

COME AFFRONTARE L'AGGRESSIONE RUSSA DELL'UCRAINA CON GLI STRUMENTI DEL DIRITTO (PENALE) INTERNAZIONALE

di Chantal Meloni

SOMMARIO: 1. Un momento spartiacque. – 2. La miriade di azioni a livello internazionale (e la miriade di commenti). – 3. Le indagini in corso (*melius*, in corsa) della Corte penale internazionale. – 3.1. Le basi giurisdizionali dell'intervento della Corte. – 3.2. Ostacoli e prospettive. – 4. E il crimine di aggressione? – 5. Dubbi e (alcune, possibili) conclusioni.

1. Un momento spartiacque.

Sono passate poco più di tre settimane da quando il Presidente della Federazione Russa, Vladimir Putin, ha lanciato la sua offensiva armata contro l'Ucraina.

Tre settimane in cui il mondo è cambiato probabilmente più che in decenni. La guerra in Ucraina si è già affermata come uno momento spartiacque nella storia recente, simile a quello che per la mia generazione è stato l'11 settembre 2001. C'è un prima e c'è un dopo.

L'ordine mondiale ne uscirà inevitabilmente mutato. Se in meglio o in peggio è ancora da vedere, e ovviamente moltissimo è ancora in gioco nello scacchiere geopolitico mondiale. Meglio non azzardarsi, dunque, a fare previsioni e piuttosto dotarsi di senso critico e concentrarsi sull'osservazione e analisi di quanto sta avvenendo, passo dopo passo, a livello interno e internazionale in reazione a tale conflitto.

A fronte della paralisi del Consiglio di Sicurezza dell'Onu, e quindi del mancato funzionamento dei meccanismi di sicurezza collettiva, gli Stati e l'Unione Europea hanno reagito all'invasione con misure di vario tipo, tra cui in primo luogo, diverse forme di assistenza alla popolazione all'Ucraina, attivazione di piani immediati e senza precedenti per l'accoglienza dei profughi, ma anche invio di armi, finanziamento e altre forme di assistenza alle forze armate ucraine e ovviamente imposizione di sanzioni, sia settoriali sia individuali, contro la Russia e i suoi oligarchi¹.

In questo quadro estremamente complesso, assistiamo confusi a dei "negoziati di pace" mentre al contempo non cessa ed anzi si intensifica il ricorso alla forza militare, anche la più brutale, quella contro inermi civili, dove il numero dei morti cresce quotidianamente (si parla di oltre 10.000 morti, tra cui moltissimi sarebbero i soldati

¹ Per una efficace e concisa ricognizione di tutti questi aspetti si veda M. PEDRAZZI, [L'aggressione russa all'Ucraina, l'Europa e la comunità internazionale](#), in *EuroJus*, 14 marzo 2022.

russi – sui 7.000 –, tra i 2.000 e 4.000 soldati ucraini e un numero imprecisato di civili ucraini che oscilla tra i 2.500 e i 780 stimati dall’Onu)².

In parallelo, ciò che forse paradossalmente sta altresì emergendo è un ruolo preponderante del diritto internazionale, che mai come ora è invocato e presente sullo scenario globale.

Abbiamo già avuto modo di riflettere sul senso della giustizia penale internazionale e sulla sua importanza come uno degli strumenti a cui si sta ricorrendo, certamente non il solo, nel tentativo forsennato di composizione di tale conflitto³.

A una settimana di distanza vale la pena tornare sul tema perché gli sviluppi sono tali che occorre darne conto.

2. La miriade di azioni a livello internazionale (e la miriade di commenti).

Stiamo in queste settimane assistendo ad un incredibile numero di azioni a livello internazionale, una cascata senza precedenti, per numero e per tempistica. Sarà perché come dice Oona Hathaway “l’invasione russa dell’Ucraina è la più sfacciata guerra illegale condotta da uno stato sovrano contro un altro stato dalla Seconda guerra mondiale” (“*The Russian invasion of Ukraine is the most brazen illegal war waged by one sovereign state against another since World War II*”)⁴.

In ogni caso gli sviluppi sono talmente veloci che bisogna letteralmente correre per starvi dietro. Solo in questa settimana, tra le altre cose: la Corte internazionale di giustizia (ICJ) ha pronunciato il suo ordine nella controversia Ucraina c. Russia, ordinando alla Russia di sospendere immediatamente “le operazioni militari cominciate il 24 febbraio 2022 sul territorio dell’Ucraina”⁵; la Russia ha abbandonato il Consiglio d’Europa (o ne è stata espulsa, a seconda delle interpretazioni)⁶, il che comporta ovviamente che è uscita dal sistema di tutela approntato dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (ECHR)⁷; il Procuratore della Corte penale internazionale (ICC) si è recato in Ucraina, ove ha incontrato di persona la Procuratrice generale (e virtualmente anche il Presidente, Volodymyr Zelenski), e in Polonia, per avviare una stretta cooperazione

² D. SABBAGH, [Is an outright Russian military victory in Ukraine possible?](#), in *The Guardian*, 17 marzo, 2022.

