



LINA PANELLA*

IL DIRITTO INTERNAZIONALE PUÒ FAVORIRE LA FINE DEL CONFLITTO IN UCRAINA?

SOMMARIO: 1. Costruire la pace attraverso il diritto. – 2. Un ruolo ancora possibile per le Nazioni Unite. – 3. L'Europa si è svegliata? – 4. Il ruolo della Corte internazionale di giustizia. – 5. La giustizia internazionale penale contro la guerra in Ucraina. – 6. Un Tribunale *ad hoc* per giudicare il crimine di aggressione commesso nei confronti dell'Ucraina. – 7. Conclusioni.

1. *Costruire la pace attraverso il diritto*

Hans Kelsen, tra i più importanti teorici del diritto del Novecento ed il maggiore esponente del normativismo, in uno scritto intitolato *Peace Through Law* sostiene che la via maestra per realizzare l'obiettivo della pace è l'unione di tutti gli Stati (o del maggior numero possibile di essi) in uno Stato federale mondiale¹. Schematizzando il pensiero kelseniano, per molti versi criticabile, ai singoli Stati verrebbe riservato il ruolo di membri di una federazione universale: l'abbandono del paradigma statocentrico e la centralizzazione delle istituzioni internazionali potrebbero rappresentare il rimedio definitivo alla conclamata ineffettività del diritto bellico. Secondo Kelsen «solo in base al primato dell'ordinamento internazionale, gli Stati particolari appaiono sullo stesso piano giuridico e possono valere giuridicamente come enti di egual rango, essendo sottoposti in egual misura al superiore ordinamento giuridico internazionale»².

Il pacifismo kelseniano, in altri termini, muove dalla considerazione che sia possibile abolire la guerra, affidandosi essenzialmente a strumenti giuridici, accettati da tutti gli Stati, garantiti dal primato del diritto internazionale.

Prendendo le mosse da queste scarse considerazioni sul pensiero kelseniano, nelle pagine seguenti ci si interrogherà su come sia possibile porre fine al conflitto russo-ucraino

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Messina.

¹ Lo scritto è stato pubblicato per la prima volta nel 1943 nel *Journal of Legal and Political Sociology* e successivamente, in versione ampliata, in un volume pubblicato nel 1944. In esso, Kelsen, prendendo le mosse dalle vicende della seconda guerra mondiale, prospetta una pace stabile e universale fra le Nazioni anche attraverso la creazione di una organizzazione internazionale con questo scopo e l'istituzione di organi giurisdizionali universali.

² H. KELSEN, *Principles of International Law*, New York, 1967, p. 586.

attraverso il diritto, utilizzando (alcuni) degli strumenti che il diritto internazionale prevede per il ristabilimento della pace.

Prima di esaminare le diverse iniziative che sono state già adottate e quali potrebbero essere le loro possibili conseguenze, è necessario ripercorrere, per grandi linee, gli avvenimenti che hanno portato a questa guerra devastante.

Il 24 febbraio 2022 la Russia ha attaccato militarmente l'Ucraina, conducendo operazioni militari aeree, navali e terrestri nei confronti di diverse località strategiche del Paese. L'intervento, ancora in corso al momento in cui si scrive, secondo il diritto internazionale, costituisce una aggressione nei confronti di uno Stato sovrano, in violazione del divieto sancito dall'art.2 della Carta delle Nazioni Unite. La complessità degli eventi che stiamo vivendo consiste nel fatto che il problema ucraino è non soltanto tragico e sconvolgente dal punto di vista umano, ma ha varie implicazioni, intricate e collegate tra loro e molteplici incognite. Ricordiamo che l'Ucraina fu divisa alla fine del XVIII secolo dalla Polonia, dall'impero russo e da quello austriaco. Divenne indipendente con due guerre successive alla rivoluzione del 1917, ma fu conquistata ed integrata nell'Unione sovietica nel 1920. Il conflitto attuale è solo l'ultimo atto di uno scontro risalente nel tempo, certamente al 24 agosto del 1991, giorno in cui l'Ucraina dichiara la propria indipendenza dal Cremlino, confermata successivamente con un referendum dal risultato schiacciante³. La situazione dell'Ucraina si è aggravata in concomitanza con l'irrigidirsi dei rapporti tra Russia e Stati Uniti. In realtà il presidente americano George Bush aveva "concordato" con Gorbaciov che la Nato non si sarebbe più allargata verso le ex democrazie popolari⁴. Tuttavia nel 1999 la NATO ha integrato, su loro richiesta, la Polonia, la Repubblica Ceca, l'Ungheria, quindi le repubbliche Baltiche, seguite da Romania, Slovenia (2004), e poi ancora da Albania e Croazia, nel 2020 ha aderito la Macedonia del Nord e nel 2023 la Finlandia che diventa il 31esimo Paese a far parte dell'Alleanza atlantica, determinando la sparizione di quello «stato cuscinetto» tra la Russia e il blocco Nato, visto che Russia e Finlandia condividono oltre 1.300 chilometri di frontiera.

La dichiarazione di indipendenza ucraina del 1991 aveva il preciso scopo di avviare un processo di "occidentalizzazione" che consentisse a questo Stato di diventare una potenza ancora più importante a livello economico e di entrare a far parte dell'Unione europea e della Nato. Tale volontà, tuttavia, è stata di fatto vanificata dal susseguirsi alla guida del Paese di leaders comunque collegati a Mosca, tra cui Leonid Kravčuk, Leonid Kučma e, da ultimo Viktor Janukovyč.

Il momento di rottura definitivo con Mosca arriva nel 2004 quando, a seguito di brogli elettorali e gravi episodi di corruzione durante le elezioni, la nomina del leader filo-russo Viktor Janukovyč è annullata a favore del candidato filo-occidentale Viktor Juščenko. Comunque nella stessa Ucraina si contrappongono da decenni forze di stampo politico opposto. In particolare, nella zona più orientale, denominata Donbass, dal 2014 sono in atto

³ Circa il 92% della popolazione si è espressa a favore dell'indipendenza dell'Ucraina dalla Russia.

⁴ Questo è quanto si legge in: S. SAVRANSKAYA, T. BLANTON, *NATO Expansion: What Gorbachev heard*, in *National Security Archive* del 12 dicembre 2017 reperibile sul sito <http://nsarchive.gwu.edu>, a proposito di 30 documenti declassificati nel 1990. È a tutti noto che il diritto internazionale lascia la più ampia libertà in materia di forma per la stipulazione di un trattato, che può essere scritto o orale, purchè risulti da manifestazioni di volontà di identico contenuto e dirette a obbligarli. La Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, infatti, precisa all'art. 2 co. 1 che, ai fini della sua applicazione, «l'espressione trattato significa un accordo concluso per iscritto tra Stati», ma addentrarci in una analisi giuridica della manifestazione di volontà di Bush e Gorbaciov e degli obblighi che ne potevano derivare, non rientra nel presente lavoro.

rivolte armate per ottenere l'indipendenza dal Governo ucraino, indipendenza oggi riconosciuta dalla Russia.

Il 2014 è anche l'anno dell'annessione della Crimea alla Russia. Nello specifico, in seguito alla rivoluzione ucraina del 2014, il 27 febbraio 2014 la Russia ha inviato proprie truppe senza insegne, c.d. omini verdi, a controllare il governo locale e il nuovo governo della Crimea filorusso ha dichiarato la propria indipendenza dall'Ucraina. Il 16 marzo fu quindi tenuto un referendum sull'autodeterminazione della penisola, criticato e non riconosciuto da gran parte della comunità internazionale, segnato dalla vittoria del "sì" con il 95,32% dei voti: le autorità della Crimea firmarono il 18 marzo l'adesione formale alla Russia. L'Ucraina e molti altri paesi hanno condannato l'occupazione e l'annessione della Crimea, considerandola una violazione del diritto internazionale e degli accordi firmati dalla Russia che salvaguardano l'integrità territoriale dell'Ucraina, tra gli altri gli accordi di Belaveža del 1991 che hanno istituito la Comunità di Stati Indipendenti, del Memorandum di Budapest sulle garanzie di sicurezza del 1994 e il Trattato del 1997 sull'amicizia, la cooperazione e il partenariato tra la Federazione russa e l'Ucraina⁵.

