



I prerogative powers al vaglio della Corte suprema nel caso *Elgizouli*: le prospettive evolutive del *common law* e le nuove frontiere del *judicial review*

di Pamela Martino *

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il principio di legalità alla prova del *common law*: un'occasione persa? – 3. L'elasticità degli ambiti del *judicial review*: i limiti ai *prerogative powers* e la controversa transizione dal sindacato sulla legittimità al sindacato nel merito. – 4. Un epilogo sospeso: la discrasia tra maturazione della *Constitution* e assetto delle relazioni internazionali.

1. Il caso

La sentenza relativa al caso *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department* [2020] UKSC 10 è la prima occasione in cui la Corte suprema si è pronunciata in ordine all'applicazione della terza parte del *Data Protection Act 2018* dedicata al *law enforcement processing*.

* Professoressa associata di Diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Bari «Aldo Moro». Contributo sottoposto doppio referaggio cieco (*double blind peer review*); contributo ricevuto nella versione definitiva l'11 marzo 2021.



L'occasione è ghiotta per riprendere le fila dei limiti previsti dal *common law* all'esercizio dei poteri di prerogativa passando per la garanzia del diritto alla vita.

Shafee Elsheikh e Alexandra Kotey erano sospettati di integrare un gruppo terroristico denominato "The Beatles", responsabile dell'omicidio di 27 cittadini britannici e statunitensi in Siria la cui decapitazione era stata registrata e poi diffusa in rete. Nel giugno 2015 le autorità statunitensi avevano richiesto a quelle britanniche *mutual legal assistance* in ordine alle indagini che stavano svolgendo sulle attività del gruppo. Facendo seguito alla richiesta, l'*Home Secretary*, Sajid Javid, aveva richiesto rassicurazioni alle autorità statunitensi che le informazioni fornite dal Regno Unito non sarebbero state utilizzate per perseguire penalmente i due sospetti terroristi dando avvio a procedimenti che avrebbero potuto concludersi con la loro condanna a morte; malgrado la richiesta fosse rimasta disattesa, nel giugno 2018 l'*Home Secretary* forniva agli Stati Uniti le informazioni richieste. Frattanto, nel gennaio 2018 i due presunti terroristi, cui era stata revocata la cittadinanza britannica a norma della sez. 40(5) del *British Nationality Act 1981*, erano stati catturati dai combattenti curdi siriani e, in corso di discussione del caso dinanzi alla Corte suprema, si trovavano sotto la custodia delle autorità statunitensi.

Il caso giudiziario, dunque, muove dall'impugnazione da parte della madre di Shafee Elsheikh, Maha Elgizouli, dinanzi alla *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Divisional Court)*, della decisione dell'*Home Secretary* di offrire mutua assistenza agli Stati Uniti mediante la trasmissione loro, sulla base dell'*UK-US Mutual Legal Assistance Treaty 1994*, di numerose prove raccolte dalla *Metropolitan Police* e acquisite dalle autorità britanniche, al fine di assicurare alla giustizia il sospetto terrorista



senza ricevere prelievi assicurazioni che lo stesso non sarebbe stato condannato a morte ovvero che la pena di morte non sarebbe stata eseguita. Oggetto di contestazione era, dunque, la decisione ministeriale adottata senza la previa garanzia in ordine alla mancata inflizione della pena capitale: obiettivo di Maha Elgizouli, difatti, non era tanto quello di evitare che suo figlio fosse perseguito penalmente, quanto di scongiurare la sua condanna a morte sostenendo che trattasi di una pena crudele e disumana, che è illegittimo pertanto favorirne l'inflizione e l'esecuzione, infine che la *mutual legal assistance* consistente nella trasmissione di dati personali passibili di determinare la pena capitale contrasta con il disposto legislativo del 2018.

La Corte rigettava il ricorso¹ ma concedeva la *permission to apply for judicial review* consentendo alla Sig.ra Elgizouli di adire la Corte suprema (Plachta 2019), chiamata dunque a pronunciarsi su due questioni giuridiche di particolare rilevanza: se, in base al *common law*, fosse legittimo l'esercizio del potere ministeriale di trasmettere ad autorità straniere dati personali suscettibili di essere utilizzati come prove a carico in procedimenti penali passibili di concludersi eventualmente con la condanna a morte degli imputati; inoltre, se fosse legittimo il predetto trasferimento di dati personali a norma della Parte 3 della legge del 2018, interpretata alla luce dei principi di diritto comunitario sulla protezione dei dati personali.

La maggioranza del collegio giudicante ha respinto il ricorso nella parte in cui rinviene nell'incompatibilità con il *common law* la illegittimità della decisione ministeriale, mentre all'unanimità il collegio ha dichiarato

¹ R (*El Gizouli*) v *Secretary of State for the Home Department* [2019] EWHC 60 (Admin).



che tale illegittimità riposa nella incompatibilità di tale decisione con la Parte 3, ch. 5, della legge del 2018.

La Corte suprema, infatti, ha respinto le argomentazioni ministeriali in base alle quali le determinazioni assunte erano compatibili con il disposto legislativo del 2018, rimarcando - al paragrafo 6 della pronuncia scritto con la penna del giudice Hale la cui *opinion* funge da ausilio nella lettura della pronuncia - che a norma dell'*Act 2018* «the processing of such data by the Secretary of State as data controller required a conscious, contemporaneous consideration of whether the criteria for such processing were met. “Substantial compliance” with those criteria, as found by the Divisional Court, is not enough».

Il *Data Protection Act 2018* - che dà esecuzione alla *EU Law Enforcement Directive (Directive (EU) 2016/680)* relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati - alla sez. 73 subordina il trasferimento di dati personali a Paesi terzi a tre condizioni: che «the transfer is necessary for any of the law enforcement purposes» (sez. 73(2)); che «the transfer (a) is based on an adequacy decision (see section 74), (b) if not based on an adequacy decision, is based on there being appropriate safeguards (see section 75)», infine che «(c) if not based on an adequacy decision or on there being appropriate safeguards, is based on special circumstances (see section 76)» (sez. 73 (3)). Ne consegue che, come evidenziato dal giudice Hale, a norma della sez. 76(1), in assenza di una *adequacy decision* ovvero di *appropriate safeguards*, il trasferimento di dati personali ad un Paese terzo ovvero a



organizzazioni internazionali deve basarsi su speciali circostanze e dunque porsi in essere quando risulti necessario «(a) to protect the vital interests of the data subject or another person, (b) to safeguard the legitimate interests of the data subject, (c) for the prevention of an immediate and serious threat to the public security of a member State or a third country, (d) in individual cases for any of the law enforcement purposes, or (e) in individual cases for a legal purpose». Attesa la particolare rilevanza delle speciali circostanze di cui a (d) e (e) nel caso di specie, e considerato che nessuna delle condizioni previste dalla legge è stata osservata, la decisione ministeriale è da ritenersi illegittima; peraltro, a norma della sez. 76(2) «subsection (1)(d) and (e) do not apply if the controller determines that fundamental rights and freedoms of the data subject override the public interest in the transfer», e dunque il decisore politico era chiamato altresì a valutare se la garanzia dei diritti fondamentali prevalesse sul pubblico interesse al trasferimento dei dati (par. 12).

