

Guerra e giustizia in Ucraina: l'Occidente, gli "altri" e tre elefanti nella stanza

di Paolo Bargiacchi

1. *Il tragico paradosso della guerra: ex iniuria ius oritur?*

A tredici mesi dall'inizio del conflitto in Ucraina non si intravede la possibilità di fermare le ostilità e avviare un dialogo sulla crisi politica internazionale scaturitane. Anche dopo le riunioni del Consiglio di sicurezza (CDS) e dell'Assemblea generale (AG) di febbraio 2023 non sono emerse indicazioni concrete e chiare sul format e sui contenuti di un possibile negoziato di pace. Il mandato di arresto per crimini di guerra emesso dalla Corte penale internazionale a marzo 2023 nei confronti del Presidente Putin rappresenta poi l'ennesima variabile di un quadro complesso che vede ricercato per la prima volta il Capo di Stato di un Membro permanente del CDS. Più in generale, il riposizionamento strategico dei principali attori interessati (Occidente, UE, Russia e in parte Cina) testimonia l'innescarsi di un cambiamento strutturale dell'assetto globale e prospetta nuove configurazioni delle relazioni internazionali. Per gli Stati occidentali, europei e non, l'assetto futuro, imperniato sulla contrapposizione sempre più netta tra democrazie e autocrazie, dovrà fondarsi sulle prime mentre per la Russia il nuovo ordine mondiale dovrà superare l'attuale modello «unipolare» di sviluppo globale determinato dal «collective West» per un modello equo e policentrico e ripristinare un «international discourse» fondato sui principi universali del diritto internazionale e non sul «rule-based order» di matrice occidentale (intervento all'AG del Ministro degli Affari esteri russo, settembre 2022). Toni retorici, mappe concettuali e lessici politici evidenziano la gravità di un momento storico le cui dinamiche – che evocano per certi versi gli scenari della Guerra fredda distinguendosi però per la presenza di nuovi o rafforzati attori (Cina, India, Africa, il *Global South*) – sono ancora indecifrabili ma potrebbero avere conseguenze epocali.

Anche nell'ordinamento giuridico internazionale il perseguimento dei crimini legati al conflitto ha innescato tendenze e introdotto novità che costituiscono altrettante variabili di sicuro impatto. Il tentativo di istituire un tribunale per il crimine di aggressione è la questione più evidente, anche in termini politici e mediatici, ma l'attivismo giudiziario di alcuni Stati a tutela di certi valori fondamentali della Comunità internazionale, nella misura in cui si fonda su categorie logico-giuridiche di relativa recente definizione, e la sistematizzazione dell'esercizio a livello internazionale di certe funzioni di polizia giudiziaria costituiscono elementi altrettanto importanti per rimodellare un futuro diritto internazionale in cui i crimini

internazionali vengano perseguiti da un sistema di giustizia penale innovato, più efficiente, rapido e sicuro e supportato da forme avanzate e rafforzate di cooperazione internazionale giudiziaria. Il conflitto in atto potrebbe dunque determinare in prospettiva, se certe condizioni venissero integrate, un significativo rafforzamento sostanziale e procedurale della giustizia penale internazionale in una paradossale e tragica applicazione del principio *ex iniuria ius oritur*.

2. Una importante tendenza del diritto internazionale contemporaneo: la tutela giudiziaria dello jus cogens, degli obblighi erga omnes e dei crimini internazionali

I crimini internazionali commessi nel conflitto (in prevalenza crimini di guerra ma anche crimini contro l'umanità e genocidio) sono oggetto di indagini da parte della Corte penale e di alcune giurisdizioni nazionali. Pur avendo firmato lo Statuto della Corte nel 2000, l'Ucraina non lo ha ancora ratificato e non è dunque uno Stato parte. Sin dal 2014, però, il nuovo governo filo-europeo accettò la giurisdizione *ad hoc* della Corte sui presunti crimini contro l'umanità commessi dal precedente governo filorusso contro i dimostranti di Piazza Maidan (ipotesi respinta nel 2015 dal Procuratore della Corte al termine dell'esame preliminare) e sui presunti crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Crimea e Donbass (ipotesi accolta nel 2020 dal Procuratore).

