Oggetto: Parere su "*l'indizione della consultazione referendaria (...) al fine di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione*" (Risoluzione n. 44/2012 – Deliberazione n. 145 del Consiglio Regionale del Veneto)

"Gli uomini di corte idee
stimano diritto, quanto
si è spiegato con le parole"

"Gli uomini intelligenti
stimano diritto, tutto ciò che detta
essa uguale utilità delle cause"

(Giambattista Vico, *Scienza Nuova*, CIX e CXII)

0. Premessa

Il quesito posto ai membri della Commissione, meglio descritto dalla Risoluzione citata in oggetto, abbisogna di una disamina che ritengo possa riconoscere una struttura maggiormente adeguata se distinta in due parti tra loro collegate seppure distinte.
La prima, dedicata alla natura e ai vincoli (giuridici) della libertà di espressione richiamata dalla Deliberazione *de qua*; la seconda, versata sul tema dell'autodeterminazione così come viene riconosciuto (e limitato) dall'ordinamento giuridico (interno e internazionale).

I. LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: NATURA E LIMITI.

I.A. *Introduzione.* Testo e contesto europeo e paradigma della post-sovranità.

La partecipazione diretta alla definizione delle norme del vivere associato (a partire dalle decisioni riguardanti le regole fondamentali di un sistema sempre più caratterizzato da una *multi-level governance* [diritto internazionale, Unione europea, Stato italiano, enti locali e via dicendo]) a detta della dottrina più autorevole pare essere l'unico itinerario percorribile al fine di rendere l'ordinamento un elemento reale e non virtuale[1].
La battaglie sociali che hanno contribuito, tra Ottocento e Novecento, a dare corpo ai sistemi politici democratici più avanzati e hanno permesso di costruire una sempre maggiore tutela dei diritti umani[2] (*annullando divisioni di razza, genere, preferenza sessuale, cultura, et cetera*), hanno pure agevolato l'imporsi di costituzioni che hanno superato, senza per questo negarne il valore più profondo, i vecchi ordinamenti di carattere liberale.

---

[1] Si veda ad esempio: G. Marks, "Structural Policy and Multi-level Governance in the EC" in: A.W. Cafruny – G.G. Rosenthal (a cura di), *The State of the European Community: The Maastricht Debate and Beyond*, London, Boulder, 1993, pp. 391–411.
[2] T.H. Marshall, *Cittadinanza e classi sociali*, Roma, Laterza, 2002 (1950).

In molti casi, come in quello italiano, il ruolo della Costituzione non deve essere sottostimato, non soltanto perché essa è stata il risultato di una dura lotta contro regimi autoritari, ma anche perché è stata il prodotto di pubbliche discussioni nelle quali si è avuta una presa di coscienza (*e una passione per i diritti dei più deboli*) a cui non si può e non si deve rinunciare.
Ovviamente, ogni tradizione giuridica deve essere letta nel suo dinamismo. Se non si avvertisse il carattere progressivo e sempre provvisorio di ogni parte del diritto, si finirebbe per attribuire un segno regressivo e in definitiva anti-popolare anche a istituzioni costruite al termine di difficili processi di trasformazione (civica, prima che giuridica).
In particolare, è fondamentale avere presente come la Costituzione italiana sia da valorizzare nonostante il permanere in essa di alcuni dogmi ideologici e anti-libertari che molto difficilmente, nella cultura degli anni Quaranta, si sarebbe potuto mettere in discussione. All'indomani del Ventennio e della Seconda guerra mondiale, nelle istituzioni italiane la prassi democratica si afferma senza che sia possibile rigettate *in toto* alcuni tabù della cultura giuridica moderna, ereditati dal passato.
In particolare, lo sfondo teorico-concettuale resta dominato da un'idea ossessiva di sovranità, la quale proviene direttamente da Jean Bodin e Thomas Hobbes. In questo senso, è difficile pensare tale nozione classica senza riferirsi all'assolutismo e alle mitologie che esso ha sviluppato all'alba dell'epoca moderna. In tal senso, però, è bene essere consapevoli che la nozione westfaliana di Stato costruisce una gabbia che – al suo interno come al suo esterno – inibisce, almeno sotto taluni aspetti, la volontà della comunità.
Nel dibattito della Costituente e poi anche nei decenni successivi, il permanere delle antiche nozioni che hanno permeato il diritto pubblico fece sì che la forte sensibilità democratica delle culture uscite dalla Resistenza non abbia potuto esprimersi appieno, ma abbia sempre dovuto trovare difficili mediazioni con visioni assai più conservatrici[3].
I tratti più originali e rivoluzionari, insieme alle molte potenzialità inespresse, del nuovo costituzionalismo interpretato dalla carta repubblicana possono però ora essere compresi dagli uomini del terzo millennio, dato che lo Stato moderno ormai è declinato e che ogni riflessione sul tema obbliga a fare i conti con la categoria della *post-sovranità*[4].
Restare fedeli al lascito costituzionale significa, oggi, saper avvertire quanto vi era di progressivo e quanto, invece, era legato a condizioni che oggi sono venute meno.
Come d'altra parte ha sottolineato Maurizio Fioravanti, «*le grandi personificazioni del passato sono alle nostre spalle: il sovrano, il popolo, il legislatore, lo Stato come persona. Ma la dissoluzione di queste potenti e fin qui decisive forme consegna alle democrazie di oggi due problematiche da riscrivere, e non una sola: non solo la garanzia dei diritti attraverso la costituzione e la funzione giurisdizionale, ma anche la ricostruzione della sfera della politica, dell'attività che conduce alla libera decisione dei cittadini sull'indirizzo politico, secondo le regole della costituzione*»[5].

---

[3] In questo senso, l'incapacità di immaginare una democrazia diretta estesa ai temi di carattere finanziario o alle relazioni internazionali è rappresentativa di ben precise difficoltà del contesto ordinamentale del tempo. Il comma 2 dell'art. 75 della Costituzione repubblicana recita: «Non è ammesso il referendum per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali».

[4] Sul tema cfr. A. Linklater, *The Transformation of Political Community: Ethical Foundation of the Post-Westphalian Era*, Columbia, University of South Carolina Press, 1998.

[5] M. Fioravanti, "Sovranità", *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1998. Sul tema si vedano anche: H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989 (1920); Nicola Matteucci, "Sovranità", in N. Bobbio – N. Matteucci – G. Pasquino, a cura di, *Dizionario di politica*, Torino, Utet, 1983, pp. 1102-1110; G. Silvestri, "La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto",

Una piena storicizzazione dei principali concetti con i quali il diritto internazionale e il diritto costituzionale sono costantemente chiamati a fare i conti deve allora costringere a una revisione anche delle pratiche sociali e dell'azione politica dei giuristi stessi.
Se nello spazio giuridico globale dei diritti umani al centro delle controversie contemporanee gli Stati nazionali hanno esaurito la loro funzione ed è sempre più urgente la necessità di elaborare – almeno a livello europeo (continentale) – una dinamica sociale che sappia farsi interprete dell'urgenza di riconoscere nuove regole e migliori garanzie dei diritti individuali e di gruppo (per forza di cose *trans-nazionali*), oggi è necessario che un'interpretazione dinamica della stessa dimensione costituzionale sappia darci strumenti d'azione e di confronto pubblico che siano veramente adeguati alle esigenze di una società irriducibilmente altra rispetto a quella descritta nel paradigma westfaliano.

I.B. Pensiero critico e agire comunicativo: la lezione di Habermas.

In questo senso quello che forse è il massimo pensatore pubblico del nostro tempo, Jürgen Habermas, può rappresentare una guida utile per fornire i contorni alla libertà di espressione e dei vincoli che possono essere a questa imposti e da chi.
Già nel 1991, nel corso di un'intervista, lo studioso tedesco fu esplicito nel sottolineare l'urgenza di adeguare le istituzioni pubbliche dei popoli europei alle esigenze dei tempi nuovi: «*La forma organizzativa dello Stato nazionale, l'istituto dello Stato territoriale in generale ha dimostrato la propria inadeguatezza, come il concetto del politico determinato dal primato della garanzia dell'ordine – l'idea hobbesiana che definisce il politico a partire dalla funzione della stabilizzazione interna ed esterna del dominio. Il mondo degli Stati europei formatosi nel 1648 è scomparso già da lungo tempo*».[6]
Se lo Stato moderno è inadeguato, e d'altra parte esso fu elaborato dagli assolutismi monarchici contro i diritti individuali e non a loro protezione, un pensiero critico che sappia anche generare un costituzionalismo di carattere dinamico ed evolutivo deve porsi l'obiettivo di ripensare in termini forti la democrazia: evitando le derive del populismo plebiscitario per consolidare, invece, una vita pubblica veramente partecipata.
Come è facile intuire, la questione è al tempo stesso giuridica e politica. In *Fatti e norme* viene delineato un rapporto complementare tra diritto ed etica, e questo rapporto è al cuore di ogni democrazia che non sia solo formalmente tale[7].
Quanti vogliano salvaguardare e riformulare il diritto e la cultura costituzionale all'interno dei tempi nuovi non devono temere l'innovazione che impone il pulsare quotidiano dell'esperienza giuridica.
Quello che Habermas chiama il *potere comunicativo* della cittadinanza è cruciale perché le grandi promesse della Costituzione non siano sacrificate da un originalismo inadeguato ai tempi. Un vero progetto critico, in senso kantiano e oltre, chiede allora una costante mobilitazione della società: il superamento di ogni logica gerarchica e sovrana – figlia di istituzioni antecedenti l'avvento della democrazia – e il rafforzamento di forme

---

Rivista di diritto costituzionale, 1996, 1, pp. 3-75; L. Carlassare, "Sovranità popolare e Stato di diritto", in S. Labriola, a cura di, *Valori e principi del regime repubblicano. Sovranità e democrazia*, Roma, Laterza, 2006, pp. 163-214.

[6] J. Habermas, *Dopo l'utopia. Il pensiero critico e il mondo d'oggi*, intervista a cura di M. Haller, Venezia, Marsilio, 1992 (1991), p. 83.

[7] J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini, 1996 (1992).

espressive (*il referendum, in particolare, ma anche l'assemblea pubblica e il libero confronto negli spazi dei media*) che veda il centro della scena occupato da soggetti liberi, eguali e in grado di confrontarsi dialetticamente.
L'agire comunicativo è il discorso razionale rivolto a un accordo. L'argomentare e l'esprimersi non punta solo o in primo luogo a convincere, a conquistare alla propria causa, a un convincere che è un vincere. Al contrario, alla base dell'orizzonte democratico vi è una necessità di dialogo e confronto che impone la massima libertà di espressione e che esige anche occasioni *alte* di scambio, scontro e dialettica.
In Habermas, la tensione tra *sistema* e *mondo della vita* (*Lebenswelt*) può aiutarci a cogliere il senso di quanto – nel linguaggio dei giuristi – è letto nei termini di un rapporto sempre vivo tra normatività ed effettività. Ma il *mondo della vita* husserliano che Habermas recupera nella sua analisi rinvia pure a un insieme di valori, pratiche e relazioni interpersonali che devono trovare anche forme istituzionali d'espressione.
Nella sua dimensione interpersonale, esso è «*il luogo trascendentale nel quale parlante ed ascoltatore si incontrano, nel quale possono avanzare reciprocamente la pretesa che le loro espressioni si armonizzino con il mondo (quello oggettivo, sociale e soggettivo) e nel quale essi possono criticare e confermare queste pretese di validità, esternare il proprio dissenso e raggiungere l'intesa*»[8].
Grazie alla comunicazione e alla rielaborazione interpersonale dei propri diritti, «*si può dare una certa coerenza a tentativi di riforma che siano in fase di progetto o già in fase di esecuzione*»[9].
Questo protagonismo sociale in cerca di deliberazione, assai più che di decisione, non va però inteso in termini meramente individuali. Una visione giuridica che riducesse la società a un insieme di atomi umani creerebbe una frattura non più ricomponibile. Per questa ragione, una vera democrazia deliberativa deve avere quali attori le singole individualità e, al contempo, pure le realtà collettive: i partiti, i sindacati, le associazioni, le città, le istituzioni locali, le realtà religiose, i gruppi etnici di antico o recente insediamento, e via dicendo[10].

I.C. La dinamica del dettato costituzionale.

Le società democratiche contemporanee conoscono forti spinte verso la chiusura, anche quale effetto della volontà di proteggere una socialità che sempre venir meno. Come rileva Habermas, «*questa tendenza s'intreccia alla differenziata costruzione di nuove forme di vita collettive e di nuovi progetti di esistenza individuale. Messe insieme, queste due tendenze rafforzano nello stato nazionale le spinte centrifughe*»[11].
La rete dei rapporti interpersonali è ad ogni modo importante, ma non basta. La società democratica dell'età post-westfaliana chiede la presenza di nuove soggettività e, in particolare, delle comunità politiche regionali, che devono trovare autonome modalità di elaborazione delle proprie posizioni e di affermazione della loro autonoma volontà.

---

[8] J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, volume secondo, Bologna, il Mulino, 1997, p. 714.
[9] J. Habermas, *Fatti e norme*, p. 526.
[10] Un autore per tanti aspetti agli antipodi rispetto a Habermas, Michel Foucault, nella sua riflessione sulla biopolitica evidenzia il *fil rouge* che collega il corpo del monarca classico, la repubblica "unica e indivisibile" dei rivoluzionari giacobini e, infine, quel «corpo sociale che sarebbe costituito dall'universalità delle volontà» e in cui si esprimerebbe «la materialità del potere sul corpo stesso degli individui» (Michel Foucault, "Potere-corpo" (1975), in *Microfisica del potere. Interventi politici*, Torino, Einaudi, 1977, p. 137) Ma questa gabbia, dietro la quale si cela il mito del sistema chiuso e autosufficiente, va superata; e se la riflessione del pensatore francese certamente si distanzia nettamente dal nuovo illuminismo habermasiano, è pur vero che in modi differenti questi fondamentali autori del Novecento spingono verso un superamento del formalismo giuridico-politico contemporaneo e chiedono nuove forme di protagonismo sociale, che aprano più ampi spazi d'azione e d'iniziativa..
[11] J. Habermas, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 1999 (1998), p. 53.

In questo senso quando l'art. 2 Cost. afferma che la «Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», subito si preoccupa di aggiungere «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».
È chiaro che la dimensione democratica non va intesa in termini atomistici e la piena espressione delle proprie idee non può essere confinata a livello individuale, ma deve riguardare pure le realtà comunitarie.
Storicamente questa facoltà è stata a lungo contrastata. Come sottolinea Antonello Tancredi, larga parte del dibattito sui temi cui è dedicato il parere è stato ostacolato da un «*insanabile conflitto tra garanzia dei confini statali ed autodecisione dei popoli (un conflitto acuito dalla perdurante mancanza di una definizione giuridica della nozione di popolo)*»[12].
Alla luce di queste considerazioni, la supposta tensione tra l'art. 5 e l'art. 10[13] della Costituzione forse è meno cruciale di quanto non possa apparire *prima facie*.
Dinanzi all'esigenza, di estrema urgenza sol si guardino le recenti percentuali di cittadini votanti, di operare una piena ri-legittimazione dell'ordine giuridico e di rianimare il senso autentico del lascito costituzionale, la questione fondamentale verte sulla possibilità di un'ampia espressione pubblica di tesi diverse, in grado quindi di confrontarsi su distinte prospettive giuridiche.
In questo senso, più dell'art. 5 e perfino dell'art. 10, qui pare conti il richiamo all'art. 2, dove la difesa dei diritti umani (a partire da quello di esprimere le proprie idee) è ricondotto non solo ed esclusivamente ai singoli, ma all'insieme delle collettività possibili. I padri costituenti vollero usare la formula anodina di "diritti inviolabili" anche per indicare diritti pregiuridici. Peraltro, dopo l'esperienza del fascismo è chiaro come fosse centrale l'idea che ognuno – singolo o gruppo, individuo o istituzione – possa avere la piena libertà di discutere ed elaborare, nelle forme autonomamente scelte, i propri orientamenti.
Da un punto di vista giuridico, e venendo così ad un primo responso interlocutorio sulla Parte I della presente disamina, pare davvero arduo riconoscere nel nostro ordinamento un divieto alla espressione del proprio pensiero, per i singoli come pure per questi tra loro in vario modo associati, finanche su tematiche istituzionali.
Sono proprio gli assunti democratici della nostra Costituzione repubblicana che risulterebbero, senza la possibilità di un confronto pubblico, del tutto compromessi e incapaci di riconoscere lo svolgersi dell'esperienza giuridica[14].
Ogni formalismo, d'altra parte, è debole in partenza. Già alla fine dell'Ottocento ci fu una prospettiva, detta *giusliberista*, all'interno della quale uno studioso come Hermann U. Kantorowicz sottolineò che in ogni enunciato normativo vi sono tante lacune quante sono le parole[15]. In altri termini, il significato di termini come *repubblica* o *popolo* sono

---

[12] A. Tancredi, *La secessione del diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2001, p. 7. Sul tema della "inutilità/impossibilità giuridica" della definizione di "popolo" v. *infra*.