Bisogna inoltre tenere presente che l'Ucraina non è soltanto un obiettivo geopolitico interessante per la Russia e l'America: essa è un attore importante anche sul piano economico, essendo la prima fornitrice europea di uranio, la seconda di titanio, manganese e mercurio. Ha la più estesa superficie di terre coltivabili d'Europa, produce ed esporta orzo, mais e innumerevoli altri prodotti agricoli.

Gli avvenimenti che si sono succeduti, certo non esaminati in modo approfondito⁶, attirano la nostra attenzione per il continuo riferimento al diritto internazionale, anche se la sua interpretazione lascia il più delle volte non pochi dubbi.

Non è un caso che il Presidente Putin, dai suoi canali ufficiali di comunicazione, ha acutamente definito l'attacco come *special military operation* giustificandola, con una sua interpretazione a dir poco singolare, alla luce dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite che prevede il ricorso alla legittima difesa individuale e collettiva. Inoltre, ribadendo sempre la necessità di rispettare il diritto internazionale, a proposito dei rapporti tra Ucraina e Russia, il Presidente Putin ha richiamato l'Accordo di Minsk del 2014, del quale reclama l'estinzione⁷. A tale proposito, è necessario fare alcune precisazioni. Anzitutto, gli accordi di Minsk consistono in una serie di atti strettamente collegati tra loro, con l'obiettivo di creare un equilibrio tra le aspirazioni imperialiste della Russia e l'esigenza dell'Ucraina di preservare la propria integrità territoriale. Il c.d. Protocollo di Minsk adottato il 5 settembre 2014 (seguito da un memorandum esplicativo del 19 settembre) è un accordo-quadro che prevede i principi generali per conseguire una risoluzione pacifica della controversia sui territori del Donbass. A questo accordo ha fatto seguito un «pacchetto di misure per l'attuazione dell'accordo di Minsk», adottato il 12 febbraio 2015 contenente alcuni provvedimenti più dettagliati da

⁵ M. MANCINI, *Il conflitto tra Federazione russa e Ucraina ed i limiti posti dal diritto internazionale ad un accordo di pace*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2023, p. 367 ss.

⁶ Per una approfondita analisi storica si rinvia allo scritto di A. VILLANI, *Alle origini del conflitto russo-ucraino: la politica estera della federazione russa (1991-2014)*, pubblicato in questo *Focus*.

⁷ Nella conferenza stampa del 22 febbraio 2022, concessa a seguito del discorso alla Nazione in cui riconosceva le Repubbliche indipendenti di Donetsk e Luhansk, il Presidente Putin ha dichiarato: «Gli accordi di Minsk sono stati uccisi ben prima del riconoscimento delle Repubbliche di Donetsk e Luhansk, ma non da me e nemmeno dal Governo delle Repubbliche, bensì dal Governo ucraino. Già da tempo il Governo di Kiev ha pubblicamente affermato che non era intenzionato a rispettare tali accordi (...). A questo punto gli accordi di Minsk non esistono più». Sugli accordi di Minsk, K. GAVRYSH, *Che fine hanno fatto gli accordi di Minsk*, in *SIDIBlog*, 8 marzo 2022.

attuare in tempi brevi. Entrambi gli atti citati sono stati firmati dai rappresentanti della Russia, dell'Ucraina e dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE), che costituiscono il c.d. *gruppo di contatto trilaterale sull'Ucraina*, oltretutto dai due rappresentanti delle regioni separatiste. Inoltre una dichiarazione congiunta sull'attuazione degli accordi di Minsk, firmata dal Presidente della Russia, dal Presidente dell'Ucraina, dal Presidente francese, e dal Cancelliere tedesco costituisce l'allegato n. 2 della risoluzione n. 2202/2015 del Consiglio di sicurezza del 17 febbraio 2015 sulla situazione in Ucraina⁸.

Tra gli obblighi previsti degli Accordi di Minsk vi è una riforma costituzionale sul decentramento territoriale (art. 11) in capo all'Ucraina entro la fine del 2015, ritenuto il presupposto necessario affinché la Russia possa cedere il pieno controllo sulla frontiera nelle zone del conflitto al Governo ucraino.

Il presidente russo adduce due argomenti a supporto dell'estinzione degli accordi di Minsk. Innanzitutto la loro estinzione sarebbe la conseguenza dell'inadempimento delle sue disposizioni da parte dell'Ucraina ai sensi dell'art. 60 della Convenzione di Vienna. In secondo luogo, il leader russo ribatte ai giornalisti che insistono sull'importanza degli accordi: «Cosa dobbiamo rispettare se abbiamo riconosciuto l'indipendenza di queste regioni?!», facendo quindi riferimento ad un fondamentale cambiamento delle circostanze che erano state alla base della stipulazione del Trattato e degli atti successivi.

Senza entrare nel merito delle motivazioni avanzate dalla Russia, si ritiene che gli accordi di Minsk risultano ancora validi: infatti, per quanto riguarda l'inadempimento da parte dell'Ucraina, il recepimento nella risoluzione del Consiglio di sicurezza delle disposizioni applicative dell'accordo di Minsk faccia sorgere, in relazione alla sua attuazione, l'interesse dell'intera comunità internazionale, sottraendo alla disponibilità di una delle parti contraenti l'invocazione dell'estinzione del trattato per inadempimento dell'altra parte, condizione prevista dall'art. 60 co. 1 della Convenzione di Vienna.

Analogamente non si ritiene legittima l'applicazione del principio *rebus sic stantibus*, per dichiarare l'estinzione degli accordi di Minsk. Infatti, in base all'art. 62, co. 2, lett. b, il cambiamento fondamentale delle circostanze non può essere invocato «se deriva da una violazione, ad opera delle parti che l'invoca, sia di un obbligo derivante dal trattato, sia di qualsiasi altro obbligo internazionale a danno di qualsiasi altra parte del trattato». È innegabile che il riconoscimento delle Repubbliche separatiste di Donetsk e Luhansk da parte della Russia si pone in violazione del principio di sovranità territoriale dell'Ucraina, che la Russia era obbligata a rispettare, innanzitutto in base alle norme di diritto internazionale generale, nonché in funzione dell'impegno assunto da Putin nella dichiarazione congiunta del 12 febbraio 2015⁹.

Da quanto detto, sembra di poter giungere alla conclusione che gli accordi di Minsk sono tuttora validi ed efficaci per il diritto internazionale e la Russia li sta deliberatamente violando. Probabilmente una delle possibili ipotesi da poter perseguire per una soluzione del conflitto in atto, potrebbe essere proprio quella di ripartire dagli accordi di Minsk, almeno nell'attuazione dei loro principi fondamentali, accettati e garantiti dalla Comunità internazionale.

⁸ Dello stesso tenore è la risoluzione C 315/24 del 23 settembre 2015, adottata dall'Assemblea parlamentare Euronest il forum interparlamentare al quale partecipano i membri del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali di Ucraina, Moldavia, Armenia, Azerbaigian e Georgia per realizzare legami politici ed economici più stretti con l'Unione europea.

⁹ Per una approfondita disamina delle cause di estinzione dei Trattati di Minsk addotte dal governo russo cfr., K. GAVRYSH, *Che fine hanno fatto gli accordi di Minsk...*, cit.

2. Un ruolo ancora possibile per le Nazioni Unite

Di fronte ai tragici eventi in Ucraina, all'impossibilità di fermare lo sterminio di popolazioni civili inermi, alla protervia apparentemente inarrestabile di Putin, molti hanno concluso, in modo frettoloso e superficiale, a parere di chi scrive, nel senso dell'inutilità del diritto internazionale e delle Organizzazioni internazionali, in particolare delle Nazioni Unite e dell'Unione europea. Conclusione peraltro non nuova e che non necessita di alcun commento. Invece mai come ora è urgente ribadire l'efficacia degli strumenti che il diritto internazionale mette a disposizione, e dell'importanza della cooperazione internazionale e dell'attività delle Organizzazioni che operano in questo senso¹⁰.