Lord Carnwath ha sottolineato opportunamente al paragrafo 219 della pronuncia che il proposito della sez. 73 è quello di definire una procedura decisionale ben articolata, funzionale ad una decisione meditata. È proprio la mancata osservanza ministeriale di tale *iter* procedurale nonché l'assenza di qualsiasi valutazione in ordine alla necessità di tale trasferimento dati sulla base dei criteri fissati dalla legge del 2018, a rendere la decisione ministeriale illegittima (parr. 226 e 227): secondo il giudice, infatti, «the decision was based on political expediency, rather than consideration of strict necessity under the statutory criteria» (par. 227). Se le prime due condizioni non erano state soddisfatte in quanto non era stata



resa alcuna decisione di adeguatezza né erano state poste in essere le opportune salvaguardie, allo stesso modo non sussistevano speciali circostanze che rendessero il trasferimento necessario.

Diversamente dalla maggioranza del collegio giudicante, Lord Kerr nella sua *opinion* ha dichiarato che la decisione ministeriale era da considerarsi illegittima assumendo come parametro non solo il disposto legislativo del 2018, bensì anche il *common law* in quanto la mutua assistenza finalizza il trasferimento dati al loro utilizzo in un processo muovendo dal presupposto che siano osservati i principi del giusto processo; ove il trasferimento dati sia adoperato in un procedimento penale senza rassicurazioni in ordine alla mancata comminazione della pena capitale, esso contrasta con il diritto interno e non soddisfa le due condizioni di cui alla sez. 35 del *Data Protection Act 2018* a norma della quale «[t]he first data protection principle is that the processing of personal data for any of the law enforcement purposes must be lawful and fair».

2. Il principio di legalità alla prova del *common law*: un'occasione persa?

La maggioranza della Corte ha escluso, dunque, che i profili di illegittimità della decisione ministeriale fossero riconducibili alla violazione di un divieto, contemplato dal *common law*, di favorire l'inflizione della pena capitale (Fairclough 2020). È da qui che occorre muovere per comprendere appieno il significato della pronuncia che sacrifica l'occasione di offrire



una interpretazione evolutiva del *common law* in favore dell'avvertita esigenza di ribadire che i *prerogative powers* sono soggetti ai limiti di cui al disposto legislativo.

Se il rischio dell'inflizione della pena capitale inevitabilmente precluda il trasferimento dei dati basato sulle speciali circostanze di cui alla sez. 76 della legge del 2018 è un interrogativo posto dal giudice Brenda Hale la quale, evitando di «express a concluded view» su una questione che «would undoubtedly merit further consideration if a similar issue were to arise in future» (par. 7), in un *obiter* ha dichiarato che la sez. 76(2) non consente il trasferimento di dati personali quando le garanzie dei diritti fondamentali prevalgono sulla preservazione del pubblico interesse cui il predetto trasferimento è funzionale; visti i “considerando” 1, 17 e 46 della succitata direttiva europea, la sez. 76(2) va interpretata in senso preclusivo della trasmissione di dati personali che possano determinare o contribuire alla condanna a morte degli interessati a meno che tale trasmissione sia immediatamente funzionale a salvare vite ovvero a prevenire un crimine imminente (par. 14).

È opinione del giudice Hale che l'illegittimità della decisione ministeriale derivi dal fatto che, anche ove le condizioni previste dal combinato disposto delle sez. 73 e 76(1) dell'*Act 2018* siano soddisfatte, la sez. 76(2) impedisce il trasferimento di dati che consentano di perseguire penalmente un soggetto cui possa essere comminata la pena di morte all'esito del procedimento penale di condanna.

L'*obiter* del già Presidente della Corte suprema non è stato pienamente condiviso dal collegio giudicante: Lord Carnwath e Lord Hodge hanno definito rispettivamente come dotate di forza le argomentazioni del giudice Hale, ma richiedenti un supplemento di approfondimento (parr. 228



e 230) frattanto lasciando spazio alla tesi in base alla quale la sez. 76(2) non preclude in modo assoluto il trasferimento di dati personali quando sussista il rischio dell'inflizione della pena capitale: la decisione richiesta dalla sez. 76(2) non può assumersi conferendo centralità unicamente al diritto alla vita garantito dall'art. 2 Cedu, in quanto un secondo stadio della decisione esige il bilanciamento tra tale diritto e l'esigenza di preservare il pubblico interesse.

Le ragioni sulle quali riposa la scelta della maggioranza del collegio giudicante sono ampiamente esposte da Lord Reed, Presidente della Corte suprema dal gennaio 2020, e da Lord Carnwath. Quest'ultimo non ha esitato a dichiarare, infatti, che il *common law* non si è evoluto in maniera tale da riconoscere il divieto di mutua assistenza giudiziaria ove la stessa agevoli la pena di morte: «there is as yet no established principle (under the common law, the European Convention or any other recognised system of law), which prohibits the sharing of information relevant to a criminal prosecution in a non-abolitionist country, merely because it carries a risk of leading to the death penalty in that country» (par. 191). Il *common law*, come la giurisprudenza delle corti nazionali, non sono mai intervenuti sul tema della pena di morte gli sviluppi del quale sono imputabili ad atti parlamentari, benché solo a partire dal 1965² (sugli svi-

² Anno di approvazione del *Murder (Abolition of Death Penalty) Act*, a norma del quale la reclusione a vita era la sanzione massima irrogabile nei confronti di chi avesse commesso un omicidio che, dunque, non era più considerato reato capitale; la pena capitale restava prevista, tuttavia, per altre fattispecie di reato. Malgrado i successivi tentativi di ripristinare la pena di morte nel Regno Unito, nel 1998, con l'approvazione del *Crime and*



luppi in ordine alla pena di morte oltremarina, tema strettamente interconnesso con il dibattito sulla pena di morte negli Stati Uniti, v. Gaines 2015), nonché alla Cedu. La *section 16* del recente *Crime (Overseas Production Orders) Act 2019* non fa che confermare che la disciplina della materia è di competenza parlamentare e, malgrado ribadisca l'esigenza che il *Secretary of State* ottenga garanzie, non proibisce lo scambio reciproco di materiale probante anche ove non ne sia fornita alcuna (parr. 194-195). Né il giudice Carnwath ha rinvenuto tale divieto nel *common law* rinvenendo una linea di continuità con i limiti ai provvedimenti di estradizione e di espulsione (parr. 199-204): infatti, sui provvedimenti di estradizione e di espulsione, seppur suscettibili di essere sottoposti a giudizio di legittimità, non grava alcuna preclusione derivante dal trattamento che è possibile sia riservato all'interessato nello Stato di destinazione né è agevole rendere compatibile la previsione del predetto divieto assoluto nel *common law* con la legge del 2018, che contempla circostanze che consentono, alla sez. 76(1)(c), il trasferimento dei dati personali a fini di prevenzione di una seria minaccia alla sicurezza nazionale ovvero di uno Stato terzo (par. 205).

Inoltre, a fondamento del rigetto del ricorso su queste basi, il giudice ha trattato un ulteriore profilo di interesse della controversia concernente

Disorder Act, la pena capitale fu definitivamente abolita anche per reati come l'alto tradimento e la pirateria, e nello stesso anno il Regno Unito ratificò il 6° Protocollo Cedu che vieta la pena capitale tranne che in tempo di guerra o di minaccia di guerra imminente. È stata poi la sez. 21(5) dell'*HRA 1998* ad abolire la pena di morte anche in tempo di guerra; infine, nel 2004 il Regno Unito ha aderito al 13° Protocollo Cedu che abolisce la pena di morte in ogni circostanza.



il confine entro il quale può tollerarsi uno sviluppo del *common law* adducendo la prudenza da osservare nella interpretazione evolutiva dello stesso per via giurisprudenziale al fine di preservare la certezza del diritto e la separazione dei poteri:

«The recent statements in this court support the development of the common law in line with the European Convention, but not beyond as here proposed. So far as concerns Lord Carswell’s comments in the *A* case, he was speaking in the context of an issue as to the admissibility of evidence obtained by torture, against a background in which “from its very earliest days the common law of England set its face firmly against the use of torture” (per Lord Bingham of Cornhill at para 11, citing authorities dating from the 15th century)» (par. 193).