[13] L'art. 10 Cost. ricorda il conformarsi del diritto italiano «alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» - sul punto v. *infra*.

[14] L'esigenza di aprire a una visione più dinamica del diritto è parsa chiara anche a un teorico del diritto quale Mauro Barberis, quando ha riconosciuto l'importanza di tradizioni di studio pure lontane dalla sua sensibilità e ha invitato, in particolare, a prendere sul serio le tesi di certi autori. In particolare, scrivendo su Bruno Leoni, egli ha sottolineato che «*dinanzi a processi come di costituzionalizzazione, europeizzazione e globalizzazione (...) forse occorre una teoria più generale di quella fondata sullo stato e sul diritto codificato continentale; per tali processi, forse occorre una teoria come quella di Leoni*» (M. Barberis, "Introduzione" a Bruno Leoni, *Il diritto come pretesa*, Macerata, Liberilibri, 2006, p. XXXVI).

[15] H.U. Kantorowicz, *La lotta per la scienza del diritto*, Milano, Arnaldo Forni, 1988 (1906).

tutt'altro che scontati. Il popolo è una realtà (organica) o un insieme di persone? E di fronte a tali dilemmi, chi può affermare, giurista politico o sociologo che sia, *de hoc satis*?
Una progressiva riformulazione dell'ordine democratico deve allora saper valorizzare istituti di carattere consultivo, specie se essi sono ripensati quali strumenti per un ampio coinvolgimento delle culture e degli interessi che compongono la società.
Per giunta, l'espansione del confronto pubblico all'interno delle società post-industriali esige che si dia spazio a un confronto in grado di togliere ogni sospetto di autoritarismo e censura[16].

I.D. Sul contenuto e limiti della libertà di espressione: evoluzione normativa.

Una volta assunto l'elemento giuridico-politico per il quale il limite alla libertà di espressione del singolo come dei corpi associati sia in astratto difficilmente comprimibile in un contesto ordinamentale democratico, pare utile volgere l'attenzione sul contenuto che tale libertà di espressione possa riconoscere.
In merito al contenuto che il singolo e i membri associati possono indicare nell'esprimere la propria opinione, di non poco conto pare così l'analisi della L. 24 febbraio 2006, n. 85.
La stessa novella introduce modifiche al codice penale italiano in materia di reati di opinione[17]. Il fine del legislatore è stato quello di adeguare i reati e le pene previste per talune fattispecie al dettato costituzionale, eliminando le incrostazioni ideologiche autoritarie che caratterizzavano le norme previgenti.
Invero nella legge *de qua* sono presenti, come si è accennato sopra, sia reati di opinione sia reati che non sono di opinione.
Difatti i reati di attentato contro lo Stato, contro la Costituzione ed i suoi organi ed addirittura il reato di associazione sovversiva sono delitti politici, che offendono un interesse politico ovverosia «l'interesse che attiene alla vita dello Stato nella sua essenza unitaria», e sono reati contro la personalità internazionale dello Stato (artt. 241, 270 c.p.), e contro la personalità interna dello Stato (artt. 283, 289, 292 c.p.)[18].
Sono state evidenziate tre linee guida della riforma: rivisitazione delle condotte dei reati di opinione; riduzioni significative delle sanzioni in linea con la Costituzione repubblicana con sostituzione delle pene detentive con pene pecuniarie e con la

---

[16] «La democrazia è dialogo paritario e il dialogo paritario si fa deponendo ogni strumento di pressione: innanzitutto di pressione materiale, quella che viene dalla violenza e dalle armi, ma anche di pressione morale, come quella che può essere esercitata nel rapporto asimmetrico di autorità-soggezione che, quando degenera in autoritarismo, troviamo tra padre e figli, maestro e allievo; un rapporto che manca di rispetto e contraddice la libertà senza la quale non c'è democrazia» (G. Zagrebelsky, *Il "Crucifige!", e la democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, p. ??).

[17] Va subito precisato che tale legge non apporta innovazioni solo in relazione a reati di opinione ma anche in materia di delitti contro la personalità dello Stato, in materia di delitti contro le confessioni religiose, con modifiche anche di portata generale (si veda la modifica all'art. 2 c.p.).

[18] La legge in esame si occupa anche del reato di cui all'art. 299 c.p. (offesa alla bandiera di uno Stato estero), quale delitto contro gli Stati esteri; ma si occupa anche dei delitti contro le confessioni religiose (artt. 403, 404, 405, 406 c.p.) che tutelano il sentimento religioso, nonché di norme emanate contro le discriminazioni razziali (art. 3 l. n. 654 del 1975). Invero anche la «Commissione Grosso» ha rilevato l'esigenza di adeguare la normativa, scrivendo nella Relazione per la riforma del codice penale: «La tecnica di incriminazione e tipologia dei delitti contro lo Stato previsti dal codice penale Rocco devono essere profondamente cambiate. Esso utilizza infatti modelli di anticipazione non controllata dell'intervento penale, configura reati sganciati dalla prospettiva della offesa degli interessi, colpisce indiscriminatamente opinioni ed associazioni (dissenzienti) senza adeguati ancoraggi a comprovate necessità di difesa sociale. Pur rendendosi conto che la politicità della materia potrebbe giustificare deviazioni rispetto al rigoroso rispetto ai principi di tipicità e di necessaria offensività, vi sono limiti che una legislazione penale ispirata a criteri liberal-democratici non può comunque superare. In questa prospettiva si tratta di trovare il giusto contemperamento fra le esigenze contrapposte di tutela degli interessi fondamentali delle istituzioni democratiche e di rispetto delle garanzie individuali».

decriminalizzazione di talune fattispecie che diventano meri illeciti amministrativi; l'abrogazione *tout court* di talune ipotesi delittuose, ritenute non più conformi al dettato costituzionale.
Per quanto interessa in questa sede il riferimento da analizzare è il novellato art. 283 c.p. ("*Chiunque, con atti violenti, commette un fatto diretto e idoneo a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di Governo, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni*"), in forza del quale ora solo gli "atti violenti ed idonei" a mutare la Costituzione dello Stato sono penalmente rilevanti; con la conseguenza che gli atti non di tal fatta, s'intende anche se idonei, son da riconoscersi pienamente leciti.
Si veda pure l'attuale disciplina dell'art. 241 c.p.[19], il quale prevede che chiunque compia atti violenti diretti ed idonei a sottoporre il territorio dello Stato alla sovranità di uno Stato straniero o a menomare l'unità e l'indipendenza dello Stato è punito con una pena non inferiore ai dodici anni.
Rimangono, quindi, leciti (e legittimi) tutti gli atti contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato che siano compiuti senza violenza, condotte che sono state quindi, per volontà del legislatore italiano, decriminalizzate e volte al riconoscimento concreto della piena libertà di espressione dei cittadini.

I.E. Le modalità di esercizio della libertà di espressione: il referendum. Analisi comparatistica. Cenni.

In merito al mezzo tramite il quale i membri di una comunità possono esprimere il loro parere in ordine ad un tema dall'ambito istituzionale, pare immediato porre l'attenzione all'istituto del *referendum*.
Sul ruolo che tale istituto riveste nei processi di evoluzione istituzionale, risulta opportuna una sintetica disamina comparatistica, limitata all'ambito europeo.
Circa il 60% degli Stati attualmente esistenti nel continente europeo ha conquistato l'indipendenza nel corso del Novecento e del primo decennio del XXI secolo.
La conquista dell'indipendenza nella formazione di nuovi attori statali è risultata essere la regola. Difatti, nel contesto europeo, la separazione fra Stati non è un atto straordinario, ma costituisce il normale strumento di ottenimento dell'indipendenza e della libertà politica nei tempi recenti.
Difatti, su 25 Stati europei formatisi nel Novecento, 21 (84%) sono nati da una secessione.
In tale contesto giuridico-politico, gli anni Novanta del Novecento hanno peraltro imposto una revisione circa i criteri di riconoscimento stabiliti sulla base del principio di autodeterminazione.
A mero titolo esemplificativo, come già dedotto *supra* la stessa nozione di "popolo" non è stata necessaria per ottenere l'indipendenza di nuove formazioni statali. Infatti hanno ottenuto l'indipendenza e il riconoscimento internazionale Paesi totalmente privi di omogeneità etnica interna e distinta (cfr. territori ex-Jugoslavia, Cecoslovacchia).
La stragrande maggioranza di queste formazioni statali ha ottenuto l'indipendenza in forma pacifica. Delle 21 secessioni del Novecento solo 3 (14%) hanno avuto connotazioni violente. La violenza, peraltro, è intervenuta laddove non siano stati concessi referendum o non siano stati riconosciuti i risultati delle consultazioni stesse

[19] Art. 241, co. 1, c.p.: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti violenti diretti e idonei a sottoporre il territorio dello Stato o una parte di esso alla sovranità di uno Stato straniero, ovvero a menomare l'indipendenza o l'unità dello Stato, è punito con la reclusione non inferiore a dodici anni".

(vedansi i casi di Kosovo e Bosnia)[20].
La dottrina giuridica relativa al ricorso al referendum per l'espressione della volontà di una popolazione inglobata in uno Stato unitario a costituirne uno nuovo è pressoché inesistente.
La Conferenza di Helsinki (1975)[21] ha scolpito il principio dell'autodeterminazione, ma non ha fornito indicazioni su quali vie giuridiche si debbano seguire. L'applicazione pratica di questo diritto in tal modo ha assunto, come dimostra una quantità di esempi della fine del Novecento, le forme più disparate, coincidenti con la situazione storica favorevole, le convenienze politiche del momento, la disponibilità di appoggio internazionale.
Quello dell'ottenimento dell'indipendenza mediante referendum è un capitolo ancora aperto della storia del diritto internazionale, del diritto delle genti, del diritto comune, che coinvolge l'incoerenza esistente nell'intendere il concetto di "democrazia". Gli studi contemporanei di diritto internazionale continuano a presentare punti di vista contrastanti sull'esistenza o meno di un diritto a secedere e sulle condizioni alle quali esso dovrebbe essere sottoposto.
Non va dimenticato che in numerosi casi la sola proclamazione d'indipendenza di un Parlamento locale è stata sufficiente per l'ottenimento dell'indipendenza (Irlanda, Islanda, separazione fra Cechia e Slovacchia, ecc.).
Il caso della nascita dello stato di Norvegia (*tramite separazione indipendentista dalla Svezia – 1905*) ha visto i membri dello *Storting*, l'autoproclamato Parlamento norvegese, ingaggiare una lotta politico-giuridica durata decenni contro il Commissario della Corona svedese che cercava di controllarne e bloccarne le deliberazioni. Ripetutamente lo *Storting* ripresentava, vedendosele regolarmente respingere, le sue decisioni. La scelta di assumere continuamente gli stessi ordini del giorno già cassati ha contribuito al raggiungimento dell'indipendenza della Norvegia, con il progressivo ottenimento di sempre maggiori poteri, fino alla sovranità. Nell'agosto del 1905 la stragrande maggioranza dei Norvegesi si è espressa liberamente con un *referendum*, votando per la separazione dalla Svezia e i negoziati sono seguiti al risultato del voto.
Nei Paesi Baltici il *referendum* per l'indipendenza si svolge sotto la supervisione di osservatori stranieri. In questo atto è rinvenibile una parte di dottrina e pratica internazionalistica dell'uso del referendum per l'ottenimento dell'indipendenza. In tale situazione la popolazione dei residenti (di etnia differente e non uniforme) è stata ammessa al referendum per l'indipendenza (che in grande quantità hanno votato per l'indipendenza, come in Lituania), con solo alcune limitazioni relative alla data di inizio della residenza, nei Paesi maggiormente colonizzati dalle minoranze slave mediante l'immigrazione forzata staliniana (Lettonia ed Estonia).
Nel terminare questa breve parentesi relativa all'istituto del referendum quale mezzo della libertà di espressione, non si può non ricondurre l'attenzione alla evoluzione della dottrina e della pratica internazionalistica relativa al riconoscimento della legittimità al ricorso proprio al referendum istituzionale (anche dalla natura consultiva, eventualmente). In un certo qual modo introducendo già in questa sede la II parte del Parere, pare utile evidenziare alcuni elementi ritenuti giustificanti il ricorso al referendum dalla natura istituzionale:

[20] In ogni caso, qualunque reazione violenta da parte degli Stati unitari è una violazione della Risoluzione 2625 (XXV) ONU (adottata nel 25° dell'Organizzazione).
[21] Cfr. II parte del presente Parere.

1) la presenza di discriminazioni interne allo Stato unitario dal quale una regione aspira a secedere (*e conseguente la violazione di diritti naturali delle popolazioni*): in particolare la violazione del par. 1 dei *Covenants* sui Diritti dell'Uomo (1966) relativo alla libera disponibilità delle risorse presenti nel proprio suolo e di quelle prodotte;
2) la presenza di una sistematica rapina fiscale, che diminuisce, consuma, dissangua ed esaurisce (a vantaggio di altre regioni) l'economia di una regione, abusando del lavoro, della fatica e del sudore e dei beni dei cittadini, soffocando i rapporti di scambio;
3) trasferimenti iniqui di risorse (c.d. "residuo fiscale") a favore di una sola parte della popolazione;
4) criteri non omogenei di reclutamento del personale pubblico a vantaggio di una sola parte della popolazione (*questa ragione è stata riconosciuta come determinante nella separazione fra Repubblica Ceca e Slovacchia, caso in cui tuttavia lo squilibrio a favore della Repubblica Ceca, che aveva la meglio in questo arruolamento, era riconosciuta come la parte economicamente più ricca*);
5) la presenza storica di annessioni forzate mediante conquista militare, eventualmente giustificate *ex post* con pretesti consensuali (*plebisciti truccati o adesione della classe politica, come nel caso dei Paesi Baltici*), che danno luogo a un sistema coloniale.

*****

II. AUTODETERMINAZIONE, POPOLO, ISTITUZIONI. CONTENUTI, FINALITÀ E LIMITI.

II.A. Autodeterminazione e Costituzione italiana.

Dopo aver verificato all'interno della Parte I l'insussistenza di limiti giuridici alla libertà di espressione e avendo nel paragrafo precedente introdotto l'istituto referendario nelle vicende istituzionali si tratta di approfondire la Parte II del Parere, versata sul tema dell'autodeterminazione così come viene riconosciuto (e limitato) dall'ordinamento giuridico (interno e internazionale).

Nel caso dell'autodeterminazione dei popoli (*per ipotesi di parere, quello relativo al territorio del Veneto*) pare utile indagare quali sarebbero le norme costituzionali dell'ordinamento oggi vigente con le quali il diritto internazionale di autodeterminazione dei popoli contrasterebbe.

Ictu oculi l'analisi principia dall'art. 5, da più parti interpretato quale norma di salvaguardia dell'integrità territoriale della Repubblica. Dinanzi a tale ermeneutica, in questa sede solo sinteticamente ripresa, si impongono due ragionamenti giuridici.

Innanzi tutto, nel merito, che una cessione possa contrastare con l'essere "una e indivisibile" della repubblica è materia da verificare sempre in termini ermeneutici. Anzitutto, qualora si addivenisse ad una indipendenza, la Repubblica Italiana resterebbe ugualmente "una", poiché non è dato ritenere verosimile che si verrebbero a costituire una serie plurale di "*Italie sovrane*".

Quanto al carattere di "indivisibilità," occorre chiederci se indivisibile significhi "intangibile", anzitutto, e il ragionamento abbisogna di qualche elemento storico.

