

Rivista N°: 1/2015  
DATA PUBBLICAZIONE: 06/02/2015

AUTORE: Valeria Piergigli\*

## DIRITTO COSTITUZIONALE E DIRITTO INTERNAZIONALE: DALLA ESPERIENZA DEI PROCEDIMENTI COSTITUENTI ETERODIRETTI ALLA UN POLICY FRAMEWORK ASSISTANCE\*\*

*1. I procedimenti costituenti eterodiretti e gli approcci delle Nazioni Unite. – 2. Ragioni e modalità della eterodirezione: contributo ad un'analisi empirica. – 3. Il Kosovo come caso emblematico. – 4. L'elaborazione di una policy framework per l'assistenza ONU ai procedimenti costituenti e il possibile ampliamento della platea degli stati destinatari. – 5. Conclusioni interlocutorie nell'era del c.d. costituzionalismo globale: un manuale per la stesura della costituzione?*

### 1. I procedimenti costituenti eterodiretti e gli approcci delle Nazioni Unite

L'esistenza di collegamenti e interazioni tra diritto costituzionale e diritto internazionale non è una novità. Ciò che rappresenta, invece, se non esattamente un fatto nuovo, certamente una chiara linea di tendenza è il progressivo convergere di questi due settori della scienza giuridica in presenza di una società internazionale sempre più integrata. Dinamiche interagenti e interconnesse, come la "internazionalizzazione del diritto costituzionale" e la "costituzionalizzazione del diritto internazionale", ormai da qualche tempo attraggono l'interesse della dottrina giuspubblicistica, italiana e straniera<sup>1</sup>, fino a sancire l'emersione di

---

\* Ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Siena — [valeria.piergigli@unisi.it](mailto:valeria.piergigli@unisi.it)

\*\* Il testo sviluppa, corredandolo di note bibliografiche, l'intervento presentato alla Giornata di studi in onore di Margherita Raveraira "Unità della scienza giuridica. Problemi e prospettive" (Roma – Camera dei Deputati, 28 novembre 2014).

<sup>1</sup> Nell'ampia letteratura, cfr.: H. TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, 2000; N. FELDMAN, *Imposed Constitutionalism*, in *Connecticut Law Review*, vol. 37, 2004-2005, p. 857 ss.; F. PALERMO, *Dichiarazione di indipendenza del Kosovo e potere costituente nella prospettiva della Corte Internazionale di Giustizia: dal pluralismo al formalismo*, in L. GRADONI, E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte Internazionale di Giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo. Un'analisi critica*, Padova, 2011, p. 179 ss.; W.C. CHANG, J.-R. YEH, *Internationalization of Constitutional Law*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1166 ss.; E. DE WET, *The Constitutionalization of Pu-*

un diritto costituzionale “mondiale, globale, transnazionale”<sup>2</sup> o, ancora, di un “costituzionalismo oltre lo stato” e oltre le costituzioni, queste ultime tradizionalmente intese come simboli di unità e coerenza in senso giuridico e politico<sup>3</sup>.

Senza indugiare nell’analisi delle ampie tematiche ora riferite, il presente contributo intende riflettere su quella manifestazione della internazionalizzazione del diritto costituzionale che attiene all’esercizio del *pouvoir constituant* e si esprime nei c.d. procedimenti costituenti eterodiretti, meglio definiti come “internazionalmente guidati o assistiti”<sup>4</sup>. Anche il fenomeno delle costituzioni internazionalizzate, in verità, non è di recente acquisizione: è sufficiente ricordare le modalità con cui sono venute alla luce, nel secondo dopoguerra, le costituzioni di alcuni stati sconfitti, quali la Legge fondamentale tedesca e la Costituzione del Giappone, nonché, soprattutto dagli anni Cinquanta del secolo scorso, le costituzioni di molti paesi affacciatisi all’indipendenza dopo lunghi anni di dominazione coloniale. Sebbene non assimilabile alle situazioni della Germania e del Giappone, è noto peraltro che persino l’Italia, in quanto paese vinto, dovette sottostare alle prescrizioni stabilite dalle potenze vincitrici nel trattato di pace del 1947, tra cui quella di assicurare a tutte le persone il godimento dei diritti fondamentali in condizioni di uguaglianza. A questo si aggiunga che l’allegato IV del trattato di pace (c.d. accordo De Gasperi-Gruber) sanciva una serie di impegni del governo italiano a favore della minoranza tedesca dell’Alto Adige e soltanto il rilascio della quietanza liberatoria da parte delle autorità austriache nel 1992 dava atto della attuazione delle obbligazioni assunte dall’Italia, siglando ufficialmente la conclusione della vertenza altoatesina.

Al di là di queste vicende particolari, è comunque a partire dalla storica data del 1989 – e, con successive ondate, a seguito degli attacchi terroristici nel 2001 e della c.d. primavera araba nel 2011 – che si registra a livello planetario, accanto ad un sensibile incremento del numero delle costituzioni adottate o revisionate, un considerevole ricorso a missioni internazionali, specialmente a guida ONU. Tali missioni si propongono di contribuire alla eliminazione dei conflitti e alla (ri)conciliazione sociale, di promuovere la costruzione degli stati e l’acquisizione della piena sovranità, di favorire la formazione di una coscienza nazionale unitaria. Il complesso di queste operazioni, abitualmente etichettate con l’impiego di anglicismi (*peace-keeping*, *peace-building*, *peace-making*, *state-building*, *nation-building*, ecc.), risulta

---

*blic International Law*, ivi, p. 1209 ss.; R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014.

<sup>2</sup> Tra i numerosi contributi su questi aspetti, cfr.: B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, vol. 83, 1997, p. 771 ss.; E.A. YOUNG, *The Trouble with Global Constitutionalism*, in *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 527 ss.; J.-R. YEH, W.-C. CHANG, *The Emergence of Transnational Constitutionalism: Its Features, Challenges and Solutions*, in *Pennsylvania State International Law Review*, vol. 27, n. 1, 2008, p. 89 ss.; D.S. LAW, M. VERSTEEG, *The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 99, n. 5, 2011, p. 1162 ss.; M. ROSENFELD, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in *European Journal of International Law*, vol. 25, n. 1, 2014, p. 177 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: a Constitutionalist Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, vol. 15, n. 4, 2004, p. 931.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998, p. 164 ss. e Id., *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2013, p. 249 ss.

di frequente affiancato da attività, diversamente modulate, di partecipazione internazionale alle procedure di *constitution-building* e *constitution-making*, tanto per rimanere nella casistica e nella terminologia più ricorrente e conosciuta<sup>5</sup>.

In particolare, l'ausilio ai procedimenti costituenti – comprensivi per l'ONU di tutte le attività dirette tanto alla stesura quanto alla revisione delle carte costituzionali – ha ormai assunto un significato centrale nell'ambito delle operazioni di assistenza alle transizioni costituzionali, alla edificazione di assetti istituzionali democratici, alla realizzazione della pace e della sicurezza, interna e internazionale. Basti pensare, nel sistema delle Nazioni Unite, agli interventi profusi da *networks*, dipartimenti e organismi, quali ad esempio lo *UN Development Programme* (UNDP), lo *UN Democracy Fund* (UNDEF), lo *UN Department of Political Affairs*, la *UN Constitutional Assistance* (UNCA) e il *Rule of Law Coordination and Resource Group*, senza trascurare il ruolo del Consiglio di Sicurezza, del Segretario Generale, dell'Alto Commissario per i diritti umani, dei Rappresentanti speciali inviati dall'ONU nei singoli territori. A questi organismi si aggiungono le iniziative di stati membri dell'ONU che talora hanno agito, anche militarmente, allo scopo dichiarato di porre fine a dittature oppure sono intervenuti per siglare accordi di pace, come sarà meglio esposto più avanti. D'altra parte, il sostegno ai processi di transizione e consolidamento democratico non è appannaggio esclusivo delle Nazioni Unite e dei suoi numerosi dipartimenti specializzati. Nel contesto internazionale, infatti, non può essere sottovalutato il ruolo della NATO, mentre, nella più circoscritta dimensione regionale europea, vengono in considerazione le attività a vario titolo condotte, anche a favore di stati extraeuropei, dalla c.d. Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, dall'Ufficio per le relazioni democratiche dell'OSCE e dalla Unione europea. Infine, non è infrequente la pratica degli stessi stati interessati di consultare ONG ed esperti stranieri in occasione della adozione o modifica dei testi costituzionali.