L'obbligo di trovare una soluzione pacifica alle controversie è, come è noto, innanzitutto contemplato dall'art. 2 par. 3 dello Statuto delle Nazioni Unite, ma si è trasformato progressivamente in una norma di diritto internazionale generale, applicabile anche a tutti i soggetti di diritto internazionale diversi dagli Stati, in particolare alle organizzazioni internazionali¹¹.

D'altra parte è noto che nessun risultato positivo hanno ottenuto, almeno fino al momento in cui si scrive, i tentativi di mediazione posti in essere da singoli Stati, che hanno preso l'avvio, su iniziativa della Bielorussia, con l'incontro di Gomel il 28 febbraio e che registrano l'ultimo tentativo (in ordine cronologico) nella mediazione della Santa Sede nel 2023.

Davanti a questi fallimenti "unilaterali", malgrado quanto ripetutamente affermato, non è il caso di rivedere il ruolo che potrebbero ancora avere le Nazioni Unite? Non è certo necessario ricordare il valore del veto russo nel Consiglio di sicurezza, e quindi la possibilità di questo Stato (come in realtà ha fatto) di bloccare qualsiasi decisione, ma bisogna tener conto di alcuni dati di fatto fondamentali. Innanzitutto, come già detto nelle pagine precedenti, la circostanza che la Russia abbia richiamato la Carta delle Nazioni Unite più volte (anche a giustificazione della sua aggressione all'Ucraina) può costituire un argomento per promuovere la mediazione di questa organizzazione proprio su questa base giuridica. In questo contesto, acquistano particolare rilievo i rapporti fra Cina e Russia, entrambi sostenitori di un ordine giuridico-politico internazionale in contrasto con la deriva dell'unipolarismo statunitense affermatosi dopo la fine della guerra fredda. La posizione dei due Stati non sembra intesa a pregiudicare le Nazioni Unite e lo stesso divieto dell'uso della forza, come si evince dalla lunga dichiarazione congiunta, 99 paragrafi, che ha seguito l'incontro tra Putin e XI Jinping il 4 febbraio, a margine della cerimonia ufficiale di inaugurazione delle Olimpiadi invernali a Pechino¹². La dichiarazione descrive in dettaglio

¹⁰ Per un esame del ruolo del diritto internazionale su alcuni aspetti particolari del conflitto russo-ucraino, cfr. fra gli altri, A. BULTRINI, *Alcune considerazioni di un giurista internazionalista sull'invasione dell'Ucraina*, in *Il diritto della guerra, le ragioni della pace*, in *Questione giustizia trimestrale*, 1/2022, p. 28; M. DELLI SANTI, *Gli strumenti del diritto internazionale per la ricerca della pace in Ucraina*, in *Affari internazionali*, 4 marzo 2022, reperibile sul sito www.affariinternazionali.it.

¹¹ In questo senso, per tutti, U. VILLANI, *Lezioni di diritto internazionale*, Bari, 2021, p. 269 che individua questa evoluzione in molteplici dichiarazioni dell'Assemblea generale, spesso approvate per *consensus*, quindi come espressione del comune convincimento della generalità degli Stati che compongono questo organo, e nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia.

¹² Per un esame dettagliato della dichiarazione del 4 febbraio cfr. G. CUSCITO, *L'amicizia tra Cina e Russia "non ha limiti", ma la parola alleanza rimane "tabù"*, in *Limes*, 6/22; G. GAGLIANO, *Cosa c'è nel documento sull'alleanza tra Russia e Cina*, in *Startmagazine* (rivista on line) del 14 febbraio 2022.

come Russia e Cina siano arrivate ad adottare posizioni condivise su diverse questioni globali e regionali, mettendo in luce il sostegno reciproco «per creare garanzie di sicurezza giuridicamente vincolanti a lungo termine in Europa». Anche se la dichiarazione congiunta tace sull'Ucraina, la Cina condivide la necessità di opporsi a un ulteriore allargamento della Nato. Da parte sua, la Russia sostiene la posizione della Cina nell'area indo-pacifico e l'illegittimità del ruolo degli Stati Uniti. La dichiarazione congiunta critica anche le idee di democrazia che sia la Russia che la Cina considerano imposte dagli Stati Uniti e dall'Occidente, condividendo «la comprensione che la democrazia è un valore umano universale, piuttosto che un privilegio di un numero limitato di Stati». Importante è il passaggio della dichiarazione in cui Russia e Cina sono concordi nell'affermare che «non esiste un modello unico per guidare i paesi nella creazione della democrazia» e che spetta alle singole Nazioni “scegliere” le diverse «forme e metodi di attuazione della democrazia che meglio si adattano al suo particolare stato», a seconda di una serie di condizioni locali tra le quali è necessario valutare il background sociale e storico.

In altri termini, si tratterebbe di dar vita ad un nuovo assetto politico, non più connotato dall'egemonia statunitense, ma caratterizzato da due o più poli, indipendenti e autonomi dal punto di vista politico e giuridico, con le rispettive aree di influenza, che continuerebbero ad avere modelli diversi di democrazia ed una parziale diversità riguardo i diritti umani fondamentali da tutelare. In realtà il contenuto della dichiarazione congiunta ci sembra una “rilettura” del principio fondamentale di diritto internazionale di non ingerenza negli affari interni degli altri Stati, che dovrebbe garantire un nuovo equilibrio nell'ordine giuridico internazionale¹³. Al momento non è possibile prevederne le conseguenze, ma certamente la posizione di Cina e Russia, teorizzando una “frammentazione giuridica” si pone in netto contrasto con l'esistenza di un diritto globale come si andava da tempo affermando.

È però un dato di fatto che la Cina, da un lato si è costantemente astenuta sui progetti di risoluzione di condanna dell'aggressione russa – sia in Consiglio di sicurezza, che in Assemblea generale ONU – ma dall'altro si è anche opposta alle sanzioni adottate dagli Stati occidentali e dall'Unione europea contro la Russia. Ed è ugualmente evidente che il numero di Stati che si sono astenuti, insieme alla Cina, in Assemblea generale, non solo è stato di per sé consistente, ma corrisponde altresì a più di un terzo della popolazione mondiale.

L'esame degli avvenimenti che si sono succeduti all'Assemblea generale, su una questione così delicata come la guerra in Ucraina, consente comunque di cogliere il sentire comune degli Stati nell'attuale quadro dello scontro bipolare Russia-Occidente, valutando le evoluzioni negli schieramenti e anche le prospettive di un possibile percorso politico e diplomatico per la soluzione della crisi. Non ci soffermeremo sulle singole risoluzioni dell'Assemblea generale in quanto oggetto di un altro scritto presente nello stesso *Focus*¹⁴.

Il primo atto concreto del Consiglio di sicurezza si è avuto il 6 maggio 2022 con l'approvazione, per *consensus*, di una risoluzione sulla guerra in Ucraina. Il consenso della Russia (e della Cina), a questo atto si deve al suo contenuto estremante generico. Infatti nel testo, redatto da Norvegia e Messico, si esprime profonda preoccupazione sul mantenimento della pace e della sicurezza in Ucraina ma non c'è nessun riferimento alle parole “guerra” o

¹³ In questo senso P. DE SENA, *Il diritto internazionale nell'evoluzione del conflitto in Ucraina. Intervista di Giuseppe Amara a Pasquale De Sena*, in *Giustizia insieme*, 27 maggio 2022.

¹⁴ Per un esame puntuale delle singole risoluzioni adottate dall'assemblea generale si rinvia a F. PERRINI, *Oltre il diritto di veto: il ruolo dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite per la soluzione del conflitto in Ucraina* pubblicato in questo *Focus*.

“invasione” da una parte e alla definizione “operazione speciale” dall’altra. La risoluzione si limita a sostenere gli sforzi del segretario generale Antonio Guterres per trovare una “soluzione pacifica” del conflitto.

Altro segnale importante a dimostrazione delle nuove strategie geopolitiche che si vanno disegnando nell’ambito delle Nazioni Unite si è avuto il 7 aprile quando con 93 voti favorevoli e 24 contrari e ben 54 astensioni, l’Assemblea generale ha approvato una risoluzione presentata dagli Stati Uniti, che ha sospeso la Russia dal Consiglio dei diritti umani «per violazioni gravi e sistematiche dei diritti umani in Ucraina». La Russia è il primo membro permanente del Consiglio di sicurezza sospeso dall’organo principale dell’Onu preposto alla difesa dei diritti umani. Un disonore toccato finora solo alla Libia di Gheddafi¹⁵.

