



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione - XXXVI ciclo

**LA COMPETENZA A RECEDERE DAI TRATTATI E LA RILEVANZA DELLA NORMATIVA INTERNA SUL
PIANO INTERNAZIONALE**

Diritto internazionale
(s.s.d. IUS/13)

Tesi di dottorato di:

Dott. Andrea Della Casa

Coordinatore del corso

Prof.ssa Rosa Anna Ruggiero

Tutore

Prof. Alessandro Bufalini

A.A. 2022/2023

Introduzione

Il contesto attuale appare connotato da una crescente diffidenza nei riguardi del multilateralismo¹ e dalla tendenza di alcuni Stati a trincerarsi su posizioni individualistiche anche rispetto a fenomeni transnazionali difficilmente gestibili senza uno sforzo congiunto su base internazionale.² Riprendendo le parole pronunciate in tempi relativamente recenti del Segretario generale delle Nazioni Unite, si può dire che «[w]e face a set of paradoxes. The world is more connected. Yet societies are becoming more fragmented. Challenges are growing outward, while many people are turning inward. Multilateralism is under fire precisely when we need it most».³

La veridicità delle parole di António Guterres si è resa evidente nell'ambito dell'emergenza pandemica da COVID-19, contesto nel quale, oltre ad essersi palesate enormi difficoltà nell'adottare strategie coordinate per far fronte alle criticità, si è assistito ad una vera e propria messa in discussione degli strumenti di cooperazione internazionale.⁴

Non è un caso che, in uno stato di cose come quello descritto, il recesso dai trattati multilaterali abbia assunto un ruolo di primo piano tanto nelle dinamiche fra i diversi Paesi, quanto in quelle fra gli Stati e le organizzazioni internazionali, essendosi il suo impiego in molti casi verificato per ragioni di natura prettamente politica.⁵ Negli ultimi anni il fenomeno della denuncia⁶ ha avuto ad oggetto accordi relativi

¹ Riferendosi con tale espressione a quella «institutional form which coordinates relations among three or more states on the basis of "generalized" principles of conduct», ossia sulla base di principi che «specify appropriate conduct for a class of actions, without regard to the particularistic interests of the parties or the strategic exigencies that may exist in any specific occurrence». Cfr. J. G. Ruggie, *Multilateralism: The anatomy of an institution*, in *International Organization*, Vol. 46, No. 3, 1992, p. 571.

² Sul tema della crisi del multilateralismo si vedano, fra gli altri, G.H. Brundtland, *The UN @75. The Future of Partnership and Multilateralism*, in *Global Governance*, 26, 2020, pp. 545–552; B. Jones, S. Malcorra, *Competing for Order. Confronting the Long Crisis of Multilateralism*, Editorial Instituto de Empresa, 2020; J. Ikenberry, *A World Safe for Democracy: Liberal Internationalism and the Crises of Global Order*, Yale University Press, 2020.

³ Cfr. United Nations, *Secretary-General's Address to the General Assembly*, 25 settembre 2018, <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2018-09-25/secretary-generals-address-the-general-assembly-delivered-trilingual-scroll-further-down-for-all-english>>.

⁴ Messa in discussione che, per quanto attiene agli Stati Uniti, è giunta sino alla decisione di recedere dell'Organizzazione mondiale della sanità. Come noto, comunque, la denuncia dell'accordo, avvenuta il 6 luglio 2020 ad opera dell'amministrazione Trump è stata revocata dall'amministrazione Biden nel gennaio del 2021.

In relazione alle difficoltà incontrate dalla cooperazione internazionale nell'ambito dell'emergenza pandemica si consideri ad esempio P.D. Farah, L. Gruszczynski, M.J. Menkes, V. Bílková, *Mapping the crisis of multilateralism* in L. Gruszczynski, M. J. Menkes, V. Bilkova, P. D. Farah (a cura di), *The Crisis of Multilateral Legal Order. Causes, Dynamics and Implications*, Routledge, Londra/New York, 2022.

⁵ Va rilevato che non sempre il recesso o la sua minaccia hanno lo scopo di mettere in discussione la cooperazione con gli altri Stati. In alcuni casi l'obiettivo sotteso all'impiego di tale istituto è quello di promuovere la rimodulazione degli obblighi internazionali. Sul punto si veda L.R. Helfer, *Exiting Treaties*, in *Virginia Law Review*, 95, 2005, pp. 1579-1648. Per un'analisi delle diverse motivazioni che hanno mosso le ipotesi di recesso nella prassi recente si rinvia invece a M. Buscemi, L. Marotti L., *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, fasc. IV, pp. 939 e ss.

⁶ Nel corso del presente lavoro, i termini “recesso” e “denuncia” saranno utilizzati come sinonimi.

alle più svariate materie, fra le quali figurano la sanità,⁷ l'emergenza climatica,⁸ la repressione dei crimini internazionali,⁹ la tutela dei diritti umani,¹⁰ la protezione degli investimenti,¹¹ l'integrazione regionale.¹²

Ciò ha condotto naturalmente la dottrina a prestare al fenomeno un'attenzione maggiore di quella dedicatagli in precedenza¹³ e a vagliare anche aspetti lasciati a lungo in secondo piano.¹⁴

A suscitare un certo interesse è stata, fra le altre questioni, quella relativa al rapporto fra il rispetto della normativa costituzionale sulla competenza a recedere dai trattati e la validità della denuncia sul piano internazionale. Sono sorti in particolare degli interrogativi sulle possibili conseguenze che l'illegittimità costituzionale della denuncia, derivante dal mancato rispetto di quei requisiti procedurali che imporrebbero all'esecutivo di coinvolgere il potere legislativo nel processo di formazione della volontà di uscire dai trattati, potrebbe produrre sulla validità del recesso sul piano internazionale.

A fornire il presupposto per una rinnovata attenzione alla questione sono stati i conflitti sorti fra i poteri dello Stato in relazione ad alcune ipotesi di recesso operate unilateralmente dai governi nazionali e le conseguenti vicende giudiziarie che a tali contrasti sono conseguite. Facciamo riferimento in particolare al noto caso *Miller*, relativo all'intenzione del Governo britannico di attivare l'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea senza aver precedentemente ottenuto l'autorizzazione delle Camere, e

⁷ *Supra*, nota 3.

⁸ Si pensi alla decisione di recedere dall'accordo di Parigi sui cambiamenti climatici assunta nel giugno 2017 e formalizzata nel novembre 2019 da Trump (nel gennaio 2021 gli Stati Uniti hanno aderito nuovamente al trattato).

⁹ Come noto, nella seconda metà dello scorso decennio, la Corte penale internazionale è stata destinataria di una serie di notifiche di recesso. Se in alcuni casi la scelta di uscire dallo Statuto di Roma è stata poi revocata (si pensi al caso del Sudafrica e del Gambia), in altri (come per il Burundi e le Filippine) il recesso è divenuto effettivo. Il tema del recesso dallo Statuto di Roma sarà trattato più approfonditamente nel secondo capitolo.

¹⁰ Emblematici, a tale riguardo, i casi dell'uscita del Venezuela (2017) e del Nicaragua (2021) dal sistema interamericano di protezione dei diritti umani, nonché quella dl 2021 della Turchia dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul). Casi, questi, di cui si discorrerà nel quarto capitolo.

¹¹ Come dimostra, ad esempio, il recesso di Bolivia, Ecuador e Venezuela dall'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).

¹² Si pensi all'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea (c.d. *Brexit*), che sarà trattata nel terzo capitolo.

¹³ Non è comunque mai mancato l'interesse della dottrina per lo studio dell'istituto, né gli autori italiani hanno negato il loro apporto all'approfondimento del tema. Si considerino, fra l'altro, A. Ciampi, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, in E. Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011, pp. 360-377; B. Conforti, A. Labella, *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*, in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 44-66; U. Villani, *Recesso (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 45 e ss.; A. Cannone, *La denuncia dei trattati internazionali nella teoria e nella prassi costituzionale italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1/1984, pp. 16 e ss.; F. Capotorti, *L'estinction et la suspension des traités*, Volume 134, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1971.

Per quanto attiene agli ultimi anni, si considerino ad esempio i contributi contenuti nel fascicolo n. 17/2020 di *federalismi.it* (a cura di Jacopo Alberti, Ilaria Anrò, Martina Buscemi, Benedetta Cappiello, Luigi Crema, Loris Marotti e Giulia Vallar), espressamente dedicato al tema del recesso.

¹⁴ Sui diversi filoni di ricerca che, negli anni, si sono succeduti in merito al tema, si consideri Helfer L.R., *Taking Stock of Three Generations of Research on Treaty Exit*, in *Israel Law Review*, vol. 52, n. 1, 2019, p. 103 e ss.

alla causa promossa in Sudafrica dalla *Democratic Alliance* per far dichiarare l'illegittimità della notifica di recesso dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, depositata in via unilaterale dall'esecutivo. Pur in base a percorsi logico-argomentativi differenti e con pronunce di portata diversa,¹⁵ i giudici nazionali hanno negato in entrambi i casi la sussistenza di una autorità esclusiva dell'esecutivo in materia di uscita dagli accordi e, benché i loro ordinamenti non contenessero norme in tal senso, hanno riconosciuto la necessità di coinvolgere il potere legislativo nel processo di formazione della volontà di recedere affinché il procedimento potesse considerarsi legittimo.

Nel primo caso la decisione ha spinto il Governo a ottenere l'autorizzazione del Parlamento prima di procedere alla notifica, nel secondo la declaratoria di incostituzionalità ha indotto l'esecutivo a revocare la notifica di recesso già depositata, interrompendo così il procedimento di uscita.

L'adempimento delle sentenze ha fatto sì che l'illegittimità costituzionale del recesso fosse scongiurata, nel caso britannico, o che vi fosse posto rimedio tramite la revoca, nel caso sudafricano. Cosa sarebbe avvenuto, tuttavia, laddove un governo, in casi analoghi a quelli menzionati, avesse deciso comunque di procedere con la denuncia del trattato senza aver previamente ottenuto l'autorizzazione parlamentare o non avesse revocato l'intenzione di recedere già comunicata?

Allorché non sia il trattato stesso a creare i presupposti per far valere anche sul piano internazionale l'illegittimità del recesso, il diritto internazionale non pare offrire alcuna rilevanza all'eventuale violazione della normativa interna sulla competenza a denunciare gli accordi, se si considera l'approccio alla materia delineato dalle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Il trattato di codificazione, difatti, non presenta per quest'ultima ipotesi una norma analoga a quella prevista in materia di stipula dall'articolo 46. Quest'ultima disposizione effettua un chiaro rinvio agli ordinamenti interni, prevedendo in via eccezionale la possibilità per uno Stato di annullare il proprio consenso alla conclusione di un accordo laddove esso sia viziato dalla violazione manifesta di una norma interna di importanza fondamentale sulla competenza a stipulare.¹⁶

Viceversa, per l'ipotesi in cui una simile violazione caratterizzi il procedimento di formazione della volontà di recedere sul piano statale, la Convenzione di Vienna non riconosce né allo Stato le cui norme siano state violate né agli altri Stati membri di invocare detta difformità come base per contestare la validità del recesso. Tale approccio determina che, anche laddove la necessità di ottenere l'autorizzazione del Parlamento alla notifica di recesso imponga dei limiti al potere dell'esecutivo sul piano interno, sul piano internazionale la sua competenza a manifestare la volontà dello Stato sia di

¹⁵ Che saranno esaminati, rispettivamente, nel secondo e nel terzo capitolo.

¹⁶ Tale rinvio, come si dirà nel prosieguo, va ad innescare una dinamica di c.d. adattamento a rovescio, ossia di adattamento del diritto internazionale a quello statale.

fatto assoluta, potendo il Capo dello Stato, il Capo del Governo o il Ministro degli esteri dichiarare, in modo vincolante, un'intenzione di recedere non correttamente formata.¹⁷

Tuttavia, i mutamenti del contesto che si sono verificati successivamente alla redazione della Convenzione di Vienna, tanto sul piano interno agli Stati quanto su quello internazionale, devono a nostro avviso indurre a mettere in discussione l'approccio appena descritto in quanto inattuale e a considerare ormai ingiustificata la differenza di trattamento riservata dal diritto internazionale alla competenza a stipulare e a quella a recedere.

Al fine di dimostrare questa tesi, si esamineranno nel primo capitolo gli sviluppi complessivi che hanno caratterizzato l'allocazione statale della competenza a recedere dai trattati internazionali negli ultimi decenni, mostrando come le stesse rivelino una tendenza, sul piano normativo, al progressivo coinvolgimento degli organi legislativi e all'apposizione di limiti al potere esecutivo. L'indagine sarà condotta avvalendosi di ricognizioni su larga scala.

In secondo luogo, nei due capitoli successivi, si mostrerà che tale tendenza è confermata, anche in ordinamenti in cui il riparto di competenze in materia di recesso non sia previsto da fonti normative scritte o non sia stato fissato in base alla prassi, da sentenze come quelle già menzionate o come quella, di cui la dottrina finora non ha tenuto sufficientemente conto per quanto concerne il tema qui affrontato, relativa al recesso delle Filippine dallo Statuto di Roma. Si evidenzierà infatti che tali casi giurisprudenziali, oltre a mettere in discussione la proverbiale acquiescenza del potere legislativo rispetto ad atti incostituzionali compiuti dall'esecutivo sul piano internazionale e a mostrare il ruolo che il potere giudiziario può svolgere in relazione alla valutazione della legittimità del recesso, confermano una complessiva messa in discussione della tradizionale prerogativa dei governi in materia di denuncia degli accordi.

La nostra attenzione si rivolgerà poi, nel quarto capitolo, ad alcuni rilevanti sviluppi riscontrabili nel contesto internazionale, i quali, a nostro avviso, non hanno ricevuto adeguata considerazione da parte della dottrina nonostante il loro grande rilievo nell'economia della questione. Ci si riferisce ad ipotesi nelle quali è stato attribuito un peso determinante al rispetto delle norme costituzionali sulla formazione delle volontà di recedere come condizione di validità della denuncia sul piano internazionale. Sarà anzitutto esaminato l'art. 50(1) del Trattato sull'Unione Europea, il quale riconosce agli Stati membri il diritto di «decidere, *conformemente alle proprie norme costituzionali*, di recedere dall'Unione».¹⁸ In relazione a questa disposizione, si mostrerà come, in virtù di un'interpretazione che prenda in considerazione tanto i lavori preparatori che hanno condotto alla

¹⁷ Come noto, infatti, l'art. 67 della Convenzione di Vienna attribuisce in via presuntiva a questi soggetti la competenza a sottoscrivere lo strumento con cui lo Stato comunica la propria intenzione di recedere.

¹⁸ Corsivo aggiunto.

redazione della clausola di uscita, quanto i valori della democrazia e dello stato di diritto consacrati dagli art. 2 e 49 TUE, si debba necessariamente considerare il rispetto delle procedure costituzionalmente previste come condizione per la validità del recesso sul piano sovranazionale.

Oltre all'ipotesi appena menzionata, si evidenzierà il ruolo determinante riconosciuto al rispetto delle norme interne in materia di recesso dall'opinione consultiva OC-26/20 della Corte interamericana dei diritti umani. In detto parere sono stati infatti individuati alcuni parametri per valutare la buona fede di uno Stato nella decisione di recedere dalla Convenzione Americana e dalla Carta OSA, fra i quali figurano proprio il rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti nonché il carattere democratico della decisione. Nel proprio parere, la Corte ha inoltre evidenziato la necessità che la decisione di recedere sia oggetto di un dibattito plurale e democratico all'interno dello Stato e che, per consentire ciò, si dovrebbe applicare il parallelismo delle forme, così da garantire un coinvolgimento del Parlamento in tutti quei casi in cui una partecipazione analoga si sia verificato in sede di adesione agli accordi.

Al di là del valore che dette ipotesi assumono di per sé nel mostrare la possibilità di riconoscere anche sul piano internazionale un peso alla conformità costituzionale del recesso (per lo meno in relazione a trattati di natura analoga), sarà evidenziato il fatto che le stesse si inseriscono nel solco di una più ampia tendenza dell'ordinamento internazionale a promuovere concetti come la sovranità popolare, la democrazia rappresentativa e lo stato di diritto, quali presupposti per la cooperazione fra gli Stati e per la salvaguardia degli interessi della comunità internazionale.

Si sottolineerà infine come i risultati dell'esame condotto sul piano statale e sul piano internazionale, rivelando un sostanziale mutamento di contesto rispetto a quello sussistente al momento della redazione della Convenzione di Vienna e suggerendo l'esigenza di salvaguardare la separazione dei poteri anche nell'ambito della competenza a recedere, inducano a ritenere ormai anacronistica la mancata attribuzione di rilevanza alla normativa interna da parte del trattato di codificazione. Tali considerazioni ci spingeranno quindi a ricercare, tramite l'interpretazione delle norme della stessa Convenzione di Vienna, soluzioni per salvaguardare tanto gli interessi dello Stato le cui norme siano state violate quanto quelli degli altri Stati membri di un accordo.

Capitolo 1

La disciplina interna della competenza a recedere dai trattati: un quadro d'insieme

Sommario

1. Introduzione. – 2. La disciplina del recesso nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. – 3. L'allocazione interna della competenza a concludere i trattati. - 4. L'allocazione interna della competenza a recedere dai trattati internazionali. – 5. La *political question doctrine* e la sua messa in discussione: il caso statunitense. - 6. Gli argomenti posti a sostegno della competenza esclusiva dell'esecutivo e quelli in favore del coinvolgimento parlamentare.

1. Introduzione

Le regole generali applicabili alla denuncia degli accordi internazionali sono contenute nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e fungono da norme sussidiarie per l'ipotesi in cui non sia lo stesso trattato oggetto di recesso a disciplinare le condizioni e il procedimento di uscita. Se la Convenzione di Vienna e, spesso, i singoli accordi internazionali disciplinano le modalità con cui gli Stati sono tenuti a manifestare sul piano internazionale l'intenzione di denunciare un trattato, né la prima né, nella maggior parte dei casi, i secondi, contengono regole attinenti alla procedura interna di formazione di detta volontà.

Difatti, analogamente a quanto avviene in relazione alla conclusione dei trattati, anche in materia di recesso sussistono sia regole di diritto internazionale sia norme di diritto interno che disciplinano le procedure di uscita dai trattati, perseguendo però differenti obiettivi. Le prime, infatti sono volte prevalentemente a stabilire criteri chiari ed oggettivi in virtù dei quali la manifestazione della volontà di recedere di uno Stato possa, sul piano internazionale, essere considerata valida e, una volta che il procedimento si sia correttamente compiuto, la partecipazione dello Stato possa legittimamente considerarsi conclusa. Le seconde, invece, perseguono naturalmente obiettivi propri dell'ordinamento statale, afferenti in particolare alla separazione dei poteri, alla ricerca di un equilibrio fra gli stessi, in ragione delle loro competenze, e all'individuazione di un livello adeguato di democraticità della decisione.

A parte alcuni casi specifici – di cui si tratterà nel prosieguo – le modalità con cui detto processo decisionale deve svolgersi, così come la ripartizione delle rispettive competenze fra i poteri dello Stato, sono quindi rimesse dal diritto internazionale alla disciplina dei singoli ordinamenti statali, i quali,

come è facile intuire, adottano approcci differenti in conseguenza dei diversi obiettivi e delle differenti concezioni politiche da cui sono caratterizzati.

Al netto di queste differenze nella disciplina adottata, dagli anni Ottanta del Novecento si è assistito ad una chiara tendenza, sul piano normativo e giurisprudenziale, al progressivo coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nelle scelte relative alla denuncia degli accordi. Tendenza questa che si innesta in una più generale propensione al riconoscimento di un ruolo del potere legislativo nella formazione delle decisioni relative alla vita dei trattati sin dal momento della stipula.

Ciò che emerge da tali dati è pertanto un progressivo allontanamento dal paradigma dell'esecutivo come potere egemone in materia di recesso dagli accordi internazionali. Allontanamento caldeggiato anche da una parte della dottrina costituzionalistica dei vari Stati, che mette in discussione il ruolo esclusivo dei governi ravvedendo nel recesso una fonte di conseguenze non meno rilevanti rispetto alla stipula e, quindi, non meno meritevole di un controllo da parte del potere legislativo. Dette tendenze e detta consapevolezza, come si osserverà nei capitoli successivi, trovano conferma anche in alcune delle più recenti sentenze relative all'allocazione della competenza in materia di recesso.

Nel presente capitolo, dopo una breve descrizione della disciplina del recesso contenuta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, si intende invece fornire un quadro generale delle tendenze al progressivo coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel *treaty-making*, tanto in relazione ai procedimenti di stipula quanto a quelli di denuncia degli accordi, così da evidenziare la progressiva affermazione, in un numero crescente di ordinamenti, del principio del parallelismo delle forme fra le modalità di formazione della volontà di entrare e di uscire dagli accordi.

Si procederà poi a mostrare che anche in un ordinamento come quello statunitense, in cui l'opinione maggioritaria della dottrina pare riconoscere un potere autonomo del Presidente in materia di denuncia, sussistono presupposti per riconoscere oggi la giustiziabilità delle controversie concernenti la legittimità costituzionale del recesso e per attribuire un ruolo al Congresso nei procedimenti di uscita dai trattati. L'esame del modello statunitense risulta utile in virtù dell'influenza che concetti e teorie elaborate in tale contesto possono avere su altri ordinamenti, come dimostrato dalla sentenza della Corte suprema filippina sul recesso dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale.¹

Infine si evidenzierà che, se sussistono tradizionali argomenti su cui viene fondata l'opportunità di un ruolo autonomo dell'esecutivo in materia di recesso, non mancano elementi in favore di un coinvolgimento del poter legislativo, che fanno leva sul principio democratico e sullo stato di diritto.

¹ Caso che sarà trattato nel capitolo 2.

2. La disciplina del recesso nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati

Come noto, a disciplinare la materia del recesso sul piano internazionale è la parte V della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, sezione che, nel fissare delle deroghe alla regola generale del *pacta sunt servanda*, persegue la finalità di garantire un bilanciamento fra l'interesse alla stabilità dei trattati e quello alla flessibilità nei rapporti fra le parti.²

È l'art. 42(2) che, anzitutto, detta la regola generale secondo la quale la denuncia può avvenire solamente in applicazione delle disposizioni del trattato da cui si intenda uscire o, in loro assenza, in base a quelle contenute nella stessa Convenzione. La regola che impone alle parti di uscire in conformità con le regole fissate dall'accordo è ribadita alla lettera (a) dell'art. 54, articolo che prevede, alla lettera (b), la possibilità che il recesso di uno Stato possa avvenire, in qualsiasi momento, col consenso di tutte le parti e previa consultazione degli altri Paesi contraenti.³ Entrambe le lettere della disposizione, come è evidente, sono improntate al principio consensualistico, dal momento che contemplano l'ipotesi che gli Stati, in quanto padroni dei trattati, abbiano prestato il proprio consenso all'uscita in sede di conclusione dell'accordo, tramite l'inserimento delle relative clausole (lett. a), o che acconsentano in un momento successivo (lett. b).⁴

Nel caso in cui l'accordo in oggetto non preveda nulla in relazione alla facoltà delle parti di recedere, viene in rilievo l'art. 56, il quale nega la possibilità di sciogliersi dai vincoli pattizi, a meno che venga stabilito che le parti intendessero ammettere detta facoltà o allorché il diritto di recedere possa essere desunto dalla natura del trattato.⁵

² In base alle intenzioni espresse dai relatori presso la Commissione di diritto internazionale e dai rappresentanti degli Stati alla Conferenza di Vienna. Cfr. T. Giegerich, *Article 54*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2018, pp. 1016-1017.

³ Quest'ultima ipotesi, in particolare, determina per gli Stati che intendano recedere l'onere di entrare in consultazione con quei Paesi che abbiano prestato il proprio consenso a vincolarsi ma per i quali il trattato non sia ancora entrato in vigore. Cfr. J. Hill, *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2023, p. 296.

⁴ Cfr. T. Giegerich, *Article 54*, cit.

⁵ In queste ultime ipotesi, il secondo paragrafo della disposizione impone comunque allo Stato recedente di notificare la propria intenzione alle altre parti con un preavviso di almeno dodici mesi. Inoltre, stante il carattere eccezionale assunto in questi casi dalla facoltà di uscire, spetta alla parte recedente l'onere di dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti. Cfr. J. Hill, *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, cit., p. 297.

Sulla dialettica in seno alla Commissione di diritto internazionale che condusse alla soluzione di compromesso rappresentata dall'art. 56 si rinvia a T. Giegerich, *Article 56*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., pp. 1041 e ss. nonché a L. Helfer, *Terminating Treaties*, in D.B. Hollis (a cura di), *The Oxford Guide to Treaties*, 2020, p. 634 e ss.

In merito all'evoluzione della prassi applicativa dell'articolo 56 e sulla rilevanza della disposizione nel contesto attuale si rinvia, fra gli altri, a M. Buscemi, *Escaping without an Exit Door? Some Remarks on Article 56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Light of the Recent Practice*, in G. Pascale e S. Tonolo (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 157-185.

Per quanto attiene alle regole procedurali generali predisposte dalla Convenzione, l'articolo 65 fa da apripista ad una serie di disposizioni che, con l'obiettivo di promuovere la stabilità dei trattati e la sicurezza delle relazioni internazionali, fissano dei requisiti volti ad evitare che gli Stati possano fare arbitrariamente ricorso al recesso – così come alla sospensione dell'accordo – al fine di rifuggire i propri obblighi internazionali.⁶ Conseguentemente, l'art. 65 dispone che lo Stato che voglia recedere da un accordo⁷ notifichi alle altre parti la propria intenzione tramite un documento in cui siano indicati tanto la misura che si propone di adottare quanto le ragioni della stessa.⁸

Le altre parti, entro tre mesi dalla notifica – salvo ipotesi di particolare urgenza –, hanno la possibilità di sollevare le obiezioni che ritengano opportune rispetto al recesso. Laddove gli altri Stati non lo facciano, il Paese recedente può eseguire la misura proposta nelle modalità sancite dall'art. 67. Viceversa, in presenza di obiezioni – e sempre che non sussista fra le parti una clausola di soluzione delle controversie – gli Stati sono tenuti, ai sensi dell'art. 65(3), a ricercare una soluzione pacifica della controversia, ricorrendo ai mezzi indicati dall'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite, quali, ad esempio, negoziazione, mediazione o arbitrato.⁹

⁶ Ad avviso della Corte internazionale di Giustizia nel caso *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, gli articoli 65-67 della Convenzione «if not codifying customary law, at least generally reflect customary international law and contain certain procedural principles which are based on an obligation to act in good faith». Cfr. *ICJ Reports 1997*, p. 66, par. 109. Sulla natura consuetudinaria di dette disposizioni sono state sollevate numerose perplessità, stante la penuria della prassi statale. In relazione all'art. 66, in particolare, à la stessa Corte ad aver peraltro negato il carattere consuetudinario della norma in occasione del giudizio sul caso *Affaire del activité armées sur le territoire du Congo*. *ICJ Reports, 2006*, p. 52, par. 125. L'opinione maggiormente condivisa in dottrina è che l'introduzione di dette regole abbia rappresentato uno sforzo della Commissione di diritto internazionale verso lo sviluppo progressivo del diritto dei trattati. Invero, a sostegno di tale tesi depone quanto evidenziato nel commentario alla bozza finale della Convenzione, in cui, in merito all'attuale art. 65, si riporta che «the establishment of the procedural provisions of the present article as an integral part of the law relating to the invalidity, termination and suspension of the operation of treaties would be a valuable step forward». Nella stessa sede si specifica inoltre che «[t]he express subordination of the substantive rights arising under the provisions of the various articles to the procedure prescribed in the present article and the checks on unilateral action which the procedure contains would, it was thought, give a substantial measure of protection against purely arbitrary assertions of the nullity, termination or suspension of the operation of a treaty». Cfr. *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 263.

Sulla questione si vedano, fra l'altro, H. Krieger, *Article 65*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, cit., pp. 1212 e ss; M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, 2009, p. 813 e 843-844.

⁷ Gli stessi requisiti procedurali, come noto, si applicano anche laddove uno Stato intenda invocare un motivo di estinzione, di invalidità o di sospensione.

⁸ Per un'analisi approfondita della disciplina del recesso contenuta nella Convenzione di Vienna e della sua applicazione si vedano, fra gli altri, M. Buscemi, L. Marotti, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, fasc. IV, p. 945 e ss.; A. Ciampi, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, cit., p. 360 e ss.

⁹ Se non viene raggiunta una soluzione entro 12 mesi dalla data in cui è stata sollevata l'obiezione, o perché si è creata una situazione di stallo tra le parti della controversia o perché una o più parti sono riluttanti ad accettare una particolare forma di risoluzione delle controversie, a partecipare a tale procedura, o ad accettare la soluzione proposta, l'art. 66 della Convenzione consente tanto allo Stato che ha effettuato la notifica quanto a quelli che abbiano sollevato obiezioni di avviare unilateralmente – a seconda della natura della controversia – una delle seguenti procedure. Se la controversia riguarda l'applicazione o l'interpretazione degli articoli 53 o 64, una qualsiasi delle parti può, mediante domanda scritta, sottoporla alla Corte internazionale di giustizia, a meno che le parti non decidano di comune accordo di sottoporre la controversia all'arbitrato (articolo 66(a)). Se, invece, la controversia riguarda l'applicazione o l'interpretazione di uno qualsiasi degli altri articoli della Convenzione o l'interpretazione di uno qualsiasi degli altri articoli della Parte V della Convenzione, una delle

A completare le previsioni dell'articolo appena descritto è l'art. 67 della Convenzione, il quale – laddove manchi una specifica clausola nel trattato –,¹⁰ da un lato, va a disciplinare le caratteristiche che lo strumento di notifica dell'intenzione di recedere deve assumere e, dall'altro, individua i soggetti competenti a dichiarare la volontà statale.

Il primo paragrafo della disposizione impone infatti che lo strumento con cui è manifestata alle altre parti tale intenzione abbia forma scritta¹¹ e il secondo prevede che, la notifica debba recare la sottoscrizione del Capo dello Stato, del Capo di Governo o del Ministro degli affari esteri o, altrimenti, di rappresentanti statali che siano in grado di esibire i pieni poteri.¹²

3. *L'allocazione interna della competenza a concludere i trattati*

Il potere di stipulare accordi internazionali, è stato tradizionalmente considerato un aspetto intrinseco della *summa potestas* esercitata dal monarca.¹³ Il regnante, detentore del potere sovrano in epoca

parti può avviare la procedura dinanzi alla Commissione di conciliazione istituita ai sensi dell'Allegato alla Convenzione presentando una richiesta in tal senso al Segretario al Segretario generale delle Nazioni Unite (articolo 66(b)).

¹⁰ Cfr. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 841.

¹¹ Lo strumento di notifica può essere costituito da qualunque tipo di documento scritto, anche avente natura informale. Cfr. J. Hill, *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, cit., pp. 309-310 e H. Krieger, *Article 67*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, cit., p. 1256.

¹² Con quest'ultima espressione si fa riferimento, come noto, ad un documento prodotto dall'autorità competente di uno Stato che designa uno o più soggetti come rappresentanti del Paese al fine di negoziare, adottare o autenticare il testo di un trattato, di esprimere il consenso a vincolarsi all'accordo o di compiere un qualsiasi altro atto in relazione allo stesso, ivi compresa, appunto, la notifica di recesso. In base all'art. 2.1(c), infatti, «“full powers” means a document emanating from the competent authority of a State designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty».

L'istituto affonda le proprie radici nell'antichità, allorché il sovrano di un Paese – competente ad agire in via personale negli affari esteri – in caso di necessità attribuiva ad altri soggetti i pieni poteri per consentire loro di agire come suoi rappresentanti personali. Il concetto cambiò nel XVI secolo, con la nascita degli Stati come attori dotati di personalità giuridica, i trattati persero la loro natura quasi personale e il sovrano e i suoi rappresentanti iniziarono ad agire non più per conto proprio, ma per conto dello Stato. Grande rilevanza assunse il linguaggio esatto dei pieni poteri, sia perché conferivano al rappresentante il potere di vincolare lo Stato tramite la propria firma, sia perché, quando nel XVII secolo sorse la prassi della ratifica successiva, ci si aspettava che il sovrano ratificasse il trattato allorché il rappresentante avesse agito nei confini dei propri pieni poteri. Viceversa, l'importanza dei pieni poteri diminuì nei secoli successivi allorché i sovrani iniziarono a rifiutare la ratifica col pretesto che l'agente avesse oltrepassato i propri poteri, trasformando di fatto l'obbligo di ratificare gli accordi in una mera opzione. Si veda sul punto F. Hoffmeister, *Article 7*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 130 e ss.

¹³ Se Burlumaqui affermava che «[i]l n'y a que le Souverain qui puisse faire des Alliances & des Traités, ou par lui-meme ou par ses Officiers & ses Ministres.» (cfr. J-J. Burlumaqui, *Principes du droit politique*, vol. 1, 1763, p. 188) Rousseau, sosteneva che «[l]'exercice extérieur de la Puissance ne convient point au Peuple; les grandes maximes d'Etat ne sont pas A sa portée; il doit s'en rapporter là-dessus à ses chefs qui, toujours plus éclairés que lui sur ce point, n'ont guère intérêt à faire au-dehors des traités désavantageux à la Patrie». Cfr. J-J. Rousseau, *Lettre écrites de la montagne*, 1764, in *Collection complète des oeuvres*, Ginevra, 1780-1789, vol. 6, p. 300.

A sua volta Locke, pur separando il potere esecutivo da quel potere federativo concernente la guerra, la pace, le alleanze e tutti gli affari al di fuori del *commonwealth*, riteneva che «both of them requiring the force of the society for their exercise, it is almost impracticable to place the force of the commonwealth in distinct and not subordinate hands, or that the executive and federative power should be placed in persons that might act separately, whereby the force of the public would be under

assolutistica, aveva fra le altre prerogative quella di rappresentare lo Stato nelle relazioni esterne in quanto detentore dello *ius repraesentationis omnimodae*.¹⁴ Pur non volendo dare un valore assoluto a tale affermazione – dal momento che in determinati contesti la conclusione dei trattati è stata volontariamente assoggettata dal sovrano alla previa consulenza o approvazione del potere legislativo¹⁵ e che non tutti i sovrani detenevano un potere illimitato di stipula¹⁶ – si può condividere l'idea che il *treaty-making power* sia rimasto generalmente una prerogativa dell'esecutivo sino al diciottesimo secolo.¹⁷

Un netto discostamento da questo paradigma venne introdotto dalla Costituzione federale degli Stati Uniti d'America, entrata in vigore nel 1789. L'art. 2 sez. II di tale carta – tutt'ora in vigore – vincola infatti la conclusione degli accordi internazionali da parte del Presidente al previo *advice and consent* del Senato, espresso dalla maggioranza dei due terzi dei presenti. Tale norma – la c.d. *treaty clause* – che introduceva per la prima volta l'obbligo di coinvolgere il potere legislativo nelle procedure di stipula dei trattati, rappresentava uno dei compromessi necessari per realizzare il passaggio dalla struttura confederale a quella federale, giacché coinvolgeva nelle procedure di stipula la camera rappresentativa dei diversi Stati parte della federazione e consentiva quindi di salvaguardare, almeno formalmente, la sovranità degli stessi. Era opinione di uno dei padri fondatori degli Stati Uniti, Alexander Hamilton, che il *treaty power* non appartenesse all'esecutivo poiché, sebbene quest'ultimo rappresentasse l'agente più adatto alla negoziazione degli accordi, «the vast importance of the trust, and the operation of treaties as laws, plead strongly for the participation of the whole or a portion of the legislative body in the office of making them». L'affidamento dell'intero *treaty-making power* al Presidente avrebbe sollevato dei rischi, data la durata limitata del suo mandato e i possibili abusi che

different commands, which would be apt some time or other to cause disorder and ruin.», cfr. J. Locke, *The Second Treatise of Civil Government*, Awnsham Churchill, Londra, 1690, p. 196.

Cfr. C. Wolff, *Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractorum*, vol. 2, Clarendon Press Oxford, 1934, pp. 370, 372, 423.

¹⁴ Il britannico Blackstone faceva rientrare nelle prerogative regie il potere di concludere gli accordi, sostenendo che «[w]ith regard to foreign concerns, the king is the delegate or representative of his people. It is impossible that the individuals of a state, in their collective capacity, can transact the affairs of that state with another community equally numerous as themselves». Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, J.B. Lippincott Company, Philadelphia, 1893, p. 252.

¹⁵ Cfr. A. Peters, *Treaty Making Power*, in A. Peters and R. Wolfrum (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press online, 2009, par. 85.

¹⁶ Vattel, pur sostenendo che «[l]e Souverain qui possède l'empire plein et absolu, est sans-doute en droit de traiter au non de l'État, qu'il représente, et ses engagements lient toute la nation» evidenziava che «tous les conducteurs des Peuples n'ont pas le pouvoir de faire seuls des traités publics: quelques-uns sont astreints à prendre l'avis d'un Sénat, ou des Représentants de la Nation. C'est dans les Loix fondamentales de chaque État, qu'il faut voir quelle est la Puissance capable de contracter validement au nom de l'État». Cfr. E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires de Nations et des Souverains* in JB Scott (a cura di), *The Classics of International Law*, vol. 3, Carnegie Institution Washington, 1916, 154.

¹⁷ Cfr. L. Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, 1971, p. 9.

lo stesso avrebbe potuto fare del potere, a fronte delle conseguenze a lungo termine che la stipula di un accordo avrebbe potuto produrre sugli Stati Uniti.¹⁸

Successivamente, le costituzioni francesi, di matrice rivoluzionaria, imposero a loro volta il coinvolgimento del potere legislativo nella stipula dei trattati. La carta del 1792, in particolare, riservava al Corpo legislativo il potere di ratificare i trattati di pace, di alleanza e di commercio. Tuttavia queste norme avrebbero avuto vita breve, dal momento che l'istituzione del primo Impero e la successiva restaurazione avrebbero ricondotto la disciplina del *treaty-making power* allo *status quo ante*.

Un passaggio decisivo verso quella che è stata definita la democratizzazione¹⁹ della disciplina sulla competenza a stipulare e verso il declino della competenza esclusiva dell'Esecutivo si sarebbe verificato nel XIX secolo, di pari passo con l'affermazione dello Stato di diritto e con la progressiva diffusione in Europa di sistemi costituzionali di tipo parlamentare-borghese.

In questa fase, quella struttura basata sulla concentrazione dei poteri nelle mani del monarca – che aveva caratterizzato l'*ancien regime* – cedette il passo a sistemi incentrati sulla coesistenza – e spesso sulla contrapposizione – di centri di potere distinti e portatori di interessi politici differenti, quali l'esecutivo e le assemblee legislative di origine elettiva. Dal momento che le nuove strutture costituzionali imponevano di cercare un equilibrio fra i differenti interessi rappresentati dagli organi statali e – per quanto ci riguarda in questa sede – fra quelli interessati dalla stipula dei trattati, in tali codificazioni furono sovente introdotte disposizioni volte a stabilire un controllo dei Parlamenti sull'esercizio del *treaty-making power* da parte dell'Esecutivo, così da salvaguardare le funzioni del potere legislativo. Chiaro esempio di detta tipologia di disposizioni è rinvenibile nella Costituzione belga del 1831, che all'art. 68 dettava la comunicazione da parte del Re alle Camere in merito alla stipula di accordi di pace e di alleanza e che imponeva l'assenso del Parlamento per la conclusione di trattati su determinate materie. Fra questi, gli accordi commerciali o quelli che comportavano oneri finanziari al Paese o ai suoi cittadini. La norma disponeva inoltre che nessuna cessione, scambio o aggiunta di territori potesse avvenire senza una legge. La disciplina belga fu di ispirazione per altri ordinamenti europei e, in particolare, per quelli che subirono mutamenti degli assetti costituzionali verificatisi in seguito ai moti rivoluzionari del 1848.²⁰

¹⁸ A differenza di quanto sarebbe avvenuto per un monarca ereditario che, «though often the oppressor of his people, has personally too much stake in the government to be in any material danger of being corrupted by foreign powers». Cfr. A. Hamilton, *Federalist no. 75. The Treaty Making Power of the Executive*, <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493467>>.

¹⁹ Di democratizzazione ha parlato lo stesso Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, p. 9.

²⁰ Trassero ispirazione da tale disposizione lo Statuto albertino del 1848, la costituzione prussiana del 1850, le costituzioni greche del 1844 e del 1864, le leggi fondamentali austriache del 1867, la costituzione del Lussemburgo del 1868, quella del secondo Reich del 1871, la legge costituzionale francese del 1875 e la carta olandese del 1887.

Il requisito della previa approvazione parlamentare ebbe successivamente una rapida e massiccia diffusione, coprendo in certi ordinamenti trattati ulteriori, come quelli di pace e di alleanza, quelli attinenti alle cessioni territoriali. Esso si estese anche ad accordi che imponevano oneri alle finanze statali o che incidevano sui diritti – in particolare sui diritti umani – e sui doveri dei cittadini, subendo quindi un’evoluzione parallela all’espansione degli accordi e delle materie da essi coperte.

L’introduzione di norme che rendevano necessario, sul piano interno, il coinvolgimento del potere legislativo nella stipula degli accordi internazionali determinò, specialmente in ambito europeo, il declino della competenza esclusiva dell’esecutivo, la quale, a parte alcune eccezioni,²¹ venne meno in tutto il continente per poi riaffacciarsi solamente nella parentesi dei regimi totalitari.²²

Anche i Paesi che erano stati oggetto di colonizzazione, sprovvisti in un primo momento di simili vincoli in materia di conclusione dei trattati, adottarono successivamente norme volte a limitare il potere dell’esecutivo. Va evidenziato che in molti Stati – come ad esempio quelli già appartenuti al blocco sovietico a partire dagli anni ’80 del Novecento – l’introduzione di una disciplina volta a garantire la partecipazione del potere legislativo è andata di pari passo con i processi di democratizzazione e con l’introduzione di carte costituzionali.²³

L’imposizione di simili requisiti ha comportato una maggiore articolazione dei procedimenti di stipula dei trattati, poiché ha fatto sì che gli accordi – o almeno quelli di maggior rilievo – dovessero attraversare tre distinti passaggi prima di poter entrare in vigore. Fra la firma e la ratifica da parte dell’esecutivo si andava infatti ad inserire il requisito dell’approvazione del Parlamento sul piano interno, da conferire in certi casi – come appunto in quello statunitense – con voto della maggioranza qualificata.²⁴

Il modello belga, basato sulla necessità dell’avallo del potere legislativo per trattati che comportavano modifiche al diritto interno, ricevette un accoglimento ancora più ampio nel secondo dopoguerra e la sua affermazione andò di pari passo con l’incremento degli accordi stipulati nonché, soprattutto, con l’ampliamento delle materie da essi coperte. Tali fattori andavano infatti ad ampliare l’impatto dei trattati sulla vita degli Stati e, in molti casi, facevano sì che l’attività di conclusione degli accordi

²¹ Come la costituzione russa del 1906, che attribuiva allo Zar una potestà esclusiva in materia.

²² L’art 14 della costituzione spagnola del 1942 prevedeva, ad esempio, che le *Cortes* fossero solamente sentite nel caso di ratifica di trattati riguardanti materie di loro competenza. Da analoga disciplina furono connotati il regime fascista italiano e quello nazista in Germania, nonché molti ordinamenti dell’Europa centro-orientale a partire dagli anni trenta del Novecento.

²³ Cfr. P-H. Verdier, M. Versteeg, *Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal. A global survey*, in C. A. Bradley (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, OUP, Oxford, 2019, p. 135 e ss., p. 140.

²⁴ Fra i Paesi che prevedono la previa approvazione parlamentare, il 23% richiede la maggioranza qualificata per la stipula di determinati trattati, a fronte del 6% che la richiedevano nel 1946. Vari Stati europei ad esempio impongono detto requisito per trattati che attribuiscono poteri alle organizzazioni internazionali. La Germania e la Slovacchia, in particolare, lo richiedono per conferire tali poteri ai sensi dei trattati europei ma non per altre organizzazioni. Cfr. *ivi*, p. 141.

andasse a toccare ambiti di competenza dei Parlamenti e, quindi, ad incidere sulla stessa funzione legislativa.

Il requisito della previa approvazione parlamentare alla conclusione degli accordi si rendeva quindi – e si rende tutt’ora – necessaria al fine di trovare un equilibrio fra le prerogative delle assemblee legislative e l’esercizio del *treaty-making power* da parte dell’esecutivo, così da salvaguardare la separazione dei poteri e da consentire un controllo democratico – se non una vera propria partecipazione – in materia di politica estera. Ad esemplificare tale esigenza è, infatti, l’ampia diffusione del requisito che impone l’approvazione parlamentare per trattati che comportano modifiche al diritto interno.²⁵

Quindi, se quella connessa al *treaty-making* viene di base ritenuta una competenza da attribuire tendenzialmente al potere esecutivo per ragioni di rapidità, segretezza, perizia e univocità sul piano esterno,²⁶ la salvaguardia di valori peculiari delle democrazie liberali hanno indotto gli ordinamenti statali ad imporre limitazioni al potere del governo.

Assieme alla tutela delle funzioni legislative spettanti al Parlamento e, quindi, alla salvaguardia del principio della separazione dei poteri, il coinvolgimento delle assemblee va a soddisfare esigenze di legittimazione democratica delle scelte, di trasparenza e di *accountability*, oltre a promuovere il dibattito e la partecipazione pubblica su scelte idonee a produrre conseguenze di notevole portata sulla vita della comunità nazionale.²⁷

²⁵ Attualmente ad imporre espressamente tale vincolo è il 60% di quei Paesi presi in esame che prevedono la previa approvazione parlamentare. Se tali ordinamenti si sommano a quel 30% di che richiede simile partecipazione delle Camere per qualsiasi tipologia di accordo internazionale, si va a rilevare che il 90% degli Stati che stabiliscono limiti per l’esecutivo lo fanno anche per trattati che comportano modifiche alle norme interne. Cfr. *ibidem*.

Se l’imposizione di simili limiti è più frequente negli Stati che adottano un approccio tendenzialmente monista al diritto internazionale, anche alcuni ordinamenti che sposano una prospettiva tradizionalmente dualista hanno introdotto meccanismi di previo controllo parlamentare. Nel Regno Unito, ad esempio, si è affermata, sin dal 1892, la prassi di presentare dinanzi al Parlamento il testo di un trattato vincolante per il Regno Unito prima della sua ratifica, al fine di consentire alle Camere di sollevare eventuali obiezioni. Detta prassi ha assunto la qualità di convenzione costituzionale – la *Ponsonby Convention* – a partire dal 1924, quando l’allora Sottosegretario di Stato per gli Affari esteri, Arthur Ponsonby, rassicurò la Camera dei Comuni sul fatto che i trattati, una volta siglati, sarebbero stati sottoposti alla valutazione del Parlamento. La regola di base prevedeva che l’assenza di una disapprovazione da parte delle Camere avrebbe assunto il valore di approvazione. Consolidatasi sotto i governi successivi, la convenzione è stata fatta propria dal *Constitutional Reform and Governance Act 2010 (CRAG 2010)*. La sezione 20 di tale disposizione ha introdotto un procedimento che attribuisce alla Camera dei Comuni un potere di veto in merito alla ratifica degli accordi internazionali. Quest’ultima previsione compone, insieme ai vincoli imposti dall’approccio dualista, una doppia misura di precauzione a livello costituzionale. Difatti, da un lato la legge del 2010 assicura al Parlamento di avere voce in capitolo prima che l’esecutivo vincoli il Regno Unito sul piano internazionale, dall’altro la dottrina dualista impedisce al Governo di introdurre norme vincolanti a livello nazionale senza la partecipazione del potere legislativo. È pur vero che, come è stato evidenziato in dottrina, il potere di veto della Camera dei Comuni deve essere considerato alla luce del sistema partitico britannico, dominato dall’esecutivo. Tale contesto renderebbe eccezionale l’ipotesi che il potere legislativo impedisca la ratifica di un trattato. Cfr. P. Craig, *Engagement and Disengagement with International Institutions. The U.K. perspective*, in C. Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, cit., p. 399.

²⁶ Cfr. A. Peters, *Treaty Making Power*, cit., par. 81.

²⁷ La partecipazione pubblica è oggetto di forme ulteriori di valorizzazione laddove sia prevista, per la stipula di determinate categorie di trattati, l’indizione di referendum popolari. Si considerino, ad esempio gli articoli 11 e 72–74, 76, 88–85 della

Il bilanciamento di tali valori ed interessi – talvolta considerati in apparente contrapposizione – fa sì che negli ordinamenti democratici sia generalmente imposta l’approvazione parlamentare per trattati di natura politica, per accordi che concernono la partecipazione ad organizzazioni internazionali o il trasferimento di poteri alle stesse, per quelli che riguardano la difesa o questioni belliche, per trattati che impongono oneri alle finanze dello Stato, per quelli che determinano modifiche dei confini nazionali, istituiscono arbitrati o altre forme di risoluzione giudiziaria delle controversie o per gli accordi che incidono sui diritti individuali, e, in special modo, sui diritti umani.²⁸

Una regola ampiamente diffusa è che la conclusione di quei trattati il cui oggetto riguardi materie di competenza dei Parlamenti o la cui attuazione comporti modifiche all’ordinamento o imponga l’adozione di leggi (chiamati talvolta trattati di natura legislativa) richiede l’approvazione parlamentare, espressa, nella maggior parte dei casi, tramite un atto legislativo. Tale criterio presuppone una specularità fra la legittimazione democratica delle regole stabilite sul piano interno e quella delle norme formate sul piano internazionale. Difatti, così come un atto legislativo parlamentare gode di legittimazione democratica in virtù della sua provenienza, lo stesso livello di legittimazione è garantito per le norme internazionali dalla previa autorizzazione delle Camere.²⁹

Di converso, sono solitamente lasciati all’operato esclusivo dell’esecutivo trattati meno rilevanti o accordi contemplati da trattati già stipulati, che abbiano breve durata o vadano a disciplinare questioni meramente amministrative.³⁰

Ciò non toglie che, in alcuni ordinamenti che impongono determinate procedure di formazione della volontà di stipulare, si siano affermati anche procedimenti alternativi, che prevedono forme di coinvolgimento del potere legislativo differenti da quelle costituzionalmente previste o che non lo prevedono affatto. Esempio lampante di questo tipo di accordi sono quelli ricompresi nella generica categoria degli *executive agreements* statunitensi, espressione con la quale – in detto ordinamento – ci

costituzione francese, gli articoli 140 (1) (b) and 141 (1) (d) di quella svizzera o quanto previsto dalla carta fondamentale irlandese in relazione all’approvazione dei nuovi trattati europei.

²⁸ Il coinvolgimento del potere legislativo nei procedimenti di conclusione degli accordi ha trovato stabile e generale applicazione nel contesto europeo. Nessuno Stato membro del Consiglio d’Europa lascia il potere di stipula al solo esecutivo, dal momento che tutti i membri richiedono almeno un’approvazione passiva da parte del Parlamento. Si pensi, ad esempio, al Regno Unito, ordinamento in cui la *House of Commons* non deve approvare ma può porre un veto alla stipula. Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Domestic Procedures of Ratification and Denunciation of International Treaties. Adopted by the Venice Commission at its 130th Plenary Session*, Opinion No. 1045/2021, 25 March 2022.

²⁹ Ulteriore espressione del processo di democratizzazione dei procedimenti di stipula si concreta, in alcuni ordinamenti, nel coinvolgimento dell’elettorato nel *treaty-making*, attraverso l’indizione di referendum su impulso dell’esecutivo o dell’elettorato stesso. Anche in questo caso, è possibile che lo svolgimento delle consultazioni sia previsto solo in relazione a particolari categorie di accordi, come quelli attinenti a modifiche territoriali o ad adesione a organizzazioni internazionali, come l’UE. Tali consultazioni non trovano necessariamente fondamento nella Costituzione o in leggi di carattere generale ma possono talvolta essere varati attraverso provvedimenti *ad hoc* in relazione a specifici trattati. Chiaramente le maggioranze e i quorum richiesti sono differenti, così come il loro valore, che può essere vincolante o meramente consultivo.

³⁰ Cfr. A. Peters, *Treaty Making Power*, cit., parr. 89-90.

si riferisce a tutte quelle convenzioni che abbiano sì rilevanza sul piano internazionale, ma la cui conclusione non sia preceduta dall'*advice and consent* dei due terzi del Senato. Solamente i *treaties* propriamente detti vengono infatti conclusi in base a quest'ultimo procedimento, adottato oggi prevalentemente per stipulare accordi di estradizione, tassazione, investimenti e questioni commerciali.³¹ Oggi stanno sempre più prendendo piede e vanno a coprire un numero sempre maggiore di materie i c.d. *congressional executive agreements*, accordi la cui stipula è approvata dal Congresso attraverso lo stesso procedimento previsto per l'adozione delle leggi ordinarie, ossia sulla base del parere favorevole di entrambe le Camere.³² A dette tipologie di accordi si aggiungono quelli conclusi dal Presidente in virtù del potere derivante da un trattato già concluso e i *sole executive agreements*, ossia quelli stipulati dal Capo di Stato senza un'autorizzazione da parte delle Camere e in base all'autorità che gli è costituzionalmente conferita.

La scelta in merito al procedimento cui ricorrere ai fini della conclusione del trattato dipende, sostanzialmente, da una decisione del Dipartimento di Stato.³³ Fra i fattori che devono essere presi in considerazione per la scelta ci sono, fra l'altro, la durata dell'accordo e la misura in cui lo stesso comporti impegni o rischi per il Paese nel suo insieme; se si ritiene che l'accordo incida sulle leggi dello Stato; se possa essere dato effetto alla convenzione senza successiva attuazione o adozione di leggi da parte del Congresso; la prassi statunitense in merito a quel tipo di accordi e quella internazionale; la necessità di giungere rapidamente alla stipula.³⁴

La necessità di sviluppare procedimenti interni di stipula alternativi rispetto a quello che impone l'ottenimento dell'autorizzazione dei due terzi del Senato è facilmente riconducibile ad esigenze di celerità ed efficienza imposto dal ruolo centrale ricoperto dagli Stati Uniti nello scenario internazionale.

Purtuttavia, procedure che consentono all'esecutivo di concludere accordi in forma semplificata si sono affermate anche in altri ordinamenti e lo hanno fatto parallelamente all'introduzione di limiti al

³¹ O. A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present and Future of International Lawmaking in the United States*, in *The Yale Law Journal*, vol. 117, n. 8, 2008, p. 1239.

La stipula dei *treaties* propriamente detti ha subito una riduzione progressiva dalla fondazione degli Stati Uniti in poi. Se fra la fine del XVIII secolo e il 1839 il 69% degli accordi internazionali erano stati conclusi con l'*advice and consent* del Senato, la percentuale si è via via ridotta nel corso dei secoli sino a giungere, nel 2012, al 6,2%. Cfr. C. A. Bradley, Jack L. Goldsmith, *Presidential Control over International Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 131, 2018, p. 1210.

³² Per tali accordi l'approvazione parlamentare può essere fornita con legge dal Congresso prima della negoziazione (c.d. *ex ante congressional-executive agreements*) o essere concessa prima della stipula ma dopo che il trattato sia stato negoziato dall'esecutivo (c.d. *ex post congressional-executive agreements*).

³³ L'ufficio legale del Dipartimento di Stato è responsabile in merito alla qualificazione dell'accordo come *treaty* o come *executive agreement*. Tale individuazione è effettuata sulla base della *Circular 175 Procedure*, la quale fissa anche le linee guida per negoziare e concludere i trattati e gli altri accordi internazionali. Sul punto si veda anche <<https://www.state.gov/treaty-procedures/>>.

³⁴ Sulle modalità con cui avviene la scelta di uno dei procedimenti di stipula nell'ordinamento statunitense si veda O. A. Hathaway, *Treaties' End: The Past, Present and Future of International Lawmaking in the United States*, cit., p. 1250 e ss.

potere del governo, quali eccezioni a questi ultimi. In alcuni Paesi, gli *executive agreements* si sono consolidati in maniera informale, al pari degli USA, mentre, in altri sistemi, procedimenti analoghi sono disciplinati a livello costituzionale o legislativo. In virtù di tali meccanismi, l'esecutivo ha la possibilità di concludere gli accordi con la semplice firma e senza previa autorizzazione parlamentare. Va comunque evidenziato che la sussistenza di procedimenti in forma semplificata non fa venir meno l'obbligo di coinvolgere il potere legislativo nella stipula di determinati accordi, almeno laddove siano la costituzione o le leggi dello Stato ad escludere che determinate categorie di trattati possano essere stipulati come *executive agreements*.

Si pensi, ad esempio, all'articolo 80 della Costituzione italiana, la quale specifica per quali tipologie di trattati si renda necessaria l'autorizzazione alla ratifica con legge da parte del Parlamento, individuando in particolare i trattati di natura politica, quelli che prevedano arbitrati o regolamenti giudiziari, quelli che importano variazioni del territorio od oneri alle finanze e quelli che comportano modificazioni di leggi. Per le categorie di accordi contemplate da detta disposizione – accomunate dal fatto di ricomprendere trattati che, per motivi differenti, possono avere una profonda incidenza sulla vita della comunità – la conclusione in forma di *executive agreement* deve considerarsi preclusa, dal momento che la ratifica dell'accordo senza previa autorizzazione parlamentare deve considerarsi un atto costituzionalmente illegittimo. Occorre quindi distinguere il ricorso a procedimenti alternativi ma compatibili col dettato costituzionale, che resta legittimo, dalla differente ipotesi di accordi stipulati dall'esecutivo in violazione della disciplina.³⁵

³⁵ Non ci si può esimere dal notare, per restare all'esempio italiano, le frequenti deviazioni che nella prassi si sono verificate rispetto alla disciplina dettata dalla Costituzione, deviazioni che, in certi casi, hanno fatto sì che trattati di grande rilevanza fossero conclusi senza la previa autorizzazione parlamentare. Si considerino ad esempio la domanda di ammissione dell'Italia alle Nazioni Unite, il memorandum di Londra del 1954 fra Italia, USA, UK e Repubblica Federale di Jugoslavia o, ancora, agli accordi sulla concessione e l'uso di basi militari o all'invio di truppe per le missioni in Kosovo nel 1999, Afghanistan nel 2001 e Iraq nel 2003. Come si è già detto, la conclusione di un accordo sulle materie previste dall'art. 80 senza previa autorizzazione parlamentare costituisce un atto costituzionalmente illegittimo ed affetto da una violazione che non può essere sanata dall'operato delle Camere successivo alla ratifica (come evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 295 del 19 dicembre 1984). L'irregolarità dovrebbe ripercuotersi a valanga su tutti gli atti successivi alla ratifica, ivi compreso l'eventuale ordine di esecuzione. L'illegittimità costituzionale della manifestazione di volontà espressa sul piano internazionale potrebbe essere fatta valere, sul piano interno, attraverso l'invocazione di un conflitto di attribuzione di fronte alla Corte Costituzionale (ex art. 134 co. 2) che vedrebbe contrapposti il Parlamento e il Presidente della Repubblica, laddove quest'ultimo abbia ratificato l'accordo, o le Camere e il Governo, laddove la volontà di vincolarsi al trattato sia stata espressa da quest'ultimo. È tuttavia capitato frequentemente che le Camere avallassero a posteriori l'operato dell'esecutivo, compiendo atti di propria competenza come l'adozione di leggi di attuazione di trattati viziati da incostituzionalità. Il motivo di tale condotta del potere legislativo è abbastanza evidente. Da un lato – e su un piano più politico – spinge a tale comportamento il rapporto fiduciario che lega il Parlamento al Governo, il quale rende poco verosimile un disconoscimento da parte del primo verso l'operato del secondo. Dall'altro lato, come abbiamo detto, la dichiarazione di illegittimità della manifestazione della volontà di vincolarsi ad un trattato si riverbererebbe sugli atti conseguenti e, in particolare, sulle norme di attuazione dell'accordo. In conseguenza di ciò, lo Stato continuerebbe ad essere vincolato sul piano internazionale agli obblighi assunti ma, essendo cadute le disposizioni che attuano quegli obblighi, lo Stato finirebbe per essere inadempiente ai propri impegni.

Sull'interpretazione e sull'applicazione dell'articolo 80, nonché sul fenomeno delle prassi devianti, si vedano in particolare A. Cassese, *Commento all'art. 80 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della, Art. 76-82, La formazione delle leggi*, Tomo II, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 150-196; V. Lippolis, *La Costituzione italiana e la*

Va infine segnalato che a garantire il rispetto della separazione dei poteri è, nella maggior parte degli ordinamenti, lo *status* inferiore accordato ai trattati conclusi in deroga ai procedimenti costituzionalmente previsti rispetto a quelli stipulati in seguito ad autorizzazione parlamentare.³⁶

4. *L'allocazione interna della competenza a recedere dai trattati internazionali*

Come si è accennato, il processo di progressivo coinvolgimento del potere legislativo nell'ambito del *treaty power* non ha comportato l'introduzione di vincoli per l'esecutivo solamente in materia di conclusione dei trattati, ma, in molti Paesi, è andato a condizionare i poteri del governo anche in sede di recesso.

Negli ultimi decenni, diversi ordinamenti statali hanno introdotto limiti espressi al potere di recesso del governo. Tali vincoli consistono nella maggior parte dei casi proprio nell'imposizione di un coinvolgimento del potere legislativo nella denuncia di quei trattati ritenuti maggiormente rilevanti e la cui conclusione abbia richiesto un'analoga partecipazione. Il che, come è facile intuire, testimonia una crescente consapevolezza di detti Paesi circa la portata delle conseguenze che l'uscita dagli accordi può produrre in termini di modifica dell'ordinamento o di impatto sullo *status* degli individui, nonché il superamento di quella concezione del recesso come atto non meritevole del controllo o della compartecipazione del potere legislativo.

È così che, se sino agli anni Ottanta del Novecento a prevedere dei limiti al potere dell'esecutivo in materia di denuncia era un numero piuttosto basso di Stati – come ad esempio Svezia (1809), Paesi Bassi (1815), Messico (1917), Danimarca (1953), Spagna (1978) e Argentina (1983) – dagli anni Novanta si è assistito ad un vero e proprio florilegio di atti legislativi volti a garantire la partecipazione

trasformazione dei trattati internazionali, Maggioli Editore, Rimini, 1989; A.J. Golia, *La fortezza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 3/2019, pp. 47-100.

In relazione alle discussioni che, nell'ambito Sottocommissione "Problemi costituzionali" dell'Assemblea costituente, hanno condotto all'adozione della disposizione, si rinvia in particolare ad A. Cassese., *Il contributo degli internazionalisti ai lavori del Ministero per la Costituente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, pp. 47-58.

³⁶ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, a quanto avviene in Francia, dove da un lato l'art. 53 della Costituzione impone la previa autorizzazione con atto del Parlamento per determinate categorie di trattati – di pace, commerciali, relativi ad organizzazioni internazionali, che impongono oneri finanziari per lo Stato, che modificano il diritto interno, relativi allo status delle persone e quelli che comportano modifiche ai confini – e, dall'altro, l'art. 55 prevede che solo gli accordi così conclusi prevalgono sulle leggi ordinarie.

Sulla posizione gerarchica inferiore accordata generalmente agli *executive agreements* e sulla minoranza di ordinamenti che derogano a questa prassi si veda P-H. Verdier, M. Versteeg, *Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal. A global survey*, cit., p. 146 e ss.

delle assemblee legislative. Ciò, oltre ad andare in parallelo all'introduzione di limiti analoghi per la stipula, si è innestato nel più in generale processo di democratizzazione degli Stati.³⁷

Sebbene non tutti i Paesi adottino oggi un approccio simmetrico, simile prospettiva appare comunque diffusa in diversi contesti regionali. Piuttosto frequente è l'espressa imposizione del parallelismo negli ordinamenti che compongono il Consiglio d'Europa. Se, come si è detto, in tale contesto nessuno Stato lascia piena autonomia all'esecutivo per la conclusione degli accordi, al contempo la maggior parte dei Paesi – almeno 29 su 47, che arrivano a 30 se si include nel novero anche il Regno Unito alla luce della sentenza *Miller* – richiede espressamente l'approvazione parlamentare anche per il recesso dagli accordi. Peraltro, in alcuni dei restanti 18 Paesi la questione rimane incerta, data l'assenza tanto di norme espresse in materia quanto di prassi.³⁸ Una simile tendenza al parallelismo – come si vedrà più nel dettaglio *infra* – è riscontrabile fra quei Paesi dell'America Latina che regolamentano in maniera espressa la competenza a denunciare gli accordi. Allo stesso modo il parallelismo delle forme è adottato anche da alcuni Stati africani – come ad esempio l'Angola, il Mozambico, la Repubblica centrafricana e il Sudafrica – o asiatici, come la Cambogia.

Inoltre, è importante evidenziare che il coinvolgimento del potere legislativo non si verifica soltanto nei sistemi parlamentari. Si consideri la netta tendenza dei sistemi presidenziali o semipresidenziali parte del Consiglio d'Europa a coinvolgere il potere legislativo nei procedimenti riguardanti i trattati. Su 19 stati organizzati in tali forme, quattordici impongono la partecipazione del Parlamento sia per la stipula che per la denuncia. Ma anche al di fuori di detto contesto vi sono ordinamenti presidenziali o semipresidenziali che attribuiscono un ruolo alle assemblee legislative in sede di recesso, come ad esempio quelli di Angola, Bielorussia, Bolivia, Ecuador, Kazakistan, Kirgizstan, Messico, Mozambico e Perù, Repubblica centrafricana. Tali elementi inducono a ritenere che la sussistenza di limiti al potere dell'esecutivo non costituisce una peculiarità dei sistemi parlamentari e che i sistemi fondati sul ruolo centrale del Capo dello Stato non sono refrattari agli stessi.

³⁷ Solo in ambito europeo, sono state introdotte simili disposizioni nei seguenti Paesi: Bulgaria (1991), Romania (1991), Estonia (1992), Lituania (1992), Slovacchia (1992), Andorra (1993), Lettonia (1994), Armenia (1995), Azerbaijan (1995), Georgia (1995), Russia (1995), Ucraina (1996), Polonia (1997), Albania (1998), Finlandia (1999), Moldova (1999), Slovenia (2001), Ungheria (2005), Serbia (2013), Svizzera (2019).

³⁸ Si tratta di Albania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaijan, Bosnia ed Erzegovina, Bulgaria, Croazia, Danimarca, Estonia, Finlandia, Georgia, Lettonia, Lituania, Moldova, Montenegro, Paesi Bassi, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Russia, Serbia, Slovenia, Slovacchia, Spagna, Svezia, Svizzera, Ungheria e Ucraina.

Ad adottare un modello asimmetrico di allocazione delle competenze nell'ambito del Consiglio d'Europa sono invece Belgio, Cipro, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Irlanda, Italia, Liechtenstein, Lussemburgo, Macedonia del Nord, Malta, Monaco, Norvegia e Turchia.

Più incerto è l'approccio adottato da Cipro – ordinamento in cui, comunque, per il recesso da alcuni accordi è ritenuto necessario l'avallo del Parlamento (Cfr. Venice Commission, *Report on the Domestic Procedures of Ratification and Denunciation of International Treaties*, cit., pp. 21-22) –, e quello fatto proprio dal Portogallo e da San Marino.

Va evidenziato che la partecipazione dei Parlamenti nei procedimenti di recesso rimane piuttosto eterogenea, tanto in relazione alla base normativa che la prevede, quanto in merito alle condizioni e alla portata del coinvolgimento.

È possibile individuare, in estrema sintesi, tre diversi livelli di intensità nella partecipazione del potere legislativo. In alcuni Stati, come ad esempio Malta o l'Irlanda, l'esecutivo è tenuto solamente ad informare il Parlamento, anche all'indomani della denuncia.³⁹

Una forma di coinvolgimento più intensa è quella che prevede la consultazione del Parlamento ed un conseguente dovere di tenere in considerazione il parere delle Camere. Così avviene ad esempio in Cile in base all'articolo 54 della Costituzione.