³ C. MELONI, [Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina](#), in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2022.

⁴ O. HATHAWAY, [International Law goes to War in Ukraine](#), in *Foreign Affairs*, 15 marzo 2022.

⁵ M. MILANOVIC, [ICJ Indicates Provisional Measures Against Russia, in a Near Total Win for Ukraine; Russia Expelled from the Council of Europe](#), in *EJIL:Talk!*, 16 marzo 2022. La controversia è stata originata dall’urgente richiesta dell’Ucraina, presentata in data 26 febbraio 2022, che ha avviato la disputa contro la Russia per avere manipolato e falsamente utilizzato accuse di genocidio per giustificare la sua “*special military operation*” in Ucraina. Si veda la documentazione del caso davanti alla ICJ: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf>.

⁶ A. BUYSE, [Formal End of Russia’s Council of Europe Membership](#), in *ECHRBlog*, 16 marzo 2022.

⁷ Si veda la [dichiarazione congiunta](#) del Ministro degli Esteri italiano (attuale presidente del Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa), del Presidente dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa e del Segretario Generale del Consiglio d’Europa.

sulle indagini in corso⁸; l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa (OSCE) ha nominata una commissione di 3 membri, cui il Prof. Marco Sassoli, per indagare le violazioni del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani in Ucraina⁹; si susseguono le proposte per l'istituzione di un tribunale *ad hoc* con giurisdizione per il crimine di aggressione, secondo vari modelli alternativi¹⁰.

La velocità degli eventi è peraltro rispecchiata nella quantità di commenti, analisi, articoli che stanno uscendo ogni giorno sull'argomento. La proliferazione a livello mondiale di riviste di diritto *online*, di facile e gratuita consultazione, fa sì che mai come ora chi si occupa di questa materia si trovi davanti ad uno sterminato numero di contributi da leggere. A volte si tratta di riflessioni più accurate; a volte di semplici botta e risposta su un punto specifico. In questa giungla, vi è addirittura chi ha compilato un utilissimo sito *web*, a mo' di database aggiornato quotidianamente, che riunisce tutti i più interessanti commenti scritti da giuristi sulla guerra in Ucraina divisi per temi (Rilevanza del diritto internazionale; Uso della forza e sicurezza collettiva; Diritto internazionale umanitario; Diritto penale internazionale; Corte penale internazionale; Crimine di aggressione; Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, etc. etc.)¹¹.

Anche questa vitalità dei giuristi è senza precedenti. Non si può che esserne positivamente impressionati, finalmente il diritto (penale) internazionale appare qualcosa di rilevante! Ma, allo stesso tempo, all'interno di questa (tutto sommato) piccola comunità internazionale si respira una sorta ebbrezza; ci stiamo ubriacando delle nostre stesse parole? Quanto al mio contributo in questa ricca polifonia, mi concentrerò in particolare sui principali sviluppi rispetto al diritto penale internazionale, schizzando le varie opzioni che si stanno delineando.

3. Le indagini in corso (*melius*, in corsa) della Corte penale internazionale.

Sono diversi gli avvenimenti degni di nota di questi ultimi giorni rispetto alle indagini aperte dalla Corte penale internazionale in Ucraina.

Anzitutto, il 16 marzo scorso il Procuratore capo della Corte, l'inglese Karim Khan si è recato personalmente in Ucraina e in Polonia per prendere contatto con i vertici giudiziari, tra cui la Procuratrice generale ucraina, Iryna Venediktova, e il Ministro della Giustizia polacco, Zbigniew Ziobro, per avviare una stretta cooperazione sulle indagini. Chiaramente la sfida immediata è quella di documentare e assicurare le prove dei

⁸ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220316-prosecutor-statement-visit-ukraine-poland>.

⁹ <https://www.geneva-academy.ch/news/detail/519-professor-marco-sassoli-will-participate-in-an-osce-mission-to-enquire-into-violations-of-ihl-and-ihrl-in-ukraine>.

¹⁰ T. TANNENBAUM, *Mechanisms for criminal prosecution of Russia's aggression against Ukraine*, in *Just Security*, 10 marzo 2022; R. GOODMAN e R. HAMILTON, *Model Indictment for crime of aggression against Ukraine: Prosecutor v. President Vladimir Putin*, in *Just Security*, 14 marzo 2022; C. MCDUGAL, *Why Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine is the Best Available Option: A Reply to Kevin Jon Heller and Other Critics*, in *Opinio Juris*, 15 marzo 2022; K.J. HELLER, *The best option: an Extraordinary Ukrainian Chamber for aggression*, in *Opinio Juris*, 16 marzo 2022.