Da circa un quarto di secolo, dunque, forme esterne di coinvolgimento – in verità piuttosto eterogenee tra loro – ai procedimenti costituenti trovano realizzazione a tutte le latitudini e nei contesti geo-politici più diversi. Queste ingerenze non sembrano affatto destinate alla recessione, al punto che le stesse Nazioni Unite hanno avvertito l'esigenza, negli anni recenti, di elaborare alcune linee strategiche, in modo da ridurre al minimo, per il futuro, i rischi

---

<sup>5</sup> Sulla connessione tra missioni internazionali di pace e costituzioni internazionalizzate, v., nella vasta dottrina: N. MAZIAU, *Le costituzioni internazionalizzate. Aspetti teorici e tentativi di classificazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.* n. 4, 2002, p. 1397 ss.; K. SAMUELS, *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, 2005-2006, p. 663 ss.; P. DANN, Z. AL-ALI, *The Internationalized Pouvoir Constituant: Constitution-Making under External Influence in Iraq, Sudan and East Timor*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 10, 2006, p. 423; M. RIEGNER, *The Two Faces of the Internationalized pouvoir constituant: Independence and Constitution-Making Under External Influence in Kosovo*, in *Goettingen Journal of International Law*, n. 2, 2010, p. 1035 ss.; C. GREWE, M. RIEGNER, *Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies. Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15, 2011, p. 1 ss.; H. LUDSIN, *Peacemaking and Constitution-drafting, a Dysfunctional Marriage*, March 2011 ([http://works.bepress.com/hallie\\_ludsin/1/](http://works.bepress.com/hallie_ludsin/1/)); E. HAY, *International(ized) Constitutions and Peacebuilding*, in *Leiden Journal of International Law*, vol. 27, n. 1, 2014, p. 141 ss.

conseguenti ad operazioni improvvisate o non sufficientemente meditate e cercare di valorizzare le *best practices* sottese alle esperienze di successo.

Come accennato, le missioni internazionali di ausilio ai procedimenti costituenti si registrano generalmente all'interno di territori sconvolti da conflittualità etniche o religiose o da guerre civili, oppure in via di accesso all'indipendenza o, ancora, in seno ad ordinamenti sovrani in modalità di supervisione esterna. In particolare, la presenza di violente tensioni o guerre interne è tale da indurre, «obiettivamente o presuntivamente»<sup>6</sup>, a ritenere impossibile l'attivazione di un procedimento costituente autonomo e a considerare impraticabile qualsiasi trattativa per definire valori e istituzioni comuni. Allora, a farsi protagonista della transizione costituzionale e democratica è la comunità internazionale nella forma dell'ONU che agisce, talora su iniziativa di alcuni stati esteri, anzitutto per mettere sotto tutela i territori interessati, poi per costruire un percorso di riorganizzazione istituzionale incentrato sulla assistenza al procedimento elettorale e alla redazione della costituzione – senza escludere eventuali fasi transitorie o provvisorie – e, infine, per sorvegliare l'attuazione del nuovo ordine democratico che gli stessi organismi internazionali hanno contribuito a disegnare.

Gli esempi di costituzioni eteroprodotte sono numerosi: dalla costituzione della Namibia (1990) a quella della Cambogia (1993), da quella “integralmente internazionalizzata” della Bosnia-Erzegovina (1995), fino alle esperienze costituenti più recenti di Timor Est (2002), Afghanistan (2004), Iraq (2005), Kosovo (2008), Sudan (Cost. trans. 2005) e Sud Sudan (Cost. trans. 2011), soltanto per citare alcuni dei casi più noti e studiati. Inoltre, manifestazioni di assistenza costituzionale si sono avute di recente anche per la redazione delle costituzioni di Egitto (2014) e Tunisia (2014). Ognuna di queste situazioni costituisce un caso a sé, diversi essendo – nonostante le similitudini – i presupposti, il grado della partecipazione e le modalità di esplicazione dell'ausilio offerto dall'esterno. Compiere una classificazione che abbracci e cataloghi in maniera completa ed esaustiva tutte le missioni di pace condotte dall'ONU ed i procedimenti costituenti internazionalizzati che frequentemente a quelle si sono accompagnati è, dunque, un compito arduo. Ne è prova la pressoché totale esistenza, tra gli studi scientifici elaborati in questi anni, di approfondimenti che avvicinano soltanto alcune esperienze tra loro – una coppia o, al massimo, una terna – e tentano di metterne in luce gli elementi di analogia, sempre che non ci si limiti ad indagini di tipo monografico<sup>7</sup>. Peraltro, il carattere parziale dell'oggetto della comparazione non è affatto garanzia di risultati concor-

---

<sup>6</sup> V. sul punto, G.G. FLORIDIA, *Il costituzionalismo “a sovranità limitata” tra paradosso e necessità*, in R. ORRÙ, L.G. SCIANNELLA (a cura di), *Limitazioni di sovranità e processi di democratizzazione*, Torino, 2004, p. 16.

<sup>7</sup> Tra le eccezioni in dottrina, che si sforzano di offrire un inquadramento di più ampio respiro, v.: R. WOLFRUM, *International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and Other International Actors*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 9, 2005, p. 649 ss.; G. JONES, J. DOBBINS, *The UN's Record in Nation Building*, in *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, n. 2, 2005-2006, p. 703 ss.; W. MALEY, *Democratic Governance and Post-Conflict Transitions*, ivi, p. 683 ss. Per una rassegna degli interventi, fino al 2011, realizzati dalla *UN Constitutional Assistance*, v. V. SRIPATI, *UN Constitutional Assistance Projects in Comprehensive Peace Missions: An Inventory 1989-2011*, in *International Peacekeeping*, vol. 19, n. 1, 2012, p. 93 ss. Più dettagliati rapporti, di taglio pratico, sono quelli elaborati nell'ambito di organizzazioni internazionali, come *International IDEA* e *Interpeace* su cui v. *infra* §5.

danti, dipendendo gli esiti delle analisi svolte dai parametri e dagli approcci metodologici di volta in volta prescelti.

## 2. Ragioni e modalità della eterodirezione: contributo ad un'analisi empirica

L'esperienza fino ad oggi maturata di testi costituzionali in tutto o in parte predisposti e vagliati da organismi delle Nazioni Unite rivela, dunque, la progressiva intensificazione e legalizzazione di forme di influenza e condizionamento dall'*esterno* rispetto all'esercizio di un potere e di una funzione<sup>8</sup> che, tradizionalmente, dovrebbero ricondursi alla sfera di sovranità e autodeterminazione *interna* dei singoli ordinamenti e delle rispettive comunità. A questo proposito, due precisazioni si impongono.

In primo luogo, è evidente come l'esercizio del potere costituente e lo svolgimento del procedimento di formazione di un nuovo testo costituzionale non siano sempre rimasti identici a se stessi dal momento in cui ha cominciato ad affermarsi in Europa la stagione del costituzionalismo liberale. Le costituzioni concesse dal re negli stati monarchici del XIX secolo, quelle imposte dalle potenze colonizzatrici o vittoriose, rispettivamente, ai nuovi stati usciti dal giogo coloniale o militarmente sconfitti, le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra e, più recentemente, quelle adottate dopo il crollo della ideologia socialista e formalmente ispirate ai valori della democrazia e del pluralismo testimoniano di una trasformazione del potere e della funzione costituente in conseguenza della evoluzione di un complesso di fattori ideologici, storici, politici, sociali, economici. Pertanto, un rinnovamento delle tecniche di elaborazione del testo costituzionale, che ad esempio si apra – volontariamente e consapevolmente – al contributo proveniente da soggetti diversi da quelli nazionali, non dovrebbe destare particolare clamore.

In secondo luogo, e a conferma di quanto appena riferito, probabilmente le carte costituzionali non sono (quasi) mai state l'esito di procedimenti gestiti dalle comunità interessate in maniera completamente libera e scevra da limiti, dovendosi ravvisare modalità più o meno incisive di influenza esterna anche in caso di ricorso al potere costituente domestico, per effetto di vincoli giuridici o politici di rilievo internazionale o in vista della adesione ad organizzazioni sovranazionali che richiedono il rispetto di determinati standard comuni. Dunque, l'ammissione di condizionamenti esterni – se non volontariamente, almeno consapevolmente subiti – ai procedimenti costituenti non dovrebbe meravigliare, tanto più in una società integrata come quella in cui viviamo.

D'altra parte, l'assistenza internazionale può limitarsi alla individuazione di quelli che diventeranno taluni possibili istituti o valori di fondo della redigenda costituzione e della so-

---

<sup>8</sup> Cfr. R. TONIATTI, *Presentazione* al volume di A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, Bologna, 2005, spec. pp. 8-9, il quale distingue tra "processo" e "procedimento" costituente – il cui rapporto coincide con quello che esiste tra costituzione materiale e costituzione formale – e tra "potere" e "funzione" costituente – indicativi, rispettivamente, di un potere diffuso in quanto situazione di fatto e di un potere concentrato in quanto configurabile in senso giuridico-formale –.

cietà destinataria (es. *rule of law*, principio democratico, catalogo di diritti fondamentali e sistema di garanzie) oppure spingersi fino a determinare le regole e i modi per la stesura della stessa carta costituzionale. I due aspetti possono non ricorrere congiuntamente; tuttavia, qualora si conceda agli attori internazionali di determinare l'*an*, il *quomodo* e il *quando*, ossia di decidere l'adozione della costituzione e dettare modalità e tempistica del procedimento costituente, tendenzialmente essi saranno portati a stabilire o comunque a condizionare sensibilmente anche il *quid* e il *quantum*, definendo i contenuti e l'estensione della costituzione stessa. In altre parole, la scelta delle regole procedurali porta inevitabilmente con sé determinate opzioni sostanziali, mentre non è automatica l'ipotesi inversa. Basti pensare alla incorporazione di una serie di convenzioni internazionali a tutela dei diritti fondamentali nelle costituzioni che hanno ricevuto una significativa assistenza al processo di redazione (es. Bosnia-Erzegovina, Kosovo), a differenza di quanto riscontrabile, nella stessa materia, nei testi costituzionali solo parzialmente supportati dalla comunità internazionale (es. Afghanistan, Iraq), facendo propendere, rispettivamente, per una concezione monista o dualista dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale<sup>9</sup>.