Incline ad un cauto approccio si è mostrato anche Lord Reed: il *common law* è soggetto allo sviluppo giudiziale da costruirsi, tuttavia, incrementalmente su principi consolidati ovvero

[i]n order to preserve legal certainty, judicial development of the common law must therefore be based on established principles, building on them incrementally rather than making the more dramatic changes which are the prerogative of the legislature. Following that approach, new rules may be introduced, or existing rules may be reformulated or departed from, but the courts continue to apply principles which formed an established part of the law at the time of the events in question. The judges are then faithful to their oath to “do right to all manner of people after the laws and usages of this Realm”. Secondly, that constraint on judicial law-making is also compatible with the pre-eminent constitutional role of Parlia-



ment in making new law, and with the procedural and institutional limitations which restrict the ability of litigation before the courts to act as an engine of law reform (par. 170).

La chiave interpretativa incrementale del *common law*, sul presupposto che l'onere della prova del suo sviluppo gravi in capo alle parti di una controversia giudiziaria, attesta la ritrosia dei giudici ad ammettere affrettati mutamenti del diritto in favore della verifica della maturazione di una interpretazione evolutiva delle prescrizioni dell'ordinamento; nondimeno il rigoroso presidio al principio della certezza del diritto corre il rischio di non restituire il minimo spazio in favore del cambiamento arrestando qualsivoglia processo evolutivo.

A ciò si aggiungano le dichiarazioni del giudice Hodge in base alle quali il *common law* non riconosce un diritto alla vita suscettibile di impedire all'*Home Secretary*, nell'esercizio dei suoi poteri di prerogativa nell'ambito della politica estera, di condividere informazioni con autorità straniere nel quadro di un accordo di mutua assistenza giudiziaria (parr. 231-234). È stato il Parlamento a riconoscere il diritto alla vita con l'abolizione della pena di morte e l'approvazione dello *Human Rights Act 1998* (HRA 1998) che ha definitivamente incorporato nell'ordinamento interno la relativa garanzia di cui all'art. 2 Cedu; dunque, «[w]ere the courts to recognise a parallel common law right to life and similar qualifications to that right, that would not be the incremental development of the law building on established principles of the common law; it would amount to judicial legislation. It is for Parliament to decide whether it wishes to go beyond the amendment which it made in the 2019 Act» (par. 233); l'unico



profilo di illegittimità della decisione ministeriale riconducibile al *common law* è ancorato al principio di ragionevolezza:

Our public law reflects the very high value which our society places on human life by requiring the courts to adopt an especially intense scrutiny when reviewing the legality of a decision which may imperil a person's life. Having regard to the arguments advanced in this appeal, that scrutiny involves the review of the exercise of prerogative powers against the *common law criterion of reasonableness* (in relation to the Secretary of State's change of position) and against the requirements which Parliament has imposed in the 2018 Act. While the appeal fails on the former basis, it succeeds on the latter (par. 234).

Tutt'altra è la prospettiva analitica del giudice Kerr che, nel fermo convincimento che la illegittimità della decisione ministeriale riposi nella sua incompatibilità sia con il disposto legislativo del 2018 sia con il *common law*, ha fondato le sue argomentazioni su di una interpretazione evolutiva di quest'ultimo già giunta a maturazione e in base alla quale

«Article 10 of the Bill of Rights 1688 prohibits the infliction of “cruel and unusual punishments”. Of course, at that time, and for almost three centuries afterwards, the carrying out of the death penalty continued without its being thought to offend article 10. But, for the reasons set out below, the death penalty is now recognised by the common law as constituting such punishment. The Bill of Rights may be considered to provide the backdrop to contemporary consideration of whether the facilitation of the imposition of the death penalty is contrary to what should now be recognised as the common law of the United Kingdom. What is conceived to be



cruel and unusual punishment adjusts, like so many other societal perceptions, to changes in the standards and values of society which develop over time with the growth of knowledge and the evolution of attitudinal changes» (par. 102).

Dunque, sostenendo che «the time has arrived where a common law principle should be recognised» (par. 142), il giudice ha argomentato il riconoscimento del principio di *common law* in questione ancorandolo prima al *Bill of rights* e ai valori britannici contemporanei, poi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo (parr. 107-124) e di Lussemburgo (parr. 125-134), alla giurisprudenza del *Judicial Committee of the Privy Council*, infine all'illogicità del rifiuto britannico di estradizione di individui che, perseguitati all'estero, corrono il rischio di essere condannati a morte, derivante dall'incorporazione nell'ordinamento interno del disposto convenzionale, a fronte della disponibilità a fornire ad altro Stato mutua assistenza giudiziaria senza rassicurazioni in ordine alla mancata infrazione o esecuzione della pena capitale all'esito di procedimento penale.

In verità l'interazione tra *common law* e *HRA 1998*, che assume centralità nell'*opinion* del giudice Kerr così come nell'intera pronuncia, resta questione ancora controversa: se Lord Kerr ritiene che la Cedu sia una soglia minima e che non costituisca un inibitore dello sviluppo del *common law*, secondo Lord Carnwath il disposto convenzionale è una soglia massima di garanzia oltre la quale il *common law* non può spingersi, come dimostrerebbe alcuna giurisprudenza quale la sentenza relativa al caso *R (Osborn) v Parole Board* [2013] UKSC 61 con la quale, in base alla sua lettura, la Corte suprema ha inteso che lo sviluppo del *common law* debba avvenire in linea con la Cedu senza trascenderne il dettato (parr. 192-193).



Secondo il giudice Kerr l'*HRA 1998* non solo non ostacola lo sviluppo del *common law*, ma non può neanche ritenersi che esaurisca in sé le garanzie dei diritti fondamentali; diversamente, non si comprenderebbe come mai in *Osborn* i giudici abbiano rimarcato che i diritti fondamentali sono protetti dal diritto nazionale, ove possibile interpretati e sviluppati secondo quanto stabilito dalla legge del 1998, e con maggior fermezza in *Kennedy v The Charity Commission* [2014] UKSC 20, ove la maggioranza del collegio giudicante dichiarava che

[i]n some areas, the common law may go further than the Convention, and in some contexts it may also be inspired by the Convention rights and jurisprudence (the protection of privacy being a notable example). [...] But the natural starting point in any dispute is to start with domestic law, and it is certainly not to focus exclusively on the Convention rights, without surveying the wider common law scene (par. 46, *Kennedy*);

che per le corti di giustizia il *common law* sia più garantista della Cedu sarebbe affermazione troppo audace, pur essendo ciò che risulta dalla giurisprudenza che rinvia per lo più nello *HRA 1998* che ha incorporato la Cedu nell'ordinamento interno la sede di introduzione di alcuni limiti alle garanzie dei diritti. Secondo Kerr, infatti, l'applicazione del *common law* prescinde dalla giurisdizione entro la quale si colloca l'individuo interessato dalla compressione dei diritti fondamentali (Lord Kerr, par. 70); di contro, quella convenzionale è giurisdizione strettamente territoriale: le garanzie Cedu non si applicano oltre i confini territoriali degli Stati aderenti in costanza di violazione dei diritti fondamentali. Il *common law* nobilita le garanzie convenzionali e ne estende l'ambito di applicazione oltre



il confine delle giurisdizioni territoriali facendo della garanzia convenzionale del diritto alla vita un principio costituzionale che regola anche le relazioni internazionali e l'esercizio dei poteri dell'Esecutivo in tale ambito. Il principio, secondo il giudice, è infatti da intendersi come la naturale estensione del divieto, previsto in *common law* e a norma dell'*HRA 1998*, di estradizione senza rassicurazioni in ordine alla inflizione della pena di morte; esso può non trovare applicazione unicamente se la mutua assistenza sia assolutamente necessaria in situazioni di urgenza al fine di salvare vite ovvero di tutelare la sicurezza nazionale, ipotesi che non trova riscontro nel caso di specie (par. 164). Del resto, «[l]aw, whether enacted or developed through the common law, if it is operating as it should, must be responsive to society's contemporary needs, standards and values. It is a commonplace that these are in a state of constant change. That is an essential part of the human condition and experience. ... the adjustment to the common law which I propose reflects the contemporary standards and values of our society» (par. 144).

