



FEDERICO NANIA\*

## LA *RETAINED EU LAW* E LA SUA INTERPRETAZIONE: SPUNTI DI RIFLESSIONE A PARTIRE DA DUE DECISIONI DELLA CORTE DI APPELLO D'INGHILTERRA E GALLES\*\*

**Abstract [It]:** Il tema della *Retained EU Law* viene declinato nel contributo dal punto di vista del vincolo di conformazione previsto per le corti britanniche nel campo della interpretazione delle norme europee *retained*. Importante eccezione riguarda la *Supreme Court* e la *Court of Appeal* per le quali è escluso il suddetto obbligo potendo queste discostarsi dalla *Retained EU Case Law*. L'articolo, partendo da due recenti decisioni della *EWCA*, svolge alcune considerazioni in ordine all'atteggiamento di 'prudenza' al fine di scongiurare situazioni di *legal uncertainty*. Viene altresì preso in esame il ruolo che sarà chiamata ad assumere la *UKSC*, anche alla luce delle modifiche legislative in corso di approvazione in sede parlamentare, in vista del bilanciamento tra il valore della certezza delle regole e l'indefettibile *development* della normativa domestica.

**Abstract [En]:** The article takes as its starting point the category of Retained EU Law. The topic is discussed from the point of view of the constraint of compliance with the Retained EU Case Law provided by the EUWA for British courts. An important exception concerns the UKSC and the EWCA for which the obligation to conform is excluded. The article, considering two recent decisions of the Court of Appeal, makes some remarks regarding the Court's 'cautious' approach in using the power granted by the law and the role that the Supreme Court, also in the light of the modifications to retained law that are under approval by English Parliament, will be called upon to assume in order to balance legal certainty and the indefectible development of domestic common law.

**Parole chiave:** Corti britanniche, Interpretazione, Norme europee, Certezza del diritto, Common law.

**Keywords:** UK Courts, Retained EU Case Law, Legal Certainty, Common Law.

**SOMMARIO:** 1. Premessa: la *Retained EU Law* nello *European Union Withdrawal Act* ed il ruolo delle corti. – 2. *UK Supreme Court*, *Court of Appeal* e il potere «to depart from any Retained EU Case Law». – 3. La *Court of Appeal* e l'approccio 'conservativo' nei casi *TuneIn* e *Lipton*. – 4. Alcune riflessioni conclusive sul rapporto tra corti e legislatore nel campo della *Retained Eu Law*.

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale e diritto pubblico generale – Sapienza Università di Roma.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*.

## 1. Premessa: la *Retained EU Law* nello *European Union Withdrawal Act* ed il ruolo delle corti

La questione della cd. *Retained EU Law* ha rappresentato, come si sa, uno dei principali nodi problematici in riferimento alle conseguenze costituzionali della fuoriuscita del Regno Unito dall'Unione Europea.<sup>1</sup> Ci si riferisce in particolare alla questione che si è posta durante il procedimento della cd. *Brexit* circa la sorte delle disposizioni nazionali adottate al fine di implementare nell'ordinamento domestico le norme di provenienza comunitaria una volta che il recesso ex art. 50 TUE avesse dispiegato a pieno i suoi effetti; una questione che, oltre alla suddetta normativa, investiva peraltro la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea applicativa del diritto euro-comunitario e recepita da parte dei giudici britannici.

In via preliminare, appare utile ricordare che la categoria giuridica della *Retained EU Law* è stata delineata all'interno dello *European Union (Withdrawal) Act* del 2018 (*EUWA*) e segnatamente della sezione seconda nella quale si stabiliva che la legislazione domestica *EU-derived* (quali gli atti normativi adottati per dare esecuzione alle direttive europee ai sensi della sezione 2 par. 2 dello *European Communities Act* ora abrogato) avrebbe continuato a dispiegare la propria efficacia nell'ordinamento nazionale «on and after exit day». <sup>2</sup> Diversamente, per quanto concerne la «direct EU legislation» (dunque le fonti del diritto europeo aventi efficacia diretta negli Stati Membri), la sezione 3 dell'Act prevede che essa sia convertita in *domestic legislation*, seppure con le modifiche di volta in volta ritenute opportune<sup>3</sup>, ma con l'importante esclusione delle norme dei Trattati dell'Unione nonché delle direttive *self-executing*.