¹¹ N. QUENIVET (a cura di), *Opinions of (Legal) Scholars on the Conflict in Ukraine*.

crimini in corso. Il Procuratore ha in quella occasione rimarcato l'importanza di mantenere il contatto con tutti gli attori per potere condurre indagini indipendenti ed efficaci, affermando di avere trasmesso una richiesta formale alla Federazione Russa per incontrare le autorità competenti russe al fine di "discutere l'attuale situazione per quanto concerne il mandato dell'Ufficio [del Procuratore]"¹².

Inoltre, altri due Stati-parte, tra cui il Giappone, si sono aggiunti al *referral* presentato alla ICC in relazione alla situazione ucraina, portando il numero di Stati che hanno preso tale iniziativa a 41.

3.1. Le basi giurisdizionali dell'intervento della Corte.

È utile ripercorrere i passi fondamentali che hanno portato all'apertura delle indagini sui crimini commessi nel contesto della situazione in Ucraina. Va infatti ricordato che la presunta commissione di crimini internazionali in Ucraina è stata oggetto di analisi da parte della Procura della Corte già dall'aprile 2014, a seguito dei ben noti fatti del novembre 2013 originati dalle proteste di Maidan. Pur non essendo tuttora l'Ucraina uno Stato parte della Corte, non avendone (ancora) ratificato il trattato istitutivo – lo Statuto di Roma del 1998 –, a seguito dei gravi eventi del 2013 l'allora Governo ucraino aveva presentato una dichiarazione ai sensi dall'art. 12(3) dello Statuto della Corte, accettandone la giurisdizione *ad hoc*¹³. Tale meccanismo è previsto e già stato utilizzato da altri Stati in passato per dare giurisdizione alla Corte su fatti specifici, e spesso prelude ad una ratifica vera e propria dello Statuto¹⁴. Nel 2015, l'Ucraina aveva presentato una seconda dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte con effetto retroattivo, di fatto rinnovando e rafforzando il proprio invito alla Procura ad aprire le indagini sui gravi crimini commessi sul proprio territorio, a far data dal 2013¹⁵.

Già alla fine del 2020, all'esito di (ben) quasi sette anni di analisi preliminare, l'allora Procuratrice della Corte, Fatou Bensouda, aveva concluso che tutti i criteri previsti dallo Statuto di Roma per l'apertura di una indagine erano integrati¹⁶. L'indagine includeva oltre ai presunti crimini contro l'umanità legati alle proteste di Maidan, anche l'occupazione russa della Crimea. Tuttavia, a tale indagine non era stata assegnata priorità, rispetto ad altre situazioni ritenute in quel momento più urgenti, e non era dunque stata effettivamente avviata.

Com'è evidente tutto è cambiato in un lampo: il 28 febbraio 2022 il nuovo Procuratore della Corte penale internazionale, Karim Khan, a pochi giorni dall'invasione russa ha prontamente annunciato la decisione di avviare le indagini sui gravi crimini di

¹² <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=20220316-prosecutor-statement-visit-ukraine-poland>.

¹³ Si veda la [lettera di accettazione](#), ai sensi dell'art. 12(3) dello Statuto, del 6 aprile 2014.

¹⁴ Sui motivi per cui l'Ucraina non ha ancora provveduto alla ratifica dello Statuto di Roma, si veda A. WANIGASURIYA, [After all this time why has Ukraine not ratified the Rome Statute of the International Criminal Court?](#), in *Justice in Conflict*, 14 marzo 2022.

¹⁵ Si veda la [lettera di accettazione](#) sempre ai sensi dell'art. 12(3) dello Statuto, del 8 settembre 2015.

¹⁶ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-otp-statement-ukraine>.

guerra e crimini contro l'umanità commessi in Ucraina. Ha sollecitato al contempo gli Stati-parte ad attivarsi per velocizzare l'iter processuale: in presenza di una richiesta (tecnicamente un *referral* ai sensi dell'art. 13 Statuto Cpi) di uno Stato (o del Consiglio di Sicurezza dell'Onu, opzione chiaramente esclusa nel caso in questione), in base a quanto previsto all'art. 14 dello Statuto, il Procuratore può infatti avviare le indagini immediatamente, senza dovere attendere un'autorizzazione in tal senso da parte della Camera preliminare (la quale autorizzazione, analizzando la prassi della Corte, impiega circa 4 mesi ad arrivare).

Due giorni dopo, il 2 marzo, lo stesso Procuratore ha confermato che 39 Stati membri della Corte avevano presentato un *referral* congiunto sulla situazione Ucraina, chiedendo alla Corte dell'Aia di indagare i crimini internazionali commessi nell'ambito del conflitto. All'iniziale *referral* della Lituania¹⁷ si è infatti presto aggiunta la comunicazione inviata formalmente dalla Gran Bretagna a nome di 38 Stati, inclusa l'Italia e tutti gli altri paesi dell'Unione Europea, insieme a Australia, Canada, Colombia, Costa Rica, Georgia, Islanda, Lichtenstein, Nuova Zelanda, Norvegia, Svizzera, Regno Unito e Irlanda¹⁸.