Infine, la forma più incisiva di partecipazione è quella garantita dall'attribuzione di un vero e proprio potere di veto al Parlamento in relazione alla denuncia dei trattati.⁴⁰ In determinati casi, peraltro, l'autorizzazione deve essere concessa dal potere legislativo a maggioranza qualificata.⁴¹ Chiaramente,

³⁹L'art. 4 del *Ratification of Treaties Act (Act V of 1983), Chapter 304 of the Laws of Malta*, impone all'esecutivo di informare il Parlamento, anche successivamente, circa la denuncia di quei trattati la cui ratifica sia avvenuta in virtù dell'autorizzazione del potere legislativo.

Per quanto riguarda l'Irlanda, ove l'art. 29(5), co. 1, della Costituzione prevede che «every international agreement to which the State becomes a party shall be laid before Dáil Éireann», la prassi prevede che la Camera dei rappresentanti sia informata della denuncia, anche successivamente alla stessa, e che non sia necessaria una sua autorizzazione.

⁴⁰ Si vedano, ad esempio, l'art. 161 della Costituzione angolana; l'art. 116 di quella armena; il combinato disposto fra gli artt. 95(1) e 109 della Costituzione azzera; in merito alla Bielorussia, gli articoli 44 e 21 della legge n. 421-3 del 2008 sui trattati internazionali; l'art. 261 della carta fondamentale boliviana; l'art. 91 della Costituzione della Repubblica Centrafricana; il combinato disposto fra l'art. 133 della Costituzione della Croazia e gli artt. 18 e 41 della legge croata sulla conclusione e l'attuazione degli accordi internazionali (*Zakon o sklapanju i izvršavanju međunarodnih ugovora*) del 1996; l'articolo 19(1) della carta fondamentale della Danimarca; l'art. 419 della Costituzione dell'Ecuador; gli artt. 65 e 121 della Costituzione estone; l'art. 94 della Costituzione della Finlandia; l'art. 47 della Costituzione georgiana; l'art. 54 della costituzione kazaka e l'art. 30(1) della legge n. 54 del 2005 concernente i trattati internazionali; la sezione 14 della legge lettone sui trattati internazionali del 13 gennaio 1994; l'art. 80(1)(4) della costituzione del Kirgizstan; gli artt. 67 e 138 della Costituzione lituana e l'art. 14 della legge sui trattati del 22 giugno 1999; l'art. 24(4) della carta fondamentale della Moldova; gli articoli 27 e 14 della legge montenegrina sulla conclusione e l'esecuzione dei trattati internazionali; l'art. 178(2) della Costituzione del Mozambico; l'art. 91(1) della carta fondamentale dei Paesi Bassi; l'art. 89 della Costituzione della Polonia e l'art. 22 della legge polacca sui trattati internazionali; per quanto attiene la Romania, l'art. 4 della legge n. 4 dell'11 gennaio 1991 sulla conclusione e ratifica dei trattati; l'art. 86(1) della legge slovena sugli affari esteri del 25 maggio 2001; gli articoli 14 e 28 della legge serba n. 32 sulla conclusione e l'esecuzione degli accordi internazionali; l'art. 96 della Costituzione della Spagna; per quanto attiene alla Svizzera, l'art. 24 della legge federale sull'Assemblea federale *Federal Act on the Federal Assembly* e gli artt. 7a e ss. del *Government and Administration Organisation Act*; l'art. 57 della Costituzione del Tagikistan; l'art. 81 della Costituzione turkmena.

⁴¹ A prevedere maggioranze qualificate, fra gli altri, la costituzione di Andorra il cui art. 64, adottando il parallelismo delle forme, richiede la maggioranza assoluta dell'organo legislativo tanto per la stipula quanto per la denuncia di accordi di particolare importanza come quelli che vincolano lo Stato ad un'organizzazione internazionale, quelli concernenti il territorio, quelli relativi alla sicurezza e alla difesa, quelli che influiscono sui diritti fondamentali contemplati dal Titolo II della Costituzione, quelli che comportano oneri alle finanze pubbliche, quelli che determinano modifiche all'ordinamento interno o la cui attuazione imponga misure legislative. L'articolo 47 della costituzione georgiana richiede l'autorizzazione di una maggioranza dei 3/4 dei membri del Parlamento per la denuncia – così come per la ratifica – dei trattati concernenti l'integrità territoriale e le modifiche ai confini territoriali. L'articolo 18 della Costituzione del Kosovo e l'art. 18(2) della legge kosovara n. 04/L-052 sui trattati internazionali impongono l'ottenimento di una maggioranza dei 2/3 dei deputati dell'Assemblea tanto per la stipula quanto per la denuncia di trattati concernenti territorio, pace, alleanze, questioni politiche o militari, diritti e libertà fondamentali, *membership* in organizzazioni internazionali e assunzione di obblighi finanziari.

come previsto espressamente da alcuni ordinamenti,⁴² l'approvazione parlamentare deve essere richiesta e ottenuta previamente, onde garantire una valutazione libera e ponderata del potere legislativo.

Anche la forma con cui le assemblee legislative conferiscono l'autorizzazione alla denuncia – analogamente a quanto avviene per la stipula – può variare. Se la modalità tipica consiste nell'adozione di una legge, non mancano casi in cui l'avallo deve assumere le forme di una legge costituzionale, come imposto ad esempio dall'ordinamento Slovacco in relazione al recesso dalle organizzazioni internazionali.

L'esame delle fonti normative concernenti l'allocazione del *treaty-terminating power* nei diversi Paesi mostra che la disciplina di detta competenza non è sempre individuata dalla Costituzione nazionale.⁴³ Talvolta sono le leggi a regolamentare la materia completamente o a disciplinare aspetti di dettaglio. Sussistono poi ipotesi in cui la normativa nazionale non fornisca alcuna indicazione in relazione al riparto della competenza a recedere. È chiaro che, in tali ipotesi, la risposta in merito alla sussistenza o meno di limiti al *treaty-terminating power* dell'esecutivo venga fornita dalla prassi, dalla giurisprudenza, o, in loro assenza, dalla dottrina.

Alcuni autori hanno tentato di fornire una risposta generale in relazione agli ordinamenti in cui sia assente una disciplina del recesso facendo ricorso alla teoria dell'*actus contrarius*.⁴⁴ Si tratta di una tesi che afferma la necessità di rispettare il parallelismo delle forme, dimodoché, in assenza di norme espresse in materia, venga applicata al recesso la medesima disciplina prevista per la conclusione degli accordi o la stessa procedura seguita di fatto. In conseguenza di tale parallelismo, se per vincolarsi ad un trattato si sia ottenuta l'autorizzazione parlamentare o sia stato coinvolto in altro modo quest'ultimo organo, l'uscita dallo stesso accordo può avvenire soltanto con una partecipazione analoga del potere legislativo. È una teoria la cui applicazione potrebbe, se accolta, andare a colmare il silenzio che alcuni ordinamenti riservano all'allocazione della competenza interna a recedere. Tuttavia, sebbene stia progressivamente ottenendo consensi a livello statale e nell'ambito di alcuni sistemi regionali, quello

Maggioranze qualificate sono richieste anche dall'art. 75(24) della Costituzione argentina; l'art. 76 di quella messicana e l'art. 142 di quella paraguaiana, sui quali si discorrerà più dettagliatamente *infra*, cap. 4, par. 3.

⁴² Si considerino, ad esempio, l'art. 91 della Costituzione della Repubblica centrafricana; l'art. 89 della Costituzione polacca; il combinato disposto tra l'art. 96(2) e l'art. 94(1) della Costituzione spagnola e quello tra l'art. 5 e l'art. 3(1) (cap. 10) della carta fondamentale della Svezia.

⁴³ Come riportato da Woolaver, nell'ambito del *Comparative Constitutions Project* è stato rilevato che solamente 43 delle 190 costituzioni vagliate contiene previsioni concernenti la denuncia dei trattati. Cfr. H. Woolaver, *From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal*, in *The European Journal of International Law*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 75-76.

⁴⁴ Si veda sul punto G. Ziccardi Capaldo, *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, pp. 10 e ss.

del parallelismo delle forme non costituisce ad oggi un approccio condiviso da tutti gli ordinamenti giuridici.

Se in alcuni Paesi i limiti speculari a quelli previsti per la stipula sono applicati nella prassi anche in assenza di specifiche norme in materia,⁴⁵ in quanto ritenute implicitamente imposte dalla Costituzione o perché tali requisiti sono riconosciuti come necessari dalla giurisprudenza interna, vi sono altresì ipotesi in cui la loro applicabilità alla denuncia è negata dalla giurisprudenza costituzionale.

Caso ancora diverso, che merita qualche considerazione, è quello in cui la questione rimanga irrisolta a causa del rifiuto dei giudici nazionali di esprimersi sulla materia.

5. La political question doctrine e la sua messa in discussione: il caso statunitense

Caso esemplare, a tale riguardo, è quello statunitense, in cui i giudici hanno più volte rigettato azioni volte ad ostacolare la denuncia unilaterale di trattati da parte del Presidente e lo hanno fatto sulla base della *political question doctrine*.⁴⁶

Vale la pena di soffermarsi sulle peculiarità di questo ordinamento in relazione al recesso. Anzitutto per mostrare che, anche in ordinamenti in cui la denuncia dei trattati viene tradizionalmente ritenuta appannaggio dell'esecutivo, possono sussistere valide ragioni perché la partecipazione del potere legislativo sia considerata, almeno in certi casi, necessaria. Inoltre perché, come si vedrà nel prossimo capitolo in relazione alle Filippine, alcune teorie sviluppatesi nel contesto americano sono state prese a modello da altri ordinamenti per risolvere le controversie sull'allocazione della competenza a recedere. Infine per mostrare le difficoltà e le incertezze che possono incontrarsi in nel tentare di

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, all'Austria in cui l'applicazione di procedimenti analoghi per la stipula e per la denuncia dei trattati è considerato un requisito imposto implicitamente dalla Costituzione.

⁴⁶ La dottrina in oggetto limita la capacità dei tribunali federali di esaminare questioni costituzionali anche quando siano soddisfatti altri requisiti di giustiziabilità, quali la legittimazione ad agire, la maturità e la fondatezza. Come affermato dalla Corte Suprema, ai fini dell'articolo III della Costituzione statunitense, non sussiste una controversia giustiziabile allorché le parti richiedano un giudizio in relazione ad una *political question*. Quest'ultima espressione, come appare evidente, fornisce poche indicazioni su quali tipologie di casi viene meno la competenza dei tribunali federali a decidere. L'espressione, che trae origine dalla storica opinione del presidente Marshall nella causa *Marbury v. Madison*, è potenzialmente fuorviante, poiché i tribunali federali si occupano continuamente di questioni politiche, nel senso di questioni controverse e legate al governo. Invero, piuttosto che riferirsi in generale a qualsiasi questione politica, il concetto esprime il principio secondo cui alcune questioni sono affidate esclusivamente a un altro ramo del governo o non sono di competenza della magistratura.

Uno degli ambiti in cui la *political question doctrine* assume particolare rilievo è proprio quella degli affari esteri. È del 1918 la statuizione della Corte suprema in virtù della quale «[t]he conduct of the foreign relations of our government is committed by the Constitution to the executive and legislative – “the political” – departments of the government, and the propriety of what may be done in the exercise of this political power is not subject to judicial inquiry or decision» (cfr. *Oetjen v. Central Leather Co.*, 246 U.S. 297). Come precisato successivamente (1962) dalla stessa Corte, comunque, non tutte le controversie concernenti le relazioni internazionali esulano dalla competenza del potere giudiziario, dovendosi valutare caso per caso (Cfr. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186).

individuare con certezza le rispettive competenze degli organi dello Stato e il corretto procedimento di denuncia in quegli ordinamenti in cui le stesse non siano individuate dalla Costituzione.⁴⁷

In tale ordinamento, l'assenza di una disciplina esplicita sulla competenza a denunciare i trattati e di una pronuncia giurisprudenziale risolutiva non consente di attribuire con certezza i rispettivi ruoli degli organi dello Stato nella formazione della volontà di recedere e in cui il variegato catalogo delle forme di conclusione degli accordi va a complicare il quadro delle possibili soluzioni. Se, come si è detto nel paragrafo precedente, gli Stati Uniti sono stati il primo ordinamento a dotarsi di una disposizione espressa che imponesse l'approvazione da parte del potere legislativo della stipula dei *treaties* propriamente detti, nella Costituzione degli Stati Uniti non è presente una disposizione analoga in materia di recesso né è allocata espressamente simile competenza.

Conseguentemente, la questione concernente il procedimento da seguire per svincolarsi dai trattati internazionali ha costituito negli Stati Uniti l'oggetto di un prolungato dibattito, tanto fra potere legislativo ed esecutivo quanto in dottrina, che in tempi recenti ha trovato nuova linfa nell'approccio alle relazioni internazionali adottato dall'amministrazione Trump. A porre degli interrogativi, in particolare, è stata la legittimità di una denuncia unilaterale, da parte del Capo dello Stato, di convenzioni quali, fra gli altri, l'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici, il Piano d'azione congiunto globale (JCPOA) relativo al programma nucleare iraniano e del North Atlantic Free Trade Agreement.

La posizione tradizionalmente accettata dalla gran parte degli autori pare essere quella che ravvede nel *treaty-terminating power* una prerogativa esclusiva del Presidente.⁴⁸

Come detto, tuttavia, nell'ordinamento statunitense sussistono varie modalità di conclusione degli accordi internazionali, che prevedono forme differenti di coinvolgimento del potere legislativo o che non lo prevedono affatto. L'opinione generale in relazione ai *sole executive agreements* sembra quella in base alla quale il Presidente, essendo in grado di concludere autonomamente gli accordi, abbia un'analoga competenza unilaterale in sede di recesso.

⁴⁷ Il che, come è evidente, assume rilevanza, ai fini della nostra ricerca, anche in relazione all'esame delle problematiche pratiche che potrebbero verificarsi nel caso di una eventuale applicazione in via analogica dell'art. 46 della Convenzione di Vienna alle ipotesi di recesso. Cfr. *infra*, cap. 5, parr. 6-7.

⁴⁸ Come rilevato, fra gli altri da, C. A. Bradley, «[I]t is generally accepted—although not entirely settled—that the president has the unilateral authority to act for the United States in withdrawing the country from a treaty. This authority stems in part from the president's power over diplomacy and role as head of state, as well as from longstanding historical practice». Cfr. C.A. Bradley, *Treaty Termination and Historical Gloss*, in *Texas Law Review*, 92, 2014, p. 773 e ss. Si veda inoltre, Id., *Exiting Congressional-Executive Agreements*, in *Duke Law Journal*, 67, 2018, pp. 1615, 1625.

Peraltro, nel *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States: Treaties*, § 113 AM. LAW INST., Tentative Draft No. 2, Mar. 20, 2017, viene evidenziato che «[a]ccording to established practice, the President has the authority to act on behalf of the United States in suspending or terminating U.S. treaty commitments and in withdrawing the United States from treaties, either on the basis of terms in the treaty allowing for such action (such as a withdrawal clause) or on the basis of international law that would justify such action.»

Per quanto attiene agli accordi stipulati dal Presidente in virtù della competenza derivante da altri trattati e ai *congressional-executive agreements*, le modalità di denuncia possono essere riportate, rispettivamente, nei trattati e nelle leggi da cui promana l'autorità presidenziale, i quali possono contenere condizioni e requisiti specifici. Anche se in passato il Congresso ha riconosciuto la competenza del Capo dello Stato a recedere autonomamente da alcuni accordi di tale tipologia, parte della dottrina mette oggi in dubbio la sussistenza di un'autorità presidenziale unilaterale di recedere dai *congressional-executive agreements*, specialmente se attinenti a materie come quella commerciale, di competenza del Congresso.⁴⁹

Oggetto di maggiori dibattiti, ovviamente, è la possibilità per il Presidente di recedere unilateralmente dai trattati stipulati previo *advice and consent* del Senato. Vi è chi sostiene che una competenza esclusiva del Capo di Stato debba affermarsi sulla base della c.d. *Vesting Clause Thesis*. In virtù di detta teoria, l'art. II, sez. 1, della Costituzione, disponendo che «[t]he executive Power shall be vested in a President of the United States of America», conferirebbe al Presidente una serie di poteri che devono essere considerati esecutivi per natura, anche se non espressamente menzionati dalla disposizione, a meno che non siano attribuiti espressamente a un altro organo.⁵⁰

Detta tesi si scontra comunque con l'assenza di una qualsivoglia prova che i costituenti intendessero conferire un potere unilaterale di denuncia al Presidente e, soprattutto, con la prassi di denuncia degli accordi affermatasi sino almeno al termine del XIX secolo. La prassi relativa a tale epoca non solo non fa emergere alcuna pretesa dell'esecutivo circa un'autorità unilaterale in sede di recesso ma palesa anzi la sussistenza di una convinzione sulla necessità di un'autorizzazione del potere legislativo alla denuncia dei trattati.⁵¹

Ulteriore argomento che viene avanzato per sostenere la competenza generale ed esclusiva del Capo di Stato è quella che fa leva su quella condizione di *sole organ* degli affari esteri che gli è stata riconosciuta in alcune pronunce della *Supreme Court*.⁵² Come è stato osservato in dottrina, tuttavia, lo *status* di *sole organ* per le comunicazioni fra gli Stati Uniti e gli altri Stati – deducibile dal potere del

⁴⁹ Si vedano ad esempio J. Ku, J. Yoo, *Trump Might be Stuck with NAFTA*, L.A. Times, 29 novembre 2016 e J.P. Trachtman, *Trump Can't Withdraw from NAFTA Without a 'Yes' from Congress*, The Hill, 16 agosto 2017.

⁵⁰ In relazione all'applicazione di questa tesi alla materia del recesso dai trattati, si veda, fra gli altri, M. D. Ramsey, *The Constitution text in Foreign Affairs*, 158, 2007.

⁵¹ C.A. Bradley, *Treaty Termination and Historical Gloss*, cit., p. 796 e ss.

Per una posizione critica nei riguardi della *vesting clause thesis* si veda anche R.J. Reinstein, *The Limits of Executive Power*, in *American University Law Review* 59, n.2, dicembre 2009, pp. 259-337.

⁵² Come, ad esempio, *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

In merito alla tesi che identifica il potere di recesso del Presidente come espressione della sua posizione di *sole organ* delle relazioni internazionali, si veda il *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, § 339 reporters' note 1 (1987), in cui si sostiene che un «power so characterized would seem to include the authority to decide on behalf of the United States to terminate a treaty that no longer serves the national interest, or is out of date, or which has been breached by the other side».

Presidente di stipulare i trattati e di nominare e ricevere ambasciatori – non ricomprende necessariamente un potere generale e autonomo di decisione in relazione al recesso dai trattati. Esso, invece, può stare semplicemente a significare che è il Presidente – e non il Congresso – a poter formalmente comunicare l'intenzione di recedere. D'altronde, neppure la competenza di ratificare formalmente i *treaties* conferisce al Presidente un potere esclusivo in materia di stipula degli accordi, dal momento che egli è tenuto ad ottenere *l'advice and consent* del Senato. Al più, dallo status di *sole organ* può essere desunta un'incapacità del potere legislativo di imporre all'esecutivo il recesso dagli accordi.⁵³

Talvolta i consulenti legali del Governo⁵⁴ hanno tentato di affermare l'autorità esclusiva del Capo dello Stato in base ad un'analogia con il potere unilaterale di rimozione di certi funzionari del ramo esecutivo, la quale è esercitabile anche laddove detti funzionari siano stato nominati previa autorizzazione da parte della maggioranza del Senato. Anche in merito a tale argomento non ci si può esimere tuttavia dal notare che simile procedura, diversamente da quella di recesso, rientra ampiamente nella materia del controllo interna dell'esecutivo. Va peraltro notato che detta competenza si basa in larga parte sulla *take care clause*, clausola volta ad attribuire al Capo di Stato i poteri necessari ad assicurare la corretta esecuzione delle leggi.⁵⁵ Il recesso da un trattato, viceversa, non muove verso l'esecuzione della legge, ma verso l'abrogazione della stessa.⁵⁶

Nessuno degli argomenti appena esaminati sembra quindi offrire un supporto adeguato per sostenere che al Presidente degli Stati Uniti debba essere riconosciuto un potere generale ed autonomo di denuncia degli accordi internazionali.

Piuttosto, l'opinione maggioritaria in merito al riconoscimento di un simile potere in capo al Presidente sembra fondarsi su quella esigua prassi che è seguita alla sentenza della Corte suprema relativa al caso *Goldwater v. Carter* del 1979. Come noto, quest'ultimo caso prese le mosse dalla denuncia del trattato di mutua difesa con la Repubblica di Cina (Taiwan), operata autonomamente dal presidente Carter.⁵⁷ Malgrado nel 1978 avesse sottoscritto l'*International Security Assistance Act* – nel quale il Congresso esprimeva l'idea che qualsiasi proposta di cambiamento in merito alla prosecuzione del trattato con Taiwan avrebbe dovuto costituire oggetto di consultazioni fra l'Esecutivo e l'assemblea – il presidente Carter annunciò nello stesso anno che avrebbe terminato il trattato in virtù della clausola di recesso in

⁵³ Cfr. C.A. Bradley, *Treaty Termination and Historical Gloss*, cit., p. 782.

⁵⁴ Si veda, ad esempio, il *Memorandum from John C. Yoo, Deputy Assistant Att'y Gen., and Robert J. Delahunty, Special Counsel, to John Bellinger, III, Senior Assoc. Counsel to the President and Legal Adviser to the Nat'l Sec. Council* (Nov. 15, 2001).

⁵⁵ In base all'art. 2, par. 3, della Costituzione, secondo il quale il Presidente «shall take Care that the Laws be faithfully executed, and shall Commission all the Officers of the United States».

⁵⁶ In questo senso H.H. Koh, *Presidential Power to Terminate International Agreements*, in *The Yale Law Journal Forum*, 12 novembre 2018, p. 459.

⁵⁷ 444 U.S. 996 (1979).

esso contenuta, riconoscendo la Repubblica Popolare Cinese come governo legittimo della Cina. In tale scelta di agire autonomamente, il Presidente fu supportato dall'opinione del consulente legale del Dipartimento di Stato, il quale sostenne che, pure se in alcuni casi il recesso era seguito nella prassi ad un'azione del Congresso o del Senato, simile concorso non doveva ritenersi necessario. Il consulente poneva l'accento, invece, sui casi in cui l'esecutivo aveva agito unilateralmente, i quali casi, a suo avviso, dimostravano l'autorità costituzionale del Presidente.⁵⁸

Il ricorso presentato dal senatore Goldwater – promosso in concomitanza con alcune azioni politiche⁵⁹ – era finalizzato a bloccare sul nascere il tentativo di Carter, sulla base dell'assenza di autorità in capo al Presidente stante l'assenza del previo *advice and consent* del Senato o dell'autorizzazione a maggioranza da parte del Congresso.⁶⁰ Nell'ottobre del 1979 la Corte distrettuale, riconoscendo nella prassi precedente la prevalenza di un'azione congiunta dell'esecutivo e del legislativo, diede effettivamente ragione ai ricorrenti, affermando che «*treaty termination generally is a shared power, which cannot be exercised by the President acting alone*».⁶¹ Né l'esecutivo né il potere legislativo, secondo i giudici, erano dotati di un potere esclusivo di denuncia. Pertanto, in un caso come quello in oggetto, concernente un rilevante trattato di mutua difesa, la decisione di recedere avrebbe dovuto essere assunta con l'*advice and consent* del Senato o la previa approvazione di entrambe le Camere del Congresso.

La pronuncia fu ribaltata dalla Corte di Appello per il Distretto della Columbia (*D.C. Circuit*),⁶² la quale diede una lettura differente della prassi rispetto ai giudici di primo grado, sottolineando che non si erano mai verificati casi in cui un trattato fosse rimasto in vigore contro la volontà del Presidente.⁶³ I giudici intravidero inoltre nella precedente giurisprudenza il riconoscimento, in capo al Presidente, del ruolo di *sole organ* nelle relazioni internazionali.⁶⁴ Il presupposto principale su cui fece leva la decisione del *D.C. Circuit* fu tuttavia la presenza di una clausola di recesso nel Trattato di mutua

⁵⁸ Cfr. *Memorandum from Herbert J. Hansell, Legal Adviser, U.S. Dep't of State, to Cyrus R. Vance, U.S. Sec'y of State, President's Power to Give Notice of Termination of U.S.-ROC Mutual Defense Treaty* (Dec. 15, 1978).

⁵⁹ L'operato di Carter, come è facile immaginare, suscitò accesi dibattiti in Senato e spinse il senatore Harry Byrd a proporre una risoluzione in cui si sosteneva che, secondo l'opinione del Senato, fosse necessaria l'approvazione di tale Camera per recedere da qualsiasi trattato di mutua difesa fra gli USA ed altri paesi. Il Comitato per gli Affari Esteri del Senato rigettò l'approccio della risoluzione proposta ed elaborò a sua volta una risoluzione che riconosceva molteplici motivazioni a fondamento del potere unilaterale del Presidente, compresa la presenza nel trattato di una clausola di recesso. Infine, nessuna risoluzione fu approvata. Cfr. S.Res. 15, 96th Cong. (1979); *Treaty Termination: Hearings Before the S. Comm. on Foreign Relations, 96th Cong.* (1979).

⁶⁰ La causa era stata intentata dinanzi alla Corte del *District of Columbia*, oltre che da Goldwater, da altri sette Senatori e da otto membri della *House of Representatives*.

⁶¹ *Goldwater*, 481 F. Supp. par. 964.

⁶² *Goldwater v. Carter*, 617 F.2d 697, 699 (D.C. Cir. 1979)

⁶³ Si noti tuttavia che il giudice MacKinnon emise un'opinione dissenziente nella quale si evidenziava che la partecipazione del Congresso aveva rappresentato storicamente la prassi dominante. Cfr. *Goldwater*, 617 F.2d (MacKinnon, J., dissenting).

⁶⁴ Come nel caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*, 299 U.S. 304, 320 (1936).

difesa.⁶⁵ Dal momento che la stessa disposizione non prevedeva specifiche condizioni o restrizioni e siccome la Costituzione non proibiva espressamente all'esecutivo di recedere dagli accordi, i giudici conclusero che la competenza a denunciare, in quella determinata circostanza, rientrava fra i poteri del Presidente.⁶⁶

Due settimane dopo, la Supreme Court annullò la decisione dei giudici dell'impugnazione e rinviò loro il giudizio con l'indicazione di rigettare l'azione, non in virtù della sussistenza di un potere esclusivo del Presidente, ma poiché la stessa atteneva ad una *political question* non giustiziabile. La decisione, condivisa da quattro giudici, non rappresentò comunque l'espressione di una posizione condivisa dalla maggioranza. Un altro membro del collegio, difatti, votò per il rigetto ritenendo che la causa non fosse matura per la decisione, essendo a tal fine necessario che il Senato avesse adottato una risoluzione di disapprovazione nei riguardi del tentativo di Carter. Solo un membro del collegio prese posizione in favore della competenza del Presidente, non in virtù della sussistenza di un potere generale di denuncia di detto organo, ma in base al nesso fra recesso dall'accordo di mutua difesa e il potere dell'esecutivo di riconoscere la Repubblica Popolare Cinese come governo legittimo della Cina.⁶⁷

Stante il contenuto della pronuncia, che si limita ad affermare, in base peraltro a motivazioni diverse, la non giustiziabilità di un tentativo di denuncia unilaterale, non pare ragionevole individuare nella stessa un precedente a supporto della competenza generale ed esclusiva del Presidente a denunciare i trattati. Va evidenziato che, in quella sede, quattro membri del collegio evidenziarono che per trattati differenti sarebbe opportuna l'applicazione di diversi procedimenti di recesso.⁶⁸

Sta di fatto che, nella maggior parte dei casi, l'esecutivo negli anni successivi alla controversia proseguì a denunciare gli accordi in via unilaterale, senza che sorgessero particolari controversie al riguardo sino al 2002.⁶⁹ Unica circostanza di un certo rilievo in cui ci fu un tentativo di ostacolare l'operato del presidente si verificò nel 1986, allorché alcuni privati promossero un'azione contro la denuncia unilaterale operata da Reagan nei riguardi del Trattato di amicizia, commercio e navigazione con Nicaragua. Anche in questo caso, tuttavia, la corte distrettuale rigettò la domanda seguendo il

⁶⁵ Il già citato MacKinnon rilevò peraltro che l'opinione di maggioranza in merito all'attribuzione dell'autorità di recedere da parte dello stesso trattato costituisse un'affermazione ingannevole, dal momento che l'accordo non menzionava il Presidente. Il giudice sottolineò che, comunque, la questione in merito a chi potesse agire in nome degli USA non poteva essere rimessa al trattato, ma doveva essere risolta in base alla Costituzione degli Stati Uniti. Cfr. *Goldwater*, 617 F.2d (MacKinnon, J., dissenting).

⁶⁶ Cfr. *Goldwater v. Carter*, (D.C. Cir. 1979), parr. 706 e ss. Sulla sentenza si veda, fra gli altri, K. Eichensehr, *Treaty Termination and the Separation of Powers*, in *Virginia Journal of International Law*, 53, 2013, pp. 257-61.

⁶⁷ Cfr. *Goldwater*, 444 U.S., parr. 1006-07 (Brennan, J., dissenting)

⁶⁸ Cfr. *Ivi*, par. 1003.

⁶⁹ Sino a quell'anno, in base ad un rapporto stilato dal Dipartimento di Stato, l'esecutivo denunciò autonomamente ventitré accordi bilaterali e sette multilaterali. Cfr. OFFICE OF LEGAL ADVISER, U.S. DEP'T OF STATE, 2002 DIGEST OF UNITED STATES PRACTICE IN INTERNATIONAL LAW 2002, at 202-06 (Sally J. Cummins & David P. Stewart eds., 2002).

ragionamento adottato dai quattro giudici della Corte suprema in *Goldwater v Carter* e, pertanto, sulla base della *political question doctrine*.⁷⁰

Una nuova controversia sorse, appunto, nel 2002. L'oggetto del contendere era, in quella circostanza, la denuncia dell'*Anti-Ballistic Missile Treaty* con la Russia, operata in via unilaterale dall'allora presidente Bush. Nella causa *Kucinich v. Bush*⁷¹, il Tribunale distrettuale ribadì anche in questo caso che la controversia costituiva una *political question* e non si pronunciò dunque nel merito, individuando la sede politica come luogo per la sua risoluzione.

Stante l'assenza di una pronuncia nel merito da parte delle corti statunitensi, occorre quindi guardarsi bene dal prendere questi precedenti giurisprudenziali come fonte di un potere generale ed esclusivo del Presidente. Al contempo non si può dare per scontato che i giudici, laddove dovessero essere nuovamente interpellati sulla costituzionalità di una determinata denuncia unilaterale del Capo di Stato, continuino a negare la propria competenza a decidere. Ciò in virtù dell'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali delle stesse corti su concetti quali la *political question doctrine* o su altri requisiti, come quello della *ripeness* delle questioni sottoposte alla loro attenzione.⁷²

In particolare, in relazione alla *political question doctrine*, va evidenziata la portata di una decisione relativamente recente come *Zivotofsky v. Clinton*,⁷³ nella quale la Corte ha definito la dottrina come un'eccezione ristretta rispetto alla regola generale che impone ai giudici di decidere responsabilmente sui casi posti loro dinanzi.⁷⁴

Alla luce dell'orientamento restrittivo adottato dalla Corte nel caso appena menzionato,⁷⁵ la sussistenza di una questione politica si verifica in presenza di due circostanze alternative: «where there is 'a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department'» o in assenza di «judicially discoverable and manageable standards for resolving it.»⁷⁶

Come suggerito da alcuni autori,⁷⁷ la denuncia dei trattati non potrebbe essere considerata una *political question* in base a tali parametri, giacché, da un lato, nessuna disposizione della Costituzione assegna

⁷⁰ Cfr. *Beacon Products Corp. v. Reagan*, 633 F. Supp. 1191, 1198-99 (D. Mass. 1986).

⁷¹ 236 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2002). La causa fu promossa da 32 membri della *House of Representatives*.

⁷² Come evidenziato da H.H. Koh, *Presidential Power to Terminate International Agreements*, cit.

⁷³ 135 S. Ct. 2076, 2091 (2015).

⁷⁴ Cfr. *Zivotofsky v. Clinton*, 566 U.S., parr. 194-95.

⁷⁵ Il paradigma adottato precedentemente era quello tracciato dalla Corte suprema nella pronuncia *Baker v. Carr* del 1962, nella quale erano stati identificati sei parametri per individuare la sussistenza di una *political question*, ossia la sussistenza di «a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question». Cfr. 369 U.S. 186 (1962), parr. 635-38.

⁷⁶ Ivi, par. 195.

⁷⁷ Primo fra tutti H.H. Koh, *Presidential Power to Terminate International Agreements*, cit., pp. 445 e ss.

espressamente ad un organo dello Stato il potere di denunciare i trattati e, dall'altro, non può essere affermata l'assenza di criteri per risolvere la questione, potendo l'eventuale necessità di approvazione della denuncia da parte del Congresso essere verificata dai giudici attraverso un'interpretazione della Costituzione che si basi sulle chiavi esegetiche a loro familiari.⁷⁸

Pertanto, la legittimità o meno del recesso operato unilateralmente dal Presidente e, specularmente, la necessità di ottenere la previa autorizzazione da parte del Senato o di entrambe le Camere del Congresso deve considerarsi una questione che rientra nella competenza del potere giudiziario e che può essere risolta in base ai principi su cui si fonda l'ordinamento, nonché sulla verifica delle circostanze del caso in esame.

Posti dinanzi ad un simile conflitto fra i poteri dello Stato, i giudici dovrebbero quindi procedere applicando i parametri enunciati dal giudice Jackson nel caso *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*,⁷⁹ in materia di separazione dei poteri. Secondo detti parametri, alcuni poteri costituzionali del Presidente non sono fissi ma variano di intensità a seconda del loro rapporto con quelli del Congresso. In particolare, detti poteri risultano alla loro massima intensità allorché il Capo di Stato agisca su autorizzazione dell'assemblea legislativa, si trovano invece in una condizione intermedia (*zone of twilight*) laddove il Presidente e il Congresso siano titolari di poteri concorrenti o la distribuzione delle competenze sia incerta – e, in questo caso, l'autorità del Presidente può trarre supporto dall'inerzia, dall'indifferenza o dall'acquiescenza dell'assemblea legislativa – o, infine, detti poteri si trovano al loro livello più basso (*lowest ebb*) allorché il capo dell'esecutivo adotti misure incompatibili con la volontà espressa o implicita delle Camere.⁸⁰

Nel valutare la legittimità della denuncia effettuata unilateralmente dal Presidente, di conseguenza, i giudici dovrebbero tenere in conto la sussistenza di eventuali leggi o risoluzioni adottate dal Congresso che si pongano in contrasto con un simile operato. In loro assenza, infatti, l'autorità del Capo dello Stato verserebbe nella *zone of twilight*, mentre la presenza di simili provvedimenti porrebbe la competenza del Presidente nella *lowest ebb*.

Vi è chi, proprio sulla base del c.d. *Youngstown test*, ha evidenziato l'opportunità di applicare anche nell'ordinamento statunitense la teoria dell'*actus contrarius*,⁸¹ dimodoché per quegli accordi la cui conclusione abbia visto una partecipazione del Congresso, analoga partecipazione sia prevista anche in sede di recesso.⁸² Di conseguenza, di norma, l'esecutivo potrebbe denunciare senza la

⁷⁸ Come di fatto è avvenuto nel giudizio di rinvio relative al caso *Zivotofsky*. Cfr. 135 S. Ct. 2076, 2086 (2015).

⁷⁹ 343 U.S. 579 (1952).

⁸⁰ Parametri, questi, usati anche in tempi relativamente recenti dalla *Supreme Court* per valutare la legittimità degli atti dell'esecutivo. Cfr. *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

⁸¹ Identificato come *mirror principle* da H. H. Koh, *Presidential Power to Terminate International Agreements*, cit.

⁸² Tesi che si pone peraltro in linea con la posizione dei quattro giudici che, nel caso *Goldwater*, avevano evidenziato l'opportunità di applicare procedimenti di recesso diversi in ragione della diversità dei trattati.

partecipazione del Congresso quei *sole executive agreement* che siano stati legittimamente conclusi in tale forma, ma l'assemblea legislativa non potrebbe essere esclusa in sede di recesso dai *treaties* e dai *congressional-executive agreements*.

6. Gli argomenti posti a sostegno della competenza esclusiva dell'esecutivo e quelli in favore del coinvolgimento parlamentare

In conclusione, veniamo ora ad esaminare sinteticamente quali ragioni vengono solitamente addotte alla scelta degli ordinamenti di escludere il potere legislativo dai procedimenti di denuncia degli accordi o, viceversa, di coinvolgerli.

Una delle ragioni principali in virtù della quale viene da alcuni affermata l'opportunità di un'attribuzione di un autonomo potere di denuncia all'esecutivo è quella che fa riferimento alla migliore posizione di tale potere, anche a livello informativo, per condurre le relazioni internazionali e, nello specifico, per stabilire se vi siano ragioni valide, sotto il profilo giuridico o sotto quello fattuale, per procedere col recesso da un accordo internazionale. Al governo viene sovente riconosciuta la capacità di rispondere con prontezza alla rapida evoluzione degli eventi sul panorama internazionale, particolarmente in situazioni di emergenza o dinanzi a violazioni delle clausole perpetrate dagli altri membri dell'accordo. Oltre alla maggiore rapidità di azione che contraddistingue tale organo, alcuni sostengono che l'attribuzione all'esecutivo di una competenza esclusiva sia preferibile perché la possibilità di operare senza necessità di ottenere l'autorizzazione da parte del legislativo semplificherebbe l'assunzione della scelta di recedere e renderebbe quindi più credibili quelle eventuali minacce di uscita volte ad indurre la controparte a rinegoziare gli accordi. Tali vantaggi verrebbero meno allorché una decisione di tale tipo fosse sottoposta alla previa consultazione e deliberazione degli organi legislativi.⁸³

⁸³ In questo senso, si veda ad esempio C. A. Bradley, L. R. Helfer, *Treaty Exit in the United States: Insights from the United Kingdom or South Africa?*, in *AJIL Unbound*, 111, 2017, p. 432; L.R. Helfer, *Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law* in *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, cit., p. 359. Considerazioni di tale tipo non mancano neppure nella dottrina italiana. Si pensi, ad esempio, alla posizione assunta da Bognetti in relazione alla proposta di riforma avanzata nel 1984 dalla Commissione Bozzi, nella quale, fra l'altro, si suggeriva l'imposizione per il recesso dai trattati di un procedimento analogo a quello necessario per la ratifica. Al riguardo Bognetti ha evidenziato che i mezzi di controllo parlamentare sull'operato dell'esecutivo – quali interrogazioni, mozioni e risoluzioni – sono sufficienti ad assicurare al potere legislativo la possibilità di cooperare nella conduzione della politica estera e del *treaty-making*. Viceversa, l'imposizione di una vera e propria autorizzazione parlamentare finirebbe per ostacolare i compiti del Governo nella gestione delle relazioni internazionali. Cfr. G. Bognetti, *The Role of Italian Parliament in the Treaty-Making Process*, in *Chicago-Kent Law Review*, 67, 1991, pp. 411-412.

Inoltre, talvolta si sottolinea che l'ottenimento di un'autorizzazione può essere giustificato in sede di stipula dalla necessità di assicurare la successiva attuazione dei trattati da parte del potere legislativo, ma che detta esigenza verrebbe meno in relazione al recesso.⁸⁴

Infine, altra argomentazione assai rilevante su cui viene talvolta motivata la crisi fra una partecipazione dei parlamenti nella fase di stipula e un'esclusione degli stessi in sede di denuncia è quella che fa leva su una concezione delle relazioni internazionali che vede la conclusione degli accordi come evento maggiormente meritevole di un controllo da parte del potere legislativo, poiché idoneo, a differenza del recesso, a porre delle limitazioni alla sovranità statale.

Se alcune di queste argomentazioni non sono prive di una qualche persuasività, sussistono tuttavia ragioni – a nostro avviso – più stringenti a sostegno della partecipazione parlamentare, le quali derivano sia dalle conseguenze pratiche che alcune ipotesi di recesso possono produrre sugli ordinamenti interni, quanto su quei pilastri fondamentali che sorreggono i moderni stati democratici, quali, appunto, il principio democratico e lo stato di diritto. L'interdipendenza fra gli Stati e la conseguente necessità di disciplinare a livello regionale o internazionale materie un tempo riservate alla sovranità interna dei singoli Paesi fa sì che attraverso la stipula dei trattati l'attività legislativa concernente talune materie si sposti sul piano sovranazionale, anche per quanto attiene a questioni di interesse interno. Sempre più spesso, quindi, detta attività risulta idonea a stabilire norme che incidono sugli ordinamenti interni, sulla vita delle comunità e sullo *status* degli individui.

Caso esemplare è quello che si verifica con la partecipazione dello Stato a organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea o alle convenzioni sui diritti umani. Infatti, l'adesione a tali accordi comporta automaticamente non solo l'imposizione di regole agli organi statali ma altresì l'attribuzione agli individui di una serie di diritti e, in molti casi, di strumenti istituzionali per ottenere la salvaguardia degli stessi. Proprio in virtù di questa parziale erosione della sovranità statale e della "invasione" del diritto internazionale in ambiti di competenza del potere legislativo, gli ordinamenti nazionali, come si è detto, sono intervenuti a garantire che tale attività dell'esecutivo fosse soggetta al controllo e alla partecipazione dei Parlamenti.

Tuttavia, come la formazione di norme pattizie comporta lo spostamento dell'attività legislativa ad un livello sovranazionale, altrettanto si può dire per il recesso dai trattati, al quale – a differenza della concezione tradizionale e invero antiquata cui si faceva cenno – deve essere riconosciuta l'innegabile idoneità di alcune ipotesi di recesso ad assumere una portata uguale e contraria a quella della stipula. Tali conseguenze sono verificabili sia in termini di modifica dell'ordinamento – dal momento che il

⁸⁴ Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the Domestic Procedures of Ratification and Denunciation of International Treaties. Adopted by the Venice Commission at its 130th Plenary Session*, p. 77.

recesso fa venir meno l'applicabilità delle norme pattizie e può vanificare le norme di attuazione adottate dai parlamenti – sia in relazione allo status degli individui. La denuncia di determinati accordi può infatti comportare un decremento dei diritti dei soggetti sottoposti alla giurisdizione dello Stato recedente nonché, in certi casi, la sottrazione di strumenti di salvaguardia delle proprie posizioni giuridiche soggettive.

È quindi chiaro che la partecipazione alla formazione della volontà di recedere delle assemblee legislative, composte come sono dai rappresentanti del popolo, appare il mezzo più adeguato per garantire un controllo sulle scelte dell'esecutivo e per conferire alla denuncia degli accordi una legittimazione democratica analoga a quella assicurata per la stipula degli accordi stessi. Al contempo, un simile coinvolgimento può assicurare un certo grado di trasparenza alla scelta e offrire la possibilità che l'eventuale recesso sia oggetto di dibattito nella società civile che consenta una corretta ponderazione delle scelte.

D'altronde, come è stato evidenziato in dottrina, è la stessa natura mista degli accordi internazionali, che per le loro peculiarità e per gli effetti che producono rappresentano al contempo atti internazionali e atti interni, a determinare la necessità di una cooperazione fra il potere esecutivo e il legislativo, tale da evitare la nascita di conflitti fra i due organi e tale da scongiurare l'insorgere di interferenze nella sfera di competenza altrui, consacrata dal principio di separazione dei poteri. Difatti, laddove fosse consentita a ciascuno dei due poteri una gestione autonoma degli obblighi convenzionali, il Parlamento – con una evidente invasione nella competenza dell'esecutivo quale rappresentante dello Stato sul piano internazionale – potrebbe in linea teorica abrogare o modificare le norme di esecuzione, privando così di efficacia il trattato sul piano interno. Ciò avrebbe potenzialmente l'effetto di far sorgere la responsabilità dello Stato per il mancato rispetto degli obblighi internazionali. D'altro canto il governo, procedendo autonomamente al recesso dagli accordi internazionali, produrrebbe delle conseguenze sul piano interno, caducando o modificando norme sul piano sostanziale e, in sostanza, invadendo la competenza legislativa del Parlamento.⁸⁵

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, la possibilità per l'esecutivo di denunciare gli accordi senza un coinvolgimento delle assemblee legislative comporta il rischio di un'irragionevole asimmetria fra gli effetti del recesso sul piano internazionale e su quello interno. Può avvenire, in particolare, che all'interruzione della partecipazione all'accordo e alla conseguente inapplicabilità delle norme internazionali a quello Stato non corrisponda una regolare abrogazione delle norme di attuazione interne e, quindi, la cessazione degli effetti di dette disposizioni sul piano interno.

⁸⁵ Cfr. G. Ziccardi Capaldo, *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, cit., p. 83 e ss.

Di tutti questi aspetti, che si pongono alla base della tendenza al coinvolgimento dei Parlamenti nella formazione della volontà di recedere, sembra essere sempre più consapevole non solo la dottrina, ma anche i giudici nazionali. Come si osserverà nei prossimi capitoli, infatti, alcune corti interne, interpellate su ipotesi di recesso operate unilateralmente dall'esecutivo, hanno utilizzato tali argomenti per imporre ai governi nazionali la previa autorizzazione parlamentare alla denuncia degli accordi.

Capitolo 2

Actus contrarius e limiti al potere dell'esecutivo: il recesso del Sudafrica e delle Filippine dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale

Sommario:

1. Introduzione. – 2. Il Sudafrica e la Corte penale internazionale: un rapporto conflittuale. – 3. L'art. 231 della Costituzione sudafricana e la dottrina dell'*actus contrarius*. – 4. L'importanza della partecipazione pubblica e il tema della perdita dei diritti. – 5. I problemi procedurali della notifica e la biforcazione fra effetti interni ed esterni del recesso. – 6. Il contestato recesso delle Filippine dallo Statuto di Roma. – 7. La decisione della Corte Suprema filippina e il parallelismo delle forme. – 8. Conclusioni.

1. Introduzione

I due casi di recesso che saranno di seguito esaminati, ossia quello che ha visto come protagonista il Sudafrica nel 2016 e quello operato dalle Filippine nel 2018, sono accomunati da diversi aspetti, primo fra tutti quello di riguardare lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale.

Nella seconda metà dello scorso decennio l'organo giurisdizionale è stato oggetto di una serie di notifiche di recesso.¹ La scelta di uscire dall'accordo, a parere degli Stati interessati, doveva attribuirsi al doppiopesismo con cui la Corte sarebbe solita individuare i casi su cui focalizzare la propria attenzione e all'atteggiamento di favore tenuto nei confronti dei Paesi occidentali. Oltre al Sudafrica, a denunciare l'accordo nel 2016, in quel clima di tensione generato dal caso Al-Bashir, sono stati altri due Stati africani, ossia il Gambia e il Burundi. Solo quest'ultimo Paese ha infine portato a termine la procedura, benché l'Unione Africana abbia varato nel 2017 la propria strategia volta al recesso collettivo dei Paesi africani dallo Statuto di Roma e all'istituzione di un tribunale penale su base regionale.²

¹ Fra tutti, cfr. C. Lentz, *State Withdrawals of Jurisdiction from an International Adjudicative Body*, in L. Gruszczynski, M. Menkes, V. Bilkova, P. Farah, *The Crisis of Multilateral Legal Order: Causes, Dynamics and Implications*, Routledge, 2022, p. 116 e ss.

² Cfr. African Union, *Withdrawal Strategy Document*, 12 gennaio 2017, <https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/icc_withdrawal_strategy_jan._2017.pdf>.

Su tale progetto si vedano, fra gli altri, A. Uwazuruike, *The AU's journey to an African Criminal Court: a regional perspective*, in *Global Affairs*, Vol. 7, 2021, n. 3, pp. 343-357; P.I. Labuda, *The African Union's Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics?*, in *EJIL: Talk!*, 15 febbraio 2017.

A realizzare l'uscita dall'accordo sono state poi le Filippine, in virtù di una decisione, assunta nel 2018 dal Presidente Duterte, seguita all'apertura di un esame preliminare da parte del Procuratore della Corte penale internazionale in merito alle presunte esecuzioni extragiudiziali commesse nel Paese. Anche in questo caso, la decisione di denunciare lo Statuto di Roma è stata attribuita alla condotta dell'organo giurisdizionale e presentata dal Capo di Stato come un «principled stand against those who politicize and weaponize human rights».³

Al di là di questi aspetti di contesto, a rendere i due casi interessanti ai nostri fini è il fatto che la scelta dell'esecutivo di effettuare autonomamente la denuncia del trattato abbia generato controversie all'interno dei rispettivi Paesi e che, in assenza di indicazioni espresse da parte della normativa statale, si sia reso necessario l'intervento del potere giudiziario per definire i rispettivi compiti degli organi statali. Soprattutto, come si chiarirà nel prosieguo, le pronunce emesse all'esito delle due cause sono accomunate dal fatto di riconoscere la sussistenza di limiti al potere dell'esecutivo in materia di recesso e di assegnare un ruolo decisivo al potere legislativo. Elementi, questi, che le pongono nel solco degli sviluppi della prassi statale riscontrabili a livello più generale.

2. Il Sudafrica e la Corte penale internazionale: un rapporto conflittuale

Il caso del tentativo di recesso del Sudafrica dallo Statuto di Roma e della successiva revoca della notifica è la sintesi di un rapporto complesso, che qualcuno non ha esitato a definire come schizofrenico.⁴

Le relazioni del Paese con la Corte sono state infatti caratterizzate da una indubbia discontinuità.⁵ Oltre ad aver svolto un ruolo di primo piano nell'istituzione della Corte,⁶ il Sudafrica è stato uno dei primi firmatari dello Statuto di Roma, il 17 luglio 1998, ed uno dei primi Paesi africani a ratificarlo, il 27 novembre 2000. Quello sudafricano è stato inoltre il primo ordinamento del continente a realizzare un'attuazione compiuta dell'accordo. Il trattato è stato infatti incorporato nell'ordinamento statale

³ UNTC, C.N.138.2018.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification), 19 marzo 2018, <<http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2018/CN.138.2018-Eng.pdf>>.

⁴ Cfr. F. Sucker, L. Chenwi, *South Africa's Competing Obligations in Relation to International Crimes*, in *Constitutional Court Review*, VII(1), 2017, p. 200.

⁵ Cfr. C. Gevers, *International Criminal Law in South Africa*, in E. de Wet, H. Hestermeyer, R. Wolfrum (a cura di) *The Implementation of International Law in Germany and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2015, pp. 403–404.

⁶ Sull'apporto del Sudafrica all'istituzione della Corte penale internazionale si vedano fra gli altri S. Maqungo, *The establishment of the International Criminal Court: SADCs participation in the negotiations*, in *African Security Review*, vol. 9, n. 1, 2000, pp. 42-53 e B. Olugbuo, *Implementation of the Rome Statute of International Criminal Court: An Analysis of the South African Legislation*, in *Eyes on the ICC*, vol. 1, n. 1, 2004, p. 220 e ss.

tramite l'*Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act* del 16 agosto 2002,⁷ in base alle modalità prescritte dall'art. 231(4) della Costituzione nazionale.

L'inasprimento dei rapporti del Paese col tribunale è andato di pari passo con la crescente insofferenza degli Stati africani nei riguardi di una condotta dell'organo giurisdizionale, ritenuta selettiva in quanto eccessivamente focalizzata su situazioni occorse nel continente africano e, di converso, omissiva in relazione a presunti crimini commessi in altre regioni.⁸ Queste critiche sono state fatte proprie dall'Assemblea dell'Unione Africana, la quale stabilì a partire dal 2009 che i propri Stati membri non dovessero cooperare con la Corte penale internazionale per l'esecuzione dei mandati di arresto nei confronti dell'allora presidente sudanese, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, e dell'allora capo di Stato libico Muammar Gheddafi.⁹

A far raggiungere l'apice delle tensioni fra gli Stati africani e la Corte sono state proprio le vicende connesse con le inchieste che hanno coinvolto le due personalità politiche appena menzionate nonché, nel 2011, i vertici dell'esecutivo keniota.¹⁰ L'apertura di procedimenti da parte dell'organo giurisdizionale ha infatti posto i Paesi del continente africano dinanzi al conflitto fra il dovere di cooperare con il tribunale per la repressione dei crimini internazionali e quello di garantire l'immunità ai Capi di Stato in carica. Ribadendo la propria opzione per quest'ultimo principio, nell'ottobre 2013 l'Assemblea dell'Unione Africana stabilì che «to safeguard the constitutional order, stability and, integrity of Member States, no charges shall be commenced or continued before any International Court or Tribunal against any serving AU Head of State or Government or anybody acting or entitled to act in such capacity during their term of office».¹¹

Decisiva per la scelta delle autorità sudafricane di recedere è stata proprio la controversia sorta in relazione al mancato arresto di Al Bashir. Nel giugno 2015, al fine di partecipare alla venticinquesima sessione ordinaria dell'Assemblea dell'Unione Africana, il Presidente sudanese si era recato in visita in Sudafrica, mentre pendevano su di lui due mandati di arresto spiccati dalla Camera preliminare della Corte in quanto imputato di crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidio, perpetrati nel corso

⁷ Act No 27 of 2002. D'ora in avanti *Implementation Act*.

⁸ Sul rapporto fra i Paesi africani e la Corte si vedano ad esempio I. Ingravallo, *Recenti sviluppi in tema di repressione dei crimini internazionali in Africa*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2019, p. 239 ss.; G. Werle, L. Fernandez, M. Vormbaum (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, l'Aia, 2014.

⁹ Cfr. *Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC)* Doc Assembly/AU/13(XIII) (1–3 July 2009), par. 10 e *Decision on the Implementation of the Assembly Decisions on the International Criminal Court*, Doc Ex.Cl/670(XIX), in Assembly/AU/ Dec.366(XVII)(30 June–1 July 2011), par. 6.

Ad esemplificare l'incostanza dei rapporti del Sudafrica con la Corte penale internazionale è, per rimanere in tema, la rapida successione con cui il Sudafrica ha dapprima sostenuto il deferimento della situazione in Libia nel 2011 e, 4 mesi dopo, ha richiesto insieme ad altri Stati il differimento del caso.

¹⁰ In particolare, l'allora Presidente del Kenya, Uhuru Muigai Kenyatta, e il suo vice, William Samoei Ruto.

¹¹ Cfr. Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct.2013).

del conflitto in Darfur.¹² Nonostante la presenza del personaggio politico nel proprio territorio, le autorità sudafricane non procedettero al suo arresto, giustificando la propria scelta in virtù del dovere di riconoscergli l'immunità.¹³ Un confliggente obbligo di dare esecuzione al mandato e di consegnare l'imputato alla Corte incombeva tuttavia sul Sudafrica in base alle disposizioni contenute nella parte 9 dello Statuto di Roma – in particolare, dagli artt. 86¹⁴ e 89¹⁵ – nonché in ragione della specifica richiesta di cooperazione effettuata dall'organo giurisdizionale il 28 maggio dello stesso anno, in previsione dell'arrivo di Al Bashir.¹⁶

Il mancato adempimento di tali obblighi fu condannato tanto dai giudici nazionali, quanto da quelli internazionali. Sia la *Supreme Court of Appeal*¹⁷ che la *High Court*¹⁸ furono concordi nel ritenere che la condotta delle autorità avesse costituito un inadempimento degli impegni derivanti dalla partecipazione allo Statuto di Roma e, al contempo, una violazione della stessa Costituzione nazionale. Anche la Camera preliminare della Corte penale internazionale, da parte sua, giunse chiaramente alla conclusione che il Sudafrica era venuto meno ai propri obblighi di Stato membro.¹⁹

In questo clima conflittuale, il 19 ottobre 2016 il Ministro delle relazioni internazionali sudafricano depositò presso il Segretario generale delle Nazioni Unite lo strumento di denuncia dello Statuto di Roma.²⁰ La facoltà di recedere, come noto, era riconosciuta al Sudafrica dall'articolo 127 del trattato, il quale impone il decorso del periodo transitorio di dodici mesi perché la denuncia divenga effettiva.

¹² Cfr. *Mandato d'arresto per Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-1, del 4 marzo 2009 e *Secondo mandato d'arresto per Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC- ICC-02/05-01/09-95, 12 luglio 2010.

¹³ Secondo il governo del Sudafrica, l'immunità doveva riconoscersi ad Al Bashir tanto in base al diritto consuetudinario quanto in virtù dell'art. 4(1) del *Diplomatic Immunities and Privileges Act* 37 del 2001.

¹⁴ Tale norma prevede un dovere generale degli Stati parte di «cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court».

¹⁵ La disposizione prevede infatti che «[t]he Court may transmit a request for the arrest and surrender of a person [...] to any state on the territory of which that person may be found and shall request for the cooperation of that state in the arrest and surrender of such a person[...].».

¹⁶ Cfr. ICC-02/05-01/09-242, par.3 and ICC-02/05-01/09-240, par. 9.

Anche l'Alta Corte sudafricana aveva peraltro emesso due ordinanze per impedire l'uscita del presidente sudanese dal territorio sudafricano ed indurre le autorità a cooperare all'arresto. Le due ordinanze sono riprodotte in *Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Southern Africa Litigation Centre and Others* [2016] ZASCA 17 (SCA), 2016 (4) BCLR 487 (SCA), [2016] 2 All SA 365 (SCA), 2016 (3) SA 317 (SCA).

¹⁷ Cfr. *The Minister of Justice and Constitutional Development v. The Southern African Litigation Centre*, 2016 (3) SA 317 (SCA).

¹⁸ Cfr. *Southern Africa Litigation Centre v. Minister of Justice and Constitutional Development and Others*, 2015 (5) SA 1 (G.P.).

¹⁹ Cfr. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Decision Under Article 87(7) of the Rome Statute on the Non-Compliance by South Africa with the Request by the Court for the Arrest and Surrender of Omar Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09 (July 6, 2017).

²⁰ Il Sudafrica motivò la decisione evidenziando la sussistenza di un conflitto fra «obligation to arrest President Al Bashir under the Rome Statute, the obligation to the AU to grant immunity in terms of the Host Agreement, and the General Convention on the Privileges and Immunities of the Organization of African Unity of 1965 as well as the obligation under customary international law which recognises the immunity of sitting heads of state». Cfr. *Declaratory statement by the Republic of South Africa on the Decision to Withdraw from the Rome Statute of the International Criminal Court*, citato in *Rome Statute of the International Criminal Court Rome, 17 July 1998–South Africa: Withdrawal*, C.N.786.2016.TREATIES-XVIII.10, 25 ottobre 2016.

La notifica fu seguita dalla presentazione di un disegno di legge volto, fra le altre cose, all'abrogazione dell'*Implmentation Act*.²¹

Comunque, nonostante gli sforzi del Governo, il procedimento di recesso non è mai giunto a compimento, dal momento che la Corte, all'esito di un giudizio di impugnazione, ordinò la revoca della notifica²² e impose che eventuali future procedure di uscita dal trattato fossero precedute dall'autorizzazione parlamentare e dall'abrogazione della normativa di attuazione.²³

3. *L'art. 231 della Costituzione sudafricana e la dottrina dell'actus contrarius*

Il giudizio della Corte fu innescato dal ricorso presentato contro il Ministro per le relazioni internazionali ed altri esponenti dell'esecutivo dalla *Democratic Alliance* – d'ora in avanti DA –, principale partito di opposizione in Sudafrica. Ad avviso dei ricorrenti, l'operato del Governo doveva considerarsi invalido anzitutto sul piano procedurale, dal momento che la notifica di recesso era stata depositata senza autorizzazione parlamentare, ma anche sotto il profilo sostanziale, poiché la denuncia del trattato doveva considerarsi una violazione del *Bill of Rights*. L'illegittimità della notifica di recesso fu comunque dichiarata dalla Corte sulla base del primo dei due profili menzionati, rendendosi pertanto superflua una pronuncia su questioni di merito.

Per quanto attiene l'aspetto procedurale, il tema della separazione dei poteri fra esecutivo e Parlamento in materia di relazioni internazionali e di *treaty-making power* si presentava in una duplice dimensione. Da un lato, si poneva la questione concernente la competenza dell'esecutivo a decidere sul recesso e ad effettuare la relativa notifica senza coinvolgere il Parlamento ma tentando di ottenere successivamente l'approvazione di quest'ultimo organo, dall'altro andavano risolti gli interrogativi

²¹ Cfr. *International Crimes Bill* [B 37—2017].

²² Revoca poi effettivamente attuata dal Governo. Cfr. South Africa: Withdrawal of Notification of Withdrawal, C.N.121.2017.TREATIES-XVIII.10 (Depositary Notification) (Mar. 7, 2017).

²³ Cfr. *Democratic Alliance v Minister of International Relations and Cooperation and Others (Council for the Advancement of the South African Constitution Intervening)* [2017] ZAGPPHC 53, 2017 (3) SA 212 (GP), [2017] 2 All SA 123 (GP). D'ora in avanti *Democratic Alliance*.

La sentenza ha chiaramente ricevuto grande attenzione da parte della dottrina costituzionalistica e internazionalistica sudafricana. Fra i commenti alla pronuncia, si considerino C. Goss, *Constitutional Aspects of Treaty Withdrawal - South Africa and the Rome Statute*, in IACL-AID BLOG, 22 marzo 2017; P.M. Karia, *South Africa's Withdrawal from The Rome Statute: A Note on Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others*, in *African Journal of Legal Studies*, 10, 2017, pp. 227-233; H. Woolaver, *Domestic and International Limitations on Treaty Withdrawal: Lessons from South Africa's Attempted Departure from the International Criminal Court*, in *AJIL Unbound*, 111, gennaio 2017, pp. 450-455.

sulla necessità di procedere all'abrogazione dell'*Implementation Act* prima che lo strumento di notifica potesse essere depositato.

La soluzione di tali questioni doveva necessariamente passare per una corretta interpretazione dell'articolo 231 della costituzione sudafricana del 1996, disposizione in base alla quale era stato dapprima ratificato e poi recepito lo Statuto di Roma nell'ordinamento sudafricano.

La disposizione prevede un ruolo fondamentale del potere legislativo tanto per l'assunzione degli obblighi sul piano internazionale, quanto in relazione alla vincolatività degli accordi a livello interno, facendo sì che la conclusione dei trattati e la loro incorporazione siano soggette ad un sistema di *check and balance* fra gli organi dello Stato.²⁴

Il primo paragrafo dell'articolo riconosce inequivocabilmente al potere esecutivo la competenza a negoziare e firmare gli accordi. Tuttavia, come chiarito dalla Corte costituzionale sudafricana, la firma da parte di un rappresentante del governo ha l'effetto di vincolare lo Stato sul piano internazionale solo nell'ipotesi di accordi di natura tecnica e delle altre tipologie elencate al terzo paragrafo.²⁵ Per tutte le altre categorie di trattati, l'assunzione dei vincoli sul piano internazionale è condizionata ad un atto autorizzativo contenuto in una risoluzione dell'Assemblea nazionale e del Consiglio nazionale delle province.²⁶

L'art. 231 attribuisce inoltre al Parlamento una funzione primaria in relazione all'adattamento dell'ordinamento interno agli accordi. Il quarto paragrafo della disposizione impone infatti un ulteriore requisito affinché il trattato divenga vincolante sul piano interno. A meno che non si tratti di un

²⁴ In questo senso la disposizione rispecchia l'evoluzione subita in seguito alla transizione democratica tanto dal rapporto fra il Sudafrica e il diritto internazionale quanto, ovviamente, dalla relazione fra i poteri dello Stato. Difatti «under the old constitutional dispensation [...] the power to enter into treaties was entrusted solely to the executive branch of our government» e «[t]he legislature played no part in the treaty-making process». Cfr. H. Strydom, K. Hopkins, *International Law*, in S. Woolman & M. Bishop (a cura di), *Constitutional Law of South Africa*, JUTA & Company Limited, Cape Town, 2013, ch. 30, p. 5.

Sull'evoluzione della disciplina del treaty-making in Sudafrica e, più in generale, sull'apertura al diritto internazionale verificatasi negli anni Novanta, si vedano, ad esempio, J. Dugard, *Kaleidoscope: International Law and the South African Constitution*, in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 1, 1997, pp. 77-92; Id., *International Law and the 'Final' Constitution*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 11, n. 2, 1995, pp. 241-251; R. Keightley, *Public International Law and the Final Constitution*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 12, n. 3, 1996, pp. 405-418.

²⁵ Ossia, «[a]n international agreement of a technical, administrative or executive nature, or an agreement which does not require either ratification or accession».

²⁶ In questo senso, *Glenister v President of the Republic of South Africa (Glenister)* [2011] ZACC 6, 2011 (3) SA 347 (CC), par. 181.

In contrasto con l'approccio seguito dalla Corte, vi è chi ha sostenuto che l'autorizzazione parlamentare non ha alcun effetto in relazione alla vincolatività dell'accordo sul piano internazionale. Cfr. F. Sucker, *Approval of an International Treaty in Parliament: How Does Section 231(2) 'Bind the Republic'?*, in *Constitutional Court Review*, V, 2013, pp. 417-434.

accordo *self-executing*,²⁷ il recepimento nell'ordinamento sudafricano avviene solo in virtù di uno specifico atto del Parlamento.²⁸

Sebbene fossero concordi sulle implicazioni dell'art. 231 in materia di stipula dei trattati, le parti in causa si contrapponevano sull'interpretazione da attribuire alla disposizione in relazione al recesso. La *Democratic Alliance* sosteneva che l'esecutivo, prima di inviare la notifica di recesso, avrebbe dovuto attendere la decisione del Parlamento sulla possibilità di svincolarsi dagli obblighi, dal momento che era quest'ultimo organo ad aver reso il trattato vincolante per il Paese tramite il proprio intervento autorizzativo. L'esecutivo, da parte sua, negava la necessità della previa autorizzazione, facendo leva principalmente sul silenzio dell'art. 231 circa un obbligo in tal senso e sosteneva che, comunque, l'avallo parlamentare sarebbe stato ottenuto successivamente alla notifica.²⁹

L'Alta Corte è intervenuta a risolvere la controversia dimostrando una totale assenza di remore a trattare una tematica, come quella della competenza a recedere, connessa con la sfera delle relazioni internazionali. Così come si avrà modo di osservare in relazione alla sentenza *Miller 1* della Corte Suprema britannica, anche in questo caso la decisione è infatti stata assunta senza aver riguardo a questioni di natura politica ma solamente sulla base dei principi su cui si fonda l'ordinamento sudafricano.

I giudici hanno infatti evidenziato che la condotta delle relazioni internazionali, così come l'esercizio di tutti gli altri pubblici poteri, deve conformarsi alla Costituzione.³⁰ Infatti, come già sottolineato dalla Corte costituzionale del Sudafrica, i limiti costituzionali posti al poter dell'esecutivo non agiscono soltanto entro i confini nazionali, ma si applicano anche agli atti concernenti le relazioni internazionali.³¹ Di conseguenza, dato che anche il deposito di una notifica di recesso rappresenta una

²⁷ Anche in quest'ultimo caso è chiaramente necessario che il trattato sia compatibile con la Costituzione e con gli atti del Parlamento.

²⁸ Come rilevato dalla Corte costituzionale sudafricana, «[t]he fact that s 231(4) expressly creates a path for the domestication of international agreements may be an indication that s 231(2) cannot, without more, have the effect of giving binding internal constitutional force to agreements merely because Parliament has approved them. It follows that the incorporation of an international agreement creates ordinary domestic statutory obligations». Cfr. *Glenister*, par. 181.