La tesi di Lord Kerr ricalca le argomentazioni delle autorità britanniche in *Saadi v Italy*³ in base alle quali, atteso l'art. 3 Cedu a norma del quale nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti, v'è differenza tra il trattamento inflitto da uno Stato firmatario della Cedu e quello passibile di essere inflitto da uno Stato terzo, nel quale ultimo caso la condanna del trattamento va bilanciata con il pubblico interesse. In tale circostanza la Corte Edu condannò fermamente l'ipotesi del bilanciamento dichiarando che

³ Corte Edu, *Saadi v Italy*, 28-2-2008 (Application no. 37201/06).



«[s]ince protection against the treatment prohibited by Article 3 is absolute, that provision imposes an obligation not to extradite or expel any person who, in the receiving country, would run the real risk of being subjected to such treatment. [...] there can be no derogation from that rule [...] it is not possible to weigh the risk of ill-treatment against the reasons put forward for the expulsion in order to determine whether the responsibility of a State is engaged under Article 3, even where such treatment is inflicted by another State» (par. 138, *Saadi*):

la Corte Edu rilevava, pertanto, una contraddizione tra la garanzia convenzionale e il tentativo britannico di limitarne la non derogabilità in ragione di esigenze di bilanciamento sottolineando che la prospettiva che l'interessato possa costituire una seria minaccia per la comunità non riduce il rischio, in ogni caso prevalente, che possa essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel proprio Paese di origine (par. 139, *Saadi*).

Lungi dal voler attribuire al disposto convenzionale giurisdizione extraterritoriale, sostenendone l'applicazione anche a individui sotto la giurisdizione di uno Stato non firmatario della Cedu, al giudice Kerr preme affermare che la condanna convenzionale della pena di morte ha originato un principio di carattere generale suscettibile di sviluppi nel quadro del *common law* (par. 113): atteso che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non è direttamente applicabile al caso in esame in quanto gli obblighi di cui alla Cedu si applicano esclusivamente a individui sotto la giurisdizione di uno Stato aderente, il giudice Kerr, facendo leva sull'abolizione della pena di morte in Europa, sul divieto in ogni circostanza di derogare al Protocollo 13 che all'art. 1 abolisce la pena di morte, e sul ri-



chiamo alla sentenza della Corte di Strasburgo *Al-Saadoon v United Kingdom* (2010) 51 EHRR 9⁴, ha concluso che il diritto di non essere soggetti alla pena capitale «*applies in all circumstances [and] is to be regarded as a fundamental right, ranking alongside article 2 (the right to life) and article 3 (the right not to be subject to torture or inhuman or degrading treatment)*» (par. 111, corsivo del giudice). La giurisprudenza Edu e il Protocollo 13 sanciscono la condanna assoluta della pena capitale e suggeriscono che tale condanna abbia oramai integrato i principi di *common law*⁵.

L'interpretazione evolutiva del *common law*, dunque, origina dal disposto convenzionale e assume connotazione autonoma. È funzionale all'affermazione di tale autonomia di principio anche il richiamo di un precedente straniero: nella pronuncia della Corte costituzionale sudafricana in *Mohamed v President of the Republic of South Africa* [2001, ZACC 18, § 59],

«[t]he court identified a principle of non-complicity as a justification for the refusal to extradite without a death penalty assurance. The court referred to “the commitment implicit in the Constitution that South Africa will not be party to the imposition of cruel, inhuman or degrading punishment” (para 59). The rationale was not confined to the fact that the person

⁴ Corte Edu, *Al-Saadoon and Mufdhi v The United Kingdom*, 2-3-2010 (Application no. 61498/08).

⁵ La questione era stata già evidenziata in dottrina (Jackson 2016) sostenendo la sussistenza di presupposti per una interpretazione estensiva dell'art. 1 Cedu che, muovendo dal fermo divieto di estradizione di un individuo presso uno Stato terzo ove si pratica la tortura di cui alla sentenza della Corte Edu nel caso *Soering v The United Kingdom*, Appl. no. 14038/88, 7-7-1989, legittimasse l'applicazione della *rule* di cui a tale pronuncia ad altre forme di complicità di natura extraterritoriale con lo Stato di destinazione. La sentenza ha avuto una forte ricaduta sul dibattito sulla pena di morte maturato a livello internazionale (Donnelly 1990).



to be extradited was within the jurisdiction of the courts of South Africa. It extended to any complicity in the imposition of cruel, inhuman or degrading punishment. If it is objectionable to be complicit in exposing an individual to the risk of execution by extraditing him, it is surely equally objectionable to be complicit in facilitating that result by providing material which has the same result» (par. 141.5).

Il principio di non complicità trova riscontro - incalza il giudice Kerr - nel rapporto del UN *Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions* [2015, UN. Doc. A/70/304, § 102] secondo il quale l'assistenza di Stati abolizionisti a Stati che praticano la pena di morte si risolve in complicità nei riguardi di questi ultimi anche se l'individuo suscettibile di essere condannato a morte non è mai stato sotto la giurisdizione dello Stato complice abolizionista. Lord Kerr concorda, dunque, con la ricorrente sul fatto che «what matters is whether the state whose actions are impugned has, by its actions, “established the crucial link in the causal chain that would make possible the execution of the author» (come richiamato dal Giudice Hale al par. 5). Il giudice, pur non discutendo mai la nozione di complicità, argomenta in questi termini la sua posizione ponendo particolare attenzione al nesso causale tra mutua assistenza giudiziaria e condanna alla pena capitale; peraltro, se l'extradizione non si risolve necessariamente nella condanna a morte dell'interessato nello Stato di destinazione nella misura in cui, stante la presunzione di innocenza, può essere sottoposto a procedimento penale ed essere condannato a pena diversa, ben diverso è il caso di condivisione di informazioni nella consapevolezza che saranno utilizzate come prove a carico in un procedimento penale fornendo un determinante contributo all'inflizione della pena capitale; la decisione governativa dello Stato abolizionista, pertanto, va inevitabilmente



stigmatizzata considerando l'indiscutibile nesso causale tra mutua assistenza giudiziaria e condanna alla pena capitale.