La Costituzione è entrata in vigore nel 1948. Se il termine "indivisibile" dovesse

significare "intoccabile" o "immutabile", allora non si sarebbe potuto accettare come pienamente legittimo il Trattato di Osimo del 1975, né il precedente accordo del 1954 istituente le zone A e B del "Libero territorio di Trieste" (il c.d. *Memorandum* di Londra).
In aggiunta, a ben vedere, nell'esaminare il dettato costituzionale, emerge come già i costituenti avessero previsto la possibilità che il territorio della Repubblica subisse variazioni: l'art. 80 della Costituzione, sulla ratifica dei trattati internazionali, afferma infatti: "*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*".
La Costituzione autorizza espressamente il Parlamento a ratificare trattati internazionali che specificamente "*import[i]no variazioni del territorio*".
Pare dunque evidente che, finanche nella volontà dei costituenti, l'art. 5 della Costituzione non sia di impedimento alcuno a una variazione del territorio, la quale, dunque, non si configura come mero fatto a-costituzionale o, peggio ancora, come atto in-costituzionale, bensì come un evento che la Costituzione stessa prevede e accoglie entro il suo equilibrio giuridico-costituzionale, come la storia ha peraltro già dimostrato.

II.B. Autodeterminazione e rapporto tra Costituzione e diritto internazionale.
La Corte Internazionale di Giustizia nella sentenza Portogallo vs. Australia del 1995 ha riconosciuto che il "diritto di autodeterminazione dei popoli" ha carattere di diritto cogente, il che significa che si tratta di una norma imperativa di diritto internazionale generale, valida per tutti gli Stati.
Quando la Costituzione italiana è stata scritta e approvata (nel 1947) l'Italia non era ancora entrata a far parte dell'ONU. Nel 1945, infatti, alla sigla della Carta dell'ONU, l'Italia era formalmente una monarchia, e non conosceva ancora il proprio destino in quanto il referendum monarchia-repubblica non era ancora stato celebrato, i Savoia erano ancora sul suolo italiano e regnavano, e non c'era una Costituzione propriamente detta.
Tuttavia l'Italia già allora si prefigurava di entrare nell'ONU e la Carta dell'ONU era già stata scritta e firmata da decine di Stati del Mondo. Pertanto, oltre all'art. 11, la Costituzione prevede all'art. 10: "*l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute*".
Il fatto che l'ordinamento italiano si conformi a dette norme implica che esso "ceda" di fronte a esse, lasciando loro il primato, cioè adeguando sé stesso al diritto internazionale, non il contrario. Ovviamente questo primato non è concesso a tutte le norme di diritto internazionale, ma solo alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". Pare quindi utile porre tale formula a confronto con la definizione dello *jus cogens* data dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, all'art. 53: "*una norma imperativa del diritto internazionale generale è una norma accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme*".
Inoltre, caratteristica precipua dello *jus cogens*, è che si tratta di una "*norma alla quale non è permessa alcuna deroga*" (nuovamente Convenzione di Vienna del 1969, art. 53), e tutto ciò che vi si oppone diviene *ipso iure* illegittimo.
Pertanto, anche qualora si ritenesse che il diritto di autodeterminazione dei popoli non fosse già diritto cogente nel 1948, pare congruo affermarlo ora (lo ha chiarito finanche la Corte Internazionale di Giustizia nel 1995 v. *infra*).
In breve, visto che il diritto di autodeterminazione dei popoli è *jus cogens*, e considerato

che la Costituzione italiana afferma che l'ordinamento italiano "si conforma" allo *jus cogens*, allora *possiamo concludere che il diritto di autodeterminazione dei popoli è riconosciuto dal diritto italiano e che fa parte Costituzione della Repubblica Italiana* essendo una delle norme di diritto cogente alle quali l'art. 10 della Costituzione fa riferimento.

II.C.1. Autodeterminazione nel diritto internazionale. Il ruolo del consenso della comunità.

In merito al contenuto della autodeterminazione, volgendo lo sguardo al diritto internazionale, elementi importanti li fornisce la nota Convenzione di Montevideo.

La Convenzione di Montevideo (Uruguay, 26 dicembre 1933), composta di 16 articoli, è la "*Convenzione sui diritti e i doveri degli Stati*" uscita dalla Settima Conferenza Internazionale degli Stati Americani e firmata da 20 Stati del continente americano. Questo trattato multilaterale, pur firmato solo da 20 Stati americani e pur antecedente alla Carta ONU, è considerato una pietra miliare da tutta la dottrina internazionalistica, in quanto enuncia i caratteri e i principi riguardanti la natura di un soggetto statuale.

Si riportano di seguito gli articoli più interessanti ai fini del presente Parere.

L'articolo 1 della Convenzione stabilisce i 4 requisiti essenziali per uno Stato:

"Lo Stato, come persona del diritto internazionale, dovrebbe possedere le seguenti qualifiche: a) una popolazione stabile; b) un territorio definito; c) un governo; d) la capacità di entrare in relazione con gli altri Stati".

L'articolo 2 enuncia il principio di unipersonalità degli Stati federali:

"Lo Stato federale costituisce una sola persona agli occhi del diritto internazionale".

L'articolo 3 separa l'esistenza dello Stato dal fatto di essere o meno riconosciuto da altri Stati:

"L'esistenza politica dello Stato non dipende dal riconoscimento da parte di altri Stati. Anche prima del riconoscimento, lo Stato ha il diritto di difendere la propria integrità ed indipendenza, di provvedere per la propria conservazione e prosperità, e di conseguenza di organizzarsi come meglio crede, di legiferare sui propri interessi, amministrare i propri servizi, e definire la giurisdizione e la competenza delle proprie corti. L'esercizio di questi diritti non ha altra limitazione che l'esercizio dei diritti degli altri Stati secondo il diritto internazionale".

L'articolo 4 sull'uguaglianza e la parità dei diritti tra gli Stati:

"Gli Stati sono giuridicamente uguali, godono degli stessi diritti ed hanno uguale capacità nel loro esercizio. I diritti di ciascuno non dipendono dal potere che ha di assicurarne l'esercizio, ma dal semplice fatto della sua esistenza come persona nel diritto internazionale".

Nella disamina di tali articoli, vista anche la questione posta alla Commissione con il presente lavoro, pare utile riconoscere quale elemento è stato valutato dalla dottrina e dalla prassi del diritto internazionale come preminente nel riconoscimento dell'autodeterminazione.

Ritenuti quali presupporti di notevole importanza, ma non sufficienti in sé, il governo e (la sovranità da questo esercitata su un dato) territorio, l'elemento sempre ritenuto essenziale è quello della (volontà della) popolazione.

Così che è unicamente la popolazione, che si autoriconosce e si autodefinisce "popolo", che anche da sola può determinare gli altri elementi, imprimendo loro le caratteristiche quantitative e qualitative maggiormente opportune/giustificate.

È esattamente questo il *potere di autodeterminazione* garantito dal diritto internazionale, specie della Carta ONU.

Il fondamento giuridico per il quale l'elemento della popolazione può condiderarsi

preminente è, difatti, l'articolo 1 della Carta ONU che parla di "principio [...] di autodeterminazione *dei popoli*".
Dopo aver compreso che l'autodeterminazione è un atto compiuto da un popolo, rinveniamo però come il diritto internazionale *non* definisce cosa sia "popolo", né e necessario che altri Stati "riconoscano" che un certo popolo sia tale affinché esso possa autodeterminarsi: è unicamente la popolazione stessa, che di propria iniziativa si *autoriconosce* e si *autodefinisce* popolo, che è abile e si *autodetermina* con un atto di volontà, esprimendo così un fatto che si palesa quale diritto.
Difatti, è lapalissiano rammentare come il diritto internazionale riconosca, tra i suoi principi cardine, il principio di effettività.
Occorrerebbe un intero altro approfondimento per sviscerare questa parte più "procedurale", che già il Governatore Dott. Luca Zaia ha esplicitamente richiesto alla nominata Commissione, ma ai fini dello stadio del presente lavoro, basti sottolineare che il principio di effettività, nel silenzio di fonti pattizie e nell'assenza di fonti consuetudinarie in materia, si declina in un principio di libertà delle forme, cosi che il mezzo specificamente usato possa dotarsi della flessibilità necessaria per adeguarsi alle condizioni di fatto espresse da ogni singolo caso concreto.
In altre parole, la volontà popolare che costituisce atto di autodeterminazione, secondo l'esperienza anche recente del diritto internazionale, può estrinsecarsi in qualsiasi forma, purché essa che sia atta a garantire che detta volontà sia espressa in maniera chiara, decisa e libera.

II.C.2. Autodeterminazione nel diritto internazionale. Il problema del "riconoscimento".

Volendo proseguire la disamina introdotta al termine del paragrafo precedente, ci si trova avviluppati nel problema del riconoscimento internazionale, che è unanimemente ritenuto, nella letteratura giuridica e in quella delle Relazioni Internazionali, uno fra i più complessi, sia sul piano teorico che su quello pratico.
Per quanto qui ci occupa, tale riferimento si inserisce nell'evidenziare, teoricamente nel mentre, i passi successivi a quelli di una libera espressione della volontà autodeterminante dei membri della comunità.
Già Carl Schmitt aveva definito il problema del riconoscimento giuridico-internazionale: «Il problema-chiave di ogni ordinamento fondato sulla coesistenza di entità autonome, indipendenti»[22]. Il riconoscimento è inoltre parte integrante della questione dell'*international legitimacy*[23], in quanto si è ormai spinto molto oltre il *recognition* di nuovi Stati e governi (ossia il 'riconoscimento' nel senso giuridico- politico moderno del termine), diventando, in quanto assunzione di una posizione presa di fronte a

[22] C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin 1974; tr. it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano 1991, p. 393. È nota inoltre la coincidente opinione del giurista internazionalista Hersch Lauterpacht: «There are only very few branches of international law which are of greater, or more persistent, interest and significance for the law of nations than the question of Recognition of States... Yet there is probably no other subject in the field of international relations in which law and politics appear to be more closely interwoven». Lauterpacht H., *Recognition in International Law*. Cambridge University Press, Cambridge 1947.

[23] Stando alla definizione di Martin Wight: «*By international legitimacy I mean the collective judgement of international society about rightful membership of the family of nations: how sovereignty may be transferred and how states successions to be regulated, when large states break up into smaller, or several states combine into one*». M. Wight, *Systems of States*, Leicester University Press, Leicester 1977, p. 153. È fondamentale per l'autentico concetto di legittimità la stipulazione del diritto alla *membership* all'interno di quella società. I. Clark, *Legitimacy in a Global Order*, «Review of International Studies» 29, 2003, p. 81.

qualunque alterazione importante nel sistema internazionale, in particolare territoriale, lo strumento di un illimitato interventismo discriminatorio.
In ogni caso, già l'atto di riconoscimento o di non-riconoscimento di uno Stato o di un governo territoriale di nuova formazione è un fatto politico di prim'ordine e al tempo stesso uno strumento di intervento, che chiama in causa la legittimità del riconoscimento di un attore e, in modo speculare, dei principi sulla base dei quali il *recognition* viene enunciato, esplicitamente o implicitamente, ma ha al contempo conseguenze decisive per il sistema internazionale moderno.
Decidere sul riconoscimento di un nuovo attore del sistema comporta *ipso facto* una promessa di trattare con questa nuova entità come con un pieno membro del sistema e della comunità diplomatica: in questo senso significa conferirgli piena legittimità di esistenza, di azione e diritti che appartengono solo alle entità statuali sovrane e, simmetricamente, riottenere da quel soggetto una legittimazione dei principi sui quali si fonda la comunità particolaristica internazionale moderna. La questione implica pertanto l'identificazione dei soggetti legittimi dell'ordinamento internazionale e si riflette sulla natura e sulla distribuzione dello spazio fra quegli stessi soggetti, comportando anche un ridisegno dei confini in senso moderno, un mutamento territoriale e il riconoscimento di un diritto di separazione da entità statuali pre-esistenti.
La questione del *riconoscimento* è quindi di grande importanza per lo studio dei cambiamenti degli elementi costitutivi del sistema internazionale, a partire dal principio di sovranità e forse persino per l'analisi di un *system change*[24], che potrebbe essere indotto dalla pratica stessa del mutevole *recognition*: infatti, i sistemi internazionali sono largamente definiti dai principi di legittimità sui quali le loro componenti si basano.
Il significato del riconoscimento internazionale ha continuato a subire nel corso della storia del sistema internazionale moderno notevoli trasformazioni, nelle quali si è riflesso il mutamento strutturale dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale[25].
Le guerre jugoslave hanno sollevato, per prime, alla fine del conflitto bipolare freddo, ripetuti problemi alla legittimità internazionale e al riconoscimento. La questione si è poi ampliata con i conflitti nell'ex Unione Sovietica, che hanno coinvolto sia la fascia occidentale delle Repubbliche ex sovietiche (Moldova e Transdnistria) che il Caucaso (dalla Cecenia al Nagorno Karabach, all'Abchazia e Ossezia Meridionale, in Georgia).
I principi e le strategie di legittimazione degli attori coinvolti e fuoriusciti dai conflitti e da processi di secessione hanno evidenziato notevoli difficoltà nell'applicazione di principi consolidati dell'ordine, non solo regionale, ma anche internazionale post-bipolare nel suo complesso.
L'impiego abituale dei criteri di riconoscimento degli attori ha comportato contrasti e macroscopiche eccezioni, che sono andati ben al di là delle più semplici questioni connesse con l'evidente revival della *Kleinstaaterei* o addirittura di formazioni territoriali senza Stato.
Il problema del tipo di attori ammessi al gioco internazionale e del loro riconoscimento ha aperto fin dall'inizio, soprattutto nel corso dei conflitti di Bosnia e Kosovo[26], ma di recente anche nei casi eclatanti caucasici (dal 2008), prospettive del tutto inusuali per il sistema internazionale moderno. La soglia di accesso a quel gioco ha teso, infatti, ad

[24] R. Gilpin, *War & Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1981, tr. it. Il Mulino, Bologna 1989.
[25] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit, p. 393.
[26] J. Williams, *Legitimacy in International Relations and the Rise and Fall of Yugoslavia*, Macmillan, Basingstoke 1998.

abbassarsi drasticamente di fronte ad attori eterogenei e ambigui: un processo distruttivo iniziato con l'ammissione di formazioni paramilitari alle conferenze internazionali[27], fino a coinvolgere gli stessi criteri di riconoscimento.
Il rapido cambiamento in questi criteri e la loro instabilità segnala poi l'emergere di eccezioni derivate dalla contestazione della legittimità, che non sembra evolversi più seguendo una direzione comune e concordata: sono numerose, ad esempio, le differenze fra Stati Uniti ed Europa. D'altro canto, i cambiamenti in quei criteri stimolano sempre più interventi per «normalizzare» l'ordine internazionale, a fronte di elementi scardinanti e frammentanti. L'attuale crescente «intrusività» delle maggiori potenze nella questione del riconoscimento è il sintomo di un tentativo di reagire a un'evidente crisi di legittimità che si avvita in aporie senza fine[28].

II.C.3. Autodeterminazione nel diritto internazionale. La questione della legittimità degli ordinamenti e l'identificazione dei soggetti legittimi dell'ordinamento internazionale.

Ogni riconoscimento giuridico-internazionale significa che chi lo esercita ritiene gli effetti prodotti da un mutamento territoriale o da un nuovo regime politico sull'ordinamento spaziale esistente - o ancora da formare - compatibili con questo stesso ordinamento. In questo senso, il riconoscimento è parte integrante della legittimità internazionale. Il problema principale, che investe appunto anche la legittimità, è però dato dal fatto che i criteri di *recognition* continuano a variare nel tempo e sembrano seguire l'onda lunga del declino dello *jus publicum europaeum*, sempre più impotente a contenere il cambiamento politico internazionale e i suoi effetti.
È evidente che il riconoscimento ha subito nel corso del processo storico un ampliamento - nelle sue basi e nei suoi criteri - corrispondente al mutamento della stessa legittimità internazionale.
Come noto, esso era inteso nel XVIII secolo come mutuo riconoscimento di un uguale status internazionale e come un porsi sullo stesso piano nella comunità internazionale degli Stati, corrispondente al concetto di «equità», teorizzato da Vattel nel suo *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle* (1758), sulla base del presupposto che se gli uomini sono uguali nello stato di natura, allora anche gli Stati lo sono all'interno di questa condizione hobbesiana[29].
Del resto, per il diritto internazionale europeo il riconoscimento di un altro Stato e di un altro governo ha comportato, in caso di guerra, il riconoscimento di quest'ultimo come *justus hostis*, derivante dalla piena eguaglianza e reciprocità delle parti. Inoltre, il principio che ha fatto a lungo da sfondo al riconoscimento, è stato quello della sua concessione a Stati giuridicamente autonomi, insediatisi su un territorio, del quale

[27] Come nel caso eclatante dell'UCK albanese protagonista a Rambuillet, nel 1999.