Dunque, la presenza internazionale è tangibile, sebbene con intensità variabile nelle diverse esperienze, sia nella forma che nella sostanza. In questa sede, è sul profilo procedurale che si intende portare l'attenzione, proprio per la ragione dianzi accennata: *come* una costituzione viene prodotta ha un impatto inevitabile sulla determinazione dei contenuti e consente di formulare previsioni sulla sua implementazione. Dalla qualità del procedimento costituente, dal metodo seguito e dagli attori coinvolti dipendono la legittimazione e la stabilità del nuovo assetto costituzionale, dall'*iter* impiegato è possibile arguire quale sarà l'attuazione della costituzione che ne scaturisce e prevederne, con ragionevole approssimazione, il successo o il fallimento<sup>10</sup>. Non solo. Dato che questo tipo di procedimenti costituenti trova di solito realizzazione all'interno di società fortemente conflittuali e divise, l'individuazione delle modalità di esercizio della funzione costituente dovrebbe essere oggetto di attenta ponderazione da parte dei titolari (interni e internazionali), perché a quella determinazione sono legate questioni vitali per la comunità che si appresta a ricevere il testo della costituzione, come il consolidamento della pace, del pluralismo e della democrazia.

---

<sup>9</sup> In proposito, cfr. E. Hay, *International(ized) Constitutions*, cit., p. 146; di una «happy relationship» tra diritto nazionale kosovaro e diritto internazionale, con particolare riguardo alla costituzionalizzazione degli strumenti internazionali a tutela dei diritti fondamentali, parlano V. MORINA, F. KORENICA, D. DOLI, *The relationship between international law and national law in the case of Kosovo: a constitutional perspective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, vol. 9, n.1, p. 283.

<sup>10</sup> Come osserva K. SAMUELS, *Post-Conflict Peace-Building*, cit., p. 67, «*how constitutions are made, particularly following civil conflict or authoritarian rule, impacts the resulting state and its transition to democracy*» (corsivo dell'A.). Sul rilievo dell'aspetto procedimentale, prima ancora che su quello sostanziale dei contenuti, v. anche M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform. Options for the Process*, Interpeace, 2011 (su cui *infra* §5) e, in particolare, *Foreword* («Until a few years ago the focus of international constitutional assistance was on providing guidance about the content of a constitution rather than on the process by which it is made. But the way a constitution is made in a war-torn country can play a key role in rebuilding or strengthening state and political systems as well as in securing a durable peace ...») e *Preface* («... *how of making a constitution in today's world is as important as the resulting content*») (corsivo nel testo).

Concentrarsi sull'aspetto procedurale dei compiti di assistenza internazionale non significa limitare l'indagine al momento centrale del *drafting* costituzionale. Infatti, nella sequenza che compone il *constitution-building cycle*, meritano opportuna considerazione anche i passaggi, talora complessi e convulsi, che precedono l'avvio del procedimento costituente, così come la fase che immediatamente segue alla promulgazione del testo costituzionale, una volta completata la sua elaborazione. Pertanto, il "prima" e il "dopo" non sono affatto irrilevanti nella cornice unitaria del procedimento costituente; ognuno di questi momenti – qualunque non sempre nettamente separabili l'uno dall'altro – ha effetti sulla attuazione della costituzione eteroprodotta e sulla sua accettazione da parte della comunità che ne è destinataria.

Emergono, a questo punto, alcuni elementi chiave sui quali vale la pena intrattenersi brevemente, sia per evidenziare, alla luce delle esperienze più conosciute (*supra* §1), le modalità dell'intervento internazionale in ciascuna delle fasi poc'anzi richiamate, sia per provare a individuare spunti utili per le missioni future, alle quali le Nazioni Unite non sembrano affatto desiderose di sottrarsi (*infra* §4).

Quanto alla *fase pre-costituente*, le tipologie dell'assistenza internazionale sono differenti a seconda delle motivazioni, dei contesti specifici di riferimento, delle finalità perseguite, delle basi giuridiche poste a fondamento. Gli interventi dell'ONU o di singoli stati sono valsi a facilitare, di volta in volta, l'acquisizione della piena indipendenza di alcuni territori o, in assenza di alternative praticabili, la secessione dallo stato di appartenenza, la costruzione della identità nazionale, un certo grado di sviluppo economico, la restaurazione della pace e della sicurezza (inclusa quella internazionale), la transizione da conflitti o da regimi autocratici, spesso protrattisi per anni o decenni, e l'avvio di un percorso democratico. Non va esclusa una, almeno parziale, sovrapposizione delle circostanze di fatto ora menzionate, a sua volta suscettibile di riflettersi sulla compresenza di svariate forme di legittimazione delle ingerenze internazionali. Infatti, le diverse modalità di intervento – compreso l'avallo ad azioni militari intraprese da singoli stati o coalizioni di stati (es. Afghanistan e Iraq) oppure dalla NATO (es. Kosovo) – hanno, in realtà, trovato fondamento giuridico in una o più tra le fonti che vengono abitualmente impiegate in questi frangenti, quali le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, i trattati di pace promossi o agevolati dall'ONU, gli accordi tra le parti in conflitto e le Nazioni Unite<sup>11</sup>. Talvolta, la ricerca del consenso ha coinvolto delegazioni locali dello stato interessato (es. Afghanistan) o, in assenza di una entità statale in senso proprio, le trattative sono state condotte con la partecipazione di rappresentanti dei "popoli costitutivi" (Bosnia-Erzegovina). Nell'ambito di comunità frammentate, i negoziati hanno visto partecipare, accanto a coalizioni di stati esteri generalmente guidate dagli Stati Uniti o sotto l'egida

---

<sup>11</sup> In proposito, cfr. R. WOLFRUM, *International Administration in Post-Conflict Situations*, cit., pp. 667-668, il quale precisa che una distinzione così netta non è del tutto corrispondente alla realtà, trovando alcuni interventi una duplice legittimazione – risoluzione e negoziato – come accaduto in Bosnia-Erzegovina e Timor Est, e anche il caso del Kosovo (su cui *infra* §3) non è così nitido quanto a fonti di legittimazione internazionale. Sulla natura degli accordi di pace, cfr. anche C. BELL, *Peace agreements: their Nature and Legal Status*, in *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, p. 373 ss.

dell'ONU, soltanto alcune delle fazioni presenti nel tessuto sociale, quelle tradizionalmente più influenti o numerose (es. Afghanistan, Kosovo). L'emarginazione degli altri gruppi è un dato da non sottovalutare: la mancata garanzia del pluralismo (sociale, etnico, religioso) nella fase preliminare, infatti, rischia di ripercuotersi nello *step* successivo, incentrato sulla elaborazione della carta costituzionale, con tutto quello che, in termini di effettività, potrebbe conseguire. Frequentemente, le operazioni delle Nazioni Unite si sono accompagnate alla creazione di amministrazioni civili e/o militari transitorie – conosciute con l'impiego di acronimi – con il compito di gestire gli affari correnti ed essenzialmente preordinate alla realizzazione di un contesto sociale idoneo allo svolgimento di elezioni politiche libere e trasparenti, nonché alla scelta dell'organo incaricato di redigere il testo della costituzione (Namibia, Cambogia, Kosovo, Sudan, Sud Sudan, Afghanistan, Timor Est, Iraq). Questa sintetica rassegna consente già di cogliere qualche elemento che testimonia l'avvenuta trasformazione del potere costituente per effetto dell'intervento internazionale: specie nelle situazioni oggetto del presente studio, il potere costituente non è (più come in passato) esercitato in via esclusivamente politica e *uno actu*, sostanziandosi, invece, in un fenomeno caratterizzato da una struttura polifasica, nella quale fatti e atti di rilievo internazionale si susseguono e risultano inestricabilmente connessi<sup>12</sup>.