L'avvio delle indagini formali sulla Crimea e il Donbass fu procrastinato per varie ragioni ma il precipitare della situazione dopo l'invasione russa spinse il nuovo Procuratore, il britannico Karim Khan, ad aprirle subito estendendole anche a qualunque crimine da chiunque commesso in tutta l'Ucraina nell'ambito del conflitto. Obbligato a chiedere alla Camera preliminare l'autorizzazione ad avviare le indagini (l'accettazione *ad hoc* della giurisdizione da parte di uno Stato terzo consente al Procuratore di condurre l'esame preliminare ma non anche di iniziare poi le indagini *motu proprio*) e consapevole di dover procedere subito alla ricerca e raccolta delle prove senza impegnare tempo e risorse preziose nella richiesta di autorizzazione (che di solito richiede quattro mesi), il Procuratore fece appello agli Stati parte affinché, effettuando loro il rinvio (*referral*) della situazione al suo Ufficio, lo affrancassero dalla necessità dell'autorizzazione. Già il giorno seguente, 1° marzo 2022, la Lituania effettuò il rinvio e subito dopo altri 38 Stati parte (tra cui l'Italia) ne depositarono uno collettivo cui poi si associarono anche Montenegro, Cile, Giappone e Macedonia del Nord per un totale di 43 Stati. Seppur non una novità assoluta per la Corte (già nel 2018 sei Stati segnalavano la presunta commissione di crimini contro l'umanità in Venezuela), il *referral* collettivo per l'Ucraina è peculiare per l'elevato numero di Stati coinvolti.

Oltre a testimoniare nel caso di specie la volontà di velocizzare l'attività della Procura, il rinvio collettivo conferma l'emergere nel diritto internazionale contemporaneo di una importante tendenza che vede numerosi Stati supportare, a vario titolo e modo, l'attività delle giurisdizioni internazionali, non solo penali, al fine di invocare la responsabilità, internazionale degli Stati e penale dei loro *officials*, per gravi violazioni di

norme imperative (norme di *jus cogens*), ora esigendo da parte degli Stati il rispetto degli obblighi *erga omnes* che tutte le norme di *jus cogens* stabiliscono (rispetto dovuto verso la Comunità internazionale nel suo complesso e dunque esigibile da qualunque Stato), ora perseguendo i loro *officials* per i crimini internazionali che conseguono alla violazione di alcuni divieti di *jus cogens* (genocidio, aggressione, crimini contro l'umanità, regole fondamentali del diritto internazionale umanitario). In altri termini, emerge la volontà di tutelare alcuni valori essenziali e collettivi, cioè fondamentali, della Comunità internazionale contemporanea azionando categorie e meccanismi giuridici che si stanno consolidando solo da alcuni decenni (conseguenze particolari per lo Stato responsabile delle violazioni di *jus cogens*, esigibilità collettiva degli obblighi *erga omnes*, responsabilità penale personale per crimini internazionali).

Gli esempi in tal senso non mancano: ad es., dinanzi alla Corte internazionale di giustizia (CIG) pendono due procedimenti per la presunta violazione della Convenzione ONU sul genocidio del 1948. Nel primo il Gambia invoca la responsabilità di Myanmar per le condotte in danno dei Rohingya e, in assenza dei tradizionali criteri giurisdizionali (territoriale, nazionalità attiva e passiva), fonda la propria legittimazione processuale sulla sola violazione degli obblighi *erga omnes* derivanti dal divieto inderogabile di genocidio e dovuti da Myanmar verso l'intera Comunità internazionale (legittimazione riconosciuta dalla CIG nella sentenza sulle obiezioni preliminari di luglio 2022). Nel secondo procedimento l'Ucraina contesta alla Russia di averla falsamente accusata di atti genocidari nelle regioni di Luhansk e Doneck e, usando questa falsa premessa, di aver prima riconosciuto come indipendenti le due autoproclamate Repubbliche e poi avviato la *special military operation* con il preteso fine di prevenire e punire gli asseriti atti di genocidio. Ciò che qui interessa è che 33 Stati sono intervenuti per formulare osservazioni sulla corretta interpretazione e applicazione della Convenzione, facendo ancora leva sulla natura *erga omnes* degli obblighi ivi contenuti e dunque sul *legal interest* di ogni Stato parte «in the other State Parties' compliance with the Convention» (così il Liechtenstein che richiama proprio la sentenza preliminare in *Gambia v. Myanmar*). La corretta interpretazione e applicazione della Convenzione diventa così una premessa necessaria per tutelare i valori fondamentali della Comunità internazionale, oltre che lo spirito e gli obiettivi dell'ONU, tanto quanto gli obblighi *erga omnes* diventano uno strumento prezioso a disposizione di ogni Stato per farlo (cf. per tutti P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi «erga omnes»*, III ed., Napoli, 2013 e *Obblighi «erga omnes» e uso della forza*, Napoli, 2017). Va ancora segnalato come i Paesi Bassi e il Canada abbiano contestato alla Siria le torture in danno dei propri cittadini in violazione degli obblighi *erga omnes* stabiliti dal divieto inderogabile della Convenzione ONU contro la tortura del 1984. Su questa base i due Stati hanno attivato la procedura di risoluzione delle controversie della Convenzione che prevede, nell'ordine, il negoziato (che la Siria ha accettato), l'arbitrato (se il primo fallisce) e il ricorso unilaterale alla CIG se le parti non si accordano sull'organizzazione dell'arbitrato.