²⁹ Cfr. *Democratic Alliance*, par. 37 e ss.

³⁰ Cfr. *ivi*, par. 44.

³¹ Esplicita, in questo senso, la Corte costituzionale sudafricana nella sentenza *Kaunda and others v President of the Republic of South Africa* 2005 (4) SA 235 (CC), par. 228, nella quale si evidenzia che «nothing in our Constitution that suggests that, in so far as it relates to the powers afforded and the obligations imposed by the Constitution upon the executive, the supremacy of the Constitution stops at the borders of South Africa. Indeed, the contrary is the case. The executive is bound by the four corners of the Constitution. It has no power other than those that are acknowledged by or flow from the Constitution».

Nella stessa pronuncia, in relazione ad un tema come quello della protezione diplomatica, i giudici hanno evidenziato che deve sì essere riconosciuto al governo un potere discrezionale nel decidere se ed in quale modo riconoscere detta tutela, ma che ciò «does not mean that the whole process is immune from judicial scrutiny». Sebbene i diplomatici si trovino, rispetto ai giudici, in una posizione migliore per assumere delle decisioni in tale ambito, ciò non toglie che determinate scelte, essendo prese nell'esercizio di un potere pubblico, possano essere sottoposte ad un giudizio, tanto più quando le stesse siano irragionevoli. Cfr. par. 77-79.

forma di esercizio di un pubblico potere, lo stesso deve conformarsi al principio di legalità e la sua legittimità costituzionale ben può essere verificata dai giudici.

Essendo assodata la propria competenza a decidere, la *High Court* ha quindi basato la propria decisione sull'applicazione della dottrina dell'*actus contrarius*. In virtù di tale principio e del parallelismo delle forme su cui si fonda, i giudici hanno stabilito che alla competenza dell'esecutivo a recedere debbano essere applicati i medesimi limiti già imposti dall'art. 231 in materia di stipula. Conseguentemente, allorché la conclusione di un trattato sia dovuta passare per la previa autorizzazione delle Camere, anche la sua denuncia dovrà essere preceduta da un analogo intervento autorizzativo.³² Il mancato coinvolgimento delle Camere in casi come quello posto dinanzi ai giudici deve dunque ritenersi una violazione dell'art. 231 e del principio della separazione dei poteri ad esso sotteso.³³ Il riconoscimento al Parlamento di una competenza a decidere se mantenere o meno lo Stato legato ad un accordo, dopo che è stata la stessa assemblea a decidere se rendere o meno il trattato vincolante per il Paese, rappresenta, ad avviso dei giudici, la realizzazione di detto principio.³⁴ Il requisito della previa autorizzazione parlamentare si pone d'altronde in linea con la regola generale per cui «where a constitutional or statutory provision confers a power to do something, that provision necessarily confers the power to undo it as well».³⁵ Regola, quest'ultima, che deve considerarsi consolidata nell'ordinamento sudafricano, stante la sua affermazione anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale.³⁶

Non è peraltro la mancata attribuzione espressa di un simile potere autorizzativo al Parlamento a contraddire la sussistenza di limiti alla competenza del governo. Come evidenziato dall'Alta Corte, viceversa, il principio di legalità e lo stato di diritto consentono infatti all'esecutivo di esercitare soltanto quei poteri riconosciuti dalla Costituzione o da un atto del Parlamento.³⁷ Sicché l'assenza di una norma che attribuisca al governo l'autorità a decidere in maniera vincolante sul recesso fa sì che

Simili considerazioni erano state effettuate sul tema della protezione diplomatica dal giudice Ngcobo, al caso *Kaunda v President of the Republic of South Africa* 2005 (4) SA 235 (CC), par. 172.

³² Come sottolineato più volte dalla giurisprudenza sudafricana, in base al principio di legalità e allo stato di diritto, l'esecutivo può esercitare solo quei poteri e quelle funzioni che gli siano stati attribuiti dalla Costituzione o da un atto del Parlamento. Cfr. *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC), par. 56 e ss.; *President of RSA v SARFU* 2000(1) SA 1 (CC), par. 148; *Mansigh v General Council of the Bar and Others* 2014 (2) SA 26 (CC), par. 25.

³³ Cfr. *ivi*, par. 57.

³⁴ Cfr. *ivi*, par. 51.

³⁵ Cfr. *ivi*, par. 53.

³⁶ Si consideri, ad esempio, il caso *Masetlha v President of the Republic of South Africa and Another* 2008 (1) SA 566 (CC). Dinanzi alla questione se il potere del Presidente di nominare il capo dei servizi di intelligence presupponesse anche un implicito potere di destituzione, la Corte costituzionale ha riconosciuto che «the power to dismiss is an essential corollary of the power to appoint and the power to dismiss must be read into section 209(2) of the Constitution». Cfr. par. 68.

³⁷ Sul punto cfr. *Fedsure Life Assurance Ltd v Greater Johannesburg Transitional Metropolitan Council* 1999 (1) SA 374 (CC), parr. 56 e ss.; *President of RSA v SARFU* 2000(1) SA 1 (CC), par. 148; *Mansigh v General Council of the Bar and Others* 2014 (2) SA 26 (CC), par. 25.

la possibilità di depositare la notifica di recesso dipenda dal conferimento della relativa competenza da parte delle Camere.³⁸

Né, come evidenziato dai giudici nel rigettare un argomento del Governo, è l'assenza in un trattato o nella Convenzione di Vienna di un obbligo di previa autorizzazione parlamentare a rendere illegittima l'imposizione, sul piano interno, dell'ottenimento dell'autorizzazione parlamentare alla ratifica.

Esternando il proprio punto di vista in relazione al rapporto fra la normativa internazionale sull'autorità a dichiarare l'intenzione di uscire da un accordo e quella costituzionale sulla formazione di detta volontà, i giudici hanno anzi affermato che l'allocatione del potere decisionale sul recesso rappresenta «a domestic issue in which international law does not and cannot prescribe».³⁹

L'Alta Corte ha anche chiarito le ragioni per cui l'atto autorizzativo debba precedere la manifestazione della volontà di recedere. Come riconosciuto nel caso in esame, la notifica di recesso, analogamente alla ratifica del trattato, è infatti idonea a produrre conseguenze dirette sul piano internazionale e ciò rende necessario che l'approvazione sia ottenuta prima del suo deposito.⁴⁰ D'altronde, laddove la notifica venga effettuata prima di aver ottenuto l'autorizzazione, il Parlamento non avrebbe neppure il potere di sanare l'atto illegittimo del Governo tramite un avallo postumo.⁴¹

Risulta evidente l'ampia portata della decisione in esame, che, come si è detto, ha condotto nel caso di specie alla dichiarazione di illegittimità del recesso e all'imposizione della revoca della notifica. L'applicazione della dottrina *dell'actus contrarius* da parte dei giudici va infatti a certificare il ruolo determinante del Parlamento non solo in relazione a nuovi eventuali tentativi di recesso del Sudafrica dallo Statuto di Roma ma anche in ogni altro procedimento di uscita da accordi ratificati dalle Camere ai sensi dell'art. 231 e va a ribadire la necessità di rispettare per il recesso lo stesso equilibrio e lo stesso riparto di competenze fra i poteri garantito in sede di stipula.

4. *L'importanza della partecipazione pubblica e il tema della perdita dei diritti*

Vale la pena di evidenziare il fatto che, come affermato dai giudici, la previa autorizzazione al recesso deve considerarsi uno strumento necessario per garantire legittimazione democratica alla decisione di uscire dall'accordo. L'approvazione di un trattato in base al procedimento previsto dall'art. 231(2) va

³⁸ Cfr. *Democratic Alliance*, par. 54 e ss.

³⁹ Ivi, par. 50.

⁴⁰ Viceversa, doveva rigettarsi la tesi del governo, il quale affermava la possibilità di ottenere l'autorizzazione parlamentare anche posteriormente al deposito della notifica sulla base di una presunta analogia fra quest'ultimo strumento e la sottoscrizione di un trattato. Cfr. *Democratic Alliance*, par. 46.

⁴¹ Cfr. ivi, par. 60.

infatti a creare un patto sociale fra il popolo sudafricano, rappresentato dal Parlamento, ed il governo. Tale patto fa sorgere i diritti e gli obblighi previsti dall'accordo internazionale e, conseguentemente, rappresenterebbe un'evidente anomalia la possibilità per l'esecutivo di far cessare l'accordo senza aver previamente ottenuto l'approvazione da parte delle Camere.⁴²

In relazione a questo aspetto, la *High Court* ha anzi sottolineato l'importanza di assicurare la partecipazione pubblica nel procedimento di abrogazione della normativa di attuazione del trattato. Facendo proprie le considerazioni della Corte costituzionale sudafricana, i giudici hanno riconosciuto che la partecipazione popolare continuativa nei procedimenti legislativi vivacizza il funzionamento della democrazia rappresentativa, incoraggiando i cittadini a partecipare attivamente agli affari pubblici e agevolando la loro identificazione con le istituzioni di governo. È stato inoltre ribadito che la partecipazione pubblica «promotes a spirit of democratic and pluralistic accommodation calculated to produce laws that are likely to be widely accepted and effective in practice» e «strengthens the legitimacy of legislation in the eyes of the people».⁴³

Applicando tali considerazioni al caso di specie, avrebbe rappresentato un dovere del Parlamento facilitare il coinvolgimento della cittadinanza nella procedura di abrogazione della normativa di attuazione, in quelle modalità che l'organo avesse ritenuto più opportune.⁴⁴ Laddove viceversa detta partecipazione non fosse stata facilitata, la stessa approvazione del *repeal bill* sarebbe stata passibile di impugnazione dinanzi alla Corte costituzionale, giacché «any legislation which has potential impact on the bill of rights passed without such participation could be susceptible to a constitutional challenge against parliament».⁴⁵

Come i giudici hanno riconosciuto, infatti, il recesso dallo Statuto di Roma, laddove si fosse realizzato, avrebbe prodotto un certo impatto sul *bill of rights* sudafricano, ossia su quella serie di diritti consacrati dal secondo capitolo della Costituzione che costituisce «a cornerstone of democracy in South Africa» ed «enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom».⁴⁶

D'altronde, era stato proprio in previsione dell'arretramento che l'uscita dallo Statuto di Roma avrebbe determinato sul piano dei diritti umani che la DA e gli altri ricorrenti avevano invocato, oltre a quello sul piano procedurale, un impedimento di tipo sostanziale alla possibilità di denunciare l'accordo. L'argomento proposto si fondava sul presupposto che il recesso, andando a privare tanto i cittadini

⁴² Cfr. *ivi*, par. 52.

⁴³ Cfr. *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly* 2006 (6) SA 416 (CC), par. 115, richiamata in *Democratic Alliance*, par. 61.

⁴⁴ Rientra fra gli obblighi imposti dalla Costituzione al Parlamento quello di «facilitate public involvement in the legislative and other processes of the Assembly and its committees». Cfr. art. 59(1)(a).

⁴⁵ Cfr. *Democratic Alliance*, par. 76.

⁴⁶ Cfr. art. 7(1) della Costituzione sudafricana.

sudafricani che gli stranieri vittime di crimini internazionali di quella protezione dei diritti umani garantita dalla Corte penale internazionale, avrebbe violato l'obbligo di rispettare, proteggere e promuovere i diritti contenuti nel *bill of rights*, imposto dall'art. 7(2) della Costituzione. Secondo i ricorrenti, la carta fondamentale opponeva un ostacolo insormontabile, che avrebbe impedito l'uscita dallo Statuto di Roma con o senza l'autorizzazione delle Camere.

L'accoglimento di una tesi come quella proposta dalla DA avrebbe avuto l'effetto di privare tanto il governo quanto il Parlamento del potere di decidere sul recesso – anche in presenza di un'espressa clausola nel trattato –, e di imporre di fatto la partecipazione a questo come ad altri accordi sui diritti umani.⁴⁷

Come accennato, comunque, dato che l'illegittimità della notifica era stata già rilevata in base alle irregolarità procedurali, la Corte ha rifiutato di pronunciarsi sul merito, affermando che, laddove il Parlamento avesse approvato una legge con cui si abrogava l'*Implementation Act*, tale profilo di incostituzionalità avrebbe potuto essere riproposto nell'ambito di un giudizio di legittimità costituzionale.⁴⁸ Ipotesi, quest'ultima, ritenuta tutt'altro che remota dai giudici sudafricani «due to the importance of the matter to the country, both nationally and internationally, given the issues it raises».⁴⁹

5. *I problemi procedurali della notifica e la biforcazione fra effetti interni ed esterni del recesso*

Proprio in relazione alla mancata abrogazione della legge di recepimento, i giudici sudafricani hanno evidenziato alcuni aspetti che, oltre a rilevare un ulteriore profilo di illegittimità della condotta del Governo, inducono a riflettere su una problematica che potrebbe riguardare diversi ordinamenti.

Le modalità con cui era avvenuta la notifica di recesso, caratterizzate com'erano da una «unexplained haste»,⁵⁰ dovevano considerarsi illegittime anche in quanto viziate da irrazionalità procedurale.⁵¹

Difatti, come affermato dall'Alta Corte, il fatto che l'*Implementation Act* non fosse stato abrogato prima di avviare il procedimento di uscita, avrebbe impedito che il recesso producesse quegli obiettivi

⁴⁷ In merito alle problematiche che una simile ipotesi avrebbe comportato, si consideri quanto evidenziato da H. Woolaver, *Domestic and International Limitations on Treaty Withdrawal*, cit., pp. 452-453.

⁴⁸ Cfr. *Democratic Alliance*, par. 75.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, par. 69.

⁵⁰ Cfr. *ivi*, par. 70.

⁵¹ L'esame della *rationality* di un procedimento – concetto distinto dalla *reasonableness* – si basa su una valutazione del rapporto fra i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti, essendo volta a verificare che tutti i passaggi del procedimento siano razionalmente connessi all'obiettivo perseguito. L'assenza di correlazione di uno o più passaggi con le finalità finisce per macchiare l'intero procedimento di irrazionalità.

In merito al suddetto criterio e alle modalità di verifica della sua sussistenza si consideri *Democratic Alliance v President of the Republic of South Africa and others* 2012 (12) BCLR 1297; 2013 (1) SA 248 (CC), par. 37.

perseguiti dal Governo tramite la denuncia dello Statuto di Roma, ossia quello di poter riconoscere l'immunità ai capi di Stato esteri e di poter così svolgere il proprio ruolo di pacificatore a livello regionale. Infatti, anche laddove il Sudafrica si fosse liberato dagli impegni derivanti dallo Statuto, l'obbligo di fermare e consegnare i capi di Stato alla Corte penale internazionale avrebbe continuato a vincolare l'esecutivo in base alla normativa di recepimento del trattato e lo avrebbe fatto, indipendentemente dalla partecipazione allo Statuto di Roma, fintanto che tali disposizioni fossero state in vigore.⁵² D'altronde, il Governo non avrebbe potuto imporre al potere legislativo l'abrogazione dell'*Implementation Act* né, ancor meno, avrebbe potuto costringere le camere ad approvare il *repeal bill* entro il termine del periodo transitorio fissato dall'art. 127 dello Statuto di Roma.

È proprio in relazione al procedimento di abrogazione dell'*Implementation Act* che i giudici sudafricani hanno anzi ribadito la centralità del ruolo del Parlamento e hanno garantito un'ulteriore tutela delle prerogative parlamentari rispetto alle interferenze del Governo. La richiesta, rivolta alle Camere dal Ministro della Giustizia, di considerare con urgenza il *repeal bill* è stata infatti condannata dall'Alta Corte come un illegittimo e inammissibile tentativo di imporre scadenze al Parlamento e come un'ingerenza capace di minare il corretto funzionamento dell'organo.⁵³ Il procedimento di approvazione del disegno di legge avrebbe dovuto seguire i diversi passaggi imposti dalla Costituzione⁵⁴ e le tempistiche necessarie, rimanendo comunque la possibilità che le Camere rigettassero il disegno di legge.

Proprio quest'ultima ipotesi, ossia quella in cui l'uscita da un trattato non sia preceduta o accompagnata dall'abrogazione della normativa interna, oltre a rappresentare una delle ragioni che ha indotto a ritenere irrazionale il procedimento seguito dal Governo sudafricano, pone l'accento su una problematica di carattere più generale, che potrebbe coinvolgere tutti quegli ordinamenti e tutte quelle ipotesi in cui l'incorporazione di un trattato nell'ordinamento statale abbia l'effetto di replicare gli obblighi pattizi sul piano interno, dando loro un'esistenza che prescinde dalla partecipazione all'accordo e che dipende dalla continua vigenza della legge. In dette circostanze, laddove un governo presenti una notifica di recesso illegittima sul piano costituzionale in quanto depositata senza il previo avallo del Parlamento e allorché non sia successivamente posto un rimedio a detta violazione tramite la revoca dello strumento, il procedimento di uscita sarà di norma destinato a giungere a compimento una volta decorso il periodo transitorio, determinando la cessazione degli obblighi di matrice internazionale. Ciò nonostante, il fatto che il governo nella maggior parte dei Paesi sia privo del potere

⁵² Cfr. *ivi*, par. 64 e ss.

⁵³ Tentativo che si scontrava tanto con il potere dell'Assemblea Nazionale e del Consiglio Nazionale delle Province di determinare in maniera autonoma i propri procedimenti, riconosciuto alle due Camere rispettivamente dagli articoli 57(1)(a) e 70(1)(a) della Costituzione.

⁵⁴ Agli articoli 73-82.

legislativo fa sì che detto organo sia incapace di abrogare autonomamente la normativa di attuazione, rendendo necessario l'intervento di quel potere legislativo che è stato precedentemente ignorato e che ben poteva essere contrario al recesso. L'eventuale mancata abrogazione delle leggi con cui il trattato sia stato recepito potrà conseguentemente determinare una biforcazione fra le conseguenze materiali del recesso sul piano sovranazionale e su quello interno, facendo in modo che gli obblighi di fonte pattizia cessino, ma quelli di fonte statale continuino a persistere.⁵⁵

Una simile divaricazione è destinata ad assumere una portata ancor più evidente laddove il recesso invalido sul piano interno abbia ad oggetto un trattato cui sia stato riconosciuto rango costituzionale. Vi è chi in merito a tale ipotesi ha richiamato il caso di quei Paesi latinoamericani⁵⁶ che hanno formalmente integrato i trattati sui diritti umani nel c.d. blocco di costituzionalità.⁵⁷ È chiaro infatti che, ai fini della validità del recesso sul piano interno, lo *status* riconosciuto alle convenzioni sui diritti umani in quegli ordinamenti potrebbe imporre il rispetto di quei particolari procedimenti eventualmente richiesti per la riforma della Costituzione.

Occorre comunque tenere presente, alla luce di quanto evidenziato dalla Corte interamericana nell'opinione consultiva numero 26 del 2020 in relazione all'uscita da un trattato come la Convenzione americana dei diritti umani, che l'illegittimità costituzionale della denuncia potrebbe essere invocata come causa di invalidità del recesso anche sul piano internazionale.⁵⁸ Laddove ciò avvenisse, la contemporanea persistenza degli obblighi sul piano internazionale e su quello interno sarebbe garantita, dal momento che il recesso non produrrebbe i suoi effetti in nessuno dei due ordinamenti. Nelle ipotesi in cui, viceversa, tale possibilità non sia prevista espressamente dal trattato o non sia desumibile dall'interpretazione delle sue norme, il rischio che ad un recesso costituzionalmente illegittimo conseguano biforcazioni come quelle paventate dall'Alta Corte sudafricana sussiste.

6. Il contestato recesso delle Filippine dallo Statuto di Roma

Come accennato, un altro caso di recesso dalla Corte penale internazionale che ha generato dei conflitti sul piano costituzionale è quello che ha visto come protagonista la Repubblica delle Filippine.

⁵⁵ Lo scenario descritto fa chiaramente salva l'ipotesi in cui la normativa di recepimento contenga una clausola che prevede l'abrogazione automatica in caso di cessazione dell'accordo. Si consideri, ad esempio, l'art. 107(c) dello *U.S.-Korea Free Trade Agreement Implementation Act*, il quale prevede che «[o]n the date on which the Agreement terminates, this Act [...] and the amendments made by this Act [...] shall cease to have effect».

⁵⁶ In particolare, l'Argentina, la Bolivia, il Cile, la Colombia, l'Ecuador, il Nicaragua e il Venezuela.

⁵⁷ Cfr. L. R. Helfer, *Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law*, cit., p. 355 e ss.

⁵⁸ Questione che sarà affrontata in maniera approfondita nel quarto capitolo.

La denuncia dello Statuto di Roma è stata annunciata dal presidente Rodrigo Duterte il 14 marzo 2018, un mese dopo che il Procuratore della Corte aveva annunciato l'apertura di un esame preliminare sui presunti crimini commessi nelle Filippine nell'ambito della strategia governativa denominata “*war on drugs*”. Nel luglio 2016, due mesi dopo la sua elezione, Duterte aveva inaugurato la sua campagna antidroga, condotta tanto attraverso la visita casa per casa delle autorità ai consumatori di stupefacenti quanto mediante operazioni speciali di polizia contro le organizzazioni militari e i soggetti sospettati di attività connesse con lo spaccio.⁵⁹ L'attenzione della Corte penale internazionale si era concentrata proprio sulle migliaia di morti occorse durante tali operazioni, molte delle quali potenzialmente riconducibili ad esecuzioni extragiudiziali operate dalle forze dell'ordine.⁶⁰

L'apparente supporto del Capo di Stato verso l'uccisione di soggetti sospettati e l'assenza di indagini credibili su tali episodi avevano suscitato anche le preoccupazioni dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, Zeid Ra'ad Al Hussein, il quale aveva criticato apertamente la condotta delle autorità filippine.⁶¹

La reazione di Duterte si fece attendere solo pochi mesi. Il Presidente motivò la scelta di denunciare lo Statuto di Roma proprio sulla base dei «baseless, unprecedented and outrageous attacks on my person as well as against my administration, engineered by the officials of the United Nations», nonché del tentativo del Procuratore «to place my person within the jurisdiction of the International Criminal Court, in violation of due process and the presumption of innocence expressly guaranteed by the Philippine Constitution and recognized no less by the Rome Statute».⁶² Anche in questo caso fu invocata la dottrina dell'immunità dei Capi di Stato in carica, consacrata dalla Costituzione delle Filippine, e fu affermato che la Corte «cannot subject the President of the Philippines to any investigation during his tenure».⁶³

⁵⁹ Cfr. Philippine National Police, Anti-Illegal Drugs Campaign Plan: “Double Barrel”, CMC 16–2016, 1 luglio 2016.

⁶⁰ Cfr. International Criminal Court, *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court on opening Preliminary Examinations into the situations in the Philippines and in Venezuela*, 8 febbraio 2018.

Nel giugno 2020 l'Alto Commissariato dell'ONU per i diritti umani riportava che, in base ai dati forniti dalle autorità filippine, il conto delle vittime ammontava almeno a 8.663 persone. Cfr. Human Right Council, *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General. Situation of human rights in the Philippines*, A/HRC/44/22, 29 giugno 2020, p. 5.

⁶¹ Cfr. Office of the High Commissioner for Human Rights, *UN High Commissioner for Human Rights Zeid Ra'ad Al Hussein highlights human rights concerns around the world in an address to the 36th session of the Human Rights Council in Geneva*, 11 settembre 2017 <<https://www.ohchr.org/en/press-releases/2017/09/un-high-commissioner-human-rights-zeid-raad-al-hussein-highlights-human>>.

⁶² Cfr. *Statement of the President of the Republic of the Philippines on the Jurisdiction of the International Criminal Court*, 13 marzo 2018, <<https://www.rappler.com/nation/198171-full-text-philippines-rodrigo-duterte-statement-international-criminal-court-withdrawal>>.

⁶³ *Ibidem*.

Secondo il presidente filippino, la condotta della Corte penale internazionale aveva violato i principi di complementarietà, del giusto processo e della presunzione d'innocenza, l'osservanza dei quali da parte dell'organo costituiva uno dei presupposti per l'adesione da parte delle Filippine. Conseguentemente, ad avviso di Duterte, le Filippine erano state indotte con la frode ad aderire allo Statuto di Roma.

Il recesso, oltre ad essere criticato in ambito internazionale come «a setback to the protection of human rights in the country» e come l'indizio che «the Philippines is turning its back on the rule of law and international justice»,⁶⁴ generò delle controversie anche sul piano interno, in ragione modalità con cui il Governo aveva attivato la procedura.

Dopo un ricorso presentato in maggio da sei senatori dinanzi alla Corte suprema di Manila, ne seguirono altri due nei mesi successivi, tutti volti a far dichiarare l'invalidità del recesso e a far imporre la revoca della notifica, sulla base del mancato coinvolgimento del potere legislativo e della conseguente violazione del sistema di *checks and balance* previsto dalla Costituzione.⁶⁵ Tali ricorsi erano stati incoraggiati proprio dal successo ottenuto dalla *Democratic Alliance* nella causa promossa in Sudafrica.⁶⁶

Similmente a quanto avviene nel sistema sudafricano, né le leggi, né la Costituzione delle Filippine disciplinano la materia del recesso dai trattati.⁶⁷ La carta fondamentale si limita a regolamentare il procedimento di adesione, disponendo all'art. 7 par. 21 che «[n]o treaty or international agreement shall be valid and effective unless concurred in by at least two-thirds of all the Members of the Senate». Ad avviso dei ricorrenti, una corretta interpretazione della disposizione avrebbe dovuto indurre a ritenere necessaria un'analoga partecipazione del potere legislativo al procedimento di recesso, dal momento che la norma «prescribes a shared duty towards that end between the Executive and the Legislative branches of government».⁶⁸ Affidare al solo esecutivo il potere di recedere dai trattati avrebbe determinato una concentrazione di potere contraria tanto alla Costituzione nazionale quanto, più in generale, ai valori democratici.⁶⁹ Dal momento che il Senato non era stato coinvolto nel

Il Capo di Stato sosteneva inoltre che la mancata pubblicazione dello Statuto in Gazzetta ufficiale – asseritamente in violazione di quanto imposto dall'art. 2 del Codice civile in relazione alle leggi – dovesse indurre a ritenere il trattato inefficace sul piano interno.

Sulle motivazioni che hanno mosso la decisione del governo filippino si veda anche J.A.L. Rocamora, *Gov't officially serves PH's ICC withdrawal notice to UN*, 16 marzo 2018, <<https://www.pna.gov.ph/articles/1028923>>.

⁶⁴ Come è stato evidenziato nella lettera del 19 marzo 2018 recapitata dalla International Commission of Jurists al presidente Duterte, <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/03/Philippines-ICJ-Letter-ICC-Withdrawal-Advocacy-Open-letters-2018-ENG.pdf>>.

⁶⁵ Cfr. *Pangilinan et al v Cayetano et al*, G.R. No. 238875, 16 maggio 2018; *PCICC et al v Executive Secretary*, G.R. No. 238875, 8 giugno 2018 e *IBP v Executive Secretary et al*, G.R. No. 240954, 22 August 2018.

⁶⁶ Cfr. Philippine Coalition for the International Criminal Court, *The Philippines' membership in the ICC comes to an end*, 15 marzo 2019, in <https://www.coalitionfortheicc.org/news/20190315/philippines-leaves-icc>.

⁶⁷ Come è stato evidenziato dalla dottrina, neppure la giurisprudenza si è mai occupata relativa alle modalità di uscita dai trattati. Cfr. G.B. Fernandez, *Outside the Margin for Error: The Invalidity of the Philippines' Withdrawal from the Rome Statute*, in J. Vidmar, R. Kok et al (a cura di), *Hague Yearbook of International Law 2020*, Brill, Leida, p. 79.

⁶⁸ Argomento proposto, in particolare, dalla *Philippine Coalition for the International Criminal Court* (PCICC). Cfr. L. Buan, *Additional petition filed with SC vs withdrawal from Int'l Criminal Court*, 13 giugno 2018, <<https://www.rappler.com/nation/204790-pcicc-petition-supreme-court-icc-withdrawal/>>.

⁶⁹ Cfr. *Petition of Senator Pangilinan et al.*, par. 2.

procedimento, i ricorrenti ritenevano infatti di essere stati privati del loro diritto di prendere parte alle decisioni pubbliche.⁷⁰

Peraltro, le Filippine, pur avendo siglato l'accordo nel 2000, vi avevano formalmente aderito solo in virtù della risoluzione n. 546, approvata dal Senato nel 2011.⁷¹ I ricorrenti ritenevano che nessun atto dell'esecutivo potesse invalidare tale deliberazione ma che la stessa potesse essere annullata o abrogata solo dallo stesso Senato.⁷²

7. La decisione della Corte Suprema filippina e il parallelismo delle forme

La pronuncia della Corte Suprema in merito ai ricorsi è giunta solamente nel marzo del 2021,⁷³ due anni dopo che l'uscita delle Filippine dall'accordo era divenuta effettiva. Sebbene le istanze siano state rigettate, la pronuncia assume una certa rilevanza ai fini della questione che ci occupa, dal momento che i giudici hanno negato la sussistenza di un potere esclusivo dell'esecutivo in materia di recesso e hanno riconosciuto dei limiti alla competenza del Presidente.

Occorre anzitutto evidenziare che i giudici hanno sì dichiarato la non giustiziabilità del caso, ma non lo hanno fatto perché ritenessero quella dinanzi a loro una *political question*.⁷⁴ La dichiarazione di non giustiziabilità è avvenuta in base della convinzione che «[t]he unfolding of events, including the International Criminal Court's acknowledgment of withdrawal even before the lapse of one year from initial notice, rendered the Petitions' moot, removing any potential relief from this Court's sphere».⁷⁵ Di certo, il fatto che l'accettazione della notifica di recesso da parte della Corte penale internazionale possa impedire ad un tribunale nazionale di decidere su un'impugnazione rappresenta un argomento che suscita non poche perplessità.⁷⁶ Ciò nonostante, preme evidenziare il fatto che anche i giudici filippini hanno rivendicato la propria competenza a decidere su questa come su altre questioni relative

⁷⁰ I ricorrenti sostenevano inoltre che un accordo validamente stipulato avesse lo stesso *status* di una legge, con la conseguenza che il recesso dovesse considerarsi un atto equivalente all'abrogazione e che, quindi, il coinvolgimento del potere legislativo fosse reso necessario dall'assenza di un potere di abrogazione in capo al Presidente. Cfr. Ivi, par. 29 e ss. e *Petition of the Integrated Bar of the Philippines*, par. 41 e ss.

⁷¹ Lo strumento di ratifica dello Statuto di Roma fu difatti depositato soltanto il 30 agosto 2011 e il trattato entrò in vigore per le Filippine il primo novembre dello stesso anno.

⁷² Cfr. L. Buan, *Additional petition filed with SC vs withdrawal from Int'l Criminal Court*, cit.

⁷³ Cfr. *Pimentel v Cayetano* [2021] G.R. No. 238875, G.R. No. 239483, and G.R. No. 240954 [En Banc] 16 March 2021 (d'ora in avanti, *Pimentel v Cayetano* [2021]).

⁷⁴ L'esecutivo, viceversa, ritenendo che quella relativa al recesso rappresentasse una questione politica di propria spettanza, negava che la denuncia del trattato potesse essere soggetta a revisione da parte dei giudici. Cfr. *Consolidated Comment of the Office of the Solicitor General*, par. 88.

⁷⁵ Cfr. *Pimentel v Cayetano* [2021], par. XXI.

⁷⁶ Non a caso, questo aspetto della pronuncia – così come altri – è stato oggetto di critiche da parte della dottrina. Cfr. *Understanding The President's Treaty Powers, Senate Concurrence And Vested Rights Under The Recent Pangilinan V. Cayetano Ruling*, <<https://law.upd.edu.ph/a-webinar-on-understanding-the-presidents-treaty-powers/>>.

agli affari esteri, affermando che «[i]t is wrong to state that matters of foreign relations are political questions, and thus, beyond the judiciary's reach».⁷⁷ Sebbene il Presidente debba essere considerato nell'ordinamento filippino come il «primary architect of foreign policy», la sua decisione di recedere da un trattato può quindi essere soggetta al sindacato giurisdizionale.⁷⁸ Ciò in virtù del fatto che, anche quando abbia ad oggetto un accordo internazionale, l'operato del Capo di Stato deve conformarsi alla Costituzione e alle leggi.⁷⁹

Proprio per quest'ultima ragione, la Corte – e qui veniamo all'aspetto più interessante della decisione – ha riconosciuto che la discrezionalità del Presidente nel decidere di denunciare un accordo non è assoluta. Viceversa, il Capo di Stato può recedere autonomamente solamente nel caso in cui sussistano basi chiare e definite per sostenere che il trattato si scontra con la Costituzione o con la legge.⁸⁰

Facendo proprio il principio del parallelismo delle forme, i giudici hanno evidenziato che la competenza del Capo di Stato incontra viceversa delle limitazioni nel caso in cui la stipula degli accordi abbia rappresentato la realizzazione della volontà del potere legislativo, come manifestata in una legge precedente o come confermata tramite un atto normativo successivo.

Il principio applicato dalla Corte impone infatti che «any withdrawal from an international agreement must reflect how it was entered into», cosicché «[a]s the agreement was entered pursuant to congressional imprimatur, withdrawal from it must likewise be authorized by a law».⁸¹ La ricerca di un equilibrio fra l'azione dell'esecutivo in sede di recesso e il grado di partecipazione del potere legislativo al momento della stipula rende infatti logico che «the same constitutional requirements of congressional approval—which attended the effecting of treaties following original entry into them—must also be followed in their termination».⁸²

I giudici hanno peraltro sottolineato la sussistenza di altri possibili limiti alla competenza dell'esecutivo. È stata infatti evidenziata la necessità della partecipazione del potere legislativo al procedimento di recesso allorché il Senato, nel concedere la propria approvazione alla conclusione dell'accordo, abbia espressamente posto la condizione che la denuncia fosse subordinata ad analoga approvazione. Una condizione simile, oltre che nel medesimo atto con cui è stata autorizzata la stipula, può essere posta in una risoluzione successiva – del Senato o dell'intero Congresso – o essere il frutto di una previsione di carattere più generale contenuta in una legge.⁸³

⁷⁷ Cfr. *Pimentel v Cayetano* [2021], par. IX.

⁷⁸ Cfr. *ivi*, par. XXI.

⁷⁹ Cfr. *ivi*, par. IX.

⁸⁰ Cfr. *ivi*, par. VIII.

⁸¹ Cfr. *ivi*, par. VII.

⁸² Cfr. *Pimentel v Cayetano* [2021], par. VII.

⁸³ Cfr. *ivi*, parr. VIII e XXI.

Inoltre, analogamente a quanto già fatto dalla *High Court* sudafricana, i giudici di Manila hanno sostenuto la necessità di addivenire all'abrogazione di eventuali leggi di attuazione di un trattato, prima di procedere alla denuncia dello stesso.⁸⁴

Vale la pena di evidenziare che la decisione dei giudici filippini risulta permeata dalle teorie della dottrina statunitense cui si è fatto cenno nello scorso capitolo. Il tribunale non ha infatti ignorato né le somiglianze che accomunano la disciplina del *treaty-making* nelle Filippine e quella statunitense né il fatto che le pretese dei ricorrenti, nell'invocare la partecipazione del Senato al procedimento di recesso, abbiano riproposto nel contesto filippino un dibattito già sviluppatosi negli Stati Uniti in relazione al caso *Goldwater v. Carter*.⁸⁵

Anzitutto, l'aver rigettato l'idea che una tematica come quella inerente alla denuncia degli accordi rappresenti una questione politica sottratta alla propria giurisdizione può ragionevolmente essere considerato la messa in opera di quelle considerazioni – citate espressamente dalla Corte di Manila – effettuate nell'ambito del caso del 1979 dal giudice Powell. Lo statunitense aveva infatti affermato che «it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance» e che la controversia relativa al recesso dal trattato di mutua difesa con Taiwan, pur toccando le relazioni internazionali, «concerns only the constitutional division of power between Congress and the President».⁸⁶

Inoltre, i giudici filippini, pur premettendo che le tesi e i concetti elaborati in un altro ordinamento devono essere soggetti a degli aggiustamenti per adattarsi al contesto nazionale, hanno espressamente riconosciuto la spendibilità del già menzionato *mirror principle* caldeggiato da Koh e dei già descritti parametri fissati nel caso *Youngstown*, come criteri di base per valutare l'operato di un potere condiviso dal Presidente col potere legislativo.

Alla luce dei principi fissati dalla sentenza appena esaminata si può affermare che la “lezione” della giurisprudenza e di parte della dottrina statunitense in relazione alla competenza a recedere sia stata recepita in modo più netto nel contesto filippino di quanto non lo abbia fatto, sino ad oggi, in quello d'origine.

8. Conclusioni

Per quanto attiene al caso di specie, la Corte ha evidenziato che – a differenza di quanto sostenuto dal promotore di uno dei ricorsi, senatore Pangilinan – una simile condizione non era stata posta né quando aveva approvato la stipula dello Statuto di Roma, né successivamente.

⁸⁴ Cfr. *ivi*, par. VIII.

⁸⁵ Cfr. *ivi*, par. VII.

⁸⁶ Cfr. J. Powell, *Concurring Opinion* in *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

Come si avrà avuto modo di osservare, al di là del diverso esito che l'impugnazione del recesso ha avuto, i due casi analizzati condividono numerose caratteristiche.

Anzitutto, i ricorsi, in quanto proposti da rappresentanti parlamentari, dimostrano la crescente consapevolezza del potere legislativo circa la necessità di controllare l'operato dell'esecutivo anche in relazione ad una materia come quella dell'uscita dai trattati e la volontà di difendere le proprie prerogative senza prestare acquiescenza ad eventuali abusi del governo.

È inoltre interessante notare che, nonostante le cause avessero ad oggetto una tematica connessa con la sfera delle relazioni internazionali, i giudici non hanno negato la propria competenza ad esaminare la controversia sulla base della *political question doctrine*. Tale scelta è stata indotta dalla necessità di chiarire, con la propria pronuncia, i ruoli e gli equilibri fra i poteri dello Stato e dalla consapevolezza che gli atti dell'esecutivo, benché posti in essere sul piano internazionale, devono conformarsi ai principi e alle norme dell'ordinamento statale.

Dimostrazione di ciò è che in nessuno dei due casi l'assenza di disposizioni che imponessero la partecipazione del potere legislativo ai procedimenti di recesso è stata letta come la conferma di un presunto potere esclusivo dell'esecutivo. Viceversa, i tribunali nazionali hanno affermato la necessità di replicare in sede di uscita dai trattati il medesimo equilibrio fra i poteri dello Stato assicurato al momento della stipula e di imporre un sistema di *check and balance* analogo a quello già imposto espressamente dalla normativa interna in relazione alla conclusione degli accordi.

Gli elementi evidenziati vanno a confermare come le tendenze evolutive già descritte nel capitolo precedente, volte ad attribuire al potere legislativo un ruolo di primo piano nell'ambito del recesso e a negare la sussistenza di una competenza esclusiva dell'esecutivo, stiano caratterizzando anche ordinamenti in cui simili requisiti non sono espressamente fissati da fonte scritta.

Capitolo 3

Il Regno Unito e la Brexit: fra Parliamentary Sovereignty e Royal Prerogative

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il *prerogative power* dell'esecutivo di recedere dagli accordi internazionali di fronte alla *Brexit*. – 3. La *Royal Prerogative* e i principi costituzionali. – 4. Il caso *Miller* dinanzi alla *High Court of Justice*. – 5. La decisione della *Supreme Court*. – 6. La sentenza *Miller 1* come riaffermazione dei principi costituzionali. – 7. La portata dei limiti al potere dell'esecutivo e la loro applicabilità ad altre ipotesi di recesso. – 8. I criteri fissati nella *Miller 1* e l'eventuale uscita dalla CEDU. – 9. Conclusioni.

1. Introduzione

Così come nei casi esaminati al capitolo precedente, anche le pronunce della *High Court* e della *Supreme Court* britanniche relative al caso *Miller* hanno evidenziato la sussistenza di limiti al potere del governo di recedere, sebbene basandosi su presupposti differenti.

A partire dal referendum del 23 giugno 2016, nel quale l'elettorato britannico ha manifestato la volontà di uscire dall'Unione Europea, la tematica concernente la competenza a denunciare gli accordi internazionali si è imposta prepotentemente all'attenzione delle istituzioni del Regno Unito e della dottrina. Le vicende connesse alla *Brexit* hanno infatti determinato una netta contrapposizione fra il Parlamento e il Governo in relazione al rispettivo ruolo dei due organi nell'attivazione del procedimento di uscita. Questa fase iniziale del recesso ha proposto la tensione fra due istituti del costituzionalismo britannico quali la *Royal prerogative*, vantata dall'esecutivo in materia di gestione degli affari internazionali, e la sovranità del Parlamento, principio cardine dell'ordinamento del Regno Unito ed espressione della *Rule of Law*. Contesa, questa, che si rendeva in un certo senso inevitabile, date le conseguenze che l'uscita dall'UE avrebbe prodotto sull'ordinamento britannico.

A rompere l'*impasse* e a delineare i confini fra le competenze del potere legislativo e di quello esecutivo è stata infine la *Supreme Court*. L'organo giurisdizionale, consolidando la propria posizione di arbitro dei conflitti fra i poteri dello Stato e come custode dei valori costituzionali, ha difatti chiarito – attraverso la nota sentenza *Miller 1* – che il potere di prerogativa del governo deve conformarsi ai principi costituzionali, alla *common law* e alle leggi di fonte parlamentare, subendo di conseguenza delle limitazioni. In particolare, la Corte ha imposto all'esecutivo di ottenere dalle Camere la previa autorizzazione parlamentare alla notifica di recesso, proprio in virtù delle modifiche che la *Brexit* avrebbe prodotto sul piano interno e delle conseguenze che la perdita della cittadinanza europea

avrebbe determinato sui diritti dei cittadini britannici. Limiti, quelli imposti all'esecutivo, dei quali tuttavia non è facile stabilire con precisione la soglia di applicabilità ma che, come si avrà modo di osservare, potrebbero presumibilmente essere invocati anche in relazione ad altre ipotesi di recesso.

2. *Il prerogative power dell'esecutivo di recedere dagli accordi internazionali di fronte alla Brexit*

Come accennato, nell'ordinamento britannico, tanto il potere di stipulare gli accordi internazionali quanto quello di recedervi costituiscono tradizionalmente appannaggio dell'esecutivo. La fonte di tale autorità deve rinvenirsi nella *Royal Prerogative*, che ricomprende il potere discrezionale non statutario dei Ministri nella conduzione degli affari esteri.¹ Sull'attribuzione di tali *prerogative powers* al governo sono concordi tanto la dottrina² quanto la giurisprudenza, la quale ha riconosciuto che «[t]he Government may negotiate, conclude, construe, observe, breach, repudiate or terminate a treaty».³ Pertanto il *treaty-making* e – per ciò che più ci interessa – il *treaty-unmaking power* costituiscono poteri che, in linea di principio, possono essere esercitati senza la necessità di una previa approvazione con legge del Parlamento e senza che le corti possano sindacare circa la loro applicazione.⁴

Secondo l'opinione tradizionale, il riconoscimento in capo alla Corona delle competenze relative alla gestione degli affari esteri discenderebbe dalla necessità di preservare la forza, l'unanimità e la speditezza delle scelte. Laddove tali poteri fossero rimessi alla volontà di più organi, infatti, ne deriverebbe da un lato la debolezza del governo e, dall'altro, un ritardo nell'assunzione delle decisioni contrario alle esigenze dello Stato.⁵ In relazione al *disengagement* da un'organizzazione internazionale, la regola di base comunemente accettata comporta che l'esecutivo, agendo sulla base

¹ Lord Denning, in *Blackburn v Attorney General* [1971] 1 W.L.R., affermava che «[t]he treaty-making power of this country rests [...] in the Crown; that is, Her Majesty acting upon the advice of her Ministers» e che «[w]hen [...] Ministers negotiate and sign a treaty, they [...] exercise the prerogative of the Crown», cfr. 1037 e 1040.

² Su tutti W. Wade, *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 13.

³ Come sostenuto da Lord Templeman nella sentenza *JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 476.

⁴ È stato infatti affermato in giurisprudenza il principio in base al quale «[t]he transactions of independent states between each other are governed by other laws than those which municipal courts administer: such courts have neither the means of deciding what is right, nor the power of enforcing any decision which they may make». Cfr. *Secretary of State in Council of India v. Kamachee Boye Sahaba* (1859) 13 Moo. P.C.C. 22, 75. Ancora, è stato sottolineato che «throughout the making of the treaty and in relation to each and every of its stipulations in her sovereign character, and by her own inherent authority; and, as in making the treaty, so in performing the treaty, she is beyond the control of municipal law, and her acts are not to be examined in her own courts». Cfr. *Rustomjee v. The Queen* (1876) 2 Q.B.D. 69, 74. Più recentemente, è stato ribadito da Lord Oliver of Aylmerton che «[o]n the domestic plane, the power of the Crown to conclude treaties with other sovereign states is an exercise of the Royal Prerogative, the validity of which cannot be challenged in municipal law», cfr. *Tin Council case (JH Rayner (Mincing Lane) Ltd v Department of Trade and Industry* [1990] 2 AC 418, 499.

⁵ Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit., p. 250.

dei suoi poteri di prerogativa, negozi con l'organizzazione il recesso e che il Parlamento apporti successivamente all'ordinamento interno le modifiche che si rendono necessarie in virtù dell'uscita.⁶

La portata di tale regola è stata tuttavia oggetto di discussione nell'ambito della c.d. *Brexit*. L'ipotesi che il Governo potesse notificare l'intenzione di recedere dall'Unione europea senza una previa autorizzazione parlamentare ha infatti sollevato un dibattito che, svoltesi tanto in dottrina⁷ quanto in sede politica, ha trovato la propria conclusione dinanzi alla *Supreme Court*.

Data la notorietà del caso *Brexit* sotto il profilo cronachistico, ci si limiterà in questa sede a ripercorrere in modo estremamente sintetico i passaggi fondamentali che hanno caratterizzato la fase di avvio del procedimento di uscita del Regno Unito dall'Unione europea.

Posti dinanzi al quesito referendario «Should the United Kingdom remain a member of the European Union or leave the European Union?», il 23 giugno 2016 gli elettori britannici optarono a maggioranza per l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea.⁸ Come noto, il procedimento di uscita dall'organizzazione può essere intrapreso da ciascuno Stato membro tramite l'attivazione dell'art. 50 del Trattato sull'Unione europea (TUE), clausola di recesso entrata in vigore il primo dicembre 2009 in seguito all'introduzione operata dal Trattato di Lisbona (2007). Detta disposizione non fornisce indicazioni di dettaglio in merito a quale procedimento occorra seguire sul piano interno per attivare il procedimento di uscita, limitandosi a prevedere che ogni Stato membro può decidere di recedere dall'Unione «conformemente alle proprie norme costituzionali».⁹

⁶ Cfr. P. Craig, *Engagement and Disengagement with International Institutions. The U.K. perspective*, in C.A. Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, cit., p. 406.

⁷ La dottrina si divise fra coloro che sostenevano l'autorità dell'esecutivo (fra cui K. Armstrong, *Push Me, Pull You: Whose Hand on the Article 50 Trigger?*, UK Constitutional Law Association Blog, 27 giugno 2016 e M. Elliott, *Brexit: On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, Public Law for Everyone Blog, 30 giugno 2016) e coloro che richiamaavano la necessità della previa autorizzazione parlamentare (fra gli altri N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 "Trigger": Parliament's Indispensable Role*, UK Constitutional Law Association Blog, 27 giugno 2016; T.T. Arvind, R. Kirkham, L. Stirton, *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary*, UK Constitutional Law Association Blog, 1 luglio 2016; J. Adenitire, *The Executive Cannot Abrogate Fundamental Rights without Specific Parliamentary Mandate: The Implications of the EU Charter of Fundamental Rights for Triggering Art 50*, UK Constitutional Law Association Blog, 21 luglio 2016).

⁸ La tornata referendaria, istituita ai sensi dello *European Union Referendum Act 2015*, ha visto la partecipazione del 72,2% degli aventi diritto e la prevalenza del *Leave* con il 51,9% delle preferenze. Cfr. <<https://www.electoralcommission.org.uk/who-we-are-and-what-we-do/elections-and-referendums/past-elections-and-referendums/eu-referendum/results-and-turnout-eu-referendum>>.

⁹ Art. 50, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea. Una volta che lo Stato abbia notificato al Consiglio europeo la propria intenzione di recedere, si apre una fase di negoziato fra lo Stato e l'Unione finalizzato a raggiungere un accordo circa le modalità del recesso. L'accordo, negoziato ai sensi dell'art. 218, paragrafo 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, è concluso a nome dell'Unione dal Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata previa approvazione del Parlamento europeo (art. 50, par. 2). Ai sensi del terzo paragrafo dell'articolo 50, il recesso diviene quindi efficace – con la conseguente inapplicabilità dei trattati allo Stato interessato – a decorrere dalla data di entrata in vigore del menzionato accordo o, laddove l'intesa non sia stata raggiunta, due anni dopo la notifica dell'intenzione di recedere. Resta salva l'ipotesi in cui il Consiglio europeo decida all'unanimità e d'intesa con lo Stato membro interessato di prorogare detto termine.

Indicazioni in merito agli organi competenti ad attivare l'articolo 50 non erano peraltro contenute neppure nella normativa interna, non trovandosi riferimenti in tale senso né all'interno dello *European Union Referendum Act 2015* né nello *European Communities Act 1972* (d'ora in avanti *ECA 1972*), trattato, quest'ultimo, con cui era stato disciplinato l'accesso del Regno Unito nell'allora Comunità economica europea, nella Comunità europea del carbone e dell'acciaio e nella Comunità europea dell'energia atomica e che recava la disciplina dei rapporti fra l'ordinamento britannico e quello comunitario.

La convinzione del Governo britannico circa la propria competenza ad attivare l'articolo 50 TUE senza necessità di interpellare il Parlamento fu subito resa manifesta dall'allora Primo Ministro, David Cameron,¹⁰ e fu ribadita dinanzi alla *House of Lords* dai rappresentanti dell'Esecutivo. Detta convinzione si basava appunto sul presupposto che l'autorità del Governo discendesse dai *prerogative powers* e dal fatto che un coinvolgimento delle Camere non sarebbe stato necessario, in quanto tale atto avrebbe prodotto conseguenze in relazione alla posizione del Regno Unito sul piano internazionale e non sul suo ordinamento interno.¹¹ Veniva inoltre affermato che l'assemblea legislativa, tramite l'atto istitutivo del referendum, avesse accettato che la scelta di uscire dall'UE fosse rimessa alla volontà popolare.¹²

Ad opporsi alle posizioni dell'esecutivo erano coloro che, viceversa, sostenevano che il principio di sovranità parlamentare imponesse un coinvolgimento del potere legislativo nella procedura di recesso dall'Unione Europea. Oltre a richiamare la necessità di attivare i meccanismi di *check and balance* affidati all'organo legislativo, veniva in particolar evidenziato che l'uscita dall'organizzazione, da un lato, avrebbe finito per rendere lettera morta una legge primaria del Parlamento, dall'altro, avrebbe privato i cittadini britannici dei diritti di matrice comunitaria.¹³

Lo scontro fra le due tesi, evidenziando la contrapposizione fra due elementi fondamentali dell'assetto costituzionale britannico, costituiti, appunto, dal principio della sovranità parlamentare e dalla *Royal Prerogative*, rendeva necessario fissare il corretto punto di equilibrio fra le competenze del Parlamento e quelle del Governo al fine di salvaguardare la separazione dei poteri.

¹⁰ Cameron, nell'annunciare la propria intenzione di dimettersi dalla carica, affermò che «[a] negotiation with the European Union will need to begin under a new Prime Minister, and I think it is right that this new Prime Minister takes the decision about when to trigger Article 50 and start the formal and legal process of leaving the EU». Cfr. *EU referendum outcome: PM statement, 24 June 2016*, consultabile a <<https://www.gov.uk/government/speeches/eu-referendum-outcome-pm-statement-24-june-2016>>.

¹¹ Questi gli argomenti avanzati, in particolare dal Sottosegretario di Stato parlamentare per l'uscita dall'Unione europea, George Bridges. Per i termini dettagliati della discussione, tenutasi presso la Camera dei Lord il 18 luglio 2016, si rinvia a <<https://hansard.parliament.uk/Lords/2016-07-18/debates/C13B7702-597A-4983-9A86-64E780F5C06D/RoyalPrerogative> e <https://hansard.parliament.uk/Lords/2016-07-18/debates/E6951968-643A-4F3C-AED7-84CE95F00855/BrexitRoleOfParliament>>.

¹² Come sostenuto dinanzi alla Camera dei Lord dall'allora Avvocato generale per la Scozia, Richard Keen. Cfr. *ibidem*.

¹³ Cfr. *ibidem*.

In virtù delle cause proposte da comuni cittadini, che si opponevano all'ipotesi di un'azione unilaterale del Governo, irrupero nel dibattito le corti britanniche. La sentenza della *High Court of Justice* del 3 novembre 2016 relativa al caso *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*¹⁴ e la sentenza della *Supreme Court*, del 24 gennaio 2017, emessa nel giudizio di impugnazione, infatti – pur sulla base di argomentazioni in parte differenti – giunsero alla conclusione che l'invocazione dell'art. 50 TUE da parte dell'esecutivo non poteva prescindere dalla previa autorizzazione parlamentare.¹⁵

In ossequio alla decisione della Corte Suprema, come noto, il Governo britannico – guidato dalla subentrata Theresa May – presentò al Parlamento un disegno di legge, approvato come *EU (Notification of Withdrawal) Act 2017*, che consentì infine all'esecutivo di notificare al Consiglio europeo la volontà di recedere dall'UE.

3. La *Royal Prerogative* e i principi costituzionali

Per meglio comprendere i presupposti su cui si basavano per larga parte le posizioni contrapposte in merito alla necessità di una autorizzazione parlamentare alla notifica ex art. 50 TUE e al fine di introdurre i principi su cui si sono fondate le due decisioni relative al caso *Miller*, appare opportuno partire da una chiarificazione del concetto di *prerogative powers* e da un inquadramento del rapporto fra il loro esercizio e il principio di sovranità parlamentare.

Tentare di fornire una definizione precisa al concetto di *Royal Prerogative* ha costituito e continua a costituire un'impresa ardua per i costituzionalisti britannici. Prova ne è il fatto che di tale istituto sono state date, nel corso del tempo, descrizioni fra loro differenti ed in parte divergenti¹⁶ le quali finiscono per rivelarsi parziali, dal momento che mettono in luce solamente alcuni aspetti di tale istituto tralasciandone altri.¹⁷

Lo sforzo definitorio che ha riscontrato maggiore fortuna, tanto nella dottrina quanto nella giurisprudenza britannica, è quello compiuto da Albert Vann Dicey, secondo il quale la prerogativa costituisce «the residue of discretionary or arbitrary authority which at any given time is legally left in

¹⁴ *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016] EWHC 2768, Case No: CO/3809/2016 and CO/3281/2016.

¹⁵ *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5.

¹⁶ Cfr. S. Payne, *The Royal Prerogative*, in M. Sunkin, S. Payne, *The Nature of the Crown: a Legal and Political Analysis*, Oxford, 1999, p. 78.

¹⁷ Di questo avviso, fra gli altri, T. Poole, *United Kingdom: The royal prerogative*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 1, 2010, pp. 146–155 e *id.*, *The Strange Death of Prerogative in England*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 21/2017*.

the hands of the crown. [...] Every act which the executive government can lawfully do without the authority of an Act of Parliament is done in virtue of the prerogative».¹⁸

La definizione fornita dal costituzionalista inglese evidenzia che con il concetto in esame deve farsi riferimento a quell'insieme di poteri discrezionali dell'esecutivo – originariamente detenuti dalla Corona – la cui fonte di legittimazione non va individuata in una legge emanata dal Parlamento ma nella *common law*. Detti poteri, assai ampi all'epoca in cui la sovranità era concentrata nel regnante, si sono ridotti nel corso dei secoli¹⁹ in virtù dell'affermazione della democrazia parlamentare e della *rule of law*.²⁰ Lo sviluppo di questi ultimi principi, insieme con il consolidamento della dottrina della separazione dei poteri, ha comportato che, alla fine del ventesimo secolo, la maggior parte di quelli che un tempo costituivano *prerogative powers* si trovasse distribuiti fra i tre principali organi dello Stato. Tale ridistribuzione ha fatto sì che sia oggi riconducibile alla *Royal Prerogative* un numero limitato di *prerogative powers* che sono attualmente esercitati dai ministri in via diretta o attraverso le direttive vincolanti che gli stessi forniscono alla Corona. Pur se residuali, i poteri di prerogativa sono comunque assai rilevanti, ricomprendendo, fra gli altri, quello di dichiarare la guerra e di fare la pace, quello di conferire i più alti onori, quello di *prorogation* – ossia di chiudere temporaneamente il Parlamento – e, appunto, quello di stipulare trattati internazionali o di denunciare gli stessi.

Un fondamentale ridimensionamento della prerogativa regia è passato per il consolidamento della sovranità parlamentare, concetto che – secondo la definizione fornita da Dicey – conferisce al Parlamento il diritto di fare e disfare una legge e comporta che a nessun soggetto è riconosciuto dalla

¹⁸ Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, 1885, Liberty Fund Publishing, reprint 2001, pp. 282-283. Secondo alcuni autori (cfr. N. Cox, *The Royal Prerogative and Constitutional Law: A Search for the Quintessence of Executive Power*, Routledge, 2021) il successo della definizione fornita da Dicey dipenderebbe dalla maggiore brevità, semplicità e modernità rispetto alla descrizione operata da William Blackstone circa un secolo prima, la quale dovrebbe tuttavia ritenersi più corretta. Secondo quest'ultimo, col termine prerogativa dovrebbe intendersi "that special pre-eminence, which the King hath over and above all other persons, and out of the ordinary course of common law, in right of his regal dignity [...] it can only be applied to those rights and capacities which the King enjoys alone, in contradiction to others, and not to those which he enjoys in common with any of his subjects", cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit., p. 239.

¹⁹ Gli atti cui viene attribuito un ruolo determinante nella progressiva delimitazione di dette prerogative sono individuati nella *Magna Carta* di Edoardo I (1297), nella *Petition of Right* (1627), nel *Bill of Rights* (1688/9), confermato dal *Crown and Parliament Recognition Act* (1689), nel *Claim of Right Act in Scozia* (1689), nell'*Act of Settlement* (1701), the *Claim of Right Act* 1689 in Scotland, e negli *Acts of Union* in Inghilterra e Galles (1706) e in Scozia (1707).

²⁰ Con l'espressione di *supremacy of the rule of law* nell'ordinamento costituzionale britannico, lo stesso Dicey individua anzitutto il principio per cui «no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary Courts of the land», in questo senso «the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint». La supremazia della *rule of law* comporta inoltre che «not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals». Infine, ad avviso di Dicey, si può dire che la costituzione britannica sia pervasa dalla *rule of law* nel senso che «the general principles of the constitution (as for example the right to personal liberty, or the right of public meeting) are with us the result of judicial decisions determining the rights of private persons in particular cases brought before the Courts». Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, 1885, reprint 2001, Liberty Fund Publishing, citazioni rispettivamente alle pagine 110, 114 e 115.

legge il diritto di accantonare o di ignorare la legislazione del Parlamento.²¹ In virtù dell'affermazione di tale principio, l'originario potere legislativo della Corona si è concentrato nel Parlamento – o, più precisamente, nel *King in Parliament* –, dimodoché l'adozione di una norma non può che passare per l'approvazione di un disegno di legge da parte dell'assemblea legislativa, seguita dall'assenso formale da parte del regnante.

La sovranità parlamentare fa sì che il Parlamento possa abolire un potere di prerogativa sia espressamente sia per “necessary intendment”,²² ossia in virtù della necessaria implicazione che discende da un'interpretazione sistematica delle disposizioni espresse della legge.²³ Di converso, come affermato dalla giurisprudenza, non possono essere creati nuovi poteri di prerogativa.²⁴

Inoltre, come chiarito dalle corti inglesi, laddove una legge attribuisca un potere concernente lo stesso ambito su cui incide la *Royal Prerogative*, esso dovrà considerarsi derivante dalla legge e non più dalla prerogativa regia, con la conseguenza che il governo dovrà esercitarlo nelle forme e nei limiti disposti dal Parlamento e rispettare i vincoli e le condizioni da quest'ultimo imposti.²⁵ Tale principio – c.d. *abeyance principle* – si pone in sintonia con una lettura della prerogativa come «a relic of a past age, not lost by disuse, but only available for a case not covered by statute».²⁶

Che i poteri del governo, una volta che abbiano trovato come fonte una legge, debbano conformarsi ai limiti dalla stessa imposti è d'altronde un principio ribadito in tempi relativamente recenti nel caso *R v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Fire Brigades Union*, nel quale Lord Browne-Wilkinson ha affermato come «it would be most surprising if, at the present day, prerogative powers could be validly exercised by the executive so as to frustrate the will of Parliament as expressed in a statute and, to an extent, to pre-empt the decision of Parliament whether or not to continue with the statutory scheme».²⁷

²¹ Cfr. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit. La supremazia della *Crown in Parliament* è stata definita dalla stessa giurisprudenza britannica come «[t]he bedrock of the British constitution», cfr. *R (Jackson) v Attorney General* [2005] UKHL 56; [2006] 1 AC 262, par. 9.

²² Cfr. *British Coal Corporation v. R.* [1935] A.C. 500, 519.

²³ Cfr. *R (Morgan Grenfell & Co Ltd) v Special Commissioner of Income Tax* [2002] UKHL 21; [2003] 1 AC 563, par. 45.

²⁴ *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] A.C. 508. In questa controversia, l'*Appellate Committee* della *House of Lords* dovette determinare se il Governo potesse usare un ampio potere di prerogativa per la requisizione di proprietà, piuttosto che utilizzare un potere attribuitogli per legge che consentiva lo stesso ma che imponeva di pagare una compensazione. Il Comitato asserì che poteva essere utilizzato solamente il potere derivante dalla legge. In particolare, Lord Atkinson evidenziò come sarebbe stato inutile e privo di significato per il Parlamento imporre limiti e condizioni all'esercizio, da parte della Corona, dei poteri conferiti dalla legge allorché l'esecutivo fosse stato libero di ignorare dette disposizioni utilizzando tale potere sulla base della propria prerogativa. Quindi, una volta che una legge fosse stata approvata e fosse in vigore, un potere poteva essere esercitato solo sulla base di quest'ultima e alle condizioni eventualmente più onerose da essa previste, non potendo l'esecutivo ricorrere al potere più ampio che gli sarebbe derivato dalla prerogativa regia. Cfr. pp. 539-540.

²⁵ *Ivi.*

²⁶ Cfr. *Burmah Oil Company v. Lord Advocate* [1965] AC 75, 101.

²⁷ Cfr. *R v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Fire Brigades Union* [1995] UKHL 3; [1995] 2 AC 513. Nella controversia si era posto l'interrogativo se la prerogativa potesse essere utilizzata per istituire un regime di

Invero, l'ambito di applicazione del principio appena enunciato dipende dall'interpretazione più o meno ampia che le si voglia dare. In base ad un'interpretazione più restrittiva, detto criterio va applicato ad ipotesi in cui una legge prescriva nel dettaglio le modalità di esercizio di un potere da parte del governo ma quest'ultimo aggiri dette prescrizioni sulla base della prerogativa regia. Un'esegesi più ampia consente invece di desumere da detta enunciazione il principio in base al quale non è consentito all'esecutivo di rendere una legge lettera morta tramite l'esercizio dei poteri di prerogativa e che non gli è permesso di agire in modo tale da andare oltre l'oggetto e lo scopo di una legge esistente.²⁸

Quest'ultima lettura, peraltro, si pone in linea con quanto sostenuto in *Laker Airways Ltd v. Department of Trade*, ove si afferma che i poteri di prerogativa non possono essere utilizzati per vanificare una previsione legislativa svuotandola di contenuto o privandola della sua effettiva operatività – il c.d. *frustration principle*.²⁹

Il rapporto di superiorità della legge rispetto all'esercizio dei *prerogative powers* costituisce d'altronde un presupposto consolidatosi nell'ordinamento britannico quanto meno dagli inizi del XVII secolo³⁰ ed è ormai definitivamente confermato dalla giurisprudenza che l'esecutivo non può, tramite i *prerogative powers*, prescrivere o modificare la legge.³¹

Da quanto evidenziato sino ad ora emergono alcuni criteri fondamentali per valutare la posizione della *Royal Prerogative* nell'assetto costituzionale britannico, che torneranno utili nell'analisi delle decisioni sul caso *Miller*. Anzitutto, le corti sono competenti a verificare l'esistenza di un potere di prerogativa, nonché di determinarne l'estensione. Risulta inoltre chiaro che i *prerogative powers* devono essere esercitati conformemente alla *common law* e alle leggi emanate dal Parlamento, nei confronti delle quali si trovano in posizione subordinata. La posizione peggiore in cui la prerogativa regia si trova rispetto alla legge comporta che, laddove essa e i *prerogative powers* si pongano in contrasto, è la prima a prevalere. Al contempo, una legge non può essere modificata tramite l'esercizio

risarcimento per lesioni penali, dato che un regime analogo – sebbene più costoso - era già previsto da una legge, anche se non ancora in vigore.

²⁸ Cfr. N. Barber, T. Hickman, J. King, *Pulling the Article 50 'Trigger': Parliament's Indispensable Role*, cit.

²⁹ Cfr. *Laker Airways Ltd v. Department of Trade* [1977] Q.B. 643

³⁰ Risale al 1611, infatti, la ben nota affermazione di Sir Edward Coke, in base alla quale «the King by his proclamation of other ways cannot change any part of the common law, or statute law, or the customs of the realm». Il principio in virtù del quale la Corona – oggi, più in generale, l'esecutivo – non può modificare la legislazione parlamentare o la *common law* tramite i suoi poteri di prerogativa sarebbe stato consacrato di lì a qualche decennio nel *Bill of Rights* del 1688 – relativo all'Inghilterra e al Galles – ove si disponeva che il preteso potere di sospendere la legge o l'esecuzione della legge da parte dell'autorità regale e senza il consenso del Parlamento è illegale e che altrettanto deve dirsi del preteso potere di dispensare dalla legge o dall'esecuzione della legge da parte dell'autorità regale. Analogamente, il *Claim of Rights* del 1689 – relativo alla Scozia – affermerà l'illegittimità di qualsiasi proclamazione che avesse affermato un potere assoluto di annullare le leggi.

³¹ Cfr. *The Zamora* [1916] 2 AC 77, 90 e *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs. Ex parte Bancoult* (No 2) [2008] UKHL 61; [2009] AC 453, par. 44

dei poteri di prerogativa a meno che non sia atto legislativo del Parlamento a consentirlo. Infine, se da un lato la prerogativa può essere abrogata o abolita da una legge, dall'altro la stessa non può essere ampliata, sebbene il Parlamento possa creare poteri che, nella loro natura, sono simili a quelli di prerogativa.