Complessità e multiformità non si arrestano quando si volga lo sguardo alla *fase costituente* vera e propria. Non di rado, la preparazione della costituzione definitiva è preceduta dalla adozione di una costituzione provvisoria o transitoria (Kosovo, Sud Sudan, Sudan, Iraq), che può contenere prescrizioni, formali e sostanziali, per la redazione della costituzione finale ed essere utile alla legittimazione di quest'ultima. Naturalmente, non vi sono garanzie di risultato, specialmente nel caso in cui tardino a trovare realizzazione quelle pre-condizioni sopra richiamate della pace e della sicurezza interna da cui dipende la creazione di strutture di governo stabili e rappresentative delle diverse componenti sociali. Gradualità, incrementalità e procedimentalizzazione sono, comunque, tratti piuttosto diffusi nelle attività costituenti che hanno visto sinora impegnate le Nazioni Unite. Sempre che la costituzione non sia inclusa negli accordi di pace e, quindi, integralmente internazionalizzata (Bosnia-Erzegovina), l'approvazione della decisione costituente (o della costituzione finale qualora si opti per l'adozione preliminare di un testo provvisorio) è generalmente affidata a una assemblea eletta<sup>13</sup>, previa adozione di uno o più progetti da parte di commissioni o comitati ristretti. La deliberazione assunta, di solito con maggioranze elevate, dall'organo costituente può essere sottoposta alla ratifica del corpo elettorale mediante referendum (es. Iraq). L'insieme di que-

---

<sup>12</sup> Per questi aspetti, cfr. A. LOLLINI, F. PALERMO, *Comparative Law and the "Proceduralization" of Constitution-Building Processes*, in J. RAUE, P. SUTTER (eds.), *Facets and Practices of State-Building*, Leiden-Boston, 2009, p. 301 ss. Sulla struttura del *constitution-making* come "processo" nel quale è essenziale il dialogo tra le diverse componenti sociali, etniche, culturali, v. V. HART, *Constitution-Making and the Transformation of Conflict*, in *Peace&Change*, vol. 26, n. 2, 2001, p. 153 ss., secondo cui il «'New constitutionalism' sees a process not an event, focuses on groups and identities as well as individuals and rights, on participation as well as rule and on indeterminate ends that may be partial and do deny the desirability of closure» (p. 169).

<sup>13</sup> Fa eccezione il caso iracheno, su cui v. *infra* nel testo.

ste attività vede la partecipazione, con intensità variabile, delle Nazioni Unite tramite i loro uffici o esperti legali che forniscono assistenza tecnica, amministrativa, finanziaria. Le modalità di adozione del testo costituzionale seguono quanto prescritto nelle risoluzioni ONU o negli accordi cui si è fatto riferimento, ove sono racchiusi anche i principi fondamentali ai quali l'ordinamento dovrà ispirarsi. In verità, non mancano esempi di progetti costituzionali adottati dal partito dominante o dal partito al potere, che di fatto finiscono per imporsi sul lavoro dell'organo elettivo (es. Timor Est, Afghanistan). Rispetto all'intensità dell'intervento internazionale, occorre distinguere a seconda che l'ausilio sia prestato alla attività costituente di paesi in regime di protettorato internazionale oppure di stati sovrani di lunga e consolidata tradizione. Nella prima ipotesi, le amministrazioni internazionali transitorie hanno scelto, talora, di prendere formalmente le distanze dalle decisioni costituenti per non avvalorare l'idea che la costituzione sembrasse "imposta" dall'esterno (es. Cambogia, Timor Est)<sup>14</sup>. Diversamente, nella seconda ipotesi, il ruolo delle Nazioni Unite si è esplicitato, essenzialmente, nell'opera di promozione al dialogo tra le parti e fazioni coinvolte (*light footprint approach*), tanto da rendere necessaria, come accaduto ad esempio in Afghanistan, una traduzione non ufficiale in inglese del progetto di costituzione redatto nella lingua nazionale, in modo da consentire l'esplicazione della consulenza tecnica dell'ONU e di esperti stranieri. Nel medesimo senso, può essere citata l'esigenza di porre un limite a pretese eventualmente avanzate da potenze straniere riguardo alle modalità di adozione del testo costituzionale. Emblematica, a questo proposito, è stata, in Iraq, la *fatwa* dell'Ayatollah Ali Sistani (26 giugno 2003) che affidava la redazione della costituzione ad una assemblea tradizionale (*Loya Jirga*), in luogo di un organismo selezionato dalla *Coalition Provisional Authority*, collegata al Dipartimento della Difesa degli Stati Uniti, all'indomani dell'intervento armato che aveva rovesciato il regime di Saddam. Sebbene finora non sia stata sufficientemente valorizzata, anche per la scarsa collaborazione delle élites nazionali, la presenza ONU nel procedimento costituente si rivela, altresì, nel complesso delle iniziative dirette a coinvolgere la popolazione locale e a favorire la partecipazione dei cittadini alla adozione del testo costituzionale, obiettivi che si tenta di conseguire attraverso campagne di sensibilizzazione, distribuzione di questionari, consultazioni pubbliche. Bisogna inoltre aggiungere che a mettere a repentaglio il fondamentale momento partecipativo spesso contribuisce l'assegnazione, da parte di singoli stati membri dell'ONU o della comunità internazionale, di un calendario serrato per i lavori della assemblea costituente. Se può essere realistico, anche per motivi di ordine pubblico, evitare il protrarsi eccessivo delle procedure, è certo che la elaborazione della costituzione, specie nei contesti in esame, non dovrebbe essere vincolata al rispetto di criteri temporali eccessivamente severi con indicazione di una rigida *deadline*. Il rischio è infatti che vengano sacrificate esigenze prioritarie, come sono quelle connesse alla costruzione del consenso nazionale e al superamento delle divisioni mediante la più ampia inclusione dei cittadini e delle diverse componenti sociali al processo di appropriazione e interiorizzazione della costituzione (*natio-*

---

<sup>14</sup> Cfr. M. BRANDT, *Constitutional Assistance in Post-Conflict Countries. The UN Experience: Cambodia, East Timor & Afghanistan*, United Nations Development Programme, 2005, p. 33.

*nal ownership*). Questo processo, il più delle volte, prosegue anche dopo la formale promulgazione del testo costituzionale, come testimoniano le revisioni approvate (es. Kosovo) o soltanto tentate (es. Bosnia-Erzegovina) negli anni successivi per dimostrare l'avvenuto conseguimento della piena maturità politica e il passaggio dalla produzione internazionalizzata alla gestione endogena della costituzione, così provandosi a colmare l'originario *deficit* democratico del procedimento di adozione.

Del resto, la fase *post-costituente* è quella maggiormente problematica, anche perché risente delle carenze ed omissioni accumulate nelle fasi precedenti o della accelerazione eccessiva impressa al procedimento. Sempre che il rappresentante ONU, in virtù dei poteri speciali eventualmente conferitigli, non si arroghi addirittura un ruolo sostitutivo nei confronti degli organi dello stato (come accaduto in Bosnia-Erzegovina)<sup>15</sup>, scarsamente efficace si è rivelata finora l'opera svolta dagli organismi internazionali al fine di favorire l'attuazione delle costituzioni adottate sotto la loro guida o supervisione<sup>16</sup>, nonostante generalmente sia prevista la permanenza sui territori di Alti Rappresentanti della comunità internazionale o (in caso di stati europei) dell'Unione europea. Più netta si palesa la presenza internazionale nel periodo seguente alla entrata in vigore della carta costituzionale laddove venga disposta una composizione parzialmente internazionalizzata degli organismi di garanzia. È quanto accaduto in Bosnia-Erzegovina, ove al presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo, previo parere della presidenza della repubblica, spetta la nomina di tre giudici costituzionali che non devono essere cittadini della Bosnia né di paesi confinanti (art. VI, 1 Cost.), mentre il contenzioso costituzionale sui diritti umani, trasferito nel 2007 alla Corte costituzionale, era originariamente affidato ad una giurisdizione *ad hoc* (Camera per i diritti umani) composta in maggioranza da membri – non cittadini bosniaci – nominati dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Analogamente, in Kosovo la costituzione del 2008 aveva stabilito in via transitoria che tre dei giudici della Corte costituzionale – non cittadini del Kosovo, né di altri paesi limitrofi – dovessero essere nominati dall'*International Civilian Representative*, previa consultazione del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 152, 4°co. Cost.) (*infra* §3). Simili previsioni consentono, oltre che di evitare l'abbandono immediato dei territori adiuvati, di accompagnare la transizione, guidando le autorità locali verso l'auspicabile e completo adempimento degli standard prefissati con l'inaugurazione dell'intervento internazionale.

---

<sup>15</sup> Per questi aspetti, cfr. J. WOELK, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina. Dall'ordinamento imposto allo Stato multinazionale sostenibile?*, Padova, 2008, *passim* e S. SEBASTIÁN, *Constitutional Engineering in Post-Dayton Bosnia and Herzegovina*, in *International Peacekeeping*, vol. 19, n.5, 2012, p. 597 ss.

<sup>16</sup> Fa eccezione il caso della Namibia, in cui l'approvazione della Costituzione nel 1990 rappresentava la conclusione di un processo costituente iniziato molti anni prima (Ris. ONU n. 435/1978); si erano così potuti consolidare i valori fondanti della Costituzione, rendendone effettiva la legittimazione.