Di particolare interesse ai fini del presente lavoro risulta la sezione 6 dell'Act, rubricata *Interpretation of Retained EU Law* che riguarda specificatamente i giudici britannici ed il loro approccio alla *Retained EU Law* ed alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

<sup>1</sup> Per un'analisi delle più importanti tematiche costituzionali sottese alla *Brexit* cfr. F. FABBRINI (ed.), *The Law & Politics of Brexit*, Oxford, Oxford University Press, 2017; V. BOGDANOR, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, London, Bloomsbury, 2019; G. CARAVALE, *Brexit e Costituzione britannica*, Napoli, Jovene, 2019; C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023; C. FASONE-C. MARTINELLI (a cura di), *L'impatto della Brexit sul modello Westminster*, Torino, Giappichelli, 2023.

<sup>2</sup> Sulla approvazione dello *EUWA* e sulle principali disposizioni in esso contenute cfr. G. CARAVALE, *L'approvazione dell'European Union (Withdrawal) Act 2018 e le incertezze dell'accordo di recesso*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2-2018; in particolare sulle disposizioni dell'Act in punto di *Retained EU Law* cfr. P. CRAIG, *European Union (Withdrawal) Bill: Legal Status of EU Retained Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 26 Feb. 2018; S. LAWS, *Giving «Deemed» Domestic Law Status to Retained EU Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 28 Feb. 2018; A. YOUNG, *Status of EU Law Post Brexit*, in *U.K. Const. L. Blog*, 2 May 2018 (*Part One*) e 4 May 2018 (*Part Two*). Sul ruolo delle corti nel mutato contesto costituzionale britannico a seguito dell'entrata in vigore dello *EUWA* cfr. M. BRENNCKE, *Statutory interpretation and the role of the courts after Brexit*, in *European Public Law*, Vol.25, 4, 2019, 637-664.

<sup>3</sup> A titolo di esempio, si può ricordare quanto avvenuto con la trasposizione del GDPR nell'ordinamento britannico a seguito dell'uscita dall'Unione. In particolare, il Regolamento 2016/679 è stato convertito in *domestic legislation* e denominato *UK GDPR*, lasciando per lo più inalterata la disciplina europea ma con una serie di modifiche apportate tramite i *Protection, Privacy and Electronic Communications (Amendments etc) (EU Exit) Regulations* del 2019 ad esempio in riferimento al ruolo dell'*Information Commissioner* quale massima Autorità nel campo della protezione dei dati personali in sostituzione dell'*EU Data Protection Board* le cui decisioni non avranno più effetto nel Regno Unito. Sulla questione del recepimento del GDPR cfr. C. MC CULLAGH, *Post-Brexit data protection in the UK – leaving the EU but not EU data protection law behind*, in G. GONZÁLEZ FUSTER-R. VAN BRAKEL-P. DE HERT (eds.), *Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics*, Cheltenham, Edward Elgar, 35-58.

Il primo paragrafo della sezione stabilisce che, in linea generale, a far data dalla fine del periodo transitorio (dunque dal 31 dicembre 2020) nessuna corte o tribunale britannico sarà più vincolato al rispetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e dei principi in essa enucleati (oltre al venir meno del meccanismo del rinvio pregiudiziale). Sebbene il successivo paragrafo della disposizione dell'*Act* disponga comunque che le decisioni della Corte dell'UE possano essere assunte anche dopo il perfezionamento del recesso dall'Unione quale ausilio interpretativo da parte dei giudici «so far as it is relevant to any matter before the court or tribunal», riprendendo così, almeno in termini letterali, la formula utilizzata dalla sezione 3 dello *Human Rights Act* in riferimento alla CEDU.<sup>4</sup>

Di differente tenore appare la previsione specifica riguardante l'interpretazione della *Retained EU Law* da parte dei giudici britannici. Difatti, il paragrafo 3 afferma che ogni questione concernente la validità, il significato o l'efficacia della *Retained EU Law* dovrà continuare ad essere decisa «in accordance with any retained case law and any retained general principles of EU law». Il che sta a significare che le questioni riguardanti la *Retained EU Law* dovranno continuare ad essere decise dalle corti nazionali, anche dopo la fine del periodo transitorio, in conformità alla giurisprudenza europea in materia (*Retained EU Case Law*) ed ai principi generali del diritto dell'Unione. Una disposizione, questa, nella quale è stato ravvisato dai commentatori britannici il tentativo di preservare la maggior parte del *legal framework* esistente al momento del recesso dall'UE ed allo stesso tempo di «empowering domestic actors», e le corti specificatamente, «to forge new paths for the UK once it leaves the EU legal order» ma evidenziandone contestualmente la problematicità dal punto di vista costituzionale, vista l'ampiezza delle responsabilità conferite ai giudici così chiamati a «resolve critical issues» ed in particolare a determinare lo *status* nell'ordinamento domestico post *Brexit* della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.<sup>5</sup>