[28] La spia più luminosa di quest'evoluzione è il criterio della «democrazia» adottato ormai, nell'onda lunga del declino dello *jus publicum europaeum*, quale pietra angolare per la concessione del riconoscimento: la forma di governo deve essere democratica per essere riconosciuto lo Stato e il governo, ma al contempo vengono apertamente ignorati referendum – aprendo enormi falle nella nozione di «giustizia» nella politica internazionale - che a maggioranza schiacciante di intere regioni decretano la fine di uno Stato territoriale nelle forme e nei confini esistiti per decenni (come nel caso dei referendum in Kosovo e prima ancora in Bosnia), con la conseguenza che il mancato riconoscimento internazionale consente al governo centralizzato e a coloro che controllano l'esercito di scatenare lunghe repressioni, bagni di sangue, democidi e genocidi, pulizie etniche con centinaia di migliaia di morti e il cristallizzarsi di odi e risentimenti che possono durare secoli, salvo poi, a distanza di anni, riconoscere il fatto compiuto e la formazione di un'entità indipendente.

[29] Cfr. J.L. Brierly, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, Clarendon Press, Oxford 1963, pp. 37-40.

possedevano l'effettivo controllo[30].
I successivi mutamenti della struttura internazionale complessiva, che trasformano ogni riconoscimento *de jure* in riconoscimento *de facto*, hanno eroso questi criteri, ampliando lo stesso concetto e spingendo la prassi internazionalistica delle classi politiche e dei giuristi - in particolare americani - fino a vedere nel riconoscimento un generico atto d'assenso estendibile a ogni fattispecie concreta, a ogni avvenimento, a ogni guerra, a ogni mutamento territoriale che si verifichi sulla terra (Dottrina Stimson)[31]. Questo forniva la possibilità di decidere in tutta la terra sulla giustizia o ingiustizia di ogni mutamento territoriale[32], negando implicitamente il diritto di autodifesa a qualunque governo e aprendo la via al diritto di sollevare i popoli contro i loro governi (trasformando anche la guerra fra Stati in guerra civile) e a un «paninterventismo» che ai giorni nostri riguarda ormai gli affari interni, le relazioni sociali, economiche, culturali e la vita di ogni popolo e Stato e che si riverbera anche sul riconoscimento di Stati e governi.
L'evoluzione del riconoscimento ha visto in seguito come legittimo il *recognition* di qualsiasi governo formatosi dapprima sulla base della capacità del controllo territoriale e poi «per volontà della nazione»[33]. All'inizio del XX secolo era stato aggiunto il criterio della «capacità degli Stati di ottemperare ai loro obblighi ed impegni» (anche al loro interno: ad es. tutela *dei property rights*)[34].
Tutte le questioni del riconoscimento sono oggi ormai determinate da elementi politico-strategici e non tanto da considerazioni giuridiche.
La varietà estrema delle forme e dei gradi di riconoscimento (effettivo, tacito, implicito, pieno o non pieno, incompleto, riconoscimento di quasi-Stati, di «finti Stati»[35], ecc.) e il superamento del principio dell'«effettività» (riconoscimento di un'entità che deve essere effettivamente uno Stato sovrano, ossia dotata di un governo che eserciti concretamente la propria autorità e il controllo su una popolazione insediata in un territorio), comportato dal distaccarsi dal carattere costitutivo del riconoscimento, da quelli elencati nella già citata Convenzione di Montevideo[36] e persino da quelli che

---

[30] S. Krasner, *Sovereignty: Organized Hypocrisy*, cit., p. 15; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, cit..

[31] C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., pp. 393-401. La *Stimson Doctrine of nonrecognition* (7 genn. 1932) consiste, come noto, nel non concedere il riconoscimento internazionale a quelle entità o a quelle situazioni di fatto che risultano da azioni considerate illegali, quali l'uso della forza. Ne deriva che non è possibile ottenere diritti legali da situazioni illegali (*ex injuria jus non oritur*). In seguito a questa dottrina sono state negate anche tutte le conseguenze giuridiche che derivano dall'acquisto di sovranità (ad es. nella distruzione di uno Stato per *debellatio*, che dava diritto a uno Stato di acquisire la sovranità dello Stato distrutto), fino all'attuale trasformazione del riconoscimento in ritorsione e rappresaglia (contestazione di diritti altrui per reazione a un'offesa precedentemente subita). G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, p. 325.

[32] C. Schmitt, *L'unità del mondo e altri saggi*, cit., p. 294.

[33] G.H. Hackworth, *The Policy of the United States in Recognizing New Governments during the Twenty-Five Years*, «Proceedings of the American Society of International Law at its Annual Meeting (1921-1969)», vol. 25, American Society of International Law, Washington DC 1931, p. 120. Si tratta di un criterio di origine rousseauiana, accettato nel 1792 anche da Jefferson, che rimarrà prevalente in America fino agli anni Venti del XX secolo.

[34] Tale criterio è stato applicato nel caso della Colombia, di Haiti, della Repubblica Dominicana, dell'Honduras e soprattutto, nel 1920, al caso dell'URSS. Il criterio successivo, della *democratic legitimacy* – segnando anche in questo un distacco di vasta portata – non può certo far riferimento alla tutela dei *property rights*, essendo quello democratico il regime politico che più attenta a questi ultimi, come aveva già avvertito, ad es. J.C. Calhoun, *A Disquisition on Government*, Columbia S. C., 1851, tr. it.: Liberilibri, Macerata 2011.

[35] E. Kedourie, *Un nuovo disordine internazionale*, in: H. Bull, A. Watson, *L'espansione della società internazionale. L'Europa e il mondo dalla fine del Medioevo ai tempi nostri*, Jaca Book, Milano 1994, p. 367.

[36] In base ad essi, uno Stato, per essere soggetto di diritto internazionale deve possedere i requisiti di: *1) permanent population; 2) defined territory; 3) government; 4) capacity to enter into relations with the other States.* Tuttavia, questi criteri sono stati sempre meno rispettati nella pratica del riconoscimento, a partire dal caso del Congo

presiedono al principio di autodeterminazione[37], ha condotto verso il riconoscimento di elementi e fattori politici e culturali sempre più ampi e lontani dallo stesso principio ideologico legittimante della sovranità. La crisi di legittimità contemporanea passa, infatti, per un profondo cambiamento di significato della sovranità.
Gli Stati stabiliscono il significato della sovranità attraverso il loro impegno nelle pratiche di mutuo riconoscimento, che definiscono sia sé stessi che gli altri attori. In tal modo, il mutuo riconoscimento di una rivendicazione di sovranità è un elemento determinante nella definizione dello Stato in sé[38] e non a caso la sovranità stessa è una delle basi fondamentali dell'ordinamento internazionale moderno[39], anche se la forma statuale, la nozione di sovranità e le concezioni relative alla territorialità non sono certo state costanti nello spazio e nel tempo[40].
Nella pratica contemporanea del riconoscimento si constata facilmente l'avvitarsi in contraddizioni senza fine, che rivelano, come cartina di tornasole, i cambiamenti nel significato, dottrinale e operativo, della stessa sovranità quale principio legittimante centrale dell'ordine internazionale, in seguito all'irrompere nel riconoscimento di criteri massimamente politici.
Anche l'evoluzione e la progressiva affermazione del criterio della «condizionalità» (*forma di ingerenza che consiste nel porre condizioni agli Stati per ottenere il riconoscimento*) testimonia l'emergere di caotici elementi eminentemente politici nella pratica del *recognition*.
La dottrina e l'uso del "riconoscimento condizionato" (a un impegno in favore dello Stato di diritto della democrazia, dei diritti umani, del rispetto delle minoranze etnonazionali, ecc.)[41], affermatisi dal 1991 dapprima in ambito eurocomunitario e poi adottato anche negli Stati Uniti, ha definitivamente allontanato dalle dottrine e dalla prassi prevalenti in precedenza.
Il riconoscimento condizionato si è trasformato in strumento per intervenire e condizionare gli avvenimenti dall'esterno di un'area regionale, per "modellare l'ambiente", mettendo in chiaro chi è legittimato a mettere in atto un processo di mutamento e quali siano i principali attori internazionali al trasformarsi del sistema.
«Condizionalità» e condizionamento sono diventate due facce della stessa medaglia e appaiono come uno dei punti d'approdo del lungo processo di politicizzazione del riconoscimento internazionale, al declinare del diritto pubblico europeo.
La discrezionalità politica, l'abuso e l'arbitrarietà nell'uso del riconoscimento non incontrano più argini legali e la stessa dottrina Lauterpacht[42] appare ormai inattuale.

(1960).

[37] La norma che sancisce il diritto di autodeterminazione dei popoli sta «al di qua» dell'esplosione dei criteri politici che hanno «invaso» il riconoscimento internazionale e coincide ancora, almeno formalmente, con il principio di effettività, essendo anche considerato come parte dello *jus cogens*. Cfr. R. Caplan, *Europe and the Recognition of New States in Yugoslavia*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, pp. 54-55.

[38] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, 4a ed. Appare pertanto autocontraddittoria la scuola di diritto internazionale che sostiene che lo Stato può esistere anche senza un formale riconoscimento da parte di altri Stati, negando il carattere *costitutivo* del riconoscimento stesso (che è costitutivo del sistema internazionale e dei suoi attori, in quanto sovranità e Stato sono associati a un preciso territorio): tale concezione porta all'irrilevanza dello stesso diritto internazionale.

[39] F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge 1986, 2a ed., p. 2.

[40] Questo è spesso dimenticato e alcuni, ad es. Krasner (*Sovereignty: Organized Hypocrisy*, cit.), non riescono a rendere conto del cambiamento del significato operativo della sovranità.

[41] M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1997, p. 301.

[42] In base ad essa è possibile prevedere obblighi di riconoscimento: se l'entità territoriale soddisfa i criteri richiesti dal diritto internazionale, gli Stati preesistenti hanno l'obbligo di concedere il riconoscimento. H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, cit., p. 6. Tuttavia, la pratica attuale non rispetta più criteri del genere

L'abbandono del riconoscimento basato sul controllo effettivo dello spazio territoriale[43] è stato emblematico di questa trasformazione ed è molto probabile che questo scostamento di enorme importanza per il sistema internazionale contemporaneo sia avvenuto anche perché nei contesti frammentati tale controllo è tendenzialmente assente e/o scarsamente significativo. Questo cambiamento nei criteri di riconoscimento segnala con ogni evidenza, da un lato, la perdita di controllo sui criteri d'accesso al sistema internazionale e, dall'altro, la necessità di sempre più interventi per normalizzarlo.
La pratica del riconoscimento, eterogenea e incerta, invalsa nella fase storica contemporanea, induce una crisi di legittimità dell'ordinamento internazionale e dei suoi mattoni costitutivi, in quanto le aspettative degli attori coinvolti non corrispondono più al sistema di norme, valori, credenze e definizioni[44] alle quali si è tenuti a conformarsi in quanto parte della società internazionale.
Dopo una lunga stagione di prevalenza della legalità, questa non riesce più a giustificare il potere, che ne deborda e si manifesta in conflitti per la legittimità.
In altre parole, la legalità internazionale non vale più come espressione di una mitica (e sempre incerta) omogeneità e la legittimità internazionale monolitica tende a sbriciolarsi. La crisi della legittimità è una ripoliticizzazione della disuguaglianza, insita già nel rapporto e nel confronto di potenza. Non esistono più ragioni di validità generalmente riconosciute che garantiscono l'adesione (ubbidienza) a principi generali.

II.D. Teoria, norme e prassi tra autodeterminazione e rispetto dell'integrità territoriale.

Dopo aver svolto una breve disamina sull'elemento del riconoscimento di un soggetto istituzionale con tutti gli elementi critici che oggi comporta, possiamo meglio comprendere il rapporto, dal punto di vista internazionale e finanche interno, tra il principio di "autodeterminazione dei popoli" e quello del rispetto della "integrità territoriale" di un soggetto istituzionale.
Il principio di "autodeterminazione dei popoli", come già detto *supra*, è riconosciuto dall'art. 1, paragrafo 1, punto 2 della Carta ONU.
E il richiamo alla "integrità territoriale" è presente all'art. 2, paragrafo 1, punto 4.
Entrambe le prescrizioni sono riconosciute quali espressioni di principi irrinunciabili: infatti, gli articoli 1 e 2 sono compresi nel primo "Capitolo" della Carta ("Scopi e Principi").
Per proseguire la disamina occorre leggere l'intero disposto normativo dell'art. 2 citato: "*L'Organizzazione ed i suoi Membri, nel perseguimento degli Scopi affermati all'Articolo 1, devono agire in ottemperanza ai seguenti Principi. [...] 4. Tutti i Membri devono astenersi, nelle loro relazioni internazionali, dalla minaccia o dall'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di ogni Stato, od in ogni altro modo incompatibile con gli Scopi delle Nazioni Unite*",
Anzitutto ci accorgiamo che il rispetto della "integrità territoriale" impone un obbligo

---

e sempre più spesso il non- riconoscimento (a lungo nei confronti dell'URSS, della Cina o della DDR) o il disconoscimento (come nel caso di Taiwan o di risoluzioni del Consiglio di Sicurezza ONU, aventi carattere obbligatorio: Rhodesia, parte turca di Cipro, ecc.) avviene anche di fronte alla presenza dei requisiti giuridici per lungo tempo ritenuti sufficienti. Il fatto decisivo e recente è che il non-riconoscimento non riesce più a cancellare uno Stato dalla carta del mondo (ad es. Transdnistria), come era accaduto ad es. ai Paesi Baltici.

[43] Al quale è stato aggiunto, nella pratica, la necessità di rispettare minimi requisiti di ordine giuridico-morale e le condizioni elementari di un'organizzazione civile, per essere membri «idonei» della comunità delle nazioni.

[44] J.M. Coicaud, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsability*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 10.

di "non fare", cioè di astenersi dal prendere iniziative che possano infrangere l'integrità territoriale – quindi intaccando l'elemento territorio e, verosimilmente, anche riducendo la quantità di popolazione – o l'indipendenza politica di ogni Stato – annullando o vanificando il quarto elemento dell'indipendenza nelle relazioni esterne –.
L'obbligo di "astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza" e rivolto testualmente a "*[t]utti i Membri*", cioe a tutti gli Stati che siano "Membri" dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel momento della supposta violazione dell'integrità territoriale di un qualsiasi Stato. Ciò significa che chi subisce la menomazione deve essere uno Stato esistente ("*ogni Stato*"), mentre chi compie la violazione deve essere uno Stato, e già membro dell'ONU ("*Tutti i Membri*").
Ne consegue, già dal tenore letterale della norma, che una popolazione sottomessa ad uno Stato, che intenda secedere e reclami un territorio, con o senza un governo già formato, non rientra tra i soggetti ai quali la norma è rivolta.
Anche ammettendo che nell'istante in cui la volontà della popolazione, il territorio e il governo si aggregano li nasca lo Stato, e che la sua nascita stessa configuri di fatto un illecito di lesione dell'integrità territoriale di uno Stato, detto Stato neonato non e ancora membro dell'ONU, e pertanto la norma non è destinata ad applicarsi ad uno Stato non ancora membro, visto che tale nuovo Stato potrebbe addirittura decidere di non aderire all'ONU, per quanto ciò sia improbabile.
Questa serie di rilievi ermeneutica basilari è stata utile per inquadrare la situazione e operare gli opportuni distinguo, oltre che fungere, ai fini di questo Parere, da elemento preparatorio per comprendere meglio come la Corte Internazionale di Giustizia sia intervenuta quando ha affrontato il caso della nascita del Kosovo.
Il 17 febbraio 2008, l'Assemblea del Kosovo con una votazione di 109 favorevoli su 120 membri totali (*all'unanimità dei presenti, visti gli 11 assenti*) approva la Dichiarazione di Indipendenza.
Su richiesta della Serbia, il giorno successivo si è tenuta una pubblica riunione d'emergenza del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (composto da 15 Stati, dei quali 5 permanenti). La Serbia è stata sentita e ha accusato la dichiarazione di indipendenza del Kosovo di essere un atto illegittimo, tanto ai fini del diritto interno quanto riguardo l'ordinamento internazionale.
In conseguenza, l'Assemblea Generale dell'ONU con risoluzione 63/3 dell'8 ottobre 2008 ha usato il proprio potere di attivare la Corte Internazionale di Giustizia per chiederle un *advisory opinion* chè non è una sentenza.
L'Assemblea Generale dell'ONU ha deliberato, com'e suo potere secondo l'art. 96 della Carta ONU, di porre alla Corte Internazionale di Giustizia la seguente domanda: "*La dichiarazione unilaterale di indipendenza fatta dalle Istituzioni Provvisorie di Auto-Governo del Kosovo è legittima per il diritto internazionale?*".
La CIG, pertanto, emette il parere richiesto.
Dopo aver introdotto la situazione fattuale, venendo alle questioni di diritto, al par. 78 del parere consultivo leggiamo con chiarezza: "*La Corte richiama che è stato richiesto dall'Assemblea Generale di stabilire la compatibilità della dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008 con il "diritto internazionale". La Corte inizialmente rivolgerà la propria attenzione a certe domande riguardanti la legittimità delle dichiarazioni di indipendenza secondo il diritto internazionale generale, nel cui background dev'essere considerata in quanto ivi ricade la questione posta, e [parimenti] la risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU n.1244 del 1999 va compresa e applicata.*" Fino a qui la Corte dice di voler analizzare la questione della