Questo attivismo giudiziario si manifesta anche promuovendo il ruolo consultivo delle giurisdizioni internazionali per ottenere interpretazioni

autentiche delle indicate categorie (in particolare, degli obblighi *erga omnes*) in quei settori di loro maggiore applicazione come l'ambiente (parere richiesto dalla *Commission of Small Islands States on Climate Change and International Law* al Tribunale internazionale per il diritto del mare sull'impatto del cambiamento climatico, dicembre 2022; parere richiesto da Cile e Colombia alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo su contenuto e portata degli obblighi di contrasto all'emergenza climatica, gennaio 2023; parere richiesto dall'AG alla CIG sugli obblighi di protezione delle generazioni presenti e future dal cambiamento climatico, marzo 2023) e l'autodeterminazione dei popoli (parere della CIG sulle isole Chagos, febbraio 2019; parere della CIG, richiesto dall'AG a febbraio 2023, sulle pratiche israeliane lesive dei diritti umani del popolo palestinese nei Territori Palestinesi Occupati).

Mutatis mutandis, anche il coinvolgimento di numerosi Stati nell'attivare la Corte penale e supportarne, come vedremo, le indagini nella situazione ucraina rappresenta un segnale di attivismo giudiziario, qui in termini di esercizio della giustizia penale per i crimini internazionali, a tutela dei valori fondamentali della Comunità contemporanea. Al netto della differenza tra invocare la responsabilità internazionale di uno Stato e quella penale di un suo funzionario, le categorie logico-giuridiche e gli obiettivi politici di fondo restano gli stessi, ossia invocare le responsabilità che derivano dalla violazione di certi valori fondamentali mediante strumenti, nozioni e categorie di più recente formazione o consolidamento nel diritto internazionale. Per le tempistiche del diritto e delle relazioni internazionali, è trascorso relativamente poco tempo da quando la Commissione del diritto internazionale adottò nel 1994 il *Draft statute for an international criminal court* o la CIG inserì nella sentenza *Barcelona Traction* del 1970 l'*obiter dictum* sugli obblighi *erga omnes* ma oggi quegli strumenti, nozioni e categorie esistono o si stanno consolidando, servono a tutelare valori fondamentali e sono a disposizione di *tutti* gli Stati della Comunità internazionale.

3. La cooperazione giudiziaria in materia penale per i crimini commessi in Ucraina

La giurisdizione della Corte penale è limitata ai crimini di guerra, di genocidio e contro l'umanità commessi in territorio ucraino da chiunque e non include anche il crimine di aggressione. Le indagini della Corte sono in pieno svolgimento e, oltre al caso già aperto sui crimini di guerra di *deportation and transfer* in Russia di bambini ucraini (che ha portato all'emissione il 17 marzo 2023 dei mandati di arresto per il Presidente Putin e Maria Lvova-Belova, *Commissioner for Children's Rights* presso l'Ufficio di Presidenza russo), sembra che il Procuratore stia per aprire un secondo caso (il che presuppone l'avvenuta individuazione di uno o più sospetti) sul *targeting* di infrastrutture civili da parte della Russia.

A latere delle indagini della Corte, numerosi Stati (Romania, Lettonia, Svezia, Polonia, Canada, Stati Uniti, etc.), tra cui l'Ucraina il cui Codice penale prevede e punisce i crimini internazionali inclusi il genocidio e diverse condotte aggressive rubricate come crimini contro la pace, hanno avviato procedimenti penali, quasi tutti per crimini di guerra (a febbraio 2023 il

Procuratore generale ucraino riportava 65.000 segnalazioni, 250 procedimenti in corso e 25 condanne, anche in contumacia, a carico di militari russi). Alcuni Stati esercitano l'azione secondo il criterio di giurisdizione universale (relativo o puro a seconda che l'esercizio dipenda, come in Germania, o non dipenda, come in Svezia, dalla presenza del sospettato sul proprio territorio) che radica la pretesa punitiva non nel legame, territoriale o di nazionalità attiva o passiva, tra crimine e ordinamento ma nella sola gravità oggettiva del fatto. Anche gli Stati Uniti hanno modificato la legislazione sui crimini di guerra al fine di perseguire i criminali di qualunque nazionalità presenti sul proprio territorio indipendentemente dal *locus commissi delicti* o dalla nazionalità delle vittime (in precedenza si perseguivano solo i crimini commessi negli Stati Uniti o in danno di cittadini statunitensi all'estero). Anche le clausole nazionali di giurisdizione universale rappresentano dunque una risposta alle gravi violazioni degli obblighi *erga omnes* stabiliti dalle norme di *jus cogens* e confermano la generale tendenza indicata nel § 2.