## **2. UK Supreme Court, Court of Appeal e il potere «to depart from any Retained EU case law»**

È ora da considerare che un'importante eccezione rispetto al suddetto vincolo interpretativo è prevista dall'*Act* per quanto riguarda la *UK Supreme Court* (oltre alla *High Court of Justiciary* per la Scozia). Difatti, per la Corte di *Middlesex Guildhall* il paragrafo 4 della sezione 6 esclude un obbligo di conformazione alla *Retained EU case Law* affermando che «the Supreme Court is not bound by any Retained EU Case Law». La medesima sezione 6 al paragrafo 4 (ba), inserito per il tramite dello *European Union (Withdrawal Agreement) Act* del 2020, prevede inoltre che una corte o un tribunale che siano individuati come «relevant» da

<sup>4</sup> Nella quale si dispone che, in relazione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, la legislazione nazionale debba essere interpretata dai giudici «so far as it is possible» in maniera conforme alla Convenzione nonché agli orientamenti giurisprudenziali della Corte Edu.

<sup>5</sup> Cfr. in tal senso T. HORSLEY, *In (Domestic) Courts We Trust: The European Union (Withdrawal) Bill and The Interpretation of Retained EU Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 27 Nov. 2017.

una *regulation* ministeriale siano anch'essi svincolati, come la UKSC, da qualsivoglia obbligo di conformazione alla *Retained EU Case Law*; un riconoscimento che è avvenuto in riferimento alla *Court of Appeal* per la quale la *Regulation 3(b)* dell' *European Union (Withdrawal) Act 2018 (Relevant Court) (Retained EU Case Law) Regulations 2020* ne ha riconosciuto il carattere di 'rilevanza' con le conseguenze appena enunciate.

Quanto alle modalità con le quali la UKSC, ed ora la *Court of Appeal (EWCA)*, possono esercitare tale potere loro riconosciuto, il paragrafo 5 afferma che «in deciding whether to depart from any Retained EU Case Law» esse devono applicare il «test» utilizzato dalla Corte Suprema quando questa intenda discostarsi da un suo stesso precedente o da una decisione della *Appellate Committee* della *House of Lords* di cui, come noto, la UKSC ha ereditato, a seguito del *Constitutional Reform Act* del 2005, le funzioni giurisdizionali.<sup>6</sup>

La previsione normativa in esame è stata oggetto di alcune osservazioni da parte della dottrina britannica. In particolare, David Feldman muove due ordini di critiche: anzitutto ad essere evidenziata è la vaghezza dei contorni del *test* dal momento che quest'ultimo si sostanzia nella regola del «whether it appears right to do so» senza dunque fornire criteri certi e prevedibili. In secondo luogo, nota ancora criticamente l'Autore, ammettere le *lower courts* allo stesso *test* utilizzato dalla *House of Lords* e poi dalla *Supreme Court* difetta di prendere in considerazione «the different roles and status of the Supreme Court and lower courts and tribunals respectively». Difatti, ancora nelle parole di Feldman, la possibilità per una *apex court* in un sistema informato al principio dello *stare decisis*<sup>7</sup> di discostarsi da un proprio precedente risulta giustificata dalla necessità di «allow them to correct their mistakes and adjust the law to new circumstances», seppure ciò debba avvenire il più possibile senza oltrepassare quella «fuzzy line», ossia la linea «sfocata» o comunque non sempre facilmente individuabile, tra *adjudication*, propria delle corti, e *legislation*, prerogativa dell'Assemblea rappresentativa in ossequio al principio della *sovereignty of Parliament*;<sup>8</sup> pertanto, è proprio

<sup>6</sup> Vale la pena ricordare che il suddetto *test* deriva tutt'oggi dal *Practice Statement* pronunciato nel 1966 da Lord Gardner dinanzi alla Camera dei *Lords*. Nel suddetto *Statement* veniva dapprima considerato «the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases» in quanto «it provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules». Ma se all'uso del precedente veniva riconosciuta la capacità di assicurare un certo grado di certezza del diritto dall'altro si esprimeva la necessità di riconoscere che una «too rigid adherence to precedent» potesse condurre «to injustice in a particular case» e «restrict the proper development of the law», rendendosi di conseguenza opportuno uno stemperamento della rigidità dell'applicazione del principio dello *stare decisis* onde assicurare l'evoluzione della common law preservandone la sua «elasticità». In virtù dello *Statement* pronunciato da Lord Gardner, dunque, la *House of Lords* decideva di modificare la prassi sino ad allora in uso nel senso di considerare i propri precedenti come «normally binding» ma ammettendo la possibilità «to depart from a previous decision when it appears right to do so».