### 3. Il Kosovo come caso emblematico

Le vicende cui si è fatto riferimento nelle pagine precedenti hanno trovato eloquente riscontro nella realtà kosovara. Qui, la internazionalizzazione del processo di *state-building* – iniziata con l'adozione della Risoluzione n. 1244/1999 – si è accompagnata alla eteroproduzione della Costituzione – entrata in vigore nel 2008 – per proseguire fino al 2012, allorché il constatato raggiungimento, da parte di un organismo internazionale, degli obiettivi prestabiliti nella fase transitoria determinava la cessazione della supervisione esterna. Nel frattempo, un'istanza giurisdizionale (anch'essa) internazionale, all'uopo interpellata, aveva riconosciuto la conformità della dichiarazione unilaterale di indipendenza del Kosovo alla Risoluzione n. 1244 e suggellato – implicitamente, ma significativamente – la legittimità del potere costituente internazionalizzato<sup>17</sup>.

L'intervento delle Nazioni Unite era stato deliberato all'indomani dell'azione militare della NATO, per offrire l'assistenza necessaria a ristabilire la pace e la sicurezza in un territorio ormai dilaniato dalla guerra civile che, all'epoca, era (ancora) una provincia autonoma nella repubblica serba. Con la menzionata Risoluzione, il Consiglio di Sicurezza dell'ONU autorizzava il Segretario generale a stabilire una missione civile transitoria (*United Nations Interim Administration Mission* – UNMIK), il cui mandato, tra l'altro, consisteva nella promozione di autonomia sostanziale nel territorio conteso attraverso la creazione di istituzioni provvisorie democratiche di autogoverno, ferme restando la sovranità e l'integrità territoriale della Repubblica federale di Jugoslavia<sup>18</sup>. Non senza ambiguità, la Risoluzione rivolgeva tali iniziative a favore del *people of Kosovo* e precisava che la presenza internazionale (ONU, ma anche Unione europea e altre organizzazioni internazionali)<sup>19</sup> avrebbe dovuto facilitare l'instaurazione di un percorso politico destinato a determinare il futuro *status* del Kosovo, tenendo conto degli accordi di Rambouillet<sup>20</sup>. In tale prospettiva, la UNMIK aveva il compito di sorvegliare «the transfer of authority from Kosovo's provisional institutions to institutions established under a political settlement».

Nonostante l'affermato rispetto della integrità territoriale dello stato jugoslavo e l'assenza di espressi riferimenti ai concetti di autodeterminazione e *state-building*, in linea con l'asserita posizione di neutralità dell'ONU nella vicenda che la vedeva coinvolta, la Riso-

---

<sup>17</sup> Sulle vicende di *state-building* e *constitution-making* che hanno interessato il Kosovo, sia consentito rinviare a V. PIERGIGLI, *Il Kosovo e la secessione assistita*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2014, p. 701 ss. e bibl. ivi.

<sup>18</sup> Dopo la disgregazione della Jugoslavia, il Kosovo veniva ricondotto inizialmente alla Repubblica Federale di Jugoslavia (Cost. 1992), poi all'Unione di Serbia e Montenegro (Carta cost. 2003) e infine alla Serbia (Cost. 2006).

<sup>19</sup> La missione internazionale era articolata in quattro pilastri affidati alla supervisione della UNMIK (amministrazione civile), dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite (profili umanitari), dell'Unione europea (ricostruzione e sviluppo economico) e dell'OSCE (democratizzazione e *institutions building*).

<sup>20</sup> Tali accordi, promossi dalla NATO nel 1999, non divennero mai effettivi a causa della non accettazione da parte della delegazione jugoslava. Essi prevedevano un regime transitorio di autonomia sostanziale per il Kosovo, con la supervisione di una missione OSCE/UE, e l'inizio di un processo per definire lo *status* finale del Kosovo che tenesse conto della volontà popolare.

luzione trasferiva, di fatto, il controllo sul Kosovo dalla Repubblica federale di Jugoslavia alla UNMIK. Veniva così agevolato, come la dottrina ha ampiamente evidenziato, un processo inarrestabile e irreversibile che, dopo qualche anno, avrebbe portato al distacco della ex provincia jugoslava<sup>21</sup>. In sintesi, la Risoluzione n. 1244 insediava in Kosovo un regime transitorio improntato al ripristino dello *status* di provincia autonoma, che era stato sospeso fin dagli anni Ottanta con l'inaugurazione della politica nazionalista di Milošević, ma al tempo stesso offriva la base legale che avrebbe consentito l'avvio del cammino verso l'indipendenza.

L'intervento internazionale non riusciva, in realtà, ad evitare nuovi episodi di violenza interetnica che esplodevano nel 2004, imponendo la riapertura dei negoziati che venivano condotti dall'inviato speciale delle Nazioni Unite, Martti Ahtisaari, con le componenti serba ed albanese per definire lo *status* della provincia. Il tentativo di giungere, come auspicato dalla Risoluzione n. 1244, ad un *political settlement* tra le parti fallì, nonostante l'attività di mediazione svolta da Stati Uniti, Unione europea e Russia, e nel marzo 2007 Ahtisaari dovette giungere alla conclusione «that the only viable option for Kosovo is independence, to be supervised for an initial period by the international community»<sup>22</sup>.

L'insuccesso del negoziato internazionale trovava conferma nella mancata approvazione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite della *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement* (c.d. Piano Ahtisaari) e accelerava la secessione del Kosovo che si concretizzava il 17 febbraio 2008 con la dichiarazione unilaterale di indipendenza, assunta dalla assemblea deliberativa di Pristina senza la partecipazione dei parlamentari serbi e con l'acquiescenza delle Nazioni Unite. Al ritiro quasi completo della UNMIK si accompagnava la decisione del Consiglio dell'Unione europea di costituire in Kosovo la missione EULEX, destinata ad operare fino al momento in cui le istituzioni kosovare non avessero dimostrato di "meritare" la piena sovranità<sup>23</sup>.

Si trattava dunque, in sede internazionale, della presa d'atto di una vicenda il cui epilogo era ormai diventato inevitabile e del riconoscimento, per il momento, di una sovranità limitata, in quanto condizionata al conseguimento degli obiettivi contenuti nel Piano Ahtisaari che veniva esplicitamente – e ripetutamente – menzionato nel testo della citata dichiarazione unilaterale, contestualmente alla assunzione di una serie di impegni concernenti, tra l'altro, l'adozione di una Costituzione che garantisse il rispetto dei diritti fondamentali e la protezione delle identità minoritarie. I leader kosovari sancivano, altresì, il mantenimento della supervi-

---

<sup>21</sup> Sul fatto che l'intervento internazionale, di fatto, abbia facilitato e accompagnato il processo di secessione del Kosovo, cfr., in particolare, D. JANJIĆ, Y. HYSÄ (eds.), *Kosovo: Independence, Status, Perspectives. Adjusting Regional Policies of Ethnicity and Borders*, Ravenna, 2011; E. MILANO, *Formazione dello stato e processo di state-building nel diritto internazionale. Kosovo 1999-2013*, Napoli, 2013, *passim* e bibl. *ivi*.

<sup>22</sup> *Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's future status*, in cui è contenuto il passo citato. Il *Report* veniva trasmesso dal Segretario Generale dell'ONU al Presidente del Consiglio di Sicurezza con lettera del 26 marzo 2007.

<sup>23</sup> Sul concetto di *earned sovereignty*, v.: J. HOOPER, P.R. WILLIAMS, *Earned Sovereignty: The Political Dimension*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, n. 31, 2002-2003, p. 355 ss.; M.P. SCHARF, *Earned Sovereignty: Juridical Underpinnings*, *ivi*, p. 373 ss.; P.R. WILLIAMS, *Earned Sovereignty: The Road To Resolving The Conflict Over Kosovo's Final Status*, *ivi*, pp. 387 ss.

sione internazionale – e, in particolare, veniva decisa l’istituzione di una rappresentanza civile internazionale (*International Civilian Representative-ICR*) – nel periodo post-indipendenza, con il compito di verificare l’implementazione del Piano Ahtisaari. Gli estensori della dichiarazione precisavano nel preambolo il carattere speciale del Kosovo, che impediva di considerarlo alla stregua di precedente giuridico e davano atto dell’esito non positivo delle trattative condotte in passato per giungere ad una definizione condivisa dello *status* di questo territorio. Quella dichiarazione, insieme ai fatti ed atti giuridici che l’avevano preceduta e seguita, trovava riconoscimento implicito nell’*Advisory Opinion* della Corte internazionale di Giustizia che, nel 2010, riconosceva la conformità della secessione del Kosovo al diritto internazionale, astenendosi tuttavia dallo svolgimento di riflessioni che avrebbero potuto tradursi in una legittimazione automatica delle pratiche secessionistiche<sup>24</sup>.