Certamente colpisce che i voti positivi per l’approvazione della risoluzione da ultimo citata, siano diminuiti e siano aumentate di molto le astensioni rispetto alle precedenti risoluzioni che erano state adottate. Sembra corretto ritenere che questo risultato possa dipendere dal fatto che le prime votazioni avevano il carattere della dichiarazione e non hanno avuto conseguenze concrete, a differenza di quest’ultima che invece ha avuto ripercussioni politiche rilevanti. Questa considerazione vale soprattutto per la Cina, che è stata tra i paesi che hanno votato contro la risoluzione. L’ambasciatore cinese, temeva, infatti, che qualsiasi mossa affrettata nell’Assemblea generale sarebbe stata come “aggiungere benzina al fuoco”, in quanto avrebbe aggravato le divisioni, intensificato il conflitto e messo in pericolo gli sforzi di pace¹⁶.

Il voto dell’Assemblea rappresenta una prova generale dell’alleanza anti Occidente che il Cremlino sta cercando di costruire intorno all’aggressione di Kiev. Per ora ha fallito, ma il numero dei voti contrari e degli astenuti dimostra che i Paesi democratici si trovano davanti a una sfida molto difficile che minaccia di durare a lungo.

Esaminando gli avvenimenti che si sono succeduti, sorge la domanda se bisogna parlare di un fallimento delle Nazioni unite o se invece per questa organizzazione è possibile ancora avere un ruolo. Non è la prima volta che l’ONU fallisce la sua missione nel corso degli anni 2000: esempi fondamentali sono l’intervento della Nato nella *ex* Jugoslavia nel 1999 e quelli in Irak del 2003, effettuati entrambi senza il suo avallo. Pensare che il Consiglio di sicurezza possa “imporre” soluzioni per il ristabilimento della pace in Ucraina, non è ipotizzabile. Tuttavia, come è stato sottolineato, il Consiglio di sicurezza, in entrambi i casi precedentemente citati, è intervenuto a regolare situazioni post- conflittuali una volta cessate le ostilità: forse anche in questo caso si può prevedere un intervento *a posteriori* di questo organo che possa superare l’*impasse* determinata dal veto russo¹⁷.

Probabilmente, tenuto conto dei nuovi assetti geopolitici che si vanno delineando in seno alle Nazioni unite, l’Assemblea generale potrebbe avere un ruolo rilevante. L’obiettivo potrebbe essere l’adozione di una risoluzione sul modello della *Uniting for peace*, adottata superando l’immobilismo del Consiglio di sicurezza per porre termine alla guerra di Corea nel 1950¹⁸. In quel caso si imponeva anche il ricorso a una forza armata di interposizione, ma

¹⁵ La Russia era entrata a far parte del Consiglio dei diritti umani nel gennaio 2021, fra i 15 membri del Consiglio eletti dall’Assemblea generale.

¹⁶ Il rappresentante cinese ha dichiarato: «Trattare l’appartenenza al Consiglio dei diritti umani in questo modo creerà un nuovo pericoloso precedente, intensificherà ulteriormente il confronto nel campo dei diritti umani, portando un maggiore impatto sul sistema di *governance* delle Nazioni Unite, e produrrà gravi conseguenze».

¹⁷ In questo senso P. DE SENA, *Il diritto internazionale nell’evoluzione del conflitto...*, cit.

¹⁸ In questa prospettiva ci sembra importante che già nella ris. A/ES-11/L.1 si affermi espressamente: «Recalling General Assembly resolution 377 A (V) of 3 November 1950, entitled “Uniting for peace”, and taking into account that the lack of unanimity of the permanent members of the Security Council at its 8979th

oggi una nuova risoluzione *Uniting for peace* sull'Ucraina potrebbe anche partire dalle misure previste dal Capo VI della Carta delle Nazioni Unite per la risoluzione pacifica delle controversie: perché non pensare che l'Assemblea generale trovi la determinazione e si possa sostituire al Consiglio nell'esercitare i poteri previsti dagli artt. 33 e ss., come è avvenuto nel 1950? Certo non ci nascondiamo le difficoltà, ma sarebbe l'occasione per gli Stati membri per affermare la loro volontà e la loro accettazione dei principi delle Nazioni unite, molto spesso a parole dichiarata.

3. L'Europa si è svegliata?

Rispondere a questa domanda non è semplice.

È innegabile il fallimento delle misure adottate nell'ambito del Consiglio d'Europa e della Corte europea dei diritti dell'uomo, che hanno portato, prima all'uscita della Russia da questa organizzazione, e poi alla grave denuncia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁹. Non bisogna dimenticare che in passato fra la Russia e questa organizzazione ci sono stati altri momenti di crisi, ma sempre ricomposti senza un arretramento del Consiglio d'Europa rispetto ai suoi principi, che sono quelli del rispetto della democrazia pluralistica, dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali della persona umana. Malgrado la Russia abbia spesso contestato le sentenze di condanna che le arrivavano dalla Corte EDU, tuttavia, non ha mai messo in discussione la legittimità del sistema in sé, e ha manifestato in diverse occasioni una sincera volontà di collaborare. Oggi l'atteggiamento di questo Stato è completamente mutato e la Russia non ha esitato a porsi fuori dal più importante ed efficace sistema di protezione dei diritti umani in Europa.

La situazione è diversa per quanto riguarda l'Unione europea. Indipendentemente dalla valutazione delle sanzioni adottate, anche per l'impatto che possono avere nell'economia italiana, ci sembra che sia innegabile che in Europa si è assistito ad un cambiamento importante per quanto riguarda la politica economica, ma anche la protezione degli sfollati e, soprattutto, la politica militare.

L'obiettivo fondamentale delle misure adottate dall'Europa è quello non solo di diminuire la dipendenza economica dalla Russia per quanto riguarda la fornitura di gas, ma più in generale di determinare un isolamento politico di questo Paese che possa favorire una soluzione diplomatica del conflitto.

Senza addentrarci nel merito dei singoli pacchetti di sanzioni che sono state adottate nell'ambito dell'Unione europea²⁰, non si può non sottolineare che le difficoltà che hanno caratterizzato l'approvazione del sesto pacchetto di sanzioni, hanno avuto notevoli

meeting has prevented it from exercising its primary responsibility for the maintenance of international peace and security».

¹⁹ Sull'argomento, cfr. fra gli altri, G. RAIMONDI, *La Federazione russa annuncia il suo ritiro dal Consiglio d'Europa, Quali effetti sul sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Giustizia insieme*, 14 marzo 2022; A. SACCUCCI, *Brevi considerazioni sull'espulsione della Russia dal consiglio d'Europa e sulle sue conseguenze*, in *SIDIBlog*, 26 aprile 2022; C. ZANGHÌ, *La problematica partecipazione della Federazione Russa al Consiglio d'Europa: dall'ammissione alla perdita dello status di membro*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2/2022, p. 318 ss.; *idem*, *Federazione Russa-Consiglio d'Europa. Evoluzione parlamentare della nota vicenda*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3/2022, p. 578.