legittimità delle dichiarazioni di indipendenza in generale.
Al termine del medesimo paragrafo prosegue: "*Una volta che questa cornice generale sia stata determinata, la Corte si interrogherà sulla rilevanza legale della risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU n.1244 del 1999 e determinerà se la risoluzione crea regole speciali e obblighi derivanti, secondo il diritto internazionale applicabile alle questioni sollevate dalla presente richiesta ed aventi influenza sulla legalità della dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008*".
Pertanto, la Corte concluderà verificando in concreto quali siano le norme interessate dalla dichiarazione di indipendenza del Kosovo e se detta dichiarazione le abbia violate o meno.
Al par. 79 del parere la Corte si occupa dell'evoluzione storica del valore di una dichiarazione di indipendenza[45].
Prima del 1945 (cioè prima della Carta ONU) la Corte rileva che "*In nessun caso la prassi degli Stati complessivamente suggerisce che l'atto di promulgare la dichiarazione sia stato considerato contrario al diritto internazionale. Piuttosto, la prassi degli Stati durante questo periodo di indirizza chiaramente alla conclusione che il diritto internazionale non contenga alcuna proibizione di dichiarazioni di indipendenza.*"
La Corte prosegue parlando dello scenario post-1945: "*Nella seconda parte del ventesimo secolo, il diritto internazionale sull'autodeterminazione si è sviluppato in un modo tale da creare un diritto all'indipendenza per i popoli di territori non autogovernantisi e soggetti a giogo, dominazione e sfruttamento stranieri. Una grande quantità di nuovi Stati è nata come risultato dell'esercizio di questo diritto. Ci sono stati, tuttavia, anche casi di dichiarazioni di indipendenza fuori da questo contesto. La prassi degli Stati in quest'ultimi casi* non *indica l'emersione nel diritto internazionale di una nuova regola che proibisca di proclamare una dichiarazione di indipendenza in tali casi.*"
Tutto il par. 79 sintetizza in poche frasi l'evoluzione giuridica dell'autodeterminazione dei popoli.
Ciò che riconosce la Corte al par. 79 costituisce una fonte più che autorevole per il Parere che ci occupa. Essa afferma che "*il diritto internazionale sull'autodeterminazione si è sviluppato in un modo tale da creare un diritto all'indipendenza per i popoli di territori non autogovernantisi e soggetti a giogo, dominazione e sfruttamento stranieri*" tale che "*[u]na grande quantità di nuovi Stati è nata come risultato dell'esercizio di questo diritto*". Poi aggiunge: "*[c]i sono stati, tuttavia, anche casi di dichiarazioni di indipendenza fuori da questo contesto*" e "*[l]a prassi degli Stati in quest'ultimi casi* non *indica l'emersione nel diritto internazionale di una nuova regola che proibisca di proclamare una dichiarazione di indipendenza in tali casi*".
Ciò significa che questi modi, che potremmo chiamare "modi di autodeterminazione diversi dall'esercizio del diritto, sono legittimi secondo la prassi degli Stati, in quanto nel

[45] Par. 79 Kosovo: "*During the eighteenth, nineteenth and early twentieth centuries, there were numerous instances of declarations of independence, often strenuously opposed by the State from which independence was being declared. Sometimes a declaration resulted in the creation of a new State, at others it did not. In no case, however, does the practice of States as a whole suggest that the act of promulgating the declaration was regarded as contrary to international law. On the contrary, State practice during this period points clearly to the conclusion that international law contained no prohibition of declarations of independence. During the second half of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to alien subjugation, domination and exploitation (cf. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I), pp. 171-172, para. 88). A great many new States have come into existence as a result of the exercise of this right. There were, however, also instances of declarations of independence outside this context. The practice of States in these latter cases does not point to the emergence in international law of a new rule prohibiting the making of a declaration of independence in such cases*".

loro complesso gli Stati non la considerano una pratica contraria al diritto internazionale.
La Corte affronta il problema direttamente, anche perchè alcuni Stati che hanno presentato propri interventi scritti oppure che hanno richiesto di essere ascoltati – come la Corte scrive al par. 80 – "*hanno contestato che una proibizione di dichiarazione unilaterale di indipendenza è implicita nel principio dell'integrità territoriale*".
La Corte non nega che detto principio esista, ovviamente, ed anzi lo ribadisce riproducendo l'art. 2, par. 4, della Carta ONU, succitato.
Successivamente, essa fa riferimento agli altri atti di diritto internazionale rilevanti, richiamando i contenuti della risoluzione 2625 dell'Assemblea Generale dell'ONU detta "*Dichiarazione dei Principi di Diritto Internazionale Riguardanti le Relazioni Amichevoli e la Cooperazione tra Stati*" e il cosiddetto "*Atto Finale di Helsinki*" del 1975.
Con brevi riferimenti, la Corte traccia il quadro ed esprime la massima giuridica sul punto: "*Pertanto, l'ampiezza del principio di integrità territoriale è confinata alla sfera delle relazioni tra gli Stati*". Dopo aver proseguito, tra i paragrafi 81 e 83, stralciando altre argomentazioni e altri temi proposti dagli Stati intervenienti, ma giudicate dalla Corte come non necessarie all'impianto del parere, la Corte emette il suo responso per quanto concerne il primo aspetto di compatibilità: "*la Corte considera che il diritto internazionale generale* non *contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*".
Di conseguenza "*conclude che la dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008* non *ha violato il diritto internazionale generale*".
Oltretutto, in un sottovalutato par. 56, la Corte asserisce: "*è pienamente possibile che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito*".
La Corte afferma esplicitamente che un atto di imperio (come una dichiarazione unilaterale di indipendenza) può essere legittimo anche se non attiva un diritto soggettivo conferito dall'ordinamento internazionale.
In altre parole, l'applicazione del principio non si ferma al conferimento di specifici diritti direttamente attivabili, ma giunge anche alla giustificazione giuridica di atti non proibiti; e, come abbiamo visto, la dichiarazione unilaterale di indipendenza non è proibita.
Quel che più rileva in questa sede è l'affermazione per la quale la Corte nel caso del Kosovo *non* tratta un caso "sui generis".
Anzitutto, perché proprio la Corte in nessun punto si esprime in termini di specialità. La Corte, difatti, nei parr. 79-84 del parere consultivo analizza la potenziale incompatibilita giuridica della dichiarazione di indipendenza del Kosovo rispetto al diritto internazionale generale.
Nei susseguenti parr. 85-121, si concentra invece sulla potenziale incompatibilità di detta dichiarazione con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU n. 1244 del 1999, la quale costituisce *lex specialis* (par. 83).
Come già rilevato, pare condivisibile il rilievo per il quale quello del Kosovo non costituisce un caso "sui generis", poiché la *lex specialis* viene considerata dalla Corte né come promotiva, né come ostativa, ma piuttosto come sostanzialmente indifferente rispetto alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo.
Oltretutto, per quanto concerne il diritto internazionale generale, come abbiamo già rilevato, la Corte dimostra come "*il diritto internazionale generale* non *contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*", ricordando che "*è pienamente possibile*

che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito"[46].
Poichè la dichiarazione di indipendenza del Kosovo, come rileva la Corte, non è un atto compiuto in ottemperanza o in esecuzione di poteri o diritti conferiti dalla *lex specialis*, possiamo affermare coerentemente che quello del Kosovo non è un caso "sui generis" e che dunque le massime ricavabili dalla pronuncia della Corte sul Kosovo sono generalmente applicabili.
In altre parole, quando la Corte asserisce la piena legittimità e liceità internazionale della dichiarazione di indipendenza, non circoscrive il proprio ragionamento al caso del Kosovo, ma intende statuire la piena legittimità e liceità internazionale delle dichiarazioni di indipendenza in generale.
Come suesposto, dopo aver analizzato le fonti del diritto internazionale, la Corte rileva che "*l'ampiezza del principio di integrità territoriale è confinato alla sfera delle relazioni tra gli Stati*" e l'autodeterminazione non ricade nel settore delle "relazioni tra gli Stati", in quanto chi la esercita, proprio in quanto vuole diventare uno Stato, dimostra di non esserlo già.
Pertanto, il parere, che abbiamo dimostrato avere valore generale conclude affermando che "*la Corte considera che il diritto internazionale generale non contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*".
Inoltre, poiché "*è pienamente possibile che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito*", una "dichiarazione unilaterale d'indipendenza" non è proibita nè nel caso ristretto dell'esercizio del *diritto* specifico di autodeterminazione, ne nel caso universale dell'esercizio del generale *potere* di autodeterminazione.

II.E. Norma e prassi tra autodeterminazione e rispetto dell'integrità territoriale. Il Parere dell'Università di Innsbruck.

Sui temi che occupano questa Parte II del Parere, in tempi recenti, si è espresso il gruppo di ricerca coordinato dal Prof. Peter Hilpold (docente di Diritto internazionale, diritto europeo e diritto pubblico comparato) de Universität Innsbruck (*Institut für Italienisches Recht*)[47].
L'esperto di diritto internazionale, dopo aver svolto un compiuto *excursus* giuridico circa la problematica dell'indipendenza tra organismi statuali e dopo aver offerto alcune note storiche circa il caso del c.d. "sud-tirolo", allarga la prospettiva del parere verso orizzonti di carattere generale, avendo quale mandato uno simile a quello della Commissione, e definisce il suo contributo con una disamina di sunto per la quale "*Der Glaube an einen Selbstbestimmungsanspruch kann zusätzlich dazu beitragen, die Kohäsion der Gruppe zu stärken. Dasselbe gilt für die Überzeugung, eine eigenständige Nation darzustellen. Die Entwicklung der Selbstbestimmungsdiskussion ist von zahlreichen Grauzonen gekennzeichnet, so dass der definitive Gegenbeweis, wonach ein Selbstbestimmungsanspruch von ethnisch-national definierten Völkern nicht gegeben sei, nicht mit letzter Überzeugungskraft angetreten werden kann. Wenn aber die staatliche Souveränität eine Schwächung erfährt (aus welchen Gründen auch immer), so können diese Entwicklungen, so sehr sie rechtlich-dogmatisch zu beanstanden sind, eine Eigendynamik*

[46] Schematizzando, la dichiarazione di indipendenza del Kosovo:
- non è promossa o consentita dalla *lex specialis* della risoluzione 1244 (par. 99 del parere);
- non è proibita dalla *lex specialis* (par. 119 del parere);
- non è proibita dal diritto internazionale generale (par. 84 del parere).

[47] Parere dal titolo: "*Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und seine praktische Anwendung – unter besonderer Berücksichtigung Südtirols*".

annehmen und zu harter Realität werden".
Il parere, utile per il caso nostro per la generalità della disamina e il tempo della stesura, rileva quindi che lo sviluppo storico del principio di autodeterminazione è segnato da tanti e vari passaggi e che la prova certa di una sua contrarietà all'ordinamento internazionale anche per il contesto degli stati dell'Europa occidentale non è data.
Così che, a detta pure del parere di Innsbruck, non è possibile, giuridicamente, affermare che una pretesa di autodeterminazione di un popolo non sia lecita in quanto tale.

*****

III. Conclusione

Nella Parte I del Parere abbiamo indagato la natura e i limiti della libertà di espressione del singolo come pure di soggetti plurali (*comunità, associazioni, et cetera*), senza riconoscere vincoli giuridici che possano vietare *ex ante* tale espressione.
Nella Parte II abbiamo indagato il principio di autodeterminazione dei popoli verificando i dati del diritto interno e del diritto internazionale e così evidenziando gli elementi utili emersi dalla prassi più recente in materia e riscontrando come tale principio internazionale non possa non determinare pure il diritto interno essendo recepito dall'Italia quale *jus cogens*.
In questa Parte, peraltro, abbiamo verificato la sussistenza nel diritto internazionale di un universale *potere di autodeterminazione dei popoli*, che si riconosce quale pienamente legittimo, se effettivamente vincolato alla libera (*e democratica, dando riscontro ai requisiti richiesti dalla più recente prassi internazionalistica*) volontà popolare.
In tal senso si comprende come l'elemento necessario (e in sé sufficiente) per l'autodeterminazione di una comunità è la scelta di questa da parte dei membri della stessa comunità.
È infatti il "popolo", la cui nozione peraltro è giuridicamente impossibile da definire, a costituire il necessario *trait d'union* tra la dottrina tradizionale dei criteri di statualità ed il moderno principio di autodeterminazione (che pare sostanziale, procedurale ed ermeneutico insieme); è il "popolo" che, esprimendo la propria volontà, *determina da sé* la propria condizione (e così la propria definizione).

Andrea Favaro

(Sintesi del Parere ad uso del Consiglio Regionale del Veneto)

Andrea Favaro

Oggetto: Parere su "*l'indizione della consultazione referendaria (...) al fine di accertare la volontà del Popolo Veneto in ordine alla propria autodeterminazione*" (Risoluzione n. 44/2012 – Deliberazione n. 145 del Consiglio Regionale del Veneto)

0. Premessa

Il quesito posto ai membri della Commissione, meglio descritto dalla Risoluzione citata in oggetto, abbisogna di una disamina che ritengo possa riconoscere una struttura maggiormente adeguata se distinta in due parti tra loro collegate.
La prima, dedicata alla natura e ai vincoli (giuridici) della libertà di espressione richiamata dalla Deliberazione *de qua*; la seconda, versata sul tema dell'autodeterminazione così come viene riconosciuto (e limitato) dall'ordinamento giuridico (interno e internazionale).

I. LIBERTÀ DI ESPRESSIONE: NATURA E LIMITI.

I.A. *Introduzione*. Testo e contesto europeo e paradigma della post-sovranità.