Gli sviluppi successivi vedevano un gruppo di 25 stati, che avevano sostenuto e immediatamente accolto la proclamazione dell’indipendenza, dar vita a un organismo informale (*International Steering Group-ISG*)<sup>25</sup> che avrebbe monitorato il lavoro dell’ICR e garantito l’attuazione dello stato di diritto e la crescita democratica nel paese. Dopo quattro anni di attività, verificata la realizzazione degli impegni presi dal Kosovo al momento della dichiarazione unilaterale di indipendenza, con la decisione del 10 settembre 2012, l’ISG dichiarava la fine della supervisione internazionale e del mandato dell’ICR<sup>26</sup>. Veniva così portato a compimento l’*iter* intrapreso nel 1999 e il Kosovo acquisiva una condizione di effettiva indipendenza<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Il parere veniva assunto a maggioranza il 22 luglio 2010 dalla Corte internazionale di giustizia. Interpellata, su iniziativa della Serbia, dalla Assemblea generale dell’ONU sulla conformità della dichiarazione di indipendenza al diritto internazionale (ris. 63/3), il collegio non ha voluto pronunciarsi, in via generale e astratta, sulla legittimità del controverso diritto di secessione ed ha sottolineato la necessità di tenere conto del contesto specifico e delle circostanze concrete in cui le dichiarazioni unilaterali di indipendenza vengono emanate. I promotori della dichiarazione di indipendenza del Kosovo, a giudizio della Corte, non avrebbero agito come istituzioni provvisorie, bensì come rappresentanti del popolo kosovaro e, dunque, al di fuori del quadro tracciato dalla Risoluzione n. 1244 che disciplinava soltanto la fase transitoria della presenza internazionale senza offrire indicazioni circa l’esito finale.

<sup>25</sup> L’ISG era formato da numerosi stati della UE ai quali si erano aggiunti: Norvegia, Svizzera, Turchia, Stati Uniti. L’organismo era stato previsto, anche se in composizione parzialmente diversa, già nel Piano Ahtisaari.

<sup>26</sup> Sul territorio permangono ancora un contingente militare internazionale (KFOR), che continua ad operare sulla base della Risoluzione n. 1244, oltre ad una modesta presenza di UNMIK a nord del paese. La missione EULEX, che avrebbe dovuto concludersi nel 2014, è stata prorogata fino a giugno 2016.

<sup>27</sup> L’aggiunta di questo ulteriore tassello non equivale ad un riconoscimento automatico e generale della sovranità e soggettività internazionale della neonata Repubblica. Sono, ad oggi, 108 gli stati membri dell’ONU che hanno riconosciuto il Kosovo come stato sovrano, mentre tra gli stati UE non favorevoli al riconoscimento restano Spagna, Slovacchia, Romania, Grecia, Cipro, oltre alla Serbia. A questo proposito, tuttavia, va salutata con favore la conclusione di un accordo per la normalizzazione dei rapporti tra Serbia e Kosovo, avvenuta nel marzo 2013 sotto l’egida della UE (*First International Agreement of Principles Governing the Normalization of Relations between the Republic of Kosovo and the Republic of Serbia*). L’accordo costituisce, infatti, una forma di riconoscimento implicito della sovranità della nuova realtà kosovara da parte del governo di Belgrado e induce a

Come accennato, il processo di *state-building* è stato affiancato dall'esercizio del potere costituente che ha avuto per protagonista – e, date le circostanze, non poteva essere diversamente – la comunità internazionale. La citata Risoluzione n. 1244 dava, infatti, impulso ad un procedimento costituente eterodiretto, il quale trovava concretizzazione con l'emanazione, nel 2001, del *Constitutional Framework for Provisional Self-Government*. Si trattava di una costituzione provvisoria, adottata dal Rappresentante speciale delle Nazioni Unite in Kosovo che, senza affrontare la questione dell'indipendenza e qualificando il Kosovo genericamente come una «entità sotto amministrazione internazionale», disciplinava l'organizzazione costituzionale, stabiliva il riparto delle competenze tra l'amministrazione UNMIK e le istituzioni provvisorie di autogoverno, dichiarava la diretta applicabilità sul territorio dei principali documenti internazionali in materia di protezione dei diritti umani e delle minoranze. In sostanza, il *Constitutional Framework* intendeva consentire il progressivo trasferimento delle funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria dalla missione UNMIK agli attori locali – fermi restando nel periodo transitorio significativi poteri di intervento e supervisione in capo al Rappresentante speciale – e promuovere i principi della democrazia, della separazione dei poteri, del *rule of law*, della buona amministrazione.

In seguito, problemi legati alla attuazione del *Constitutional Framework* e al riesplodere delle violenze, incoraggiavano la ripresa dei negoziati – come riferito poc'anzi – per ricercare una soluzione definitiva e condivisa alla questione dello *status* di questo territorio. Quantunque la *Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement*, predisposta dall'inviato speciale delle Nazioni Unite, non fosse riuscita a raccogliere i consensi delle parti in conflitto, le raccomandazioni ivi racchiuse ricevevano conferma, prima, nel testo della dichiarazione unilaterale di indipendenza e, poi, nella Costituzione del 2008<sup>28</sup>. Anzi, a ben vedere, la citata dichiarazione rappresenta l'ideale momento di saldatura, non soltanto tra la *Comprehensive Proposal* e la nuova Costituzione, ma anche tra il processo di *state-building* iniziato nel 1999 e quello di *constitution-making* cominciato nel 2001.

Conformemente a quanto previsto nel Piano Ahtisaari, la Costituzione del 2008 veniva elaborata da una commissione costituzionale in cui erano rappresentate le comunità minoritarie e, dopo la sottoposizione a consultazioni pubbliche, entrava in vigore il 15 giugno 2008. A sgombrare ogni dubbio sulla fonte ispiratrice della vigente Costituzione e sulla accettazione da parte del neo-stato di un periodo di sovranità limitata o condizionata subito dopo la autoproclamazione dell'indipendenza, deponevano alcune disposizioni che completavano il testo della Costituzione. Tra queste, oltre alla previsione dell'art. 152 concernente la composizione in via transitoria della Corte costituzionale (*supra* §2), è sufficiente citare l'art. 143 – dal titolo eloquente «*Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement*» – in base al quale le previsioni del Piano Ahtisaari del 26 marzo 2007 sarebbero state vincolanti per le

---

guardare con moderata fiducia alla stabilizzazione e al futuro sviluppo delle relazioni tra i due paesi, non fosse altro perché obiettivo comune ad entrambi è l'ingresso nella UE.

<sup>28</sup> Sulla evoluzione costituzionale e sui contenuti della Costituzione del 2008, v. M. MAZZA, *L'ordinamento costituzionale del Kosovo*, Napoli, 2008.

istituzioni kosovare, le quali erano quindi tenute a dare loro attuazione. Nella fase transitoria post-indipendenza, pertanto, le norme nazionali – costituzionali, legislative o di altra natura – si sarebbero dovute interpretare in conformità con la *Comprehensive Proposal*.

Tutte le disposizioni transitorie e finali della Costituzione che facevano riferimento al Piano Ahtisaari e alle autorità incaricate della supervisione internazionale venivano espunte dal parlamento kosovaro nel settembre 2012, in concomitanza con il riconoscimento della effettiva indipendenza da parte dell'ISG, secondo quanto sopra ricordato<sup>29</sup>.

#### **4. L'elaborazione di una policy framework per l'assistenza ONU ai procedimenti costituenti e il possibile ampliamento della platea degli stati destinatari**

Le operazioni di *peace-keeping*, *state-building* e *constitution-making* finora realizzate hanno indotto le Nazioni Unite ad elaborare un piano strategico, in modo da orientare, in futuro, gli interventi di supporto ai processi costituenti, evitando di ricadere negli errori eventualmente commessi, nella consapevolezza che tanto la scelta del procedimento quanto la definizione dei contenuti sono determinanti per decretare il successo effettivo di una costituzione. Dopo essere stata formalmente tematizzata nel 2006, l'assistenza ai processi costituenti ha ricevuto nel 2009 l'attenzione ufficiale da parte del Segretario Generale dell'ONU, il quale ha adottato una *Guidance Note* per indirizzare la *United Nations Assistance to Constitution-making Processes*<sup>30</sup>. In verità, nonostante l'esplicito richiamo ad esperienze quali quelle di Cambogia, Timor Est, Afghanistan, Iraq, né il titolo né il contenuto del documento inducono a circoscrivere i principi ivi enunciati – esclusivamente e necessariamente – agli scenari descritti nelle pagine precedenti. Non vi è dubbio che alcune indicazioni meglio si attagliano a contesti analoghi a quelli esaminati, ove il *constitution-making process* può realmente favorire l'uscita da situazioni conflittuali o prevenirne il sorgere («*Seize the opportunity for peace-building*») e allora, soprattutto in questi casi, compito dell'ONU dovrebbe essere quello di incoraggiare il rispetto di norme e standard internazionali («*Encourage compliance with international norms and standards*»), oltre che di promuovere con adeguate misure l'attuazione della costituzione una volta che questa sia stata adottata («*Promote adequate follow-up*»). Altrettanto, però, non vale per altri criteri che potrebbero avere come interlocutori delle Nazioni Unite una platea più vasta di stati e ordinamenti. Gli sforzi diretti a supportare processi costituenti inclusivi, partecipati, trasparenti e dunque capaci di coinvolgere una molteplicità di

---

<sup>29</sup> Nel luglio 2012, l'ISG prendeva atto che il «Kosovo has implemented the terms of the Comprehensive Settlement Proposal» ed autorizzava il parlamento ad approvare un pacchetto di emendamenti alla Costituzione e alla legislazione ordinaria. In particolare, gli emendamenti I-XXII (Gazzetta Ufficiale n. 25 del 7 settembre 2012) riguardavano gli artt. 58 e 81 Cost., nonché le disposizioni transitorie e finali.