²⁰ Sulle sanzioni adottate dall'Unione europea cfr., fra gli altri, R. RUOPPO, *Sanzioni individuali dell'Unione europea nel conflitto russo-ucraino e diritti fondamentali: luci ed ombre all'indomani delle prime pronunce della Corte di giustizia*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 1201 ss.

ripercussioni anche nel Consiglio europeo del 23 e 24 giugno 2022 durante il quale si doveva discutere del problema cruciale dell'adesione dell'Ucraina all'UE. Il dibattito è stato reso più complicato dall'attesa che stanno vivendo da anni i Balcani occidentali ed il primo luogo la Macedonia del Nord e l'Albania. Le conclusioni raggiunte dai capi di Stato e di governo si adeguano a quella che viene definita la c.d. formula di Salonicco²¹. Infatti il Consiglio europeo ha deciso di concedere lo *status* di “paese candidato” all'Ucraina e alla Repubblica di Moldova, mentre per quanto riguarda la Georgia, ha preso tempo stabilendo che è pronto a «concedere alla Georgia lo status di paese candidato una volta che saranno state affrontate le priorità specificate nel parere della Commissione sulla sua domanda di adesione». Per quanto riguarda i Balcani, il Consiglio europeo ha ribadito l'urgenza di compiere progressi tangibili nella risoluzione delle controversie bilaterali e regionali in sospenso, in particolare nell'ambito del dialogo Belgrado-Pristina per la normalizzazione delle relazioni tra la Serbia e il Kosovo. Il Consiglio europeo ha accolto con favore l'accordo politico raggiunto il 12 giugno 2022 dai leader della Bosnia-Erzegovina a Bruxelles, necessario per la stabilità e il pieno funzionamento del Paese e per rispondere alle aspirazioni della popolazione, ma ha invitato i leader politici di quel Paese ad attuare rapidamente gli impegni contenuti nell'accordo e a completare con urgenza la riforma costituzionale ed elettorale, che consentirà al Paese di progredire con determinazione nel suo percorso europeo, in linea con il parere della Commissione.

Il Consiglio europeo si è dichiarato pronto a concedere alla Bosnia-Erzegovina lo *status* di paese candidato e a tale scopo ha invitato la Commissione a riferire al Consiglio in merito all'attuazione delle 14 priorità chiave indicate nel suo parere, con particolare attenzione a quelle che costituiscono un insieme sostanziale di riforme, affinché possa tornare a decidere sulla questione²².

Il Consiglio ha rinviato la sua decisione anche sulla proposta del presidente francese, Macron, di creare una “comunità politica europea”, che potrebbe favorire sia la Georgia che la Moldova. L'obiettivo sarebbe quello di promuovere il dialogo politico e la cooperazione per affrontare questioni di interesse comune in modo da rafforzare la sicurezza, la stabilità e la prosperità del continente europeo. Tale quadro non sostituirà le politiche e gli strumenti esistenti dell'UE, in particolare l'allargamento, e rispetterà pienamente l'autonomia decisionale dell'Unione europea.

Le difficoltà del Consiglio non sono dovute esclusivamente all'impossibile raggiungimento dell'unanimità, ancora richiesto dai Trattati in caso di nuove adesioni, ma anche per la posizione di uno Stato che, pur non essendo membro dell'Unione europea, ha certamente un ruolo geopolitico fondamentale in Europa: la Gran Bretagna. Infatti l'*ex* premier Boris Johnson ha cercato di portare avanti una importante iniziativa, proponendo un nuovo sistema di alleanze politiche, economiche e militari, alternativo all'Unione europea che raccolga i Paesi accumulati dalla diffidenza verso Bruxelles ed anche verso la risposta della Germania all'aggressione militare russa. Il modello di *Commonwealth* europeo che Boris Johnson avrebbe in mente, con la Gran Bretagna come leader, includerebbe

²¹ Tale espressione si riferisce alle conclusioni dei leader dell'Europa sud-orientale – compresi i Paesi dei Balcani occidentali, ma assente il presidente turco Erdoğan – adottate a Salonicco il 10 giugno 2022 al vertice del Processo di Cooperazione dell'Europa sud-orientale (*SEECP-South East European Cooperation Process*). Obiettivo del vertice era quello di rafforzare le loro ambizioni d'ingresso nell'Ue, ma soprattutto mantenere aperti i loro canali di comunicazione in un momento geopolitico cruciale.

²² Per le conclusioni del Consiglio europeo, cfr. EUCO 24/2022.

anche l'Ucraina, la Polonia, l'Estonia, la Lettonia e la Lituania, oltre che la Turchia in un secondo momento. Un primo passo della strategia politica inglese è stata la firma dello *Statement* bilaterale fra Regno Unito e Finlandia dell'11 maggio²³, nel quale i due Stati hanno stabilito di assistersi vicendevolmente, anche sul piano militare, nel caso di attacco esterno. Dal punto di vista giuridico, lo *Statement* non ha alcun carattere vincolante, ma dal punto di vista politico, è senz'altro significativo e può costituire un modello di cooperazione bilaterale, anche in grado di affiancarsi alla Nato.

Con la caduta di Boris Johnson non è ipotizzabile il futuro della politica britannica, ma certamente la Gran Bretagna vorrà continuare a giocare un ruolo di rilievo negli equilibri internazionali che si verranno a creare dopo il conflitto in corso.

Un secondo aspetto importante che ha segnato la posizione dell'Europa nell'affrontare la crisi Ucraina è stata la gestione degli sfollati. Di fronte all'esodo di massa di milioni di persone in fuga dalla guerra per raggiungere luoghi sicuri, l'Unione europea ha applicato, per la prima volta, la direttiva sulla protezione temporanea, approvata nel 2001²⁴, adottando la decisione di esecuzione 2022/382²⁵.

Tuttavia, non si può tralasciare di mettere in evidenza alcuni aspetti controversi della normativa. Innanzitutto una considerazione di carattere generale: la decisione di attivazione riguarda solo gli Ucraini (e non tutti) che fuggono dalla guerra, creando quindi una discriminazione palese con le altre persone che fuggono da conflitti altrettanto cruenti e sanguinosi e alle quali non sono state concesse le stesse agevolazioni²⁶. Inoltre, esaminando la decisione di esecuzione, emergono alcuni profili di diversità di trattamento fra gli stessi Ucraini in quanto si vengono a creare tre categorie di richiedenti protezione temporanea: coloro ai quali tale status sarà certamente concesso; coloro ai quali la concessione di tale *status* dipenderà dalla volontà dei singoli Stati membri, e, infine, coloro che saranno esclusi dall'applicazione della decisione²⁷.

Non è questa la sede per esaminare le peculiarità della direttiva 2001/55/CE: ci preme solo sottolineare che essa rappresenta uno strumento eccezionale e di emergenza che può essere attivato qualora uno Stato membro non possa garantire la valutazione individuale delle domande di protezione internazionale. È indubbio, quindi, che la situazione umanitaria determinatasi con l'attuale conflitto in Ucraina ricade perfettamente

²³ Una dichiarazione solenne di analogo contenuto è stata firmata con la Svezia.

²⁴ Direttiva 2001/55/CE del consiglio del 20 luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, in *GUUE* L212/2 del 7 agosto 2001, che era stata adottata all'indomani della guerra nella ex-Jugoslavia per fronteggiare ingenti flussi migratori che potevano compromettere la tenuta del sistema di asilo. Tuttavia la decisione di esecuzione non era mai stata adottata, né nel 2011 per fornire protezione temporanea ai siriani in fuga dalla guerra civile, né nel 2015 quando la richiesta di attivazione era stata ripetutamente richiesta dall'Italia per far fronte alla c.d. "crisi dei rifugiati".

²⁵ Decisione di esecuzione (UE) 2022/382 del Consiglio, del 4 marzo 2022 che accerta l'esistenza di un afflusso massiccio di sfollati dall'Ucraina ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2001/55/CE e che ha come effetto l'introduzione di una protezione temporanea, in *GUUE* L71/1 del 4 marzo 2022.

Sull'argomento cfr., fra gli altri, M. DI FILIPPO, M. A. ACOSTA SANCHEZ, *La protezione temporanea, da oggetto misterioso a realtà operativa: aspetti positivi, criticità, prospettive*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 926 ss.

²⁶ A questo proposito v. la *Déclaration de l'Union Africaine sur les mauvais traitements infligés aux Africains qui tentent de quitter l'Ukraine*, adottata dall'Unione africana il 28 febbraio 2022.

²⁷ Di una protezione "a strati" parla C. SCISSA, *La protezione temporanea per le persone in fuga dall'Ucraina in UE e in Italia: alcuni profili critici, in il diritto della guerra, le ragioni della pace...*, cit., p. 79.

nell'ambito di applicazione della direttiva e che l'adozione della decisione di attivazione, superando i veti che si erano manifestati in precedenza, assume un indubbio valore positivo nella politica europea in materia di immigrazione.