Nella breve lettera di *referral* gli Stati firmatari affermano di avere "deciso di riferire la Situazione in Ucraina al Procuratore della Corte penale internazionale al fine di richiedere al Procuratore di indagare ogni atto integrante crimini di guerra, crimini contro l'umanità e genocidio, potenzialmente commessi sul territorio dell'Ucraina dal 21 novembre 2013 in avanti, incluse le attuali denunce di commissione di crimini in corso su tutto il territorio ucraino, con ciò chiedendo alla Corte di esercitare la sua giurisdizione rispetto all'ambito di accettazione [di giurisdizione della Corte] da parte dell'Ucraina"¹⁹. Come si accennava, a questi si sono poi aggiunti ulteriori due Stati, il Giappone il 9 marzo²⁰ e la Macedonia, portando così il numero totale a 41.

3.2 Ostacoli e prospettive.

Il Procuratore non nasconde la "miriade di ostacoli" che l'indagine in Ucraina rappresenta, ma si mostra determinato a procedere²¹.

Come è stato notato da più parti, la Corte non ha mai risposto così velocemente di fronte allo scoppiare di un conflitto armato. In realtà un precedente può essere trovato nel 2011, quando il Procuratore di allora, Luis Moreno Ocampo, avviò le indagini sui presunti crimini commessi in Libia a poche settimane dallo scoppio delle rivolte contro il regime di Gheddafi, violentemente represses dal regime stesso. Ricordo che anche in quella occasione un sentimento diffuso, quasi di eccitazione, si levò nella comunità degli

¹⁷ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/ukraine/1041.pdf>.

¹⁸ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/ukraine/Article-14-letter.pdf>.

¹⁹ <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/ukraine/State-Party-Referral.pdf>.

²⁰ https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/ukraine/JAPAN_referral.pdf.

²¹ <https://www.reuters.com/world/icc-faces-miriad-challenges-prosecute-war-crimes-ukraine-2022-03-04/>.

studiosi e osservatori della Corte dell’Aia (me compresa, ammetto²²) una speranza, probabilmente ingenua, che l’emissione tempestiva di quei tre mandati di arresto nei confronti di Gheddafi stesso e due membri stretti del suo *entourage* (compreso suo figlio Saif), potesse rappresentare un freno al conflitto che stava chiaramente degenerando in una guerra civile. In quel caso, pur non essendo la Libia uno Stato parte della Corte, vi era alle spalle un intervento del Consiglio di Sicurezza dell’Onu, che aveva immediatamente riferito la situazione all’ICC conferendole giurisdizione²³. E tuttavia l’*impasse* della Corte in quella situazione fu subito evidente e gli entusiasmi vennero presto smorzati²⁴. Sappiamo bene come purtroppo è andata a finire, senza che nessun mandato di arresto sia stato eseguito²⁵, e a oltre undici anni dall’inizio di quel conflitto e dall’apertura delle indagini la Libia continua ad essere precipitata in inferno che sembra senza fondo.

La differenza fondamentale tra la situazione “Libia” e quella “Ucraina”, tra un fallimento e un possibile successo dell’intervento dell’ICC, può oggi dipendere anche dal ruolo che giocheranno gli Stati, in particolare quelli che hanno presentato il *referral* alla Corte, se saranno in grado di rispondere alle richieste della Corte adeguatamente (a differenza del Consiglio di Sicurezza dell’Onu in Libia, che nei fatti ha mancato di fornire il necessario supporto alla Corte).

In occasione della sua visita in Ucraina e Polonia dell’altro giorno, il Procuratore ha ricordato l’importanza di mantenere il supporto collettivo all’operato della Corte, ivi incluso dotare la Corte delle risorse finanziarie necessarie ed adeguate per potere condurre indagini del genere. In questo senso è da emulare l’esempio della Lituania che, dopo essere stata il primo paese a presentare il *referral* alla Corte, è anche stato il primo ad annunciare di avere stanziato un consistente *budget* extra per permettere le indagini.

Il *budget* assolutamente inadeguato della Corte è uno dei nodi che sono venuti al pettine in questi anni. In questo senso è una notizia non da poco che 41 paesi, tra cui tutti quelli europei assieme ad altri importanti paesi, tra cui l’Australia, il Canada, il Giappone e il Regno Unito, siano compatti nel confermare fiducia nell’operato della Corte penale internazionale e determinati a ricorrere alla giustizia penale internazionale nel vivo del conflitto.