La tradizionale attribuzione all'esecutivo del potere di stipulare gli accordi internazionali e di denunciarli come derivazione della *Royal Prerogative* si pone in stretta connessione con la tradizionale adozione, da parte del sistema britannico, di un approccio dualista in merito al rapporto fra l'ordinamento interno e quello internazionale. L'assunzione di tale prospettiva – che, come noto, si fonda sull'idea che l'ordinamento internazionale e quello interno si trovino fra loro in posizioni autonome e operino in sfere fra loro indipendenti – comporta che, affinché un trattato internazionale possa produrre effetti nell'ordinamento statale, lo stesso debba necessariamente essere incorporato nel diritto interno. Come acclarato dalla giurisprudenza, infatti, un trattato internazionale costituisce un accordo stipulato dai governi di due o più Stati, con la conseguenza che è il diritto internazionale – e non quello domestico – a regolare i rapporti fra i contraenti, nonché a disciplinare la validità, l'interpretazione e l'applicazione degli accordi. Una convenzione stipulata dalla Corona non può alterare l'ordinamento interno se non per mezzo di una legge. Laddove e fintanto che non intervenga l'incorporazione nell'ordinamento interno, un trattato non può costituire, nei riguardi degli individui, fonte di diritti o di obblighi, né un presupposto per la privazione di diritti, ponendosi nei loro confronti come *res inter alia acta*.³² Proprio in base a questi presupposti il potere di stipulare e di recedere dagli accordi è, di norma, sottratto al giudizio dei giudici. Una volta che le disposizioni di un trattato siano state fatte proprie dall'ordinamento statale tramite l'adozione di una legge, le corti potranno essere infatti invocate non per dare effetto alle norme convenzionali ma a quelle interne di attuazione.³³

Sussiste un rapporto di stretta dipendenza fra le peculiarità della dottrina dualista e il principio della sovranità parlamentare, dal momento che l'adozione dell'approccio basato su tale dottrina si pone a tutela delle prerogative del Parlamento. Difatti, se, tramite la conclusione di un trattato, l'esecutivo fosse in grado di far sorgere obblighi e diritti nell'ordinamento interno senza l'intervento di una legge, allo stesso sarebbe consentito, tramite la stipula, di legiferare e da ciò risulterebbe minata la posizione di supremazia del Parlamento.³⁴ È proprio in virtù del fatto che, in base all'approccio dualista, la stipula e la denuncia degli accordi internazionali dispiegano di norma i loro effetti solo sul piano

³² Cfr. *ivi*, 477-478 e 500.

³³ Cfr. *Thomas v. Baptiste* [2000] 2 AC 1, 23.

³⁴ Cfr. P. Craig, *Engagement and Disengagement with International Institutions. The U.K. perspective*, cit., p. 394.

internazionale che il relativo *prerogative power* risulta compatibile con la regola che nega ai ministri la possibilità di modificare il diritto interno del Regno Unito.³⁵

Va comunque ribadito che – come si è evidenziato nel primo capitolo – a partire dalla fine del diciannovesimo secolo, la competenza esclusiva dell'esecutivo a stipulare i trattati ha subito delle attenuazioni, derivanti dall'attribuzione di un diritto di veto della Camera dei Comuni in relazione alla stipula di nuovi accordi.³⁶ Si evidenzia peraltro che tale previsione, contenuta nella sez. 20 del *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, non risulta applicabile ai nuovi Trattati dell'Unione europea, disciplinati dalle disposizioni di specifiche leggi che, pure, limitavano la facoltà dell'esecutivo di modificare gli obblighi dello Stato nei riguardi dell'UE. Lo *European Union (Amendment) Act 2008* – oltre ad aggiungere il Trattato di Lisbona e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti TFUE) ai trattati contemplati nella sezione 1(2) dell'*ECA 1972* – conteneva infatti restrizioni al potere del Governo di approvare modifiche del diritto UE.³⁷ Dette previsioni sono state successivamente emendate dallo *European Union Act 2011* (EUA 2011), il quale ha a sua volta previsto delle limitazioni a tale potere.³⁸

Avendo chiarito i limiti imposti all'esercizio dei *prerogative power* al cospetto del principio della sovranità parlamentare, si procederà nei prossimi paragrafi ad analizzare come l'Alta Corte dapprima e la Suprema Corte poi hanno applicato al caso *Miller* i criteri descritti.

³⁵ Come ribadito proprio in *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, 55, ove è chiarito che «The prerogative power to make treaties depends on two related propositions. The first is that treaties between sovereign states have effect in international law and are not governed by the domestic law of any state. [...] The second proposition is that, although they are binding on the United Kingdom in international law, treaties are not part of UK law and give rise to no legal rights or obligations in domestic law».

³⁶ Cfr. *supra*, cap. 1, nota 25.

³⁷ In particolare, la sezione 5 imponeva la previa autorizzazione parlamentare alla ratifica di quei trattati che modificavano il TUE o il TFUE alterando le competenze dell'UE, o che alteravano i processi decisionali dell'Unione europea o delle sue istituzioni in modo tale da indebolire l'influenza dei singoli Stati membri. La sezione 6 della stessa legge stabiliva inoltre che i ministri non potessero appoggiare nessuna decisione basata su alcune specifiche disposizioni del TUE o del TFUE, senza la previa approvazione di una mozione autorizzativa da parte di entrambe le Camere.

³⁸ Tal legge, dalla sezione 2 alla 10, prevedeva restrizioni sia in relazione alla modifica del TUE e del TFUE, sia in merito ad altre decisioni assunte sulla base dei due trattati. In particolare, le sezioni dalla 2 alla 5 imponevano tanto vincoli al potere dei Ministri di ratificare quei trattati che modificavano o sostituivano il TUE e il TFUE quanto restrizioni al loro potere di approvare determinate decisioni sulla base della c.d. procedura di revisione semplificata ex art. 48(6) TUE. In particolare i vincoli imponevano all'esecutivo di presentare dinanzi al Parlamento un'informativa in merito al trattato o alla decisione da assumere. L'accordo o la decisione dovevano inoltre essere approvati tramite legge di autorizzazione parlamentare. Infine, laddove il trattato o la decisione avessero determinato un accrescimento delle competenze dell'UE, gli stessi avrebbero dovuto essere approvate tramite referendum. Ulteriori limiti ai poteri dei Ministri derivavano dalla sezione 6, la quale prevedeva che gli stessi non potessero, senza l'approvazione tramite referendum e tramite legge di autorizzazione, votare in favore di certe decisioni. Fra queste, figuravano quelle che comportavano un affievolimento dell'influenza dei singoli Stati in relazione ad alcune disposizioni del TUE e del TFUE, ivi compreso l'art. 50(3). Le sezioni dalla settima alla decima prevedevano ulteriori limiti al potere dei Ministri di votare in favore di determinate misure basate sul TUE e sul TFUE senza la previa approvazione parlamentare.

4. Il caso *Miller* dinanzi alla *High Court of Justice*

A dissipare gli interrogativi che affollavano le sedi istituzionali e sui quali la dottrina tanto si era spesa intervennero, come accennato, le corti britanniche attraverso la soluzione dell'ormai celeberrimo caso *Miller*. Detta controversia prendeva le mosse dalla causa intentata nei confronti del Segretario di Stato per l'uscita dall'Unione europea, all'indomani del referendum del 23 giugno 2016, da un comitato di cittadini britannici fra cui figuravano i due imprenditori Gina Miller e Deir Dos Santos. I ricorrenti avevano sposato la tesi in base alla quale un'azione unilaterale del Governo avrebbe rappresentato un'usurpazione del ruolo del Parlamento in virtù del fatto che l'ingresso nell'allora CEE era stato deliberato dalle Camere mediante uno *statute law* – lo *European Communities Act 1972* – e poi ratificato da un referendum.

Il giudizio, svoltosi in primo grado dinanzi alla *High Court of Justice*, ha tralasciato volutamente qualsiasi valutazione politica in merito alla *Brexit*, concentrandosi unicamente sulla questione di diritto costituzionale concernente la competenza ad effettuare la notifica *ex art. 50 TUE* in virtù della *Royal Prerogative*. Vale la pena di analizzare la decisione della *High Court* tanto per apprezzarne le analogie con la sentenza di appello – dal momento che i principi richiamati sono sostanzialmente gli stessi – quanto per evidenziarne le differenze. In particolare, come si avrà modo di osservare, il focus, che in primo grado è incentrato sulla perdita dei diritti di matrice comunitaria da parte dei cittadini britannici, si sposterà in appello prevalentemente sulla tematica dei rapporti fra l'ordinamento interno e quello europeo. Di conseguenza, nelle argomentazioni della *Supreme Court* la questione della perdita dei diritti sarà sì tenuta in conto, ma sarà posta in una posizione consequenziale rispetto al tema più generale delle modifiche che il recesso avrebbe apportato all'ordinamento britannico.

Nella causa dinanzi alla *High Court*, erano stati proprio i ricorrenti ad affermare che un ostacolo all'operato unilaterale dell'esecutivo derivasse dal già menzionato principio in base al quale i poteri di prerogativa non possono essere utilizzati in modo tale da ridurre o abolire diritti fondati sulla legge, a meno che detto potere non venga conferito dal Parlamento in via espressa o per implicazione necessaria. Nel caso di specie, invece, l'invio della notifica di recesso avrebbe necessariamente finito per privare i cittadini britannici dei diritti di matrice comunitaria, sottraendo al Parlamento qualsiasi possibilità di decidere se mantenerli, abrogarli o modificarli. A fianco a quei diritti che, nonostante il recesso, potevano essere replicati nell'ordinamento interno e a quelli goduti dai cittadini e dalle compagnie britanniche in altri Stati membri, figuravano anche diritti che non potevano essere conservati nel diritto del Regno Unito in quanto strettamente dipendenti dalla *membership* nell'UE. In particolare, rientravano in questa categoria di diritti quello a votare e ad essere eletto alle elezioni del Parlamento europeo, quello di rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quello di

persuadere la Commissione europea a intraprendere un'azione normativa in relazione a questioni all'interno del Regno Unito, come ad esempio ad indagare su una violazione del diritto eurolunitario della concorrenza o della legislazione europea sulla protezione dell'ambiente.

Si doveva quindi concludere che il Governo fosse privo della competenza ad agire autonomamente, dal momento che tale potere non gli era stato assegnato dall'*ECA 1972* o dalle successive leggi concernenti l'Unione Europea e nemmeno dal *Referendum Act* del 2015.³⁹

Nel giudicare sulla controversia, la Corte è partita da un presupposto non contestato dalle parti⁴⁰ ma successivamente rivelatosi errato, ossia quello dell'irrevocabilità della notifica di recesso. Da tale premessa i giudici hanno riconnesso all'attivazione dell'art. 50 un'ineluttabile uscita dall'Unione Europea,⁴¹ finendo quindi per concordare coi promotori della causa sul fatto che la notifica e la conseguente uscita avrebbero prodotto effetti diretti sui diritti derivanti dalla normativa comunitaria⁴² senza la possibilità che il Parlamento potesse decidere in merito alla conservazione degli stessi.

Ad avviso dei giudici, non poteva valere come risposta alle doglianze dei ricorrenti l'argomentazione del Segretario di Stato,⁴³ il quale sosteneva che l'accordo di recesso sarebbe stato vagliato dalle Camere tramite il procedimento previsto dalla sez. 20 del *CRAG 2010*, dal momento che quest'ultima disposizione non prevedeva l'emanazione di una legge. Sposando un'ulteriore argomentazione dei promotori della causa, la Corte poneva l'accento sul fatto che, anche nell'ipotesi in cui le Camere fossero state chiamate a valutare l'opportunità di ratificare un accordo di recesso, la loro scelta sarebbe risultata condizionata. Detto condizionamento sarebbe giunto dalla consapevolezza che, in caso di mancata approvazione dell'accordo, il processo di uscita sarebbe comunque giunto a compimento nei termini previsti dall'art. 50 TUE.⁴⁴ Il Parlamento, in sostanza, di fronte ad un ormai inevitabile uscita dall'Unione Europea, si sarebbe trovato a dover scegliere fra l'autorizzazione alla ratifica di un accordo

³⁹ Gli argomenti proposti dai promotori della causa sono sintetizzati *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016], par. 73 e ss.

⁴⁰ Come correttamente osservato in dottrina, se, da un lato, il porre in discussione di tale assunto avrebbe minato la tesi principale dei promotori della causa, dall'altro, la contestazione dell'irrevocabilità avrebbe finito per indebolire la posizione dell'esecutivo nei riguardi del Parlamento. La prospettiva dell'irrevocabilità, come accennato, avrebbe posto il Parlamento dinanzi all'alternativa fra l'accettazione di un accordo di recesso negoziato dal Governo, anche se eventualmente poco gradito dalle Camere, e il rigetto dello stesso, con la conseguenza – poco appetibile – di uscita senza accordo del Regno Unito. Viceversa, la reversibilità del procedimento di uscita avrebbe aperto per il Parlamento la possibilità di rigettare accordi ritenuti poco adeguati, senza la spada di Damocle della scadenza del termine biennale o della eventuale proroga dello stesso. Cfr. S. Gianello, *Il caso "Miller" davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017, pp. 3-4.

⁴¹ Peraltro, come evidenziato dalla stessa Corte, l'articolo 50 non consente l'inserimento di condizioni nella notifica, dovendosi quindi negare la possibilità che il recesso possa essere vincolato all'approvazione, da parte del Parlamento, di accordi di recesso conclusi in fase di negoziazione.

⁴² Anche in virtù del fatto che l'Esecutivo, negoziando i termini di qualsivoglia accordo di recesso, avrebbe avuto la possibilità di scegliere quali diritti di matrice europea tentare di mantenere e quali rimuovere. Cfr. *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016], par. 11-12.

⁴³ Per gli argomenti proposti dal Segretario di Stato, cfr. *ivi*, par. 76.

⁴⁴ Cfr. *ivi*, par. 14.

- per quanto potesse rivelarsi poco soddisfacente – e l'ipotesi, di certo peggiore, di negare l'autorizzazione conducendo il Paese ad un'uscita *no deal*.

Fissate tali premesse, l'Alta Corte ha delineato il rapporto fra i *prerogative powers* della Corona e il principio di sovranità del Parlamento, identificando quest'ultima come regola centrale dell'ordinamento costituzionale britannico, e ha proceduto ad applicare le regole che si sono descritte nei paragrafi che precedono. La corte ha infatti ribadito che il primato della legge, conseguente al principio di sovranità parlamentare, può venire meno solo laddove siano state le stesse Camere a conferire un ruolo superiore ad un'altra fonte.⁴⁵ Da ciò i giudici hanno fatto discendere la posizione subordinata della prerogativa regia tanto rispetto alla legislazione primaria del Parlamento quanto nei confronti della *common law* e la conseguente necessità che i poteri derivanti da detta prerogativa siano esercitati nel rispetto delle due fonti appena menzionate, il che, a sua volta, comporta che il loro esercizio non possa determinare una modifica dell'ordinamento.

Per ciò che più conta ai nostri fini, la Corte ha sostenuto che a tale regola generale non può essere sottratto il *prerogative power* di stipulare e di denunciare i trattati internazionali, il quale deve essere a sua volta esercitato nel rispetto dei principi costituzionali. Richiamando i già menzionati risvolti della dottrina dualista, i giudici hanno infatti evidenziato che il potere dell'esecutivo di condurre le relazioni internazionali «is regarded as wide and as being outside the purview of the courts precisely because the Crown cannot, in ordinary circumstances, alter domestic law by using such power to make or unmake a treaty».⁴⁶ Attraverso la conclusione o la denuncia degli accordi, infatti, il Governo produce effetti sul piano internazionale, ma nel farlo non può apportare modifiche all'ordinamento interno né attribuire o sottrarre diritti agli individui, a meno che non intervenga un atto legislativo del Parlamento. Tali presupposti si riverberano direttamente sul caso in esame, considerato che la Corona non avrebbe potuto ratificare l'ingresso del Regno Unito nell'UE sulla base dei trattati comunitari se il Parlamento non avesse approvato l'ECA 1972.⁴⁷ L'adozione di dette norme era stata infatti necessaria per l'attuazione della disciplina comunitaria nell'ordinamento statale e per dare effetto nel diritto interno tanto agli obblighi quanto ai diritti di matrice comunitaria, i quali avevano fatto il loro ingresso nell'ordinamento britannico proprio in virtù del già menzionato rinvio contenuto nella sez. 2(1). Laddove le Camere non avessero adottato tale atto, la ratifica dei trattati europei da parte dell'esecutivo avrebbe posto immediatamente il Regno Unito in una posizione di violazione degli obblighi assunti a

⁴⁵ Ivi, par. 20 e ss.

⁴⁶ Ivi, par. 32

⁴⁷ Ivi, par. 41.

causa dell'assenza di disposizioni volte a dare effetto diretto al diritto comunitario nell'ordinamento interno.⁴⁸

Sulla base del suo contenuto e degli effetti prodotti sul sistema giuridico statale, i giudici hanno quindi riconosciuto all'*ECA 1972* la qualità di *constitutional statute*⁴⁹ e, proprio in ragione di tale qualifica, hanno affermato l'impossibilità di abrogare l'atto in via implicita. Viceversa, la sua abrogazione doveva derivare necessariamente da una legge successiva, per previsione espressa della stessa o per implicazione necessaria.⁵⁰

Peraltro, come evidenziato dalla *High Court*, l'assenza nell'*ECA 1972* di disposizioni espresse volte ad escludere l'esercizio, da parte dell'esecutivo, del *prerogative power* di recedere, non legittimava la tesi del Segretario di Stato, secondo il quale il Parlamento – tacendo al riguardo – aveva accettato la persistenza di tale potere in relazione ai trattati UE. Il rigetto di detta argomentazione doveva considerarsi logica conseguenza di un'interpretazione dell'atto fondata sui principi costituzionali su cui si era basato l'operato delle Camere al momento dell'approvazione dell'atto. Primo fra questi principi, infatti, veniva in risalto proprio quello per cui «unless Parliament legislates to the contrary, the Crown should not have power to vary the law of the land by the exercise of its prerogative powers».⁵¹

Tale lettura era confortata sia dalla menzionata qualifica dell'*ECA 1972* come statuto costituzionale, sia dalla portata dei mutamenti che il Parlamento aveva inteso produrre nell'ordinamento interno attraverso tale legge, primo fra tutti l'introduzione dell'effetto diretto del diritto UE, con tutti i diritti da esso derivanti. Tali elementi rendevano altamente inverosimile l'ipotesi che le Camere intendessero lasciare la persistenza di dette modifiche alla mercé di un'azione unilaterale dell'esecutivo fondata sui suoi poteri di prerogativa,⁵² dovendo anzi indurre a ritenere sottratto al governo il potere di recedere autonomamente dai trattati UE.⁵³

5. La decisione della *Supreme Court*

Come accennato, sussistono degli elementi di differenziazione fra la sentenza di primo grado e quella di appello. La pronuncia della Corte suprema, anzitutto, differisce dalla precedente in virtù del fatto

⁴⁸ *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016], parr. 41-42.

⁴⁹ Qualifica peraltro già riconosciuta in giurisprudenza. Cfr. *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151 (DC) e *R (Buckinghamshire County Council) v Secretary of State for Transport* [2014] UKSC 3; [2014] 1 WLR 324, 207.

⁵⁰ *R (Miller) -v- Secretary of State for Exiting the European Union*, [2016], par. 44.

⁵¹ Ivi, par. 84.

⁵² Ivi, parr. 87-88.

⁵³ Ivi, par. 92.0

che, a fianco alla questione principale concernente la legittimità dell'atto unilaterale di notifica del recesso da parte del Governo, è stata trattata anche la c.d. *devolution issue*. Detta questione, sollevata dagli appelli dell'*Attorney General for Northern Ireland* e dalla *Court of Appeal of Northern Ireland*, concerneva la necessità o meno di un atto legislativo dei parlamenti territoriali prima della notifica. Il quesito ha ricevuto una risposta unanime da parte dei giudici, i quali hanno affermato come ogni questione concernente le relazioni con l'Unione Europea, ivi compresa la decisione sul recesso dai Trattati, sia di competenza esclusiva del Parlamento del Regno Unito. Il fatto che gli statuti di Galles, Irlanda del Nord e Scozia imponessero il dovere di rispettare gli obblighi derivanti dall'ordinamento eurounitario non determinava un'estensione della competenza legislativa dei parlamenti devoluti alla definizione dei rapporti sovranazionali con l'Unione né poteva legittimare un potere di veto rispetto alle decisioni del Parlamento e dell'esecutivo britannici. Tali vincoli si limitavano ad imporre il rispetto della normativa europea, così da tutelare il Regno Unito da eventuali situazioni di infrazione.⁵⁴

In riferimento alla questione principale, come accennato, la Corte Suprema⁵⁵ ha confermato la decisione assunta dalla *High Court* ma lo ha fatto seguendo un percorso argomentativo più articolato. Se la Corte di prima istanza, nell'assumere la propria decisione, aveva fatto prevalentemente leva sul presupposto che il Governo non potesse, tramite i suoi poteri di prerogativa, rimuovere i diritti di matrice comunitaria introdotti nell'ordinamento britannico attraverso il rinvio operato dall'ECA 1972,

⁵⁴ Cfr. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, par. 126 e ss.

Nel caso *Miller I*, la Corte era stata chiamata a pronunciarsi in merito ad alcune *devolution issues* già sollevate in due cause presentate dinanzi alla *Northern Ireland High Court* e rigettate da quest'ultima con sentenza del 28 ottobre 2016. Le due istanze di *judicial review* avevano ad oggetto l'intenzione del Governo di attivare l'art. 50 TUE sulla base della prerogativa regia e, in particolare, erano volte ad accertare l'eventuale competenze delle autorità nordirlandesi nella procedura. (Cfr. [2016] NIQB 85: *McCord's (Raymond) Application - and in the Matter of Article 50 of the Treaty of the European Union And In the Matter of Application to Leave to Apply for Judicial Review by (1) Steven Agnew and Others*).

Nell'ambito del giudizio della Corte Suprema, investita delle questioni dalla *High Court* e dalla *Court of Appeal* dell'Irlanda del Nord, il Governo scozzese e quello del Galles intervennero in relazione alla seconda questione, sostenendo la necessità che, prima di autorizzare l'attivazione dell'art. 50 TUE, Westminster ottenesse il consenso da parte dei parlamenti devoluti. La tesi si fondava sul presupposto che, se quella di recedere dall'UE era una decisione che richiedeva un'autorizzazione con legge da parte di Westminster, in virtù degli effetti che avrebbe prodotto sulle norme che davano attuazione alla *membership* europea, a sua volta detta legge avrebbe richiesto un intervento autorizzativo dei parlamenti devoluti. La legge di autorizzazione avrebbe infatti inciso sui *devolution statutes* – i quali operavano presupponendo la prosecuzione della partecipazione all'UE – e quindi avrebbe avuto ad oggetto materie devolute ai sensi della *Sewel Convention*.

Le conclusioni della *Supreme Court* hanno condotto a ribadire il ruolo indispensabile del Parlamento britannico in merito all'attivazione dell'art. 50 e, al contempo – stante l'interpretazione fornita in merito alla convenzione – ad evidenziare il ruolo costituzionalmente subordinato delle assemblee periferiche. Ciò ha peraltro finito per aprire la strada ad una marginalizzazione dei parlamenti devoluti in relazione al procedimento di uscita. Marginalizzazione che è stata poi confermata nelle fasi successive alla notifica e che si è concretizzata tanto nelle modalità unilaterali con cui il Governo britannico ha condotto le negoziazioni per l'accordo di uscita, quanto – e soprattutto – nel fatto che una serie di leggi di rilevanza fondamentale per l'attuazione del recesso è stata approvata senza il consenso dei parlamenti devoluti. Sulla questione si rinvia, fra l'altro, a C. McCorkindale, A. McHarg, *Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I)*, in *U.K. Constitutional Association Law Blog*, 16 marzo 2018 e Id., *Continuity and Confusion: Towards Clarity? – The Supreme Court and the Scottish Continuity Bill*, in *U.K. Const. Law Blog*, 20 dicembre 2018.

⁵⁵ Chiamata a decidere in virtù dell'impugnazione presentata dal *Secretary of State*.

nel giudizio di appello tale questione ha assunto un rilievo consequenziale. Al centro della pronuncia della Corte suprema è stata invece posta la questione inerente al rapporto fra l'ordinamento europeo e quello interno e, in particolare, sono state esaminate le conseguenze che l'uscita dall'Unione Europea avrebbe comportato in termini di modifica degli assetti costituzionali britannici.

Il nodo centrale della decisione è difatti rappresentato dalla portata senza precedenti degli effetti prodotti sull'ordinamento britannico dall'emanazione dell'*ECA 1972*.⁵⁶

Come evidenziato dalla Corte, l'atto del 1972 aveva consentito l'introduzione di un processo dinamico in virtù del quale, pur senza l'adozione di ulteriore legislazione primaria, il diritto comunitario era divenuto fonte del diritto interno – cosicché «rights, duties and rules derived from EU law should apply in the United Kingdom as part of its domestic law»⁵⁷ – e aveva assunto un ruolo di primazia rispetto a quest'ultimo. Secondo i giudici, sebbene per un certo verso l'*ECA 1972* potesse essere considerata la fonte di quella normativa, dal momento era in ragione di quella disposizione che essa aveva ottenuto il suo *status* interno, più realisticamente erano le istituzioni legislative europee a doversi considerare fonti di tale diritto. Al di là della partecipazione del Governo e dei rappresentanti al Parlamento europeo ai procedimenti legislativi, quelle istituzioni potevano infatti creare o abrogare norme che poi sarebbero state applicate sul piano interno senza uno specifico intervento da parte delle istituzioni britanniche.⁵⁸ Ciò era stato reso possibile attraverso il parziale trasferimento delle competenze legislative effettuato dallo stesso *ECA 1972*.⁵⁹ Conseguentemente, tale atto legislativo, piuttosto che la fonte del diritto, doveva considerarsi una “*conduit pipe*”⁶⁰ che consentiva l'ingresso dei Trattati, della normativa comunitaria e delle interpretazioni della Corte di Giustizia dell'UE nell'ordinamento interno. Queste ultime dovevano considerarsi fonti dirette del diritto e avrebbero mantenuto tale *status* fintanto che l'*ECA 1972* fosse rimasto in vigore.⁶¹

In merito alle conseguenze dell'attivazione dell'art. 50 TUE i giudici hanno riconosciuto che l'uscita dall'Unione Europea avrebbe determinato modifiche al diritto interno, ribadendo, al pari dei colleghi di prima istanza, la conseguente perdita di diritti di matrice comunitaria goduti dai cittadini britannici. Invero tale circostanza era stata riconosciuta anche dal Segretario di Stato, il quale sosteneva tuttavia che il Parlamento avesse già previsto tale eventualità tramite l'adozione dello stesso *ECA 1972*. L'appellante sosteneva infatti che la sez. 2 di tale legge doveva ritenersi “*ambulatory*”, nel senso che era destinata a dare efficacia a qualunque cosa, di volta in volta, potesse costituire oggetto delle

⁵⁶ I riferimenti a questo aspetto fondamentale della decisione sono riportati ai paragrafi 81 e seguenti della sentenza.

⁵⁷ Ivi, par. 62.

⁵⁸ Ivi, par. 61.

⁵⁹ Ivi, par. 68.

⁶⁰ Ivi, parr. 64-65.

⁶¹ Ivi, par. 61.

obbligazioni internazionali del Regno Unito in virtù o in applicazione dei Trattati comunitari. Da tale peculiarità della sez. 2 discendeva a suo avviso il fatto che, una volta che il Regno Unito fosse uscito dai trattati comunitari, non ci sarebbero stati più diritti o rimedi cui applicare la sez. 2(1).⁶²

Pur condividendo le considerazioni sulla natura mobile della sez. 2, la Suprema Corte ha negato che da ciò potesse derivare un potere dell'esecutivo di denunciare i trattati dell'UE senza previa autorizzazione parlamentare. Sussisteva difatti una differenza sostanziale fra i cambiamenti all'ordinamento interno conseguenti ai mutamenti del diritto eurounitario e quelli derivanti dal recesso. Se i primi, infatti, comportavano delle modifiche della normativa incorporata nell'ordinamento statale, i secondi sarebbero consistiti in una modifica fondamentale degli assetti costituzionali.⁶³ Invero, il recesso avrebbe fatto sì che il diritto comunitario cessasse di costituire una fonte di diritto interno e che la Corte di Giustizia smettesse di rappresentare la fonte di decisioni vincolanti sulla sua interpretazione. Dato che quel «fundamental change in the constitutional arrangements of the United Kingdom»⁶⁴ avrebbe assunto portata paragonabile a quella occorsa al momento dell'incorporazione del diritto comunitario tramite l'approvazione dell'*ECA 1972*, doveva ritenersi contrario ai principi costituzionali che un simile mutamento potesse conseguire a un'azione unilaterale dell'esecutivo. Un simile stravolgimento sarebbe viceversa stato ammissibile soltanto in virtù di un atto di legislazione primaria del Parlamento.⁶⁵

Né, peraltro, poteva ritenersi che un potere unilaterale del Governo potesse farsi discendere dall'esito della consultazione del 23 giugno 2016, dal momento che, a differenza di altri atti istitutivi di referendum, quello che indicava il voto sulla *Brexit* non prevedeva espressamente le conseguenze che dovevano derivare dall'esito delle consultazioni. Poteva essere pertanto riconosciuta a tale tornata referendaria solamente una valenza politica⁶⁶ e per dare seguito all'esito delle consultazioni sarebbe stata necessaria una legge del Parlamento.

Riemerge quindi anche nella pronuncia della Corte suprema, ancor più di quanto accaduto in primo grado, quell'idea di una specularità fra la portata delle conseguenze prodotte sull'ordinamento interno dalla stipula dell'accordo internazionale e quelle determinate dalla denuncia del trattato. Conseguenze che, appunto, non potevano costituire il frutto di un'azione autonoma del Governo, ma avrebbero chiaramente necessitato di una partecipazione del potere legislativo. La tematica dei diritti individuali resta e mantiene un certo peso nell'economia della decisione, ma viene ricompresa nella più ampia problematica dei mutamenti sostanziali agli assetti del diritto britannico.

⁶² Ivi, par. 75.

⁶³ Ivi, par. 78.

⁶⁴ Ivi, par. 76.

⁶⁵ Ivi, par. 82.

⁶⁶ Ivi, par. 119.

6. La sentenza *Miller 1* come riaffermazione dei principi costituzionali

Come si è già avuto modo di evidenziare e come emerge chiaramente dall'esame della sentenza, il bivio fra l'attribuzione di un ruolo all'assemblea legislativa e il riconoscimento di una competenza esclusiva dell'esecutivo ha costituito la conseguenza dell'alternativa fra l'applicazione al caso di specie, rispettivamente, della norma che vieta all'esecutivo di modificare una legge parlamentare – chiara espressione del principio di sovranità del Parlamento – e di quella che attribuisce al Governo la competenza a stipulare e a denunciare gli accordi internazionali, quale espressione dei suoi poteri di prerogativa.

Il dilemma posto dalla *Brexit* ha trovato terreno fertile in un contesto, come quello britannico, in cui l'assenza di una costituzione scritta non consentiva di individuare con certezza il riparto dei ruoli dei diversi organi dello Stato nella materia e di delineare in maniera certa il sistema delle fonti di diritto e dei rapporti fra queste ultime. La presenza di una disciplina scritta in merito a tali aspetti avrebbe evitato il sorgere di una controversia di simile “drammaticità” sul piano costituzionale o, quanto meno, ne avrebbe limitato la portata.⁶⁷

Posta dinanzi ad una questione di rilevanza epocale come l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea, la *Supreme Court* quindi – riunita per la prima volta a collegio completo – ha dovuto necessariamente indossare le vesti di corte costituzionale⁶⁸ e, prendendo le mosse da quanto già fatto dalla *High Court*, si è spesa in un'opera di ricostruzione e di approfondimento dei principi costituzionali, nonché – in parte – di un ripensamento del rapporto fra quegli istituti fondamentali del costituzionalismo britannico chiamati in causa nella vicenda. In questa ricostruzione hanno trovato il loro posto una determinata interpretazione ed una certa qualificazione dell'*ECA 1972*, sulle quali si è poi incardinata la decisione finale.

⁶⁷ Va sottolineato, peraltro, come le controversie derivanti dalla *Brexit* si siano innestate in un già vivace dibattito in relazione all'esigenza, per l'ordinamento britannico, di dotarsi di una costituzione scritta che raccolga le leggi di rilievo costituzionale e le consuetudini di lunga data, così da disciplinare in modo inequivocabile gli aspetti menzionati, tanto in relazione alle decisioni concernenti la sfera interna, quanto in merito a questioni di impatto sovranazionale. Cfr. F. Sgrò, *Il caso “Brexit”: qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *Federalismi*, 5/2017, p. 6. In merito alla necessità di una codificazione scritta, si veda anche quanto sostenuto da V. Bogdanor, *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, I.B. Tauris, London, 2019, p. 257 e ss. Si considerino al riguardo anche le riflessioni di A. Torre, “*Serial Miller*”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, 2019/4, p. 3095 e ss.

⁶⁸ Sulla funzione della Corte Suprema quale corte costituzionale si veda, fra gli altri, A. Torre, P. Martino, *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.6, 2018, p. 2910 e ss. In riferimento alla sentenza *Miller*, p. 2954 e ss.

Il lavoro svolto dalla Corte ha consentito quindi di delineare in modo chiaro la relazione fra l'ordinamento comunitario e quello interno sotto il profilo delle fonti di diritto e ha permesso, di conseguenza, di fissare i rapporti fra potere legislativo ed esecutivo in relazione al procedimento di uscita dall'UE.

È opinione diffusa in dottrina che i giudici abbiano trattato il caso come una sorta di conflitto di attribuzione fra Governo e Parlamento,⁶⁹ nel quale la sentenza *Miller* ha rappresentato una palese bocciatura della lettura presidenziale dei poteri del Primo Ministro e al contempo una indubbia riaffermazione del principio di sovranità parlamentare e della *rule of law* come cardini del sistema costituzionale.⁷⁰ E difatti, la pronuncia della Corte ha ribadito, sulla scorta dei principi costituzionali – primo fra tutti il *frustration principle*⁷¹ –, la competenza esclusiva dell'organo legislativo ad abrogare la legge e ad affermare la necessità della previa autorizzazione alla notifica di recesso con atto legislativo del Parlamento, stante la mancata attribuzione all'esecutivo, da parte di una qualsivoglia legge precedente, di un potere autonomo di apportare modifiche all'ordinamento costituzionale. Una notifica effettuata dal Governo in assenza di un simile provvedimento da parte del potere legislativo avrebbe comportato una fondamentale violazione della divisione dei poteri incentrata, appunto, sulla sovranità del Parlamento.

Ciò che più conta ai nostri fini è – ovviamente – il fatto che la riaffermazione del principio di sovranità parlamentare sia avvenuta in relazione a un ambito, come quello della politica estera, in cui i *prerogative powers* ricevono ampio impiego e, in particolare, nell'ambito del *treaty making power*, che, come si è detto in precedenza viene tradizionalmente ritenuto appannaggio dell'esecutivo.

In questo caso la *Supreme Court* ha viceversa riconosciuto la legge del Parlamento come vincolo alla capacità di manovra del Governo sul piano internazionale, stabilendo che, laddove la condotta di quest'ultimo in relazione ai trattati abbia un'incidenza diretta e significativa sull'ordinamento costituzionale e sui diritti individuali, la sovranità parlamentare è destinata a riassumere il proprio ruolo centrale sino a prevalere sulla *Royal Prerogative*. Di conseguenza, gli stessi limiti che condizionano l'operato dell'esecutivo sul piano interno debbono essere applicati – laddove si

⁶⁹ Di questo avviso, fra gli altri, da G.F. Ferrari, *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *Forum DPCE Online*, 2017/1, p. 95 e ss.; C. Martinelli, *L'isola e il continente: un matrimonio di interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017; F. Rosa, *Westminster first*, in *DPCE on line*, 2017/1, p. 105 e ss.

⁷⁰ Come evidenziato anche da A. Torre, “*Serial Miller*”. *Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, cit., p. 3093. Si consideri al riguardo anche la posizione di G. Caravale, *Theresa May vs. Thomas Erskine May: un bug nel modello Westminster?*, in *Nomos*, n. 1/2019, 7 e ss.,

⁷¹ Secondo R. Craig, *Can the Government Use the Royal Prerogative to Extend Article 50?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 9 gennaio 2018, il *frustration principle* ha costituito di per sé il principio costituzionale sulla base del quale la Suprema Corte ha assunto la propria decisione.

verifichino le condizioni richiamate – anche alle competenze del Governo concernenti gli accordi internazionali.⁷²

Occorre rilevare che, tuttavia, parte della dottrina ha ritenuto di poter ravvisare nell'impostazione del caso quale momento di contrapposizione fra sovranità parlamentare e poteri di prerogativa – e, conseguentemente, fra potere legislativo ed esecutivo – l'aspetto meno convincente della decisione, dal momento che l'individuazione di conflitto fra i due organi si fonderebbe su una ricostruzione fittizia.⁷³ Alla luce di tale lettura, la sentenza *Miller* avrebbe tutelato solo all'apparenza il principio della sovranità di Westminster dagli abusi dell'esecutivo nell'esercizio dei *prerogative powers*. L'idea di fondo è che, nell'assumere la propria decisione, i giudici avrebbero dovuto fare propria l'interpretazione dell'ECA 1972 proposta dal Lord Reed nella propria *dissenting opinion*, in base alla quale il recesso non avrebbe prodotto un mutamento fondamentale dell'ordinamento britannico.⁷⁴ Tale interpretazione oltre ad essere ritenuta più fedele al dettato della legge del 1972, nonché più coerente con la finalità delle norme e coi contenuti delle leggi emanate successivamente, avrebbe avuto difatti il vantaggio di non disattendere un presunto accordo raggiunto all'indomani del referendum dal Parlamento e dal Governo, in relazione al percorso costituzionale da seguire per la *Brexit*. Percorso nel quale non sarebbe stata prevista la necessità di una legge autorizzativa del Parlamento. Tale presunta intesa, secondo la tesi dottrinale di cui si discute, era dimostrata da una mozione votata il 7 dicembre 2016 dalla Camera dei Comuni.⁷⁵

⁷² Dello stesso avviso Sgró, *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, cit., p. 11.

⁷³ Di questo avviso G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi*, n. 10/2020, p. 64 e ss.

⁷⁴ Per una dottrina favorevole all'opinione dissenziente di Lord Reed (par. 153 e ss. della sentenza) si vedano, ad esempio, le riflessioni proposte da T. Endicott, *Lord Reed's Dissent in Gina Miller's Case and the Principles of our Constitution*, in *United Kingdom Supreme Court Yearbook*, 8/2017, pp. 259-281; e da G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, cit., p. 77 e ss.

Inoltre, per una lettura critica delle posizioni assunte della maggioranza si consideri M. Elliott, *The Supreme Court's Judgment in Miller: In Search of Constitutional Principle*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 76, n. 2, giugno 2017, pp. 257 – 288.

⁷⁵ In base a detta mozione la Camera, rispettando la decisione del popolo britannico di lasciare l'UE manifestata nel referendum del 23 giugno, riconosceva la responsabilità del Parlamento di «properly scrutinise the Government». I Comuni, con tale risoluzione, chiedevano quindi al Primo Ministro di impegnarsi a pubblicare il piano del Governo per lasciare la U.E. prima che l'art. 50 fosse attivato, conformemente con i principii concordati nella seduta del 12 ottobre e chiedevano inoltre al Governo di invocare l'art. 50 entro il 17 marzo 2017. In particolare, la House of Commons affermava che: «this House recognises that leaving the EU is the defining issue facing the UK; notes the resolution on parliamentary scrutiny of the UK leaving the EU agreed by the House on 12 October 2016; recognises that it is Parliament's responsibility to properly scrutinise the Government while respecting the decision of the British people to leave the European Union; confirms that there should be no disclosure of material that could be reasonably judged to damage the UK in any negotiations to depart from the European Union after Article 50 has been triggered; and calls on the Prime Minister to commit to publishing the Government's plan for leaving the EU before Article 50 is invoked, consistently with the principles agreed without division by this House on 12 October; recognises that this House should respect the wishes of the United Kingdom as expressed in the referendum on 23 June; and further calls on the Government to invoke Article 50 by 31 March 2017.» Testo reperibile a <<https://hansard.parliament.uk/commons/2016-12-07>>.

Da tali presupposti viene fatto discendere che la *Supreme Court*, assumendo erroneamente che esistesse un contrasto fra la volontà del Governo di esercitare le proprie prerogative e un'opposta volontà del Parlamento, sia andata a sconfessare quell'interpretazione dell'*ECA 1972* che risultava accolta da entrambi gli organi e abbia viceversa adottato una lettura della disposizione che quei poteri dello Stato avevano disconosciuto. Facendo ciò, la Corte avrebbe sostituito le proprie procedure a quelle già individuate dal Parlamento e dal Governo e, invece di operare un *self-restraint* in un ambito come quello della gestione degli affari esteri, ritenuto estraneo alla sua sfera di competenza, avrebbe creato un canale politico alternativo rispetto a quello costituito dal raccordo fra maggioranza parlamentare ed esecutivo.⁷⁶

Secondo tale chiave di lettura, piuttosto che una contrapposizione fra il Parlamento e l'esecutivo, il caso rivelerebbe quindi un antagonismo fra il potere politico e quello giudiziario.⁷⁷

La tesi di un'illecita intromissione da parte della Corte suprema in un ambito a lei estraneo deve essere tuttavia a nostro avviso rigettata, dal momento che trascura un elemento dirimente per la questione. Viene ignorato il fatto che il principio della sovranità parlamentare imponeva che il recesso, stanti i mutamenti che avrebbe comportato all'ordinamento britannico, potesse avvenire solamente sulla base di un previo atto di legislazione primaria. Una risoluzione della *House of Commons*, sebbene costituisse un atto assai rilevante sul piano politico e per quanto – come riconosciuto dalla stessa Corte Suprema⁷⁸ – potesse anche indurre a ipotizzare la futura approvazione di una legge di autorizzazione alla notifica, non costituiva di per sé uno strumento sufficiente ad attribuire i poteri al Governo. In assenza di un'autorizzazione contenuta in una legge, la notifica sarebbe stata comunque operata dall'esecutivo solamente sulla base della prerogativa regia, il che, come ampiamente illustrato, non sarebbe risultato legittimo nel caso di specie.

Non pare quindi corretto affermare che la Corte dovesse autolimitarsi, dal momento che il suo giudizio non ha avuto ad oggetto la scelta di uscire dall'Unione Europea, i termini dell'accordo di recesso o le relazioni future fra Regno Unito e UE, aspetti di natura marcatamente politica, rimessi alla competenza dei ministri e del Parlamento. La Corte si è infatti limitata a trattare questioni rientranti nell'ambito di manovra del potere giudiziario e ad individuare i requisiti costituzionali che dovevano essere rispettati sul piano interno per la formazione della scelta di recedere e per addivenire all'attivazione dell'art. 50. Tale determinazione doveva necessariamente passare per un sindacato in merito al potere

⁷⁶ G. Caporali, *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, cit., p. 84.

⁷⁷ Invero detto argomento si pone in sintonia con le argomentazioni del Segretario di Stato, secondo il quale spettava al Parlamento e non alle corti determinare la natura e la portata del proprio coinvolgimento e ad avviso del quale l'assemblea aveva avuto modo di vagliare i piani del Governo in merito al recesso, come dimostrato, fra l'altro, dall'approvazione della menzionata mozione.

⁷⁸ Cfr. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, par. 123.

dell'esecutivo di produrre cambiamenti nell'ordinamento interno mediante l'esercizio dei *prerogative powers* sul piano internazionale.

7. La portata dei limiti al potere dell'esecutivo e la loro applicabilità ad altre ipotesi di recesso

Se la sentenza dell'Alta Corte sudafricana, tramite il principio dell'*actus contrarius*, ha fissato un criterio oggettivo per stabilire quando sia necessaria l'autorizzazione del Parlamento al recesso e la Corte suprema delle Filippine ha parametrato la necessità di tale approvazione sulla base della costituzionalità del trattato e del precedente coinvolgimento del potere legislativo, la sentenza *Miller* non ha fissato in maniera altrettanto precisa i presupposti che fanno sorgere limiti all'autorità del governo. Conseguentemente, l'applicabilità in altre ipotesi di recesso dei requisiti imposti appare una questione tutt'altro che chiara.

L'imposizione di vincoli al potere del governo è infatti derivata dagli effetti che la *Brexit* avrebbe prodotto sul piano interno, ma la pronuncia non ha chiarito il peso determinante che ciascuna di quelle conseguenze ha avuto sull'applicazione dei limiti. Tale aspetto, come è facilmente intuibile, assume una rilevanza essenziale per individuare l'ambito di applicazione del requisito della previa autorizzazione parlamentare e, più in generale, per valutare quale procedimento debba essere seguito, di volta in volta, in altre ipotesi di recesso. L'assenza di indicazioni al riguardo da parte della Corte apre infatti la strada ad ipotesi numerose e radicalmente differenti l'una dall'altra.

Anzitutto è possibile che l'applicazione di limiti all'esercizio della prerogativa scatti ogniqualvolta gli effetti del recesso si scontrino con uno dei corollari del principio di sovranità parlamentare, quale, ad esempio, il *frustration principle*. Altra ipotesi è che sia necessaria e/o sufficiente la perdita di diritti individuali. Ancora, è possibile che i limiti si impongano solo allorché la denuncia di un trattato produca la perdita di una fonte normativa. Anche in quest'ultima ipotesi, comunque, ci si dovrebbe domandare se sia necessario che la fonte sia sovraordinata a quelle interne – come nel caso della normativa UE – o se tale circostanza non sia dirimente.

Esiste infine un'ipotesi estrema, ossia che la necessità di un'autorizzazione parlamentare alla notifica di recesso abbia rappresentato una condizione necessaria solo per l'ipotesi di uscita dall'UE e che, di conseguenza, i limiti imposti dalla *Miller 1* siano nati e morti con la *Brexit*.

Partendo dall'ultima opzione, un argomento a favore dell'applicabilità *una tantum* potrebbe fondarsi sull'idea che le limitazioni all'autorità del Governo siano dovute al carattere unico dell'Unione Europea come organizzazione sovranazionale e alle conseguenze che l'incorporazione dei trattati comunitari aveva prodotto nell'ordinamento britannico. L'adesione all'allora Comunità Economica

Europea aveva effettivamente rappresentato per il Regno Unito un *constitutional moment* di portata epocale, capace di ridefinire gli assetti tradizionali dell'ordinamento, sia sotto il profilo del sistema delle fonti, sia in relazione al ruolo degli organi dello Stato. L'effetto dell'ECA 1972 sul piano costituzionale è stato non a torto definito come “unprecedented” dalla Corte Suprema. La sez. 2(1), come si è detto, sanciva che le previsioni del diritto comunitario – cui la *Miller 1* riconosceva la qualità di fonte del diritto – sarebbero state efficaci nell'ordinamento senza necessità di ulteriore attuazione. Di conseguenza diritti, poteri e responsabilità derivanti da detta normativa sarebbero stati traslati nel sistema senza che alle stesse fosse data forza legale tramite ulteriori atti del Parlamento. Come è facilmente intuibile, tale regola, limitando e condizionando l'operato del Parlamento, aveva scalfito la centralità di Westminster e, al contempo, indebolito l'approccio dualista tradizionale. Peraltro, la sez. 2(4) imponeva che il diritto britannico fosse interpretato e applicato alla luce del principio di superiorità della normativa comunitaria. Principio confermato dalla giurisprudenza britannica, la quale aveva specificato che, in caso di contrasto fra una norma interna e una di matrice europea, la prima dovesse essere disapplicata a vantaggio della seconda.⁷⁹ Inoltre, la sez. 3 dell'ECA 1972 stabiliva che eventuali dubbi interpretativi attinenti alla normativa europea dovessero essere riferiti alla Corte europea o risolti sulla base dei principi giurisprudenziali fissati da quest'ultima. Infine, va evidenziato che la stessa sentenza *Miller 1*, come si è visto, ha sottolineato che i trattati europei e la loro modalità di attuazione nell'ordinamento britannico erano stati «unique in their legislative and constitutional implications».⁸⁰

Peraltro, anche le vicende connesse al procedimento di adesione avevano avuto un carattere peculiare, giacché l'esecutivo, prima di operare sul piano internazionale attraverso la ratifica del trattato di adesione, aveva atteso che il Parlamento agisse sul piano interno votando delle risoluzioni con le quali approvava la scelta di entrare nell'UE e adottando l'atto del 1972. Il grande coinvolgimento delle Camere in tale frangente era stato sottolineato all'epoca da Geoffrey Rippon, Cancelliere del Ducato di Lancaster, il quale affermò dinanzi ai *Commons* di non ricordare una partecipazione del Parlamento più ampia di quella avuta in relazione al trattato di adesione e evidenziò che era proprio in virtù del «unique character of the Treaty of Accession» che «the procedure adopted by the Government for informing and consulting Parliament and obtaining the approval of Parliament for the principle at stake has indeed been unique».⁸¹ È anche in virtù di questa «unique history» che la Corte ha ritenuto «most improbable that those two parties had the intention or expectation that ministers, constitutionally the

⁷⁹ Si vedano al riguardo la sentenza *R v Secretary of State for Transport, Ex p Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603.

⁸⁰ Cfr. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, par. 90.

⁸¹ Cfr. HC Deb 20 January 1972 vol. 829 cc677-809, <<https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1972/jan/20/european-economic-community-treaty-of>>.

junior partner in that exercise, could subsequently remove the graft without formal appropriate sanction from the constitutionally senior partner in that exercise, Parliament».⁸²

I riferimenti della Corte al carattere unico dei trattati comunitari, del trattato di adesione e delle modalità di incorporazione, i quali rispecchiano l'indiscutibile unicità che caratterizza l'Unione Europea ed il suo ordinamento, potrebbero quindi indurre a circoscrivere l'ambito di applicazione del ragionamento contenuto in *Miller 1* alla sola *Brexit* e, conseguentemente, a ritenere che per altre ipotesi di recesso il potere di prerogativa dell'esecutivo resti intatto.

Va tuttavia ribadito che la Corte, nel caso di specie, non ha elaborato regole *ad hoc* per l'ipotesi *Brexit*, applicando invece principi e regole su cui poggia l'intera struttura costituzionale dell'ordinamento. Le regole che impediscono al Governo di alterare una legge, di privarla di scopo o di impedirne l'operatività e che gli vietano di sottrarre diritti attribuiti dal Parlamento rappresentano norme tutt'altro che nuove. Di conseguenza, il fatto che la Corte abbia fatto riferimento all'impossibilità di determinare tramite la prerogativa un *major constitutional change* può ragionevolmente essere considerato come un ragionamento *a fortiori* da parte dei giudici. Ossia, se è vero che l'esecutivo non può apportare cambiamenti al sistema interno tramite i *prerogative powers*, non ne ha a maggior ragione la possibilità se quel mutamento abbia un impatto fondamentale.

Vale la pena di evidenziare che, peraltro, l'argomento del *major change* è stato oggetto di critiche da parte di alcuni autori, i quali sostengono che la decisione della Corte sia stata assunta in virtù di un criterio fondato sulla *constitutional "scale"* dei mutamenti prodotti dalla *Brexit*.⁸³ È chiaro che, se accolta, una simile chiave di lettura priverebbe di solidità, almeno parzialmente, tanto la pronuncia quanto i limiti che essa ha imposto alla prerogativa dell'esecutivo. Le conclusioni della sentenza si fonderebbero infatti su un parametro, come quello della portata costituzionale dei cambiamenti, privo di una base giuridica certa e scarsamente determinato. Se posto in relazione con la replicabilità dei vincoli al potere dell'esecutivo, l'accoglimento di tale criterio renderebbe ancora più problematica l'individuazione di un ambito di applicazione della previa autorizzazione parlamentare. L'indeterminatezza del parametro renderebbe infatti impossibile individuare una soglia oltre la quale è negata all'esecutivo la possibilità di apportare modifiche all'ordinamento costituzionale.

A nostro parere, comunque, quello della portata costituzionale dei cambiamenti non ha costituito un argomento dirimente ai fini dell'assunzione della decisione. La Corte ha sì evidenziato più volte la portata epocale del mutamento cui l'ordinamento britannico sarebbe andato incontro in caso di *Brexit*, ma non ha forzato l'interpretazione dell'*ECA 1972* in virtù di tale valutazione. L'interpretazione dei

⁸² Cfr. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, par. 90.

⁸³ È di questa opinione M. Elliott, *The Supreme Court's Judgment in Miller*, cit.

giudici ha piuttosto fatto leva, come si è detto, sulla differenza fra i singoli cambiamenti determinati all'ordinamento interno dalle variazioni della normativa comunitaria e quelli derivanti dal recesso. Le prime consistevano in alterazioni della normativa a livello sovranazionale – operate da organi non britannici –, che venivano poi traslate nel Regno Unito tramite la sez. 2(1) dell'*ECA 1972*. Le seconde sarebbero state invece conseguenza di un'azione unilaterale di uno degli organi dello Stato, la quale avrebbe avuto l'effetto di accantonare quel «domestic starting point»⁸⁴ fissato dall'approvazione dell'atto del 1972, tramite il quale il Parlamento aveva sostenuto e dato effetto alla partecipazione del Regno Unito all'UE. Il risultato finale sarebbe stato, appunto, la sottrazione di una fonte del diritto, quella di matrice europea. Come accennato – e come peraltro evidenziato dalla Corte – l'impossibilità per l'esecutivo di apportare simile modifica in via autonoma costituiva quindi logica conseguenza dell'applicazione delle norme di base dell'ordinamento costituzionale, primi fra tutti il *frustration principle* e il divieto per l'esecutivo di apportare in via unilaterale modifiche all'ordinamento, entrambi corollari del principio di sovranità parlamentare.

Di certo la sentenza *Miller 1* ha evidenziato che il *prerogative power* del Governo di recedere dagli accordi internazionali incontra dei limiti quando si pone in contrasto con una legge del Parlamento, giacché in tale ipotesi si rivela necessario un intervento autorizzativo delle Camere. Permanendo dubbi sulla sussistenza di una soglia di applicazione di tali vincoli e su dove la stessa debba essere collocata, è possibile effettuare solamente ipotesi in merito all'esigibilità dell'autorizzazione parlamentare per altre ipotesi di recesso.

8. I criteri fissati nella *Miller 1* e l'eventuale uscita dalla CEDU

Un caso cui vale certamente la pena di rivolgere l'attenzione è l'ipotesi di denuncia della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.⁸⁵ Da un lato, tale ipotesi risulta meno astratta di altre, dal momento che aleggia da tempo nel Regno Unito la proposta di uscire dalla Convenzione e di dotarsi di un *British*

⁸⁴ Cfr. *R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant)*, [2017] UKSC 5, par. 82.

⁸⁵ L'art. 58 della CEDU, prevede che una parte contraente possa effettuare la denuncia – dopo cinque anni dalla data di entrata in vigore della Convenzione nei suoi confronti – notificando la propria volontà al Segretario generale del Consiglio d'Europa. Il recesso diviene efficace al decorrere di un periodo transitorio di sei mesi dalla data della notifica. Ancor più dell'art. 50 TUE – che, come si è visto, fa riferimento ai requisiti costituzionali degli ordinamenti statali –, tale clausola di recesso non specifica quali procedimenti debbano essere seguiti sul piano statale, non quindi è possibile dedurre da tale disposizione alcuna indicazione in merito all'allocazione della competenza a recedere.

Bill of Rights.⁸⁶ Dall'altro, come si dirà fra breve, il caso presenta sia analogie che differenze con quello della *Brexit* e permette quindi di testare se, in base ai principi evidenziati dalla *Miller 1*, la prerogativa possa essere nuovamente oggetto di limitazioni.

Il motivo per cui anche nel caso della CEDU potrebbero applicarsi tali vincoli deriva dal fatto che anche tale trattato – così come avvenuto per quelli dell'Unione Europea – ha trovato attuazione nell'ordinamento britannico per mezzo di una legge parlamentare, ossia lo *Human Right Act 1998 (HRA)*, entrato in vigore nel 2000.

Vale la pena di evidenziare subito che l'adozione dello *HRA* non ha rappresentato un elemento essenziale per l'adesione alla CEDU e che, di converso, l'abrogazione di tale legge non impedirebbe al Regno Unito di rispettare gli obblighi convenzionali. A differenza del diritto comunitario, la Convenzione non impone infatti l'incorporazione nell'ordinamento interno. Detta circostanza ha fatto sì che lo Stato, pur essendo uno dei Paesi che hanno firmato la Convenzione il 4 novembre 1951, è giunto all'adozione della menzionata legge a quasi mezzo secolo di distanza.⁸⁷

Ciò detto, al fine di valutare l'eventuale applicabilità della previa autorizzazione parlamentare anche in relazione al recesso dalla CEDU, risulta necessario verificare se la denuncia della Convenzione possa avere come conseguenza diretta una modifica dello *HRA*, il suo svuotamento o la sottrazione dei diritti individuali da esso contemplati. Per verificare tali ipotesi occorre anzitutto stabilire se tale legge svolga la mera funzione di incorporare dei diritti e degli obblighi che hanno come fonte la CEDU o se i diritti contemplati dall'atto abbiano come fonte lo stesso *HRA*, rappresentando quindi dei diritti autonomi, che sussistono in parallelo a quelli consacrati nella Convenzione.

Tale verifica non può che passare per un esame del dettato delle norme, nonché dall'analisi delle interpretazioni che la giurisprudenza ne ha fornito. Va detto anzitutto che la sez. 1 dell'atto individua i «Convention rights» come i diritti e le libertà fondamentali previsti dagli articoli da 2-12 e 14 della «Convention», dagli artt. 1-3 del primo protocollo e dall'art. 1 del tredicesimo protocollo, letti in combinato con gli artt. 16-18 della Convenzione. La «Convention» è a sua volta definita dalla sez. 21 come la «Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, agreed by the Council of Europe at Rome on 4th November 1950 as it has effect for the time being in relation to the

⁸⁶ Si pensi, da ultimo, al *private member's bill* proposto nel giugno 2022 dal conservatore Peter Bone, finalizzato a «make provision for an application to the Council of Europe to withdraw from the European Convention on Human Rights and the introduction of a British Bill of Rights».

⁸⁷ Invero, già nella fase antecedente all'adozione dello *HRA*, l'adesione alla Convenzione aveva prodotto degli effetti sul piano interno, sebbene essi si presentassero come limitati. Sin dal 1966, infatti, i cittadini britannici avevano avuto la possibilità di promuovere un ricorso individuale presso la Corte EDU una volta esauriti i mezzi di ricorso interni. È pur vero, comunque, che la Convenzione svolgeva un ruolo piuttosto esiguo nell'ambito dei giudizi interni al Regno Unito, giacché in tale ambito non era possibile fare affidamento sulle sue clausole, ma che, al più, esse venivano utilizzate come ausili interpretativi dai giudici britannici.

United Kingdom». Il testo dei summenzionati diritti è riportato nella *Schedule 1* dello *HRA*, la quale ripropone il medesimo dettato delle clausole della CEDU.

Come è stato evidenziato in dottrina,⁸⁸ l'interpretazione letterale delle disposizioni può condurre a due possibili risposte su quale sia la fonte dei diritti indicati nell'atto legislativo, a seconda di quale rapporto si reputi sussistente fra le due definizioni appena citate e dalla funzione che si attribuisce alla *Schedule*.

Una prima possibile lettura è quella che pone i «Convention rights», come definiti alla sez. 1, in una posizione di dipendenza rispetto alla «Convention», come individuata alla sez. 21. In tale ottica, la CEDU rappresenterebbe la fonte dei diritti, che sarebbero stati incorporati dalla *HRA*. Da ciò deriverebbe che, laddove il Regno Unito dovesse denunciare la CEDU, non sussisterebbe più una *Convention* ai fini dello *HRA*, dal momento che la Convenzione non si applicherebbe più all'ordinamento britannico. Di conseguenza, non ci sarebbero più *convention rights*, poiché gli stessi dipendevano dalla *Convention*.

Resta da comprendere quale funzione, nella prospettiva di cui si discute, vada attribuita alla *Schedule 1*. Potrebbe ritenersi che essa abbia un ruolo meramente riepilogativo rispetto alle clausole della Convenzione e che, se il Parlamento avesse inteso riconoscerla come fonte dei diritti, lo avrebbe fatto espressamente. Tale lettura sembrerebbe confermata dal fatto che, a parte la sez. 1(3) dello *HRA*, nessuna disposizione fa riferimento alla *Schedule 1* e, soprattutto, non ne fanno menzione le sezioni operative dello *HRA* – sez. 2, 3, 4, 6 e 7 –, le quali si riferiscono invece ai *convention rights*.⁸⁹

Lo stesso *long title* dello *HRA*⁹⁰ sembrerebbe supportare l'idea che la fonte sia la CEDU, dal momento che esso enuncia, quale scopo della legge, quello di «give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights». Il che sembrerebbe implicare l'instaurazione di una connessione fra gli obblighi sanciti dalla legge interna e il trattato internazionale e non, viceversa, la creazione di un codice parallelo e distinto nell'ordinamento interno, come invece avverrebbe se la *Schedule 1* costituisse una fonte autonoma rispetto alla Convenzione. Quest'ultima ipotesi non consentirebbe che eventuali modifiche della CEDU producessero automaticamente le proprie conseguenze sul piano interno, lasciando il diritto britannico indietro rispetto agli obblighi

⁸⁸ Cfr. G. Phillipson, A.L. Young, *Would use of the prerogative to denounce the ECHR 'frustrate' the Human Rights Act? Lessons from Miller*, in *Public Law*, 2017, pp. 150-175.

⁸⁹ Né fa riferimento alla *Schedule 1* la sez. 117 del *Nationality, Immigration and Asylum Act 2002*, la quale, in relazione alla violazione del diritto alla vita privata e familiare, fa riferimento all'«Article 8», definendolo come, «Article 8 of the European Convention on Human Rights».

⁹⁰ «An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes.»

imposti dalla Convenzione e non permettendo quindi che lo *HRA* dia *further effect* ai diritti e alle libertà consacrati dalla CEDU.

Che la fonte normativa sia rappresentata dalla CEDU potrebbe essere dedotto dal fatto che la sez. 2(1) dello *HRA* impone ai giudici britannici di «take into account» i giudizi e i pareri della Corte EDU, ai fini della risoluzione di questioni concernenti i *convention rights*. Ciò si lega all'affermazione, in giurisprudenza, del principio in base al quale i giudici britannici sono tenuti a garantire che le proprie decisioni rispecchino quelle della Corte EDU, senza fornire uno standard di tutela superiore o inferiore.⁹¹ Come si vedrà fra breve, tuttavia, la giurisprudenza non è concorde in merito a tale lettura del rapporto fra *HRA* e CEDU.

Un'altra possibile interpretazione in relazione a quale sia la fonte dei diritti di cui allo *HRA*⁹² è quella che vede la definizione dei *convention rights* come un elemento distinto rispetto a quella della *convention* e che quindi pone i primi in una posizione di autonomia rispetto alla seconda. Stante la previsione della sez. 1(3), che fa riferimento a «[t]he Articles are set out in Schedule 1», la fonte sarebbe la stessa legge, la quale, tramite la Schedule 1, avrebbe conferito ai diritti la condizione di *domestic law rights*. Simile prospettiva avrebbe anzitutto l'effetto di attribuire alla Schedule 1 una funzione diversa da quella – meramente riepilogativa – accordatale nella lettura precedentemente esposta. Inoltre questa interpretazione troverebbe sostegno nel fatto che l'elenco di diritti contenuto nello *HRA* differisce in parte da quelli riconosciuti dalla CEDU. Basti pensare al mancato riferimento, nella legge, all'art. 13 della Convenzione, concernente il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad istanze nazionali.

Quindi, in base a tale interpretazione, lo *HRA* non avrebbe incorporato le previsioni della CEDU – le quali non farebbero quindi parte del diritto interno – ma avrebbe creato dei diritti paralleli e distinti che – quelli sì – sono parte dell'ordinamento britannico. Anche questa tesi, peraltro, trova conferme in giurisprudenza.⁹³

Dunque, sia l'interpretazione letterale delle norme, sia l'esame della giurisprudenza rilevante forniscono dati ambivalenti, non permettendo di optare con certezza per l'una o per l'altra chiave esegetica. La scelta non risulta più agevole neppure tentando di individuare lo scopo dello *HRA*, che – a seconda di quale delle sue norme si consideri – sembra avere parallelamente sia l'obiettivo di creare

⁹¹ In questo senso *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 A.C. 323 e *Ambrose v Harris* [2011] UKSC 43; [2011] 1 WLR 2435.

⁹² Sulla quale si vedano G. Phillipson, A.L. Young, *Would use of the prerogative to denounce the ECHR 'frustrate' the Human Rights Act? Lessons from Miller*, cit.

⁹³ *McKerr (AP) (Respondent) (Northern Ireland)* [2004] 1 W.L.R. 807; *Al-Skeini v Secretary of State for Defence* [2008] 1 A.C. 153, par. 10; *Re P* [2008] UKHL 38; 1 A.C. 173, par. 128.

nuovi diritti interni che quello di disporre dei rimedi interni per la tutela di diritti esistenti sul piano internazionale.⁹⁴

È chiaro che la scelta dell'una o dell'altra interpretazione si rivela decisiva in relazione alla possibilità per il Governo di esercitare la prerogativa. Se si assumesse come corretta la chiave di lettura che vede la CEDU come fonte, il potere dell'esecutivo di recedere sarebbe soggetto agli stessi limiti enunciati dalla *Miller 1*. Difatti, non solo la denuncia della CEDU priverebbe l'ordinamento di una fonte di diritto – il trattato stesso –⁹⁵, ma lo *HRA* sarebbe svuotato del suo contenuto – vi sarebbe quindi una violazione del *frustration principle* – e verrebbero sottratti dei diritti individuali attribuiti dal Parlamento. Ciò, chiaramente, a patto che la soglia di applicazione dei limiti non venga fissato all'ipotesi di perdita di un fonte sovraordinata, dal momento che – a differenza della normativa UE – quella della convenzione non gode di supremazia rispetto alle fonti interne.

Assumendo invece come presupposto la qualità dello *HRA* come fonte autonoma dei diritti, si avrebbe come conseguenza che il recesso dalla CEDU, da un lato, non priverebbe l'ordinamento britannico di una fonte di diritto e che, dall'altro, lascerebbe indenni i diritti riportati nella Schedule 1, i quali continuerebbero a sussistere in quanto autonomi rispetto al trattato internazionale. Va comunque segnalato che, anche in tale ottica, la denuncia della CEDU determinerebbe uno svuotamento – totale o parziale – di alcune clausole dello *HRA* come la 10(1)(b), la 14, la 16, la 17 e la 18, in quanto il loro funzionamento è strettamente dipendete dalla partecipazione del Regno Unito alla CEDU.

Cosa comporterebbe, quindi, l'assunzione di questa seconda prospettiva in relazione alla possibilità di esercitare il *prerogative power*? La risposta, come si è detto, dipende da quale peso si attribuisce ai diversi elementi di mutamento dell'ordinamento evidenziati in *Miller 1*. In altre parole, se si ritiene che l'eliminazione di una fonte di diritto e/o la sottrazione di diritti individuali abbiano costituito – e quindi costituiscano per altre ipotesi di recesso – delle condizioni necessarie per l'imposizione dei vincoli al Governo, andrebbe conseguentemente negato che, assumendo lo *HRA* come fonte, il Governo incontri limiti analoghi a quelli in cui è incappato in relazione alla *Brexit*.

A conclusioni totalmente opposte si dovrebbe giungere allorché si ritenesse che i limiti alla prerogativa dell'esecutivo scattino ogniqualvolta la denuncia di un accordo internazionale determini uno svuotamento di una o più leggi, concretandosi in una violazione del *frustration principle*. Assumendo quest'ultima chiave di lettura della *Miller 1*, l'intervento autorizzativo del Parlamento si rivelerebbe

⁹⁴ Come evidenziato da T. Hickman, *Public Law After the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2010, pp. 26-30.

⁹⁵ Di questa idea, fra i sostenitori della teoria della dipendenza dei *Convention rights* dal concetto di *Convention* di cui alla sez. 21, A. Peplow, *Withdrawal from the ECHR after Miller – A Matter of Prerogative?*, in *U.K. Constitutional Law Association Blog*, 28 febbraio 2017. Pur condividendo la tesi della dipendenza, nega invece che la CEDU sia una fonte del diritto britannico: J. Williams, *Miller and the Human Rights Act 1998: can the Government withdraw the UK from the ECHR by the royal prerogative?*, in *Practical Law Public Sector Blog*, 28 febbraio 2017.

necessario in caso di denuncia della CEDU a prescindere dal fatto che a tale trattato sia riconosciuta o meno la qualità di fonte dei diritti contenuti nello *HRA*.