La definizione di "persone facenti parte di una famiglia" dell'art. 2 co. 4 lett. a, b, c seppure molto ampia, ai quali spetta la protezione temporanea, a parere di chi scrive, si presta a diverse interpretazioni per quanto riguarda la sua applicazione ai figli, e a qualsiasi altro membro della famiglia che non vivesse con il beneficiario di protezione temporanea e che non ne fosse parzialmente dipendente. Ancora, secondo l'art. 2 co. 3 della decisione di esecuzione, richiamando espressamente l'art. 7 della direttiva 2001/55/CE, «gli Stati membri possono applicare la presente decisione anche ad altre persone, compresi gli apolidi e i cittadini di paesi terzi diversi dall'Ucraina, che soggiornavano legalmente in Ucraina e che non possono ritornare in condizioni sicure e stabili nel proprio paese o regione di origine». In altri termini, sebbene le ragioni della fuga dall'Ucraina per queste persone siano identiche, la concessione della protezione temporanea, nel loro caso, è lasciata alla discrezionalità dei singoli Stati membri, che possono decidere autonomamente e legittimamente del loro destino.

Infine, vi è un terzo gruppo di persone che, seppure vittime del conflitto ed in fuga dall'Ucraina, saranno escluse dalla protezione temporanea. A questo gruppo appartengono i cittadini di uno Stato terzo o apolidi irregolarmente presenti in Ucraina e i richiedenti protezione internazionale in questo Paese.

Come già detto, l'adozione della decisione di esecuzione della direttiva sulla protezione temporanea, rappresenta un passaggio positivo della politica europea in materia di immigrazione, ma è necessario ricordare che, ai sensi del diritto internazionale, la protezione degli individui deve essere accordata senza alcuna discriminazione su base etnica, nazionale o di status giuridico.

La genericità delle disposizioni della decisione di esecuzione ha dato vita ad applicazioni diverse da parte dei singoli Stati membri dell'UE. Per quanto riguarda l'Italia, ad esempio, il 28 marzo 2022, il Governo italiano ha dato attuazione alla decisione 2022/382 per mezzo di D.P.C.M., non accogliendo la possibilità lasciata dal Consiglio agli Stati membri di estendere la protezione temporanea ad altre categorie di persone ai sensi dell'art. 7 della direttiva e, in generale, dando una interpretazione restrittiva delle norme in essa contenute.

A differenza dell'atteggiamento di discontinuità con il passato ma cauto dell'Unione europea rispetto al problema degli sfollati, l'aspetto che colpisce probabilmente di più nella reazione europea riguarda le armi.

Si attiva per la prima volta lo strumento europeo per la pace (EPF dal nome inglese *European Peace Facility*) che potrà fornire armi e assistenza tecnica al governo ucraino. Anche i singoli Stati compiono passi che possono definirsi storici. La Germania si allontana dalla sua dottrina di non inviare armi (anche se alcune eccezioni c'erano già state con Israele e Iraq) e si impegna a fornire 1000 armi anticarro e 500 missili Stinger. Il nuovo governo Scholz – e colpisce che sia un governo a guida socialdemocratica – ha anche detto che spenderà 100 miliardi in difesa e che raggiungerà l'obiettivo dei Paesi Nato di spendere il 2% del Pil per la difesa.

Anche la Svezia, per la prima volta dal 1939 si impegna a inviare 5000 missili anticarro e ha chiesto di entrare nella Nato, come la Finlandia. E appena fuori i confini

dell'UE, desta sorpresa anche la decisione della Svizzera, paese neutrale per antonomasia, che si impegna ad adottare sanzioni simili a quelle di UE e USA.

L'Italia si è presto allineata alle decisioni degli altri Paesi europei di inviare armi, rinnovando il suo impegno con l'adozione di vari atti legislativi.

La decisione del governo italiano solleva la questione se l'invio di armi letali a una delle parti di un conflitto armato sia compatibile con la Costituzione e, in particolare, con le sue disposizioni a vocazione internazionalistica. Non è questa la sede per affrontare l'argomento che merita una trattazione separata e che ha avuto un'ampia eco nella dottrina costituzionalista ed internazionalista, ed alla quale si rinvia per un approfondimento.

Dalle considerazioni espresse in precedenza, comunque, la conclusione che si ritiene di poter trarre è che, per la prima volta, l'Europa ha tentato di inserirsi nelle trattative per giungere ad una pacificazione superando divisioni e ostacoli interni, ma la sua azione non è stata sufficiente e sempre efficace. È auspicabile che l'esperienza della guerra in Ucraina, possa servire da monito per un cambiamento radicale e che si possa arrivare ad una politica estera e di sicurezza comune non più lasciata alla discrezionalità ed agli interessi dei singoli Stati.

4. Il ruolo della Corte internazionale di giustizia

Il diritto internazionale, come è noto, oltre gli strumenti diplomatici di soluzione delle controversie che si concludono positivamente solo se le Parti esprimono una volontà in tal senso, prevede anche la possibilità di rivolgersi ad organi giurisdizionali quali la Corte internazionale di giustizia (in seguito CIG) e la Corte penale internazionale (in seguito CPI).

Nelle pagine seguenti analizzeremo l'efficacia che l'intervento di questi Tribunali internazionali, potrebbe avere per una soluzione del conflitto in Ucraina.

Il 27 febbraio 2022, l'Ucraina ha presentato una istanza contro la Russia dinanzi alla CIG, ai sensi della Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948, della quale entrambi gli Stati sono parte. Annessa al ricorso, questo Stato ha presentato una istanza chiedendo alla Corte l'indicazione di misure provvisorie ai sensi dell'art. 41 del suo Statuto.

L'Ucraina in questa fase non ha accusato la Russia di genocidio, ma ha richiamato le dichiarazioni pubbliche rese dal Presidente Putin al momento dell'invasione ed il contenuto dei due "ordini esecutivi" sul riconoscimento delle "repubbliche popolari" di Donetsk e di Lugansk. Una delle principali giustificazioni invocate dal Presidente russo a sostegno della *special military operation* è quella di «protect people who, for eight years, have been facing humiliation and genocide perpetrated by the Kiev regime».

A tale proposito, l'Ucraina, nella sua istanza, richiama il principio della buona fede e quello dell'abuso di diritto, sostenendo «The duty to prevent and punish genocide enshrined in Article I of the Convention necessarily implies that this duty must be performed in good faith and not abused, and that one Contracting Party may not subject another Contracting Party to unlawful action, including armed attack, especially when it is based on a wholly unsubstantiated claim of preventing and punishing genocide». In tal senso questo Stato sottolinea che l'uso improprio del termine genocidio da parte della

Russia «erode the core obligation of Article I of the Convention, undermine its object and purpose, and diminish the solemn nature of the Contracting Parties' pledge to prevent and punish genocide».

L'Ucraina quindi ha chiesto di accertare, in punto di diritto e di fatto, due situazioni di fondamentale rilevanza giuridica: la prima che esclude il compimento da parte di questo Stato di atti di genocidio contro la popolazione del Donbass. La seconda, che l'uso unilaterale della forza per la repressione di atti di genocidio non è previsto tra i mezzi consentiti dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio, poiché gli Stati possono ricorrere agli organi competenti delle Nazioni Unite per intraprendere le azioni previste dalla Carta.

La risposta della Corte non si è fatta attendere e con una ordinanza del 16 marzo 2022 ha stabilito l'illegittimità, sotto il profilo del diritto internazionale, delle azioni belliche intraprese dalla Federazione Russa a partire dal 24 febbraio, in particolare con riferimento alla Convenzione del 1948 ed alla Carta delle Nazioni Unite. Nello specifico, pur rinviando la decisione di merito, la Corte ha ritenuto di pronunciarsi «allo stato degli atti» e di disporre come misura provvisoria l'ordine per la Federazione Russa di sospensione immediata delle operazioni militari. Ha anche (all'unanimità) indicato a entrambe le Parti di astenersi dal porre in essere azioni che possano aggravare o estendere la controversia, o renderne più difficile la risoluzione. L'indicazione di tale misura anche nei confronti dell'Ucraina è stata criticata dal giudice *ad hoc* nominato da quest'ultima, che pure ha votato a favore per garantirne l'applicazione rispetto alla Russia, sottolineando come sia soltanto la Russia ad aver dato origine alla controversia, e ad avere il potere di aggravarla.