Il caso in commento è il primo in cui la Corte suprema è stata chiamata a pronunciarsi in ordine al tema della pena di morte e alla garanzia del diritto a che il Regno Unito non ne agevoli l'inflizione: la maturazione di tale diritto nel *common law* può intendersi come l'esito dell'evoluzione della forma di stato britannica scandita anche dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, nonché dalla stipula di trattati internazionali; diversamente, come nel caso in commento, ove il suo riconoscimento fosse affidato alla sede giurisdizionale, ancorato al principio della certezza del diritto e fondato sul convincimento che l'interpretazione evolutiva del diritto nazionale sia il prodotto di un processo incrementale moderato dalle corti di giustizia in sede applicativa del disposto legislativo, sarebbe funzionale ad una organizzazione dell'ordinamento per compartimenti stagni anziché per vasi comunicanti con conseguente sacrificio della coerenza del diritto in assenza di un *iter* analitico strutturato e logico, alimentando così il sospetto che interessi non dichiarati giacciono dietro linee di ragionamento non congruenti.

3. L'elasticità degli ambiti del *judicial review*: i limiti ai prerogative powers e la controversa transizione dal sindacato sulla legittimità al sindacato nel merito

La decisione della maggioranza della Corte, ormeggiata alla legge del 2018, ha assunto connotazione strettamente tecnica, malgrado la forte carica politica della vicenda di cui al caso in commento che interessa i limiti



ai poteri di prerogativa nel quadro delle relazioni internazionali. Le origini di tali poteri riposano nella tradizione di *common law* e conservano una cifra discrezionale (Ministry of Justice 2009, parr. 1, e soprattutto 23) che ha assicurato l'elasticità della *Constitution*. Nondimeno, stante l'avvertita esigenza di porre argini al loro esercizio, soddisfatta prima di tutto per il tramite delle convenzioni costituzionali a discapito della Corona e a vantaggio del Primo Ministro e del suo Governo, le leggi del Parlamento e il *judicial review* delle Corti hanno determinato i confini dei *prerogative powers*⁶. Se tra poteri di prerogativa e *statutes* si è instaurato un rapporto di compensazione in base al quale i secondi non solo possono arginare e condizionare l'esercizio dei primi, ma possono altresì introdurre una disciplina sostitutiva degli stessi, il ruolo delle Corti in tale ambito è rivolto all'accertamento dell'esistenza di tale prerogativa in assenza di disciplina legislativa e dell'osservanza del dettato legislativo che vi ponga limiti. Ove in discussione siano i poteri di prerogativa, dunque, il Giudiziario è chiamato a varcare la soglia della dinamica politica dei rapporti tra Governo e Parlamento.

Ne consegue che, attesa la dovuta deferenza nei confronti delle competenze istituzionali e della legittimazione democratica dell'Esecutivo in materia di sicurezza nazionale e di affari esteri (Ministry of Justice 2011, 1.51), le Corti possono controllare la legittimità di atti adottati nell'esercizio di poteri di prerogativa, nel caso di specie volti ad offrire mutua assi-

⁶ Cfr., in particolare, le recenti sentenze *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 6, e *R (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5; *R (on the application of Miller) v Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41.



stenza giudiziaria ad autorità straniere. Dispiegandosi sul terreno di questioni politiche con profili giuridici, il controllo giudiziale dell'esercizio dei poteri di prerogativa resta tuttavia oggetto di controverso dibattito dottrinale circa il suo ambito di applicazione che risulta essere inevitabilmente sfumato (Davis e de Londras 2016; in relazione al caso in commento, Almutawa e Walker 2020). Nel caso di specie la maggioranza della Corte si è prudentemente mossa entro le frontiere del *legal constitutionalism*, non facendo mistero comunque del timore delle insidie (Maini-Thompson 2020) che la controversia in commento presenta tanto che il giudice Hale ha definito fin da subito il caso «a more than usually anxious» in quanto concernente il tema della pena di morte, affrettandosi a ribadire la natura «immoral and unacceptable», ma al contempo precisando che «[w]hat is immoral and unacceptable is not necessarily unlawful. As judges, our role is to uphold the law» (parr. 1-2). È così che la maggioranza del collegio giudicante è giunta a deviare dal percorso tracciato da Lord Kerr, convinto che «[i]t is unlawful at common law for the state to facilitate the execution of the death penalty against its citizens or others within its jurisdiction anywhere in the world» (par. 143).

In verità il principio di legalità è da tempo risalente riconosciuto come una bussola interpretativa degli atti dell'Esecutivo da leggersi in chiave di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti e con i principi fondamentali dell'ordinamento. Inoltre, di recente, nel caso *R (on the application of Miller) v Prime Minister; Cherry v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 (noto come *Miller II*) la Corte suprema ha invocato il principio di legalità in termini sostanziali anziché letterali attribuendogli un significato ampio tale da apporre al potere di prerogativa limiti derivanti



dai principi costituzionali fondamentali, gli stessi imposti ai poteri conferiti dalla legge. I giudici supremi hanno varcato il confine del mero controllo di legittimità riguardante l'esistenza del potere di prerogativa e il suo esercizio entro i limiti legislativamente fissati estendendone il raggio d'azione alle ricadute dell'esercizio del potere di prerogativa; ciò ha consentito loro di asserire che, ove l'esercizio del potere di prerogativa si risolva in una lesione dei principi della sovranità parlamentare e della responsabilità dell'Esecutivo nei confronti del Parlamento, la questione sottoposta alla Corte non può ritenersi strettamente politica ma è questione giustiziabile quanto alla verifica dell'osservanza dei principi costituzionali fondamentali (Caravale 2019, Torre 2019).

Il maturo convincimento dottrinale che il principio di legalità configuri un limite pervasivo al potere esecutivo (Elliott 1999, Young 2019) ha indotto poi ad indagare le circostanze nelle quali il potere di prerogativa può essere oggetto di controllo giudiziale di conformità ai principi costituzionali fondamentali, stante la strategia adottata dalla Corte in *Miller II*. Il caso in commento, infatti, ha offerto alla Corte l'occasione di ancorare il giudizio di ragionevolezza dei provvedimenti governativi adottati nell'esercizio di poteri di prerogativa, non solo alla stretta osservanza del disposto legislativo, ma anche al rispetto dei principi costituzionali e delle garanzie dei diritti fondamentali di *common law*.

La giurisprudenza britannica non ha esitato a riconoscere nelle garanzie dei diritti di *common law* un limite al potere esecutivo: così il giudice Laws nel caso *R v Lord Chancellor, ex parte Witham* [1998] QB 575, ha dichiarato *ultra vires* rispetto al *Supreme Court Act 1981* l'introduzione governativa di una tassa fissa di accesso alle corti per i disoccupati e gli in-



digenti affermando che il diritto di accesso alla giustizia è diritto costituzionale che non può essere abrogato in ragione di una norma che consenta al *Lord Chancellor* di revocarlo. Ciò dimostra che il principio di legalità assicura una solida, benché non assoluta, protezione ai diritti costituzionali di *common law* e che il giudizio delle Corti in ordine all'adeguatezza e all'opportunità di una decisione governativa trascende il tradizionale canone di ragionevolezza dell'esercizio del potere esecutivo.

Non v'è ragione, dunque, per cui tale approccio non possa estendersi al potere di prerogativa anziché ad un potere conferito dalla legge. Tuttavia, nel caso in commento prima la *Divisional Court* ha inteso il principio di legalità come circoscritto alla verifica della compatibilità degli atti governativi al disposto legislativo (Elliott 2020; sulle nuove frontiere del principio di legalità di cui alla sentenza *Miller II* in antitesi alla pronuncia in commento v. Varuhas 2020); e, di seguito, anche la Corte suprema non ha ritenuto vi fosse da assumere alcuna decisione in ordine all'applicabilità del principio di legalità al potere di prerogativa ove si intenda il primo come un richiamo alla osservanza di un principio fondamentale di *common law*. I giudici supremi non solo si sono astenuti dal pronunciamento in ordine alla legittimità della decisione ministeriale assumendo come parametro i principi di *common law*, ma non hanno neppure proceduto ad un esame nel merito della decisione governativa a fini di integrazione del giudizio di ragionevolezza.