Le incertezze relative alla chiave di lettura della *Miller 1*, unite a quelle attinenti all'interpretazione dello *HRA*, rendono piuttosto difficile fornire delle risposte certe in merito alla possibilità per l'esecutivo di recedere dalla CEDU sulla base della prerogativa. Molto probabilmente, comunque, un tentativo in questo senso da parte del Governo riproporrebbe una disputa fra i poteri dello Stato analoga a quella sorta all'indomani del referendum sulla *Brexit*, disputa che renderebbe necessario un nuovo intervento chiarificatore della Corte Suprema.

9. Conclusioni

Come si è avuto modo di evidenziare nel corso del capitolo, l'attivazione del procedimento di uscita del Regno Unito dall'Unione Europea è passata per la definizione del rapporto fra il *treaty power* dell'esecutivo – come componente del *prerogative power* di gestione delle relazioni internazionali – e la regola che impedisce allo stesso esecutivo di modificare l'ordinamento interno – corollario, questo, del principio di sovranità parlamentare.

Se la Corte Suprema ha riconosciuto la sussistenza di una generale competenza del Governo a denunciare i trattati, la stessa ha al contempo evidenziato che tale potere deve conformarsi alle leggi e alla *common law*. In particolare, affinché detta prerogativa possa essere esercitata in conformità con lo stato di diritto e coi valori della democrazia rappresentativa, essa deve soggiacere a due regole fondamentali, corollario del principio di sovranità parlamentare. La prima impedisce all'esecutivo di modificare l'ordinamento interno e di sottrarre diritti individuali attribuiti dal potere legislativo, a meno che non sia una legge del Parlamento a conferire detta autorità; la seconda impedisce ai Ministri di vanificare una legge svuotandola di contenuto o impedendone l'effettiva operatività. La sussistenza di tali limiti rappresenta una condizione generale per la stessa compatibilità della prerogativa con la sovranità del Parlamento.

Nel caso della *Brexit*, il recesso avrebbe comportato una modifica fondamentale dell'ordinamento interno – stante la sottrazione di una fonte normativa – e sarebbe andato a rimuovere diritti individuali che erano stati incorporati nel sistema britannico, finendo per rendere vano l'*ECA 1972*. Di conseguenza la denuncia non poteva essere effettuata sulla base della prerogativa, essendo invece necessaria una previa legge di autorizzazione parlamentare.

Come si avrà avuto modo di osservare, a differenza della pronuncia emessa dall'Alta Corte di Pretoria, la sentenza *Miller 1* non si fonda sulla dottrina dell'*actus contrarius*, applicabile egualmente a tutte le

ipotesi di recesso in quanto basata sul parallelismo delle forme. I giudici britannici hanno invece proceduto a vagliare nello specifico le conseguenze che il recesso avrebbe prodotto sull'ordinamento, assumendo la decisione sulla scorta delle stesse. La mancata specificazione circa l'applicabilità dei vincoli al potere di recesso dell'esecutivo anche ad altre ipotesi lascia, come si è detto, numerosi dubbi in merito alla portata generale della pronuncia.

Ciò non toglie che anche la sentenza della Corte suprema britannica abbia confermato da un lato la crescente consapevolezza in merito al fatto che il recesso, in alcune ipotesi, può avere sull'ordinamento statale un impatto uguale e contrario alla stipula degli accordi, dall'altro che – come già emerso nei due casi menzionati nello scorso capitolo – la salvaguardia dei principi dello stato di diritto, della separazione dei poteri e dei valori costituzionali può legittimare il sindacato dei giudici nazionali su atti dell'esecutivo che siano rivolti verso la dimensione internazionale.

Come si vedrà nel corso del prossimo capitolo, d'altronde, anche sul piano sovranazionale – e ivi compreso nel contesto dell'Unione Europea – si sta assistendo ad una crescente attenzione in relazione alla conformità dei procedimenti di recesso alle norme interne allo Stato e, più in generale, alla rispondenza degli stessi ai valori democratici.

Capitolo 4

La legittimità costituzionale del recesso come requisito di validità sul piano internazionale alla luce dei principi democratici: l'art 50 del Trattato sull'Unione Europea e l'opinione consultiva OC-26/20 della Corte interamericana

Sommario:

1. Introduzione. – 2. L'uscita dall'Unione Europea ed il rispetto delle norme costituzionali. – 3. La denuncia dei trattati del sistema interamericano, fra parallelismo delle forme e garanzia collettiva. – 4. La valorizzazione della democrazia e dello stato di diritto nell'ordinamento internazionale come indice del superamento della tradizionale indifferenza verso gli assetti statali. – 5. La competenza a recedere dai trattati sui diritti umani alla luce della loro particolare natura. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Avendo evidenziato che le linee di tendenza riscontrabili sul piano costituzionale rivelano una progressiva apposizione di limiti, tanto di fonte normativa quanto di matrice giurisprudenziale, al potere dell'esecutivo di denunciare gli accordi, occorre ora interrogarsi circa la rilevanza che possa essere riconosciuta sul piano internazionale alla disciplina interna e alle sue eventuali violazioni.

Fino a pochi anni fa, la questione è stata oggetto di scarsa attenzione da parte della dottrina e, nei pochi casi in cui la tematica è stata affrontata, a prevalere è stata la tesi dell'irrilevanza. Ad indurre a negare un peso delle disposizioni interne al di fuori dei confini nazionali è stata in certi casi l'idea che la questione di quali organi statali siano competenti ad assumere la decisione di recedere non sia di competenza del diritto internazionale.¹ In altri casi, la tesi dell'irrilevanza è stata sostenuta in base alla tesi che il Capo di Stato, quello di Governo e il Ministro degli Esteri «are always competent to denounce international treaties».²

Una delle pochissime voci che nei decenni scorsi si è pronunciata in favore della tesi della rilevanza internazionale della violazione delle norme interne lo ha fatto riconoscendo la natura mista dei trattati – la cui esistenza si svolge contemporaneamente sul piano interno e su quello internazionale – e sostenendo la sussistenza a livello statale di un principio di compartecipazione fra Parlamento e governo in materia di recesso. Su questa base, tale dottrina ha sostenuto che la distinzione fra le norme

¹ Cfr. A. Ciampi, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, cit., p. 368 e ss.

² Cfr. M. Frankowska, *Competence of State Organs to Denounce a Treaty: Some Internal and International Legal Problems*, in *Polish Year Book of International Law*, 7, 1975, p. 277.

di diritto internazionale, che disciplinano la manifestazione dell'intenzione di recedere, e quelle statali, che di quella volontà disciplinano la formazione, non pregiudica la rilevanza internazionale dei procedimenti costituzionalmente previsti. Difatti, in base a tale teoria, la violazione manifesta di norme interne di carattere fondamentale potrebbe essere invocata quale fonte dell'invalidità del trattato sul piano internazionale in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 46 della Convenzione di Vienna, il quale prevede appunto tale possibilità in materia di stipula dagli accordi.³

L'interesse per la tematica del rapporto fra l'allocazione interna della competenza a recedere e la validità del recesso sul piano internazionale è comunque cresciuto negli ultimi anni proprio in virtù dei casi di cui si è trattato nei precedenti capitoli, date le controversie sorte in merito al ruolo degli organi dello Stato nella formazione della volontà di uscire dagli accordi. Conseguentemente, l'esito delle vicende processuali legate alla *Brexit* e al recesso sudafricano dallo Statuto di Roma, stante la messa in discussione del ruolo autonomo dell'esecutivo nella formazione interna della volontà di recedere, ha indotto parte della dottrina a considerare un recupero della tesi della rilevanza internazionale del diritto interno sul riparto di competenze, rimasta a lungo isolata.

Alcuni autori hanno quindi ribadito la possibilità, a certe condizioni, di far discendere dall'invalidità del recesso sul piano nazionale un'analogia invalidità sul piano internazionale. Il mezzo che, ad avviso di alcuni, potrebbe essere impiegato per contestare la validità della manifestazione di volontà statale di recedere sarebbe proprio quello rappresentato dall'applicazione analogica dell'articolo 46 della Convenzione di Vienna.⁴ Gli elementi avanzati dalla dottrina per sostenere tale possibilità fanno leva prevalentemente sulla specularità della competenza a stipulare gli accordi e quella a recedere. Esse infatti costituiscono due facce del medesimo *treaty power* e che come tali sono disciplinate dalla Convenzione di Vienna. A fronte di tale specularità viene considerata incongruente la diversa rilevanza accordata dalla Convenzione alla violazione delle norme interne in materia di stipula e a quella concernente il recesso, tanto da doversi riconoscere una lacuna nella cornice normativa fornita dall'accordo di codificazione e da doversi procedere, appunto, all'applicazione dell'art. 46 anche ai casi di denuncia.⁵

Pur condividendo in linea generale le conclusioni cui tali autori sono giunti, ci sembra opportuno porre l'accento su alcuni aspetti di carattere fondamentali. La specularità cui si è appena fatto cenno nonché

³ Per questa tesi si veda G. Ziccardi Capaldo in *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, cit., p. 230 e ss.

⁴ A sostenere la possibilità di questa applicazione analogica sono in particolare J. Crawford, *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *Modern Law Review*, 81(1), 2018, p. 14 e H. Woolaver, *From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Validity of Treaty Withdrawal*, cit.; G. Nesi, *Diritto internazionale e diritto interno nel recesso dai trattati*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2019, pp. 977-1005; G.B. Fernandez, *Outside the Margin for Error: The Invalidity of the Philippines' Withdrawal from the Rome Statute*, cit.; P. De Sena, M. Starita, *Corso di diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2023.

⁵ Tali argomentazioni sono proposte in H. Woolaver, *From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Validity of Treaty Withdrawal*, cit.

la valorizzazione dei principi sottesi ad alcune disposizioni della Convenzione – primo fra tutti quello della sovranità degli Stati – costituiscono certamente elementi di estrema rilevanza nell'economia del discorso che ci occupa, dal momento che rappresentano i presupposti normativi in base ai quali è possibile interpretare il diritto dei trattati in modo tale da conferire rilevanza alle norme interne sul recesso. Tuttavia dette argomentazioni di carattere teorico non sembrano poter costituire da sole la base per sostenere una svolta nell'approccio dell'ordinamento internazionale alla materia. Un rilievo innegabile deve attribuirsi a quelle tendenze rilevate nei tre capitoli che precedono. L'introduzione di norme volte a coinvolgere il potere legislativo e le pronunce giurisprudenziali in tale senso, certificando l'allontanamento dal paradigma del ruolo esclusivo dell'esecutivo in materia di recesso e attribuendo un ruolo crescente al potere legislativo, determinano l'esigenza di ottenere anche in materia di denuncia degli accordi una salvaguardia della separazione dei poteri analoga a quella predisposta dall'art. 46 in relazione alla stipula. Ci sembra comunque che una simile tendenza, rappresentando pur sempre un aspetto riconducibile alla sfera costituzionale degli Stati, possa condurre a mettere in discussione l'attuale approccio dell'ordinamento internazionale alla materia solo se letta alla luce di altri elementi, che non hanno forse ricevuto sufficiente attenzione da parte della dottrina. Ci si riferisce, in generale, all'evoluzione del diritto internazionale, verificatasi in particolare negli ultimi trent'anni, nel senso della valorizzazione dei principi democratici, dello stato di diritto e della tutela dei diritti umani. Tendenza riscontrabile tanto a livello generale, nell'ambito delle Nazioni Unite, quanto a livello regionale, tale da indurre alcuni autori ad evidenziare l'erosione della neutralità del diritto internazionale rispetto alle strutture interne agli Stati,⁶ nonché a sostenere la progressiva affermazione di un vero e proprio diritto alla democrazia sancito dall'ordinamento internazionale.⁷ Come si avrà modo di osservare nel presente capitolo, la promozione di tali concetti, con particolare riguardo a quegli aspetti consistenti nella separazione dei poteri e nella partecipazione della cittadinanza alle scelte dello Stato in materia di recesso, si riflette direttamente sulla disciplina del recesso relativa ad accordi quali il Trattato sull'Unione Europea e le convenzioni portanti del sistema interamericano.⁸ Difatti, il primo in virtù di un'espressa clausola di recesso e i secondi in ragione dell'interpretazione fornita dalla Corte interamericana, attribuiscono rilevanza determinante al rispetto dei procedimenti interni nonché alla democraticità della decisione di denunciare gli accordi. In tali contesti, la conformità del recesso ai procedimenti costituzionalmente previsti, oltre a rappresentare

⁶ Fra gli altri F. Ehm, *The Democracy Obligation According to International Law: A Study of the Dwindling Neutrality of International Law with Respect to Internal Government Structures*, in *Völkerrechtsblog*, 22 febbraio 2016 e S.J. Schnably, *Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal*, in *University of Miami Law Review*, vol. 62, n. 2, 2008, pp. 417-489.

⁷ In particolare, T. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *American Journal of International Law*, 86, 1992.

⁸ Ossia la Convenzione americana sui diritti umani e la Carta dell'Organizzazione degli Stati americani.

un'esigenza imposta dalle conseguenze della denuncia sui diritti individuali, costituisce espressione di valori fondamentali consacrati dagli accordi stessi, quali, appunto, la democrazia rappresentativa e lo stato di diritto. Di conseguenza il rispetto delle norme interne, nonché la conformità del procedimento di uscita coi valori menzionati, non rimangono questioni di interesse esclusivo dello Stato recedente, ma rappresentano aspetti rilevanti anche per gli altri Stati membri.

È questa convergenza fra le tendenze riscontrabili a livello statale e quelle riscontrabili sul piano sovranazionale – volte distintamente ma parallelamente a conformare le procedure di recesso ai principi democratici – che deve a nostro avviso indurre ad un ripensamento della tradizionale indifferenza dell'ordinamento internazionale rispetto alle norme interne sulla competenza a recedere. L'esame di questi aspetti offrirà le premesse per proporre – nell'ultimo capitolo – un'interpretazione delle norme della Convenzione di Vienna che affermi la rilevanza della disciplina interna sulla competenza a recedere e per analizzare le possibili modalità con cui detta rilevanza possa essere fatta valere sul piano pratico.

2. L'uscita dall'Unione Europea ed il rispetto delle norme costituzionali

2.1. L'art. 50 TUE e il valore del rinvio alle norme costituzionali degli Stati

Come si è detto, la Convenzione di Vienna non dispone nulla in relazione al procedimento da seguire sul piano interno per la denuncia degli accordi internazionali. L'articolo 54 di detto accordo, comunque, rimette alle parti di un trattato la possibilità di approvare consensualmente l'introduzione di clausole di recesso con cui disciplinare gli aspetti più vari del procedimento di uscita, ivi compresa – eventualmente – quella attinente all'allocazione della necessaria autorità sul piano interno.

Allo stato attuale non risulta vi siano clausole che impongono espressamente l'*iter* da seguire sul piano statale o i soggetti competenti ad assumere la scelta di recedere.⁹ Sussiste tuttavia un caso di grande rilevanza, cui si è già fatto cenno nell'affrontare la tematica della *Brexit*, che condiziona la validità del recesso sul piano sovranazionale al rispetto delle norme costituzionali. Si tratta chiaramente dell'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea.

⁹ Sulla varietà delle regole contenute nelle clausole di recesso si vedano, fra gli altri L. Helfer, *Terminating treaties*, cit., pp. 641–643.

La clausola di recesso dall'Unione Europea, introdotta dal Trattato di Lisbona e in vigore dal 2009, è stata concepita per la prima volta nell'ambito della Convenzione sul futuro dell'Europa (2002-2003), consesso finalizzato, come è noto, all'adozione di un trattato costituzionale europeo.

Prima dell'introduzione di tale disposizione, i Trattati non facevano alcun riferimento al diritto di uscire dall'organizzazione. Tale silenzio, probabilmente, era in parte dovuto al fatto che quella del recesso degli Stati membri era apparsa come un'ipotesi remota, dall'altro era attribuibile alla volontà di evidenziare il carattere irreversibile dell'integrazione Europea. Infatti, l'art. 240 del trattato della Comunità Economica Europea indicava l'accordo come concluso per una durata illimitata e, al contempo, il Preambolo indicava – e tutt'ora indica – l'obiettivo di portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa.

Invero, la disposizione è stata ideata in concomitanza con il prospettato allargamento ad Est dell'Unione Europea – poi concretizzatosi nel 2004 –,¹⁰ rappresentando una norma volta più a rassicurare gli Stati membri e i loro cittadini sul diritto di uscire dall'Unione Europea,¹¹ che non una disposizione operativa.¹² La convinzione che detta clausola di recesso non sarebbe mai stata effettivamente posta in funzione è probabilmente la ragione per cui la disposizione risulta poco dettagliata e, come si vedrà, lascia aperte alcune questioni la cui soluzione andrà necessariamente trovata allorché concrete ipotesi di recesso lo rendano necessario.¹³ Così è avvenuto infatti, ad opera della sentenza *Wightman*, nell'ambito della *Brexit* in relazione alla revocabilità della notifica.

Come già accennato, a distinguere la clausola contenuta nel Trattato sull'Unione Europea rispetto a disposizioni analoghe contenute in altri accordi internazionali è la presenza di un espresso rinvio alla normativa interna gli Stati membri che optino per l'uscita.

L'articolo 50(1) TUE,¹⁴ difatti, prevede che uno Stato membro possa assumere la decisione di recedere dall'Unione Europea «conformemente alle proprie norme costituzionali». È facile intuire che dal diverso valore – normativo o meno – che si riconosce a tale rinvio discendono conseguenze rilevanti

¹⁰ Sul nesso fra l'introduzione dell'art. 50 e l'allargamento dell'UE si veda, fra gli altri, P. Huysmans, *Enlargement and exit: The origins of Article 50*, in *European Union Politics*, vol. 20(2), 2019, pp. 155–175.

¹¹ Fra gli altri, si vedano sul punto, J.H. Weiler, *Alternatives to withdrawal from an international organization: the case of the European Economic Community*, in *Israel Law Review*, 20(2–3), 1985, pp. 282–298; R.J. Friel, *Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n. 2, aprile 2004, pp. 407–428; S. Berglund, *Prison or voluntary cooperation? The possibility of withdrawal from the European Union*, in *Scandinavian Political Studies*, 29(2), 2006, pp. 147–167; P. Athanassiou, *Withdrawal and expulsion from the EU and EMU: some reflections*, in *ECB Legal Working Paper Series*, 10, 2009, pp. 1–47.

¹² Sebbene la sua funzione di chiarimento circa la procedura da seguire sia stata evidenziata nella sentenza *Wightman*, par. 56.

¹³ Cfr. European Parliament, *Interpretation and implementation of Article 50 TEU – legal and institutional assessment*, marzo 2021, P. 10.

¹⁴ Il paragrafo afferma che «[o]gni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione.»

tanto sul piano teorico quanto su quello pratico. Difatti, dalle diverse interpretazioni date alla disposizione possono derivare sia conclusioni differenti sul rapporto fra l'ordinamento comunitario e quelli statali, sia diverse implicazioni sul procedimento da seguire per recedere dall'Unione Europea. Un primo modo di interpretare la disposizione è quello di attribuire al riferimento alle norme costituzionali statali un carattere meramente descrittivo. In base a tale prospettiva, l'art. 50(1) si limiterebbe a ribadire un dato di fatto, ossia che la decisione di uscire dall'organizzazione viene assunta sul piano statale in base alle norme interne, senza che su questa fase del procedimento intervenga in alcun modo la disciplina comunitaria. Quest'ultima interverrebbe solamente successivamente – tramite i paragrafi da 2 e seguenti dell'articolo 50 – a regolare la notifica dell'intenzione di recedere e le fasi ulteriori del procedimento di uscita. Si individuerebbero due ruoli nettamente distinti per i due livelli normativi – quello comunitario e quello statale – i quali disciplinerebbero aspetti differenti della procedura di uscita. In virtù di tale cesura, il fatto che la decisione di recedere sia stata o meno assunta nel rispetto dei requisiti imposti dall'ordinamento statale rilevarebbe solamente sul piano interno, non producendo conseguenze automatiche sulla validità della notifica ex art. 50(2) e sulle fasi successive. Ne consegue che l'accertamento dell'eventuale violazione della normativa statale competerebbe solo alle corti interne e non agli organi dell'Unione Europea.¹⁵

La lettura appena proposta non sembra tuttavia condivisibile, dal momento che si scontra sia con l'esame dei lavori preparatori che hanno condotto all'introduzione della disposizione, sia con un'interpretazione sistematica di quest'ultima.

In merito al primo aspetto, occorre evidenziare che il riferimento al rispetto delle norme costituzionali dello Stato recedente ha resistito a ben due tentativi di espunzione. Una prima volta, nel corso della Convenzione sul futuro dell'Unione Europea, fu presentata una proposta di emendamento sulla base delle asserite superfluità e dannosità della frase in oggetto. I promotori negavano infatti che il rispetto o meno della costituzione da parte del governo di uno Stato che intendesse recedere potesse costituire una questione di competenza dell'Unione Europea.¹⁶ Una seconda proposta di eliminare il riferimento fu avanzata dagli esperti legali della Conferenza intergovernativa sul trattato costituzionale, sulla base del fatto che «[s]tating that the Member State may decide "in accordance with its own constitutional

¹⁵ Fra i sostenitori del carattere descrittivo, piuttosto che normativo, dell'art. 50(1) si veda K. Armstrong, *Has Article 50 Really Been Triggered?*, in *Constitutional Law Association Blog*, 14 giugno 2017, <<https://ukconstitutionallaw.org/2017/06/14/kenneth-armstrong-has-article-50-really-been-triggered/>>.

¹⁶ L'emendamento numero 8 all'allora art. 46(1), fu proposto dai MEPs Olivier Duhamel ed Elena Paciotti, i quali sostenevano che la frase «*on the one hand, it is superfluous and on the other, damaging: it cannot be a Union's problem to assess whether the government of a Member State that wishes to abandon the Union respects its own constitution*».

requirements" could give the impression that it is a matter for the Union to check whether a Member State's internal rules have been observed or not"».¹⁷

Di fatto, entrambe le proposte erano mosse dalla preoccupazione che una disposizione così redatta potesse indurre a ritenere che l'Unione Europea sarebbe stata in grado di valutare la legittimità costituzionale della decisione di recedere.

Il fatto che, malgrado le perplessità emerse, si sia deciso di conservare tale riferimento pare ragionevolmente condurre a due conclusioni. Da un lato induce a ritenere che alla disposizione debba essere attribuita una valenza prescrittiva e non meramente descrittiva. Nella seconda ipotesi, infatti, il primo comma avrebbe effettivamente rappresentato una disposizione superflua, che ben avrebbe potuto essere espunto onde evitare dubbi circa la sua rilevanza sul piano dell'ordinamento comunitario. Dall'altro lato, il fatto che il rinvio sia stato conservato nonostante il parere negativo degli esperti legali, spinge a riconoscere la sussistenza di una precisa volontà, ossia quella di imporre il rispetto della normativa costituzionale degli Stati come requisito di legittimità della decisione di recedere anche sul piano comunitario e come oggetto di eventuale accertamento da parte degli organi dell'Unione Europea.

Peraltro, a confermare la lettura dell'art. 50(1) come requisito di validità del procedimento di recesso sul piano sovranazionale sono alcuni passaggi della sentenza *Wightman*. Pur se la decisione della Corte di Giustizia non ha avuto ad oggetto la questione in esame se non di riflesso, nell'affrontare la tematica della revocabilità della notifica di recesso, i giudici comunitari hanno evidenziato che il diritto di revoca può essere esercitato soltanto nel rispetto dei vincoli costituzionali dello Stato e attraverso un processo democratico, analogamente a quanto disposto dall'art. 50(1) per il recesso stesso.¹⁸ La sussistenza di tale requisito di validità sembra pertanto essere dato per assodato dalla Corte, tanto da essere imposto anche come requisito per tornare sui propri passi rispetto alla scelta di uscire.

Che al rispetto delle norme interne concernenti la formazione della volontà di recedere debba essere attribuita rilevanza sul piano comunitario è d'altronde una logica conseguenza di un'interpretazione sistematica dell'art. 50(1) che tenga conto dei principi su cui si fonda l'ordinamento comunitario. Ci si riferisce, da un lato, al principio del rispetto dell'identità nazionale che è sancito dall'art. 4(2) TUE¹⁹

¹⁷ Conference of the Representatives of the Governments of the Member States, IGC Secretariat IGC 2003 – Editorial and legal comments on the draft Treaty establishing a Constitution for Europe – Basic document CIG 4/03, Brussels 6.10.2003, <<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/CG%204%202003%20INIT/EN/pdf>>.

¹⁸ La Corte ha evidenziato infatti che il diritto unilaterale di revoca «may only be exercised in accordance with the constitutional requirements of the Member State concerned, by analogy with the right of withdrawal itself, laid down in Article 50(1) TEU». Cfr. *Wightman*, par. 37.

¹⁹ In base a tale disposizione «[l']Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di

e, dall'altro – pur se in stretta connessione con quest'ultimo – a quei valori dello stato di diritto²⁰ e della democrazia espressamente consacrati dall'art. 2 TUE.²¹ Il rispetto di questi ultimi, ai sensi dell'art. 49 TUE, rappresenta infatti condizione di ammissione all'organizzazione, la quale ammissione, a sua volta, comporta per ciascuno Stato membro l'obbligo di promuoverli.²²

Per quanto attiene al primo aspetto menzionato, è stato evidenziato che l'art. 50(1), riconoscendo il diritto degli Stati a recedere in conformità delle proprie norme costituzionali, rappresenta una manifestazione del rispetto dell'Unione europea nei confronti dell'identità nazionale degli Stati membri,²³ rispetto che, come è stato accennato, per il tramite dell'art. 4(2) costituisce parte integrante dell'ordinamento costituzionale dell'UE.²⁴ Riconnettendo espressamente l'identità degli Stati alla loro struttura costituzionale e politica,²⁵ la disposizione pare aver ridisegnato il rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello degli Stati membri in una prospettiva pluralistica – piuttosto che puramente gerarchica – e, più in generale, può essere considerato espressione del costituzionalismo composito europeo, conglomerato delle costituzioni nazionali e di quella UE.²⁶

2.2. I requisiti del recesso dall'UE alla luce del principio democratico e dello stato di diritto

mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

²⁰ Nel presente capitolo, per amor di sintesi, sarà utilizzata la formula italiana “stato di diritto”, adottata dalle versioni italiane dei trattati comunitari, per fare riferimento insieme ai concetti di *rule of law*, *Rechtsstaat* ed *état de droit*, pur nella consapevolezza delle diverse sfumature che colorano dette espressioni.

²¹ In base all'art. 2 TUE «[l']Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.»

²² Ai sensi dell'art. 49 TUE, infatti, «[o]gni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione».

Oltre ai menzionati articoli 2 e 49 del Trattato sull'Unione Europea, lo stato di diritto è menzionato come principio fondante e ispiratore dal Preambolo dello stesso Trattato e da quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

²³ L'Avvocato generale Sanchez Bordon, nella propria opinione del 4 dicembre 2018 relativa al caso *Wightman*, ha evidenziato che «Article 50(1) TEU is, in fact, an important sign of respect for the national identities of the Member States, acknowledging their right to withdraw from the European Union in accordance with their own constitutional requirements». Cfr. par. 131.

²⁴ Cfr. P. Eeckhout, E. Frantziou, *Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading*, in *Common market law review*, vol. 54, n. 3, giugno 2017, p. 708.

²⁵ Riferimento introdotto dal Trattato di Lisbona e assente nelle precedenti clausole contenute negli accordi di Amsterdam e Maastricht.

²⁶ Concetto, quello del costituzionalismo composito o *Verfassungsverbund*, di cui si fanno espressione, a livello interno, clausole di salvaguardia come l'art. 23(1)(1) della costituzione tedesca – che impone che la partecipazione all'UE si svolga in conformità coi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale interno – e, sul piano europeo, disposizioni come l'art 7 TUE, che appronta delle misure per imporre il rispetto dei principi fondanti dell'Unione da parte degli Stati membri. Cfr. A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 5, ottobre, 2011 p. 1417 e ss.

L'ordinamento costituzionale dell'UE non è sorto dal vuoto, ma è risultato di anni di integrazione fra i trattati e le costituzioni nazionali, rappresentando quindi il frutto composito delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e dei principi condivisi dagli stessi.

Fra i valori che formano l'identità costituzionale degli Stati e che trovano protezione ai sensi dell'art. 4(2) figurano proprio il principio democratico o quello dello stato di diritto, che rappresentano appunto concetti comuni tanto ai singoli sistemi giuridici nazionali quanto a quello comunitario, e che costituiscono parte integrante dell'identità di quest'ultimo quale ordinamento giuridico comune.

La sussistenza di tali valori, al cui rispetto e alla cui promozione - come si è detto - gli Stati membri sono vincolati, finisce a sua volta per fissare i confini ed i caratteri peculiari dell'identità nazionale, impedendo che gli Stati membri possano abusare di questo concetto per legittimare misure che violano l'articolo 2 TUE.²⁷

L'obbligo di conformarsi ai valori comunitari, chiaramente, non può non rappresentare un vincolo per lo Stato anche quando lo stesso sia intenzionato ad uscire dall'Unione Europea, dal momento che, finché il recesso non sia divenuto effettivo, la *membership* continua ad imporre il rispetto degli obblighi.

Anzitutto, il procedimento deve essere improntato al rispetto dello stato di diritto.²⁸ Quest'ultimo rappresenta un valore la cui definizione, sebbene non riportata espressamente nei Trattati,²⁹ è stata delineata nel corso del tempo a livello comunitario attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁰ e mediante l'opera chiarificatrice della Commissione,³¹ debitrice, a sua volta, degli sforzi definitivi compiuti dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (c.d. Commissione di Venezia).³²

²⁷ Aspetto, questo, che è stato ribadito di recente in relazione allo stato di diritto dalla Corte di Giustizia nelle due sentenze del 16 febbraio 2022 relative ai casi C-156/21, Ungheria c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea e C-157/21, Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione Europea.

Per un'analisi delle due sentenze nella prospettiva del rapporto fra identità nazionale e *rule of law*, si veda P. Faraguna, T. Drinóczi, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022.

²⁸ Su questo concetto e, più specificamente, sullo stato attuale della sua valorizzazione in ambito comunitario, si veda L. Pech, *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, giugno 2022, p. 107 e ss.

²⁹ Trattati le cui singole previsioni impongono l'obbligo di rispettare alcuni degli elementi essenziali dello stato di diritto. Si pensi, fra l'altro, al dovere degli Stati di garantire una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (art. 19(1) TUE) e all'analogo diritto sancito dall'art. 47 della Carta di Nizza.

³⁰ A partire dalla sentenza *Les Verts* del 1986, in cui per la prima volta la Corte ha definito la (allora) Comunità Economica Europea come una comunità basata sulla *rule of law*. Cfr. Case 294/83, *Parti écologiste 'Les Verts' v European Parliament*, EU:C:1986:166.

³¹ Si veda, fra l'altro, la Comunicazione della Commissione europea, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, Strasburgo, COM(2014) 158 final, 11 marzo 2014.

³² Il concetto di stato di diritto costituisce infatti, insieme alla democrazia e al rispetto dei diritti umani, uno dei pilastri del Consiglio d'Europa, tanto da figurare nel Preambolo del suo Statuto, ed è consacrato, come noto, nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. CEDU).

Vale la pena di evidenziare che la Commissione europea attribuisce allo stato di diritto anzitutto la funzione di garantire che tutti i pubblici poteri agiscano sempre entro i limiti fissati dalla legge, conformemente ai valori della democrazia e ai diritti fondamentali e che esso costituisca una condizione essenziale per la difesa dei diritti individuali, per prevenire gli abusi di potere da parte delle autorità pubbliche e per assicurare che chi partecipa al processo decisionale risponda del proprio operato.³³ Nel nucleo fondamentale dello stato di diritto, così come concepito in ambito comunitario e nel contesto del Consiglio d'Europa, figurano infatti valori quali il principio di legalità – o di supremazia della legge –, che presuppone il dovere di ognuno di conformarsi alla legge ed impone alle autorità pubbliche di agire nei confini dei poteri ad esse conferite, ed il divieto di esercizio arbitrario del potere esecutivo. Difatti, se in una società complessa come quella attuale è pacificamente ammesso che il governo possa giovare di una certa necessaria discrezionalità, al contempo non è ammesso che lo stesso agisca in maniera arbitraria.³⁴

Quelli appena menzionati sono concetti condivisi tanto dall'Unione Europea nel suo insieme, quanto – in linea di principio – dai singoli Stati membri,³⁵ costituendo elementi cardine della tradizione costituzionale degli stessi.

Il rispetto di tale valori rappresenta una condizione essenziale per l'applicazione del diritto UE e per la difesa di tutti i diritti e gli obblighi che derivano dai trattati e dal diritto internazionale costituendo, più in generale, il presupposto per la realizzazione del progetto europeo. La fiducia dei vari Stati – oltre che dei rispettivi cittadini – circa il funzionamento dello stato di diritto in tutti i Paesi membri rappresenta infatti un fattore cruciale per l'ulteriore sviluppo dell'Unione europea come spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne.³⁶

È chiaro quindi che il rispetto dello stato di diritto costituisca un'esigenza non soltanto del singolo ordinamento statale ma dell'intera Unione Europea, dal momento che la violazione di tale valore non si ripercuote solamente sul singolo Stato, ma anche sull'Unione stessa e sui suoi altri membri, rappresentando una sfida alla base giuridica, politica ed economica del funzionamento dell'Unione.

³³ Comunicazione della Commissione, *Rafforzare lo Stato di diritto nell'Unione Programma d'azione*, Bruxelles, COM(2019) 343 final, 17 luglio 2019, p. 1.

³⁴ La Commissione europea – facendo propria l'elencazione adottata dalla Commissione di Venezia – include nel catalogo non esaustivo dei valori che compongono lo stato di diritto la certezza del diritto, l'indipendenza e imparzialità del giudice, il controllo giurisdizionale effettivo e l'uguaglianza davanti alla legge. Cfr. Commissione europea, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, cit., Allegato I: Lo Stato di diritto, principio fondante dell'Unione, p. 3 e Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, *Report on the Rule of Law, Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session*, Venezia, 25-26 Marzo 2011, p. 10.

³⁵ Tanto da far parlare parte della dottrina di una *European Rule of Law*. Cfr. T. Drinóczi, A. Bień-Kacala (a cura di), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, Routledge, 2021.

³⁶ Obiettivo, questo, fissato dall'art. 3 TUE.

Il carattere fondamentale dello stato di diritto nel contesto dell'Unione Europea è stato ribadito dalla Corte, fra l'altro, nella sentenza del 24 giugno 2019 nella causa C-619/18 *Commissione/Polonia*.

Ciascuno Stato membro è quindi tenuto a garantire il rispetto dello stato di diritto e il corretto funzionamento del proprio ordinamento, sia perché ciò costituisce una responsabilità costituzionale interna, sia perché rappresenta una responsabilità nei confronti dell'Unione e degli altri Stati membri. Ciò anche in virtù del principio di leale cooperazione consacrato dall'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che sancisce il dovere degli Stati membri di facilitare l'adempimento da parte dell'UE dei suoi compiti e di astenersi da misure che rischino di metterne in pericolo gli obiettivi.

Va inoltre evidenziato che l'interesse dell'Unione Europea nei confronti del rispetto dello stato di diritto e del corretto funzionamento degli assetti statali non si limita ad enunciazioni di principio o ad una promozione solamente teorica, ma si è piuttosto realizzato nell'apposizione di regole e nell'adozione di misure volte a fronteggiare eventuali fenomeni patologici.³⁷ La Corte di giustizia ha recentemente ribadito che «the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers as laid down by the Treaties»;³⁸ ne consegue che l'ordinamento comunitario possa ben imporre agli Stati membri di conformarsi a quei valori – come il principio di legalità ed il divieto di arbitrio del potere esecutivo – che compongono lo stato di diritto e che, quindi, una decisione di recesso assunta dall'esecutivo in contrasto con i limiti imposti dall'ordinamento interno alla sua competenza a recedere debba essere considerata illegittima tanto sul piano interno che su quello sovranazionale.

Ciò anche alla luce delle conseguenze di enorme portata che una scelta di tale tipo determina sia sul piano comunitario sia su quello interno. Una delle principali esigenze in virtù delle quali il diritto di recedere può essere esercitato solo nel rispetto delle norme interne, nonché in conformità con lo Stato di diritto e dei principi democratici, è sicuramente quella attinente alla perdita della cittadinanza europea da parte dei cittadini dello Stato recedente.

Occorre tenere presente che la cittadinanza comunitaria rappresenta lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri³⁹ e costituisce un insieme di diritti e obblighi derivanti da un'Unione basata, appunto, sullo stato di diritto.⁴⁰ È chiaro che, sussistendo un diritto di recesso, non si possa impedire la “sottrazione” della cittadinanza UE ai cittadini dello Stato recedente, ma è altrettanto chiaro che una scelta di tale portata possa validamente formarsi solo in virtù di un procedimento legittimo, conforme

³⁷ Si pensi ai meccanismi prevenivi e sanzionatori disposti dall'art. 7 TUE, la procedura d'infrazione fondata sull'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea o la c.d. *Rule of Law Conditionality Regulation* (Regolamento 2020/2092), che attribuisce alla Commissione il potere di proporre al Consiglio l'adozione di misure quale la sospensione dei pagamenti UE allorché le violazioni dello stato di diritto da parte di uno Stato membro che compromettono o rischiano seriamente di compromettere in modo sufficientemente diretto la sana gestione finanziaria del bilancio dell'Unione o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione.

³⁸ Cfr. par. 127 e 145 rispettivamente delle citate cause C-156/21 e C-157/21.

³⁹ Si veda, fra le altre, C-184/99, *Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, EU:C:2001:458, par. 31.

⁴⁰ Per riprendere un concetto espresso dall'Avvocato generale Sharpstone nell'opinione del 30 settembre 2010 sul caso C-34/09, *Ruiz Zambrano v Office National de l'Emploi* [2011] I-01177, par. 3.

alla *rule of law* che non sia viziato dalla violazione di norme costituzionali interne dello Stato recedente.

La prospettata perdita di tutte quelle prerogative individuali dipendenti dalla cittadinanza va inoltre ad attivare ulteriori garanzie approntate dall'Unione Europea, quali, in particolare, quelle concernenti il legittimo affidamento dei cittadini e quelle attinenti al governo democratico degli Stati membri. Valore, quello democratico, che è strettamente connesso con quello dello stato di diritto, dal momento che il rispetto dei due valori si trova in una posizione di interdipendenza e che, a sua volta, si riconnette al rispetto dei diritti fondamentali. In una prospettiva democratica, come è quella che necessariamente deve essere assunta nel contesto europeo, la scelta di uscire dall'organizzazione richiede un certo livello di condivisione e di legittimazione sul piano interno, aspetti questi che possono essere accertati solamente consultando il popolo o coinvolgendo nell'assunzione della decisione i suoi rappresentanti.⁴¹

Che alla democrazia debba essere attribuito un ruolo imprescindibile nella formazione della volontà di recedere – oltre ad essere stato ribadito, come si è detto, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Wightman* – è stato a più riprese evidenziato, in relazione alla *Brexit*, dagli Stati membri⁴² e dalle istituzioni europee. Queste si sono infatti impegnate a rispettare la scelta del Regno Unito proprio in virtù del carattere democratico della stessa, come esplicitato nella risoluzione adottata il 28 giugno 2016 dal Parlamento europeo⁴³ e nella dichiarazione congiunta dei presidenti delle istituzioni UE.⁴⁴

Di fatto, la funzione che va riconosciuta all'art. 50(1), attraverso la valorizzazione a livello sovranazionale delle strutture costituzionali interne e delle diverse forme di governo adottate dagli Stati membri, è proprio quella di evitare che una decisione di simile portata sia assunta in maniera irrituale e risulti priva della legittimazione democratica, ossia che l'esecutivo possa attivare l'articolo 50 TUE in violazione di quelle norme interne che eventualmente vincolino il suo potere, imponendogli il coinvolgimento del potere legislativo o del popolo.⁴⁵ Il rinvio alla normativa interna consente infatti

⁴¹ Sul punto si veda anche quanto sostenuto da P. Eeckhout, E. Frantziou, *Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading*, cit., p. 727 e ss.

⁴² Cfr. *Joint Declaration by the Chancellor of the Federal Republic of Germany, the President of the French Republic and the President of the Council of Ministers of the Italian Republic* <<https://www.governo.it/it/node/24069>>. Si veda inoltre il *Common Statement by the Foreign Ministers of Belgium, France, Germany, Italy, Luxemburg and the Netherlands*, del 25 giugno 2016 <https://www.esteri.it/en/sala_stampa/archivionotizie/comunicati/2016/06/common-statement-by-the-foreign/>.

⁴³ Cfr. *European Parliament resolution of 28 June 2016 on the decision to leave the EU resulting from the UK referendum* (2016/2800(RSP)).

⁴⁴ Si pensi inoltre alla dichiarazione dell'allora Presidente del Parlamento europeo, Martin Schulz, che all'indomani del referendum indicò la consultazione come espressione della volontà sovrana dell'elettorato britannico. evidenziato, fra gli altri, da M. Evola, *Comparing the Practice of Accession to and Withdrawal from the European Union*, in *European Papers*, vol. 7, 2022, n. 1, p. 443 e ss.

⁴⁵ Il fatto che la costituzionalità della decisione debba essere garantita sin dalla fase di formazione della volontà e che il procedimento di recesso debba risultare legittimo a monte rispetto alla notifica è confermato dal fatto che l'art. 50 TUE nulla dispone in relazione al rispetto delle norme interne in sede di approvazione dell'accordo di recesso.

di dare un valore determinante anche a livello sovranazionale a quel determinato bilanciamento fra i poteri e di quelle forme di partecipazione dell'elettorato e della società civile che l'ordinamento statale ritenga necessari per addivenire democraticamente e in maniera sufficientemente ponderata alla scelta di recedere.

D'altronde, simile previsione, che sancisce anche sul piano sovranazionale l'allontanamento dal paradigma del ruolo esclusivo dell'esecutivo in materia di recesso e il coinvolgimento del potere legislativo, si pone in linea col progressivo coinvolgimento dei parlamenti nazionali nella stipula dei trattati. Si pensi ad esempio al CETA, l'accordo commerciale globale che lega l'Unione Europea al Canada. Tale convenzione è stata riconosciuta dalla Commissione come un accordo misto che necessitava di un'approvazione interna agli Stati da parte del potere legislativo.⁴⁶ Oppure si considerino, su un altro versante, le modifiche apportate dal trattato di Lisbona al procedimento di revisione dei trattati, che prevede, nella sua forma ordinaria, una convenzione composta da rappresentanti del Parlamento europeo, ma anche dei parlamenti nazionali.⁴⁷

Non è di certo casuale che, in relazione a un ambito di tale rilevanza, l'art. 48(8) preveda – analogamente a quanto avviene per il recesso e a quanto avviene per gli accordi di adesione – che le modifiche ai trattati entrino in vigore dopo essere state ratificate da tutti gli Stati membri «conformemente alle rispettive norme costituzionali».

Va peraltro evidenziato che l'art. 50(1) non si limita a garantire il rispetto delle norme interne e del bilanciamento fra i poteri dello Stato a cui esse sono preposte, ma presta indirettamente un servizio anche alla certezza dei rapporti pattizi e al rispetto del principio del *pacta sunt servanda* – che è peraltro espressione della *rule of law* internazionale. Difatti, garantendo che la volontà di denunciare i trattati sia validamente spendibile sul piano internazionale solo allorché sia stata assunta in base al procedimento più complesso eventualmente previsto a livello costituzionale, e al conseguente coinvolgimento del Parlamento o del corpo elettorale, fa sì che l'esecutivo non possa fare unilateralmente un uso strumentale della notifica di recesso per finalità diversa dall'autentico intento di uscire dall'organizzazione, cosa che risulterebbe invece assai più agevole allorché il governo potesse validamente – in base al diritto UE – notificare una volontà formata solo propria sponte. Ciò è tanto più vero se si considera che, come si è detto, alla luce della citata sentenza *Wightman* anche il

⁴⁶ Come è stato evidenziato, le negoziazioni sugli accordi come il CETA o il TTIP (Trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti) hanno ampiamente ad oggetto materie di competenza del potere legislativo, sicché non sarebbe ammissibile, sotto il profilo democratico, lasciarle esclusivamente nelle mani dell'esecutivo. Cfr. G. Lübbe-Wolff, *Democracy, Separation of Powers and International Treaty-Making*, in *Current Legal Problems*, vol. 69, n. 1, 2016, pp. 175–198.

⁴⁷ Come stabilito dall'art. 48(3) TUE.

procedimento di revoca è assoggettato alla legittimità interna del processo di formazione della volontà di revocare la notifica.

Tutti gli aspetti appena esaminati ci inducono quindi a concludere che il rispetto della normativa interna costituisce un requisito di validità della notifica e della conseguente procedura di recesso sul piano internazionale e che l'imposizione di tale requisito derivi dalla funzione che l'UE accorda all'articolazione interna degli Stati e al rispetto dello stato di diritto e dei processi democratici sul piano nazionale. Il ruolo accordato dall'ordinamento costituzionale comunitario a questi ultimi valori induce inoltre ad affermare che lo Stato recedente, oltre ad essere vincolato al rispetto delle proprie norme interne dall'art. 50(1), dovrà conformare il procedimento di formazione della volontà di denunciare gli accordi ai principi di cui all'art. 2.⁴⁸ È infatti chiaro che gli standard relativi allo stato di diritto e ai processi democratici imposti dalla normativa comunitaria non si limitano ad imporre un rispetto sul piano meramente formale ma impongono di conformarsi in maniera effettiva a quei valori. Non sarebbe quindi sufficiente il mero rispetto del procedimento costituzionalmente previsto, laddove lo Stato recedente rappresenti un contesto caratterizzato dall'erosione dello stato di diritto e dei suoi aspetti fondamentali – quale il principio di separazione dei poteri – o la sistematica violazione dei principi democratici, giacché il rispetto degli standard sarebbe in tal caso meramente apparente.

Pertanto, come sottolineato in dottrina, ad uno Stato che abbia violato i valori incarnati dall'art. 2 potrebbe essere sospeso il diritto di recedere, anche al fine di tutelare i diritti e gli interessi degli altri Paesi membri e quelli dei cittadini europei che potrebbero essere potenzialmente colpiti dall'uscita.⁴⁹ D'altronde, che il rispetto dei principi su cui l'Unione Europea si fonda costituisca un parametro per valutare la legittimità sul piano internazionale di un atto come il recesso è stato recentemente confermato, nei fatti, dalle istituzioni comunitarie in relazione al recesso della Bielorussia dall'accordo di partenariato orientale, annunciato il 28 giugno 2021. Nella risoluzione adottata il 13 settembre 2023 in merito alle relazioni fra l'Unione Europea e la Bielorussia, infatti, il Parlamento europeo «[r]eiterates that the Lukashenka regime's unilateral withdrawal from the Eastern Partnership policy, announced on 28 January 2021, has no legitimacy as it does not reflect the true will of the Belarusian people and their aspirations for a free and democratic state».⁵⁰ Ciò in virtù del riconoscimento, da parte dell'assemblea, del carattere fraudolento delle elezioni che il 9 agosto 2020 hanno condotto Lukashenko alla guida del Paese e della conseguente mancanza di legittimazione del suo Governo

⁴⁸ Dello stesso avviso, fra gli, C. Hillion, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, Swedish Institute for European Policy Studies, European Policy Analysis, 2016 e A. Tatham, *"Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling!" EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. Biondi, P. Eeckhout and S. Ripley (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012.

⁴⁹ Cfr. C. Hillion, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, cit., p. 3.

⁵⁰ Cfr. European Parliament resolution of 13 September 2023 on relations with Belarus (2023/2041(INI)).

nonché della deriva autoritaria e repressiva intrapresa dalle autorità statali. Di conseguenza, la risoluzione invita le istituzioni dell'UE e gli Stati membri a valutare la possibilità di consentire ai rappresentanti delle forze democratiche bielorusse, in particolare a Sviatlana Tsikhanouskaya, considerata legittima rappresentante del popolo bielorusso, e alla società civile di occupare i posti vuoti precedentemente occupati dai rappresentanti delle autorità bielorusse nei forum bilaterali e multilaterali, in particolare proprio nel quadro della politica di partenariato orientale.

Chiaro è che, se la conformità ai valori comunitari è ritenuta una condizione di legittimità perché uno Stato terzo possa svincolarsi dagli impegni assunti, a maggior ragione lo sarà per l'uscita dall'Unione Europea da parte di un Paese membro.

2.3. I risvolti pratici della norma

Una volta assodato che il rispetto delle norme interne sulla competenza e la conformità della decisione ai valori democratici debbano essere considerate condizioni di validità dell'uscita dall'Unione Europea meritano di essere esaminate alcune rilevanti questioni di carattere pratico.

Si pone anzitutto il problema di chi sia competente a valutare se il procedimento in base al quale si è formata la decisione di recedere sia legittimo sotto il profilo costituzionale. È evidente che, sul piano interno, tale valutazione spetti al potere giudiziario, il quale avrà il compito di risolvere il conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato determinato dalla violazione delle norme interne operata dal governo – nel caso di mancato coinvolgimento del Parlamento –⁵¹ o l'eventuale illegittimità del procedimento sul piano sostanziale allorché, ad esempio, la votazione parlamentare sul punto si sia svolta in violazione dei principi democratici. Dal momento che la violazione, in virtù di quanto si è detto, rileva anche sul piano sovranazionale, occorre verificare le effettive modalità con cui gli organi comunitari potrebbero affrontare l'illegittimità della notifica, non potendosi accogliere la tesi di quanti negano che le istituzioni europee possano verificare la legittimità costituzionale della scelta di uscire e che ciò costituisca una questione di esclusiva competenza interna.⁵²

Un primo tipo di coinvolgimento degli organi europei potrebbe concretarsi nell'ipotesi in cui, verificandosi appunto un conflitto di attribuzione fra il potere legislativo e l'esecutivo in relazione alla competenza ad assumere la scelta di recedere, la questione dell'incostituzionalità di un'eventuale

⁵¹ Come si è osservato, la Corte suprema britannica ha risolto tale conflitto in via preventiva, ancor prima che l'esecutivo violasse il riparto di competenze interno.

⁵² Di quest'ultima opinione, fra gli altri, A. Wyrozumska, *Article 50 (Voluntary Withdrawal from the Union)*, in H-J. Blanke and S. Mangiameli (a cura di), *The Treaty on European Union*, 2013, p. 1406.

notifica di recesso venga portata dinanzi alla Corte di giustizia UE, al fine di ottenere un giudizio preliminare.⁵³ È questo uno scenario che era stata prospettata nelle fasi preliminari della *Brexit*,⁵⁴ venendo poi meno la sua ragion d'essere in virtù della scelta del governo di adempiere alla sentenza *Miller* e della conseguente interruzione della contesa.

Quella che la Corte, allorché sorga un conflitto fra i due organi dello Stato, possa essere investita del giudizio in merito alle rispettive competenze degli organi statali, può indubbiamente scontrarsi con qualche rigidità, dal momento che avrebbe come presupposto la – di certo non pacifica – attribuzione all'organo giurisdizionale di un ruolo di super-corte costituzionale e la competenza a farsi interprete delle norme costituzionali dello stato recedente. Si tratta tuttavia della necessaria conseguenza del fatto che l'art. 50(1) TUE rappresenta una previsione giustiziabile da parte dell'organo giurisdizionale⁵⁵ e che una violazione della stessa deve necessariamente passare da un accertamento delle norme costituzionali cui il paragrafo rinvia. Unica alternativa plausibile sarebbe quella di considerare la Corte di giustizia come vincolata al giudizio di costituzionalità emesso dalle corti interne.

Per l'ipotesi in cui, appunto, la questione sia stata già portata dinanzi ad un giudice nazionale, è stata avanzata l'ipotesi che, nelle more del giudizio, il Consiglio europeo, in quanto destinatario della notifica, sia tenuto ad attendere il responso dei giudici nazionali od ottenere chiarimenti circa la validità dell'atto prima di riconoscere la notifica come ricevuta e prima che, di conseguenza, inizi a decorrere il termine biennale per l'uscita.⁵⁶

È stata altresì affermata la sussistenza di un potere di controllo del Consiglio europeo circa la conformità dell'intenzione di recedere alle norme costituzionali dello Stato recedente.⁵⁷ Potere che non si limiterebbe a verificare la mera rispondenza al procedimento costituzionalmente previsto ma che, dovendo il rispetto dei valori consacrati dall'art. 2 TUE avere natura sostanziale, dovrebbe andare a vagliare anche quelle ipotesi in cui, ad esempio, la decisione di recedere sia stata assunta all'indomani di una riforma costituzionale che abbia ridotto le prerogative del potere legislativo o giudiziario e che abbia riservato al potere esecutivo la competenza ad assumere una simile decisione.⁵⁸

⁵³ Cfr. European Parliament, *Interpretation and implementation of Article 50 TEU – legal and institutional assessment*, cit., p. 21.

⁵⁴ Si veda, fra gli altri A. Duff, *Everything you need to know about Article 50 (but were afraid to ask)*, in *Verfassungsblog*, 3 luglio 2016, ad avviso del quale «[t]he European Court of Justice (CJEU) could well be asked to verify that the UK has acted 'in accordance with its own constitutional requirements'».

⁵⁵ Come era stato già evidenziato nel 2004 da R.J. Friel, *Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution*, cit., p. 425.

⁵⁶ Cfr. C. Hillion, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, cit., p. 2.

⁵⁷ Cfr. J. Weerts, *L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonance sur l'intégration européenne* in *Cahiers de droit européen*, Vol. 48, n. 2, 2012, p. 390.

⁵⁸ Cfr. C. Hillion, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, cit., pp. 2-3.

A sollevare qualche dubbio in relazione alla possibilità di riconoscere una simile competenza al Consiglio è la circostanza che, nell'ambito della Conferenza intergovernativa, si sia optato per la rimozione, dal secondo paragrafo dell'allora art. I-

Se, come si è osservato, permangono dubbi sulle rispettive competenze degli organi comunitari a verificare la conformità della decisione, l'assenza di indicazioni specifiche di carattere tanto normativo che giurisprudenziale destano interrogativi di peso maggiore in relazione ai poteri e alle contromisure che possano essere poste in campo dalle istituzioni una volta che la violazione delle norme costituzionali sia stata accertata.⁵⁹

Tali incertezze, come si accennava all'inizio, dipendono probabilmente dal fatto che il legislatore europeo riteneva che la norma sarebbe rimasta pressoché inutilizzata e ha rinviato la risoluzione delle questioni lasciate aperte alla remota ipotesi di effettiva attivazione dell'art. 50 TUE da parte degli Stati membri. Il fatto che il conflitto di attribuzione sorto nel Regno Unito sia stato risolto dalla Corte suprema e che il Governo si sia adeguato alle statuizioni di quest'ultima hanno viceversa reso superfluo un chiarimento sulla questione da parte delle istituzioni eurounitarie.

59, del riferimento al poter di controllo del Consiglio sulla notifica. Cfr. European Parliament, *Interpretation and implementation of Article 50 TEU – legal and institutional assessment*, cit., p. 21.

⁵⁹ Di certo, uno Stato che ignori la posizione assunta dal Consiglio in relazione alla notifica o, in generale, non si conformi alle regole UE sul recesso rischia da un lato di danneggiare la propria reputazione sul piano internazionale e, dall'altro, di essere chiamato a risarcire i danni subiti da persone fisiche o giuridiche come conseguenza della sua condotta. Cfr. C. Hillion, *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, cit., p. 3.

3. *La denuncia dei trattati del sistema interamericano. Fra parallelismo delle forme e garanzia collettiva*

3.1. *La disciplina del recesso nel contesto latinoamericano*

Un altro caso in cui è stata attribuita rilevanza internazionale alla normativa interna sulla competenza a recedere è quello attinente ai trattati portanti del sistema interamericano di protezione dei diritti umani. A differenza del caso appena trattato, tuttavia, detta valorizzazione non è consacrata espressamente dalle disposizioni degli accordi, ma è stata introdotta in via interpretativa dalla Corte interamericana. Quest'ultima si è anzi spinta ad un livello ulteriore, dettando agli Stati membri alcune procedure da seguire sul piano interno al fine di denunciare i trattati in maniera conforme agli obblighi che vincolano gli Stati membri al rispetto dello stato di diritto e della democrazia rappresentativa.

Convienne innanzitutto rilevare che, tanto la Convenzione Americana dei diritti umani (c.d. Patto di San José), quanto la carta dell'Organizzazione degli Stati americani (d'ora in avanti Carta OSA) sono dotate di clausole di recesso, contenute rispettivamente nell'articolo 78 e nell'art. 143 dei due accordi. Entrambe le clausole contengono indicazioni e requisiti di carattere procedimentale al cui rispetto è condizionata la validità della denuncia sul piano internazionale, ma, come accennato, non forniscono alcuna direttiva in relazione al processo di formazione della volontà di recedere sul piano interno.⁶⁰

Difatti, da un lato non impongono alcunché in relazione a quali organi statali siano competenti ad assumere tale decisione né, a differenza di quanto avviene con l'art. 50 TUE appena esaminato, impongono espressamente il rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti come requisito di validità del recesso sul piano internazionale.

D'altra parte, non sussiste a livello regionale una prassi comune in merito all'allocazione della competenza ad assumere la decisione di recedere dai trattati, ma è anzi riscontrabile una certa disomogeneità fra gli Stati latinoamericani.⁶¹

⁶⁰ L'art. 78 della Convenzione impone due requisiti procedurali al fine di poter denunciare validamente l'accordo, ossia che lo Stato abbia conservato la propria *membership* per almeno cinque anni e che la notifica di recesso sia effettuata in maniera espressa e formale – in base alla procedura disposta dall'art. 67 della Convenzione di Vienna – al Segretario generale dell'OSA, depositario dell'accordo, il quale è tenuto ad informare gli altri Stati membri. Affinché la denuncia divenga effettiva è necessario che trascorra un periodo transitorio di un anno.

L'art. 143 della Carta OSA, oltre a disporre analogamente che la notifica avvenga per iscritto e avere come destinatario il Segretario generale dell'OSA, prevede un periodo transitorio di due anni.

⁶¹ In relazione all'allocazione delle competenze in materia di affari esteri fra i poteri dello Stato nel contesto dell'America latina e dei Caraibi, si veda, fra gli altri, D. Belém Lopes, M. Schettino Valente, *Constitutions and Foreign Affairs*, in C. Hübner Mendes, R. Gargarella, S. Guidi (a cura di), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, 2022, p. 515 e ss.

Va comunque evidenziato che, fra gli ordinamenti che prevedono espressamente la procedura da seguire, vi è un'innegabile tendenza a vincolare il recesso da determinati trattati – fra cui quelli sui diritti umani – ad un previo coinvolgimento del potere legislativo, quale condizione necessaria per una società democratica. Infatti, vi sono Paesi come l'Argentina, il Messico e il Paraguay, i quali non solo richiedono un'approvazione da parte del potere legislativo, ma impongono che la stessa sia assunta a maggioranza qualificata. L'art. 75(22) della costituzione argentina, oltre ad affermare che il Congresso ha il potere di approvare o rigettare accordi conclusi con altri Stati, evidenzia che alcuni trattati sui diritti umani – fra cui la Convenzione e la Carta OSA – hanno rango costituzionale e vanno a completare i diritti e le garanzie riconosciuti dalla prima parte della costituzione stessa. In merito a tali accordi, la disposizione prevede che la denuncia da parte del potere esecutivo possa avvenire solamente previa approvazione dei due terzi di entrambe le Camere.⁶²

Da parte sua, l'art. 76 della costituzione messicana – adottando il parallelismo delle forme – attribuisce al Senato ampi poteri in relazione a tutta la vita dei trattati, conferendogli la competenza ad approvare gli accordi siglati dal Presidente della Repubblica, così come ad avallare la decisione di denunciarli, sospenderli, modificarli ed emendarli.⁶³

La costituzione del Paraguay, per il tramite dell'art. 142, impone, per la denuncia delle convenzioni sui diritti umani, una riforma costituzionale. Di conseguenza, come disposto dall'art. 290, risulta necessaria, al fine di uscire da tali accordi, l'approvazione di una proposta di emendamento a maggioranza assoluta da parte di entrambe le Camere, successivamente rimessa al *Tribunal Superior de Justicia Electoral* ai fini della convocazione di un referendum. L'emendamento – e quindi il recesso – risulta approvato solo in caso di esito positivo delle consultazioni.⁶⁴

⁶² Medesima maggioranza richiesta per attribuire rango costituzionale agli altri accordi in materia di diritti umani, ai sensi dello stesso art. 75.

⁶³ Oltre a quello di ritirare riserve ed effettuare dichiarazioni interpretative in merito agli stessi.

⁶⁴ In base all'art. 290 cost.

Vi sono altri ordinamenti, come quello della Bolivia,⁶⁵ quello dell'Ecuador – in relazione ad alcune categorie di trattati –⁶⁶ e quello peruviano⁶⁷ che, pur non imponendo il criterio della maggioranza qualificata, richiedono l'approvazione da parte delle rispettive assemblee legislative.

Si differenzia dai casi appena menzionati, lo statuto cileno, il quale prevede espressamente un coinvolgimento del Congresso in sede di denuncia dei trattati, ma ad un livello meramente consultivo. L'art. 54 della costituzione del Cile, infatti, pur vincolando la ratifica dei trattati più importanti alla previa approvazione delle Camere, richiede che le stesse esprimano soltanto un'opinione non vincolante in merito al recesso dagli accordi che le stesse hanno avallato.

A rappresentare una vera e propria eccezione nell'ambito degli ordinamenti che disciplinano espressamente la procedura di formazione della volontà di recedere è il Guatemala, la cui costituzione riconosce – all'art. 183 – il potere del Presidente della Repubblica di condurre gli affari esteri e le relazioni internazionali, ivi compresi la stipula e il recesso dai trattati, senza attribuire alcuna competenza in materia al potere legislativo.

Gli altri Stati appartenenti al sistema interamericano non sono dotati di norme concernenti il potere di denunciare i trattati, sebbene la costituzione di alcuni di essi – Brasile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Haiti, Honduras, Panama, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay e le già recedute Venezuela e Nicaragua – imponga all'esecutivo l'ottenimento dell'approvazione delle assemblee in materia di stipula.

Si tenga tuttavia presente, per quanto attiene al Brasile, che si è recentemente concluso in questo Paese un giudizio costituzionale dinanzi al *Supremo Tribunal Federal*, promosso nel 1997 da alcuni soggetti, fra cui la *Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura* (CONTAG). La causa ha preso le mosse dal recesso dall'Organizzazione internazionale del lavoro operato tramite decreto dall'allora

⁶⁵ L'art. 261 della cui costituzione prevede che «[l]a denuncia de los tratados ratificados deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada por la Presidenta o Presidente del Estado» (par. 2) e che «[l]os tratados aprobados por referendo deberán ser sometidos a un nuevo referendo antes de su denuncia por la Presidenta o Presidente del Estado» (par. 3).

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 419 della costituzione ecuadoriana, è necessaria l'approvazione parlamentare tanto per la ratifica, quanto per la denuncia degli accordi internazionali, allorché gli stessi «1. Se refieran a materia territorial o de límites. 2. Establezcan alianzas políticas o militares. 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. 4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución. 5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales. 6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio. 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional. 8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético».

⁶⁷ Anche la carta fondamentale del Perù basa la normativa in materia di recesso sul parallelismo delle forme. Difatti, l'art. 57 della costituzione peruviana impone l'autorizzazione del Congresso per i trattati la cui ratifica abbia ricevuto la medesima approvazione ex art. 56 – ossia per quelli concernenti «1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4. Obligaciones financieras del Estado» nonché quelli che «crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución».

Governo Cardoso⁶⁸ ed era volto a far dichiarare l'incostituzionalità dell'atto posto in essere dall'esecutivo per incompatibilità con l'articolo 49 inc. I della costituzione federale. Ad avviso dei ricorrenti – la cui tesi di fondo si basava sull'argomento del parallelismo delle forme – detto articolo, che attribuisce all'assemblea legislativa il potere di deliberare in via definitiva sui trattati, accordi o atti internazionali che comportano oneri o impegni per il patrimonio nazionale, avrebbe specularmente imposto al governo brasiliano di garantire che anche le denunce fossero debitamente approvate dal Congresso nazionale.

Pur facendo salva l'efficacia dei recessi operati sino alla pubblicazione del giudizio, la corte ha concluso che la denuncia, da parte del Presidente della Repubblica, di trattati internazionali approvati dal Congresso nazionale richieda l'approvazione da parte di quest'ultimo per produrre effetti nell'ordinamento giuridico interno.

3.2. La funzione consultiva della Corte interamericana

A livello regionale, nonostante la appena descritta disomogeneità delle prassi interne in materia di recesso, la Corte interamericana dei diritti umani, attraverso l'opinione consultiva 26/2020 (OC-26/20), del 9 novembre 2020, ha individuato alcuni requisiti cui gli Stati sono chiamati a conformarsi allorché intendano uscire dal sistema interamericano di promozione dei diritti umani.⁶⁹

Dal momento che è necessario stabilire quale possa essere l'impatto dell'OC-26/20 e delle indicazioni in essa contenute sui procedimenti di recesso degli Stati membri del sistema, appare opportuno aprire preliminarmente una breve parentesi in relazione agli effetti delle opinioni consultive della Corte interamericana. L'art. 64 della Convenzione, che stabilisce la funzione consultiva dell'organo giurisdizionale,⁷⁰ non si pronuncia in relazione alla forza vincolante dei pareri emessi – a differenza di

⁶⁸ Decreto 2.100 del 20 dicembre 1996.

⁶⁹ Il parere, concernente la *Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American States and the consequences for State human rights obligations*, oltre a fornire le indicazioni di cui si è trattato nel precedente paragrafo, ha fornito dei chiarimenti in relazione a tre aspetti, ossia in relazione agli obblighi in materia di diritti umani che continuano a vincolare uno Stato membro dell'OSA che denunci la CADU, agli obblighi che continuano a imporsi ad uno Stato che non sia parte della Convenzione e che si ritiri dall'OSA e agli obblighi degli altri membri dell'OSA nei riguardi dello Stato recedente.

⁷⁰ Funzione consultiva che può avere ad oggetto tanto l'interpretazione delle norme della Convenzione americana quanto quella di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati americani. Può quindi riguardare qualsiasi accordo applicabile a detti Paesi, indipendentemente dalla loro natura bilaterale o multilaterale, dal loro oggetto principale e dal fatto che Paesi estranei al sistema interamericano possano essere parte degli stessi trattati. Cfr. da ultima, l'Opinione consultiva OC-29/22, del 30 maggio 2022, *Enfoques diferenciados en materia de Personas Privadas de Libertad*, Serie A, n. 29, par. 18.

quanto fatto dall'art. 68 in relazione alla funzione contenziosa⁷¹ – né indicazioni in merito sono fornite dal regolamento della Corte.