La partecipazione diretta alla definizione delle norme del vivere associato (a partire dalle decisioni riguardanti le regole fondamentali di un sistema sempre più caratterizzato da una *multi-level governance* [diritto internazionale, Unione europea, Stato italiano, enti locali e via dicendo]) a detta della dottrina più autorevole pare essere l'unico itinerario percorribile al fine di rendere l'ordinamento un elemento reale e non virtuale.
La battaglie sociali che hanno contribuito, tra Ottocento e Novecento, a dare corpo ai sistemi politici democratici più avanzati e hanno permesso di costruire una sempre maggiore tutela dei diritti umani (*annullando divisioni di razza, genere, preferenza sessuale, cultura, et cetera*), hanno pure agevolato l'imporsi di costituzioni che hanno superato, senza per questo negarne il valore più profondo, i vecchi ordinamenti di carattere liberale.
In molti casi, come in quello italiano, il ruolo della Costituzione non deve essere sottostimato, non soltanto perché essa è stata il risultato di una dura lotta contro regimi autoritari, ma anche perché è stata il prodotto di pubbliche discussioni nelle quali si è avuta una presa di coscienza (*e una passione per i diritti dei più deboli*) a cui non si può e non si deve rinunciare.
Ovviamente, ogni tradizione giuridica deve essere letta nel suo dinamismo. Se non si avvertisse il carattere progressivo e sempre provvisorio di ogni parte del diritto, si finirebbe per attribuire un segno regressivo e in definitiva anti-popolare anche a istituzioni costruite al termine di difficili processi di trasformazione (civica, prima che giuridica).
In particolare, è fondamentale avere presente come la Costituzione italiana sia da valorizzare nonostante il permanere in essa di alcuni dogmi ideologici e anti-libertari che molto difficilmente, nella cultura degli anni Quaranta, si sarebbe potuto mettere in discussione. All'indomani del Ventennio e della Seconda guerra mondiale, nelle istituzioni italiane la prassi democratica si afferma senza che sia possibile rigettate *in toto* alcuni tabù della cultura giuridica moderna, ereditati dal passato.
Nel dibattito della Costituente e poi anche nei decenni successivi, il permanere delle antiche nozioni che hanno permeato il diritto pubblico fece sì che la forte sensibilità democratica

delle culture uscite dalla Resistenza non abbia potuto esprimersi appieno, ma abbia sempre dovuto trovare difficili mediazioni con visioni assai più conservatrici.
I tratti più originali e rivoluzionari, insieme alle molte potenzialità inespresse, del nuovo costituzionalismo interpretato dalla carta repubblicana possono però ora essere compresi dagli uomini del terzo millennio, dato che lo Stato moderno ormai è declinato e che ogni riflessione sul tema obbliga a fare i conti con la categoria della *post-sovranità*. Restare fedeli al lascito costituzionale significa, oggi, saper avvertire quanto vi era di progressivo e quanto, invece, era legato a condizioni che oggi sono venute meno.
Come d'altra parte ha sottolineato Maurizio Fioravanti, «*le grandi personificazioni del passato sono alle nostre spalle: il sovrano, il popolo, il legislatore, lo Stato come persona. Ma la dissoluzione di queste potenti e fin qui decisive forme consegna alle democrazie di oggi due problematiche da riscrivere, e non una sola: non solo la garanzia dei diritti attraverso la costituzione e la funzione giurisdizionale, ma anche la ricostruzione della sfera della politica, dell'attività che conduce alla libera decisione dei cittadini sull'indirizzo politico, secondo le regole della costituzione*».
Una piena storicizzazione dei principali concetti con i quali il diritto internazionale e il diritto costituzionale sono costantemente chiamati a fare i conti deve allora costringere a una revisione anche delle pratiche sociali e dell'azione politica dei giuristi stessi.
Se nello spazio giuridico globale dei diritti umani al centro delle controversie contemporanee gli Stati nazionali hanno esaurito la loro funzione ed è sempre più urgente la necessità di elaborare – almeno a livello europeo (continentale) – una dinamica sociale che sappia farsi interprete dell'urgenza di riconoscere nuove regole e migliori garanzie dei diritti individuali e di gruppo (per forza di cose *trans-nazionali*), oggi è necessario che un'interpretazione dinamica della stessa dimensione costituzionale sappia darci strumenti d'azione e di confronto pubblico che siano veramente adeguati alle esigenze di una società irriducibilmente altra rispetto a quella descritta nel paradigma westfaliano.

(...)

I.C. La dinamica del dettato costituzionale.
Quando l'art. 2 Cost. afferma che la «Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», subito si preoccupa di aggiungere «sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».
È chiaro che la dimensione democratica non va intesa in termini atomistici e la piena espressione delle proprie idee non può essere confinata a livello individuale, ma deve riguardare pure le realtà comunitarie.
Storicamente questa facoltà è stata a lungo contrastata. Come sottolinea Antonello Tancredi, larga parte del dibattito sui temi cui è dedicato il parere è stato ostacolato da un «*insanabile conflitto tra garanzia dei confini statali ed autodecisione dei popoli (un conflitto acuito dalla perdurante mancanza di una definizione giuridica della nozione di popolo)*».
Dinanzi all'esigenza, di estrema urgenza sol si guardino le recenti percentuali di cittadini votanti, di operare una piena ri-legittimazione dell'ordine giuridico e di rianimare il senso autentico del lascito costituzionale, la questione fondamentale verte sulla possibilità di un'ampia espressione pubblica di tesi diverse, in grado quindi di confrontarsi su distinte prospettive giuridiche.
In questo senso, più dell'art. 5, qui pare conti il richiamo all'art. 2, dove la difesa dei diritti umani (a partire da quello di esprimere le proprie idee) è ricondotto non solo ed esclusivamente ai singoli, ma all'insieme delle collettività possibili. I padri costituenti vollero usare la formula anodina di "diritti inviolabili" anche per indicare diritti pregiuridici. Peraltro, dopo l'esperienza del fascismo è chiaro come fosse centrale l'idea che ognuno –

singolo o gruppo, individuo o istituzione – possa avere la piena libertà di discutere ed elaborare, nelle forme autonomamente scelte, i propri orientamenti.
Da un punto di vista giuridico, e venendo così ad un primo responso interlocutorio sulla Parte I della presente disamina, pare davvero arduo riconoscere nel nostro ordinamento un divieto alla espressione del proprio pensiero, per i singoli come pure per questi tra loro in vario modo associati, finanche su tematiche istituzionali.
Sono proprio gli assunti democratici della nostra Costituzione repubblicana che risulterebbero, senza la possibilità di un confronto pubblico, del tutto compromessi e incapaci di riconoscere lo svolgersi dell'esperienza giuridica.
Ogni formalismo, d'altra parte, è debole in partenza. Già alla fine dell'Ottocento ci fu una prospettiva, detta *giusliberista*, all'interno della quale uno studioso come Hermann U. Kantorowicz sottolineò che in ogni enunciato normativo vi sono tante lacune quante sono le parole. In altri termini, il significato di termini come *repubblica* o *popolo* sono tutt'altro che scontati. Il popolo è una realtà (organica) o un insieme di persone? E di fronte a tali dilemmi, chi può affermare, giurista politico o sociologo che sia, *de hoc satis*?
Una progressiva riformulazione dell'ordine democratico deve allora saper valorizzare istituti di carattere consultivo, specie se essi sono ripensati quali strumenti per un ampio coinvolgimento delle culture e degli interessi che compongono la società.
Per giunta, l'espansione del confronto pubblico all'interno delle società post-industriali esige che si dia spazio a un confronto in grado di togliere ogni sospetto di autoritarismo e censura.

I.D. Sul contenuto e limiti della libertà di espressione: evoluzione normativa.
Una volta assunto l'elemento giuridico-politico per il quale il limite alla libertà di espressione del singolo come dei corpi associati sia in astratto difficilmente comprimibile in un contesto ordinamentale democratico, pare utile volgere l'attenzione sul contenuto che tale libertà di espressione possa riconoscere.
In merito al contenuto che il singolo e i membri associati possono indicare nell'esprimere la propria opinione, di non poco conto pare così l'analisi della L. 24 febbraio 2006, n. 85.
La stessa novella introduce modifiche al codice penale italiano in materia di reati di opinione. Il fine del legislatore è stato quello di adeguare i reati e le pene previste per talune fattispecie al dettato costituzionale, eliminando le incrostazioni ideologiche autoritarie che caratterizzavano le norme previgenti.
Invero nella legge *de qua* sono presenti, come si è accennato sopra, sia reati di opinione sia reati che non sono di opinione.
Difatti i reati di attentato contro lo Stato, contro la Costituzione ed i suoi organi ed addirittura il reato di associazione sovversiva sono delitti politici, che offendono un interesse politico ovverosia «l'interesse che attiene alla vita dello Stato nella sua essenza unitaria», e sono reati contro la personalità internazionale dello Stato (artt. 241, 270 c.p.), e contro la personalità interna dello Stato (artt. 283, 289, 292 c.p.).
Sono state evidenziate tre linee guida della riforma: rivisitazione delle condotte dei reati di opinione; riduzioni significative delle sanzioni in linea con la Costituzione repubblicana con sostituzione delle pene detentive con pene pecuniarie e con la decriminalizzazione di talune fattispecie che diventano meri illeciti amministrativi; l'abrogazione *tout court* di talune ipotesi delittuose, ritenute non più conformi al dettato costituzionale.
Per quanto interessa in questa sede il riferimento da analizzare è il novellato art. 283 c.p. ("*Chiunque, con atti violenti, commette un fatto diretto e idoneo a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di Governo, è punito con la reclusione non inferiore a cinque anni*"), in forza del quale ora solo gli "atti violenti ed idonei" a mutare la Costituzione dello Stato sono penalmente rilevanti;

con la conseguenza che gli atti non di tal fatta, s'intende anche se idonei, son da riconoscersi pienamente leciti.
Si veda pure l'attuale disciplina dell'art. 241 c.p., il quale prevede che chiunque compia atti violenti diretti ed idonei a sottoporre il territorio dello Stato alla sovranità di uno Stato straniero o a menomare l'unità e l'indipendenza dello Stato è punito con una pena non inferiore ai dodici anni.
Rimangono, quindi, leciti (e legittimi) tutti gli atti contro l'integrità, l'indipendenza e l'unità dello Stato che siano compiuti senza violenza, condotte che sono state quindi, per volontà del legislatore italiano, decriminalizzate e volte al riconoscimento concreto della piena libertà di espressione dei cittadini.

I.E. Le modalità di esercizio della libertà di espressione: il referendum. Analisi comparatistica. Cenni.

In merito al mezzo tramite il quale i membri di una comunità possono esprimere il loro parere in ordine ad un tema dall'ambito istituzionale, pare immediato porre l'attenzione all'istituto del *referendum*.
Sul ruolo che tale istituto riveste nei processi di evoluzione istituzionale, risulta opportuna una sintetica disamina comparatistica, limitata all'ambito europeo.
Circa il 60% degli Stati attualmente esistenti nel continente europeo ha conquistato l'indipendenza nel corso del Novecento e del primo decennio del XXI secolo.
La conquista dell'indipendenza nella formazione di nuovi attori statali è risultata essere la regola. Difatti, nel contesto europeo, la separazione fra Stati non è un atto straordinario, ma costituisce il normale strumento di ottenimento dell'indipendenza e della libertà politica nei tempi recenti.
Difatti, su 25 Stati europei formatisi nel Novecento, 21 (84%) sono nati da una secessione.
In tale contesto giuridico-politico, gli anni Novanta del Novecento hanno peraltro imposto una revisione circa i criteri di riconoscimento stabiliti sulla base del principio di autodeterminazione.
A mero titolo esemplificativo, come già dedotto *supra* la stessa nozione di "popolo" non è stata necessaria per ottenere l'indipendenza di nuove formazioni statali. Infatti hanno ottenuto l'indipendenza e il riconoscimento internazionale Paesi totalmente privi di omogeneità etnica interna e distinta (cfr. territori ex-Jugoslavia, Cecoslovacchia).
La stragrande maggioranza di queste formazioni statali ha ottenuto l'indipendenza in forma pacifica. Delle 21 secessioni del Novecento solo 3 (14%) hanno avuto connotazioni violente. La violenza, peraltro, è intervenuta laddove non siano stati concessi referendum o non siano stati riconosciuti i risultati delle consultazioni stesse (vedansi i casi di Kosovo e Bosnia).
La dottrina giuridica relativa al ricorso al referendum per l'espressione della volontà di una popolazione inglobata in uno Stato unitario a costituirne uno nuovo è pressoché inesistente.
La Conferenza di Helsinki (1975) ha scolpito il principio dell'autodeterminazione, ma non ha fornito indicazioni su quali vie giuridiche si debbano seguire. L'applicazione pratica di questo diritto in tal modo ha assunto, come dimostra una quantità di esempi della fine del Novecento, le forme più disparate, coincidenti con la situazione storica favorevole, le convenienze politiche del momento, la disponibilità di appoggio internazionale.
Quello dell'ottenimento dell'indipendenza mediante referendum è un capitolo ancora aperto della storia del diritto internazionale, del diritto delle genti, del diritto comune, che coinvolge l'incoerenza esistente nell'intendere il concetto di "democrazia". Gli studi contemporanei di diritto internazionale continuano a presentare punti di vista contrastanti

sull'esistenza o meno di un diritto a secedere e sulle condizioni alle quali esso dovrebbe essere sottoposto.
Non va dimenticato che in numerosi casi la sola proclamazione d'indipendenza di un Parlamento locale è stata sufficiente per l'ottenimento dell'indipendenza (Irlanda, Islanda, separazione fra Cechia e Slovacchia, ecc.).
Il caso della nascita dello stato di Norvegia (*tramite separazione indipendentista dalla Svezia – 1905*) ha visto i membri dello *Storting*, l'autoproclamato Parlamento norvegese, ingaggiare una lotta politico-giuridica durata decenni contro il Commissario della Corona svedese che cercava di controllarne e bloccarne le deliberazioni. Ripetutamente lo *Storting* ripresentava, vedendosele regolarmente respingere, le sue decisioni. La scelta di assumere continuamente gli stessi ordini del giorno già cassati ha contribuito al raggiungimento dell'indipendenza della Norvegia, con il progressivo ottenimento di sempre maggiori poteri, fino alla sovranità. Nell'agosto del 1905 la stragrande maggioranza dei Norvegesi si è espressa liberamente con un *referendum*, votando per la separazione dalla Svezia e i negoziati sono seguiti al risultato del voto.
Nei Paesi Baltici il *referendum* per l'indipendenza si svolge sotto la supervisione di osservatori stranieri. In questo atto è rinvenibile una parte di dottrina e pratica internazionalistica dell'uso del referendum per l'ottenimento dell'indipendenza. In tale situazione la popolazione dei residenti (di etnia differente e non uniforme) è stata ammessa al referendum per l'indipendenza (che in grande quantità hanno votato per l'indipendenza, come in Lituania), con solo alcune limitazioni relative alla data di inizio della residenza, nei Paesi maggiormente colonizzati dalle minoranze slave mediante l'immigrazione forzata staliniana (Lettonia ed Estonia).
Nel terminare questa breve parentesi relativa all'istituto del referendum quale mezzo della libertà di espressione, non si può non ricondurre l'attenzione alla evoluzione della dottrina e della pratica internazionalistica relativa al riconoscimento della legittimità al ricorso proprio al referendum istituzionale (anche dalla natura consultiva, eventualmente). In un certo qual modo introducendo già in questa sede la II parte del Parere, pare utile evidenziare alcuni elementi ritenuti giustificanti il ricorso al referendum dalla natura istituzionale:

1) la presenza di discriminazioni interne allo Stato unitario dal quale una regione aspira a secedere (*e conseguente la violazione di diritti naturali delle popolazioni*): in particolare la violazione del par. 1 dei *Covenants* sui Diritti dell'Uomo (1966) relativo alla libera disponibilità delle risorse presenti nel proprio suolo e di quelle prodotte;
2) la presenza di una sistematica rapina fiscale, che diminuisce, consuma, dissangua ed esaurisce (a vantaggio di altre regioni) l'economia di una regione, abusando del lavoro, della fatica e del sudore e dei beni dei cittadini, soffocando i rapporti di scambio;
3) trasferimenti iniqui di risorse (c.d. "residuo fiscale") a favore di una sola parte della popolazione;
4) criteri non omogenei di reclutamento del personale pubblico a vantaggio di una sola parte della popolazione (*questa ragione è stata riconosciuta come determinante nella separazione fra Repubblica Ceca e Slovacchia, caso in cui tuttavia lo squilibrio a favore della Repubblica Ceca, che aveva la meglio in questo arruolamento, era riconosciuta come la parte economicamente più ricca*);
5) la presenza storica di annessioni forzate mediante conquista militare, eventualmente giustificate *ex post* con pretesti consensuali (*plebisciti truccati o adesione della classe politica, come nel caso dei Paesi Baltici*), che danno luogo a un sistema coloniale.

*****

II. AUTODETERMINAZIONE, POPOLO, ISTITUZIONI. CONTENUTI, FINALITÀ E LIMITI.

II.A. Autodeterminazione e Costituzione italiana.

Dopo aver verificato all'interno della Parte I l'insussistenza di limiti giuridici alla libertà di espressione e avendo nel paragrafo precedente introdotto l'istituto referendario nelle vicende istituzionali si tratta di approfondire la Parte II del Parere, versata sul tema dell'autodeterminazione così come viene riconosciuto (e limitato) dall'ordinamento giuridico (interno e internazionale).

Nel caso dell'autodeterminazione dei popoli (*per ipotesi di parere, quello relativo al territorio del Veneto*) pare utile indagare quali sarebbero le norme costituzionali dell'ordinamento oggi vigente con le quali il diritto internazionale di autodeterminazione dei popoli contrasterebbe.

Ictu oculi l'analisi principia dall'art. 5, da più parti interpretato quale norma di salvaguardia dell'integrità territoriale della Repubblica. Dinanzi a tale ermeneutica, in questa sede solo sinteticamente ripresa, si impongono due ragionamenti giuridici.