La cosa interessante è che persino gli Stati Uniti, che, come è noto, non sono parte dello Statuto di Roma e si sono in questi anni strenuamente opposti alla estensione della giurisdizione della ICC su cittadini di Stati non-parte (nella situazione che riguarda loro in Afghanistan, ma anche, ad esempio, in Israele/Palestina), hanno in questi giorni più volte dichiarato il loro supporto bipartisan alla Corte rispetto alle indagini in Ucraina²⁶. È chiaro che sarà difficile per il Governo USA riconciliare tale netta presa di posizione con le loro azioni passate, tra cui alcune di incredibile gravità, come l’aver imposto

²² C. MELONI, [Il Procuratore della Corte penale internazionale annuncia l’apertura formale delle indagini in Libia](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2011.

²³ C. MELONI, [L’ONU porta Gheddafi davanti alla Corte penale internazionale](#), in *Dir. pen. cont.*, 28 febbraio 2011.

²⁴ C. MELONI, [L’impasse della Corte penale internazionale sulla Libia](#), in *Dir. pen. cont.*, 1 giugno 2012.

²⁵ Si veda la pagina sul sito della Corte: <https://www.icc-cpi.int/libya>.

²⁶ C. LYNCH, [America’s ICC Animus Gets Tested by Putin’s Alleged War Crimes](#), in *Foreign Policy*, 15 marzo 2022.

sanzioni (nell'era Trump) contro la Procuratrice della Corte per avere osato aprire le indagini in Afghanistan che riguardavano anche presunti gravi crimini commessi dalle forze armate statunitensi e dalla Cia²⁷. L'ordine, per la cronaca, è stato revocato dal nuovo Presidente Biden solo in data 1 aprile 2021, a mezzo di un nuovo ordine che dichiara la "*termination of emergency*", ossia la fine dell'emergenza rispetto alla ICC²⁸. Sempre per la cronaca, il 27 settembre 2021, una delle prime decisioni del nuovo Procuratore della Corte a seguito del suo insediamento è stata di "stralciare" il filone di indagine che riguardava le presunte responsabilità statunitensi, tra cui moltissimi casi di torture e uccisioni di prigionieri, in Afghanistan²⁹.

Ipocrisie e *double standard* a parte, sta chiaramente agli Stati rafforzare i meccanismi di esecuzione del diritto internazionale, inclusi quelli di natura penale. In questo senso gli Stati-parte, tra cui in particolare i 41 che hanno presentato il *referral* alla Corte penale internazionale, Italia inclusa, hanno ora il dovere di adottare tutte le misure necessarie, in termini di cooperazione ma anche di risorse e fondi messi a disposizione della Corte, per fare sì che le indagini siano efficaci ed effettive³⁰.

Quanto all'estensione delle indagini, come subito chiarito dalla Procura, l'indagine sarà a 360 gradi e riguarderà anche potenziali crimini di guerra e crimini contro l'umanità commessi dalle forze ucraine, che del resto erano già stati inclusi in fase di analisi preliminare della situazione.

4. E il crimine di aggressione?

Tra gli innegabili limiti all'intervento della Corte, tuttavia, vi è il fatto che non potrà avere giurisdizione sul crimine di aggressione. La definizione di tale fattispecie è stata inserita nello Statuto di Roma, all'art. 8-*bis*, in un secondo momento, ossia in occasione della prima Conferenza di revisione dello Statuto nel 2010 a Kampala. Il crimine di aggressione prevede un regime particolare: ai sensi dell'art 15-*bis* (5) dello Statuto, perché vi sia giurisdizione si richiede che entrambi gli Stati coinvolti siano membri della Corte, cosa che né la Russia né l'Ucraina sono. Né, del resto, è ovviamente pensabile in questo caso un *referral* del Consiglio di Sicurezza dell'Onu ai sensi dell'art. 15-*ter* dello Statuto.

Per questo motivo circolano in queste settimane tante proposte, idee e iniziative per affiancare alla Corte penale internazionale un altro meccanismo di giustizia penale internazionale che possa avere giurisdizione specificamente sul crimine di aggressione.

²⁷ C. MELONI, [L'Executive Order di Trump contro la Corte penale internazionale](#), in questa *Rivista*, 16 giugno 2020.

²⁸ <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/04/01/executive-order-on-the-termination-of-emergency-with-respect-to-the-international-criminal-court/>.

²⁹ <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=2021-09-27-otp-statement-afghanistan>.

³⁰ In questo senso sono apprezzabili le parole della Ministra Cartabia che parlando a Bruxelles al Consiglio giustizia e affari interni (Gai) ha sottolineato la determinazione dei Ministri della Giustizia lì riuniti "a non lasciare nessuna zona di impunità e a rafforzare la cooperazione fra di loro soprattutto nell'ambito di Eurojust": <https://www.gnewsonline.it/cartabia-al-gai-nessuna-impunita-per-i-crimini-in-ucraina/>.