I dubbi in relazione alla forza da attribuire ai pareri derivano in gran parte dalla distanza sussistente fra la regolamentazione della funzione consultiva e le dichiarazioni effettuate in merito dalla stessa Corte.⁷²

Quest'ultima non ha mai sostenuto in maniera esplicita che le opinioni abbiano forza vincolante,⁷³ tuttavia ha evidenziato che, «aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables». E, anche in altre sedi, i giudici hanno parlato della rilevanza giuridica che il contenuto delle opinioni consultive ha nei confronti degli Stati membri dell'OSA e per gli organi di quest'ultima, ai quali sono rivolte.⁷⁴

La Corte non ha tuttavia esplicitato la portata né il significato preciso degli effetti o della rilevanza giuridica dei loro pareri, sicché la dottrina, come è prevedibile, si è divisa, in relazione all'individuazione degli effetti dei pareri, fra i sostenitori della loro forza vincolante e coloro che la negano. Se alcuni commentatori hanno negato totalmente la vincolatività, affermando che lo scopo di tali pronunce non è quello di ordinare e di disporre ma, semmai, quello di convincere,⁷⁵ altri si sono espressi in favore del carattere vincolante dei pareri. In particolare, è stato evidenziato che l'art. 64 della Convenzione attribuisce all'organo giurisdizionale la competenza ad emettere interpretazioni delle norme dello stesso patto e di quelle degli altri trattati in materia dei diritti dell'uomo che non

⁷¹ Il quale specifica che gli «Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes».

⁷² Cfr. J. E. Roa, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Colección Temas de Derecho Público*, n. 94, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 95.

⁷³ La Corte ha invero affermato che «las opiniones consultivas [...], como las de otros tribunales internacionales, por su propia naturaleza, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa». Statuizione che lascia qualche perplessità in virtù dell'ridiferimento al *mismo* effetto vincolante rispetto alle sentenze. Cfr. C.J. Zelada, *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lima, 2020.

⁷⁴ Opinione Consultiva OC-21/14, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, del 19 agosto 2014, Serie A, n. 21, par. 32.

⁷⁵ Si veda al riguardo il voto separato del giudice Vio Grossi (par. 12) all'Opinione Consultiva OC-24/17 della Corte interamericana. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo* del 24 novembre 2017, Serie A, n. 24. Dello stesso Grossi si consideri *La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), pp. 200-214. A negare la forza vincolante delle opinioni consultive sono anche T. Buerghenthal, *The Inter-American Court of Human Rights in The American Journal of International Law*, 76(2), 1982, pp. 231-245; M. Ventura Robles. D. Zovatto, *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 7, 1988, pp. 159-197; M. Pacheco Gómez, *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *En Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*. San José, Costa Rica. 23 y 24 de noviembre de 1999, Tomo I, 2a ed., 2003, pp. 71-89; J.C. Hitters, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)* in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, p. pp. 131-156.

rappresentano meri suggerimenti, ma pareri dotati di certezza. La vincolatività delle opinioni consultive quindi non deriverebbe solamente dall'autorità dell'organo che le emana, ma dalla stessa Convenzione.⁷⁶

La tesi che appare più corretta, in quanto più compatibile con la terminologia adottata dalla Corte e con lo scopo stesso della funzione consultiva, è quella che potremmo definire intermedia, giacché, pur non riconoscendo alle opinioni la medesima forza vincolante di cui godono le sentenze, attribuisce loro un'innegabile valenza normativa. Anzitutto va detto che le opinioni consultive, pur non potendo essere oggetto di esecuzione immediata al pari delle sentenze, sono comunque dotate di una funzione virtualmente pratica, dal momento che possono orientare la condotta degli Stati. Più in generale, si può dire che i pareri abbiano un valore analogo a quello che le sentenze dei tribunali internazionali hanno per gli Stati non direttamente coinvolti in un giudizio. Difatti, sebbene non siano direttamente obbligatori per loro, rappresentano un'interpretazione del diritto internazionale, che, come complemento ai trattati, deve essere considerato come norma per gli Stati ai fini del compimento dei loro obblighi internazionali.⁷⁷ In base a quest'ultima lettura, deve concludersi che gli Stati, per quanto attiene al recesso dalla Convenzione e dalla Carta OSA, sono tenuti a conformarsi all'interpretazione delle clausole di recesso fornita dai giudici di San José.

3.3. L'opinione consultiva OC-26/20

In particolare, l'opinione consultiva OC-26/20 ha fornito alcune indicazioni di carattere procedurale che gli Stati membri devono seguire allorché intendano denunciare la Convenzione americana o la Carta OSA. I giudici di San José hanno anzitutto evidenziato l'esigenza che la scelta di uscire dall'accordo sia soggetta a un dibattito pluralistico, pubblico e trasparente all'interno dello Stato e hanno segnalato che, a tal fine, allorché uno Stato abbia adottato un determinato procedimento costituzionale per assumere gli obblighi internazionali, è opportuno che la stessa procedura sia seguita anche al fine di svincolarsi dagli stessi.⁷⁸ Di fatto, la Corte ha promosso l'estensione a livello regionale di quel parallelismo delle forme che, come si è detto, è già stato adottato da diversi Stati

⁷⁶ A sostenere questa tesi, in particolare, H. Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanospp, 2004, pp. 991-993

⁷⁷ Come sostenuto da P. Nikken, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *En Memoria del Seminario*, cit., Tomo I, 2a ed., pp. 161-181.

⁷⁸ Cfr. OC-26/20, par. 64.

latinoamericani e che, come dimostra la decisione della corte suprema brasiliana, continua a raccogliere consensi fra gli ordinamenti del sistema.

La ragione per cui è avvertita l'esigenza che il recesso da un trattato come la Convenzione americana sia assunta in maniera democratica e condivisa si riconnette da un lato con argomenti già evidenziati in relazione all'uscita dall'Unione Europea – come il tema della perdita dei diritti e la necessità di conformarsi, anche in sede di recesso, ai valori comuni degli Stati membri – dall'altro ai caratteri peculiari dei trattati sui diritti umani.

Per quanto attiene a quest'ultimo profilo, è sufficiente in questo frangente accennare alla natura giuridica che differenzia questa tipologia di convenzioni dagli altri accordi internazionali.⁷⁹ I trattati sui diritti umani, ivi compresa la Convenzione americana, si fondano sul superamento dello schema contrattuale tipico dell'assunzione di impegni reciproci e del vicendevole riconoscimento di diritti fra gli Stati e si basano sull'accettazione, da parte dei Paesi aderenti, di una serie di obblighi direttamente nei confronti degli individui posti sotto la loro giurisdizione, la cui violazione può essere invocata da tutti i membri del trattato. L'oggetto e lo scopo di questi accordi è infatti la tutela dei diritti fondamentali degli individui a prescindere dalla loro nazionalità, tanto nei confronti del loro Stato quanto nei confronti degli altri membri.⁸⁰ Peraltro, tale tutela, come nel caso del sistema interamericano, può essere garantita attraverso un meccanismo di petizioni individuali e forme di accesso degli individui alle giurisdizioni internazionali.

È quindi chiaro che quella di uscire da un accordo come la Convenzione costituisca una scelta di pubblico interesse, dal momento che è idonea a determinare una sottrazione di diritti in capo ai soggetti sottoposti alla giurisdizione dello Stato recedente e a privare questi ultimi della tutela addizionale garantita dal trattato e dagli organi posti a presidio del suo rispetto. Come tale, la decisione dovrebbe pertanto coinvolgere i soggetti che dal recesso risultano direttamente colpiti o i loro rappresentanti e godere di una solida legittimazione democratica.

L'individuazione di un criterio di validità del recesso ulteriore rispetto a quelli imposti espressamente dalla clausola e fondato, appunto, su un coinvolgimento del potere legislativo speculare a quello verificatosi in sede di adesione al trattato, pare appunto legittimato – nell'ottica adottata dalla Corte –

⁷⁹ Aspetto, questo evidenziato non solo nell'OC-26/20, ma anche in altri pareri della Corte interamericana. cfr. Opinione consultiva OC-2/82, del 24 settembre 1982, Serie A, n. 2, par. 29; OC-24/17 del 24 novembre 2017. Serie A, n. 24, par. 56; OC-25/18 del 30 maggio 2018, par. 135.

⁸⁰ Concetti già espressi in tempi non sospetti dalla Corte internazionale di giustizia nell'opinione consultiva concernente le riserve alla Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio (1951 I.C.J. 15), dal Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite (cfr. Human Rights Committee, 11 novembre 1994, *General Comment No. 24 Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 17 e dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Cfr. *Austria vs Italy*, Application No. 788/60, 4 European Yearbook of Human Rights 116, 1961, parr. 138 e 140.

dalla particolare natura dei trattati sui diritti umani, che determina la necessità di utilizzare una chiave interpretativa differente rispetto a quella adottata per le altre tipologie di accordi. Si tratta di una lente che si pone in linea con l'oggetto e lo scopo di tali convenzioni e che adotta la prospettiva migliore per la tutela dei diritti individuali.⁸¹ È peraltro l'art. 29 della stessa Convenzione a fissare il criterio interpretativo fondato sul principio *pro persona*,⁸² criterio più volte impiegato e valorizzato dai giudici di San José.⁸³ Detto parametro, secondo una ben nota definizione generale fornita dal giudice Rodolfo E. Piza Escalante, impone di interpretare estensivamente le norme che consacrano o che ampliano tali diritti e restrittivamente quelli che li limitano o li restringono.⁸⁴

Pare invero opportuno domandarsi se il criterio del parallelismo delle forme sia effettivamente individuato dalla Corte come requisito cui gli Stati devono conformarsi o come mero suggerimento.⁸⁵ La terminologia adottata dai giudici in questo passaggio (par. 64) potrebbe ad un primo sguardo far sorgere qualche dubbio sull'effettiva forza vincolante della direttiva, dal momento che i giudici hanno parlato di "opportunità" di fare ricorso al parallelismo delle forme, piuttosto che di "dovere" o "obbligo".⁸⁶ Tali perplessità sembrano tuttavia dissipate dal rinvio effettuato dai giudici al successivo par. 171, in cui sono elencati alcuni parametri per scrutinare le ipotesi di recesso.

In tale passaggio, la Corte, ha evidenziato che «as an initial or minimal measure to contain a government's impulse to extricate itself from its international human rights obligations», è necessario che vengano esaminati il contesto e le condizioni formali in cui si è formata, sul piano interno, la scelta di denunciare il trattato, nonché la corrispondenza con le procedure costituzionali, al fine di individuare ipotesi di denuncia degli accordi che non superino uno scrutinio fondato sul principio democratico, minino l'interesse pubblico interamericano o indeboliscano l'operato del sistema. Allorché ci si trovi

⁸¹Cfr. *Case of González et al. ("Cotton Field") v. Mexico. Preliminary objection, merits, reparations and costs*, del 16 novembre 2009, series C, n. 205, par. 33 e 62.

⁸² La norma prevede che nessuna disposizione della Convenzione possa essere interpretata in maniera tale da «permitting any State Party, group, or person to suppress the enjoyment or exercise of the rights and freedoms recognized in this Convention or to restrict them to a greater extent than is provided for herein», oppure da «restricting the enjoyment or exercise of any right or freedom recognized by virtue of the laws of any State Party or by virtue of another convention to which one of the said states is a party» o, ancora, da «precluding other rights or guarantees that are inherent in the human personality or derived from representative democracy as a form of government» o, infine, da «excluding or limiting the effect that the American Declaration of the Rights and Duties of Man and other international acts of the same nature may have».

⁸³ Principio ribadito dalla Corte nei pareri Cfr. OC-21/14, del 19 agosto 2014, par. 54, e OC-25/18, par. 136.

⁸⁴ *Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante*, in CIDH, Opinione consultiva oc-7/86 del 29 agosto 1986, serie A, n. 7, *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), par. 36

⁸⁵ Vincolatività sulla quale la dottrina, almeno in parte, pare concorde. Si vedano al riguardo S. Garcia Ramírez, K. Citlalli Narvaez Delgado, *La denuncia de tratados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-26/20*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 848 e S. Steininger, *Don't Leave Me This Way: Regulating Treaty Withdrawal in the Inter-American Human Rights System*, in *EJIL:Talk!*, 5 marzo 2021.

⁸⁶ Il menzionato paragrafo 64, nella versione spagnola, recita: «la Corte advierte que resulta procedente recurrir al principio del paralelismo de las formas», mentre nella versione inglese: «the Court considers it pertinent to have recourse to the principle of parallelism of forms».

dinanzi a dette ipotesi, gli Stati parte dei due trattati sono chiamati a sfruttare il periodo transitorio annuale che precede l'effettività del recesso per proporre le osservazioni e le obiezioni che ritengano opportune.⁸⁷ Obiettivo ultimo di tale verifica è quello di impedire ad un Paese di utilizzare la denuncia in malafede per evitare i propri obblighi, ridurre la protezione effettiva dei diritti umani e privare gli individui della protezione complementare garantita dal sistema interamericano.⁸⁸

Il collegamento effettuato dalla Corte fra il criterio del parallelismo delle fonti e i parametri per valutare la buona fede dello Stato in sede di recesso rende piuttosto chiaro che i giudici annoverano in questa categoria anche il rispetto della specularità fra procedimento di accesso e procedura di recesso e ritengono quindi che gli Stati debbano conformarsi a tale requisito.⁸⁹

Inoltre, come si è accennato, al parallelismo delle forme la Corte affianca un altro requisito, ossia quello il rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti, il quale, sebbene non sancito espressamente dalle due clausole di recesso come presupposto per la validità della denuncia, assurge a parametro di valutazione della buona fede dello Stato sul piano sovranazionale.

Se quelli appena menzionati costituiscono due requisiti di carattere più prettamente formale, anche per la denuncia dei trattati interamericani viene in rilievo l'effettiva conformità della scelta di recedere ai valori condivisi dagli Stati membri e sottesi al funzionamento dell'intero sistema, primo fra tutti il principio democratico. Difatti, sempre al fine di accertare la buona fede dello Stato all'atto del recesso, la Corte ha affermato la necessità di valutare il carattere democratico della decisione di recedere.⁹⁰ Il che da un lato rappresenta la logica conseguenza dell'esigenza di assicurare ampia partecipazione e condivisione della scelta e, dall'altro, si pone in linea con l'obbligo assunto dai membri dell'OSA di adottare un'organizzazione interna fondata sull'esercizio della democrazia rappresentativa⁹¹ e col loro impegno condiviso al consolidamento di quest'ultima.⁹²

Come evidenziato dalla Corte nell'opinione consultiva,⁹³ l'effettivo esercizio della democrazia rappresentativa, una volta che uno Stato abbia aderito ai trattati e abbia accettato sovranamente

⁸⁷ Cfr. OC-26/20, parr. 71, 75, 112, 147, 158, 169.

⁸⁸ Cfr. *ivi*, par. 75.

⁸⁹ Non sembra peraltro troppo sorprendente che la Corte interamericana imponga agli Stati l'adozione di requisiti che, a suo avviso, sono necessari all'adempimento degli obblighi imposti dai trattati del sistema e, più in particolare, ad un corretto esercizio della democrazia rappresentativa. Si consideri ad esempio, fra le altre, l'Opinione consultiva OC-28/21 concernente *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos* Opinione del 7 giugno 2021. Con tale parere, infatti, la corte ha sancito l'illegittimità, rispetto al sistema interamericano, dell'assenza di divieti all'elezione del Presidente della Repubblica per più di due mandati.

⁹⁰ Cfr. *ivi*, par. 172.

⁹¹ Come sancito dall'art. 3(d) dello statuto dell'Organizzazione – in virtù del quale «[t]he solidarity of the American States and the high aims which are sought through it require the political organization of those States on the basis of the effective exercise of representative democracy» – e come ribadito dalla Corte, fra l'altro, nell'OC-6/86, par. 30.

⁹² Obbligo sancito dall'artt. 2 e 3(f) della Carta OSA.

⁹³ Cfr. OC-26/20, par. 72.

l'obbligo di adottare tale sistema politico, costituisce una questione il cui interesse travalica i confini nazionali e che non pertiene più solamente alla giurisdizione statale.⁹⁴

È quindi logico che, in un sistema regionale votato a tale principio, allo Stato venga imposto di formare la volontà di denunciare gli accordi in virtù della partecipazione della cittadinanza e ciò anche in base al fatto che, come riconosciuto dalla Carta democratica interamericana «[r]epresentative democracy is strengthened and deepened by permanent, ethical, and responsible participation of the citizenry within a legal framework conforming to the respective constitutional order».⁹⁵

Anche nell'ambito del sistema interamericano, il concetto di democrazia rappresentativa è posto in un rapporto di stretta interdipendenza con quello dello stato di diritto, dal momento che, come sancito dall'art. 2 della Carta democratica, l'esercizio effettivo della prima costituisce la base del secondo. D'altronde, nella cornice normativa del sistema, fra gli elementi essenziali della democrazia rappresentativa figurano anche aspetti chiave dello stato di diritto, come la separazione dei poteri e l'indipendenza degli organi dello Stato.⁹⁶ È infatti nel quadro della *rule of law* che gli Stati devono garantire il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche. A sua volta, il rispetto dello stato di diritto e della democrazia rappresentativa – analogamente a quanto avviene nel contesto dell'UE – costituisce il presupposto necessario per il perseguimento delle finalità ultime del sistema,⁹⁷ ossia per la tutela dei diritti umani.⁹⁸

È quindi alla luce degli obblighi assunti dallo Stato membro che si spiega la necessità di vagliare tanto il rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti, quanto, andando più in profondità, il carattere effettivamente democratico della decisione di recedere. Al netto delle chiare difficoltà con cui una simile verifica può essere condotta, i parametri indicati dalla Corte per valutare se uno Stato assicuri in maniera sufficiente l'esercizio della democrazia rappresentativa coincidono con lo svolgimento di regolari elezioni, la sussistenza di un sistema pluralistico di partiti e organizzazioni, la tutela della separazione dei poteri dello Stato, nonché l'indipendenza degli stessi.⁹⁹

⁹⁴ Come già sostenuto dalla Corte in *Case of San Miguel Sosa et al. v. Venezuela. Merits, reparations and costs*, dell'8 febbraio 2018, series C, n. 348, par. 114.

⁹⁵ Art. 2 della Carta democratica interamericana.

⁹⁶ Come evidenziato dall'art. 3 della Carta democratica.

⁹⁷ Non a caso, il Protocollo di Cartagena del 1985, nel proprio preambolo, definiva la democrazia rappresentativa come condizione per la pace, la stabilità e lo sviluppo della regione.

⁹⁸ Legame che, nuovamente, è sottolineato dalla Carta democratica agli artt. 3, 7, 8, 9 e 10.

Sulla questione si considerino la risoluzione dell'Assemblea generale dell'OSA, AG/RES. 835 (XVI O/86), del 15 novembre 1986, in cui si afferma che «the democratic system is essential to the establishment of a political society in which human rights can be fully realized.», nonché la Risoluzione XXVII della decima Conferenza interamericana di Caracas del 1954, in virtù della quale «[t]he full validity of the fundamental human rights and duties may be achieved only under a system of representative democracy».

⁹⁹ Elementi coincidenti con quelli indicati dal già citato art. 3 della Carta democratica interamericana.

I giudici hanno peraltro evidenziato l'esigenza di uno scrutinio particolarmente rigoroso circa la buona fede dello Stato in relazione allo scopo e al contesto del recesso nelle ipotesi in cui la denuncia dei trattati sia stata operata per sottrarsi agli obblighi imposti da una decisione della Corte. Altrettanta attenzione dovrà essere prestata nei casi in cui nello Stato denunciante siano presenti fenomeni quali una sospensione delle garanzie a tempo indeterminato o che attentino al nucleo inderogabile dei diritti, oppure gravi, massive o sistematiche violazioni dei diritti umani o ancora una progressiva erosione delle istituzioni democratiche, alterazioni o violazioni manifeste o incostituzionali dell'ordine democratico o, infine, se la denuncia sia avvenuta durante un conflitto armato.¹⁰⁰

Tale vaglio del contesto in cui la decisione è stata assunta nonché la conformità della scelta con un esercizio effettivo della democrazia rappresentativa può essere condotta basandosi su varie fonti, come indicato dalla Corte. Esse consistono, fra l'altro, nei *country reports* e nelle visite *in loco* della Commissione, nelle sentenze emesse nell'ambito del sistema interamericano, nei rapporti delle missioni di osservazione elettorale, nelle risoluzioni del Consiglio permanente, dell'Assemblea Generale dell'OSA e del Meeting *ad hoc* dei Ministri degli Affari esteri, assunte in applicazione della Carta Democratica Interamericana o della Risoluzione 1080/91 dell'Assemblea (concernente la tutela della democrazia rappresentativa) (cfr. par. 74).¹⁰¹

Invero, la Corte non ha esposto con la dovuta chiarezza a chi spetti il vaglio della conformità ai parametri appena menzionati, dal momento che le indicazioni al riguardo sono state fornite usando i verbi in forma impersonale. Ciò ha indotto alcuni osservatori ad ipotizzare che, piuttosto che attribuire agli Stati membri una competenza per tale sindacato, l'organo giurisdizionale si sia arrogato detta prerogativa e si sia quindi auto-attribuito la competenza a verificare la legittimità del procedimento sul piano interno.¹⁰² Di certo, è interessante notare il ruolo notevole riconosciuto agli altri Stati membri, ossia quello di vigilare e presentare eventuali obiezioni nell'ambito della cornice istituzionale dell'OSA, al fine di garantire l'effettiva protezione dei diritti umani e del principio democratico e, in concreto, di attivare la c.d. garanzia collettiva tramite gli organi politici dell'OSA.

Quello della garanzia collettiva è un concetto soggiacente all'intero sistema interamericano di protezione dei diritti umani, che si basa, a sua volta, sui principi di solidarietà e di "buon vicinato" presenti nella Carta OSA. La stessa costituisce peraltro un'espressione della norma consuetudinaria di diritto internazionale che impone agli Stati l'obbligo *erga omnes* di cooperare per la promozione e l'osservanza dei diritti umani. Nel contesto interamericano, la nozione di garanzia collettiva implica,

¹⁰⁰ Cfr. OC-26/20, par. 73

¹⁰¹ Cfr. *ivi*, par. 74.

¹⁰² Come evidenziato da L. Lixinski, *The 'collective guarantee' of international human rights: Creating, reinforcing, and undoing legitimacies and mandates between law and politics*, in *Questions of International Law*, 30 aprile 2021.

tanto per gli Stati parte della Convenzione quanto per i membri dell'OSA, un obbligo generale di protezione dei diritti fondamentali finalizzato ad assicurare l'effettività dei due strumenti.¹⁰³

Per quanto riguarda la sua applicazione alle ipotesi di recesso, quella della garanzia collettiva viene identificata in particolare come una nozione di diretto interesse per ciascuno Stato membro dell'OSA e per tutti gli Stati nel loro insieme, che deriva dall'interesse collettivo per l'effettività del sistema. Che il recesso da parte di uno Paesi rappresenti una questione rilevante anche per le altre parti trova giustificazione, fra l'altro, nel fatto che quella di ampliare a livello regionale la protezione garantita dal sistema costituisce l'ambizione di tutti i component dell'OSA e dei loro cittadini¹⁰⁴ e che, di converso, la denuncia degli accordi da parte di uno dei membri comporta un passo indietro in termini di tutela dei diritti umani. Dal concetto di garanzia collettiva discende di conseguenza l'obbligo di attuare vari meccanismi istituzionali e pacifici per intraprendere un'azione rapida e collettiva volta ad affrontare eventuali denunce della Convenzione o della Carta in situazioni in cui, appunto, la stabilità democratica, la pace e la sicurezza possano essere compromesse e che possano condurre a violazioni dei diritti umani. Il ruolo attribuito agli altri Stati in questo meccanismo trova giustificazione – almeno ad avviso dei giudici di San José – nella posizione asimmetrica in cui si trovano gli individui rispetto allo Stato e dal fatto che gli stessi – specialmente nelle ipotesi di recesso dalla Convenzione – rischiano di essere privati della garanzia al godimento dei loro diritti.¹⁰⁵

3.4. La costituzionalizzazione dei diritti umani e il suo possibile impatto sul recesso dai trattati sui diritti umani

Quest'ultima considerazione della Corte sembra trovare conferma nei fatti, come dimostrano le sistematiche violazioni dei diritti umani e il peggioramento delle condizioni di vita che caratterizzano le popolazioni dei Paesi usciti dal sistema negli ultimi anni.

Il parere, difatti, non è giunto in un momento casuale. L'intervento del tribunale interamericano si colloca in un clima di crescente sfiducia nei confronti dei tribunali internazionali e dei sistemi di

¹⁰³ La Corte ha individuato diverse manifestazioni della garanzia collettiva che prevedono sia obblighi per i singoli Stati (come quello di cooperare per punire i responsabili di violazioni dei diritti umani. Cfr., fra le altre, Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 22 settembre 2006, Serie C No. 153, *Case of Goiburú et al. v. Paraguay. Merits, reparations and costs*, par. 132) sia l'attivazione di meccanismi istituzionali. Fra questi va sicuramente menzionato il meccanismo previsto dall'art. 65 della Convenzione, in virtù del quale la Corte interamericana, tramite i suoi rapporti annuali, informa l'Assemblea Generale dell'OSA dell'eventuale mancato adempimento delle sue decisioni da parte degli Stati, dimodoché detto organo si adoperi per assicurare il rispetto delle stesse.

¹⁰⁴ Cfr. OC-26/20, par. 56.

¹⁰⁵ Si vedano sul punto i parr. 58 e 164 dell'opinione consultiva.

protezione dei diritti umani¹⁰⁶ e all'indomani di aperte contestazione nei confronti del sistema interamericano da parte di alcuni Paesi come Argentina, Brasile, Cile, Colombia e Paraguay.¹⁰⁷

Né casuale – per ciò che più ci interessa in questa sede – appare il riferimento al rispetto delle norme costituzionali in materia di competenza a recedere e, più in generale, all'esigenza di garantire che il processo decisionale sotteso alla denuncia degli accordi sia conforme al principio democratico. L'istanza con cui la Colombia aveva chiesto alla Corte di esprimersi – richiesta che faceva riferimento agli eventi occorsi nella regione e all'ipotesi che lo Stato recedente presentasse un quadro generalizzato di violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani – si riconnetteva chiaramente agli eventi accaduti in Venezuela, Paese dove erano state riscontrate dall'OSA gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani ad opera del governo Maduro. In particolare, nel 2017, la Commissione Interamericana sui Diritti Umani aveva segnalato massicci fenomeni di detenzione arbitraria, tortura, trattamenti inumani e degradanti, perpetrati da funzionari pubblici, nonché abusi nei procedimenti giudiziari nei confronti di persone che avevano partecipato a dimostrazioni antigovernative, ivi compreso l'impiego dei tribunali militari per processare soggetti civili.¹⁰⁸ Proprio il Venezuela, in parallelo con tale processo di progressiva erosione dello Stato di diritto e di deterioramento della democrazia rappresentativa nonché di perdita d'indipendenza dei poteri dello Stato, dopo aver denunciato il 10 settembre 2012 il Patto di San José, il 27 aprile del 2017 aveva notificato alla Segreteria generale anche il recesso dalla Carta OSA.

Di certo l'esperienza venezuelana va a confermare la tesi sostenuta dai giudici di San José, ad avviso dei quali gli individui, data la posizione asimmetrica in cui si trovano nel rapporto con lo Stato, subiscono le conseguenze del recesso dai trattati sui diritti umani e la conseguente perdita di una fonte di tutela dei propri diritti. Come testimoniato dal rapporto stilato dalla Commissione interamericana nel 2022, infatti, la situazione nel Paese non ha dato alcun cenno di miglioramento, presentando anzi,

¹⁰⁶ Per quanto attiene in particolare al Sistema interamericano si veda, fra gli altri, X. Soley, S. Steininger, *Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 14, 2018, pp. 237-257.

¹⁰⁷ Cfr. Repubblica Argentina, Repubblica Federativa del Brasile, Repubblica del Chile, Repubblica della Colombia e Repubblica del Paraguay, *Declaración Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2019. Tali Stati, pur riconoscendo il contributo fornito dalla Commissione e dalla Corte alla difesa dei diritti umani nella regione, hanno invitato queste ultime ad un maggior rispetto del principio di sussidiarietà, evidenziando l'importanza tanto di un'interpretazione più rigorosa degli strumenti di protezione dei diritti umani quanto del margine di apprezzamento che deve essere lasciato agli Stati nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla CADU. La dichiarazione ha inoltre posto l'accento sulla necessità che gli organi interamericani, nel loro operato, tengano in debita considerazione le differenti realtà politiche economiche e sociali degli Stati membri del sistema. Tale documento riflette chiaramente certe preoccupazioni in merito all'espansione dei poteri del sistema interamericano che, secondo alcune voci critiche, sarebbe illegittima, in quanto priva di basi giuridiche. Per un'esposizione assai analitica e articolata di queste posizioni si veda E. Malarino, *Judicial Activism, Punitivism, and Supranationalization: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights* in *International Criminal Law Review* 2012, vol. 12, p. 665 ss.

¹⁰⁸ Sul punto si veda il rapporto della Commissione interamericana sui diritti umani, *Democratic Institutions, the Rule of Law and Human Rights in Venezuela*, OEA/Ser.L/V/II. Doc.209/17.

oltre ad un ulteriore deterioramento dello stato di diritto e della democrazia rappresentativa, i medesimi scenari di sistematica violazione dei diritti umani e mostrando un ulteriore peggioramento delle condizioni di vita della popolazione, a danno, soprattutto, delle categorie storicamente discriminate.¹⁰⁹ Una strada per certi versi simile a quella venezuelana è stata percorsa anche dal Nicaragua, realtà nella quale al mancato funzionamento dei processi democratici si è accompagnata la violazione di diritti politici e dei diritti umani, concretatasi specialmente nella risposta repressiva dello Stato alle proteste antigovernative esplose nell'aprile del 2018.¹¹⁰

Come evidenziato dalla Commissione interamericana dei diritti umani, nel Paese dell'America centrale la monopolizzazione del potere nelle mani dell'esecutivo – frutto di una serie di riforme costituzionali che hanno consentito la progressiva concentrazione a vantaggio del governo ed il graduale annullamento dell'indipendenza del potere giudiziario – ha condotto allo svilimento del principio di separazione dei poteri.¹¹¹

Detto processo di accentramento del potere è stato affiancato proprio dal progressivo autoisolamento del Paese nei confronti dell'OSA, condotto attraverso il totale inadempimento delle continue raccomandazioni indirizzategli da quest'ultima sin dal 2018 e completato, il 19 novembre 2021, con la notifica del recesso dall'Organizzazione.¹¹² Anche in questo Paese, la situazione dello Stato di diritto, delle garanzie democratiche e della tutela dei diritti umani all'indomani dell'uscita dal sistema è andata incontro ad un inesorabile peggioramento.¹¹³

Il caso nicaraguense e quello venezuelano testimoniano che fattori come la debolezza istituzionale, la monopolizzazione del potere da parte del Governo e l'esautoramento degli altri organi statali possono agevolare la graduale erosione dello stato di diritto e il progressivo svuotamento dei processi democratici, creando un terreno fertile per l'instaurazione di uno stato di polizia in cui la violazione dei diritti politici e dei diritti umani può essere perpetrata nella più totale impunità. A sua volta, la volontà di svincolarsi dagli obblighi internazionali imposti dalle convenzioni sui diritti umani e da

¹⁰⁹ Cfr. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2022. Chapter IV.B. Venezuela.*

¹¹⁰ Cfr. Human Rights Watch, *Torture, Ill-Treatment, and Prosecutions of Protesters and Opponents*, giugno 2019.

¹¹¹ Cfr. Commissione interamericana dei diritti umani, *Nicaragua: Concentración del poder y debilitamiento del Estado de Derecho*, OEA/Ser.L/V/II Doc.288/21, del 25 ottobre 2021.

Oltre ad una riforma elettorale che ha di fatto limitato la creazione di formazioni partitiche – *Ley Electoral* No. 331 del 2000 e suoi successivi emendamenti – il processo di concentrazione del potere è stato favorito dalla rimozione dei limiti al numero di mandati del Presidente della Repubblica. In virtù della rimozione di tale limite, il sandinista Daniel Ortega è riuscito a rimanere ininterrottamente alla guida del proprio Paese dal 2007 sino ai nostri giorni, potendo concorrere – e prevalere – nelle elezioni del 2006, del 2011 e del 2016 e nell'ultima competizione elettorale del 7 novembre 2021, rispetto alla quale l'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) ha segnalato la mancanza di libertà, trasparenza e legittimità democratica. Cfr. *La situación en Nicaragua*, AG/RES. 2978 (LIO/21).

¹¹² *Ministerio de Relaciones Exteriores*, Managua, Nicaragua, 18 novembre 2021, MRE/DM/00284/11/21.

¹¹³ Cfr. *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 2022. Chapter IV.B. Nicaragua.*

quella vigilanza sul loro adempimento che è assicurata dagli organi del sistema può condurre gli apparati statali a optare per la denuncia dai trattati.

Oltre che per gli aspetti appena menzionati, che evidenziano l'esigenza di democraticità del recesso dagli accordi e che sottolineano le conseguenze negative che l'uscita dal sistema produce sulla cittadinanza, il recesso del Venezuela dalla Convenzione risulta assai interessante ai nostri fini anche per un'altra ragione. La denuncia è stata infatti oggetto di discussione, sin dal 2012, da parte della società civile e della dottrina in quanto ritenuta illegittima sotto il profilo costituzionale.¹¹⁴ È stato infatti sottolineato che la nota diplomatica con cui il Ministro degli esteri, Nicolás Maduro, ha reso nota l'intenzione di recedere in nome del presidente Chavez, ha violato diverse norme e vari principi costituzionali relativi, in particolare, alla supremazia dei trattati sui diritti umani, al diritto di ricorso internazionale per la protezione dei diritti umani,¹¹⁵ ai requisiti e i limiti essenziali dello Stato di eccezione, ai diritti umani come linea guida delle relazioni internazionali dello Stato e alla progressività degli stessi.¹¹⁶

L'elemento di maggior interesse è sicuramente quello che attiene al primo dei profili di illegittimità costituzionale lamentati, ossia quello concernente la violazione del c.d. blocco di costituzionalità, dal momento che tale concetto accomuna diversi Stati del sistema interamericano.¹¹⁷

Pur se non sussiste una definizione univoca di quest'ultimo istituto, con l'espressione ci si riferisce, nel contesto latinoamericano, a quell'insieme di disposizioni, principi e valori che, siano o meno parte della carta costituzionale, si integrano nella stessa al fine di svolgere il controllo di costituzionalità e che servono come complemento per rinviare e legittimare la forza normativa dei diritti in costituzione.¹¹⁸

L'art. 23 della costituzione venezuelana del 1999 sancisce che tutte le convenzioni sui diritti umani stipulati dal Venezuela – così come la stessa Convenzione americana – hanno rango costituzionale e

¹¹⁴ Su questi aspetti si veda, ad esempio, C. Ayala Corao, *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, anno XIX, Bogotá, 2013, pp. 43-79.

¹¹⁵ L'articolo 31 cost. riconosce infatti il diritto di tutti a ricorrere agli organi internazionali di protezione dei diritti umani nei modi stabiliti dai rispettivi trattati. La costituzionalizzazione di tale diritto potrebbe far sorgere dei profili di illegittimità di un recesso dai trattati sui diritti umani operato dal solo esecutivo.

¹¹⁶ Principi consacrati, rispettivamente, negli artt. 23, 333, 339, 31, 152 e 19 della Costituzione venezuelana.

¹¹⁷ Concetto introdotto in Francia da Louis Favoreau e dalla giurisprudenza del Consiglio costituzionale per riferirsi a quegli strumenti giuridici che hanno il medesimo rango della costituzione nazionale.

L'ordinamento venezuelano ha accettato il concetto per mezzo della giurisprudenza della *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*. Si veda, ad esempio, *Caso Interpretación constitucional respecto al contenido y alcance del artículo 71 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, sentenza del 22 gennaio 2003, n. 23 e *Caso Interpretación sobre el contenido y alcance del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, sentenza del 15 giugno 2004, n. 1173.

¹¹⁸ Si vedano, fra le altre, le definizioni fornite da H. Nogueira Alcalá, *Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno*, in *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, n. 2, 1997, p. 32 e A.E. Vargas Lima, *La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad*, in *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, n. 8, 2017, p. 457.

hanno una posizione primazia nell'ordinamento interno, nella misura in cui prevedano uno standard di godimento dei diritti umani più favorevole rispetto a quello garantito dalle norme della costituzione stessa e dalle leggi e abbiano applicazione diretta da parte dei tribunali e delle altre autorità statali.¹¹⁹

Detti trattati costituiscono quindi, al pari della costituzione, la norma suprema nonché il fondamento dell'ordinamento e ad essi sono soggette tutte le persone e gli organi che esercitano il potere pubblico.¹²⁰ Le norme contenute nei trattati divengono a loro volta parametri per il controllo di costituzionalità,¹²¹ di talché gli atti degli organi statali che violino o minino i diritti garantiti nelle convenzioni sono nulli, oltre a far incappare i loro artefici in vari profili di responsabilità.¹²²

Inoltre, nel contesto venezuelano, la supremazia del patto di San José e il suo inserimento nel blocco di costituzionalità erano evidenziati dall'espresso riferimento al trattato compiuto dall'art. 339, disposizione che imponeva che i decreti dichiarativi dello stato di eccezione fossero rispettosi del trattato.

È essenziale evidenziare che in Venezuela i patti sui diritti umani – come già la Convenzione – assumendo la stessa posizione gerarchica della costituzione ne acquisiscono anche la rigidità, concetto questo in virtù del quale la costituzione non perde la propria vigenza allorché smetta di essere osservata con un atto di forza o perché abrogata attraverso qualsiasi mezzo diverso da quelli previsti nella stessa.¹²³ Tali accordi godono quindi della stessa protezione accordata alla carta fondamentale, ossia della necessità, per la loro riforma, che siano seguiti procedimenti aggravati. È chiaro quindi che anche il procedimento di recesso dal Patto di San José sarebbe dovuto passare per l'iter predisposto dagli artt. 340-346 per i progetti di riforma costituzionale. Ossia per l'approvazione da parte dei due terzi dei componenti dell'Assemblea nazionale e, successivamente, per l'avallo da parte dell'elettorato nell'ambito di un referendum.

¹¹⁹ Va peraltro evidenziato che la Costituzione e lo stesso articolo 23 trovano legittimazione nella volontà del popolo sovrano espressa nel referendum consultivo del 25 aprile 1999. Tramite tale consultazione l'81,74% dell'elettorato approvò la convocazione di quell'*Asamblea Nacional Constituyente* che sarebbe andata poi a redigere lo statuto fondamentale del Paese.

¹²⁰ Così come dispone l'art. 7 della costituzione venezuelana in relazione alla costituzione stessa.

¹²¹ Sull'impiego del concetto di blocco di costituzionalità da parte dell'organo giurisdizionale supremo venezuelano si veda, fra gli altri, G. Sira Santana, *El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, in *Derecho y Sociedad*, n. 18, 2021, pp. 325-340.

¹²² L'art. 25 della costituzione dispone infatti che «[t]odo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores».

¹²³ Come previsto dall'art. 333 della costituzione venezuelana.

Viceversa, la denuncia, effettuata mediante un semplice atto del Ministero degli esteri e non in virtù del più complesso procedimento previsto per le riforme costituzionali, ha violato le norme della costituzione stessa e avrebbe dovuto considerarsi affetta da nullità.¹²⁴

Difatti, per tornare sul piano sovranazionale, il procedimento di assunzione della decisione di recedere deve a posteriori considerarsi in contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte interamericana. Pur se quest'ultima non ha espressamente esaminato il particolare caso dei Paesi che hanno integrato i trattati sui diritti umani nel blocco di costituzionalità, è ovvio che il già menzionato riferimento al rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti deve necessariamente estendersi alla esigenza di ricorrere agli speciali procedimenti eventualmente imposti dall'attribuzione del rango costituzionale ai trattati. Ciò assume un certo rilievo ai nostri fini, dal momento che, come si è accennato, quello venezuelano non è l'unico ordinamento in cui è fatto espresso riferimento ai trattati internazionali in costituzione. Sin dalla metà degli anni Ottanta alcuni Paesi si sono dotati di nuove carte fondamentali¹²⁵ ed altri hanno varato ampi emendamenti a quelle già in vigore.¹²⁶ Pur sussistendo delle differenze fra ordinamento e ordinamento, queste riforme presentano vari tratti comuni, fra cui il modo di fare riferimento al diritto internazionale e, in particolare, a quello relativo ai diritti umani. La maggior parte di tali Paesi ha infatti attribuito alla normativa internazionale una posizione speciale nel proprio ordinamento. Alcuni, come l'Argentina,¹²⁷ la Bolivia,¹²⁸ il Cile,¹²⁹ la Colombia,¹³⁰ l'Ecuador e il Nicaragua, hanno, al pari del Venezuela, espressamente integrato i trattati sui diritti umani nel proprio blocco costituzionale, mentre altri hanno introdotto delle c.d. *unenumerated rights' clasuses* o differenti riferimenti ai diritti consacrati nelle convenzioni.

Tali fattori, insieme all'ampio peso attribuito sul piano interno alle pronunce della Corte interamericana, hanno rappresentato una tendenza alla costituzionalizzazione del diritto internazionale

¹²⁴ Nullità sancita dall'art. 138 della costituzione, il quale prevede che «[t]oda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos».

¹²⁵ Oltre al già menzionato Venezuela nel 1999, il Brasile nel 1988, la Colombia nel 1991, il Paraguay nel 1992, il Perù nel 1993, l'Ecuador nel 1998 e nel 2008 e la Bolivia nel 2009.

¹²⁶ Il Costa Rica nel 1989, il Messico nel 1992 e nel 2011, l'Argentina nel 1994.

¹²⁷ Si consideri l'art. 75(22) che, come già si è accennato, riconosce a molteplici trattati sui diritti umani rango costituzionale.

¹²⁸ L'art. 410(II) della costituzione boliviana dispone che «[e]l bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país».

¹²⁹ L'art. 5(2) della costituzione cilena dispone che «[e]l ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

¹³⁰ L'art. 93 della costituzione colombiana dispone che «[l]os tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.» Ai sensi della stessa disposizione «[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.»

dei diritti umani e un collocamento di quest'ultima branca all'apice dei sistemi giuridici nazionali¹³¹ che necessariamente si riflette sulle modalità di denuncia degli accordi.

Anche nell'ipotesi in cui questi Paesi intendano recedere dai trattati del sistema interamericano, le rispettive autorità statali dovranno tenere conto dello *status* accordato alle convenzioni e seguire quindi il procedimento corretto per la loro denuncia, tanto al fine di non incappare in un'invalidità del procedimento sul piano interno, quanto allo scopo di superare il vaglio di legittimità sul piano sovranazionale.

4. La valorizzazione della democrazia e dello stato di diritto nell'ordinamento internazionale come indice del superamento della tradizionale indifferenza verso gli assetti statali

Tanto l'articolo 50 TUE quanto le linee tracciate dalla Corte interamericana, nel porre il rispetto delle norme costituzionali degli Stati e la democraticità della scelta di recedere come condizioni per la legittimità della denuncia e per il riconoscimento della sua rispondenza al valore della buona fede, si discostano nettamente da quell'indifferenza dell'ordinamento internazionale nei riguardi delle norme e dei procedimenti interni agli Stati che tradizionalmente veniva data per assodata.

Viceversa, nei casi esaminati il rispetto delle norme e dei procedimenti democratici interni rappresenta un elemento tutt'altro che irrilevante a livello sovranazionale, assumendo anzi rilievo proprio in virtù del rinvio effettuato alle norme e ai principi interni, rispettivamente, dal Trattato sull'Unione Europea e, quale interprete ultimo dei trattati interamericani, dalla Corte di San José. In quest'ultimo caso, come si è visto, sono anzi gli stessi giudici ad individuare dei requisiti procedurali ulteriori rispetto a quelli sanciti dalle costituzioni nazionali.

Peraltro, si è osservato che ad essere considerato condizione di legittimità del recesso non è soltanto il formale rispetto delle disposizioni statali ma altresì il carattere democratico della decisione di denunciare gli accordi e altresì la conformità con lo stato di diritto. Valori questi ultimi che, pur afferendo tradizionalmente alla sfera interna ai diversi ordinamenti statali, sono stati assimilati come pietre angolari di quei sistemi sovranazionali in virtù della consacrazione che i trattati ne hanno fatto e rappresentano il presupposto per il perseguimento degli scopi che gli accordi si propongono. Di conseguenza, il rispetto degli stessi principi va ad assumere rilievo quale parametro per valutare la condotta dello Stato sul piano internazionale.

¹³¹ Fenomeno evidenziato, fra gli altri, da A. Chehtman, *Constitutions and international law*, in *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, cit., p. 533 e ss.

Tanto nel caso dell'Unione Europea quanto in quello del sistema interamericano, la valorizzazione dei due principi va a certificare l'individuazione della democrazia rappresentativa come sistema politico che tutti gli Stati membri sono tenuti ad adottare e a promuovere e va quindi a sua volta a mettere in discussione l'idea tradizionale di un ordinamento internazionale totalmente indifferente agli assetti interni degli Stati.

Invero, sotto questo profilo le due ipotesi esaminate risultano tutt'altro che isolate, andando anzi collocate nell'ambito di una tendenza ben più ampia, riscontrabile sia in altri contesti regionali sia ad un livello più generale. Si è infatti assistito nel corso degli anni ad un florilegio di strumenti internazionali volti alla tutela e alla promozione dei valori democratici, il quale ha subito una netta accelerazione negli ultimi tre decenni. Parte della dottrina ha infatti riconosciuto nella svolta determinata a livello globale dalla caduta dei regimi comunisti il presupposto per il superamento della neutralità del diritto internazionale nei confronti della democrazia e per l'individuazione della forma democratica come fonte necessaria per la legittimazione di un governo a livello internazionale.¹³² È infatti al termine della guerra fredda – nel corso della quale l'indifferenza dell'ordinamento internazionale nei riguardi della forma di governo degli Stati aveva rappresentato una necessità – che secondo alcuni sarebbe maturato il passaggio da una concezione della sovranità quale attributo dello Stato fondato sulla dottrina del controllo effettivo e prescindente dagli assetti interni al concetto di sovranità popolare basata sul consenso della cittadinanza rispetto alle regole che le sono imposte.¹³³

Pertanto si può dire che questa predilezione dell'ordinamento internazionale nei confronti del concetto di sovranità popolare e del governo democratico, al netto del suo accantonamento nel corso della divisione in blocchi, getti le sue radici a livello internazionale in un periodo ben precedente alla fine della guerra fredda. Un riconoscimento dei valori democratici è difatti riscontrabile già nella Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948. Oltre a sancire la libertà di opinione e di espressione (art. 19) nonché quelle di assemblea e di associazione (art. 20), la dichiarazione riconosce in capo ad ogni individuo il diritto di partecipare al governo del proprio Paese, sia direttamente sia attraverso rappresentanti liberamente scelti, dal momento che «[l]a volontà popolare è il fondamento dell'autorità del governo» (art. 21). Ed è peraltro l'art. 29 della stessa dichiarazione a consacrare il valore dello stato di diritto, riconoscendo

¹³² Si consideri al riguardo T.M. Franck, *The Emerging Right to Democratic Governance*, *The American Journal of International Law*, gennaio 1992, Vol. 86, n. 1, pp. 46-61. In base alla visione espresso da Franck nel 1992, il processo di affermazione di una norma internazionale che voleva la democrazia come necessaria fonte di legittimazione di un governo era certificato dalla condanna dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e dell'Assemblea dell'OSA nei riguardi di due noti eventi che si erano verificati da poco. Ci si riferisce, rispettivamente, al tentativo di colpo di Stato in Unione Sovietica operato nell'agosto del 1991 contro il presidente Gorbaciov, volto a garantire la conservazione dell'URSS e al golpe perpetrato nei confronti dell'allora presidente di Haiti, Jean-Bertrand Aristide.

¹³³ In merito al dualismo fra tali forme di sovranità cfr. H. Fox, *The Right to Political Participation In International Law*, in *Yale Journal of International Law*, n. 17, 1992, pp. 539-607.

che «nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e delle libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica».

C'è poi il Patto sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale nel 1966. Di particolare rilievo ai fini della valorizzazione della democrazia rappresentativa è soprattutto l'articolo 25, disposizione che non a caso, come evidenziato dal commento generale fornito da Comitato sui diritti umani, «lies at the core of democratic government based on the consent of the people».¹³⁴

A ben vedere, come evidenziato nel 1997 dall'allora segretario generale Kofi Annan, a consacrare la democrazia come *core value* nell'ambito delle Nazioni Unite era stata la stessa Carta dell'organizzazione. Difatti, sebbene «the word “democracy” does not appear in the Charter», comunque, «with the opening words of that document “We the Peoples of the United Nations”, the founders invoked the most fundamental principle of democracy, rooting the sovereign authority of the Member States, and thus the legitimacy of the Organization which they were to compose, in the will of their peoples».¹³⁵

È quindi sul principio di sovranità popolare che, in base alla prospettiva adottata dalle Nazioni Unite, si fonda la sovranità degli Stati e, conseguentemente, la legittimazione stessa dell'Organizzazione, la quale si assume di conseguenza il compito di salvaguardare e promuovere i valori della democrazia e di agevolare i processi di democratizzazione. Tale impegno, che si concretizza, fra l'altro, nell'opera di assistenza alle istituzioni nazionali svolta dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani e dal Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo, è confermato dalle numerose risoluzioni dell'Assemblea Generale in tema di democrazia susseguitesesi dalla fine degli anni ottanta,¹³⁶ nelle quali viene evidenziata la centralità di elementi quali il rispetto dello stato di diritto, la trasparenza, l'*accountability* e la separazione dei poteri.¹³⁷

È chiaro che il principio di separazione dei poteri presuppone che i diversi organi dello Stato svolgano un ruolo significativo e sufficientemente indipendente. Difatti, come evidenziato dal già citato

¹³⁴ Cfr. UN Committee on Human Rights, General Comment 25, *The Right to Participate in Public Affairs, Voting Rights and the Right to Equal Access to Public Service*, 1510th meeting (fiftyseventh session) (12 July 1996).

L'articolo dispone che «[o]gni cittadino ha il diritto, e deve avere la possibilità [...] di partecipare alla direzione degli affari pubblici, personalmente o attraverso rappresentanti liberamente scelti; [...] di votare e di essere eletto, nel corso di elezioni veritiere, periodiche, effettuate a suffragio universale ed eguale, ed a voto segreto, che garantiscano la libera espressione della volontà degli elettori; [...] di accedere, in condizioni generali di eguaglianza, ai pubblici impieghi del proprio paese.»

¹³⁵ Parole tratte dal discorso di apertura della cinquantunesima sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

¹³⁶ Una pietra miliare può essere considerata la risoluzione del 1988 *Enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections*, nella quale l'Assemblea Generale ha peraltro attribuito al Comitato per i diritti umani il compito di considerare «appropriate ways and means of enhancing the effectiveness of the principle of periodic and genuine elections».

¹³⁷ Si consideri, a titolo meramente esemplificativo la risoluzione 59/201 del 2005.

Commento generale all'articolo 25 del Patto sui diritti civili e politici, il diritto dei cittadini a partecipare alla condotta degli affari pubblici tramite rappresentanti liberamente scelti implica che i loro rappresentanti esercitino effettivamente quei poteri di governo che sono loro attribuiti dalle previsioni costituzionali.¹³⁸

Inoltre, al pari dell'ordinamento europeo e del sistema interamericano, anche nell'ambito delle Nazioni Unite è chiaramente riconosciuto quel nesso inscindibile che lega la democrazia e lo stato di diritto, concetto quest'ultimo dal quale l'organizzazione fa discendere l'onere di adottare misure che assicurino l'aderenza al principio di supremazia della legge, uguaglianza e responsabilità di tutti i soggetti – pubblici e privati, ivi compreso lo Stato stesso – dinanzi alla stessa, nonché conformi a valori come la partecipazione ai processi decisionali, il divieto di arbitrio nell'esercizio del potere e, appunto, la separazione dei poteri.¹³⁹

A confermare la centralità di tali valori nel sistema delle Nazioni Unite e a ribadire il rapporto di interdipendenza che lega i due principi – oltre che fra loro – alla tutela dei diritti umani è stata la dichiarazione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nell'ambito dell'incontro sulla *Rule of Law at the National and International Levels* (2012). In tale contesto, è stato infatti evidenziato che «human rights, the rule of law and democracy are interlinked and mutually reinforcing and that they belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations».¹⁴⁰ Nello stesso documento, gli Stati hanno riaffermato la necessità di garantire lo stato di diritto tanto a livello nazionale quanto a livello internazionale e di fondare lo stesso ordinamento internazionale su detto principio, quale presupposto – insieme ai principi di giustizia – per una coesistenza e cooperazione pacifica fra gli Stati, nonché per la crescita economica, lo sviluppo sostenibile e, appunto, la protezione di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali.

Si può quindi affermare che la salvaguardia della democrazia rappresentativa, dello stato di diritto e della separazione dei poteri costituiscano oggi una questione tutt'altro che indifferente all'ordinamento internazionale, ma il cui interesse esonda anzi i confini nazionali e costituisce il presupposto per raggiungere gli obiettivi e per tutelare gli interessi collettivi dell'intera comunità internazionale.

È quindi in tale ottica che deve essere valutata l'attribuzione di rilevanza alle norme interne sul piano internazionale effettuata nei casi esaminati.

¹³⁸ Cfr. UN Committee on Human Rights, General Comment 25, cit.

¹³⁹ Si consideri al riguardo la definizione della *rule of law* fornita dalla *Guidance Note on the UN Approach to Rule of Law Assistance*, pubblicata nel 2008 sotto la direzione dell'allora segretario generale Ban Ki-Moon, la quale fa propria quella già adottata da Kofi Annan (*The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies — Report of the Secretary-General*, UN Doc S/2004/616).

¹⁴⁰ Cfr. *Declaration of the High-level Meeting of the General Assembly on the Rule of Law at the National and International Levels*, (A/67/L.1), 19 September 2012, par. 5.

5. *La particolare natura dei trattati sui diritti umani e la rilevanza del procedimento interno di recesso*

È proprio la stretta interdipendenza fra democrazia e stato di diritto da un lato e la salvaguardia dei diritti umani dall'altro a consentire di comprendere ancor più agevolmente l'elevazione del rispetto dei principi costituzionali a presupposto di legittimità del recesso.

Lo stato di soggezione alla legge cui il governo è vincolato in base al principio dello stato di diritto si fa in detta sede garanzia di quel bilanciamento dei poteri e di quei limiti all'esecutivo che le previsioni interne hanno inteso fissare al fine di assicurare la legittimazione democratica di una decisione come quella di recedere. Decisione che, come si è più volte evidenziato, è carica di conseguenze sul piano interno sia in ragione delle modifiche – sostanziali o anche formali – che il recesso può comportare all'ordinamento statale e che vanno a usurpare delle prerogative parlamentari, sia in termini di sottrazione di diritti e garanzie individuali.

Proprio quest'ultimo presupposto fa sì che l'esigenza di legittimazione democratica e di rispetto dei procedimenti interni sia avvertita in maniera più pressante in relazione all'uscita da un trattato sui diritti umani, data la natura particolare degli accordi di questo tipo. Essi, infatti non solo – analogamente a quanto avviene ad esempio in virtù della *membership* europea – riconoscono posizioni giuridiche soggettive e predispongono strumenti di tutela direttamente in capo agli individui, ma hanno per di più ad oggetto quelle prerogative della persona che hanno un carattere fondamentale. È proprio per questo che, come fatto dalla Corte interamericana, un'interpretazione delle clausole del trattato effettuata in base ad una prospettiva *pro persona* può condurre all'imposizione di maggiori strettoie al potere dello Stato di recedere.

Indicazioni come quelle fornite dai giudici di San José, volte come si è detto a garantire che la scelta di denunciare gli accordi venga assunta nel rispetto delle norme interne e in maniera democratica, risultano più che comprensibili alla luce di un'interpretazione che metta al primo posto l'individuo e che tenga conto della sproporzione sussistente fra i poteri di quest'ultimo e quelli dello Stato. La scelta di recedere determina necessariamente un'erosione di quelle garanzie che l'adesione ai trattati del sistema aveva conferito all'individuo. Anche laddove detta erosione non assuma in concreto i connotati di una riduzione dei diritti – potendo eventualmente il Paese recedente replicare nel proprio ordinamento i diritti già accordati dalla convenzione e rimanendo lo Stato vincolato alle norme del diritto internazionale generale – di certo l'uscita ha l'effetto di sottrarre l'operato delle autorità statali alla sorveglianza degli organi chiamati a vigilare sul rispetto delle norme convenzionali e, al contempo,

sottrae all'individuo la facoltà di rivolgersi alle stesse per ottenere la tutela delle proprie prerogative.¹⁴¹

Il che, di certo, priva di garanzie l'effettiva tutela di quei diritti.

Come si è già evidenziato nel primo capitolo, è difficile negare che un atto capace di produrre simili conseguenze rappresenti un'attività di natura legislativa e che la stessa, pur se è compiuta formalmente sul piano internazionale, richieda una certa legittimazione democratica nonché di essere frutto di una decisione formatasi conformemente alla separazione dei poteri costituzionalmente prevista. Quindi, detta decisione dovrà eventualmente passare per un'autorizzazione dell'organo rappresentativo dei soggetti che dal recesso vedrebbero i propri diritti decurtati o per la partecipazione del corpo elettorale stesso. Ciò è vero a maggior ragione allorché la volontà di vincolarsi a determinati obblighi internazionali sia avvenuto democraticamente e in virtù di una scelta cui hanno partecipato i Parlamenti nazionali.

Oltre alla peculiarità concernente il rapporto fra obblighi internazionali e individuo, a legittimare l'innalzamento del rispetto delle procedure interne come condizione di validità del recesso sul piano internazionale è un altro aspetto caratteristico dei trattati sui diritti umani. Ci si riferisce al fatto che tale tipologia di convenzioni prevede obblighi *erga omnes* ed *erga omnes partes*. Ciò non solo in virtù del fatto che, come evidenziato dal Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici, «il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali e inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo», ma anche perché, più concretamente, le previsioni delle convenzioni obbligano gli Stati non solo nei confronti dei propri cittadini, ma anche nei riguardi di quei cittadini di altri Stati che siano sottoposti alla loro giurisdizione.

Da tale caratteristica discende logicamente – in linea con quanto si è detto sul rapporto fra democrazia, stato di diritto e interessi della comunità internazionale – che la correttezza delle modalità di assunzione di una scelta come quella di recedere da un accordo sui diritti umani divengano una questione il cui interesse travalica i confini nazionali e siano assunte come parametro di validità del recesso sul piano internazionale.

Ancora, la decisione di recedere da un sistema come quello interamericano deve essere assunta in maniera democratica in virtù del fatto che gli Stati, nell'aderire al sistema, si sono assunti l'obbligo di rispettare e promuovere i principi della democrazia rappresentativa e dello Stato di diritto come presupposto necessario per la tutela di quei diritti umani che dalle convenzioni sono consacrati. Il

¹⁴¹ Se il sistema interamericano prevede un diritto di petizione dell'individuo nei confronti della Commissione, la quale può interpellare la Corte sul caso, come noto il sistema fondato sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce un vero e proprio diritto di ricorso. Il Sistema dell'Unione Africana di protezione e promozione dei diritti umani, a sua volta, prevede un diritto di ricorso individuale, ma solo nei confronti degli Stati che abbiano accettato con apposita dichiarazione la competenza della Corte africana dei diritti umani e dei popoli.

materiale rispetto di tali valori rappresenta quindi una questione che non concerne più soltanto il rapporto fra lo Stato e la cittadinanza o fra i diversi poteri dello Stato, ma che diviene rilevante anche nelle relazioni con gli altri Paesi membri di quel sistema e deve quindi informare le azioni dello Stato anche in sede di recesso.

A tale riguardo non va dimenticato che, in base al principio del *pacta sunt servanda*, regola su cui si fonda l'intera disciplina internazionale dei rapporti pattizi e che è consacrato dall'art. 26 della Convenzione di Vienna, ogni trattato che sia in vigore vincola le parti e deve essere eseguito in buona fede. Tale regola resta valida per tutti gli stadi della vita di un trattato, ivi compreso quello estintivo.¹⁴² Pertanto la volontà di recedere, per essere conforme alle statuizioni del trattato, dovrà necessariamente essere assunta in conformità con detti valori.

Le argomentazioni fornite dalla Corte interamericana, così come i parametri indicati dalla stessa per valutare l'uscita dal sistema, potrebbero in linea di principio considerarsi applicabili anche ad altre convenzioni poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, stante la particolare natura che le accomuna e i comuni valori su cui sono fondati.

Invero, un richiamo all'importanza di assumere in maniera democratica la decisione di recedere è giunto anche dal Consiglio d'Europa in relazione al recesso della Turchia dalla Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne.¹⁴³ L'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, ha posto in correlazione la denuncia della Convenzione di Istanbul col processo di erosione delle istituzioni democratiche sussistente in Turchia. Sulla base dei rilievi effettuati dalla Commissione di Venezia, l'organo ha infatti evidenziato che, in seguito alle riforme costituzionali del 2017 che hanno istituito il sistema presidenziale, nel Paese si sono riscontrati problemi istituzionali fra cui risalta proprio la mancanza di sufficienti garanzie per la separazione dei poteri e per i meccanismi di *check and balance*.¹⁴⁴

Soprattutto, l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa non è mancata di manifestare la propria costernazione per il fatto che la scelta di recedere sia stata assunta senza un previo dibattito in Parlamento. Ciò in quanto, come evidenziato nella risoluzione, «parliaments are the place where societal and human rights issues must be debated in Council of Europe member States». Inoltre, è stato

¹⁴² Cfr. M. E. Villiger (a cura di), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 365.

¹⁴³ La scelta – comunicata il 20 marzo 2021 – fu assunta attraverso la decisione n. 37184 del Presidente della Repubblica, Erdogan e giustificata due giorni dopo dal dipartimento delle comunicazioni della Presidenza della Repubblica, adducendo come motivazione il fatto che la Convenzione «originally intended to promote women's rights, was hijacked by a group of people attempting to normalize homosexuality – which is incompatible with Türkiye's social and family values». Cfr. Presidency of the Republic of Türkiye - Directorate of Communications, *Statement regarding Türkiye's withdrawal from the Istanbul Convention*, 22 marzo 2021, <<https://www.iletisim.gov.tr/english/haberler/detay/statement-regarding-turkeys-withdrawal-from-the-istanbul-convention>>.

¹⁴⁴ Cfr. Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *The functioning of democratic institutions in Turkey*, Resolution 2376 (2021)1, 21 aprile 2021, par. 1.

sottolineato che, nel caso specifico, la Convenzione di Istanbul «has therefore ensured that parliaments are directly involved in the monitoring of the convention, as well as its implementation».¹⁴⁵

Pur riconoscendo che «the ratification and denunciation of treaties are a matter of national sovereignty»,¹⁴⁶ l'assemblea ha rilevato le preoccupazioni e le perplessità sorte in relazione alla democraticità dei procedimenti seguiti per addivenire al recesso da un trattato rilevante come quello in oggetto. Sottolineando la conseguente necessità di riflettere «about standards that should govern the ratification of and withdrawal from international treaties in democratic societies, beyond the minimal legal and constitutional conditions»,¹⁴⁷ l'Assemblea ha affidato alla Commissione di Venezia il compito di fornire uno studio comparativo e possibili linee guida sulla modalità di ratifica e recesso dalle convenzioni stipulate nell'ambito del Consiglio d'Europa.

A sua volta la Commissione ha elaborato una relazione – cui si è fatto cenno nel primo capitolo – in cui, oltre ad essere riconosciuta la tendenza degli ordinamenti nazionali – e in particolare di quelli membri del Consiglio d'Europa – a coinvolgere le assemblee legislative nei procedimenti di recesso, è stata affermata l'auspicabilità di un simile coinvolgimento, proprio in ossequio ai principi democratici e dello Stato di diritto, specialmente laddove analoga partecipazione si era verificata in sede di stipula. Malgrado ciò, la Commissione, da un lato, non ha rilevato la sussistenza in ambito europeo di una regola consuetudinaria che imponga il coinvolgimento dei parlamenti,¹⁴⁸ dall'altro ha concluso evidenziando che «as a matter of law, the question of whether to adopt a symmetrical or asymmetrical model remains one within the sphere of domestic political preference, and international law leaves this choice to the sovereign discretion of each individual state».¹⁴⁹

Quella assunta dalla Commissione rappresenta di certo una posizione meno assertiva rispetto a quella della Corte interamericana, che, nonostante la diversa regolamentazione della competenza a recedere, aveva comunque espresso la necessità di applicare il parallelismo delle forme e indicato quei parametri di contesto volti a valutare la legittimità del recesso.

Proprio a causa di questo approccio, l'organo europeo è stato oggetto di critiche da parte di alcuni autori,¹⁵⁰ i quali hanno interpretato le conclusioni tracciate nella relazione, nonché la mancata opposizione degli organi e degli stati membri del Consiglio d'Europa come la riaffermazione di una

¹⁴⁵ *Ivi*, par. 4.

¹⁴⁶ *Ivi*, par. 8.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ European Commission for Democracy through Law, *Report on the Domestic Procedures of Ratification and Denunciation of International Treaties*, cit., par. 287.

¹⁴⁹ *Ivi*, par. 290.

¹⁵⁰ Si veda in particolare B. Çali, L.R. Helfer, *The Gender of Treaty Withdrawal: Lessons from the Istanbul Convention*, in *EJIL: Talk!*, 28 novembre 2022, <<https://www.ejiltalk.org/the-gender-of-treaty-withdrawal-lessons-from-the-istanbul-convention/>>.

prospettiva consensualistica, volta ad assegnare allo Stato un potere di recedere basato sulla sua sovranità e non vincolata se non dalle espresse statuizioni del trattato.

Da un lato simili rilievi ci trovano d'accordo. Quanto si è detto in relazione all'importanza dei valori democratici nel contesto internazionale e della particolare natura dei trattati sui diritti umani avrebbe legittimato una reazione del Consiglio che non si limitasse al mero rammarico circa la procedura di denuncia adottata dalla Turchia, ma che si concretizzasse in una vera e propria opposizione al recesso. D'altronde, di presupposti per mettere in discussione la legittimità dell'operato del governo Turco ce ne sarebbero stati. La competenza dell'esecutivo a denunciare autonomamente la convenzione e, conseguentemente, la costituzionalità del recesso erano state infatti contestate in patria tanto dalla dottrina costituzionalistica,¹⁵¹ quanto in sede giudiziaria. Vero è che il Consiglio di Stato turco, chiamato a decidere sulla questione, ha affermato – a maggioranza di tre quinti del collegio – la competenza dell'esecutivo in materia di recesso dai trattati, ma è pur vero che il Segretario del Consiglio d'Europa, nelle more del giudizio, avrebbe potuto sospendere il decorso del periodo transitorio trimestrale e attendere l'esito della controversia.

Va tuttavia anche evidenziato che prendere come termine di paragone l'approccio dedicato al tema del recesso dalla Corte interamericana, organo tanto intraprendente da essere in certi casi tacciato di attivismo giudiziario e di scarso riguardo per il principio di sussidiarietà,¹⁵² rischia di essere fuorviante e di indurre a valutare con troppa severità l'operato del Consiglio d'Europa e della Commissione di Venezia.

Il caso appena esaminato, infatti, sembra offrire spunti differenti. Da un lato, se ce ne fosse stato il bisogno, evidenzia che l'attribuzione di rilevanza al rispetto delle norme interne sulla competenza a recedere, sebbene affermato nei rilevanti casi di cui si è trattato nel corso del capitolo, non costituisce una regola generalmente accettata sul piano internazionale. Al contempo, tuttavia, le riflessioni spese dagli organi del Consiglio d'Europa e dalla Commissione di Venezia in relazione a quale dovesse considerarsi il corretto procedimento di recesso evidenzia nuovamente il crescente interesse degli organismi internazionali in relazione alle modalità interne di formazione della volontà di recedere e la progressiva messa in discussione, anche sul piano sovranazionale, del ruolo univoco dell'esecutivo in detta materia.