<sup>7</sup> Sulla dottrina dello *stare decisis* cfr. almeno J.A. FAIRLIE, *The Doctrine of Stare Decisis in British Courts of Last Resort*, in *Michigan Law Review*, Vol. 35, 6, 1937; A.L. GOODHART, *Case Law in England and America*, in ID., *Essays in Jurisprudence and the Common laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 1931; R. CROSS-J.W. HARRIS, *Precedent in English law*, Oxford, Clarendon, 1991; J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, Vol. 111, 1, 2012. Nella dottrina italiana si rimanda a U. MATTEI, *Stare decisis*, Milano, Giuffrè, 1988.

<sup>8</sup> Esula dalle finalità del presente lavoro l'analisi del principio della *sovereignty of Parliament* sia in riferimento alle sue origini storiche sia rispetto alle più recenti tendenze evolutive (sulle radici storico-culturali del principio in esame si veda in particolare J. GOLDSWORTHY, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2001 e, nella letteratura italiana, P. RIDOLA, *Le lezioni della storia costituzionale inglese. Un costituzionalismo «sperimentale»?», in ID., *Comparazione e storia. Scritti di storia costituzionale comparata*, Napoli, Jovene, 2022, 10 ss.). Sulle linee di tendenza evolutive della costituzione inglese e del dogma della sovranità parlamentare cfr. V. BOGDANOR, *The New**

questa esigenza che la legge venga adeguata («adjust») alle nuove «circostanze» - e non solo a quelle specifiche del caso concreto, ma anche ai complessivi mutamenti socio-economici che richiedano l'evoluzione della *common law* - che rende accettabile la relativizzazione della «legal certainty» determinata dai mutamenti giurisprudenziali. Al contrario, per quanto concerne le *lower courts*, la previsione normativa della sezione 6 risulterebbe meno «persuasive» in quanto le loro decisioni sono normalmente soggette a *review* od *appeal* da parte delle corti superiori e non sarebbe riscontrabile pressoché in alcun caso una «justification for allowing them to depart from case law of the apex court». In definitiva, sarebbe pertanto preferibile che siano sempre le corti superiori, ed in particolare la Corte suprema quale istanza di vertice dell'ordinamento britannico, a «segnare la via» onde evitare che si possano configurare persino ingiustificate differenziazioni in sede di applicazione di medesime norme. Di conseguenza, si sottolinea come, nel caso di specie riguardante la *Retained EU Law*, la *Court of Appeal* non dovrebbe discostarsi, per quanto dovesse ritenerlo opportuno, da un precedente della Corte Suprema in materia di *Retained EU Law* e scongiurando così «a step too far from traditional respect for judicial hierarchies».

Il che non vuol dire comunque che la *Retained EU Case Law* rimarrebbe «frozen», ossia cristallizzata ed immutabile, sino a che la *Supreme Court* non sia chiamata a confrontarsi con la sua interpretazione ed applicazione concreta, dal momento che nella disponibilità delle corti inferiori rimarrebbero pressoché intatte le «traditional techniques» idonee a garantire l'elasticità/flessibilità<sup>9</sup> applicativa e l'aggiornamento della *common law*.<sup>10</sup>

---

*British Constitution*, London, Hart, 2009, e, nella produzione italiana più recente, A. TORRE, *Il fantasma della sovranità parlamentare nel Regno Unito*, in *DPCE*, Numero speciale 2019, 745-768. Si può inoltre solo incidentalmente notare che il tema della ricerca del confine tra *interpretation* e *legislation* rappresenta certamente il profilo più controverso del dibattito inglese che vede su diverse posizioni le teoriche del *common law constitutionalism* e del *political constitutionalism*: sul tema ci si limita qui a richiamare i lavori di due dei più autorevoli esponenti delle due correnti ossia T.R.S. ALLAN, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013 e R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Nella dottrina italiana, il dibattito è affrontato, attraverso la comparazione tra i modelli del *judicial review* e della *sovereignty of Parliament*, da O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2014, 201 ss.