Una delle prime è stata l’iniziativa guidata dall’ex Primo Ministro britannico Gordon Brown e sottoscritta da eminenti giuristi, tra cui Philippe Sands³¹, per la creazione di un Tribunale *ad hoc*³². L’iniziativa è motivata dall’impossibilità, cui si accennava, per la Corte penale internazionale di giudicare eventuali responsabilità russe per il crimine di aggressione. In tal senso i promotori ritengono che istituire un tribunale *ad hoc* potrebbe rappresentare una valida alternativa per chiudere il *gap* di impunità³³. Per quanto suggestiva, l’idea ha subito attratto molte critiche³⁴, tra cui la mancanza di opportunità di istituire un secondo tribunale internazionale per la medesima situazione e la dubbia utilità dello strumento³⁵. Senza soffermarmi di nuovo sulle diverse obiezioni e critiche, rimandando sul punto a quanto già espresso nel precedente commento³⁶, si può sottolineare un aspetto alquanto controverso di questa iniziativa che è stato ulteriormente rimarcato nei giorni passati, ossia che il promotore sia proprio l’ex premier britannico, ossia del paese che insieme agli Stati Uniti nel 2003 era alla testa della coalizione di Stati che attaccò l’Iraq, a detta di molti una aggressione in flagrante violazione del diritto internazionale, rispetto alla quale nessun meccanismo di accertamento delle responsabilità è mai stato istituito³⁷.

Non è chiaro poi chi avrebbe il potere di istituire un tale tribunale *ad hoc*, data la non perseguibilità del modello conosciuto e finora adottato rispetto alla situazione in ex-Jugoslavia (nel 1993) e in Ruanda (1994), ove fu il Consiglio di Sicurezza dell’Onu a istituire i Tribunali *ad hoc*. Vi è chi, sulla base di una interpretazione molto ampia della Risoluzione “*Uniting for Peace*”³⁸, suggerisce che possa essere l’Assemblea Generale dell’Onu a istituire un tale tribunale³⁹. Ma, nonostante l’intento condivisibile, lo scetticismo rispetto alla possibilità che l’Assemblea Generale possa sostituirsi al

³¹ Autore del bel libro *East West Street. On the origins of genocide and crimes against humanity* ambientato proprio a L’viv (Leopoli) negli anni della Seconda guerra mondiale. Il libro è anche tradotto in italiano da Guanda (2017). Per una recensione in inglese: <https://www.theguardian.com/books/2016/may/22/east-west-street-origin-genocide-crimes-against-humanity-philippe-sands-review>.

³² <https://gordonandsarahbrown.com/wp-content/uploads/2022/03/Combined-Statement-and-Declaration.pdf>.

³³ Si vedano in tal senso anche le riflessioni di L. JOHNSON, *United Nations response options to Russia’s aggression*, in *Just Security*, 1 marzo 2020.

³⁴ Si veda, K.J. HELLER, *Creating a Special Tribunal for Ukraine is a bad idea*, in *Opinio Juris*, 7 marzo 2022.

³⁵ Si veda S. VASILIEV, *Aggression against Ukraine: avenues for Accountability for Core Crimes*, in *EJIL:Talk!*, 3 marzo 2022.

³⁶ C. MELONI, *Il senso della giustizia penale internazionale di fronte alla guerra in Ucraina*, in *Questione giustiziana*, 11 marzo 2022.

³⁷ Si veda l’eccellente riflessione di R. WILDE, *Hamster in a Wheel: International Law, Crisis, Exceptionalism, Whataboutery, Speaking Truth to Power, and Sociopathic, Racist Gaslighting*, in *Opinio Juris*, 17 marzo 2022. Sulla stessa linea, nei giorni precedenti, si veda anche, K.J. HELLER, *Creating a Special Tribunal for Ukraine is a bad idea*, in *Opinio Juris*, 7 marzo 2022.

³⁸ Si tratta di una [Risoluzione del 1950](#) in base alla quale l’Assemblea Generale potrebbe agire quando il Consiglio di Sicurezza è bloccato dal prendere decisioni in talune circostanze a causa del veto posto da uno dei 5 membri permanenti.

³⁹ L. JOHNSON, *United Nations response options to Russia’s aggression*, in *Just Security*, 1 marzo 2020.

Consiglio di Sicurezza e istituire un tale tribunale non avendo poteri coercitivi ci pare più che fondato⁴⁰.

Nei giorni passati si sono ulteriormente fatte strada altre opzioni, tra cui quella che siano delle corti interne a occuparsi di perseguire anche i responsabili del crimine di aggressione. Tali procedimenti potrebbero essere ancorati sia ai normali criteri di territorialità e nazionalità, sia al principio della giurisdizione universale⁴¹. In teoria, infatti, i responsabili di tali crimini potrebbero essere portati a giudizio davanti alle corti interne dello Stato territoriale (l'Ucraina) o dello Stato di nazionalità (la Russia e la Bielorussia) in quanto sia il codice penale russo, sia quello ucraino, sia quello bielorusso prevedono la fattispecie di aggressione, nonché i crimini di guerra⁴². Come già si notava, escludendo che le corti dello Stato di nazionalità dei responsabili abbiano alcuna intenzione di procedere in tal senso, la fattibilità di tali processi dipenderà da come evolverà la situazione militare sul campo e dalla capacità dell'Ucraina di arrestare i responsabili.