Benché il ricorrente non abbia contestato l'irragionevolezza della decisione ministeriale, è stato il giudice Reed a sottolineare come la garanzia del diritto alla vita rinvenibile in *common law* e interessato dal caso di specie integri il giudizio di ragionevolezza (parr. 175-180), chiedendosi se, vista la condanna britannica della pena capitale all'esito dell'adesione del



Regno Unito al sesto e al tredicesimo protocollo Cedu, possa considerarsi *rational* fornire mutua assistenza giudiziaria ad autorità straniere sacrificando consapevolmente l'incolumità di un individuo. Il giudice a tal proposito, pur affermando che lo scostamento governativo nel caso di specie dal suo usuale approccio in casi riguardanti la pena di morte, dovuto a peculiari circostanze attinenti alle relazioni diplomatiche britanniche con gli Stati Uniti, non ne determini l'irragionevolezza, in un *postscript* ha paventato l'ipotesi che una decisione governativa possa considerarsi illegittima secondo i canoni della ragionevolezza tenendo conto che è stata giustificata in ragione dell'obiettivo di fare giustizia pur considerando che le prove trasmesse alle autorità statunitensi non sarebbero state sufficienti per esercitare l'azione penale nel Regno Unito, nonché in ragione della preferenza per una probabile esecuzione a fronte di una eventuale carcerazione nelle prigioni di Guantanamo, soluzione quest'ultima considerata politicamente deplorabile. Sarebbe stato dunque più opportuno un esame nel merito della decisione ministeriale che tenesse conto delle circostanze che l'hanno determinata, anche a condizione di rivisitare gli ambiti del *judicial review* (parr. 186-187) (Butler 2020).

Quando una Corte è chiamata a giudicare della legittimità di una decisione governativa suscettibile di avere ricadute sulle garanzie dei diritti fondamentali, il giudizio di ragionevolezza impone maggior rigore nell'analisi del merito della decisione stessa. I caratteri di tale giudizio allo stato si sono evoluti rispetto alla sentenza *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1984] UKHL 9 nella quale Lord Diplock dichiarava che per irragionevolezza si intende la *Wednesbury unreasonableness* ovvero una decisione «so outrageous in its defiance of logic or of accepted moral standards that no sensible person who had applied his



mind to the question to be decided could have arrived at it»: nella decisione *R v Secretary of State for the Home Department, Ex p Bugdaycay* [1987] AC 514, concernente l'approccio da tenersi a fronte di una richiesta di asilo il cui rigetto potrebbe mettere a rischio la vita del richiedente, Lord Bridge of Harwich affermava, richiamando i limiti al giudizio di legittimità di un potere discrezionale, che «the court must, I think, be entitled to subject an administrative decision to the more rigorous examination, to ensure that it is in no way flawed, according to the gravity of the issue which the decision determines. The most fundamental of all human rights is the individual's right to life and when an administrative decision under challenge is said to be one which may put the applicant's life at risk, the basis of the decision must surely call for the most anxious scrutiny». Del pari, in *R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] UKHL 4 (07 February 1991), Lord Bridge dichiarava che, ove fosse in discussione la tutela dei diritti fondamentali, sarebbe stato necessario «start from the premise that any restriction requires to be justified», e che «nothing less than an important competing public interest will be sufficient to justify it».

Dunque, se il canone della *Wednesbury unreasonable* ha scongiurato il rischio che le Corti assumessero decisioni di natura politica precludendo loro la rivisitazione degli effetti di un provvedimento governativo, l'orientamento giurisprudenziale più recente sembra aver riformulato gli ambiti del *judicial review* chiarendo che il sindacato del giudice non si ferma alle apparenze di legittimità dell'atto amministrativo, ma si spinge sino ad un esame approfondito dei motivi dell'azione dell'autorità amministrativa, tracciando un percorso verso un esame nel merito di una deci-



sione adottata nell'esercizio di un potere di prerogativa quando suscettibile di produrre una violazione del diritto alla vita, che trova riscontri nella pronuncia in commento (Molloy 2020).

A ben vedere, è la Corte suprema al par. 5 della pronuncia a sottolineare la rilevanza di elementi di contesto ricordando che, secondo la difesa dell'*Home Secretary*, la decisione di quest'ultimo era finalizzata ad assicurare che giustizia fosse fatta, stante la dichiarazione resa dalla Procura di insufficienza delle prove a carico ai fini dell'esercizio dell'azione penale nel Regno Unito diversamente dagli Stati Uniti ove poteva essere garantito «the only realistic prospect of securing justice for the victims and their relatives» (par. 33); inoltre, al par. 38 la Corte ha dichiarato che

«the UK authorities were coming under (and might become susceptible to) political pressure from the US. For reasons discussed below that pressure does not appear to have taken into account, much less reflected, either the UK's longstanding policy in this area nor the joint experience of the UK and the US in the request for and the furnishing of such assurances. The statement also raises questions as to whether pragmatic considerations, at the expense of a principled approach, might begin to influence the UK's reaction to the demand that it should cease its "lobbying" in relation to the death penalty assurances».

Non si dimentichi, infine, che le autorità britanniche avevano privato della cittadinanza britannica i sospetti terroristi e che, temendo che fossero incarcerati a Guantanamo (misura ritenuta oltremarina politicamente inaccettabile) o, peggio, rilasciati, l'*Home Secretary* aveva trasmesso le informazioni richieste dalle autorità statunitensi senza previa rassicurazione in ordine alla mancata inflizione della pena capitale.



Pertanto, come ben evidenziato da Lord Reed al par. 174, «[i]t is necessary to bear in mind that the context of a decision, and in particular, its potential implications for the life of the person concerned, may affect the application of the familiar grounds of judicial review of administrative action». Ed è ancora il giudice Reed a sottolineare che «[t]o view the risk of Mr El Sheikh's execution as preferable to the risk of his detention at Guantanamo Bay is understandably described by Lord Kerr as "perplexing"» (par. 187); ciò malgrado lo stesso giudice ricordi che le memorie presentate dal legale del convenuto attestano come la decisione ministeriale sia stata adottata all'esito di meditate valutazioni in ordine alle relazioni internazionali, alla cooperazione internazionale in materia penale, tutti ambiti nei quali le Corti riconoscono la competenza istituzionale e la legittimazione democratica dell'Esecutivo (v. richiamo a par. 179).

È evidente che nel caso in commento la Corte si è pronunciata in ordine alla legittimità di una decisione governativa assumendo come elemento dirimente il fatto che, come previsto dalla legge, il Ministro non avesse ricevuto rassicurazioni sul fatto che gli imputati non sarebbero stati condannati a morte ovvero che la pena non sarebbe stata eseguita. Trattandosi, tuttavia, di una vicenda suscettibile di avere immediate ricadute sulle garanzie dei diritti fondamentali, l'esame nel merito dell'esercizio del potere di prerogativa avrebbe dovuto trascendere il mero limite formale posto dal disposto legislativo per indagarne il percorso logico di adozione al fine di definire un *iter* ponderato di assunzione di decisioni di tal fatta che avrebbe fornito del principio di legalità una lettura a più ampio spettro.