La Corte, dopo aver riconosciuto *prima facie*, la sua giurisdizione e quindi respingendo «the Russian Federation's request that the case be removed from the General List for manifest lack of jurisdiction», compie un percorso giuridico ricco di importanti osservazioni e suggestioni.

Innanzitutto, da una interpretazione delle disposizioni della Convenzione del 1948, ed anche alla luce della sua precedente prassi, «At the present stage of the proceedings, it suffices to observe that the Court is not in possession of evidence substantiating the allegation of the Russian Federation that genocide has been committed on Ukrainian territory. Moreover, it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party's unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide. Under these circumstances, the Court considers that Ukraine has a plausible right not to be subjected to military operations by the Russian Federation for the purpose of preventing and punishing an alleged genocide in the territory of Ukraine». Conseguentemente la Corte, riconoscendo un nesso tra le violazioni russe e le richieste ucraine ha disposto come misure provvisorie che la Federazione Russa sospenda immediatamente le operazioni militari; provveda affinché tutte le unità armate militari o irregolari che possono essere dirette o sostenute da essa, nonché tutte le persone e le organizzazioni che possono essere soggette al suo controllo o direzione non prendano alcun provvedimento per proseguire le operazioni militari. Importante è il riferimento della Corte alla risoluzione adottata il 1° marzo 2022 dall'Assemblea generale, nella quale la condotta russa è stata definita come atto di aggressione e si esprimono forti preoccupazioni per la situazione di vulnerabilità in cui si trova la popolazione russa.

In altri termini se l'esistenza di una controversia tra i due Stati è innegabile, più problematico è il suo inquadramento nell'ambito della Convenzione del 1948, ed in tal senso la Corte ha scelto di pronunciarsi sulla questione in un secondo momento.

Senza poter entrare nel merito delle singole osservazioni effettuate dalla Corte, che sono state oggetto anche di profonde critiche, non si può sottacere il contesto politico in cui la Corte ha dovuto operare e l'attenzione mediatica della Comunità internazionale sulla sua decisione. A nostro parere la Corte, in questo caso, ha operato nell'ambito della propria funzione di organo giurisdizionale delle Nazioni Unite. Con l'ordinanza in esame, prendendo le distanze dall'ovvia inattività del Consiglio di sicurezza, ha (ri)affermato il ruolo di garante principale per la tutela e la valorizzazione dei principi fondamentali della Carta di San Francisco.

Nel momento in cui si scrive, di fronte al dichiarato inadempimento da parte della Russia delle misure provvisorie deliberate dalla Corte, l'unico auspicio possibile, è che gli Stati acquistino la consapevolezza necessaria per far sì che ordinanze come questa in esame, non restino una mera affermazione di principio.

5. *La giustizia internazionale penale contro la guerra in Ucraina*

Di fronte al perpetuarsi delle operazioni belliche in Ucraina ha senso interrogarsi sul ruolo della giustizia internazionale penale? È evidente che l'ordine internazionale, inteso storicamente come il sistema delle relazioni statali fondato su regole, istituzioni e diritti, vive da tempo una fase di profonda crisi ed il diritto internazionale ha dimostrato i suoi limiti di fronte alle situazioni di conflitto che si sono manifestate nella Comunità internazionale. Tuttavia ribadiamo che il diritto internazionale non è morto, anzi resta, anche attraverso le soluzioni di diritto internazionale penale di cui si dirà tra breve, l'unica via percorribile. Certo si è ben consapevoli che il percorso della giustizia internazionale penale è un *working in progress*, ma richiamando lo scritto di Kelsen, *Peace through Law*, con il quale abbiamo iniziato questo lavoro, non è superfluo ricordare che per questo Autore uno dei mezzi più efficaci per garantire la pace internazionale è l'approvazione di regole che stabiliscano la responsabilità individuale di chi, come membro di governo o comunque agente dello Stato, sia ricorso all'uso della forza in violazione del diritto internazionale. La Corte (o Tribunale), quindi, di cui l'Autore auspica la costituzione, dovrà oltre che applicare sanzioni collettive ai cittadini di uno Stato in base ad una loro responsabilità oggettiva, sottoporre a processo e punire singoli cittadini personalmente responsabili dei crimini di guerra.

Non è forse questo il ruolo della Corte penale internazionale?

Riguardo il conflitto in Ucraina il 28 febbraio 2022 il procuratore Karim Khan, ha annunciato la decisione di avviare le indagini sui gravi crimini di guerra e contro l'umanità commessi in questo Stato. In un primo momento il procedimento è stato avviato su segnalazione della Lituania (*referral* come definito dallo Statuto della CPI), alla quale si è aggiunto, qualche giorno dopo, la presentazione di un *referral* congiunto di altri 39 Stati, compresa l'Italia e tutti gli altri Paesi dell'Unione europea. La richiesta avanzata da un numero rilevante di Stati è particolarmente importante perché ha permesso al Procuratore

di evitare il passaggio del c.d. *Pre trial chamber*, cioè l'autorizzazione della Camera Preliminare.

Nella situazione che stiamo esaminando, bisogna tener conto di un altro aspetto. Infatti né la Russia, né l'Ucraina hanno ratificato lo statuto della Corte. Dopo gli eventi violenti di Maidan del novembre 2013 che avevano portato a una repressione sanguinosa delle manifestazioni di piazza, l'Ucraina ha inviato, il 9 aprile 2014, ai sensi dell'art. 12 co. 3 dello Statuto, una dichiarazione di accettazione *ad hoc* della giurisdizione della CPI per gli atti commessi sul suo territorio dal 21 novembre 2013 al 22 febbraio 2014. In seguito all'occupazione e annessione unilaterale della Crimea, l'Ucraina, con una ulteriore dichiarazione *ad hoc* dell'8 settembre 2015, ha deciso di estendere l'accettazione della giurisdizione della CPI su tutti i crimini commessi sul suo territorio per un tempo indeterminato.

In virtù dell'art. 12 dello Statuto di Roma, la competenza sui presunti responsabili (solo persone fisiche) dei crimini rientranti nella giurisdizione della Corte si esercita sulla base sia del criterio temporale (accettazione della competenza della Corte da parte dello Stato sul cui territorio il presunto crimine sarebbe stato commesso) sia del criterio nazionale (accettazione della competenza della Corte da parte dello Stato di nazionalità del presunto autore). I due criteri sono alternativi. Poiché nel caso in esame la Corte esercita la sua competenza sulla base delle due dichiarazioni *ad hoc* ucraine citate in precedenza, essa viene esercitata a prescindere dalla nazionalità del presunto autore.

A seguito degli emendamenti allo statuto della CPI, adottati a Kampala l'11 giugno 2010, sul crimine di aggressione, la competenza della Corte per tale crimine resta esclusa dal criterio territoriale: perché la Corte possa intervenire è necessaria l'accettazione tanto dello Stato territoriale, quanto dello Stato sospettato di aver commesso tale crimine.

Pur con queste limitazioni riguardanti il crimine di aggressione, potrebbero essere chiamati a rispondere degli altri crimini sui quali si esercita la competenza della Corte, oltre gli esecutori materiali ed i superiori gerarchici civili e militari, le più alte autorità politiche del Paese.

È proprio in applicazione dei poteri che lo Statuto le attribuisce che, il 17 marzo 2023 la Camera preliminare II della CPI ha spiccato due mandati di arresto nei confronti del Presidente della Federazione Russa Vladimir Putin e di Maria Alekseevna P'vova-Belova, commissaria presidenziale per i diritti dei bambini in Russia. Gli illeciti contestati sono il crimine di guerra di deportazione illegale di popolazione e di trasferimento illegale delle persone dalle aree occupate dell'Ucraina alla Federazione Russa e sarebbero stati commessi nel territorio ucraino occupato almeno a partire dal 24 febbraio 2022.

La Russia ha reagito immediatamente, affermando di non essere vincolata dal Trattato di Roma istitutivo della CPI. Questa affermazione è assolutamente priva di fondamento: come già detto, la CPI è competente qualora uno Stato non parte (in questo caso l'Ucraina) abbia dichiarato di accettare la giurisdizione per i crimini che sono stati commessi sul suo territorio. Putin non può essere processato in contumacia, ma dovrà essere consegnato alla Corte, qualora entri in uno Stato che abbia ratificato lo Statuto.