Quanto al principio della giurisdizione universale, nella sua forma pura non è formalmente richiesto alcun legame, né territoriale né di nazionalità, con la commissione del crimine e nemmeno la presenza del sospettato sul territorio dello Stato che intende procedere. Esso è stato ad esempio alla base degli importanti processi celebrati in Germania negli ultimi anni, riguardanti i crimini contro l'umanità commessi in Siria (da cittadini siriani contro cittadini siriani)⁴³. Crimini di guerra e contro l'umanità possono essere perseguiti in molti Stati europei ed extra europei in base al principio della giurisdizione universale. Sono più rari – a quanto pare una ventina – i paesi che (come, ad esempio, l'Olanda) estendono la propria giurisdizione penale, in assenza di *link* territoriali, al crimine di aggressione⁴⁴. In proposito, occorrerà vedere nelle prossime settimane se alle notizie sull'avvio di indagini in paesi terzi, quali Polonia⁴⁵, Spagna⁴⁶ e Germania⁴⁷ ne seguiranno altre e che sviluppi avranno. Si può però fin d'ora notare che certamente uno degli ostacoli maggiori, specie rispetto al crimine di aggressione, rimane quello dalle immunità davanti alle corti domestiche il cui riconoscimento si presenta in modo diverso rispetto che ai tribunali internazionali. Sebbene sia ormai diffusa, ma non

⁴⁰ In tal senso T. TANNENBAUM, [Mechanisms for criminal prosecution of Russia's aggression against Ukraine](#), in *Just Security*, 10 marzo 2022.

⁴¹ Si veda ancora T. TANNENBAUM, TANNENBAUM, [Mechanisms for criminal prosecution of Russia's aggression against Ukraine](#), in *Just Security*, 10 marzo 2022.

⁴² Si veda S. VASILIEV, [Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes](#), in *EJIL:Talk!*, 3 marzo 2022.

⁴³ Più diffusamente su questi processi si veda C. MELONI e M. CRIPPA, *Torture di Stato in Siria. I procedimenti in corso in Germania per crimini internazionali commessi sotto il regime di Bashar al-Assad*, in questa *Rivista*, 27 luglio 2020.

⁴⁴ S. VASILIEV, [Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes](#), in *EJIL:Talk!*, 3 marzo 2022.

⁴⁵ <https://www.thefirstnews.com/article/polish-prosecutors-launch-investigation-into-russias-attack-on-ukraine-28331>.

⁴⁶ <https://www.justiceinfo.net/fr/88438-ukraine-enquete-de-la-justice-espagnole-sur-des-violations-graves-du-droit-international-humanitaire-par-la-russie.html>.

⁴⁷ <https://www.justiceinfo.net/en/88416-german-prosecutors-launch-probe-into-ukraine-war-crimes.html>.

universalmente accettata⁴⁸, l'opinione che le immunità funzionali non siano applicabili a fronte della commissione di crimini internazionali, questa opinione non comprende solitamente la commissione dell'aggressione, come si evince anche dai lavori della International Law Commission (ILC) dell'Onu sul punto⁴⁹.

Sarebbe difficilmente ipotizzabile, ad esempio, un mandato di arresto spiccato da un procuratore di uno stato terzo nei confronti dei vertici russi per la loro responsabilità nella commissione del crimine di aggressione.

Infine, è stata delineata un'ulteriore opzione che potrebbe presentare dei vantaggi sia in termini di costi che di fattibilità. Si tratta della possibile istituzione di un tribunale ibrido, creato in seno al sistema giudiziario ucraino con il possibile supporto del Consiglio d'Europa⁵⁰. Tale tribunale ibrido supportato a livello regionale potrebbe assomigliare a quello creato in Senegal a suo tempo per processare l'ex dittatore ciadiano Hissène Habré, che è stato effettivamente un esempio di successo, sebbene vi siano voluti tempi biblici per giungere finalmente alla condanna dell'accusato nel 2016⁵¹. Gli sviluppi in seno al Consiglio d'Europa degli ultimissimi giorni, tuttavia, rendono questa opzione già meno percorribile, avendo la Russia nel frattempo lasciato tale organo.

5. Dubbi e (alcune, possibili) conclusioni.

In questo assai ricco e variegato quadro, non manca chi mette in guardia rispetto ai rischi di avere corti di giustizia che operano a conflitti ancora in corso, addirittura equiparandole a possibili "armi da guerra"⁵².