La Corte ha sottolineato sin dall'*incipit* della pronuncia, richiamando l'*opinion* di Lord Reed, che



«[w]here the right to life is at stake, even decisions taken under prerogative powers may be subject to more anxious scrutiny than they otherwise would be, given the value which UK law attaches to the sanctity of all human life. ... It is not open to the court to decide the case on this basis, as the claimant did not argue that the decision was irrational for these reasons and the Secretary of State has not had the opportunity of responding to it in this appeal. The issue of whether the allegations could be tried in the UK has been the subject of separate judicial review proceedings» (par. 5).

È proprio l'omissione lampante di un rigoroso esame nel merito del processo di adozione della decisione ministeriale parametrato sulla garanzia del diritto alla vita di *common law* a evidenziare una sensibilità giurisprudenziale nei confronti della maturazione di tale diritto nel *common law*, suscettibile di limitare l'esercizio dei poteri di prerogativa ben oltre le frontiere del disposto legislativo.

Frattanto, la prerogativa resta soggetta alla verifica delle Corti in ordine alla sua esistenza nonché alla definizione parlamentare di eventuali limiti al suo esercizio. La sentenza in commento interrompe un corso giurisprudenziale già avviato in cui la Corte suprema, muovendo da alcuni principi consolidati in materia di esercizio della prerogativa regia, quali l'imprescindibile osservanza da parte di quest'ultima della *statute law* e il divieto per la Corona di modificare il diritto interno attraverso l'impiego di un qualsivoglia potere di *prerogative*, ha chiarito entro quali termini il Governo possa esercitare uno dei più tradizionali poteri di prerogativa, ossia quello attinente alla politica estera e alle relazioni internazionali: quando l'esercizio della prerogativa di cui trattasi incroci le attribuzioni del Parlamento, vuoi perché il suo impiego implica la modifica di atti le-



gislativi, vuoi perché incide su diritti dei cittadini garantiti da *statutes* parlamentari, o quando, più in generale, è suscettibile di avere ricadute sull'assetto costituzionale del regno, il presidio della *sovereignty of Parliament* impedisce al Governo di farvi ricorso.

I giudici supremi hanno assunto così una sempre più marcata funzione di arbitri dei conflitti costituzionali (Martinelli 2019; parte della dottrina attribuisce alle Corti l'appellativo di *veto players*: Tridimas e Tridimas 2020) estendendo il raggio del controllo sino a sfiorare i cardini della *political constitution*. Costatazione, questa, che trova riscontro nei passaggi della pronuncia *Miller II* che, al fine di dichiarare illegittima la *prorogation*, fa ricorso non solo al principio della sovranità del Parlamento ma anche a quello della responsabilità politica del Governo nei confronti delle Camere; principio, quest'ultimo, da sempre ritenuto di carattere convenzionale ma che la *Supreme Court* non ha esitato a prendere in considerazione e ad assumere quale parametro rispetto alla condotta posta in essere dal Premier soffermandosi non solo sulla verifica dell'esistenza della prerogativa e sul rispetto dei limiti all'esercizio della stessa, ma spingendosi oltre sino a verificare le ragioni fondanti il ricorso alla *prorogation* e dunque ponendo in essere un giudizio del tutto affine a quello di ragionevolezza.

Quanto, invece, al principio della sovranità del Parlamento, che da decenni ha abolito la pena di morte, la Corte ha scelto una strada diversa dal giudizio di ragionevolezza per assicurarne la preservazione, ancorando i profili di illegittimità della decisione governativa alle tracce procedurali segnate dal disposto legislativo anziché alla garanzia di un diritto alla vita che, sancito prima dall'*HRA 1998* come travaso del disposto convenzio-



nale, ha naturalmente assunto rango costituzionale ed è maturato nel *common law*. La Corte pare calcare la strada di più immediata ed elementare manifestazione del principio della sovranità parlamentare, preferendo non cimentarsi in un percorso argomentativo che avrebbe trasceso il presidio della sovranità parlamentare e avrebbe esposto la Corte a critiche di attivismo giudiziario.

Il risultato è che la pronuncia non chiarisce come la giustizia possa essere servita meglio per il tramite della mutua assistenza giudiziaria, le circostanze nelle quali può darsi seguito agli accordi di mutua assistenza giudiziaria in assenza di rassicurazioni in ordine alla mancata inflizione della pena capitale, e arretra in ordine ai confini del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri di prerogativa, rendendo evidente l'esigenza di definire natura, obiettivi e limiti della discrezionalità consentita nel quadro della predetta mutua assistenza per il tramite di una disciplina legislativa *ad hoc* ovvero di linee guida dell'Esecutivo.

I giudici supremi hanno proclamato il proprio *self-restraint* per fronteggiare le critiche che accusano loro di aver già varcato il confine tra *law* e *politics*, in particolar modo nei pronunciamenti riguardanti la Brexit, nella consapevolezza che la definizione dell'ambito del controllo giudiziale in ordine ai poteri di prerogativa parametrato sui principi costituzionali, anziché sul mero disposto legislativo, altera gli equilibri non solo tra Giudiziario ed Esecutivo, ma anche tra Giudiziario e Legislativo. A tali considerazioni si aggiunga un clima politico particolarmente ostile, a partire dal Manifesto conservatore del 2019 che asseriva che il *judicial review* non può essere «abused to conduct politics by another means» (Conservative and Unionist Party Manifesto 2019, 48); infine, è stato lo stesso Giudizia-



rio ad ammettere, per voce del *Chief Justice of England and Wales*, Lord Burnett, che negli ultimi decenni il *judicial review* si è spinto ben oltre gli orizzonti attesi e che le corti sono state «propelled into making value judgments of a sort that were alien to the ordinary judicial review process» (House of Lords Select Committee on the Constitution 2020, 15).

A fronte dell'audace decisione in *Miller II* ove è stato fissato un limite sostanziale del tutto nuovo al potere di *prorogation*, la sentenza *Elgizouli* promuove uno sviluppo incrementale del *common law* all'esito di riforme dell'ordinamento di sola competenza del Parlamento. Il seguito della pronuncia in commento sarà il solo a confermare ovvero a disattendere l'avvio di un nuovo corso giurisprudenziale di moderazione delle Corti nei confronti dell'Esecutivo e non solo, disvelando l'effetto costituzionale di estensione degli ambiti del *judicial review* criticità immediate nei rapporti Giudiziario-Esecutivo e potenziali nell'equilibrio tra Corti e Parlamento.

4. Un epilogo sospeso: la discrasia tra maturazione della *Constitution* e assetto delle relazioni internazionali

Pur tuttavia la pronuncia in commento si inserisce in un *trend* giurisprudenziale che trae dall'assetto delle relazioni internazionali del Regno Unito spunti per "accordare" la *British Constitution*: per citare, a tal proposito, momenti giurisprudenziali recenti, la vicenda Brexit ha dimostrato che la giurisprudenza della Corte suprema si identifica come una terra di mezzo tra *law* e *politics* sulla quale si calibra l'elasticità delle corde costituzionali e che, atteso l'innesco dato dalle criticità delle relazioni in-



ternazionali britanniche, vive di luce propria e sviluppa effetti sull'edificio costituzionale che assumono autonomo rilievo costituzionale e si affrancano dalla dimensione politica delle relazioni internazionali di cui alla vicenda giudiziaria da cui tutto ha avuto inizio.