<sup>30</sup> Il testo della *Guidance Note of the Secretary-General. United Nations Assistance to Constitution-making Processes* è reperibile al sito: [http://www.unrol.org/doc.aspx?n=Guidance\\_Note\\_United\\_Nations\\_Assistance\\_to\\_Constitution-making\\_Processes\\_FINAL.pdf](http://www.unrol.org/doc.aspx?n=Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf)

istanze e gruppi sociali («*Support inclusivity, participation and transparency*»), così come le azioni tese a reclutare e coordinare un'ampia gamma di competenze, dentro e fuori il sistema delle Nazioni Unite («*Mobilize and coordinate a wide range of expertise*»), troveranno terreno fertile principalmente – ma non soltanto – nei paesi in via di transizione alla democrazia. In altri termini, non sembra potersi escludere *a priori* che il ruolo degli organismi specializzati possa avvantaggiare, grazie all'accesso alle *best practices* internazionali e all'impiego della comparazione, ogni ordinamento che intenda redigere o modificare la propria carta costituzionale, quantunque non attraversato da esperienze di gravi lacerazioni interne, guerre, occupazioni militari o seri problemi di *deficit* democratico.

Una indicazione, in modo particolare, sembra costituire la chiave di volta delle future operazioni di assistenza ai procedimenti costituenti per tutti gli stati che intenderanno beneficiarne: la necessità che il sostegno esterno alla stesura e attuazione della costituzione trovi realizzazione su richiesta delle autorità nazionali («*Ensure national ownership*»). Sebbene non vadano sottovalutati aspetti di ambiguità, sol che si pensi alla esigenza di conciliare la *national ownership* del processo costituente con la conformità agli standard internazionali, l'enfasi posta sulla guida locale/nazionale (in luogo di una guida internazionale) della funzione costituente intende allontanare l'idea che gli attori nazionali possano percepire l'ausilio offerto dalle Nazioni Unite come una forma di imposizione o neo-colonialismo. Un'altra preoccupazione, ben presente nelle linee-guida, è quella sottesa alla decisione di calibrare gli interventi di ausilio, sempre che vi sia la richiesta dello stato interessato, secondo un approccio caso per caso, perché non esiste un modello universalmente valido per tutti gli ordinamenti e per ogni circostanza, secondo quanto opportunamente evidenziato nel documento in esame.

Dalle premesse ora richiamate, la *Guidance Note* fa discendere la enumerazione delle fasi in cui solitamente è scandito l'*iter* costituente, come la conclusione di accordi di pace specialmente nell'ambito di contesti conflittuali o post-conflittuali, la definizione di negoziati per stabilire organismi, modalità e tempi del procedimento, l'istituzione di un organo rappresentativo per favorire la partecipazione sociale e redigere il progetto della costituzione, la previsione di campagne di informazione ed educazione civica, nonché di strumenti di consultazione pubblica per raccogliere osservazioni e proposte provenienti dai cittadini rispetto al *draft* in discussione, la sottoposizione del testo costituzionale all'organo rappresentativo (assemblea costituente, *convention*, parlamento) per la discussione e l'approvazione con maggioranze qualificate ed eventuale referendum, l'individuazione di linee strategiche per favorire l'implementazione della costituzione una volta che sia stata adottata. L'elenco si conclude con una formula che ribadisce il carattere sovrano e nazionale del processo costituente, durante il quale «national and transitional authorities may choose to engage international assistance, both in terms of the process and on substantive constitutional law. Each of those elements requires careful planning and expertise that the UN should be able to offer to the national actors as required».

A titolo esemplificativo, vengono enunciate, per ciascuna delle diverse fasi, altrettante modalità in cui potrà trovare concretizzazione l'ausilio dell'ONU, tenendo conto dei contesti di riferimento e delle esigenze degli attori nazionali: dal supporto strategico alla facilitazione

politica degli aspetti procedurali e materiali del *drafting* costituzionale, da interventi di natura più propriamente giuridica e sostanziale – specialmente in relazione alla disciplina e alla garanzia dei diritti fondamentali e del *rule of law* – fino a forme di assistenza di tipo istituzionale, tecnico, finanziario, logistico e amministrativo.

Per consentire l'attuazione della propria *mission*, le Nazioni Unite non ritengono necessario creare nuovi apparati organizzativi, tanto più che – per esplicita ammissione del documento in esame – la frequenza di richieste per l'assistenza costituzionale è relativamente limitata. Pertanto, è preferibile valorizzare la collaborazione e l'*expertise* dei dipartimenti e delle istituzioni già esistenti che fanno capo al meccanismo denominato *Rule of Law Coordination and Resource Group*, presieduto dal Vice Segretario Generale e supportato dal *Rule of Law Unit*. Mediante la citata struttura sarà possibile, tra l'altro, stabilire e rafforzare i contatti e le *partnership* anche con attori esterni al sistema delle Nazioni Unite, quali esponenti del mondo accademico, specialisti, ONG, *networks* specializzati, che potranno proficuamente coadiuvare il lavoro dell'ONU (*infra* §5).

## **5. Conclusioni interlocutorie nell'era del c.d. costituzionalismo globale: un manuale per la stesura della costituzione?**

Le Nazioni Unite si sono sempre astenute dal redigere una mappa completa delle operazioni di pace e delle missioni di assistenza ai procedimenti costituenti in cui sono state finora coinvolte. Tuttavia, non sono mancati negli anni recenti i tentativi di porre rimedio a queste lacune, attraverso il lavoro di agenzie specializzate, istituzioni accademiche, organismi governativi, non governativi e intergovernativi, enti *non-profit*. Tutti questi organismi si sono variamente adoperati per fornire ai soggetti interessati (nazionali ed internazionali), accanto ad una ricognizione dello stato dell'arte, suggerimenti e strategie utili alla stesura (e alla revisione) delle carte costituzionali. Tra le organizzazioni più attive in questo campo, che operano a stretto contatto con i dipartimenti delle Nazioni Unite impegnati nella promozione della democrazia, della pace e sicurezza, dei diritti umani, figurano l'*International Institute for Democracy and Electoral Assistance (International IDEA)* e *Interpeace*. Il primo è un organismo intergovernativo, osservatore permanente dell'ONU, che offre ausilio ai processi di cambiamento democratico in tutto il mondo, anche mediante l'assistenza alla elaborazione delle costituzioni; il secondo è un ente indipendente e partner strategico dell'ONU che, con sedi nei diversi continenti, presta il proprio supporto principalmente alle missioni di *peace-building*, rispetto alle quali l'adozione o la riforma delle costituzioni vigenti rappresenta un momento imprescindibile per prevenire ulteriori conflitti, garantire una pace duratura e promuovere la transizione democratica. La consapevolezza della centralità del fenomeno costituente e della necessaria formazione di coloro ai quali (*constitution-builders* e *constitution-makers*), all'interno dei singoli ordinamenti, spetterà il compito di gestire l'intero processo e condurre la stesura della costituzione rappresenta, per così dire, il comune denominatore

dell'azione di *International IDEA* e *Interpeace*, tra i quali esiste peraltro un rapporto di partenariato. Entrambi hanno prodotto svariati strumenti, per lo più disponibili in rete<sup>31</sup>, allo scopo di illustrare le modalità e le fasi di svolgimento delle attività, non propriamente coincidenti, di *constitution-building* e *constitution-making*. Se il primo concetto evoca un complesso di interventi destinati a trovare concretizzazione nel lungo periodo e ad accompagnare la formale elaborazione della carta costituzionale, il secondo è piuttosto incentrato sul “chi” e “come” del procedimento costituente<sup>32</sup>.