Certamente occorre rimanere vigili rispetto a possibili distorsioni ed abusi della giustizia, se utilizzata per fini che non le sono propri. Personalmente continuo a ritenere che l'avvio tempestivo delle indagini da parte della Corte penale internazionale nella situazione in questione sia un dato molto positivo e che la Corte sia uno strumento concreto e promettente attualmente a disposizione per accertare le responsabilità dei tanti crimini (*prima facie*) commessi in relazione all'invasione dell'Ucraina da parte della Russia. Mi convince il fatto che si tratta di un tribunale indipendente, quindi non imbrigliato dalla paralisi dell'Onu, ed istituito *ex ante* e per mezzo di un trattato. Fondamentale è inoltre l'irrelevanza davanti alla Corte di qualsiasi immunità, compresa quella dei capi di Stato o di Governo, ai sensi dell'art. 27 dello Statuto.

È chiaro che la Russia è sempre più isolata a livello internazionale e che si sta verificando quello che Oona Hathaway e Scott Shapiro, due professori di diritto di Yale, hanno ben descritto nel loro libro "*The Internationalists*" come "*outcasting*"; ossia una alternativa non violenta di fronte alle violazioni implicanti l'uso della forza militare da

⁴⁸ <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/ajil-unbound-by-symposium/the-present-and-future-of-foreign-official-immunity>.

⁴⁹ <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G17/186/33/PDF/G1718633.pdf?OpenElement>.

⁵⁰ K.J. HELLER, *The best option: an Extraordinary Ukrainian Chamber for aggression*, in *Opinio Juris*, 16 marzo 2022.

⁵¹ <https://www.hrw.org/tag/hissene-habre>.

⁵² M. DONINI, *Sottoporre gli Stati al diritto per non tornare al diritto di guerra*, in questa *Rivista*, 17 marzo 2022.

parte di uno Stato che consiste nel: “*denying the disobedient the benefits of social cooperation and membership*”⁵³. In questo quadro, in cui la Russia di fatto è già stata posta fuori dall’ordine giuridico mondiale, un mandato di arresto internazionale, in ipotesi anche nei confronti dei massimi vertici militari e politici russi per crimini di guerra o crimini contro l’umanità, non è affatto uno scenario impossibile, al di là delle difficoltà di esecuzione. C’è davvero ancora spazio per Putin nello scacchiere mondiale? Ci sono margini per scendere a patti? Se crediamo nel processo che è stato avviato da Norimberga in avanti, non possiamo che auspicare che i meccanismi della responsabilità, anche individuale, anche penale, vengano effettivamente applicati tempestivamente a fronte delle violazioni del diritto internazionale di tale gravità e distruttività.

Piuttosto, ciò che preoccupa in questi giorni, in cui la forza e compattezza della risposta sul piano internazionale all’aggressione della Russia è pressoché totale, è riflettere sulla mancanza di altrettanta forza e compattezza di fronte ad altre situazioni di violazioni del diritto internazionale e dei diritti umani che possono per molti aspetti dirsi altrettanto gravi. Situazioni ove è mancata la risposta compatta, ove non si è riusciti ad imporre sanzioni, ove non si è voluto procedere ad istituire un tribunale internazionale e in molti casi neanche un meccanismo di indagine. Situazioni dove i profughi non sono stati affatto accolti bensì criminalizzati e respinti, dove persino la solidarietà nei confronti delle vittime dei crimini è stata mistificata al punto da essere vista con sospetto. Situazioni in cui abbiamo continuato a fare affari, a esportare armi, a ricompensare con accordi economici sempre più vantaggiosi, paesi con una costante e lunga storia di disprezzo dei diritti fondamentali e dei principi generali del diritto internazionale. Porsi la domanda obbliga a risposte scomode, che non vogliamo forse accettare, perché non è facile spiegare fino in fondo cosa abbia fatto la differenza tra la (sacrosanta) attenzione per l’Ucraina oggi e la mancanza di altrettanta attenzione per l’Afghanistan, l’Iraq, la Palestina, lo Yemen, il Myanmar, la Siria e le altre situazioni di conflitti in relazione ai quali abbiamo enormi responsabilità anche per non essere stati in grado di reagire adeguatamente e tempestivamente alle violazioni commesse. In conclusione, in questi giorni violenti e confusi, forse la lettura più illuminante e scomoda che posso consigliare è l’articolo di Ralph Wilde, docente di diritto presso l’Università di Londra, che ci inchioda con le sue puntuali riflessioni che confutano le presunte scuse avanzate per tentare di giustificare una irreparabile mancanza di coerenza nella risposta del diritto internazionale di fronte a situazioni di paragonabile gravità⁵⁴.

⁵³ <http://theinternationalistsbook.com/>.

⁵⁴ R. WILDE, *Hamster in a Wheel: International Law, Crisis, Exceptionalism, Whataboutery, Speaking Truth to Power, and Sociopathic, Racist Gaslighting*, in *Opinio Juris*, 17 marzo 2022.