato scientifico. Questi contributi hanno una dimensione orientativa compresa tra le 20.000 e le 70.000 battute, note a piè di pagina e spazi inclusi, e devono essere corredati da un *abstract*.

Note e commenti. In questa sezione vengono pubblicati contributi più brevi, commenti a fonti normative, note a sentenza. Ai fini della pubblicazione i contributi, di dimensione di norma non eccedente le 40.000 battute, vengono valutati secondo un criterio di attualità del tema trattato e di attinenza agli argomenti di interesse della Rivista.

Osservatorio regionale. La sezione è dedicata a rassegne di giurisprudenza, legislazione regionale, analisi di buone prassi territoriali, notizie provenienti dalla Unione europea e altre notizie tratte dai materiali pubblicati on-line sul sito della Regione Emilia-Romagna e sul sito della Rivista.

Letture e segnalazioni. In questa sezione si pubblicano recensioni a lavori monografici e segnalazioni bibliografiche.