Innanzi tutto, nel merito, che una cessione possa contrastare con l'essere "una e indivisibile" della repubblica è materia da verificare sempre in termini ermeneutici. Anzitutto, qualora si addivenisse ad una indipendenza, la Repubblica Italiana resterebbe ugualmente "una", poiché non è dato ritenere verosimile che si verrebbero a costituire una serie plurale di "*Italie sovrane*".

Quanto al carattere di "indivisibilità," occorre chiederci se indivisibile significhi "intangibile", anzitutto, e il ragionamento abbisogna di qualche elemento storico.

La Costituzione è entrata in vigore nel 1948. Se il termine "indivisibile" dovesse significare "intoccabile" o "immutabile", allora non si sarebbe potuto accettare come legittimo il Trattato di Osimo del 1975, né il precedente accordo del 1954 istituente le zone A e B del "Libero territorio di Trieste" (il c.d. *Memorandum* di Londra).

In aggiunta, a ben vedere, nell'esaminare il dettato costituzionale, emerge come già i costituenti avessero previsto la possibilità che il territorio della Repubblica subisse variazioni: l'art. 80 della Costituzione, sulla ratifica dei trattati internazionali, afferma infatti: "*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*".

La Costituzione autorizza espressamente il Parlamento a ratificare trattati internazionali che specificamente "*import[i]no variazioni del territorio*".

Pare dunque evidente che, finanche nella volontà dei costituenti, l'art. 5 della Costituzione non sia di impedimento alcuno a una variazione del territorio, la quale, dunque, non si configura come fatto a-costituzionale.

(...)

II.C.1. Autodeterminazione nel diritto internazionale. Il ruolo del consenso della comunità.

In merito al contenuto della autodeterminazione, volgendo lo sguardo al diritto internazionale, elementi importanti li fornisce la nota Convenzione di Montevideo.

La Convenzione di Montevideo (Uruguay, 26 dicembre 1933), composta di 16 articoli, è la "*Convenzione sui diritti e i doveri degli Stati*" uscita dalla Settima Conferenza Internazionale degli Stati Americani e firmata da 20 Stati del continente americano. Questo trattato

multilaterale, pur firmato solo da 20 Stati americani e pur antecedente alla Carta ONU, è considerato una pietra miliare da tutta la dottrina internazionalistica, in quanto enuncia i caratteri e i principi riguardanti la natura di un soggetto statuale.
Si riportano di seguito gli articoli più interessanti ai fini del presente Parere.
L'articolo 1 della Convenzione stabilisce i 4 requisiti essenziali per uno Stato:
"Lo Stato, come persona del diritto internazionale, dovrebbe possedere le seguenti qualifiche: a) una popolazione stabile; b) un territorio definito; c) un governo; d) la capacità di entrare in relazione con gli altri Stati".
L'articolo 2 enuncia il principio di unipersonalità degli Stati federali:
"Lo Stato federale costituisce una sola persona agli occhi del diritto internazionale".
L'articolo 3 separa l'esistenza dello Stato dal fatto di essere o meno riconosciuto da altri Stati:
"L'esistenza politica dello Stato non dipende dal riconoscimento da parte di altri Stati. Anche prima del riconoscimento, lo Stato ha il diritto di difendere la propria integrità ed indipendenza, di provvedere per la propria conservazione e prosperità, e di conseguenza di organizzarsi come meglio crede, di legiferare sui propri interessi, amministrare i propri servizi, e definire la giurisdizione e la competenza delle proprie corti. L'esercizio di questi diritti non ha altra limitazione che l'esercizio dei diritti degli altri Stati secondo il diritto internazionale".
L'articolo 4 sull'uguaglianza e la parità dei diritti tra gli Stati:
"Gli Stati sono giuridicamente uguali, godono degli stessi diritti ed hanno uguale capacità nel loro esercizio. I diritti di ciascuno non dipendono dal potere che ha di assicurarne l'esercizio, ma dal semplice fatto della sua esistenza come persona nel diritto internazionale".
Nella disamina di tali articoli, vista anche la questione posta alla Commissione con il presente lavoro, pare utile riconoscere quale elemento è stato valutato dalla dottrina e dalla prassi del diritto internazionale come preminente nel riconoscimento dell'autodeterminazione.
Ritenuti quali presupporti di notevole importanza, ma non sufficienti in sé, il governo e (la sovranità da questo esercitata su un dato) territorio, l'elemento sempre ritenuto essenziale è quello della (volontà della) popolazione.
Così che è unicamente la popolazione, che si autoriconosce e si autodefinisce "popolo", che anche da sola può determinare gli altri elementi, imprimendo loro le caratteristiche quantitative e qualitative maggiormente opportune/giustificate.
È esattamente questo il *potere di autodeterminazione* garantito dal diritto internazionale, specie della Carta ONU.
Il fondamento giuridico per il quale l'elemento della popolazione può condiderarsi preminente è, difatti, l'articolo 1 della Carta ONU che parla di "principio [...] di autodeterminazione *dei popoli*".
Dopo aver compreso che l'autodeterminazione è un atto compiuto da un popolo, rinveniamo però come il diritto internazionale *non* definisce cosa sia "popolo", né e necessario che altri Stati "riconoscano" che un certo popolo sia tale affinché esso possa autodeterminarsi: è unicamente la popolazione stessa, che di propria iniziativa si *autoriconosce* e si *autodefinisce* popolo, che è abile e si *autodetermina* con un atto di volontà, esprimendo così un fatto che si palesa quale diritto.
Difatti, è lapalissiano rammentare come il diritto internazionale riconosca, tra i suoi principi cardine, il principio di effettività.
In altre parole, la volontà popolare che costituisce atto di autodeterminazione, secondo l'esperienza anche recente del diritto internazionale, può estrinsecarsi in qualsiasi forma, purché essa che sia atta a garantire che detta volontà sia espressa in maniera chiara, decisa e libera.

II.C.2. Autodeterminazione nel diritto internazionale. Il problema del "riconoscimento".

Volendo proseguire la disamina introdotta al termine del paragrafo precedente, ci si trova avviluppati nel problema del riconoscimento internazionale, che è unanimemente ritenuto, nella letteratura giuridica e in quella delle Relazioni Internazionali, uno fra i più complessi, sia sul piano teorico che su quello pratico.

Per quanto qui ci occupa, tale riferimento si inserisce nell'evidenziare, teoricamente nel mentre, i passi successivi a quelli di una libera espressione della volontà autodeterminante dei membri della comunità.

Già Carl Schmitt aveva definito il problema del riconoscimento giuridico-internazionale: «Il problema-chiave di ogni ordinamento fondato sulla coesistenza di entità autonome, indipendenti». Il riconoscimento è inoltre parte integrante della questione dell'*international legitimacy*, in quanto si è ormai spinto molto oltre il *recognition* di nuovi Stati e governi (ossia il 'riconoscimento' nel senso giuridico- politico moderno del termine), diventando, in quanto assunzione di una posizione presa di fronte a *qualunque* alterazione importante nel sistema internazionale, in particolare territoriale, lo strumento di un illimitato interventismo discriminatorio.

In ogni caso, già l'atto di riconoscimento o di non-riconoscimento di uno Stato o di un governo territoriale di nuova formazione è un fatto politico di prim'ordine e al tempo stesso uno strumento di intervento, che chiama in causa la legittimità del riconoscimento di un attore e, in modo speculare, dei principi sulla base dei quali il *recognition* viene enunciato, esplicitamente o implicitamente, ma ha al contempo conseguenze decisive per il sistema internazionale moderno.

Decidere sul riconoscimento di un nuovo attore del sistema comporta *ipso facto* una promessa di trattare con questa nuova entità come con un pieno membro del sistema e della comunità diplomatica: in questo senso significa conferirgli piena legittimità di esistenza, di azione e diritti che appartengono solo alle entità statuali sovrane e, simmetricamente, riottenere da quel soggetto una legittimazione dei principi sui quali si fonda la comunità particolaristica internazionale moderna. La questione implica pertanto l'identificazione dei soggetti legittimi dell'ordinamento internazionale e si riflette sulla natura e sulla distribuzione dello spazio fra quegli stessi soggetti, comportando anche un ridisegno dei confini in senso moderno, un mutamento territoriale e il riconoscimento di un diritto di separazione da entità statuali pre-esistenti.

La questione del *riconoscimento* è quindi di grande importanza per lo studio dei cambiamenti degli elementi costitutivi del sistema internazionale, a partire dal principio di sovranità e forse persino per l'analisi di un *system change*, che potrebbe essere indotto dalla pratica stessa del mutevole *recognition*: infatti, i sistemi internazionali sono largamente definiti dai principi di legittimità sui quali le loro componenti si basano.

Il significato del riconoscimento internazionale ha continuato a subire nel corso della storia del sistema internazionale moderno notevoli trasformazioni, nelle quali si è riflesso il mutamento strutturale dell'ordinamento spaziale del diritto internazionale.

Le guerre jugoslave hanno sollevato, per prime, alla fine del conflitto bipolare freddo, ripetuti problemi alla legittimità internazionale e al riconoscimento. La questione si è poi ampliata con i conflitti nell'ex Unione Sovietica, che hanno coinvolto sia la fascia occidentale delle Repubbliche ex sovietiche (Moldova e Transdnistria) che il Caucaso (dalla Cecenia al Nagorno Karabach, all'Abchazia e Ossezia Meridionale, in Georgia).

I principi e le strategie di legittimazione degli attori coinvolti e fuoriusciti dai conflitti e da processi di secessione hanno evidenziato notevoli difficoltà nell'applicazione di principi

consolidati dell'ordine, non solo regionale, ma anche internazionale post-bipolare nel suo complesso.
L'impiego abituale dei criteri di riconoscimento degli attori ha comportato contrasti e macroscopiche eccezioni, che sono andati ben al di là delle più semplici questioni connesse con l'evidente revival della *Kleinstaaterei* o addirittura di formazioni territoriali senza Stato.
Il problema del tipo di attori ammessi al gioco internazionale e del loro riconoscimento ha aperto fin dall'inizio, soprattutto nel corso dei conflitti di Bosnia e Kosovo, ma di recente anche nei casi eclatanti caucasici (dal 2008), prospettive del tutto inusuali per il sistema internazionale moderno. La soglia di accesso a quel gioco ha teso, infatti, ad abbassarsi drasticamente di fronte ad attori eterogenei e ambigui: un processo distruttivo iniziato con l'ammissione di formazioni paramilitari alle conferenze internazionali, fino a coinvolgere gli stessi criteri di riconoscimento.
Il rapido cambiamento in questi criteri e la loro instabilità segnala poi l'emergere di eccezioni derivate dalla contestazione della legittimità, che non sembra evolversi più seguendo una direzione comune e concordata: sono numerose, ad esempio, le differenze fra Stati Uniti ed Europa. D'altro canto, i cambiamenti in quei criteri stimolano sempre più interventi per «normalizzare» l'ordine internazionale, a fronte di elementi scardinanti e frammentanti. L'attuale crescente «intrusività» delle maggiori potenze nella questione del riconoscimento è il sintomo di un tentativo di reagire a un'evidente crisi di legittimità che si avvita in aporie senza fine.

(...)

II.D. Teoria, norme e prassi tra autodeterminazione e rispetto dell'integrità territoriale.

Dopo aver svolto una breve disamina sull'elemento del riconoscimento di un soggetto istituzionale con tutti gli elementi critici che oggi comporta, possiamo meglio comprendere il rapporto, dal punto di vista internazionale e finanche interno, tra il principio di "autodeterminazione dei popoli" e quello del rispetto della "integrità territoriale" di un soggetto istituzionale.
Il principio di "autodeterminazione dei popoli", come già detto *supra*, è riconosciuto dall'art. 1, paragrafo 1, punto 2 della Carta ONU.
E il richiamo alla "integrità territoriale" è presente all'art. 2, paragrafo 1, punto 4.
Entrambe le prescrizioni sono riconosciute quali espressioni di principi irrinunciabili: infatti, gli articoli 1 e 2 sono compresi nel primo "Capitolo" della Carta ("Scopi e Principi").
Per proseguire la disamina occorre leggere l'intero disposto normativo dell'art. 2 citato: "*L'Organizzazione ed i suoi Membri, nel perseguimento degli Scopi affermati all'Articolo 1, devono agire in ottemperanza ai seguenti Principi. [...] 4. Tutti i Membri devono astenersi, nelle loro relazioni internazionali, dalla minaccia o dall'uso della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di ogni Stato, od in ogni altro modo incompatibile con gli Scopi delle Nazioni Unite",*
Anzitutto ci accorgiamo che il rispetto della "integrità territoriale" impone un obbligo di "non fare", cioè di astenersi dal prendere iniziative che possano infrangere l'integrità territoriale – quindi intaccando l'elemento territorio e, verosimilmente, anche riducendo la quantità di popolazione – o l'indipendenza politica di ogni Stato – annullando o vanificando il quarto elemento dell'indipendenza nelle relazioni esterne –.
L'obbligo di "astenersi dalla minaccia o dall'uso della forza" e rivolto testualmente a "*[t]utti i Membri*", cioe a tutti gli Stati che siano "Membri" dell'Organizzazione delle Nazioni Unite nel momento della supposta violazione dell'integrità territoriale di un qualsiasi Stato. Ciò

significa che chi subisce la menomazione deve essere uno Stato esistente ("*ogni Stato*"), mentre chi compie la violazione deve essere uno Stato, e già membro dell'ONU ("*Tutti i Membri*").
Ne consegue, già dal tenore letterale della norma, che una popolazione sottomessa ad uno Stato, che intenda secedere e reclami un territorio, con o senza un governo già formato, non rientra tra i soggetti ai quali la norma è rivolta.
Anche ammettendo che nell'istante in cui la volontà della popolazione, il territorio e il governo si aggregano li nasca lo Stato, e che la sua nascita stessa configuri di fatto un illecito di lesione dell'integrità territoriale di uno Stato, detto Stato neonato non e ancora membro dell'ONU, e pertanto la norma non è destinata ad applicarsi ad uno Stato non ancora membro, visto che tale nuovo Stato potrebbe addirittura decidere di non aderire all'ONU, per quanto ciò sia improbabile.
Questa serie di rilievi ermeneutica basilari è stata utile per inquadrare la situazione e operare gli opportuni distinguo, oltre che fungere, ai fini di questo Parere, da elemento preparatorio per comprendere meglio come la Corte Internazionale di Giustizia sia intervenuta quando ha affrontato il caso della nascita del Kosovo.
Il 17 febbraio 2008, l'Assemblea del Kosovo con una votazione di 109 favorevoli su 120 membri totali (*all'unanimità dei presenti, visti gli 11 assenti*) approva la Dichiarazione di Indipendenza.
Su richiesta della Serbia, il giorno successivo si è tenuta una pubblica riunione d'emergenza del Consiglio di Sicurezza dell'ONU (composto da 15 Stati, dei quali 5 permanenti). La Serbia è stata sentita e ha accusato la dichiarazione di indipendenza del Kosovo di essere un atto illegittimo, tanto ai fini del diritto interno quanto riguardo l'ordinamento internazionale.
In conseguenza, l'Assemblea Generale dell'ONU con risoluzione 63/3 dell'8 ottobre 2008 ha usato il proprio potere di attivare la Corte Internazionale di Giustizia per chiederle un *advisory opinion* chè non è una sentenza.
L'Assemblea Generale dell'ONU ha deliberato, com'e suo potere secondo l'art. 96 della Carta ONU, di porre alla Corte Internazionale di Giustizia la seguente domanda: "*La dichiarazione unilaterale di indipendenza fatta dalle Istituzioni Provvisorie di Auto-Governo del Kosovo è legittima per il diritto internazionale?*".
La CIG, pertanto, emette il parere richiesto.
Dopo aver introdotto la situazione fattuale, venendo alle questioni di diritto, al par. 78 del parere consultivo leggiamo con chiarezza: "*La Corte richiama che è stato richiesto dall'Assemblea Generale di stabilire la compatibilità della dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008 con il "diritto internazionale". La Corte inizialmente rivolgerà la propria attenzione a certe domande riguardanti la legittimità delle dichiarazioni di indipendenza secondo il diritto internazionale generale, nel cui background dev'essere considerata in quanto ivi ricade la questione posta, e [parimenti] la risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU n.1244 del 1999 va compresa e applicata.*" Fino a qui la Corte dice di voler analizzare la questione della legittimità delle dichiarazioni di indipendenza in generale.
Al termine del medesimo paragrafo prosegue: "*Una volta che questa cornice generale sia stata determinata, la Corte si interrogherà sulla rilevanza legale della risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU n.1244 del 1999 e determinerà se la risoluzione crea regole speciali e obblighi derivanti, secondo il diritto internazionale applicabile alle questioni sollevate dalla presente richiesta ed aventi influenza sulla legalità della dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008*".
Pertanto, la Corte concluderà verificando in concreto quali siano le norme interessate dalla dichiarazione di indipendenza del Kosovo e se detta dichiarazione le abbia violate o meno.
Al par. 79 del parere la Corte si occupa dell'evoluzione storica del valore di una