<sup>9</sup> Sulle differenziazioni tra costituzioni rigide e flessibili cfr. il classico volume di J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide*, a cura di A. Pace, trad.it., Milano, Giuffrè, 1998. Sulla preferenza per il modello inglese privo di clausole costituzionali scritte soprattutto nell'ambito della tutela dei diritti e delle libertà individuali anche quale elemento qualificante del principio della *rule of law* cfr. A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution (1885)*, Indianapolis, Liberty Fund, 1982, 122 ss. Sul tema della «elasticità» delle clausole costituzionali anche in contesti caratterizzati dalla presenza di una costituzione scritta e rigida cfr. F. LANCHESTER, *La Costituzione tra elasticità e rottura*, Milano, Giuffrè, 2011; F. PIERANDREI, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, in *Scritti di Diritto costituzionale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1964, 647 ss.; G. AMATO, *L'elasticità delle Costituzioni rigide*, in *Quaderni di Nomos*, 1/2016.

<sup>10</sup> Per le citazioni nel testo cfr. D. FELDMAN, *Departing from Retained EU Case Law*, in *U.K. Const. L. Blog*, 11 Jan. 2021, anche per la considerazione finale che «in common-law systems, distinguishing, explaining or developing previous decisions incrementally produces change far more often than overruling or departing from them, and occurs at all levels of the judicial hierarchy».

### 3. *La Court of Appeal e l'approccio 'conservativo' nei casi TuneInc e Lipton*

Concluso questo *excursus*, ci si può soffermare su alcuni recenti casi giunti all'attenzione della Court of Appeal d'Inghilterra e Galles nei quali la Corte si è dovuta confrontare con l'alternativa se seguire la *Retained EU Case Law* o discostarsi da essa in base a quanto permesso dalla sezione in precedenza richiamata dello *EUWA*.

Una prima decisione da menzionare è quella resa nel caso *TuneIn Inc. v Warner Music Group*<sup>11</sup>. Al di là del tema specifico riguardante alcuni profili di applicazione del *Copyright, Designs and Patents Act* del 1988, la società statunitense *TuneInc* chiedeva che, stante il perfezionamento del recesso britannico dall'Unione, la Corte non facesse più applicazione della giurisprudenza europea pregressa in materia di *copyright*, con particolare riguardo alla nozione di «communication to the public» elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione (con riferimento soprattutto alle sentenze *Svensson*<sup>12</sup> e *GS Media*<sup>13</sup> della Corte di Giustizia; nozione ripresa dall'*Act* del 1988 alla sezione 20).

Ebbene, appare di interesse il ragionamento della *Court of Appeal*, e segnatamente del *Lord Justice Arnold*, in merito alla convenienza di esercitare il potere di sua spettanza in quanto *relevant Court* di discostarsi dalla giurisprudenza europea in materia. In particolare, il *Lord Justice* evidenzia come nel caso di specie abbandonare la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia avrebbe avuto la conseguenza di creare una situazione di «considerable legal uncertainty» (par. 83), peraltro neppure giustificata da cambiamenti drastici nella normativa in materia di *copyright* tanto nazionale quanto europea. Di conseguenza, la *EWCA*, respingendo sul punto la doglianza della società appellante, decideva di conformarsi alla giurisprudenza europea proprio al fine di favorire la continuità nell'applicazione delle norme nazionali, rendendola il più possibile coerente con l'interpretazione che di queste norme veniva data *ante Brexit*.

A conclusioni simili la *Court of Appeal* perviene in un altro caso dello stesso anno, ossia *Lipton v BA City Flyer*<sup>14</sup>.

Stavolta la questione investiva alcune richieste di risarcimento per ritardi e cancellazioni di voli aerei, fattispecie disciplinate dal Regolamento UE n. 261 del 2004 in vigore nell'ordinamento britannico in quanto *Retained direct EU legislation* con le modifiche apportate dagli *Air Passenger Rights and Air Travel Organisers' Licencing (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019* adottate dal *Secretary of State* nell'esercizio del *regulation making power* riconosciuto dalla sezione 8 par. 1<sup>15</sup> e dalla Schedule 7<sup>16</sup> dello *EUWA* ed entrate in vigore allo scadere del periodo transitorio.

<sup>11</sup> *England and Wales Court of Appeal*, 2021, Civ 441.

<sup>12</sup> CGUE, C-466/12.

<sup>13</sup> CGUE, C-160/15.

<sup>14</sup> *England and Wales Court of Appeal*, 2021, Civ 454.