¹⁵¹ Si vedano, fra gli altri, K. Gözler, *Cumhurbaşkanının uluslararası sözleşmeleri feshetmeye yetkisi var mı?*, 21 marzo 2021, <<https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>> e lo *Statement from the Association of Research on Constitutional Law (ARCL) on the Presidential Decision on the Istanbul Convention*, 27 marzo 2021, <<https://anayasader.org/statement-from-the-association-of-constitutional-research-on-the-presidential-decision-on-the-istanbul-convention/>>.

¹⁵² E. Malarino, *Judicial Activism, Punitivism, and Supranationalization: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*, cit.

6. Conclusioni

Come si è osservato, alla tendenza riscontrabile sul piano interno, che vede il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nelle procedure di recesso, mosso dall'impatto che la denuncia degli accordi di maggiore rilievo può produrre sull'ordinamento interno e sui diritti individuali, si è affiancata sul piano internazionale una certa propensione a valorizzare il rispetto di quei procedimenti interni nonché la democraticità della scelta come condizioni di legittimità del recesso. Non è casuale che ad affermare la rilevanza sul piano sovranazionale di questi aspetti, tradizionalmente rientranti nella sfera di interesse dei singoli Stati, siano stati due ordinamenti, come quello dell'Unione Europea e quello del sistema interamericano, in cui il rispetto della democrazia e dello stato di diritto rappresenta il presupposto per il perseguimento degli obiettivi stessi che i trattati si propongono e, conseguentemente, costituisce un obbligo per gli stessi Stati membri. Questi due casi di studio, nel contraddire la tradizionale indifferenza dell'ordinamento internazionale nei riguardi degli assetti interni agli Stati e della legittimità dei procedimenti seguiti sul piano interno, si pone in linea con quella tendenza più generale della comunità internazionale ad innalzare gli stessi principi democratici e dello stato di diritto come fondamenti per garantire un contesto in cui gli Stati possano coesistere pacificamente e cooperare per salvaguardare gli interessi della comunità internazionale. Emblematico a tale riguardo è proprio il caso del sistema interamericano, in cui l'esigenza di legittimazione democratica è avvertita in maniera accentuata – sia a livello interno, sia a livello sovranazionale – in virtù della particolare natura dei trattati sui diritti umani.

Come si è osservato, comunque, quella riguardante il rispetto dei procedimenti interni non pare poter essere considerata ad oggi una regola generalmente riconosciuta a livello internazionale. Casi come quello concernente la denuncia del trattato di Istanbul da parte della Turchia dimostrano che, anche in relazione al recesso dai trattati sui diritti umani, gli organi internazionali possono adottare una prospettiva tradizionale, restia ad imporre agli Stati limitazioni ulteriori rispetto a quelle previste dal trattato. Ciò nonostante, in linea con la tendenza di cui si è trattato, anche in quest'ultimo caso è riscontrabile una certa preoccupazione delle istituzioni sovranazionali in merito alla legittimità democratica dei procedimenti di recesso e una messa in discussione del ruolo autonomo dell'esecutivo in sede di recesso.

Le linee di tendenza riscontrabili sul piano statale e su quello internazionale, considerate anche alla luce della più generale valorizzazione dei principi democratici e dello stato di diritto operata nel sistema delle Nazioni unite e dei sistemi regionali di protezione dei diritti umani, suggeriscono una messa in discussione dell'attuale disciplina del recesso contenuta nella Convenzione di Vienna. La

mancata attribuzione di rilevanza alla violazione delle norme interne sulla competenza a recedere in un'epoca in cui la salvaguardia della democrazia, dello stato di diritto e della separazione dei poteri rappresenta il presupposto per il perseguimento degli obiettivi della comunità internazionale, appare oggi inattuale.

Peraltro, come si vedrà nel corso del prossimo capitolo, detta irrilevanza risulta incongrua anche alla luce dei valori sui cui si fonda la disciplina internazionale del *treaty power* e appare ancor più contraddittoria se paragonata al peso che, viceversa, l'articolo 46 della Convenzione di Vienna attribuisce alla violazione della disciplina interna sulla stipula.

Capitolo 5

La possibilità di attribuire rilevanza internazionale alle norme interne sulla competenza a recedere alla luce del mutato contesto

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La disciplina della rappresentanza in relazione alla stipula e al recesso: una specularità imperfetta. – 3. La tensione fra la sovranità statale e la sicurezza dei trattati: tesi costituzionalista e tesi internazionalista a confronto. – 4. La questione della rilevanza delle norme interne sulla competenza a stipulare nell'ambito dei lavori preparatori della Convenzione di Vienna: la genesi dell'art. 46. – 5. La mancata attribuzione di rilevanza alla normativa costituzionale sul recesso: le possibili cause e la sua odierna inattualità – 6. La possibilità di applicare in via analogica l'art. 46 al recesso. – 7. Le eventuali difficoltà pratiche dell'applicazione analogica dell'art. 46 in relazione al criterio del carattere manifesto della violazione. – 8. L'obiezione ex art. 65 CVDT come possibile strumento di tutela per gli altri Stati membri – 10. Conclusioni.

1. Introduzione

Nello scorso capitolo si è detto di come i singoli casi ivi esaminati rappresentino delle chiare ipotesi di attribuzione di rilevanza internazionale alla normativa costituzionale sulla competenza a recedere, stante il rinvio operato agli ordinamenti interni dalla clausola di recesso dall'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea e dall'interpretazione fornita dell'organo giurisdizionale chiamato a vigilare sul rispetto dei trattati del sistema interamericano.

Laddove rimandi di tale tipo siano assenti, la possibilità di invocare la violazione delle norme interne come causa di invalidità del recesso risulta più dubbia. Se infatti il diritto internazionale effettua un chiaro rinvio agli ordinamenti statali in materia di stipula attraverso l'articolo 46 della Convenzione di Vienna, riconoscendo in via eccezionale agli Stati la possibilità di annullare il proprio consenso sulla base della violazione manifesta di una norma interna di importanza fondamentale, un'analoga possibilità non è prevista in relazione al recesso. Tale disparità di trattamento dei due fenomeni rappresenta un punto di differenziazione in una disciplina della rappresentanza Statale che risulterebbe altrimenti speculare.

Stanti gli sviluppi che si sono evidenziati tanto in relazione all'allocazione della competenza a recedere in vari ordinamenti e in virtù del mutato approccio dell'ordinamento internazionale rispetto agli assetti interni agli Stati, la mancata attribuzione di rilevanza alla normativa costituzionale sul recesso appare oggi inattuale. Difatti, alla luce del mutato contesto internazionale, il fatto che la separazione dei poteri

e i valori democratici non ottengano in sede di recesso la stessa salvaguardia riconosciuta loro nell'ambito della stipula appare un'irragionevole disparità di trattamento di due fenomeni che, oggi, sollevano esigenze analoghe. Pare quindi opportuno mettere in discussione l'impostazione attuale dell'ordinamento internazionale sulla tematica e ricercare delle soluzioni al fine di ovviare a questa carenza.

Nel corso del presente capitolo, pertanto, dopo aver evidenziato il modo parallelo in cui la Convenzione di Vienna disciplina la competenza a rappresentare lo Stato in sede di stipula e quella in materia di recesso, si sottolineeranno gli obiettivi sottesi all'introduzione di quell'elemento di differenziazione rappresentato dall'art 46. Si cercherà quindi di spiegare come la mancata adozione di una norma analoga in relazione al recesso possa essere attribuita al fatto che il contesto non facesse percepire all'epoca l'esigenza di disciplinare la questione.

Proprio in virtù del fatto che lo stato attuale delle cose fa invece percepire l'esigenza di estendere anche alla denuncia degli accordi il nesso fra violazione della normativa interna e invalidità dell'atto compiuto sul piano internazionale, si vaglieranno infine delle possibili soluzioni in rapporto alla loro idoneità a salvaguardare i vari interessi in gioco e alla loro compatibilità con l'impianto complessivo della Convenzione di Vienna.

2. La disciplina della rappresentanza in relazione alla stipula e al recesso: una specularità imperfetta.

Come risulta evidente dall'esame delle norme contenute nella Convenzione di Vienna, l'ordinamento internazionale disciplina in maniera speculare la manifestazione statale della volontà di concludere gli accordi e quella relativa all'intenzione di recedere. L'art. 67 e l'art. 7 della Convenzione svolgono infatti una funzione analoga, giacché si occupano di fissare degli standard di rappresentanza, così da compensare l'eterogenea prassi degli ordinamenti interni sulla competenza ad esprimere la volontà dello Stato. Scopo ultimo dell'individuazione è quello di garantire un certo grado di sicurezza alle parti contraenti, giacché, una volta che si sia stabilito che taluni soggetti hanno una simile competenza, si esclude che l'imputabilità allo Stato dei loro atti e la conseguente rilevanza giuridica degli stessi possano essere messi in discussione.

I due articoli individuano le medesime categorie di soggetti che devono considerarsi rappresentanti dello Stato ai fini della stipula o della denuncia degli accordi internazionali. Così come l'art. 67 indica il Capo dello Stato, il Capo del Governo, il Ministro degli affari esteri o altri individui dotati dei pieni

poteri come rappresentanti ai fini della sottoscrizione della notifica di recesso, l'art. 7 individua le medesime figure come soggetti competenti a dichiarare la volontà dello Stato di vincolarsi agli accordi. Il modo analogo con cui il diritto internazionale disciplina i due istituti deriva dall'idea, consacrata nei lavori preparatori della Commissione del diritto internazionale, che il potere di recedere e quello di stipulare gli accordi rappresentino due componenti del medesimo *treaty-making power* dello Stato¹ e che la competenza a manifestare la volontà dello Stato di concludere un accordo abbia la medesima natura di quella a dichiarare l'intenzione di denunciarlo.² Proprio in ragione della comune natura delle due competenze si ritenne che «the rules concerning the authority of representatives to [...] enter into treaties [...] shall also apply, *mutatis mutandis*, to the authority of representatives to terminate, withdraw from or suspend treaties».³

La specularità della disciplina fa quindi sì che il criterio della *ostensible authority*, ossia del riconoscimento in via presuntiva ad alcuni soggetti della competenza a dichiarare la volontà dello Stato, valga tanto per l'istituto della stipula, quanto per la denuncia.

Come è facilmente intuibile, il riconoscimento di una simile autorità ai tre esponenti dell'esecutivo si riconnette alle funzioni che gli stessi svolgono. In particolare, la competenza del Capo di Stato, in quanto figura apicale dell'organizzazione statale, costituisce un retaggio dello *ius repraesentationis omnimodae*,⁴ ossia di quel potere di rappresentare autonomamente lo Stato nelle relazioni internazionali che era tradizionalmente riconosciuto al sovrano assoluto in quanto personificazione dello Stato.⁵ Da parte sua, il Capo del Governo costituisce di solito la guida dell'esecutivo ed il suo ufficio lo qualifica come organo competente a manifestare la volontà del Paese in virtù del fatto che i

¹ Fra gli altri fu Humphrey Waldock, quarto e ultimo relatore incaricato dalla Commissione di diritto internazionale, a chiarire che «[t]he power to annul, terminate, withdraw from or suspend treaties, no less than the power to conclude treaties, forms part of the treaty-making power of the State». Cfr. *Second Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, p. 85.

² Come evidenziato nel corso dei lavori preparatori, «[c]ompetence under international law [...] to invoke a ground terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty [...] is of the same nature as competence to conclude treaties, and it is normally exercised by corresponding State organs or representatives» con la conseguenza che le disposizioni sulla rappresentanza in materia di stipula «should also apply, *mutatis mutandis* to organs or representatives purporting to perform acts on behalf of their States with regard to [...] withdrawal from a treaty». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, pp. 213-214.

³ Cfr. *Second Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock*, cit., p. 85.

Cfr. inoltre *Draft Articles on the Law of Treaties with commentaries*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, p. 263, in cui si precisa che «[t]he Commission considered that the rule concerning evidence of authority to denounce, terminate, etc., should be analogous to that governing "full powers" to express the consent of a State to be bound by a treaty».

⁴ Si consideri tuttavia anche la posizione di Ferrari Bravo, il quale nega che la dottrina più antica riconoscesse simile diritto al Sovrano. Cfr. L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Morano, Napoli, 1964, p. 42 e ss.

⁵ Invero, anche in tempi recenti, vi è stato chi, come Watts, ha riconosciuto lo *ius repraesentationis omnimodae* come competenza generale del Capo dello Stato sul piano internazionale. Cfr. A. Watts, *The Legal Position in International Law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 247, 1994, pp. 31-32.

suoi poteri coprono l'intera gamma delle attività internazionali.⁶ Infine, il riconoscimento della competenza anche al Ministro degli esteri è dovuto al fatto che la conduzione delle relazioni internazionali è rimessa al suo ufficio e che quest'ultimo funge da canale principale per le comunicazioni con gli altri Paesi.⁷

La specularità con cui l'ordinamento internazionale applica il criterio dell'*ostensible authority* alle due facce del *treaty-making power* va tuttavia ad infrangersi al cospetto di una previsione della Convenzione quale è l'articolo 46. In materia di conclusione degli accordi, infatti, quella su cui si sostiene la competenza dei tre organi sul piano internazionale risulta essere una presunzione semplice, passibile di sgretolarsi laddove sussistano le condizioni fissate da quella disposizione.⁸ Come già accennato, la norma prevede in via eccezionale che laddove la manifestazione di volontà di vincolarsi ad un accordo – pur se ritenuto in via presuntiva competente – sia viziato dalla violazione manifesta di una norma interna di carattere fondamentale sulla competenza a stipulare, lo Stato le cui norme siano state violate può invocare tale vizio per avviare il procedimento di annullamento della propria partecipazione al trattato.⁹

Il rinvio effettuato dalla disposizione alla normativa costituzionale fa sì che quest'ultima vada a incidere direttamente sulla validità dei trattati e sull'applicabilità delle norme in essi contenute. Il fatto che, in questo ambito, il diritto interno vada a condizionare il contenuto e le modalità di applicazione del diritto internazionale determina pertanto una dinamica che potrebbe essere definita di adattamento a rovescio, giacché in questo caso è l'ordinamento internazionale ad adattarsi alle norme di fonte statale.¹⁰

⁶ Cfr. *ivi*, p. 100.

⁷ Cfr. *ibidem*.

⁸ A condividere la tesi della presunzione di cui all'articolo 7 come relativa C. Vitucci, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 101, n. 3, 2018, p. 724-725. Viceversa, ad affermare il carattere assoluto dell'autorità apparente dei tre esponenti dell'esecutivo I. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984, p. 32 e A. Peters, *Treaty Making Power*, cit., par. 108.

⁹ Ciò al netto delle criticabili modalità con cui i giudici internazionali hanno interpretato la disposizione sino ad oggi. Aspetto su cui si tornerà al paragrafo 7 del presente capitolo.

¹⁰ In questo senso, la norma si affianca ad altre ipotesi di adattamento esplicito del diritto internazionale a quello interno. Si consideri, ad esempio, quello che, mediante la trasposizione nell'ordinamento internazionale dei principi comuni ai sistemi giuridici interni, ha condotto all'individuazione dei principi generali di cui all'art. 38, par. 1, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Sul tema si rinvia a D. Greco, *L'“adattamento” del diritto internazionale ai principi comuni degli ordinamenti interni e i suoi limiti*, in SIDI Blog, ottobre 2021. Sulle differenti sfaccettature in cui si presenta il fenomeno dell'adattamento a rovescio, si considerino anche gli altri contributi pubblicati sul tema in SIDI Blog, fra cui, G. M. Ruotolo, *Lo strano caso dell'adattamento a rovescio: il diritto interno come strumento di “qualificazione” del diritto internazionale e la cosa della palude*, aprile 2021, L. Acconciamezza, *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come casa di esclusione dell'illecito internazionale*, maggio 2021; L. Maggi, *Adattamento a rovescio e obblighi a realizzazione progressiva: una (possibile) lettura*, luglio 2021.

Questo meccanismo va a smentire l'indifferenza dell'ordinamento internazionale rispetto agli assetti interni agli Stati e alla legittimità costituzionale degli atti compiuti dai rappresentanti statali, evidenziando viceversa la porosità del confine fra i due ordinamenti.¹¹

La medesima apertura nei riguardi della normativa statale non è tuttavia riscontrabile in relazione al recesso, stante l'assenza di una norma di tenore analogo a quello dell'art. 46. Di conseguenza, la presunzione sui cui si fonda la competenza del Capo dello Stato, del Capo del governo e del Ministro degli affari esteri sulla base dell'articolo 67 risulta apparentemente assoluta, in quanto non confutabile neppure in presenza di una violazione manifesta della disciplina interna sulla competenza a recedere. Nei prossimi paragrafi si procederà quindi dapprima ad evidenziare quali siano stati gli obiettivi sottesi all'introduzione del rinvio al diritto costituzionale contenuto nell'articolo 46 e, successivamente, si ipotizzeranno le cause della mancata adozione di una regola analoga in materia di recesso.

3. La tensione fra la sovranità statale e la sicurezza dei trattati: tesi costituzionalista e tesi internazionalista a confronto

Come si è evidenziato nel primo capitolo, a partire dalla fine del XVIII secolo si è assistito alla progressiva introduzione di limiti al potere dell'esecutivo in materia di stipula e ad un crescente coinvolgimento del potere legislativo nel processo di formazione della volontà di vincolarsi agli accordi. La sussistenza di simili norme, che mettevano in discussione la tradizionale competenza esclusiva del potere esecutivo in materia, sollevò la problematica della validità di un trattato concluso da un rappresentante dello Stato carente di autorità in base al diritto interno.¹²

La questione della rilevanza internazionale di eventuali violazioni della normativa interna ha rappresentato l'oggetto di un ampio e prolungato dibattito dottrinale che, protrattosi sino ai lavori preparatori della Commissione di diritto internazionale, ha trovato il proprio punto di arrivo proprio nell'introduzione dell'art. 46 della Convenzione di Vienna.

A contrapporsi su quella questione erano i fautori di due tesi opposte, ossia quella c.d. internazionalista – o dell'irrilevanza internazionale – e quella c.d. costituzionalista – o della rilevanza internazionale.¹³

¹¹ Di questo avviso anche G. B. Fernandez, *Outside the Margin for Error: The Invalidity of the Philippines' Withdrawal from the Rome Statute*, ct., pp. 107-108.

¹² Cfr. T. Rensmann, *Article 46*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, New York, 2009, pp. 830-839.

¹³ Vale la pena di osservare che la propensione dei singoli autori per una tesi o per l'altra non sia dipesa dalla loro adesione alla teoria monista o a quella dualista. Dimostrazione di ciò è il fatto che, nel corso del dibattito, fautori delle concezioni opposte siano giunti a conclusioni analoghe in merito al tema della rilevanza delle norme interne.

Si considerino, a titolo meramente esemplificativo, le opposte conclusioni cui sono giunti autori come Triepel e Anzilotti in relazione alla questione della rilevanza nonostante il comune approccio dualista di partenza e, quindi, malgrado i due

L'approccio internazionalista assumeva come presupposto il tradizionale riconoscimento dello *ius repraesentationis omnimodae* al Capo dello Stato da parte del diritto internazionale.¹⁴ È da quest'ultimo concetto che veniva fatta discendere l'attribuzione all'esecutivo della competenza a dichiarare la volontà statale sul piano internazionale.¹⁵ La manifestazione dell'intenzione di stipulare un trattato, se comunicata da un soggetto apparentemente dotato di competenza ed effettuata nel rispetto del diritto internazionale, doveva secondo gli internazionalisti ritenersi sufficiente a vincolare il Paese, a prescindere dal fatto che, in base al diritto interno, l'agente statale avesse agito eccedendo la propria autorità. Doveva quindi considerarsi irrilevante, ai fini della validità dell'accordo, il fatto che fossero stati rispettati i limiti imposti alla costituzione e il fatto che fosse stata o meno ottenuta l'autorizzazione parlamentare eventualmente imposta dalla normativa interna.¹⁶ Lo Stato, nelle sue relazioni esterne, doveva essere considerato un soggetto unitario a prescindere dalle sue articolazioni interne¹⁷ e tale unitarietà non poteva essere messa in discussione per ricercare un'espressione più autentica della volontà statale.

condividessero l'idea che fra l'ordinamento internazionale e quello statale non potesse sussistere alcun conflitto ma che, semmai, l'uno potesse rinviare alle regole dell'altro. Se per il Triepel le disposizioni interne sulla competenza a stipulare assumevano rilievo sul piano internazionale in virtù del rinvio che – appunto – quest'ultimo faceva al diritto statale, secondo Anzilotti i limiti imposti dalle costituzioni interne non avevano alcuna rilevanza sul piano internazionale, stante l'assenza di detto rinvio, ma era solamente in base al diritto di quest'ultimo ordinamento che doveva essere valutata la validità dei trattati. In merito alle posizioni dei due autori si rinvia, rispettivamente, a H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Lipsia, 1899, p. 235 e ss. e D. Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, CEDAM, Padova, 1955, p. 302 e ss.

Il fatto che una risposta in merito alla rilevanza non fosse strettamente dipendente dalla concezione del rapporto fra l'ordinamento interno e quello internazionale era infatti confermato dalle parole dello stesso Anzilotti, dalle quali è desumibile che, viceversa, partendo da visioni opposte come quella dualista e quella monista, si potesse eventualmente giungere a conclusioni analoghe sul tema di cui si tratta. Difatti, ad un'analoga affermazione della rilevanza della normativa interna si sarebbe giunti, sulla base di una concezione dualista, allorché si fosse ravvisata una norma di rinvio dell'ordinamento internazionale a quelli interni per l'individuazione dei soggetti competenti e, partendo dall'idea monista dell'unitarietà dei sistemi, allorché si fosse riconosciuta la delega fatta dall'ordinamento internazionale a quello interno a fini di tale individuazione. Cfr. *ivi*, p. 307.

Sul punto si considerino anche L. Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, pp. 152-153 e L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, cit., pp. 138-140.

Fra gli autori che, viceversa, hanno attribuito maggior peso alla contrapposizione fra concezione monista e dualista, si consideri R. D. Kearny, *Internal Limitations on External Commitments — Article 46 of the Treaties Convention*, in *The International Lawyer*, 1969, Vol. 4, N. 1, p. 3 e ss.

¹⁴ Questa l'opinione, ad esempio, di Anzilotti, secondo il quale il diritto internazionale imputava allo Stato la dichiarazione della volontà di stipulare effettuata dal Capo di Stato senza avere riguardo alle norme costituzionali che limitavano la sua competenza o gli imponevano doveri. Cfr. D. Anzilotti, *Cours de Droit International*, vol. 1, Recueil Sirey, Parigi, 1929, pp. 366-367.

¹⁵ Cfr. L. Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, cit., p. 147.

¹⁶ Questa posizione sarà, di nuovo, efficacemente sintetizzata da Fitzmaurice. Cfr. *Third report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission* 1958, vol. II, p. 25.

¹⁷ In merito, Marinoni sosteneva che, al cospetto del diritto internazionale, lo Stato «appare, quale ne sia la sua struttura interna, come un'entità essenzialmente uniforme» giacché «[l]a diversità della distribuzione delle funzioni [...] non ha rilevanza immediata nel diritto delle genti» e altrettanto risultava indifferente al diritto internazionale «la varietà dell'organizzazione dei funzionari che dovrà formulare la volontà statale». Cfr. M. Marinoni, *La responsabilità degli Stati per atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Athenaeum, Roma, 2013, pp. 64-65.

Un'impostazione di questo tipo andava prevalentemente incontro ad esigenze di carattere pratico, prima fra tutte quella di salvaguardare la sicurezza dei rapporti pattizi fra gli Stati. Detto valore sarebbe stato posto in pericolo laddove le parti di un accordo non avessero potuto fare affidamento sulla dichiarazione effettuata da soggetti che, stante il loro ruolo, si supponevano competenti a vincolare il proprio Paese. Ciò avrebbe posto gli Stati nella spiacevole condizione di dover mettere in discussione la competenza dei rappresentanti della controparte e di doversi accertare della loro autorità indagando fra disposizioni costituzionali eventualmente incerte ed oscure. Nel peggiore dei casi, avrebbe posto i contraenti nella condizione di svolgere l'indebito ruolo di arbitri di altrui controversie costituzionali.¹⁸ Attività, queste, che venivano reputate un'ingerenza.¹⁹

Ad attribuire rilevanza alle norme e agli assetti statali era viceversa la dottrina costituzionalista. Tale teoria si fondava sull'assunto che il diritto internazionale rinviasse al diritto degli Stati l'individuazione degli organi competenti a stipulare i trattati tramite un rinvio.²⁰ Gli eventuali limiti costituzionali imposti al potere di stipula dell'esecutivo dovevano considerarsi parte del diritto internazionale in ragione di tale rinvio e il consenso alla stipula conferito in violazione di dette norme doveva conseguentemente ritenersi nullo o quanto meno annullabile.²¹ Come è facile intuire, la teoria costituzionalista si proponeva in via principale di dare prevalenza al principio di sovranità degli Stati, attraverso la salvaguardia sul piano internazionale dell'allocatione della competenza a stipulare stabilita da ciascun ordinamento. Detto approccio era inoltre volto ad assicurare che la volontà statale

¹⁸ Queste le motivazioni principali evidenziate da Fitzmaurice per la negazione della rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali. Cfr. G.G. Fitzmaurice, *Do Treaties Need Ratification?*, in *British Year Book of International Law*, vol. 15, 1934, p. 129 e ss.

¹⁹ Come sarà affermato dalla delegazione Svizzera presso la Conferenza di Vienna. Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, First Session, p. 245.

²⁰ Secondo Ferrari Bravo, ad elaborare per la prima volta coerentemente la teoria dei rinvii dal diritto internazionale al diritto interno fu Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, cit., p. 169 e ss. Cfr. L. Ferrari Bravo, *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, cit., p.148.

Alle medesime conclusioni in termini di rilevanza della normativa interna, giungeva Kelsen tramite il riferimento alla delega, piuttosto che al rinvio. Ponendo come premessa l'assenza, nell'ordinamento internazionale, di una norma che attribuisse al Capo dello Stato la competenza a stipulare a prescindere dalle disposizioni interne agli Stati, l'autore sosteneva che, dal momento che il diritto internazionale, tramite delega, rimetteva di norma agli ordinamenti statali la regolamentazione della procedura di formazione della volontà di stipulare, le norme interne divenivano regole di diritto internazionale. Di conseguenza, gli organi individuati dalla Costituzione nazionale come competenti a formare la volontà dello Stato di stipulare determinati trattati, dovevano considerarsi competenti, sul piano internazionale, a vincolare lo Stato. Cfr. H. Kelsen, *La transformation du droit international en droit interne*, in *Revue générale de droit international public*, 1936, p. 23 e ss.

Sul punto si veda altresì H. Blix, *Treaty-Making Power*, Stevens, Londra, 1960, p. 370.

²¹ Da un punto di partenza differente derivava la conclusione circa la rilevanza internazionale delle norme interne sulla competenza a stipulare raggiunta da Donati. Secondo l'autore, infatti, la questione della competenza a stipulare risultava estranea al diritto internazionale, il quale, conseguentemente, si sarebbe limitato ad assumere il risultato dell'interpretazione della disciplina interna. Difatti, ad avviso dell'autore, la determinazione degli organi competenti a stipulare, nonché delle condizioni e dei limiti di detta competenza, era di spettanza esclusiva del diritto costituzionale. Al contempo Donati riconosceva che fosse propria del diritto internazionale la determinazione delle condizioni entro le quali una volontà statale esistente in conformità alle norme costituzionali potesse dare vita ad un negozio giuridico. Cfr. D. Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, UTET, 1906, p. 89 e ss. e p. 100 e ss.

di contrarre fosse autentica ed attribuibile allo Stato nella sua interezza, non solo a un particolare organo che avesse agito eccedendo le proprie competenze.²²

Dall'accoglimento di tale approccio discendeva una logica negazione della possibilità, per gli Stati contraenti, di fare affidamento sull'*ostensible authority* del Capo dello Stato, del Capo del Governo e del Ministro degli Esteri a vincolare il proprio Paese. Viceversa, onde evitare di vedersi dichiarare invalido l'accordo concluso, veniva attribuito ai soggetti contraenti un onere di verificare che le norme costituzionali della controparte sulla competenza a stipulare fossero state rispettate.²³ Alcuni autori sostenevano che, peraltro, una simile indagine non avrebbe costituito un compito arduo, data la notorietà di simili disposizioni.²⁴

Ciò che appare particolarmente interessante è che l'indebolimento della certezza dei rapporti pattizi conseguente a tale approccio veniva giustificato in virtù dell'esigenza di garantire il supporto del diritto internazionale all'applicazione dei principi democratici nel *treaty-making*.²⁵ Si riteneva infatti che i modelli costituzionali moderni e i principi democratici sui cui essi si fondavano impedissero che uno Stato potesse essere vincolato dall'operato di un rappresentante privo di competenza in base alla separazione dei poteri costituzionalmente fissata.²⁶

4. La questione della rilevanza delle norme interne sulla competenza a stipulare nell'ambito dei lavori preparatori della Convenzione di Vienna: la genesi dell'art. 46

²² Sperduti riteneva che la volontà dello Stato dovesse essere identificata, tanto per il diritto interno quanto per quello internazionale, nella «volontà costituzionale», poiché la volontà di un ente astratto è costituita dalla volontà imputata allo stesso dal suo statuto. Cfr. G. Sperduti, *Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti*, in *Scritti internazionali in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 303-304.

Sulla stessa linea, ad avviso di Donati l'atto compiuto da un organo di una persona giuridica senza l'autorizzazione cui è condizionato l'esercizio della propria competenza, non potendo considerarsi manifestazione della competenza dell'organo, non poteva neanche valere come manifestazione della volontà della persona giuridica. Cfr. D. Donati, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, cit.

²³ Cfr. *Third Report on the Law of Treaties by Mr J.L. Brierly, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission* 1952, vol. II, p. 52.

²⁴ Di questo avviso, fra gli altri, Brierly. Cfr. *Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur* in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, p. 230 e D.A. McNair, *Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 62.

²⁵ Come evidenziato dal relatore speciale Humphrey Waldock. Cfr. *Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, cit., pp. 41-42.

²⁶ Era infatti opinione dei sostenitori della teoria costituzionalista che «the notion that a State may become bound by acts of persons acting outside the scope of their authority is unacceptable as being totally out of harmony with modern conceptions of representative government and principles of democracy». Ancora, il relatore evidenziava che «the rule of nullity of acts done in excess of authority as well as compelling claims of the democratic principle forbid the acceptance of the view that a State may become bound, in matters affecting its vital interests and in others, by acts for which there is no warrant or authority in its own law». Cfr. *Report on the Law of Treaties by Mr H Lauterpacht, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission* 1953, vol. II, pp. 142-143.

Sebbene la tesi costituzionalista avesse riscosso maggiori consensi sino alla metà del XX secolo e benché gli sforzi codificatori precedenti ai lavori della Commissione di diritto internazionale avessero mostrato una netta preferenza per lo stesso approccio,²⁷ la mancata affermazione di una regola nella prassi e l'assenza di un orientamento comune della dottrina consentirono ai quattro relatori speciali che si susseguirono di proporre la soluzione che ritenevano più opportuna. Né gli stessi potevano ritenersi condizionati in maniera decisiva dalla giurisprudenza, dal momento che la stessa risultava esigua e non sufficientemente omogenea,²⁸ pur se, ad avviso degli internazionalisti, più orientata verso la tesi dell'irrilevanza.²⁹

²⁷ Ad affermare la rilevanza internazionali delle norme costituzionali era stato anzitutto il c.d. *Field's Code*. David Dudley Field aveva previsto, all'art. 190 della sua proposta di codice, che «[t]he consent of a nation to a treaty can be signified with effect only in the form, and through the executive or other department, authorized by its law, or through its public minister duly empowered». Cfr. D.D. Field, *Draft Outlines of an International Code*, Baker, Voorhis, New York, 1872, p. 79. Simile approccio era adottato da alcune disposizione proposte da Johann Caspar Bluntschli nel suo *Le droit international codifié*. In particolare, l'art 404 bis sanciva che il Capo dello Stato, allorché fosse tenuto in base alla Costituzione a ottenere l'autorizzazione dei corpi rappresentativi, non fosse considerato competente, in base al diritto internazionale, a vincolare lo Stato ad un trattato concluso senza detta autorizzazione. Cfr. J.C. Bluntschli, *Le Droit International Codifié*, Guillaumin, Parigi, 1895, P. 239. In base al *Diritto internazionale codificato* (conosciuto anche come *Fiore's Draft Code*), redatto da Pasquale Fiore, solo le persone dotate di potere di negoziazione e stipula in base alla costituzione potevano essere ritenuti competenti a negoziare in nome dello Stato (§ 751). Inoltre, allorché il diritto di uno Stato avesse attribuito all'esecutivo il potere di negoziare l'accordo, ma avesse riservato ad un altro organo il potere di autorizzare la stipula, erano le norme costituzionali a disciplinare la competenza dei vari poteri nella conclusione dei trattati (§ 752). Infine, allorché le disposizioni costituzionali di uno Stato la avessero imposta ai fini della vincolatività del trattato, la ratifica doveva considerarsi condizione essenziale per il perfezionamento dell'accordo (§ 755). Cfr. P. Fiore, *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1915, pp. 350 e ss. Il primo articolo della c.d. *Havana Convention*, da parte sua, prevedeva che i trattati sarebbero stati conclusi dalle autorità competenti degli Stati o dai loro rappresentanti «according to their respective internal law». Cfr. *Appendix 1. Convention on Treaties*, in *The American Journal of International Law*, Vol. 29, Supplement: Research in International Law (1935), p. 1205. Infine, la nota *Harvard Draft Convention on the Law of Treaties* del 1935, il cui articolo 21 statuiva che «[a] State is not bound by a treaty made on its behalf by an organ or authority not competent under its law to conclude the treaty», pur specificando che detto Stato avrebbe dovuto rispondere per i danni subiti dalla controparte a causa del ragionevole affidamento verso l'autorità apparente dei suoi rappresentanti. Cfr. *Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur*, cit., p. 244.

²⁸ Questa l'opinione anche di L. Wildhaber, *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, p. 173 e ss. e T. Rensmann, *Article 46*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, cit., p. 841.

Effettivamente in alcune controversie, come l'arbitrato concernente la validità dell'accordo sui confini fra Costa Rica e Nicaragua (c.d. *Cleveland award*) del 1888 (*Validity of the Treaty of Limits Between Costa Rica and Nicaragua of 15 July 1858*, 1888 28 RIAA 189, 203) ed il caso George Pinson contro Messico del 1928 (*Georges Pinson (France) v Mexico*, 1928, 5 RIAA 327, 393–394) fu dato rilievo alla normativa interna. Viceversa, a dare supporto alla tesi dell'irrilevanza erano stati arbitrati come *Franco-Swiss Customs* del 1912 (*Interpretation of a Regulation of the Commercial Convention and Report Signed at Berne, October 20, 1906* (Switzerland v France), 191, 6 AJIL 995, 1000) e *Rio Martin* del 1925 (*British Property in Spanish Morocco (Spain v United Kingdom)*, 1925, 2 RIAA 615, 724).

²⁹ Quest'idea dei fautori dell'approccio internazionalista si basava su una certa lettura di due sentenze della Corte permanente di giustizia internazionale, ossia la decisione sul caso *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (PCIJ, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, PCIJ Ser A/B No 46, 169–170, 1932) e la pronuncia del 1933 sullo *status della Groenlandia Orientale* (*The Eastern Greenland Case*, Publications of the P.C.I.J., Series A/B, No. 53).

In quest'ultima controversia, in particolare, era stata riconosciuta forza vincolante non alla manifestazione di consenso espressa da un rappresentante dell'esecutivo nei riguardi di un trattato, ma ad una dichiarazione unilaterale. Di fronte all'intenzione del Governo norvegese di procedere all'occupazione di alcuni territori della Groenlandia orientale, il Governo danese, ritenendo si trattasse di territori sottoposti alla propria sovranità, interpellò la Corte permanente per far dichiarare illegittima sia la dichiarazione delle autorità norvegesi sia gli eventuali comportamenti successivi delle stesse in direzione dell'occupazione. A fondamento della richiesta, oltre ad evidenziare l'esercizio ininterrotto e incontestato della sovranità sulla Groenlandia, la Danimarca richiama i trattati siglati con la Norvegia ed altri atti compiuti da quest'ultima,

Tuttavia, quando, agli inizi degli anni Cinquanta, si aprirono i lavori preparatori per la Convenzione di Vienna, sussisteva un dato che difficilmente poteva essere messo in discussione. Ci riferiamo al fatto che la maggior parte delle costituzioni nazionali imponeva delle restrizioni alla competenza dell'esecutivo di stipulare e che, per la conclusione di determinate categorie di accordi, era richiesta una previa autorizzazione degli organi legislativi.³⁰

Si tratta di un elemento di contesto che ebbe un peso decisivo sulla scelta finale di introdurre la regola di cui all'art. 46 ed il relativo rinvio alla normativa costituzionale. Era proprio la sussistenza di detti limiti e della distribuzione della competenza che essi determinavano a far percepire la necessità di salvaguardare anche sul piano internazionale la separazione dei poteri in materia di stipula.

La prevalenza e la notorietà di simili previsioni a livello statale indusse James L. Brierly, primo relatore speciale incaricato dalla Commissione di diritto internazionale, a proporre una bozza di articolo dall'impianto marcatamente costituzionalista, nel quale si prevedeva che la capacità degli Stati di stipulare i trattati dovesse essere esercitata dagli organi indicati dalla Costituzione di quel Paese.³¹

La posizione di Brierly ottenne la maggioranza dei consensi in seno alla Commissione³² la quale

dai quali doveva dedursi il riconoscimento, anche da parte di quello Stato, della sovranità danese su quei territori. Veniva in particolare sottolineata una dichiarazione rilasciata nel 1919 dall'allora Ministro degli Esteri norvegese, Nils Claus Ihlen, il quale, in risposta ad una precedente richiesta da parte di un rappresentante diplomatico danese, aveva affermato dinanzi al Parlamento che la Norvegia non avrebbe avuto difficoltà a risolvere la questione concernente il desiderio della Danimarca a estendere la propria sovranità sulla Groenlandia. La Corte, pur non considerando detta asserzione un riconoscimento della sovranità danese sui territori contesi, evidenziò in merito alla vincolatività della dichiarazione di Ihlen che, fuor di dubbio, «a reply of this nature given by the Minister for Foreign Affairs on behalf of his Government in response to a request by the diplomatic representative of a foreign Power, in regard to a question falling within his province, is binding upon the country to which the Minister belongs» (p. 71). Benché la Norvegia avesse sottolineato che il Ministro aveva agito al di fuori dei propri poteri costituzionali, ad avviso dei giudici doveva concludersi che «as a result of the undertaking involved in the Ihlen declaration of July 22nd, 1919, Norway is under an obligation to refrain from contesting Danish sovereignty over Greenland as a whole, and *a fortiori* to refrain from occupying a part of Greenland» (p. 73).

Invero, benché il riconoscimento di una forza vincolante della dichiarazione prescindente l'effettiva competenza del Ministro sembri deporre in favore della tesi dell'irrelevanza della normativa interna, pare opportuno sollevare dei dubbi sulla decisività della sentenza in relazione alla problematica di cui si tratta. Ciò, anzitutto, in virtù del fatto che nel caso specifico non sussisteva un vero e proprio trattato, ma soltanto una dichiarazione unilaterale e, inoltre, perché quest'ultima rappresentava un'asserzione di natura politica piuttosto che giuridica. Perplesità di questo tipo sono state infatti espresse tanto nel corso dei lavori preparatori della Convenzione (Cfr. *Third Report on the Law of Treaties by Mr J.L. Brierly, Special Rapporteur*, cit., p. 52), quanto in tempi più recenti (C. Vitucci, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, cit., p. 719-720 e G. Ziccardi Capaldo, *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, cit., p. 246).

³⁰ Al riguardo si veda *Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur*, cit., p. 244, nonché Series A/B, No. 53. *7 Laws and Practices concerning the Conclusion of Treaties*, United Nations publication, Sales No. 1952, V.4. Si rinvia inoltre *supra*, cap. 1.

³¹ La bozza di articolo 4 proposta nel 1950 disponeva infatti che «[t]he capacity of a State or international organization to make treaties may be exercised by whatever organ or organs of that State or organization its constitution may provide». Cfr. *Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur*, cit., p. 230.

³² In favore della proposta del relatore si espressero Cordova, il quale evidenziò che «[t]he acts performed by a State were and must be based on its constitution. If the Head of a State did not possess the capacity to make certain treaties, other States should be aware of the fact; and if he made a treaty in spite of not having that capacity, the treaty was null and void». Su posizioni analoghe si attestarono Alfaro, Amado, Scelle, Spiropoulos e Yepes. Ad opporsi alla proposta fu Hudson, il quale, fra l'altro, richiamò a sostegno della tesi internazionalista proprio la pronuncia sullo status della Groenlandia orientale. In merito alla discussione sulla proposta si vedano *Yearbook of the International Law Commission* 1950, vol. I,

approvò, in via provvisoria, alcuni articoli che condizionavano la validità del trattato al fatto che il consenso ad essere vincolato fosse espresso nel rispetto della disciplina interna.³³

Anche il successore di Brierly, Hersch Lauterpacht, optò per una proposta di stampo costituzionalista. La sua soluzione era comunque caratterizzata da una minore rigidità, onde consentire una più ampia salvaguardia della certezza dei rapporti pattizi. Il suo sostegno per la tesi della rilevanza derivava dall'idea che tanto la regola sulla nullità degli atti compiuti da soggetti privi di competenza quanto i principi democratici impedissero di accettare l'idea che uno Stato potesse risultare vincolato da atti compiuti in violazione del proprio riparto interno di competenze.³⁴ Secondo Lauterpacht, comunque, dette considerazioni non potevano costituire il presupposto per consentire ai governi di comportarsi in modo pregiudizievole verso la santità dei trattati e in contrasto col principio della buona fede non si poteva in particolare consentire alle parti di un accordo di ottenere dapprima dei vantaggi in virtù della propria partecipazione e di disconoscere i propri obblighi invocando delle disposizioni costituzionali controverse o poco note. Il relatore propose quindi di attribuire rilievo ad elementi quali la notorietà e la chiarezza delle norme costituzionali, nonché alla condotta tenuta successivamente alla stipula dallo Stato che intendesse sottrarsi all'accordo.³⁵

Prima che la bozza potesse essere discussa in seno alla Commissione, Lauterpacht, fu sostituito da Gerald Fitzmaurice. La netta propensione di quest'ultimo per la tesi internazionalista è ben sintetizzata nella relazione del 1958, in cui, benché consapevole di porsi in contrasto con l'opinione maggioritaria, specificò che «consent means consent on the international plane, and the reality of such consent is not

pp. 88-90 e *Yearbook of the International Law Commission* 1951, vol. I, pp. 13-14; 20-21; 28-32; 47-48; 142-143; 154-155; 158-159.

³³ La Commissione adottò provvisoriamente dapprima una bozza di articolo 2 che disponeva: «A treaty becomes binding in relation to a State by signature, ratification, accession or any other means of expressing the will of the State, in accordance with its constitutional law and practice through an organ competent for that purpose». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1951, vol. II, pp. 73-74. Successivamente, vennero provvisoriamente approvati un articolo 2 in base al quale «[i]n the absence of provisions in its constitutional law and practice to the contrary, the Head of the State is competent to exercise the State's capacity to enter into treaties» e, soprattutto, una bozza di articolo 4 la quale prevedeva che «[a] treaty becomes binding in relation to a State by signature, ratification, accession or any other means of expressing the will of the State, in accordance with its constitutional law and practice through an organ competent for that purpose». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1952, vol. II, pp. 51-53.

³⁴ Cfr. *Report on the Law of Treaties by Mr H Lauterpacht, Special Rapporteur*, cit., p. 142 e ss.

³⁵ In base a detti presupposti, la bozza di art. 11 proposta dal relatore prevedeva sì che un trattato fosse annullabile – non nullo – su istanza della parte che fosse entrata nell'accordo sulla base di una violazione della propria disciplina e della propria prassi costituzionale ma sanciva anche che detto diritto era oggetto di alcune limitazioni. Anzitutto, la possibilità di invocare la violazione della normativa interna sarebbe venuta meno in caso di prolungata acquiescenza da parte dello Stato interessato e laddove quest'ultimo avesse ottenuto vantaggi dall'accordo (par. 2). Inoltre, l'invalidità dell'accordo poteva peraltro essere invocata solo dallo Stato le cui norme fossero state violate e non da una controparte (par. 4). Infine, l'eventuale affermazione dell'invalidità dell'accordo – che in caso di disaccordo fra le parti doveva essere rimessa alla Corte di giustizia o ad altro arbitro individuato dalle parti (par. 5) – non escludeva la responsabilità risarcitoria dello Stato che si svincolava dall'accordo rispetto alla controparte che avesse legittimamente fatto affidamento sulla validità del vincolo (par. 3).

Peraltro, doveva comunque rimanere fermo, secondo il relatore, che laddove la controparte avesse fatto affidamento legittimamente e senza alcuna negligenza sull'autorità apparente degli organi dello Stato che invocava l'annullamento dell'accordo, quest'ultimo fosse tenuto a compensarle i danni eventualmente subiti. Cfr. *Ibidem*.

impaired by the fact that, on the domestic plane, certain consents are lacking; or that there has otherwise been a failure by the State concerned, or its authorities, to observe the correct constitutional processes».³⁶ Ad avviso del relatore, infatti, queste ultime costituivano questioni interne allo Stato, mentre, di converso, «States have no choice but to accept as internationally authentic the acts of the legitimate executive authority of another State, carried out on the international plane in an apparently regular manner, so also are they entitled to rely on the authenticity of such acts».³⁷ L'approccio appena descritto condusse ad alcune bozze di articolo che sancivano, senza alcuna eccezione, la totale irrilevanza del rispetto della normativa statale ai fini della validità del trattato.³⁸

Un orientamento più moderato fu adottato dal quarto ed ultimo relatore speciale, Humphrey Waldock, sulle proposte del quale fu coniata la regola adottata dalla Conferenza di Vienna nel 1969. Il relatore partiva ugualmente da un approccio internazionalista, ritenendo che nel bilanciamento fra i valori in gioco dovesse essere riconosciuto maggior rilievo all'esigenza di salvaguardare la sicurezza dei trattati, valore che a suo avviso sarebbe stato messo a rischio allorché alle disposizioni costituzionali fosse stato attribuito il compito di disciplinare l'ampiezza della competenza dei rappresentanti statali a stipulare i trattati.³⁹ Scopo primario perseguito da Waldock tramite l'assunzione di un approccio di questo tipo era quello di assicurare la stabilità delle relazioni all'interno della comunità internazionale e di impedire agli Stati di disconoscere in maniera strumentale i propri obblighi.⁴⁰

Tale approccio non gli impedì comunque di riconoscere la necessità di effettuare delle aperture alla tesi costituzionalista e di introdurre nelle sue proposte delle eccezioni al criterio della *ostensible authority*. La sua prima proposta prevedeva infatti che, laddove l'assenza di autorità da parte del

³⁶ Cfr. *Third report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, cit., p. 25.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Si consideri in particolare bozza di articolo 7 in cui veniva specificato che «[i]n case of conflict, obligations arising under a treaty take precedence of, and prevail internationally over the provisions of the internal law or constitution of any party to it». Conseguentemente, la validità e l'effettività degli obblighi pattizi assunti non erano colpite dalla sussistenza di incongruenze fra gli stessi e le disposizioni interne allo Stato interessato «by the existence of inconsistencies between it and the provisions of the internal law or constitution of the party concerned, whether these have been enacted previously or subsequently to the coming into force of the treaty; not by deficiencies or lacunae, or special features or peculiarities of the law or constitution or governmental organization of that party which may affect the performance of the obligation on the internal plane». In tutti questi casi, infatti «the obligation remains internationally valid, and the State will incur responsibility for any failure to carry it out». Infine, la disposizione specificava che «[t]he foregoing provisions of the present article apply where any provision of the local law or constitution has the effect of defeating or preventing the performance of the treaty obligation, or of justifying its non-performance on the internal plane—irrespective of the particular subject-matter of that provision, and of whether it does or does not purport to relate specifically to the treaty or the class of matter covered by the treaty, or is said to have an object or purpose different from that of the treaty». Si considerino inoltre le bozze di articolo 2(1)(d); 29, 30 e 31. Cfr. *Fourth report by Sir Gerald Fitzmaurice, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1959, vol. II, pp. 42-43; 48-49; 58-61 e 76-78.

³⁹ Cfr. *Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur*, cit., p. 45.

⁴⁰ Come evidenziato dal commissario giapponese Tsuruoka, «[t]he Special Rapporteur's main concern had been to ensure the stability of legal relations in the international community and for that purpose he had accordingly come down on the side of internationalism». Ad avviso di Tsuruoka, «[h]is concern was undoubtedly legitimate, seeing that such stability was essential for the maintenance of peace and the prosperity of mankind». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. I, p. 10.

rappresentante statale fosse nota o la stessa avesse carattere manifesto, sarebbe venuta meno la possibilità, per le altre parti del trattato, di considerare detto soggetto come detentore di autorità a vincolare il suo Paese. Sia in caso di effettiva consapevolezza, sia laddove la questione dell'autorità fosse stata dibattuta in Parlamento o dai media o, ancora, allorché la particolare natura dell'accordo avesse reso evidente la necessità di una speciale attribuzione di competenza, sarebbe stato contrario a buona fede affermare di aver fatto affidamento sulla sussistenza di competenza in capo all'altrui rappresentante. Conseguentemente, lo Stato che avesse subito la violazione delle norme interne avrebbe potuto annullare l'atto non autorizzato del proprio agente, a condizione che non lo avesse successivamente ratificato e che non avesse reclamato benefici o affermato altrui obblighi sulla base dell'accordo.⁴¹

La posizione di base adottata da Waldock riscontrò la maggioranza dei consensi in seno alla Commissione e, nonostante la contrarietà da parte di alcuni membri dell'organismo,⁴² fu deciso di conservare il diritto di invocare l'invalidità del consenso prestato nel caso in cui lo stesso fosse viziato dalla violazione manifesta di una norma interna sulla competenza a stipulare.⁴³ In seguito ad alcune discussioni, si giunse alla proposta basata sulla bozza finale dell'articolo 43, in base alla quale «A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation of its internal law was manifest».⁴⁴ Il contenuto della bozza fu nuovamente oggetto di dibattito in seno alla Conferenza, tanto da generare una contrapposizione fra i promotori di un emendamento – poi rigettato – volto all'eliminazione della possibilità di invocare la violazione delle norme interne⁴⁵ e chi, viceversa, ribadiva una posizione di stampo più marcatamente costituzionalista.⁴⁶

⁴¹ Cfr. *Second report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, *Special Rapporteur*, cit., p. 41 e 45-46.

⁴² Sul punto si veda la discussione svoltasi nella quindicesima sessione della Commissione. Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. I, pp. 9-18 e p. 41.

⁴³ L'art. 31 prevedeva infatti che «[w]hen the consent of a State to be bound by a treaty has been expressed by a representative considered under the provisions of article 4 to be furnished with the necessary authority, the fact that a provision of the internal law of the State regarding competence to enter into treaties has not been complied with shall not invalidate the consent expressed by its representative, unless the violation of its internal law was manifest.

Except in the latter case, a State may not withdraw the consent expressed by its representative unless the other parties to the treaty so agree». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. II, p. 190.

⁴⁴ Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1966, vol. II, p. 240.

⁴⁵ Il Giappone e il Pakistan proposero un emendamento per eliminare la frase «unless that violation of its internal law was manifest». L'emendamento fu rigettato dal Comitato per 56 voti a 25 con 7 astensioni. Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. III, pp. 165-166.

⁴⁶ Si consideri, ad esempio, la posizione della delegazione Norvegese, che sottolineò di non poter accettare un simile emendamento, dal momento che «Norwegian constitutional law and the Constitution itself were based upon the presumption that international law left it to the internal law of each State to determine the organs and procedures by which the will of a State to be bound by a treaty should be formed and expressed». Quindi, da quel punto di vista, «internal laws limiting the power of state organs to enter into treaties were to be considered as part of international law, if it was desired

È importante sottolineare che la conservazione della regola di cui all'attuale art. 46 si deve a quanti richiamarono l'attenzione sui rischi derivanti dall'impedire agli Stati di annullare il consenso a vincolarsi laddove esso si fosse posto in contrasto con il riparto di competenze interno. Fu infatti evidenziato che la sottrazione di tale facoltà «would revert to the stage of international law when Heads of State had enjoyed absolute power».⁴⁷

Il testo dell'articolo fu infine adottato, ad amplissima maggioranza,⁴⁸ con delle modifiche tese a restringere la possibilità di invocare l'invalidità dell'accordo ai soli casi in cui la violazione avesse avuto ad oggetto norme di importanza fondamentale.⁴⁹

Il frutto di quel compromesso scaturito dai lavori della Commissione e della Conferenza è quindi rappresentato da una disposizione che pur ribadendo come non sia possibile in linea generale invocare le disposizioni del proprio ordinamento per giustificare la mancata esecuzione di un trattato,⁵⁰ al contempo attribuisce apertamente rilevanza alla normativa interna agli Stati in materia di *treaty-making power*. Riconoscendo la possibilità di invocare la violazione delle norme interne, ma soltanto

to consider as void, or at least voidable, consent to a treaty given on the international plane in violation of a constitutional limitation.» Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, First Session, p. 243.

⁴⁷ Così la delegazione italiana in persona di Adolfo Maresca, il quale faceva infatti presente che la bozza di art. 43 «struck a balance between the conflicting requirements of international law and internal law». La stessa, infatti, da un lato implicava «the presumption that the State had expressed valid consent from the constitutional point of view» e, dall'altro, metteva in chiaro che «a State could invoke a violation of its internal law as vitiating its consent only where such violation had been manifest». Cfr. *ivi*, pp. 243-244.

⁴⁸ La votazione vide 94 voti favorevoli, nessun contrario e 3 astensioni, Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. II, Second Session, p. 88.

⁴⁹ Questo il contenuto dell'emendamento promosso dal Perù e dall'Ucraina (Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. III, p. 165), approvato per 45 voti a 15, con 30 astensioni (cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, First Session, p. 246). Il secondo emendamento, proposto dal Regno Unito, era invece volto a chiarire quando una violazione potesse ritenersi manifesta (Cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. III, p. 166). La proposta fu approvata per 41 voti a 13 con 19 astensioni (cfr. *United Nations Conference on the Law of Treaties*, vol. I, First Session, p. 246).

⁵⁰ In base alla regola, di matrice consuetudinaria, consacrata come noto dall'art. 27. Tale norma è stata affermata dalla giurisprudenza, anche in epoca risalente, e successivamente ribadito a più riprese in diversi sforzi codificatori. Si pensi anzitutto, per quanto attiene al primo ambito, all'«*Alabama*» *Claims Arbitration (United States v United Kingdom)* (1872), in *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, p. 125 e ss., al *Case of the S.S. "Wimbledon"* (1923), PCIJ Ser A No 1, p. 29 o, ancora, all'opinione consultiva sul *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (1932), PCIJ Ser A/B No 44, p. 24. In quest'ultima decisione, in particolare, veniva chiarito che «according to generally accepted principles, a State cannot rely, as against another State, on the provisions of the latter's Constitution, but only on international law and international obligations duly accepted. [...] [C]onversely, a State cannot adduce as against another State its one Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force». Solo il diritto internazionale può determinare la forza vincolante di un trattato e, conseguentemente, la sua esecuzione non può dipendere dal diritto interno delle parti dell'accordo. Si considerino inoltre, in relazione a tale principio, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia, Merits*, PCIJ Series A, No. 7, 1926, p. 19 e *Greco-Bulgarian communities*, 1930 PCIJ Ser B No 17, 32; *Wimbledon* 1923 Ser A No 1, 29.

Prima di essere inserito nella Convenzione di Vienna, il principio era stato inoltre consacrato dalla Commissione di diritto internazionale tramite l'art. 13 della *Draft Declaration on Rights and Duties of States* del 1949, nel quale si legge che «[e]very State has the duty to carry out in good faith its obligations arising from treaties and other sources of international law, and it may not invoke provisions in its constitution or its laws as an excuse for failure to perform this duty». Nell'ambito dei tentativi di codificazione del diritto dei trattati era stata la *Harvard Draft Convention* del 1935, a specificare all'articolo 23 che «[u]nless otherwise provided in the treaty itself, a State cannot justify its failure to perform its obligations under a treaty because of any provisions or omissions in its municipal law, or because of any special features of its governmental organization or its constitutional system».

nel caso in cui la violazione sia manifesta e riguardi una norma di carattere fondamentale, l'articolo 46 riesce a tutelare contemporaneamente, da un lato, il principio di separazione dei poteri e l'autenticità della volontà statale di stipulare gli accordi e, dall'altro, la sicurezza dei rapporti pattizi e il principio del *pacta sunt servanda*,⁵¹ dal momento che le condizioni imposte impediscono un utilizzo pretestuoso della norma da parte degli Stati.

5. *La mancata attribuzione di rilevanza alla normativa costituzionale sul recesso: le possibili cause e la sua odierna inattualità*

Se l'art. 46, in presenza delle condizioni che si sono dette, consente di annullare l'adesione ad un accordo invocando la violazione di una norma interna, l'assenza di una norma analoga in materia di recesso fa sì che, viceversa, uno Stato non possa invocare l'invalidità della propria denuncia anche laddove la stessa risulti costituzionalmente illegittima e contraria al principio della separazione dei poteri. Conseguentemente, l'esecutivo risulta di fatto dotato del potere assoluto di decidere circa la permanenza o meno dello Stato in un accordo.

Occorre domandarsi quali ragioni abbiano indotto a riconoscere la rilevanza della normativa interna relativa alla conclusione degli accordi e non anche a quella sul recesso. Invero, quest'ultima tematica fu quasi totalmente trascurata nel corso dei lavori preparatori, costituendo l'oggetto soltanto di brevi cenni in uno degli incontri della Commissione di diritto internazionale. Nel giugno 1963, infatti, Shabtai Rosenne propose che la bozza di articolo 5, concernente i vincoli costituzionali al potere di stipula, venisse posto in correlazione con quella dell'articolo 23 inerente alla competenza a denunciare gli accordi e suggerì, più in generale, di combinare quest'ultima norma con l'allora articolo 4, in una disposizione generale che disciplinasse la competenza formale a compiere vari atti connessi con la stipula e con la cessazione dei trattati.⁵²

Un approccio analogo fu sposato da Antonio de Luna, il quale evidenziò nel medesimo incontro che «anything relating to the procedure for amendment, denunciation, termination, withdrawal from, or suspension of, a treaty raised exactly the same problem as the constitutionality of treaty-making powers and the international effects of a breach of internal law on that subject», e che, pertanto, «either the article itself or the commentary should say what were the international effects of the national authority

⁵¹ Principio codificato dall'articolo 26 della Convenzione di Vienna, il quale ribadisce che la vincolatività dei trattati e l'obbligo di adempiere in buona fede agli obblighi pattizi non possono essere messe in discussione in ragione della sussistenza di regole interne confliggenti. Come noto, la regola di cui all'art. 27 costituisce un corollario di detto principio.

⁵² Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1963, vol. 1, p. 164.

exercised by the organs in question». ⁵³ Se fosse stato seguito, il suggerimento dei due membri della Commissione avrebbe condotto all'applicazione dell'eccezione di cui all'attuale articolo 46 tanto alla conclusione dei trattati quanto alla loro denuncia. Waldock rispose a tali sollecitazioni affermando che la questione «would require some thought». ⁵⁴ Malgrado tale intenzione di approfondire la tematica, non risulta che la questione della rilevanza della disciplina costituzionale sulla competenza a recedere sia stata più affrontata nel corso dei lavori preparatori. ⁵⁵

Il fatto che tali suggerimenti siano lasciati cadere senza ulteriori discussioni sembra denotare un certo disinteresse da parte della Commissione sulla questione. Tale scarso interesse può a nostro avviso attribuirsi al fatto che all'epoca, al contrario di quanto avveniva in materia di stipula, fossero quasi totalmente assenti norme costituzionali che imponessero limiti alla competenza dell'esecutivo di recedere. Come si è evidenziato nel primo capitolo, infatti, quasi nessun Paese, sino agli anni Ottanta del Novecento, contemplava espressamente la partecipazione del Parlamento nei procedimenti di recesso e si è assistito ad un netto incremento di simili previsioni soltanto nei decenni successivi.

È pertanto legittimo ritenere che lo stato delle cose non facesse percepire l'urgenza di salvaguardare l'allocazione democratica della competenza a recedere tramite il riconoscimento di rilevanza ad eventuali limiti costituzionali, dato che la diffusione di disposizioni in tal senso era quasi inesistente.

Come si è avuto modo di sottolineare nei capitoli che precedono, il contesto attuale risulta radicalmente mutato, tanto da rendere tale esigenza più che mai percepibile. A dimostrare questa circostanza è anzitutto quella diffusione assai maggiore, a livello statale, di norme volte a garantire la partecipazione del potere legislativo ai procedimenti di recesso, siano esse espressamente previste in costituzione o applicate nella prassi in virtù del principio del parallelismo delle forme. Inoltre, come evidenziano i casi esaminati, anche laddove i rispettivi ruoli degli organi statali nella formazione della volontà di recedere non siano già stati fissati, si assiste ad una certa propensione dei giudici nazionali a negare l'autorità esclusiva dell'esecutivo e ad imporre il coinvolgimento del potere legislativo.

Tali tendenze evolutive della prassi statale fanno sì che oggi l'allocazione della competenza a recedere risulti in molti ordinamenti assai più articolata di quanto non lo fosse al momento in cui si conclusero i lavori preparatori per la Convenzione. Un simile mutamento del contesto induce a considerare la mancata attribuzione di rilevanza alle norme interne sulla competenza a recedere come un elemento di

⁵³ *Ibidem.*

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ Di fatto, come evidenziato da Frankowska, la formulazione finale della disposizione risulta aver «abandoned the construction envisaging the extension of the provisions connected with the competence to conclude treaties to the competence to denounce them». Cfr. Frankowska, *Competence of State Organs to Denounce a Treaty: Some Internal and International Legal Problems*, cit., p. 307.

inattualità della Convenzione di Vienna e porta a non considerare più giustificabile il trattamento differenziato dell'ordinamento internazionale nei confronti delle due facce del *treaty-making power*. A ben vedere, l'assenza di strumenti per rimediare ad un procedimento di recesso attivato in contrasto col riparto interno delle competenze risulta anacronistica anche alla luce di quegli sviluppi dell'ordinamento internazionale che si sono descritti nello scorso capitolo. La mancata attribuzione di rilevanza alle regole costituzionali sul recesso pare infatti ancorata a quel paradigma dell'indifferenza dell'ordinamento internazionale nei riguardi degli assetti interni agli Stati che, oltre ad essere già stata messa in discussione a suo tempo dalla stessa introduzione dell'art. 46, è stata progressivamente disconosciuta dagli organismi internazionali e regionali dal termine della guerra fredda in poi. In particolare, la progressiva valorizzazione, operata dagli stessi organismi, del concetto della sovranità popolare, della democrazia rappresentativa e dello stato di diritto, come presupposti per raggiungere gli obiettivi della comunità internazionale, rende oggi più che mai legittimo attendersi la salvaguardia, da parte dell'ordinamento internazionale, di quell'equilibrio fra i diversi organi che ciascuno Stato ritenga più opportuna per garantire il controllo democratico sulla scelta di recedere.⁵⁶ Non è un caso che in questa direzione siano andati l'introduzione dell'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea e il parere della Corte interamericana.

6. *La possibilità di applicare in via analogica l'art. 46 al recesso*

Al fine di ovviare a questi profili di inattualità e di soddisfare l'esigenza di salvaguardare anche all'ambito del recesso la separazione dei poteri già tutelata in materia di stipula dall'articolo 46, la soluzione più opportuna appare proprio l'applicazione analogica di quest'ultima disposizione alla denuncia degli accordi.

A supportare tale soluzione è anzitutto il fatto che, come si è già detto, la competenza a recedere e quella a stipulare abbiano la stessa natura e che entrambi incidano sulla partecipazione dello Stato ad un trattato. Con ciò non si intende sostenere, a differenza di quanto fatto da qualcuno,⁵⁷ che l'estensione dell'articolo 46 all'istituto del recesso debba conseguire all'applicazione del principio dell'*actus contrarius* sul piano internazionale. Tale ipotesi risulta infatti da scartare, dato che la Commissione di

⁵⁶ Pare applicabile alla tematica del recesso quanto è stato evidenziato in dottrina in relazione all'importanza delle norme interne in tema di stipula. In particolare, facendo richiamo alle tesi di Franck in merito all'affermazione di un diritto al governo democratico, è stato sottolineato che pur se «the “right to democratic governance” emerging at international level does not, as such, demand legislative approval of treaties» lo stesso diritto «underpins the fundamental importance of participatory rights of the legislative branch actually existing in a given State». Cfr. T. Rensmann, *Article 46*, cit., p. 853.

⁵⁷ Cfr. G. B. Fernandez, *Outside the Margin for Error: The Invalidity of the Philippines' Withdrawal from the Rome Statute*, cit., pp. 113-114.

diritto internazionale ha più volte negato l'estraneità del criterio del parallelismo delle forme rispetto all'ordinamento internazionale.⁵⁸

Si ritiene piuttosto che, sussistendo oggi la medesima necessità di tutelare la sovrana allocazione della competenza e il principio di separazione dei poteri non solo in relazione alla conclusione degli accordi ma anche in relazione alla denuncia, risulti opportuno applicare alla competenza a recedere le stesse limitazioni che l'art. 46 prevede già per la competenza a stipulare, dal momento che, come si è evidenziato, un differente trattamento dei due istituti non pare più giustificato.

A rafforzare tale convinzione è peraltro il fatto che la mancata attribuzione di rilevanza alla normativa interna sul recesso rischia oggi di determinare il disconoscimento di alcuni degli obiettivi sottesi all'introduzione dell'art. 46. Ci si riferisce anzitutto all'interesse a che le decisioni relative ai vincoli internazionali dello Stato non fossero assunte da soggetti privi di competenza in base al diritto interno. L'impossibilità di invocare la violazione dei limiti costituzionalmente imposti alla competenza a recedere finisce di fatto per attribuire all'esecutivo un anacronistico potere assoluto di decidere sulla partecipazione agli accordi. Potere che era considerato, già nell'ambito dei lavori preparatori, «totally out of harmony with modern conceptions of representative government and principles of democracy».⁵⁹

Vale la pena di evidenziare che, peraltro, l'applicazione analogica della regola alla denuncia degli accordi, a differenza di quanto avviene per la sua applicazione alla stipula, non si porrebbe in contrasto col valore della vincolatività dei trattati e col principio del *pacta sunt servanda*, ma finirebbe indirettamente per rafforzarli.

In tale ipotesi, infatti, la possibilità di invocare la violazione di una norma interna non consentirebbe allo Stato di disconoscere i vincoli assunti ma, viceversa, gli permetterebbe di ribadire la propria adesione al trattato, negando un'intenzione di recedere non correttamente formata. Il che finirebbe per porre la conformità della denuncia alla normativa costituzionale come eventuale ulteriore requisito di validità del recesso e, nei fatti, imporrebbe che la scelta di uscire da un accordo sia valutata da tutti i soggetti ritenuti competenti dalle norme interne.⁶⁰

⁵⁸ Come fu chiarito dall'organo, la Commissione di diritto internazionale «did not consider that the theory of the "*acte contraire*" has any place in international law». Cfr. *Yearbook of the International Law Commission* 1966, vol. II, p. 249.

⁵⁹ Cfr. *Report on the Law of Treaties by Mr H Lauterpacht, Special Rapporteur*, cit., p. 142.