dichiarazione di indipendenza.
Prima del 1945 (cioè prima della Carta ONU) la Corte rileva che "*In nessun caso la prassi degli Stati complessivamente suggerisce che l'atto di promulgare la dichiarazione sia stato considerato contrario al diritto internazionale. Piuttosto, la prassi degli Stati durante questo periodo di indirizza chiaramente alla conclusione che il diritto internazionale non contenga alcuna proibizione di dichiarazioni di indipendenza.*"
La Corte prosegue parlando dello scenario post-1945: "*Nella seconda parte del ventesimo secolo, il diritto internazionale sull'autodeterminazione si è sviluppato in un modo tale da creare un diritto all'indipendenza per i popoli di territori non autogovernantisi e soggetti a giogo, dominazione e sfruttamento stranieri. Una grande quantità di nuovi Stati è nata come risultato dell'esercizio di questo diritto. Ci sono stati, tuttavia, anche casi di dichiarazioni di indipendenza fuori da questo contesto. La prassi degli Stati in quest'ultimi casi* non *indica l'emersione nel diritto internazionale di una nuova regola che proibisca di proclamare una dichiarazione di indipendenza in tali casi.*"
Tutto il par. 79 sintetizza in poche frasi l'evoluzione giuridica dell'autodeterminazione dei popoli.
Ciò che riconosce la Corte al par. 79 costituisce una fonte più che autorevole per il Parere che ci occupa. Essa afferma che "*il diritto internazionale sull'autodeterminazione si è sviluppato in un modo tale da creare un diritto all'indipendenza per i popoli di territori non autogovernantisi e soggetti a giogo, dominazione e sfruttamento stranieri*" tale che "*[u]na grande quantità di nuovi Stati è nata come risultato dell'esercizio di questo diritto*". Poi aggiunge: "*[c]i sono stati, tuttavia, anche casi di dichiarazioni di indipendenza fuori da questo contesto*" e "*[l]a prassi degli Stati in quest'ultimi casi* non *indica l'emersione nel diritto internazionale di una nuova regola che proibisca di proclamare una dichiarazione di indipendenza in tali casi*".
Ciò significa che questi modi, che potremmo chiamare "modi di autodeterminazione diversi dall'esercizio del diritto, sono legittimi secondo la prassi degli Stati, in quanto nel loro complesso gli Stati non la considerano una pratica contraria al diritto internazionale.
La Corte affronta il problema direttamente, anche perchè alcuni Stati che hanno presentato propri interventi scritti oppure che hanno richiesto di essere ascoltati – come la Corte scrive al par. 80 – "*hanno contestato che una proibizione di dichiarazione unilaterale di indipendenza è implicita nel principio dell'integrità territoriale*".
La Corte non nega che detto principio esista, ovviamente, ed anzi lo ribadisce riproducendo l'art. 2, par. 4, della Carta ONU, succitato.
Successivamente, essa fa riferimento agli altri atti di diritto internazionale rilevanti, richiamando i contenuti della risoluzione 2625 dell'Assemblea Generale dell'ONU detta "*Dichiarazione dei Principi di Diritto Internazionale Riguardanti le Relazioni Amichevoli e la Cooperazione tra Stati*" e il cosiddetto "*Atto Finale di Helsinki*" del 1975.
Con brevi riferimenti, la Corte traccia il quadro ed esprime la massima giuridica sul punto: "*Pertanto, l'ampiezza del principio di integrità territoriale è confinata alla sfera delle relazioni tra gli Stati*". Dopo aver proseguito, tra i paragrafi 81 e 83, stralciando altre argomentazioni e altri temi proposti dagli Stati intervenienti, ma giudicate dalla Corte come non necessarie all'impianto del parere, la Corte emette il suo responso per quanto concerne il primo aspetto di compatibilità: "*la Corte considera che il diritto internazionale generale* non *contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*".
Di conseguenza "*conclude che la dichiarazione di indipendenza del 17 febbraio 2008* non *ha violato il diritto internazionale generale*".
Oltretutto, in un sottovalutato par. 56, la Corte asserisce: "*è pienamente possibile che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito*".
La Corte afferma esplicitamente che un atto di imperio (come una dichiarazione unilaterale di indipendenza) può essere legittimo anche se non attiva un diritto soggettivo conferito

dall'ordinamento internazionale.
In altre parole, l'applicazione del principio non si ferma al conferimento di specifici diritti direttamente attivabili, ma giunge anche alla giustificazione giuridica di atti non proibiti; e, come abbiamo visto, la dichiarazione unilaterale di indipendenza non è proibita.
Quel che più rileva in questa sede è l'affermazione per la quale la Corte nel caso del Kosovo *non* tratta un caso "sui generis".
Anzitutto, perché proprio la Corte in nessun punto si esprime in termini di specialità. La Corte, difatti, nei parr. 79-84 del parere consultivo analizza la potenziale incompatibilita giuridica della dichiarazione di indipendenza del Kosovo rispetto al diritto internazionale generale.
Nei susseguenti parr. 85-121, si concentra invece sulla potenziale incompatibilità di detta dichiarazione con la risoluzione del Consiglio di Sicurezza ONU n. 1244 del 1999, la quale costituisce *lex specialis* (par. 83).
Come già rilevato, pare condivisibile il rilievo per il quale quello del Kosovo non costituisce un caso "sui generis", poiché la *lex specialis* viene considerata dalla Corte né come promotiva, né come ostativa, ma piuttosto come sostanzialmente indifferente rispetto alla dichiarazione di indipendenza del Kosovo.
Oltretutto, per quanto concerne il diritto internazionale generale, come abbiamo già rilevato, la Corte dimostra come "*il diritto internazionale generale* non *contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*", ricordando che "*è pienamente possibile che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito*".
Poichè la dichiarazione di indipendenza del Kosovo, come rileva la Corte, non è un atto compiuto in ottemperanza o in esecuzione di poteri o diritti conferiti dalla *lex specialis*, possiamo affermare coerentemente che quello del Kosovo non è un caso "sui generis" e che dunque le massime ricavabili dalla pronuncia della Corte sul Kosovo sono generalmente applicabili.
In altre parole, quando la Corte asserisce la piena legittimità e liceità internazionale della dichiarazione di indipendenza, non circoscrive il proprio ragionamento al caso del Kosovo, ma intende statuire la piena legittimità e liceità internazionale delle dichiarazioni di indipendenza in generale.
Come suesposto, dopo aver analizzato le fonti del diritto internazionale, la Corte rileva che "*l'ampiezza del principio di integrità territoriale è confinato alla sfera delle relazioni tra gli Stati*" e l'autodeterminazione non ricade nel settore delle "relazioni tra gli Stati", in quanto chi la esercita, proprio in quanto vuole diventare uno Stato, dimostra di non esserlo già. Pertanto, il parere, che abbiamo dimostrato avere valore generale conclude affermando che "*la Corte considera che il diritto internazionale generale non contenga alcuna applicabile proibizione di dichiarazioni di indipendenza*".
Inoltre, poiché "*è pienamente possibile che un certo atto – come per esempio una dichiarazione unilaterale di indipendenza – non sia in violazione del diritto internazionale anche se non costituisce esercizio di un diritto da esso conferito"*, una "dichiarazione unilaterale d'indipendenza" non è proibita nè nel caso ristretto dell'esercizio del *diritto* specifico di autodeterminazione, ne nel caso universale dell'esercizio del generale *potere* di autodeterminazione.

II.E. Norma e prassi tra autodeterminazione e rispetto dell'integrità territoriale. Il Parere dell'Università di Innsbruck.

Sui temi che occupano questa Parte II del Parere, in tempi recenti, si è espresso il gruppo di ricerca coordinato dal Prof. Peter Hilpold (docente di Diritto internazionale, diritto europeo e diritto pubblico comparato) de Universität Innsbruck (*Institut für*

Italienisches Recht) (titolo del Parere: "*Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und seine praktische Anwendung – unter besonderer Berücksichtigung Südtirols*").
L'esperto di diritto internazionale, dopo aver svolto un compiuto *excursus* giuridico circa la problematica dell'indipendenza tra organismi statuali e dopo aver offerto alcune note storiche circa il caso del c.d. "sud-tirolo", allarga la prospettiva del parere verso orizzonti di carattere generale, avendo quale mandato uno simile a quello della Commissione, e definisce il suo contributo con una disamina di sunto per la quale "*Der Glaube an einen Selbstbestimmungsanspruch kann zusätzlich dazu beitragen, die Kohäsion der Gruppe zu stärken. Dasselbe gilt für die Überzeugung, eine eigenständige Nation darzustellen. Die Entwicklung der Selbstbestimmungsdiskussion ist von zahlreichen Grauzonen gekennzeichnet, so dass der definitive Gegenbeweis, wonach ein Selbstbestimmungsanspruch von ethnisch-national definierten Völkern nicht gegeben sei, nicht mit letzter Überzeugungskraft angetreten werden kann. Wenn aber die staatliche Souveränität eine Schwächung erfährt (aus welchen Gründen auch immer), so können diese Entwicklungen, so sehr sie rechtlich-dogmatisch zu beanstanden sind, eine Eigendynamik annehmen und zu harter Realität werden*".
Il parere, utile per il caso nostro per la generalità della disamina e il tempo della stesura, rileva quindi che lo sviluppo storico del principio di autodeterminazione è segnato da tanti e vari passaggi e che la prova certa di una sua contrarietà all'ordinamento internazionale anche per il contesto degli stati dell'Europa occidentale non è data.
Così che, a detta pure del parere di Innsbruck, non è possibile, giuridicamente, affermare che una pretesa di autodeterminazione di un popolo non sia lecita in quanto tale.

II.F. Sintesi sul principio di autodeterminazione.
In sintesi, per quanto attiene al diritto internazionale, la ricerca svolta porta alle deduzioni che seguono:

- Lo Statuto delle Nazioni Unite pone la garanzia dell'autodeterminazione dei popoli come uno dei suoi "*fini e principi*" (art. 1), e varie convenzioni internazionali hanno riconosciuto nel tempo il diritto all'autodeterminazione dei popoli;
- la volontà popolare che riconosce il principio di autodeterminazione, secondo il diritto internazionale può estrinsecarsi in forma libera, purché essa sia atta a garantire che detta volontà sia espressa in maniera democratica, libera e definita nei contenuti;
- tale rilievo è stato confermato anche nel recente parere della Corte Internazionale di Giustizia nel 22 luglio 2010 relativo alla conformità al diritto internazionale della dichiarazione di indipendenza del Kosovo (che a sua volta si fonda su pronunce risalenti come la Sentenza "Lotus" [1927], la Sentenza "Nicaragua" [1986] e il Parere sulla "Liceità della minaccia o dell'uso di armi nucleari" [1996]);
- la Corte Internazionale ha quindi affermato che in termini generali, e non solo per taluni casi storico-geografici, le dichiarazioni di indipendenza, al pari dei complessivi fenomeni di nascita o scomparsa degli stati, non sono proibite dell'ordinamento internazionale;
- una dichiarazione di indipendenza (come pure gli atti prodromici alla medesima) può essere senz'altro considerata "*in accordance*" col diritto internazionale anche perchè, come pure nel caso del Veneto, non è in contrasto con il principio dell'integrità territoriale e dell'indipendenza politica che è applicabile solamente nelle relazioni internazionali tra gli stati (e non può vincolare i soggetti non statuali);
- lo stesso principio è stato riconosciuto anche da una Corte Suprema nazionale, quella Canadese nel caso del Quebec la quale ha affermato nel 1998: "*The continued existence and operation of the Canadian constitutional order could not be indifferent to a clear*

expression of a clear majority of Quebecers that they no longer wish to remain in Canada. The other provinces and the federal government would have no basis to deny the right of the government of Quebec to pursue secession, should a clear majority of the people of Quebec choose that goal, so long as in doing so, Quebec respects the rights of others" (par. 151);

- in tema di autodeterminazione, una certa importanza, specie per il passato, è stata ricoperta dal soggetto che richiede/pretende di autodeterminarsi;
- porre l'accento sul popolo implica una sua definizione, ma per il diritto internazionale non vi è una definizione di concetto di popolo e la prassi ha evidenziato che "popolo" è quell'insieme di soggetti che si ritiene tale ed è in grado di affermarlo in un contesto di relazioni con altri soggetti istituzionali;
- nell'odierna prassi del diritto internazionale, peraltro, non è stato nemmeno richiesto il requisito di "popolo" nel riconoscimento di soggetti che hanno preteso l'indipendenza;
- difatti, circa il 60% degli Stati attualmente esistenti nel continente europeo ha conquistato l'indipendenza nel corso del Novecento e del primo decennio del XXI secolo;
- la conquista dell'indipendenza nella formazione di nuovi attori statali è risultata essere la regola poichè, nel contesto europeo, la separazione fra Stati non è un atto straordinario, ma costituisce il normale strumento di ottenimento dell'indipendenza e della libertà politica nei tempi recenti (a far data recente almeno dalla separazione delle Norvegia dalla Svezia del 1905);
- su 25 Stati europei formatisi nel Novecento, 21 (84%) sono nati da una secessione;
- in tale contesto giuridico-politico, gli anni Novanta del Novecento hanno peraltro imposto una revisione circa i criteri di riconoscimento stabiliti sulla base del principio di autodeterminazione;
- come già dedotto *supra* la stessa nozione di "popolo" non è stata necessaria per ottenere l'indipendenza di nuove formazioni statali e, difatti, hanno ottenuto l'indipendenza e il riconoscimento internazionale Paesi totalmente privi di omogeneità etnica interna e distinta (cfr. territori ex-Jugoslavia, Cecoslovacchia).
- la stragrande maggioranza di queste formazioni statali ha ottenuto l'indipendenza in forma pacifica; delle 21 secessioni del Novecento solo 3 (14%) hanno avuto connotazioni violente e in ogni caso, qualunque reazione violenta da parte degli Stati unitari è una violazione della Risoluzione 2625 (XXV) ONU;
- di recente (*maggio 2013*) è stato prodotto un parere dell'Università di Innsbruck ("*Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und seine praktische Anwendung – unter besonderer Berücksichtigung Südtirols*" a firma del Prof. Peter Hilpold (*Ordinario di Diritto internazionale, diritto europeo e diritto pubblico comparato*) relativo a temi vicini, che ha confermato come non sia possibile dal punto di vista del diritto internazionale affermare l'illiceità della condotta posta in essere da parte di un popolo per vedere riconosciuto il proprio diritto alla autodeterminazione.

*****

III. Conclusione

Nella Parte I del Parere abbiamo indagato la natura e i limiti della libertà di espressione del singolo come pure di soggetti plurali (*comunità, associazioni, et cetera*), senza riconoscere vincoli giuridici che possano vietare *ex ante* tale espressione.
Nella Parte II abbiamo indagato il principio di autodeterminazione dei popoli verificando i

dati del diritto interno e del diritto internazionale e così evidenziando gli elementi utili emersi dalla prassi più recente in materia e riscontrando come tale principio internazionale non possa non determinare pure il diritto interno essendo recepito dall'Italia quale *jus cogens*.
In questa Parte, peraltro, abbiamo verificato la sussistenza nel diritto internazionale di un universale *potere di autodeterminazione dei popoli*, che si riconosce quale pienamente legittimo, se effettivamente vincolato alla libera (*e democratica, dando riscontro ai requisiti richiesti dalla più recente prassi internazionalistica*) volontà popolare.
In tal senso si comprende come l'elemento necessario (e in sé sufficiente) per l'autodeterminazione di una comunità è la scelta di questa da parte dei membri della stessa comunità.
È infatti il "popolo", la cui nozione peraltro è giuridicamente impossibile da definire, a costituire il necessario *trait d'union* tra la dottrina tradizionale dei criteri di statualità ed il moderno principio di autodeterminazione (che pare sostanziale, procedurale ed ermeneutico insieme); è il "popolo" che, esprimendo la propria volontà, *determina da sé* la propria condizione (e così la propria definizione).

Andrea Favaro