<sup>15</sup> Ai sensi della quale «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».

<sup>16</sup> Nello specifico, il paragrafo 21 della *schedule 7* prevede che: «any power to make regulations under this Act—(a)may be exercised so as to (i)modify Retained EU Law, or (ii)make different provision for different cases or descriptions of case, different circumstances, different purposes or different areas, and (b)includes power to make

Ebbene, la Corte sottolinea che il Regolamento 261/04, come modificato dall'intervento normativo del 2019, costituisce parte dell'ordinamento britannico come *direct EU legislation* e deve pertanto essere interpretato alla luce del diritto comunitario con particolare riferimento alle decisioni in materia della Corte di Giustizia adottate sino al 31 dicembre 2020, ai principi generali dell'Unione come desumibili dalla giurisprudenza della Corte, dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE e dal Trattato sul Funzionamento dell'UE, ad ogni «provision of international law» che sia stata incorporata nel Regolamento, nonché tenendo «into account» tutti gli altri principi ai quali il Regolamento opera un richiamo.<sup>17</sup> Inoltre, la Corte precisa che nel percorso logico-interpretativo dovrebbero essere assunte quale parametro anche le norme del *Trade and Cooperation Agreement* stipulato tra Regno Unito ed UE e dello *EU (Future Relationship) Act 2020* (che implementa nell'ordinamento britannico le norme dell'*Agreement* sottoscritto con l'Unione<sup>18</sup>) ma esclusivamente quando la materia oggetto della disposizione nazionale di volta in volta presa in considerazione «overlaps with the subject matter of the TCA and/or EU (Future Relation) Act 2020 and in so far as domestic law does not already cover the subject matter of the TCA».<sup>19</sup>

Stabilite queste premesse di carattere metodologico, la *Court of Appeal* procede ad affermare in coerenza con lo *EUWA* che «in construing and applying such a Regulation the Court can depart from any Retained CJEU Case Law or any retained general principles... if it considers it right to do so».

Tuttavia, come nella precedente sentenza, anche qui la Corte ritiene opportuno di non discostarsi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione, facendo riferimento al fatto che «since as of the date of this judgment...nothing of relevance in the case law of the CJEU has changed». Per quanto nell'*opinion* venga comunque considerato che «as time moves on, and the case law of the CJEU evolves» potrebbero diventare sempre più marcate «the differences between the current state of EU law and that which the Court is to take account of». Il che vuol dire che se allo stato attuale l'atteggiamento «cautious» appare preferibile, con il passare del tempo e l'evolversi della giurisprudenza, anche l'*analysis* svolta dalle corti «might become more complex», portando a soluzioni differenti in particolare

---

supplementary, incidental, consequential, transitional, transitory or saving provision (including provision re-stating any Retained EU Law in a clearer or more accessible way)».

<sup>17</sup>Cfr. par. 83 della sentenza in esame.

<sup>18</sup> Di particolare rilievo è la sezione 29 dell'*Act* la quale prevede che la *existing domestic law* abbia effetto «with such modifications as are required for the purposes of implementing in that law the Trade and Cooperation Agreement...so far as the agreement concerned is not otherwise so implemented and so far as such implementation is necessary for the purposes of complying with the international obligations of the United Kingdom under the agreement». Sul punto, la Corte evidenzia in un passaggio della decisione (par. 78) che tale disposizione non enuclea un «principle of purposive interpretation» (ossia un principio destinato ad operare a livello di interpretazione della legge) del tipo di quello delineato dalla sezione 3 dello *Human Rights Act* ma rappresenta piuttosto un meccanismo volto a realizzare una «full implementation» del *TCA* nell'ordinamento domestico «implicitly changing domestic law in the process» senza la necessità di ulteriori e puntuali interventi legislativi.

<sup>19</sup> Mentre, ad opinione della Corte, nel caso di specie la legislazione domestica «already implements the relevant provisions of the TCA and there is no need for any further transposition in order to achieve the requisite effect» (par. 83).

quando le decisioni della Corte dell'UE dovessero considerarsi contrarie alla «public policy» o limitative del «proper development of the law».<sup>20</sup>

#### **4. Alcune riflessioni conclusive sul rapporto tra corti e legislatore nel campo della Retained Eu Law**

Come si è visto, in entrambi i casi riassunti la *Court of Appeal* ha assunto un atteggiamento 'conservativo', o almeno 'cauto', in nome del principio di prevedibilità della legge che, è bene ricordarlo, rappresenta sin dalla elaborazione *diceyana* un elemento fondamentale chiamato ad integrare il principio della *rule of law*.<sup>21</sup>

Bisognerà comunque attendere le prime pronunce della Corte Suprema in tema di *Retained EU Case Law* al fine di determinare se anche i *Supreme Justices* propenderanno per orientamenti 'conservativi' o se adotteranno posizioni più drastiche nel senso di emanciparsi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nell'ottica del recupero della tradizione di *common law* anche nelle materie in precedenza disciplinate dal diritto euro-unionale o da norme nazionali di recepimento.