A questo proposito, merita di essere segnalata la pubblicazione *on-line* da parte di *Interpeace* di un vero e proprio *manuale*, redatto da giuristi esperti di queste tematiche anche per il fatto di avere offerto in numerose occasioni il loro contributo, in qualità di *advisors*, ai procedimenti costituenti nel corso degli ultimi decenni. Il volume, di oltre 400 pagine, contiene un'ampia gamma di opzioni per le diverse fasi che compongono il procedimento costituente. Si tratta di suggerimenti e idee da utilizzare, principalmente ma non esclusivamente, in tutti quei contesti conflittuali o post-conflittuali in cui si renda necessario perseguire gli obiettivi della riconciliazione sociale, della pace e della democrazia<sup>33</sup>. Il manuale si rivolge in via prioritaria agli attori internazionali (non soltanto l'ONU), ma – in base a quanto precisato

---

<sup>31</sup> Sulla struttura e sulle attività delle due organizzazioni, v. i rispettivi siti web: <http://www.idea.int/> e <http://www.interpeace.org/>

<sup>32</sup> Sui processi di *constitution-building* v., in particolare, i contributi prodotti da *International IDEA*, tra i quali: Y. GHAI, G. GALLI, *Constitution Building Processes and Democratization*, 2006, secondo cui «The concept of constitution-building is more complex than the process of constitution-making alone, although the latter is an inseparable part of it... Constitution-building may, and usually does, require various forms of consensus-building before the formal process of constitution-making can commence... The process of drafting and adopting a constitution is the centerpiece of constitution-building» (p. 9), e *Constitution building after conflict: external support to a sovereign process*, Policy Paper, May 2011, secondo cui il concetto di *constitution-building* «means taking a long-term perspective ... In contrast, the language of “constitution making” is frequently used with a deliberate emphasis on the drafting and promulgation of a constitutional text» (p. 11). V., inoltre, K. SAMUELS, *Constitution Building Processes and Democratization: a Discussion of Twelve Case Studies*, International IDEA, 2007. Sui processi di *constitution-building*, International IDEA ha prodotto, oltre ad un manuale a stampa (*Constitutional building for practitioners*, 2010), la *Practical Guide to Constitution Building*, 2011, consultabile *on-line* (<http://www.idea.int/publications/pgcb/>). Ai processi di *constitution-making* appaiono invece soprattutto orientate le attività di *Interpeace* (su cui v. *infra*).

Oltre che da questi due organismi, guide, lezioni manuali per la elaborazione delle carte costituzionali sono stati prodotti, nel recente periodo, anche da altre istituzioni, come l'organismo indipendente *United States Institute of Peace* (<http://www.usip.org/>), che ha pubblicato L. E. MILLER (ed.), *Framing the State in Times of Transition. Case Studies in Constitution Making*, Washington DC, 2010, e l'ente *non-profit Democracy Reporting International*, che offre supporto specializzato, tra l'altro, alla stesura delle costituzioni basandosi sugli standard internazionali e sul metodo comparato (<http://www.democracy-reporting.org/>). Analoghi intenti sono presenti nel sistema delle Nazioni Unite: J. BENOMAR, *Constitution-Making and Peace-Building: Lessons Learned from the Constitution-Making Processes of Post-Conflict Countries*, United Nations Development Programme, 2003, nonché nell'ambito accademico: K. DIEHL, J. MANTEL, M. REUSS, J. SCHMIDT, *Max Planck Manuals on Constitution Building: Structures and Principles of a Constitution*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, 2<sup>a</sup> ed. 2009.

<sup>33</sup> Si tratta di M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform*, cit. *supra* nota 10.

dagli stessi autori – anche i soggetti nazionali (membri di assemblee o commissioni costituenti, politici, società civile, esperti, associazioni, enti esponenziali di interessi o categorie, ecc.) potranno trovarvi utili fonti di ispirazione per i processi costituenti domestici. Riceve quindi conferma quel carattere bi-direzionale e, si potrebbe dire, generalizzato già sotteso alle indicazioni della menzionata *Guidance Note* delle Nazioni Unite, i cui contenuti vengono peraltro richiamati ed esplicitati in dettaglio nel manuale di *Interpeace*<sup>34</sup>.

L'obiettivo dichiarato è infatti quello di fornire una guida pratica e completa alla stesura delle costituzioni, mettendo da parte le scelte sui possibili contenuti e privilegiando il metodo, ossia l'aspetto procedimentale del *drafting* costituzionale<sup>35</sup>. Il *constitution-making* è considerato nel suo svilupparsi e divenire, come successione di fasi concatenate e non semplicemente per il risultato che è idoneo a produrre. Tale approccio – a detta degli autori – dovrebbe contribuire a colmare una lacuna nel sistema delle Nazioni Unite. Mentre, infatti, l'*Electoral Assistance Division* del Dipartimento degli affari politici fornisce da tempo assistenza tecnica all'ONU nelle operazioni di ristabilimento della pace collegate ai procedimenti elettorali, in materia costituzionale mancava – sino all'intervento di *Interpeace* e alla elaborazione del manuale – un *network* in grado di prestare la necessaria *expertise* ai procedimenti costituenti<sup>36</sup>. Il manuale, che approfondisce in appendice dodici *case studies*<sup>37</sup>, si basa sulle ormai numerose esperienze maturate e cerca di offrire un quadro puntuale di *come* redigere una costituzione destinata a durare nel tempo e a ricevere concreta attuazione. Gli estensori intendono in tal modo concorrere alla diffusione di idee e buone pratiche, non senza esimersi dalla raccomandazione – già evidenziata dalla *Guidance Note* – che l'assistenza internazionale alla stesura delle costituzioni, laddove questa si renda opportuna, si limiti ad una attività di supporto esterno rispetto allo svolgimento di una funzione che deve ricondursi alla sovranità dello stato interessato. Le modalità con cui adottare la costituzione non possono essere imposte dalla comunità internazionale, né tanto meno possono essere dettate da potenze straniere, che sarebbero mosse con ogni probabilità da interessi particolaristici. In altre parole, la decisione costituente dovrebbe essere l'esito di un procedimento diretto da soggetti nazionali e condotto in maniera inclusiva, rappresentativa, trasparente e partecipata. Sono gli stessi concetti che erano stati affermati pochi anni addietro nelle linee-guida delle Nazioni

---

<sup>34</sup> M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform*, cit., p. 327 s.

<sup>35</sup> Oltre a quanto riferito *supra*, nota 10, viene infatti puntualizzato nelle prime pagine che «This handbook is not about the contents of a constitution (about whether to have a presidential system or a parliamentary one, whether to have a right to food, or an audit court, and so on), but just about the processes that can be used to make the decisions about contents» (p. 1) e, ancora, si precisa che, tra gli obiettivi del manuale, vi è quello di «bring a particular focus to the importance of the processes by which constitutions are made. There is much study (...) of the effect on conflict and deep division of choices on the content of constitutions. There has so far been limited research on the impacts of constitution-making processes, either on conflict resolution and reduction of deep divisions or on the success or failure of constitution-making more generally ...» (p. 2).

<sup>36</sup> Così, M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform*, cit., p. 323.

<sup>37</sup> I *case studies* sono quelli di Afghanistan (2004), Benin (1990), Bolivia (2009), Bosnia-Erzegovina (1995), India (1950), Iraq (2005), Kenya (2005, 2010), Nepal (processo in corso), Papua Nuova Guinea (1975; 1995), Polonia (1997), Timor Est (2002), Uganda (1995), ma sono 119 i paesi, distribuiti in tutti i continenti, ed i rispettivi procedimenti costituenti, che vengono richiamati nella trattazione.

Unite, le quali avevano qualificato il «constitution-making as a sovereign national process, which, to be legitimate and successful, must be nationally owned and led»<sup>38</sup>.

Sembra essere questo, nell'era del c.d. costituzionalismo globale, il punto sul quale focalizzare prioritariamente l'attenzione ogniqualvolta venga avviato l'*iter* per l'adozione di una nuova costituzione (ma lo stesso vale per la revisione di una costituzione già in vigore), a prescindere dal fatto che si tratti di un procedimento internazionalmente assistito o soltanto condizionato *ab externo*. Se è innegabile che il testo costituzionale, comunque venga prodotto, «non è solo un testo giuridico o un armamentario di regole normative, ma anche l'espressione di uno stadio evolutivo culturale, un mezzo di autorappresentazione culturale di un popolo, lo specchio di un patrimonio culturale e fondamento delle sue speranze»<sup>39</sup>, la garanzia della *national/local ownership* del procedimento costituente<sup>40</sup>, specialmente attraverso la valorizzazione del momento partecipativo, è cruciale, affinché la costituzione risulti realmente «confezionata su misura»<sup>41</sup> e, fuori da ogni retorica, possa riflettere l'identità e il patrimonio di valori della comunità che sarà tenuta alla sua osservanza ed implementazione. Soltanto salvaguardando queste esigenze, la costituzione può trovare la sua legittimazione e continuare a configurarsi come il progetto giuridico fondante, stabile e sostenibile nel quale la collettività cui è rivolta si riconosce e si perpetua.

---

<sup>38</sup> V. *Guidance Note*, cit., p. 2.

<sup>39</sup> Così, P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale*, Milano, 2006, p. 11.

<sup>40</sup> È questo uno dei capisaldi del citato manuale; come riferiscono M. BRANDT, J. COTTRELL, Y. GHAI, A. REGAN, *Constitution-making and Reform*, cit., spec. p. 329, rivolgendosi agli attori internazionali «Remember that the principle of “national ownership” requires not only that national actors lead the process but also that civil society and the broader public are provided with opportunities to “own” the process, as well as the outcome ... International actors should be careful not to sideline local actors through their engagement in the process. The timetable should be realistic to allow for local actors to prepare for their roles and carry them out effectively (with international technical assistance where needed and requested)».

<sup>41</sup> A questo proposito, la *Guidance Note*, cit., p. 4, avverte che l'assistenza internazionale ai procedimenti costituenti «must be carefully tailored to the local context, recognizing there is no “one size fits all” constitutional model or process, and that national ownership should include official actors, political parties, civil society and the general public».