Certo non ci nascondiamo le difficoltà e le limitazioni che la giustizia penale internazionale incontra.

La necessaria presenza dell'imputato è certamente un grave ostacolo da superare, ma la portata anche solo potenziale dell'emissione di un mandato di arresto potrebbe avere un rilevante effetto deterrente in quanto impedirebbe, fra l'altro, ogni spostamento di queste

persone in uno dei 123 Stati parti del Trattato, che sarebbero obbligati a consegnarle alla Corte.

Non è certo possibile nascondersi le difficoltà ed i limiti che l'esercizio della giurisdizione internazionale penale incontra, ma il diritto internazionale non tace: spetta agli Stati che lo formano far sì che i suoi principi non restino sulla carta e che a prevalere non siano i particolarismi statali.

6. Un Tribunale ad hoc per giudicare il crimine di aggressione commesso nei confronti dell'Ucraina

Di fronte all'impossibilità della CPI di perseguire il crimine di aggressione, il 4 marzo è stata avanzata una proposta da parte del ministro britannico Gordon Brown e sottoscritta da eminenti giuristi di vari Paesi, di creare un tribunale *ad hoc* per giudicare il crimine di aggressione commesso da Putin e dai componenti delle istituzioni russe che hanno avallato "l'operazione militare speciale". Secondo i promotori di questa iniziativa, la costituzione di un tale tribunale potrebbe ottenere anche l'appoggio degli USA, che non hanno ratificato lo statuto della CPI.

Anche il Parlamento europeo si è dichiarato favorevole a tale iniziativa, approvando il 19 maggio 2022 una risoluzione in cui «invita le istituzioni dell'UE, in particolare la Commissione, a sostenere la creazione immediata di una base giuridica adeguata, con il sostegno dei forum multilaterali istituiti, quali le Nazioni Unite e il Consiglio d'Europa, che consenta la creazione di un tribunale speciale internazionale per il perseguimento del crimine di aggressione commesso contro l'Ucraina dai leader politici e dai comandanti militari della Russia e dei suoi alleati; e chiede alle istituzioni dell'UE, in particolare alla Commissione, di fornire il prima possibile tutte le risorse umane e di bilancio e il sostegno amministrativo, investigativo e logistico necessari ai fini dell'istituzione del tribunale».

Il progetto di costituzione di un Tribunale *ad hoc* per i crimini in Ucraina ha trovato l'approvazione del presidente Zelensky. Nelle dichiarazioni rese alla Conferenza sulla responsabilità per l'Ucraina promossa dalla Corte penale internazionale il 14 luglio 2022, prendendo le mosse dall'ultimo attacco missilistico russo compiuto nella città di Vinnytsia e richiamando i massacri di Mariupol e Bucha il presidente ucraino ha dichiarato: «Le istituzioni giudiziarie esistenti per motivi giurisdizionali non possono assicurare alla giustizia tutti i colpevoli del crimine originario dell'aggressione. Ecco perché abbiamo bisogno di un Tribunale speciale per questo crimine, l'aggressione russa contro l'Ucraina. Un Tribunale che garantisca la punizione equa e giusta di coloro che hanno iniziato questa storia di disastri e tragedie, che è diventata la più grande guerra in Europa dalla seconda guerra mondiale. I nostri sforzi saranno sufficienti per documentare i crimini degli occupanti russi, raccogliere tutte le prove in modo che siano assolutamente ammissibili nei tribunali, e individuare per ciascuno i colpevoli. Tuttavia, le persone le cui decisioni hanno portato a questa serie di crimini non devono nascondersi dietro la cosiddetta "immunità dei funzionari". Il principio dell'inevitabilità della punizione deve valere anche per queste persone. E questo può essere garantito solo da un Tribunale speciale per l'aggressione contro l'Ucraina».

La proposta di creazione di un Tribunale *ad hoc* per l'Ucraina suscita alcune perplessità. Innanzitutto non è facile individuare il meccanismo giuridico di creazione.

Non è possibile immaginare un intervento del Consiglio di sicurezza, come avvenuto sia per i primi Tribunali speciali per la *ex* Jugoslavia e per il Ruanda, sia per i tribunali misti o internazionalizzati, a causa dell'ovvio veto russo; né è possibile immaginare che nell'attuale situazione geopolitica un tribunale di questo tipo possa essere istituito su base convenzionale; infine estremamente velleitaria sembra l'ipotesi di una risoluzione in tal senso dell'Assemblea generale, ancorché sprovvista di competenze al riguardo, sul modello della sempre più richiamata risoluzione *Uniting for peace*.

La difficoltà di una risoluzione dell'Assemblea generale si collega, a nostro parere, ad altre perplessità sia politiche che giuridiche che la proposta pone. Innanzitutto la necessità di regolamentare i rapporti con la Corte penale internazionale. Infatti, *prima facie*, un tribunale *ad hoc* avrebbe l'aspetto negativo di delegittimare la CPI, proprio nel momento in cui il Procuratore ha assunto le prime tempestive iniziative. Inoltre è difficile immaginare come i due tribunali potrebbero operare senza sovrapporre le proprie competenze. Infatti è presumibile che le stesse persone siano ricercate sia dalla Corte penale come responsabili per i crimini di guerra e contro l'umanità di sua competenza, che dal tribunale *ad hoc* come responsabili del crimine di aggressione. Alcuni Autori propongono una ripartizione di competenze *rationae personae*. Il costituendo tribunale si occuperebbe dei soggetti in posizione apicale, essendo l'aggressione per definizione un crimine che può essere commesso solo da individui a livello di comando, lasciando alla "vecchia" Corte i processi contro i soggetti di rango inferiore. Ma se il processo anche davanti all'istituendo Tribunale, può essere celebrato solo alla presenza dei presunti responsabili, alcuni degli ostacoli che incontra oggi la Corte non verrebbero a cadere, rendendo superflua la creazione di nuovi organi.

Forse la soluzione, certo più di lungo periodo, ma proprio traendo insegnamento dagli avvenimenti in Ucraina, potrebbe essere trovata nel quadro dell'Assemblea degli Stati parti dello statuto della Corte che, dimostrando una reale volontà di rendere effettiva la giustizia internazionale penale, con lo spirito di collaborazione che si era manifestato al momento della istituzione della Corte, potrebbero eliminare le limitazioni che oggi questo organo incontra nel perseguire il crimine di aggressione.

7. *Brevi considerazioni conclusive*

Nell'esaminare gli strumenti che sono stati attuati per fermare il conflitto o che potrebbero essere attuati, nelle pagine precedenti non si è dato conto delle sanzioni che, a livello interno ed internazionale, sono state attuate per isolare politicamente ed economicamente la Russia e quindi indurla a negoziare un accordo di pace. Si è infatti preferito esaminare gli strumenti che il diritto internazionale, mette a disposizione degli Stati perché compongano le loro controversie, per parafrasare ancora una volta Kelsen, *through law*. Il diritto internazionale, come si cercato di dimostrare, non solo consente molteplici possibilità agli Stati, ma soprattutto è in continua evoluzione e la sua capacità di regolazione di nuove fattispecie e di creazione di nuove norme è del tutto evidente. Ciò che in passato è stato definito il domino riservato degli Stati è stato sempre più ridimensionato e il ruolo fondamentale degli individui e della protezione dei loro diritti si è affermato in modo incontestabile. La creazione di giurisdizioni internazionali a livello

universale e regionale, pur con tutti i limiti che esse presentano, ne è la dimostrazione principale.

La lezione dell'aggressione dell'Ucraina, quindi non deve essere dimenticata, ma deve servire da monito e da stimolo per migliorare gli strumenti esistenti o prevederne di nuovi, come è stato dopo la II guerra mondiale, o dopo la guerra nella *ex* Jugoslavia.

Perché nonostante i suoi limiti, il diritto internazionale non taccia, perché *silent enim leges inter arma*, come sosteneva Cicerone, le palesi violazioni delle norme devono servire da monito affinché non si disperda la memoria di quanto è avvenuto e per acquisire maggiore forza e consapevolezza per superare i limiti oggi presenti.