Alcune osservazioni possono però essere svolte a partire dalle affermazioni, seppure *extra judicial*, della *Supreme Justice Lady Rose of Colmworth* nel discorso pronunciato il 23 maggio 2022 in occasione dell'*Annual Lecture* promossa dalla *United Kingdom Association for European Law*. È da notare che nel suo intervento la Giudice non manca di fare riferimento alla necessità per la Corte Suprema di valutare, al fine di attivare o meno il potere ad essa riconosciuto di discostarsi dalla *Retained EU Case Law*, quanto pregnanti siano i poteri di Parlamento e Governo laddove volessero intervenire al fine di modificare il quadro legislativo vigente attraverso gli «available legislative routes for changing Retained EU Law to correct bad CJEU case law», dal momento che attraverso l'intervento degli organi politici si giungerebbe al risultato di «taking that responsibility off the shoulders of the Supreme Court and the Court of Appeal». Nella relazione si prosegue osservando come i poteri riconosciuti al Governo siano piuttosto ampi, e ciò soprattutto in virtù della sezione 8 dello *EUWA*, la quale attribuisce ai *Ministers* la facoltà di adottare *regulations* ogni qual volta ciò sia considerato «appropriate» al fine di prevenire o porre rimedio a qualsiasi «failure» della *Retained EU Law* ossia alle eventuali difficoltà che precludano a tale tipologia legislativa di operare in maniera efficace, ivi comprese le ipotesi di «deficiencies» normative derivanti dal recesso.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Su questi aspetti cfr. E HANCOX, *Interpreting the Post-Brexit Legal Framework*, in *Cambridge Law Journal*, Vol. 80, 3, 2022, 428 - 433.

<sup>21</sup> Sui corollari del principio della *rule of law* si veda A.V. DICEY, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, cit., 147 ss. nonchè, nella letteratura più recente, T. BINGHAM, *The rule of law*, London, Penguin, 2010.

<sup>22</sup> La sezione 8, rubricata «Dealing with deficiencies arising from withdrawal», afferma che «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». Quanto alla nozione di «deficiency», il secondo paragrafo della sezione riporta una serie di ipotesi predeterminate ad esempio nel caso in cui la *Retained EU Law* «contains anything which has no practical application in relation to the United Kingdom or any part of it or is otherwise redundant or

Anche dalle proposizioni della *Supreme Justice* emerge dunque una palese riluttanza ad addossare alla Corte Suprema (ed a maggior ragione alla *Court of Appeal*) l'onere di intervenire al fine di modificare l'attuale quadro della *Retained EU Law*, mentre viene ritenuto preferibile che la responsabilità in materia sia assunta in via diretta dagli organi politico-rappresentativi.

Ebbene, è da ricordare in proposito che di recente (nel mese di settembre 2022) il Governo inglese ha presentato nella *House of Commons* un *Bill*, il *Retained EU Law (Revocation and Reform) Bill*, le cui disposizioni sono destinate a modificare non solo il quadro giuridico della *Retained EU Law*, ma anche le modalità con le quali le corti britanniche dovranno affrontare in sede applicativa tale tipologia normativa. Ad oggi, il *Bill* in questione ha esaurito le diverse fasi dell'iter di approvazione presso la *House of Commons* a seguito della terza ed ultima lettura tenutasi il 18 Gennaio 2023 con il voto sugli emendamenti apportati dalla *Public Bill Committee*. Il *Bill* è dunque passato all'esame della *House of Lords* dove, successivamente alla prime due letture ed agli emendamenti apportati in sede di esame da parte delle Commissioni, si trova al momento nella *Report stage* prodromica alla terza lettura ed alla votazione finale da parte della Camera Alta.