Difatti, se all'esito del pronunciamento della Corte suprema la *Constitution* britannica ha fatto registrare un ulteriore movimento di assestamento, i termini delle relazioni internazionali tra il Regno Unito e gli Stati Uniti non ne hanno tratto alcun beneficio: facendo seguito all'ingiunzione giudiziale di cui alla sentenza del marzo 2020 avverso la condivisione con gli Stati Uniti di informazioni di intelligence e ai dubbi di legittimità, avanzati sulla base del diritto internazionale umanitario, della persistente detenzione dei sospetti terroristi presso una base statunitense in Iraq, il 18 agosto 2020 l'*Attorney General* statunitense William Barr ha dichiarato, in una missiva indirizzata all'*Home Secretary* britannico⁷, che le autorità statunitensi non avrebbero chiesto la pena di morte per i due imputati, e che comunque nell'eventualità di una loro condanna alla pena capitale, quest'ultima non sarebbe stata eseguita⁸; di conseguenza, la predetta ingiunzione è stata annullata dalla Corte suprema con ordinanza pubblicata il 26 agosto 2020⁹. Nondimeno, la replica statunitense non ha determinato alcun effetto sulla posizione statunitense in ordine alla pena di morte, as-

⁷ <https://www.justice.gov/ag/page/file/1306276/download> [ultimo accesso il 17 settembre 2020].

⁸ Si tratta di una delle ipotesi evolutive della vicenda, all'esito della pronuncia del marzo 2020, già delineata da alcuni commentatori (v. per tutti Plachta 2020).

⁹ L'ordinanza è pubblicata sul Portale della *UK Supreme Court* al link <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0057-court-order.pdf>.



sumendo anzi le caratteristiche di un monito al rispetto degli impegni internazionali rivolto al Regno Unito, come si evince dalle condizioni poste dalle autorità statunitensi al fine di scongiurare l'inflizione della pena di morte agli imputati:

«[I]t should be clearly understood that the United States will move forward with plans to transfer Kotey and Elsheikh to Iraq for prosecution in the Iraqi justice system *unless, by October 15, 2020, all litigation in the United Kingdom seeking to prevent the use of United Kingdom evidence in a United States prosecution has been fully and finally resolved, and the United Kingdom has transferred the requested evidence to us, along with a commitment to provide ongoing cooperation with respect to such evidence for the duration of any legal proceedings*».

Le Corti di giustizia britanniche, dunque, non hanno posto ulteriori ostacoli alla prosecuzione dei rapporti di mutua assistenza giudiziaria tra i due Paesi, e la giustizia penale statunitense non ha subito ripercussioni.

Allo stato, pertanto, nulla è mutato: atteso l'avanzamento del percorso di assestamento della *Constitution* britannica, faticano ad affermarsi conseguenti ricadute sul sistema delle relazioni internazionali britanniche: resta ancora da chiarire infatti se, nella prospettiva britannica, l'esercizio dell'azione penale negli Stati Uniti contribuisca davvero a rendere giustizia e sia compatibile con i principi costituzionali d'oltremarica.



Bibliografia

Almutawa, A., C. Walker (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: Mutual Legal Assistance and the Death Penalty*, in *European Human Rights Law Review*, p. 533 ss.

Butler, O. (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: The Fundamental Rights and Freedoms of the Data Subject*, in *U.K. Const. L. Blog*, 17 aprile (reperibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>).

Caravale, G. (2019), *Il Miller II/Cherry case: la Corte suprema britannica si afferma come custode dei costituzionali principles*, in *Federalismi.it*, 18, 2 ottobre.

Conservative and Unionist Party Manifesto (2019), *Get Brexit Done: Unleash Britain's Potential*, London.

Davis, F., F. de Londras (2016), *Critical Debates on Counter-Terrorist Judicial Review*, Cambridge: Cambridge University Press.

Donnelly, R.C. (1999), *Soering v. United Kingdom: Whether the Continued Use of the Death Penalty in the United States Contradicts International Thinking*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, p. 339 ss.

Elliott, M. (2020), *Constitutional Adjudication and Constitutional Politics in the United Kingdom: The Miller II Case in Legal and Political Context*, in *European Constitutional Law Review*, p. 625 ss.

Elliott, M. (1999), *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Oxford: Hart Publishing, ch. 5.

Fairclough T. (2020), *Common-law Constitutional Rights: One Step Forward, Two Steps Back?*, in *Cambridge Law Journal*, p. 204 ss.



Gaines, R. (2015), *Capital Punishment at Home and Abroad: A Comparative Study on the Evolution of the Use of the Death Penalty in the United States and the United Kingdom*, Honors Thesis (reperibile in <https://core.ac.uk/>).

House of Lords Select Committee on the Constitution (2020), *Uncorrected Oral Evidence: Constitutional Implications of Covid-19*, 13 maggio (reperibile in <https://committees.parliament.uk/oralevidence/379/pdf/>).

Jackson, M. (2016), *Freeing Soering: The ECHR, State Complicity in Torture and Jurisdiction*, in *The European Journal of International Law*, p. 817 ss.

Maini-Thompson, S. (2020), *Government Acted Unlawfully in Assisting USA to Prosecute IS Fighter—An Extended Look*, in *UK Human Rights Blog*, 14 aprile (reperibile in <https://ukhumanrightsblog.com>).

Martinelli, C. (2019), *Downing Street vs Westminster. Anatomia di un conflitto costituzionale: dalla Premiership Johnson alla sentenza Cherry/Miller (No.2) della UKSC*, in *Aic - Osservatorio costituzionale*, 5 novembre.

Ministry of Justice (2009), *The Governance of Britain: Review of the Executive Royal Prerogative Powers. Final Report*, London: TSO.

Ministry of Justice (2011), *Justice and Security Green Paper*, London: TSO, Cm. 8194.

Molloy, S. (2020), *Elgizouli v Secretary of State for the Home Department: The Missing Rationality Challenge*, in *U.K. Const. L. Blog*, 6 maggio (reperibile in <https://ukconstitutionallaw.org/>).

Plachta, M. (2020), *UK Supreme Court Rule Government Acted Unlawfully in the “Jihadi Beatles” Case*, in *International Enforcement Law Reporter*, 36.4, pp. 154-156.

Plachta, M. (2019), *UK Court Lifts an Obligation to Seek Assurances from USA in a Death Penalty Case*, in *International Enforcement Law Reporter*, 35.3, pp. 76-78.



Saggi

Torre, A. (2019), “Serial Miller”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, p. 3083 ss.

Tridimas, C.P., G. Tridimas (2020), *Is the UK Supreme Court Rogue to Un-Prorogue Parliament?*, in *European Journal of Law and Economics*, p. 205 ss.

Varuhas, J.N.E. (2020), *The Principle of Legality*, in *Cambridge Law Journal*, pp. 578 ss.

Young, A. (2019), *Prorogation, Politics and the Principle of Legality*, in *U.K. Const. L. Blog*, 13 novembre (reperibile in <https://ukconstitutional-law.org/>).



Abstract

The Prerogative Powers Being Examined by the UK Supreme Court in Elgizouli: Evolutive Perspectives of Common Law and New Frontiers of Judicial Review

The UK Supreme Court in *Elgizouli* held that it was not the common law but rather a failure by the Home Secretary to consider his duties under the Data Protection Act 2018 that rendered the decision of the then Home Secretary to hand over evidence to US authorities unlawful.

The focus on common-law rights raises questions about their interaction with the HRA and how we know what the common law protects. It is clear that the relationship between the common law and the HRA is not settled, and *Elgizouli* is another case demonstrating radically different approaches. The judgement adds to the debate about which rights are protected by the common law, how the courts identify those rights and the issue of rationality, arguing that the factual context of the case warranted a greater examination of the Home Secretary's decision.

Keywords: Prerogative powers; judicial review; human rights; common law.