⁶⁰ Si consideri, a tale riguardo, che l'introduzione dell'art. 46 è avvenuta nonostante l'ordinamento internazionale approntasse già degli strumenti per garantire che la scelta di stipulare un accordo fosse correttamente formata sul piano statale. Come messo in chiaro da Waldock, tutta quella serie di procedimenti di conclusione come la ratifica, l'accettazione e l'approvazione, permettevano anche agli organi statali «to take account of any domestic constitutional requirements», oltre che di soppesare la decisione di vincolarsi. Cfr. *Second report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock*, cit., p. 43.

L'assenza di una norma analoga all'articolo 46 in materia di recesso appare quindi ancor più irragionevole se si considera che per tale istituto non sussistono procedimenti analoghi. Vero è che alla notifica di recesso segue un periodo transitorio che deve decorrere prima che il recesso divenga effettivo e che, come nel caso del Sudafrica, può essere sfruttato per

A differenza di quanto è stato sostenuto da alcuni autori,⁶¹ non sembra peraltro che all'applicazione analogica dell'art. 46 debba essere preferita l'applicazione estensiva dell'art. 68 ai casi di recesso costituzionalmente illegittimo. In base a quest'ultima disposizione, come noto, le notifiche o gli strumenti previsti negli articoli 65 e 67 possono essere revocati in qualsiasi momento, prima che abbiano avuto effetto. Come insegna anche il caso Sudafricano, applicando detta norma uno Stato può, una volta accertata l'incostituzionalità del recesso, revocare la notifica, così da interrompere il decorso del periodo transitorio e da evitare che la denuncia produca i propri effetti. La tesi avanzata da alcuni autori è che tale istituto possa essere impiegato anche dopo che sia trascorso il periodo di preavviso, laddove la volontà di recedere dello Stato sia viziata da una violazione di una norma interna. È stato sostenuto che, anzi, detto strumento offra dei vantaggi maggiori rispetto all'applicazione analogica dell'articolo 46, poiché non impone di soddisfare il requisito del carattere manifesto della violazione. La possibilità di interpretare in tal modo la norma lascia tuttavia alquanto perplessi. A rendere a nostro avviso impraticabile detta soluzione è proprio il fatto che la denuncia dell'accordo da parte di uno Stato, allorché non sia il frutto di una violazione obiettivamente conoscibile, può chiaramente instaurare nelle altre parti un legittimo affidamento circa la validità della denuncia ed eventualmente indurli ad attuare condotte ad essa conseguenti. Come evidenziato in dottrina, l'articolo 68 tutela la buona fede degli altri Stati membri anche prima che il periodo transitorio sia trascorso, conferendo loro la possibilità di opporre alla revoca della notifica di recesso le misure che siano state adottate nella prospettiva della cessazione dell'accordo, come ad esempio eventuali modifiche dell'ordinamento statale.⁶² Appare quindi chiaro che, a meno che non sussista il consenso delle altre parti, l'idea di applicare tale articolo per ipotesi di recesso che abbiano già prodotto effetti si porrebbe in contrasto col legittimo affidamento degli Stati e, più in generale, col principio della certezza dei rapporti fra i contraenti.

Questa problematica non si presenterebbe, viceversa, in caso di impiego dell'articolo 46. Difatti, applicandosi detta disposizione solamente a violazioni manifeste, l'obiettivo conoscibilità delle stesse non consentirebbe agli altri Stati di invocare il loro legittimo affidamento circa validità del recesso e non permetterebbe loro di opporsi al suo annullamento.⁶³

contestare dinanzi ai giudici nazionali la legittimità del recesso e per imporre successivamente all'esecutivo la revoca della notifica, ma nulla garantisce che ci siano le condizioni politiche o temporali perché quest'ultima ipotesi si verifichi. Su tale questione si considerino anche le riflessioni di Woolaver, *From Joining to Leaving*, cit., pp. 98-99.

⁶¹ D. Russo, *La rilevanza internazionale delle norme interne sulla competenza a recedere*, cit., pp. 1309-1310.

⁶² Cfr. M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, cit., p. 868 e H. Krieger, *Article 68*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, p. 1262.

⁶³ Come già era stato sottolineato da Waldock, affinché possa riconoscersi il diritto di invocare la violazione di una norma interna è necessario che la controparte fosse consapevole della mancanza di autorità dell'agente statale o che l'abbia negligenemente ignorata. In questi casi, infatti, non si può ritenere che ci sia stato un legittimo affidamento sull'autorità apparente dell'altrui rappresentante.

7. Le eventuali difficoltà pratiche dell'applicazione analogica dell'art. 46 in relazione al criterio del carattere manifesto della violazione

Proprio il riferimento al criterio del carattere manifesto della violazione ci porta comunque a riflettere sulle possibili difficoltà che l'ipotesi in commento potrebbe presentare sul piano pratico.

Come noto nei pochi casi in cui l'articolo 46 è stato chiamato in causa, gli organi giurisdizionali internazionali hanno interpretato la possibilità di invocare la violazione di una norma interna in modo talmente restrittivo da renderla un'arma spuntata.⁶⁴

Proprio il criterio del carattere manifesto è stato utilizzato in maniera particolarmente stringente dalla Corte internazionale di giustizia. Il mancato superamento di tale parametro, ad esempio, ha sbarrato la strada all'applicazione dell'articolo 46 nel caso *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, decisione in cui i giudici hanno affermato che una limitazione della competenza del Capo dello Stato a firmare i trattati «is not manifest in the sense of Article 46, paragraph 2, unless at least properly publicized».⁶⁵ Lo stesso criterio è stato inoltre utilizzato, in una controversia fra Kenya e Somalia, per impedire a quest'ultimo Paese di disconoscere i vincoli contenuti in un *memorandum* mai ratificato dal proprio Parlamento e, anzi, rigettato dallo stesso organo pochi mesi dopo la firma.⁶⁶

Sul rapporto fra il carattere manifesto della violazione e la buona fede della controparte si consideri anche G. H. Fox, *Constitutional Violations and the Validity of Treaties, Will Iraq Give Lawful Consent to a Status of Forces Agreement?* In *Wayne State University Law School Research Paper*, n. 08-25, 2008, p. 28.

⁶⁴ Parafrasando l'efficace metafora impiegata da D. Mauri, *Litigating Treaties by Means of Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties* in G. Pascale e S. Tonolo (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, p. 127.

⁶⁵ La causa era stata promossa dal Camerun per chiedere alla Corte di accertare la frontiera marittima con la Nigeria, stante la contestata presenza di truppe di quest'ultimo Paese nella penisola di Bakassi. Il Camerun sosteneva che la delimitazione fra i due Paesi fosse definita da alcuni accordi con la Nigeria, fra cui la c.d. Dichiarazione di Maroua del 1975. La validità di quest'ultimo trattato veniva tuttavia contestata dalle autorità nigeriane poiché l'accordo era stato negoziato dal Capo di Stato e non dal Governo – costituito all'epoca dal Consiglio militare supremo – come la Costituzione nigeriana avrebbe imposto. La Nigeria aveva quindi fatto leva proprio sull'applicazione dell'art. 46, sostenendo che la violazione della norma costituzionale dovesse considerarsi manifesta in ragione della prossimità geografica fra i due Paesi, la quale avrebbe a suo avviso reso familiare al Camerun la prassi della giunta militare nigeriana e il fatto che il Capo di Stato non fosse dotato di l'autorità illimitata di vincolare il Paese senza aver consultato il Governo. Come accennato, la Corte respinse simili argomenti. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, [2002], ICJ, Rep. 303, par. 265.

⁶⁶ La causa era stata promossa il 28 August 2014 dalla Somalia per determinare il confine fra le aree marittime e la piattaforma continentale di rispettiva spettanza. La Somalia aveva invocato la non azionabilità di un *memorandum* d'intesa siglato dal Ministro degli affari esteri keniota e da quello per la cooperazione internazionale somalo in rappresentanza dei rispettivi Paesi. Il disconoscimento dell'accordo era dovuto al fatto che il *memorandum* non era mai stato ratificato secondo i requisiti imposti dalla *Transitional Federal Charter* e in quanto, anzi, il Parlamento somalo, pochi mesi dopo la firma, aveva votato per rigettarlo. Sull'invocazione dell'incostituzionalità del *memorandum* si veda *Written Statement of Somalia Concerning the Preliminary Objections of Kenya*, del 5 febbraio 2016, in particolare, par. 1.12 e 2.80 e ss., <<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/161/19076.pdf>>. Per il giudizio nel merito, emesso il 12 ottobre 2021, cfr. *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 206.

In entrambe le controversie appena menzionate, la Corte ha inoltre negato la sussistenza di un obbligo, in capo agli Stati, di tenersi al corrente circa gli sviluppi legislativi e costituzionali degli altri Paesi, anche laddove detti sviluppi abbiano importanti ricadute sulle relazioni fra le parti dell'accordo o allorché gli Stati siano confinanti.⁶⁷

Va evidenziato che tale approccio è stato oggetto di critiche che ci sentiamo di condividere. Alcuni autori ritengono poco convincente il fatto che, oltre alla presunzione di validità dei trattati imposta dalla disposizione, la Corte vada ad aggiungere un'ulteriore presunzione concernente il carattere non manifesto della violazione per l'ipotesi in cui gli accordi siano stati siglati dai soggetti dotati del potere estero. Questo approccio, difatti, andrebbe a svuotare la norma della sua funzione di equilibrio fra gli interessi in gioco, valorizzando soltanto la sicurezza dei trattati, e condurrebbe ad una nuova attribuzione all'esecutivo del potere assoluto di stipula.⁶⁸ Non a caso, c'è stato chi, in relazione alle decisioni della Corte, ha parlato di un riavvicinamento allo *ius repraesentationis omnimodae*.⁶⁹

La sostanziale vanificazione della disposizione cui si è assistito sino ad oggi potrebbe far sorgere qualche dubbio sull'utilità di riconoscere la sua applicabilità anche alle ipotesi di recesso. Tuttavia, non si può trascurare che un'interpretazione così restrittiva della disposizione ha avuto come obiettivo primario quello di limitare ulteriormente la possibilità di contestare la vincolatività dell'accordo e, materialmente, di impedire agli Stati di fuggire dai propri obblighi internazionali.⁷⁰ Un'urgenza di questo tipo non sussisterebbe nell'ipotesi di applicazione analogica dell'art. 46 al recesso, dal momento che, come si è detto, l'esercizio della facoltà da esso riconosciuta non consentirebbe agli Stati di negare i vincoli pattizi assunti, ma piuttosto di ribadirli. È quindi legittimo ritenere che corti ed arbitri internazionali potrebbero in tal caso rivelarsi meno propensi a negare l'applicabilità della norma.

Ciò nonostante, laddove i limiti alla competenza a stipulare non siano contenuti in una fonte scritta o non risultino sufficientemente chiari in base alla prassi o a precedenti giurisprudenziali, potrebbe risultare difficile dimostrare il carattere manifesto della violazione. Per fare un esempio concreto, nel caso sudafricano che si è esaminato la determinazione del riparto di competenze è avvenuta solo in virtù del giudizio dell'Alta Corte e solo successivamente alla notifica di recesso. Sicché, il riparto di competenze interno al Sudafrica non poteva considerarsi chiaro al momento del recesso né poteva ritenersi obiettivamente conoscibile alle altre parti l'illegittimità costituzionale della notifica. In questo

⁶⁷ Cfr. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, [2002], ICJ, Rep. 303, parr. 266 e 258, e *Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)* (Preliminary Objections), 2 febbraio 2017, par. 49.

⁶⁸ In questo senso, con particolare riguardo alla decisione sulla controversia fra Camerun e Nigeria E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 159-160.

⁶⁹ Si vedano, ad esempio, C. Vitucci, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, cit., p. 722 e D. Mauri, *Litigating Treaties by Means of Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, p. 112

⁷⁰ Cfr., ivi, p. 107 e ss.

caso, quindi, difficilmente un'invocazione dell'art. 46 da parte del Sudafrica avrebbe sortito gli effetti sperati.

Ipotesi assai diversa è quella concernente la *Brexit*. Il fatto che l'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea non potesse essere condotta senza autorizzazione parlamentare era un elemento chiaro e facilmente conoscibile dagli altri Stati al momento dell'attivazione dell'art. 50 TUE, dal momento che la sentenza *Miller* è stata emessa prima che il governo avesse depositato la notifica e dato che la pronuncia ha avuto un'indubbia risonanza mediatica a livello europeo. Conseguentemente, laddove il Governo avesse proceduto con la *Brexit* non rispettando le statuizioni della Corte Suprema, la violazione della disciplina interna avrebbe potuto di certo essere considerata manifesta al momento del recesso.⁷¹

Rimanendo sul rapporto fra il parametro del carattere manifesto e i casi esaminati, occorre spendere qualche considerazione anche sul differente peso che due sentenze come quelle considerate avrebbero su ulteriori ipotesi di recesso. Come si è detto, le indicazioni fornite in *Democratic Alliance*, nell'affermare il principio del parallelismo delle forme, sono tali da rendere manifesta la violazione sia laddove il Governo sudafricano dovesse nuovamente tentare di recedere autonomamente dalla Corte penale internazionale, sia in tutti gli altri casi in cui non venga rispettato il criterio dell'*actus contrarius*. Viceversa, una pronuncia come quella emessa Corte suprema britannica non ha avuto l'effetto di chiarire in maniera definitiva l'allocazione interna delle competenze, giacché la portata della sentenza *Miller* e l'ambito di applicazione dei limiti da essa imposti risulta tutt'altro che chiara. Conseguentemente, in assenza di un'altra pronuncia in merito, sarebbe difficile considerare manifestamente illegittime altre ipotesi di recesso condotte dall'esecutivo senza coinvolgere le Camere e reputarle annullabili sulla base dell'art. 46.

In relazione alle modalità di applicazione del criterio in commento, non si devono comunque trascurare alcune considerazioni di carattere più generale, che valgono in relazione alla stipula così come possono valere in merito al recesso. Anzitutto, come era stato evidenziato dallo stesso Waldock, il parametro per valutare il carattere manifesto della violazione dovrebbe variare in virtù di alcuni elementi. Una certa rilevanza dovrebbe essere attribuita, ad esempio, all'oggetto del trattato, in virtù del quale potrebbe essere imposto agli Stati contraenti un onere più pressante di verificare l'autorità del rappresentante della controparte.⁷² È stato ad esempio ipotizzato che una verifica più approfondita possa essere imposta in relazione alla stipula di trattati la cui conclusione sia idonea a produrre

⁷¹ Sul punto si consideri anche H. Woolaver, *From Joining to Leaving*, cit. 101 e ss.

⁷² Waldock evidenziava infatti che, nel caso in cui «the treaty is of such a kind as to render the need for special constitutional authority self-evident», sarebbe stato contrario a buona fede, da parte degli altri Stati, affermare di aver fatto affidamento sull'autorità apparente dell'altrui rappresentante, autorità che «any reasonable person would have known did not exist». Cfr. *Second report on the law of treaties*, by Sir Humphrey Waldock, cit., p. 46.

ripercussioni rilevanti sulla popolazione, data la maggior probabilità che detti procedimenti siano soggetti sul piano interno a requisiti di legittimazione democratica e ad un sistema di *check and balance* più pregnanti.⁷³ Applicando tale parametro al recesso, sarebbe ad esempio legittimo richiedere agli Stati una maggiore attenzione allorché la denuncia abbia ad oggetto trattati come quelli sui diritti umani o accordi che prevedano un profondo livello di integrazione fra i membri dell'accordo.

Inoltre, un elemento di carattere pratico che dovrebbe essere preso in considerazione nell'applicazione della norma – e che renderebbe sensibilmente più agevole il riconoscimento del carattere manifesto di una violazione – è da rinvenirsi nella facilità con cui gli Stati possono oggi accertarsi circa le norme costituzionali della controparte, sulla loro prassi applicativa e su eventuali precedenti giurisprudenziali in materia. A differenza di quanto poteva avvenire all'epoca dei lavori preparatori della Convenzione, infatti, detta indagine risulta, nella maggior parte dei casi, tutt'altro che impegnativa, stanti gli strumenti di accesso alle informazioni attualmente disponibili.⁷⁴

8. *L'obiezione ex art. 65 CVDT come possibile strumento di tutela per gli altri Stati membri*

Al di là degli eventuali problemi di carattere pratico, la possibilità di applicare in via analogica l'art. 46 a ipotesi di recesso costituzionalmente illegittime rappresenterebbe indubbiamente un valido strumento di tutela per lo Stato che abbia subito la violazione di una propria norma interna. Viceversa, l'art. 46 non offrirebbe, se non indirettamente, un mezzo per salvaguardare l'interesse concorrente degli altri Stati membri alla prosecuzione dei rapporti pattizi, dal momento che solamente lo Stato recedente potrebbe avvalersi di tale norma.

È stato conseguentemente suggerito che, al fine di consentire alle altre parti di un accordo di tutelare i loro interessi, debba essere riconosciuta loro la possibilità contestare la validità del recesso nell'ambito

⁷³ Come evidenziato da T. Rensmann, *Article 46*, cit., p. 856.

⁷⁴ In questo senso anche C. Vitucci, *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, p. 729.

del procedimento di cui all'art. 65 della Convenzione,⁷⁵ sollevando obiezioni in relazione alla questione della competenza a recedere.⁷⁶

Sebbene la soluzione proposta sia a nostro avviso applicabile in alcune ipotesi, non crediamo che tale possibilità possa essere riconosciuta in relazione a qualsiasi caso di recesso e a prescindere dalla tipologia di trattato su cui la denuncia va ad incidere. L'invocazione della violazione di un'altra norma costituzionale come fondamento per contestare la validità della denuncia solleva chiaramente delle problematiche in più rispetto all'invocazione di una norma internazionale o di una norma del proprio ordinamento. Al di là di alcuni specifici casi, il rispetto o meno della propria costituzione rimane, al cospetto dell'ordinamento internazionale, una questione rientrante nella sfera di interesse del singolo Stato, con la conseguenza che, in linea generale, un'indagine e una valutazione su detta questione da parte degli altri Stati potrebbe ben rappresentare un'indebita ingerenza.

A nostro avviso, al fine di stabilire se nello specifico caso gli altri Stati membri siano abilitati a contestare l'illegittimità costituzionale del recesso, ci si deve basare sul contenuto e sulla tipologia dell'accordo e, quindi, valutare se la violazione delle norme statali incida sugli obblighi che quel trattato impone.

È solo in alcune ipotesi che l'interesse degli altri Paesi a che il recesso sia conforme alle norme interne dello Stato recedente può essere reputato meritevole di tutela dall'ordinamento internazionale. Oltre a quei casi in cui la validità della denuncia sul piano internazionale sia espressamente condizionata alla sua legittimità interna, pare ragionevole ritenere che uno Stato membro possa invocare l'incostituzionalità del recesso allorché il trattato in oggetto imponga ai propri membri di conformarsi ai valori democratici e di salvaguardare lo stato di diritto. In quelle ipotesi, gli Stati hanno infatti

⁷⁵ In base alla norma, le parti di un trattato, entro tre mesi dalla notifica di recesso di uno degli Stati membri, hanno la possibilità di sollevare le obiezioni che ritengano opportune rispetto al recesso. Laddove gli altri Stati non lo facciano, il Paese recedente può eseguire la misura proposta nelle modalità sancite dall'art. 67. Viceversa, in presenza di obiezioni – e sempre che non sussista fra le parti una clausola di soluzione delle controversie – gli Stati sono tenuti, ai sensi dell'art. 65(3), a ricercare una soluzione pacifica della controversia, ricorrendo ai mezzi indicati dall'art. 33 della Carta delle Nazioni Unite, quali, ad esempio, negoziazione, mediazione o arbitrato. Se non viene raggiunta una soluzione entro 12 mesi dalla data in cui è stata sollevata l'obiezione – a causa della situazione di stallo creatasi tra le parti della controversia o della riluttanza ad accettare una particolare forma di risoluzione delle controversie, a partecipare a tale procedura, o ad avallare la soluzione proposta – l'art. 66 della Convenzione consente tanto allo Stato che ha effettuato la notifica quanto a quelli che abbiano sollevato obiezioni di avviare unilateralmente – a seconda della natura della controversia – una delle seguenti procedure. Se la controversia riguarda l'applicazione o l'interpretazione degli articoli 53 o 64, una qualsiasi delle parti può, mediante domanda scritta, sottoporla alla Corte internazionale di giustizia, a meno che non decidano di comune accordo di sottoporre la controversia all'arbitrato (articolo 66(a)). Se, invece, essa riguarda l'applicazione o l'interpretazione di uno qualsiasi degli altri articoli della Convenzione o l'interpretazione di uno qualsiasi degli altri articoli della Parte V della Convenzione, una delle parti può avviare la procedura dinanzi alla Commissione di conciliazione istituita ai sensi dell'Allegato alla Convenzione presentando una richiesta in tal senso al Segretario al Segretario generale delle Nazioni Unite (articolo 66(b)).

⁷⁶ A proporre questa soluzione, in particolare, D. Russo, *Possono i Capi di Governo recedere dai trattati senza coinvolgere i Parlamenti nazionali?*, in *SIDI Blog*, aprile 2021. Per ulteriori considerazioni sul punto si veda Id., *La rilevanza internazionale delle norme interne sulla competenza a denunciare i trattati*, cit., p. 1308-1309.

sovraneamente assunto il dovere di adottare e conservare un modello democratico in quanto funzionale agli interessi perseguiti dal trattato e pare quindi logico che nel dovere di adempiere in buona fede all'accordo rientri anche l'impegno a rispettare quelle norme costituzionali e quella separazione dei poteri su cui tale modello si fonda. Inevitabile conseguenza di ciò è che a dette norme debba conformarsi anche il procedimento di formazione della volontà di recedere, giacché lo Stato recedente, pur se intenzionato a denunciare l'accordo, resta pur sempre vincolato agli obblighi pattizi finché il recesso non divenga effettivo. Detto procedimento non potrà quindi essere condotto dall'esecutivo senza partecipazione del Parlamento, laddove ciò costituisca una violazione della separazione dei poteri imposta dalla costituzione.

È in presenza di simili elementi che quello al rispetto dei principi costituzionali sulla competenza a recedere può considerarsi a nostro avviso un interesse di tutti gli Stati parte dell'accordo, tanto da legittimare un'invocazione della violazione. In questo caso, infatti, l'interesse dei membri di un accordo non rappresenta una generica volontà di conservare le relazioni convenzionali con lo Stato recedente ma inerisce all'adempimento degli obblighi pattizi da parte di quest'ultimo.

Argomenti ulteriori a sostegno della possibilità di contestare il recesso in quanto costituzionalmente illegittimo potrebbero essere avanzati in relazione alla denuncia dai trattati sui diritti umani, dato il nesso fra democrazia, stato di diritto e diritti fondamentali su cui essi si fondano. Sulla scorta degli elementi evidenziati dalla Corte interamericana nell'OC-26/20, va infatti evidenziato che in relazione a tale tipologia di accordi ben potrebbe essere riconosciuto agli altri Stati membri un ruolo più pregnante di vigilanza rispetto alla legittimità costituzionale del recesso, anche e soprattutto in virtù della posizione asimmetrica in cui gli individui – veri beneficiari delle convenzioni – si trovano al cospetto dello Stato recedente.

Certo, un'estensione della possibilità in commento a tutte le ipotesi di recesso potrebbe giustificarsi laddove si sposasse la tesi, sostenuta da alcuni autori, per cui uno Stato, nel manifestare la propria volontà di denunciare l'accordo, sia «*sempre* tenuto a dimostrare di aver rispettato i principi costituzionali rilevanti» giacché ««solo se accompagnata da una simile dimostrazione, la volontà di recesso da un trattato *già* concluso possa dirsi validamente formata *anche* sul piano internazionale»».⁷⁷

La portata generale di questo argomento, tuttavia, non ci pare condivisibile, dal momento che nessuna regola generale dell'ordinamento internazionale, neppure quella sul *pacta sunt servanda*, impone ad uno Stato recedente l'onere di dimostrare il rispetto delle proprie norme costituzionali in sede di recesso.

⁷⁷ Cfr. P. De Sena, M. Starita, *Corso di diritto internazionale*, p. 89.

Comunque, pur se, come si è detto, dovrebbe essere in certi casi riconosciuta la possibilità di contestare la validità del recesso laddove esso sia costituzionalmente illegittimo, va evidenziato che la facoltà riconosciuta dall'art. 65 par. 2 è stata oggetto, sino ad oggi, di un esercizio modesto. Tale reticenza degli Stati è osservabile anche in reazione ad alcune ipotesi di recesso in cui all'assenza di clausola di uscita nel trattato si sono aggiunte irregolarità procedurali, come, ad esempio, il mancato rispetto del termine di preavviso.⁷⁸ In sostanza, anche in casi in cui si sarebbe potuto dubitare della legittimità del recesso sul piano internazionale, gli Stati hanno preferito contestare l'uscita sul piano politico, piuttosto che su quello giuridico.

Alla luce di ciò, sorgono non pochi dubbi sul fatto che lo strumento messo a disposizione dalla norma possa avere maggior successo in relazioni a violazioni concernenti obblighi procedurali imposti dal diritto interno. È infatti facilmente ipotizzabile che, anche laddove la conformità del recesso con la normativa interna rappresenti condizione di validità sul piano internazionale, gli Stati possano erroneamente considerarla una questione di interesse esclusivo dello Stato recedente, con la conseguenza di essere ancor più restii rispetto alla possibilità di proporre obiezioni.⁷⁹

9. Conclusioni

L'esame della normativa internazionale sulla rappresentanza dello Stato in materia di stipula e di recesso, condotto alla luce degli sviluppi che hanno caratterizzato gli ordinamenti statali e quello internazionale, ha evidenziato l'inattualità della mancata attribuzione di rilevanza alle disposizioni costituzionali sulla competenza a denunciare gli accordi.

L'assenza di una regola che, sul modello dell'art. 46, consenta di annullare la denuncia di un trattato effettuata in violazione del riparto di competenze interno, sebbene potesse essere legittima all'epoca della redazione della Convenzione in ragione della diffusione quasi nulla di limiti all'autorità dell'esecutivo in materia, non risulta giustificata in relazione al contesto attuale e alle mutate esigenze che esso impone. Il fatto che, da trent'anni a questa parte, un crescente numero di ordinamenti abbia avvertito il bisogno di sottoporre anche il recesso allo stesso sistema di *check and balance* cui la stipula degli accordi era già soggetta porta a ritenere che anche in materia di denuncia degli accordi la

⁷⁸ Per un'attenta analisi sulla questione si rinvia a M. Buscemi, L. Marotti, *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, cit., p. 952 e ss.

⁷⁹ Come ammesso dalla stessa D. Russo, *Possono i Capi di Governo recedere dai trattati senza coinvolgere i Parlamenti nazionali?*, cit.

separazione dei poteri dovrebbe ricevere quella salvaguardia che l'ordinamento internazionale già predispone in sede di conclusione dei trattati.

Tale idea trova peraltro supporto nei crescenti sforzi compiuti dagli organismi internazionali e regionali per salvaguardare i valori democratici e lo stato di diritto come presupposti per perseguire gli obiettivi della comunità internazionale. Soprattutto, a rafforzare l'idea che sul piano internazionale possa e debba essere riconosciuta rilevanza ad eventuali violazioni della competenza interna sono proprio le indicazioni fornite dall'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea e dall'opinione consultiva OC-26/20 della Corte interamericana.

Come si è evidenziato, una soluzione per ovviare all'ormai irragionevole differenza di trattamento che il diritto internazionale riserva alle violazioni della norma interna in materia di stipula e di recesso potrebbe essere rappresentata dall'applicazione analogica dell'articolo 46. Al di là delle eventuali difficoltà pratiche, tale soluzione pare quella più idonea a salvaguardare l'interesse degli Stati a che la propria scelta di recedere sia autentica e formata nel rispetto dei principi costituzionali e, al contempo, quella che comporta meno rischi in relazione al legittimo affidamento degli altri membri dell'accordo. Per quanto attiene all'interesse di questi ultimi alla prosecuzione degli accordi denunciati in maniera incostituzionale, sembra che, a certe condizioni, possa venire in supporto l'art. 65 paragrafo 2 della Convenzione. La scarsa propensione mostrata sino ad oggi dagli Stati ad opporre obiezioni ai sensi di tale norma desta tuttavia delle perplessità sull'effettiva utilità della norma in relazione alla problematica in oggetto.

Conclusioni

L'indagine condotta nel corso del presente lavoro ha rilevato, tanto nell'ambito degli ordinamenti statali quanto sul piano internazionale, la sussistenza di tendenze evolutive in relazione alla disciplina della competenza a recedere.

Per quanto attiene all'ambito statale, si è visto come un numero crescente di ordinamenti, a partire dai primi anni Novanta in poi, abbia introdotto limiti al potere dell'esecutivo di denunciare gli accordi internazionali e abbia promosso la partecipazione dei parlamenti ai procedimenti di recesso. In ragione di tali sviluppi, un numero sempre maggiore di Stati tende ad imporre per la decisione di uscire dai trattati lo stesso sistema di *check and balance* già previsto per la conclusione degli accordi.

Questa tendenza pare attribuibile alla crescente consapevolezza circa le possibili conseguenze del recesso, le quali in certi casi risultano di portata equiparabile a quelle prodotte dalla stipula. La denuncia, specialmente quando abbia ad oggetto accordi che vanno a disciplinare aspetti di grande rilievo, può difatti comportare modifiche sostanziali all'ordinamento statale oppure avere l'effetto di privare gli individui dei diritti e degli strumenti di tutela che derivavano dall'adesione all'accordo. In ragione di tali aspetti, la partecipazione dei parlamenti alla formazione della volontà di recedere rappresenta sia uno strumento utile a garantire le proprie prerogative da eventuali sconfinamenti dell'esecutivo nell'ambito di competenza del potere legislativo, sia un mezzo per assicurare un certo grado di legittimazione democratica alla scelta del governo di denunciare gli accordi. Come si è avuto modo di dedurre dalle parole dei giudici sudafricani e di quelli di San José, peraltro, l'intervento degli organi legislativi può costituire anche un mezzo per consentire alla società civile di interloquire con le istituzioni, assicurando così una maggiore partecipazione pubblica all'assunzione della decisione.

Nei casi giurisprudenziali che si sono discussi, lo stesso potere legislativo è apparso d'altronde ben consapevole della necessità di salvaguardare la propria sfera di competenza dalle ingerenze del governo e di garantire il proprio controllo sulla scelta di uscire dai trattati. Lungi dal dimostrare acquiescenza, i rappresentanti parlamentari si sono opposti alla condotta dell'esecutivo tanto nelle aule del Parlamento quanto in quelle di tribunale.

Sono peraltro le stesse vicende giudiziarie che, oltre a delineare un ruolo di primo piano del potere giudiziario nella valutazione della legittimità dei procedimenti di recesso, hanno confermato la tendenza al coinvolgimento del potere legislativo già riscontrata sul piano normativo. Sebbene gli ordinamenti in cui le pronunce sono state emesse non fissassero limiti alla competenza dell'esecutivo e benché non fosse prevista dalla normativa interna alcuna partecipazione dei parlamenti, i requisiti procedurali sono stati imposti dai giudici in quanto mezzi necessari per salvaguardare la separazione dei poteri e lo stato di diritto.

Costituisce un elemento di grande rilievo il fatto che l'esigenza di rispettare l'allocazione interna della competenza a recedere venga percepita non solo sul piano interno ma anche, in certi casi, su quello sovranazionale, come dimostrano la regola contenuta nell'art. 50 TUE e le indicazioni fornite nell'opinione consultiva OC-26/20 della Corte interamericana. In tali contesti l'imposizione della conformità del recesso ai procedimenti costituzionalmente previsti rappresenta tanto un'esigenza dettata dagli effetti che l'uscita è destinata a produrre sui diritti individuali, quanto la conseguenza dell'obbligo degli Stati membri di rispettare valori come la democrazia rappresentativa e lo stato di diritto, consacrati dagli stessi trattati come principi condivisi dai membri dell'accordo e come presupposti per il perseguimento degli obiettivi comuni.

Tali aspetti fanno sì che il rispetto delle norme interne relative al recesso divenga in entrambi i casi una questione il cui interesse travalica i confini nazionali.

In relazione al primo caso, pur sussistendo dei dubbi sulle rispettive competenze delle istituzioni eurounitarie, si è detto di come debba ragionevolmente riconoscersi un potere di controllo di questi ultimi organi circa la legittimità costituzionale del recesso, dal momento che detto requisito rappresenta un obbligo espressamente sancito dal Trattato sull'Unione Europea.

I giudici di San José, da parte loro, hanno indicato il rispetto dei procedimenti costituzionalmente previsti e la democraticità della decisione come criteri per valutare la buona fede dello Stato recedente e quindi, in ragione della peculiare natura dei trattati sui diritti umani, hanno attribuito agli altri Paesi membri il compito di vigilare sul soddisfacimento di tali requisiti e di obiettare contro la denuncia degli accordi laddove la stessa non sia ritenuta conforme, così da attivare i meccanismi della garanzia collettiva.

Sebbene gli elementi forniti dai due casi debbano essere ricondotti alle peculiarità dei trattati interessati, di certo offrono delle importanti indicazioni sulla possibilità di stabilire un nesso fra la legittimità costituzionale del recesso e la sua validità sul piano internazionale, tanto tramite l'introduzione di clausole espresse negli accordi, quanto, allorché la natura del trattato lo consenta, in via interpretativa.

Per di più, questi due casi vanno a confermare, anche in un ambito come quello del recesso, il progressivo superamento di quel paradigma basato sull'indifferenza dell'ordinamento internazionale nei confronti degli assetti interni agli Stati. Nel fare ciò, si pongono nel solco di quella più generale tendenza degli organismi regionali e internazionali a consacrare il rispetto dei valori democratici e dello stato di diritto come presupposti per garantire la coesistenza pacifica e la cooperazione fra gli Stati, così da tutelare gli interessi comuni.

Al di là del valore che le linee di tendenza riscontrabili sul piano statale e su quello internazionale assumono in sé, le stesse rappresentano l'indice di un mutamento del contesto che, considerato nel suo

insieme, induce a sostenere l'inattualità dell'approccio alla materia della competenza a recedere delineato nella Convenzione di Vienna.

Gli sviluppi della normativa statale hanno fatto sì che in molti ordinamenti l'allocazione di tale competenza sia assai più articolata di quanto non lo fosse durante i lavori preparatori per la Convenzione. Se la quasi totale assenza di norme volte ad assicurare la partecipazione dei parlamenti ai procedimenti di recesso e la conseguente assenza di un'esigenza di salvaguardare la separazione dei poteri in quell'ambito avevano giustificato una differenza di trattamento rispetto alla materia della stipula, le esigenze attuali rendono quell'approccio differenziato ormai irragionevole.

Al contempo, sono il progressivo disconoscimento di quella tradizionale indifferenza dell'ordinamento internazionale rispetto agli assetti interni agli Stati e la consacrazione dei valori democratici, della sovranità popolare e dello stato di diritto a rendere oggi legittimo attendersi la tutela, anche oltre i confini nazionali, di quell'equilibrio fra i diversi organi imposto dalla costituzione di ciascuno Stato per garantire il controllo democratico sulla scelta di recedere.

Come si è detto, alcune soluzioni per ovviare all'assenza di una regola che attribuisca espressamente rilevanza alla violazione delle norme interne sul recesso possono essere individuate tramite un'interpretazione delle disposizioni della Convenzione di Vienna che tenga conto del mutato contesto. L'estensione dell'articolo 46 alle ipotesi di recesso, pur con le possibili difficoltà che potrebbe incontrare sul piano applicativo, appare il mezzo più idoneo per salvaguardare sia l'allocazione interna della competenza, sia la stabilità dei trattati, risultando quindi la soluzione più indicata per perseguire, anche in materia di denuncia degli accordi, gli obiettivi sottesi alla disciplina internazionale del *treaty-making power*. Al contempo, si può ipotizzare che la facoltà di opporre obiezioni circa la legittimità del recesso, prevista dall'art. 65 par. 2 della Convenzione, possa essere impiegata dai Paesi membri di un accordo anche laddove l'invalidità sia desunta dall'incostituzionalità della denuncia. Tuttavia, come si è detto, tale possibilità dovrebbe essere riconosciuta solamente a certe condizioni e, peraltro, sussistono valide ragioni per mettere in dubbio il suo effettivo utilizzo da parte degli Stati.

In chiusura, vale comunque la pena di evidenziare come l'indagine condotta, essendo basata sull'esame della prassi, non possa per sua natura fornire risposte definitive sul tema, ma possa farlo solamente in relazione alla situazione attuale. Soltanto una costante attenzione agli sviluppi futuri permetterà di verificare se le linee di tendenza riscontrate riceveranno conferma, con l'effetto di fornire ulteriore supporto alla tesi sostenuta, o se si assisterà ad una inversione di rotta.

Bibliografia

- ACCONCIAMESSA L., *Il dramma dei vicoli ciechi: sui principi costituzionali come casa di esclusione dell'illecito internazionale*, in SIDI Blog, maggio 2021;
- ADENITIRE J., *The Executive Cannot Abrogate Fundamental Rights without Specific Parliamentary Mandate: The Implications of the EU Charter of Fundamental Rights for Triggering Art 50*, in UK Constitutional Law Association Blog, 21 luglio 2016;
- ANZILOTTI D., *Corso di diritto internazionale*, vol. 1, CEDAM, Padova, 1955;
- ANZILOTTI D., *Cours de Droit International*, vol. 1, Recueil Sirey, Parigi, 1929;
- ARMSTRONG K., *Has Article 50 Really Been Triggered?*, in UK Constitutional Law Association Blog, 14 giugno 2017;
- ARMSTRONG K., *Push Me, Pull You: Whose Hand on the Article 50 Trigger?*, in UK Constitutional Law Association Blog, 27 giugno 2016;
- ARVIND T.T., KIRKHAM R., STIRTON L., *Article 50 and the European Union Act 2011: Why Parliamentary Consent is Still Necessary*, in UK Constitutional Law Association Blog, 1 luglio 2016
- ATHANASSIOU P., *Withdrawal and expulsion from the EU and EMU: some reflections*, in ECB Legal Working Paper Series, 10, 2009, pp. 1–47;
- AYALA CORAO C., *Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela*, in *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, anno XIX, Bogotá, 2013, pp. 43-79;
- BARBER N., HICKMAN T., KING J., *Pulling the Article 50 “Trigger”: Parliament’s Indispensable Role*, in UK Constitutional Law Association Blog, 27 giugno 2016;
- BELÉM LOPES D., SCHETTINO VALENTE M., *Constitutions and Foreign Affairs*, in C. Hübner Mendes, R. Gargarella, S. Guidi (a cura di), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, 2022, pp. 515-532;
- BERGLUND S., *Prison or voluntary cooperation? The possibility of withdrawal from the European Union*, in *Scandinavian Political Studies*, 29(2), 2006, pp. 147–167;
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, J.B. Lippincott Company, Philadelphia, 1893;
- BLIX H., *Treaty-Making Power*, Stevens, Londra, 1960;
- BLUNTSCHLI J.C., *Le Droit International Codifié*, Guillaumin, Parigi, 1895;
- BOGDANOR V., *Beyond Brexit. Towards a British Constitution*, I.B. Tauris, Londra, 2019;
- BOGDANDY A. VON, SCHILL S., *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 5, ottobre, 2011, pp 1417-1453;

- BOGNETTI G., *The Role of Italian Parliament in the Treaty-Making Process*, in *Chicago-Kent Law Review*, 67, 1991, pp. 391-412;
- BRADLEY C.A., *Exiting Congressional-Executive Agreements*, in *Duke Law Journal*, 67, 2018, pp. 1615-1645;
- BRADLEY C.A., Goldsmith J.L., *Presidential Control over International Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 131, 2018, pp. 1201-1297;
- BRADLEY C.A., Helfer L.R., *Treaty Exit in the United States: Insights from the United Kingdom or South Africa?*, in *AJIL Unbound*, 111, 2017, pp. 428-433;
- BRADLEY C.A., *Treaty Termination and Historical Gloss*, in *Texas Law Review*, 92, 2014, pp. 773-835;
- BRIERLY J.L., *Third Report on the Law of Treaties by Mr J.L. Brierly, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission* 1952, vol. II, pp. 50-56;
- BRIERLY J.L., *Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur* in *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, vol. II, pp. 222-248;
- BRUNDTLAND G.H., *The UN @75. The Future of Partnership and Multilateralism*, in *Global Governance*, 26, 2020, pp. 545-552;
- BUAN L., *Additional petition filed with SC vs withdrawal from Int'l Criminal Court*, 13 giugno 2018, <<https://www.rappler.com/nation/204790-pcicc-petition-supreme-court-icc-withdrawal/>>;
- BUERGENTHAL T., *The Inter-American Court of Human Rights* in *The American Journal of International Law*, 76(2), 1982, pp. 231-245;
- BURLUMAQUI J.-J., *Principes du droit politique*, vol. 1, 1763;
- BUSCEMI M., *Escaping without an Exit Door? Some Remarks on Article 56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in Light of the Recent Practice*, in G. Pascale e S. Tonolo (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022, pp. 157-185;
- BUSCEMI M., MAROTTI L., *Obblighi procedurali e conseguenze del recesso dai trattati: quale rilevanza della Convenzione di Vienna nella prassi recente?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2019, fasc. IV, pp. 939-976;
- ÇALI B., HELFER L.R., *The Gender of Treaty Withdrawal: Lessons from the Istanbul Convention*, in *EJIL: Talk!*, 28 novembre 2022;
- CANNIZZARO E., *Diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2018;
- CANNONE A., *La denuncia dei trattati internazionali nella teoria e nella prassi costituzionale italiana*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1/1984, pp. 16 e ss.;

- CAPORALI G., *Le sentenze Miller I e II: sovranità del Parlamento o sovranità della Corte Suprema?*, in *Federalismi*, n. 10/2020, pp. 64-131;
- CAPOTORTI F., *L'extinction et la suspension des traités*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 134, Springer, 1971;
- CARVALE G., *Theresa May vs. Thomas Erskine May: un bug nel modello Westminster?*, in *Nomos*, n. 1/2019;
- CASSESE A., *Modern Constitutions and International Law*, Volume 192, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 192, Springer, 1985;
- CASSESE A., *Commento all'art. 80 della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della, Art. 76-82, La formazione delle leggi, Tomo II*, Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 150-196;
- CASSESE A., *Il contributo degli internazionalisti ai lavori del Ministero per la Costituente*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1977, pp. 47-58;
- CHAILLEY P., *La Nature Juridique des Traités Internationaux selon le Droit Contemporain*, Recueil Sirey, Parigi, 1932;
- CHEHTMAN A., *Constitutions and international law*, in *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, in C. Hübner Mendes, R. Gargarella, S. Guidi (a cura di), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 533-554;
- CIAMPI A., *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, in E. Cannizzaro (a cura di), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 360-377;
- CONFORTI B., LABELLA A., *Invalidity and Termination of Treaties: The Role of National Courts*, in *European Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1990, pp. 44-66;
- COX N., *The Royal Prerogative and Constitutional Law: A Search for the Quintessence of Executive Power*, Routledge, 2021;
- CRAIG P., *Engagement and Disengagement with International Institutions. The U.K. perspective*, in C. Bradley, *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 393-410;
- CRAIG R., *Can the Government Use the Royal Prerogative to Extend Article 50?*, in *U.K. Const. L. Blog*, 9 gennaio 2018;
- CRAWFORD J., *The Current Political Discourse Concerning International Law*, in *Modern Law Review*, 81(1), 2018, pp. 1-22;
- DE SENA P., STARITA M., *Corso di diritto internazionale*, il Mulino, Bologna, 2023;
- DICEY A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed, 1885, Liberty Fund Publishing, reprint 2001;

- DRINÓCZI T., BIEN-KACAŁA A. (a cura di), *Rule of Law, Common Values, and Illiberal Constitutionalism. Poland and Hungary within the European Union*, Routledge, 2021;
- DONATI D., *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, UTET, Torino, 1906;
- DÖRR O., SCHMALENBACH K. (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2018;
- DUFF A., *Everything you need to know about Article 50 (but were afraid to ask)*, in *Verfassungsblog*, 3 luglio 2016;
- DUGARD J., *Kaleidoscope: International Law and the South African Constitution*, in *European Journal of International Law*, vol. 8, n. 1, 1997, pp. 77-92;
- DUGARD J., *International Law and the 'Final' Constitution*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 11, n. 2, 1995, pp. 241-251;
- ECKHOUT P., FRANTZIOU E., *Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading*, in *Common market law review*, vol. 54, n. 3, giugno 2017, pp. 695-733;
- EHM F., *The Democracy Obligation According to International Law: A Study of the Dwindling Neutrality of International Law with Respect to Internal Government Structures*, in *Völkerrechtsblog*, 22 febbraio 2016;
- EICHENSEHR K., *Treaty Termination and the Separation of Powers*, in *Virginia Journal of International Law*, 53, 2013, pp. 247-308;
- ELLIOTT M., *The Supreme Court's Judgment in Miller: In Search of Constitutional Principle*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 76, n. 2, giugno 2017, pp. 257 – 288;
- ELLIOTT M., *Brexit: On why, as a matter of law, triggering Article 50 does not require Parliament to legislate*, in *Public Law for Everyone Blog*, 30 giugno 2016;
- ENDICOTT T., *Lord Reed's Dissent in Gina Miller's Case and the Principles of our Constitution*, in *United Kingdom Supreme Court Yearbook*, 8/2017, pp. 259-281;
- EVOLA M., *Comparing the Practice of Accession to and Withdrawal from the European Union*, in *Brexit and Article 50 TEU: A constitutionalist reading*, in *Common market law review*, vol. 54, n. 3, pp. 439 – 464;
- FARAGUNA P., DRINÓCZI T., *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *Verfassungsblog*, 21 febbraio 2022;
- FAÚNDEZ LEDESMA H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004;
- FERNANDEZ G.B., *Outside the Margin for Error: The Invalidity of the Philippines' Withdrawal from the Rome Statute*, in J. Vidmar, R. Kok et al (a cura di), *Hague Yearbook of International Law 2020*, Brill, Leida, 2022, pp. 76-119;

- FERRARI G.F., *La Corte Suprema, Brexit e le sorti del costituzionalismo britannico*, in *Forum DPCE Online*, 2017/1, pp. 95-97;
- FERRARI BRAVO L., *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei trattati*, Morano, Napoli, 1964;
- FIELD D.D., *Draft Outlines of an International Code*, Baker, Voorhis, New York, 1872;
- IORE P., *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica*, UTET, Torino, 1915;
- FITZMAURICE G., *Fourth report by Sir Gerald Fitzmaurice, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1959, vol. II, pp. 37-81;
- FITZMAURICE G., *Third report by G. G. Fitzmaurice, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission 1958*, vol. II, pp. 20-46;
- FOX G.H., *Constitutional Violations and the Validity of Treaties: Will Iraq Give Lawful Consent to a Status of Forces Agreement?* In *Wayne State University Law School Research Paper*, n. 08-25, 2008;
- FOX G.H., *The Right to Political Participation In International Law*, in *Yale Journal of International Law*, n. 17, 1992, pp. 539-607;
- FRANCK T., *The Emerging Right to Democratic Governance*, in *American Journal of International Law*, 86, 1992, pp. 46-91;
- FRANKOWSKA M., *Competence of State Organs to Denounce a Treaty: Some Internal and International Legal Problems*, in *Polish Year Book of International Law*, 7, 1975, pp. 277-314;
- GEVERS C., *International Criminal Law in South Africa*, in E. de Wet, H. Hestermeyer, R. Wolfrum (a cura di) *The Implementation of International Law in Germany and South Africa*, Pretoria University Law Press, 2015, pp. 403-441;
- FRIEL R.J., *Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, n. 2, aprile 2004, pp. 407-428;
- GARCIA RAMÍREZ S., CITLALLI NARVAEZ DELGADO K., *La denuncia de tratados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: OC-26/20*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, pp. 847-850;
- GIANELLO S., *Il caso “Miller” davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017;
- GIEGERICH T., *Article 54*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer, 2018, pp. 1015-1033;
- GOLIA A.J., *La forza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 3/2019, pp. 47-100;

- GOSS C., *Constitutional Aspects of Treaty Withdrawal - South Africa and the Rome Statute*, in *IACL-AID BLOG*, 22 marzo 2017;
- GÖZLER K., *Cumhurbaşkanının uluslararası sözleşmeleri feshetmeye yetkisi var mı?*, 21 marzo 2021, <<https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>>;
- GRECO D., *L'“adattamento” del diritto internazionale ai principi comuni degli ordinamenti interni e i suoi limiti*, in *SIDI Blog*, ottobre 2021;
- GROSSI V., *La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(2), pp. 200-214;
- GRUSZCZYNSKI L., MENKES M.J., BILKOVA V., D. FARAH P.D. (a cura di), *The Crisis of Multilateral Legal Order. Causes, Dynamics and Implications*, Routledge, Londra/New York, 2022;
- HAMILTON A., *Federalist no. 75. The Treaty Making Power of the Executive*, <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/text-71-80#s-lg-box-wrapper-25493467>>;
- HATHAWAY O.A., *Treaties' End: The Past, Present and Future of International Lawmaking in the United States*, in *The Yale Law Journal*, vol. 117, n. 8, 2008, pp. 1236-1372;
- HELPER L.R., *Treaty Exit and Intra-Branch Conflict at the Interface of International and Domestic Law*, in C. A. Bradley (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 355-372;
- HELPER L.R., *Taking Stock of Three Generations of Research on Treaty Exit*, in *Israel Law Review*, vol. 52, n. 1, 2019, pp. 103-117;
- HELPER L.R., *Terminating treaties* in D.B. Hollis (a cura di), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 634-649;
- HELPER L.R., *Exiting Treaties*, in *Virginia Law Review*, 95, 2005, pp. 1579-1648;
- HILL J., *Aust's Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023;
- HILLION C., *Leaving the European Union, the Union way. A legal analysis of Article 50 TEU*, Swedish Institute for European Policy Studies, European Policy Analysis, 2016;
- HITTERS J.C., *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de constitucionalidad y convencionalidad)* in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 2008, pp. 131-156;
- HICKMAN T., *Public Law After the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2010;
- HOFFMEISTER F., *Article 7*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2018, pp. 129-143;
- HUYSMANS P., *Enlargement and exit: The origins of Article 50*, in *European Union Politics*, vol. 20(2), 2019, pp. 155–175;

- IKENBERRY J., *A World Safe for Democracy: Liberal Internationalism and the Crises of Global Order*, Yale University Press, 2020;
- INGRAVALLO I., *Recenti sviluppi in tema di repressione dei crimini internazionali in Africa*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2019, pp. 239-253;
- JONES B., MALCORRA S., *Competing for Order. Confronting the Long Crisis of Multilateralism*, Editorial Instituto de Empresa, 2020;
- KARIA P.M., *South Africa's Withdrawal from The Rome Statute: A Note on Democratic Alliance v. Minister of International Relations and Cooperation and Others*, in *African Journal of Legal Studies*, 10, 2017, pp. 227-233;
- KEARNY R.D., *Internal Limitations on External Commitments — Article 46 of the Treaties Convention*, in *The International Lawyer*, 1969, Vol. 4, n. 1, pp. 1-21;
- KEIGHTLEY R., *Public International Law and the Final Constitution*, in *South African Journal on Human Rights*, vol. 12, n. 3, 1996, pp. 405-418;
- KELSEN H., *La transformation du droit international en droit interne*, in *Revue générale de droit international public*, 1936, pp. 5-49;
- KOH H.H., *Presidential Power to Terminate International Agreements*, in *The Yale Law Journal Forum*, 12 novembre 2018, pp. 432-481;
- KRIEGER K., *Article 67*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2018, pp. 1253-1258;
- KU J., YOO J., *Trump Might be Stuck with NAFTA*, L.A. Times, 29 novembre 2016;
- LABUDA P.I., *The African Union's Collective Withdrawal from the ICC: Does Bad Law make for Good Politics?*, in *EJIL: Talk!*, 15 febbraio 2017;
- LAUTERPACHT H., *Report on the Law of Treaties by Mr H Lauterpacht, Special Rapporteur*, in *Yearbook of the International Law Commission 1953*, vol. II, pp. 90-159;
- LENTZ C., *State Withdrawals of Jurisdiction from an International Adjudicative Body*, in L. Gruszczynski, M. Menkes, V. Bilkova, P. Farah, *The Crisis of Multilateral Legal Order: Causes, Dynamics and Implications*, Routledge, 2022, pp. 105-124;
- LIPPOLIS V., *La Costituzione italiana e la trasformazione dei trattati internazionali*, Maggioli Editore, Rimini, 1989;
- LIXINSKI L., *The 'collective guarantee' of international human rights: Creating, reinforcing, and undoing legitimacies and mandates between law and politics*, in *Questions of International Law*, 30 aprile 2021;
- LOCKE J., *The Second Treatise of Civil Government*, Awnsham Churchill, Londra, 1690;

- LÜBBE-WOLFF G., *Democracy, Separation of Powers and International Treaty-Making*, in *Current Legal Problems*, vol. 69, n. 1, 2016, pp. 175–198;
- MAGGI L., *Adattamento a rovescio e obblighi a realizzazione progressiva: una (possibile) lettura*, in *SIDI Blog*, luglio 2021;
- MALARINO M., *Judicial Activism, Punitivism, and Supranationalization: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights* in *International Criminal Law Review*, vol. 12, 2012, pp. 665-695;
- MAQUNGO S., *The establishment of the International Criminal Court: SADCs participation in the negotiations*, in *African Security Review*, vol. 9, n. 1, 2000, pp. 42-53;
- MARINONI M., *La responsabilità degli Stati per atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Athenaeum, Roma, 2013;
- MARTINELLI C., *L'isola e il continente: un matrimonio di interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze Brexit*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017;
- MAURI D., *Litigating Treaties by Means of Article 46 of the Vienna Convention on the Law of Treaties* in G. Pascale e S. Tonolo (a cura di), *The Vienna Convention on the Law of Treaties: The Role of the Treaty on Treaties in Contemporary International Law*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022;
- MCCORKINDALE C., MCHARG A., *Continuity and Confusion: Towards Clarity? – The Supreme Court and the Scottish Continuity Bill*, in *U.K. Constitutional Law Association Blog*, 20 dicembre 2018
- MCCORKINDALE C., McHarg A., *Continuity and Confusion: Legislating for Brexit in Scotland and Wales (Part I)*, in *U.K. Constitutional Law Association Blog*, 16 marzo 2018;
- MCNAIR D.A., *Law of Treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961;
- NESI G., *Diritto internazionale e diritto interno nel recesso dai trattati*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 4, 2019, pp. 977-1005;
- NOGUEIRA ALCALÀ H., *Los tratados internacionales en el ordinamiento jurídico chileno*, in *Revista Ius et Praxis*, vol. 2, n. 2, 1997, pp. 9-62;
- OLUGBUO B., *Implementation of the Rome Statute of International Criminal Court: An Analysis of the South African Legislation*, in *Eyes on the ICC*, vol. 1, n. 1, 2004, pp. 219-232;
- PACHECO GÓMEZ P., *La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *En Memoria del Seminario: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI. San José, Costa Rica. 23 y 24 de noviembre de 1999*, Tomo I, 2a ed., 2003, pp. 71-89;
- PEPLOW A., *Withdrawal from the ECHR after Miller – A Matter of Prerogative?*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 28 febbraio 2017;

- PAYNE S., *The Royal Prerogative*, in M. Sunkin, S. Payne, *The Nature of the Crown: a Legal and Political Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 77-110;
- PECH L., *The Rule of Law as a Well-Established and Well-Defined Principle of EU Law*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, giugno 2022, pp. 107-138;
- PETERS A., *Treaty Making Power*, in A. Peters and R. Wolfrum (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press online, 2009;
- PHILLIPSON G., YOUNG A.L., *Would use of the prerogative to denounce the ECHR 'frustrate' the Human Rights Act? Lessons from Miller*, in *Public Law*, 2017, pp. 150-175;
- POOLE T., *The Strange Death of Prerogative in England*, in *LSE Legal Studies Working Paper No. 21/2017*;
- POOLE T., *United Kingdom: The royal prerogative*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, n. 1, 2010, pp. 146-155;
- REINSTEIN R.J., *The Limits of Executive Power*, in *American University Law Review* 59, n. 2, dicembre 2009, pp. 259-337;
- RENSMANN T., *Article 46*, in O. Dörr, K. Schmalenbach (a cura di), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer, 2018, pp. 837-868;
- ROA J.E., *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Colección Temas de Derecho Público*, n. 94, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015
- ROCAMORA J.A.L., *Gov't officially serves PH's ICC withdrawal notice to UN*, 16 marzo 2018, <<https://www.pna.gov.ph/articles/1028923>>;
- ROSA F., *Westminster first*, in *DPCE on line*, 2017/1, p. 105 e ss;
- ROUSSEAU J.-J., *Lettre écrites de la montagne*, in *Collection complète des oeuvres*, Genève, 1780-1789, vol. 6;
- RUGGIE J.G., *Multilateralism: The anatomy of an institution*, in *International Organization*, vol. 46, n. 3, 1992, pp. 561-598;
- RUOTOLO G.M., *Lo strano caso dell'adattamento a rovescio: il diritto interno come strumento di "qualificazione" del diritto internazionale e la cosa della palude*, in *SIDI Blog*, aprile 2021;
- RUSSO D., *Possono i Capi di Governo recedere dai trattati senza coinvolgere i Parlamenti nazionali?*, in *SIDI Blog*, aprile 2021;
- RUSSO D., *La rilevanza internazionale delle norme interne sulla competenza a denunciare i trattati*, in *Osservatorio sulle fonti*, anno XIII, fasc. 3, 2020, pp. 1295-1311;
- SCELLE G., *Précis de droit des gens: principes et systématique*, Recueil Sirey, Parigi, 1932;
- SCHNABLY S.J., *Emerging International Law Constraints on Constitutional Structure and Revision: A Preliminary Appraisal*, in *University of Miami Law Review*, vol. 62, n. 2, 2008, pp. 417-489;

- SGRÒ F., *Il caso "Brexit": qualche considerazione sulla sovranità parlamentare e sul sistema delle fonti nell'ordinamento costituzionale britannico dopo la sentenza della Supreme Court of the United Kingdom*, in *Federalismi*, 5/2017, pp. 1-34;
- SINCLAIR I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984;
- SIRA SANTANA G., *El bloque de constitucionalidad y su tratamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, in *Derecho y Sociedad*, n. 18, 2021, pp. 325-340;
- SOLEY X., STEININGER S., *Parting ways or lashing back? Withdrawals, backlash and the Inter-American Court of Human Rights*, in *International Journal of Law in Context*, vol. 14, 2018, pp. 237-257;
- SPERDUTI G., *Rilevanza internazionale delle disposizioni costituzionali sulla stipulazione dei trattati e suoi limiti*, in *Scritti internazionali in onore di Tomaso Perassi*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 302-333;
- STEININGER S., *Don't Leave Me This Way: Regulating Treaty Withdrawal in the Inter-American Human Rights System*, in *EJIL:Talk!*, 5 marzo 2021;
- STRYDOM H., HOPKINS K., *International Law*, in S. Woolman & M. Bishop (a cura di), *Constitutional Law of South Africa*, JUTA & Company Limited, Cape Town, 2013;
- SUCKER F., *Approval of an International Treaty in Parliament: How Does Section 231(2) 'Bind the Republic'?*, in *Constitutional Court Review*, V, 2013, pp. 417-434;
- SUCKER F., CHENWI L., *South Africa's Competing Obligations in Relation to International Crimes*, in *Constitutional Court Review*, VII(1), 2017, pp. 199-245;
- TATHAM A., *"Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling!" EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. Biondi, P. Eeckhout and S. Ripley (a cura di), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- TORRE A., *"Serial Miller". Revival della prerogativa, sovranità parlamentare, Corte Suprema (ed esigenze di codificazione costituzionale?) nel Regno Unito della Brexit: riflessioni sparse*, in *DPCE online*, 2019/4, pp. 2083-2109;
- TORRE A., MARTINO P., *La giurisprudenza della Corte Suprema del Regno Unito nel triennio 2015-2016-2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2018, p. 2910-2973;
- TRACHTMAN J.P., *Trump Can't Withdraw from NAFTA Without a 'Yes' from Congress*, The Hill, 16 agosto 2017;
- TRIEPEL H., *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeld, Lipsia, 1899;
- UWAZURUIKE A., *The AU's journey to an African Criminal Court: a regional perspective*, in *Global Affairs*, Vol. 7, 2021, n. 3, pp. 343-357;

- VARGAS LIMA A.E., *La evolución de la justicia constitucional en Bolivia. Apuntes sobre el modelo de control concentrado y plural de constitucionalidad*, in *Revista Electrónica de Investigación y Asesoría Jurídica*, n. 8, 2017, pp. 370-404;
- VATTEL E DE, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle, Appliqués à la Conduite et aux Affaires de Nations et des Souverains* in JB Scott (a cura di), *The Classics of International Law*, vol. 3, Carnegie Institution, Washington, 1916;
- VENTURA ROBLES M., ZOVATTO D., *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 7, 1988, pp. 159-197;
- VERDIER P-H., VERSTEEG M., *Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal. A global survey*, in C. A. Bradley (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 135-155;
- VILLANI U., *Recesso (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 45-58;
- VILLIGER M., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Nijhoff, 2009;
- WADE W., *Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961;
- VITUCCI C., *La competenza a rappresentare lo Stato nella conclusione dei trattati e la validità degli accordi fra diritto interno e diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 101, n. 3, 2018, pp. 715-752;
- WALDOCK H., *Second Report on the Law of Treaties by Sir Humphrey Waldock*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1963, vol. II, pp. 36-94;
- WATTS A., *The Legal Position in International Law of Head of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Nijhoff, Volume 247, 1994, pp. 11-130;
- WEERTS J., *L'évolution du droit de retrait de l'Union européenne et sa résonance sur l'intégration européenne* in *Cahiers de droit européen*, Vol. 48, n. 2, 2012, pp. 345-407;
- WEILER J.H., *Alternatives to withdrawal from an international organization: the case of the European Economic Community*, in *Israel Law Review*, 20(2-3), 1985, pp. 282-298;
- WERLE G., FERNANDEZ L., Vormbaum M. (a cura di), *Africa and the International Criminal Court*, Springer, l'Aia, 2014;
- WILDHABER L., *Treaty-Making Power and Constitution: an International and Comparative Study*, Helbing & Lichtenhan, Basilea, 1971;
- WOLFF C., *Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractorum*, vol. 2, Clarendon Press, Oxford, 1934;
- WOOLAVER H., *From Joining to Leaving: Domestic Law's Role in the International Legal Validity of Treaty Withdrawal*, in *The European Journal of International Law*, vol. 30, n. 1, 2019, pp. 73-104;

WOOLAVER H., *Domestic and International Limitations on Treaty Withdrawal: Lessons from South Africa's Attempted Departure from the International Criminal Court*, in *AJIL Unbound*, 111, gennaio 2017, pp. 450-455;

WYROZUMSKA A., *Article 50 (Voluntary Withdrawal from the Union)*, in H-J. Blanke, S. Mangiameli (a cura di) *The European Union After Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Springer, 2012, pp. 1385-1418;

ZELADA C.J., *¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?: Una propuesta de reforma para un problema de antaño*, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex), Lima, 2020;

ZICCARDI CAPALDO G., *La competenza a denunciare i trattati internazionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983.

Indice

Introduzione	1
Capitolo 1	
<i>La disciplina interna della competenza a recedere dai trattati: un quadro d'insieme</i>	6
1. Introduzione.	6
2. La disciplina del recesso nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati	8
3. L'allocazione interna della competenza a concludere i trattati	10
4. L'allocazione interna della competenza a recedere dai trattati internazionali	18
5. La <i>political question doctrine</i> e la sua messa in discussione: il caso statunitense	22
6. Gli argomenti posti a sostegno della competenza esclusiva dell'esecutivo e quelli in favore del coinvolgimento parlamentare	30
Capitolo 2	
<i>Actus contrarius e limiti al potere dell'esecutivo: il recesso del Sudafrica e delle Filippine dallo Statuto di Roma della Corte penale internazionale</i>	34
1. Introduzione	34
2. Il Sudafrica e la Corte Penale Internazionale: un rapporto conflittuale	35
3. L'art. 231 della Costituzione sudafricana e la dottrina dell' <i>actus contrarius</i>	38
4. L'importanza della partecipazione pubblica e il tema della perdita dei diritti	42
5. I problemi procedurali della notifica e la biforcazione fra effetti interni ed esterni del recesso	44
6. Il contestato recesso delle Filippine dallo Statuto di Roma	46
7. La decisione della Corte Suprema filippina e il parallelismo delle forme	49
8. Conclusioni	51
Capitolo 3	
<i>Il Regno Unito e la Brexit: fra Parliamentary Sovereignty e Royal Prerogative</i>	53

1. Introduzione	53
2. Il <i>prerogative power</i> dell'esecutivo di recedere dagli accordi internazionali di fronte alla <i>Brexit</i>	54
3. La <i>Royal Prerogative</i> e i principi costituzionali	57
4. Il caso <i>Miller</i> dinanzi alla <i>High Court of Justice</i>	63
5. La decisione della <i>Supreme Court</i>	66
6. La sentenza <i>Miller 1</i> come riaffermazione dei principi costituzionali	70
7. La portata dei limiti al potere dell'esecutivo e la loro applicabilità ad altre ipotesi di recesso	74
8. I criteri fissati nella <i>Miller 1</i> e l'eventuale uscita dalla CEDU	77
9. Conclusioni	82

Capitolo 4

<i>La legittimità costituzionale del recesso come requisito di validità sul piano internazionale alla luce dei principi democratici: l'art. 50 del Trattato sull'Unione Europea e l'opinione consultiva OC-26/20 della Corte interamericana</i>	84
---	----

1. Introduzione	84
2. L'uscita dall'Unione Europea ed il rispetto delle norme costituzionali	87
2.1 L'art. 50 TUE e il valore del rinvio alle norme costituzionali degli Stati	87
2.2 I requisiti del recesso dall'UE alla luce del principio democratico e dello Stato di diritto	91
2.3 I risvolti pratici della norma	98
3. La denuncia dei trattati del sistema interamericano, fra parallelismo delle forme e garanzia collettiva	101
3.1 La disciplina del recesso nel contesto latinoamericano	101
3.2 La funzione consultiva della Corte interamericana	104
3.3 L'opinione consultiva OC-26/20	106
3.4 La costituzionalizzazione dei diritti umani e il suo possibile impatto sul recesso dai trattati sui diritti umani	112
4. La valorizzazione della democrazia e dello stato di diritto nell'ordinamento internazionale come indice del superamento della tradizionale indifferenza verso gli assetti statali	118

5. La particolare natura dei trattati sui diritti umani e la rilevanza del procedimento interno di recesso	122
6. Conclusioni	127

Capitolo 5

<i>La possibilità di attribuire rilevanza internazionale alle norme interne sulla competenza a recedere alla luce del mutato contesto</i>	129
---	-----

1. Introduzione	129
2. La disciplina della rappresentanza in relazione alla stipula e al recesso: una specularità imperfetta	130
3. La tensione fra la sovranità statale e la sicurezza dei trattati: tesi costituzionalista e tesi internazionalista a confronto	133
4. La questione della rilevanza delle norme interne sulla competenza a stipulare nell'ambito dei lavori preparatori della Convenzione di Vienna: la genesi dell'art. 46	136
5. La mancata attribuzione di rilevanza alla normativa costituzionale sul recesso: le possibili cause e la sua odierna inattualità	143
6. La possibilità di applicare in via analogica l'art. 46 al recesso	145
7. Le eventuali difficoltà pratiche dell'applicazione analogica dell'art. 46 in relazione al criterio del carattere manifesto della violazione	148
8. L'obiezione <i>ex art. 65 CVDT</i> come possibile strumento di tutela per gli altri Stati membri	151
9. Conclusioni	154
Conclusioni	156
Bibliografia	159