Ma è sin d'ora da segnalare che, oltre al fatto che la *Retained EU Law* dovrà assumere dalla fine del 2023 la denominazione di *assimilated law*, le disposizioni più rilevanti del *Bill* riguardano l'abrogazione generalizzata della *EU-derived subordinate legislation* (cioè della normativa nazionale secondaria emanata nell'ambito delle materie disciplinate dal diritto euro-unitario) nonché della *Retained direct EU legislation* (ossia della normativa europea avente efficacia diretta) a partire dal 31 dicembre 2023, riconoscendo al Governo il potere derogatorio di individuare atti normativi per i quali si ritenga opportuna la loro permanenza in vigore nell'ordinamento domestico. Ma è altresì da ricordare che l'abrogazione non investe la *EU-derived primary legislation*, per cui la legislazione parlamentare adottata al fine di recepire principi e norme europee nell'ordinamento britannico dovrà semmai essere oggetto di specifica abrogazione da parte di successivi *acts of Parliament*.

Sotto il secondo aspetto, è da osservare che per quanto attiene alla *Retained EU Case Law* il *Bill* introduce un nuovo strumento in virtù del quale le *appellate courts*, su *reference* da parte di una *first-instance court* (anche su *application* di una parte del giudizio), saranno chiamate a decidere in merito all'opportunità o meno di seguire la *Retained Case Law* con rinvio alla Corte di primo grado ai fini dell'adozione della decisione finale sul caso concreto (così configurando quasi una sorta di rinvio pregiudiziale preordinato ad identificare la più corretta interpretazione della *Retained Case Law*).<sup>23</sup> È inoltre significativo notare che il *test* in precedenza analizzato, di cui al paragrafo 5 della sezione 6 dello *EUWA*, viene modificato dal *Bill* in esame prevedendo una serie di criteri da utilizzare quando una *higher court* si trovi

---

substantially redundant» o quando essa «confers functions on, or in relation to, EU entities which no longer have functions in that respect under EU law in relation to the United Kingdom or any part of it».

<sup>23</sup> Si prevedono più nello specifico al paragrafo 6A («References on retained case law by lower courts or tribunals») della sezione 8 del *Bill* («Role of courts») alcune condizioni al ricorrere delle quali tale meccanismo andrebbe ad operare con riferimento in particolare alla rilevanza della questione di diritto prospettata dalla corte inferiore rispetto alla risoluzione del caso concreto e/o alla sua «general public importance».

a dover decidere se seguire o meno la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione. Ci si riferisce all'introduzione della valutazione circa l' «extent to which the retained EU case law restricts the proper development of domestic law»<sup>24</sup>, per cui la Corte domestica si troverà a dover bilanciare il principio di *legal certainty* con la necessità di non ostacolare lo sviluppo della normativa domestica; si prevedono inoltre alcuni requisiti *ad hoc* atti a legittimare la decisione della Corte di discostarsi dalla *Retained domestic case Law*, ossia dalla giurisprudenza a suo tempo elaborata su materie rientranti nella *Retained EU Law*.<sup>25</sup>

Può dirsi in conclusione che tali poteri interpretativi riconosciuti alle corti, ed in primo luogo alla Corte Suprema, conferiscono ai giudici un ruolo determinante nell'assicurare i valori della certezza e della prevedibilità della legge anche in un frangente di forte mutamento costituzionale come quello che si è determinato a seguito della *Brexit* ed ancora di più a seguito della fine del periodo transitorio previsto dall'Accordo di recesso. Sicché anche il *Bill* in discussione nel Parlamento di *Westminster* sembra pur sempre fare affidamento sulle corti e sulla loro capacità di assicurare il «proper development» della legislazione domestica lungo il processo sin qui prescelto di progressiva emancipazione rispetto al diritto euro-unionale.

---

<sup>24</sup> La sezione 8 paragrafo 3 del *Bill* prevede che «in deciding whether to depart from any Retained EU Case Law» la *higher court* debba prendere in considerazione il carattere *non binding* delle decisioni delle corti straniere (se non ne sia espressamente previsto dalla legge il carattere vincolante), qualsivoglia «changes of circumstances which are relevant to the Retained EU Case Law» nonché «the extent to which the Retained EU Case Law restricts the proper development of domestic law».

<sup>25</sup> Nello specifico, la sezione 8 del *Bill* stabilisce al paragrafo 4 che una *higher court*, quando consideri «right to do so», si possa discostare dalla propria *Retained domestic case law* tenendo in considerazione «the extent to which the retained domestic case law is determined or influenced by Retained EU Case Law», le peculiarità del caso concreto che siano «relevant to the retained domestic case law» e «the extent to which the retained domestic case law restricts the proper development of domestic law».