Le indagini sui crimini internazionali sono però complesse e onerose per qualunque sistema giudiziario dato che la raccolta e la conservazione delle prove avviene in situazioni difficili e pericolose e i crimini, riguardando per loro natura numerose vittime e testimoni, spesso sfollati in altri Stati, producono una considerevole mole di dati, informazioni e prove da ordinare, analizzare e scambiare tra le giurisdizioni procedenti. Sin da maggio 2022, perciò, la Corte penale ha inviato in Ucraina una nutrita squadra di investigatori, esperti forensi e personale di supporto (quasi tutti distaccati dai Paesi Bassi) per coadiuvare le indagini delle autorità locali, e accelerare anche le proprie, raccogliendo e conservando testimonianze, informazioni, prove e materiale digitale e forense.

Al contempo, Ucraina, Lituania, Polonia, Estonia, Lettonia, Slovacchia e Romania, avendo maggiore e diretto accesso a informazioni, dati e prove, hanno istituito con la partecipazione e il supporto operativo, finanziario, giuridico e di *intelligence* di Eurojust una squadra investigativa comune (SIC Ucraina). Composte da giudici, procuratori e funzionari delle forze dell'ordine degli Stati partecipanti, le SIC pianificano e coordinano sotto l'egida di Eurojust le attività, le indagini e le azioni penali delle autorità procedenti e rappresentano uno strumento avanzato di cooperazione internazionale che trova nello Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'UE l'ambito privilegiato di impiego (alle SIC partecipano sempre più spesso anche Stati terzi).

In occasione poi della *United for Justice Conference*, organizzata dall'Ucraina a Leopoli dal 3 al 5 marzo 2023, che ha riunito gli *stakeholders* impegnati a promuovere l'*accountability* russa per crimini internazionali, l'UE ha istituito presso Eurojust l'*International Centre for the Prosecution of the Crime of Aggression* (ICPA) che supporterà la SIC Ucraina, assicurerà il migliore allineamento tra le indagini sull'aggressione e quelle sugli altri crimini e garantirà la preservazione delle prove sull'aggressione in vista dei futuri processi (a giugno 2023 il *Centre* sarà operativo). Al di là del riferimento specifico al crimine di aggressione, di fatto l'ICPA finirà per fungere da "cabina di regia" per coordinare tutte le indagini e gestire tutte le prove relative ai crimini commessi in Ucraina. Alla Conferenza è stato ufficialmente lanciato anche l'*Ukraine Accountability Dialogue Group* che dovrà

garantire il dialogo e rafforzare la coerenza delle molteplici iniziative nazionali e internazionali di *accountability*. Infine, la *United for Justice Conference* ha segnato la “discesa in campo” anche degli Stati Uniti il cui *Attorney General* ha concluso un Memorandum d’intesa con le autorità degli Stati partecipanti alla SIC Ucraina per rafforzare il coordinamento tra le rispettive indagini e azioni penali, anche mediante scambi informativi e la partecipazione alle riunioni di coordinamento di Eurojust. Inoltre, il Dipartimento di giustizia statunitense ha concluso alcune intese bilaterali con l’Ufficio del Procuratore generale ucraino al quale fornirà sostegno, formazione e assistenza per casi specifici (inclusi quelli su potenziali crimini di guerra ambientali) e per sviluppare un «secure electronic case management and analysis system».

In questo contesto di cooperazione rafforzata e innovativa, anche la Procura della Corte penale partecipa per la prima volta a una SIC in modo che le attività della SIC Ucraina possano beneficiare mutuamente le indagini e le azioni penali sia degli Stati partecipanti che della Corte. La scelta del Procuratore di partecipare, oltre che dovuta a ragioni specifiche e contingenti, attua anche una strategia innovativa di più ampio respiro che caratterizza il suo mandato e mira a rafforzare la cooperazione con tutti gli attori a vario titolo interessati (Stati, organizzazioni internazionali, ONG, società civile, comunità interessate dai crimini) per rendere più incisiva, efficiente e partecipata l’azione di una Procura che, figlia di una Comunità internazionale paritaria e anorganica, inevitabilmente esercita le funzioni di polizia giudiziaria solo attraverso la cooperazione obbligatoria degli Stati parte e non può disporre di organi propri funzionalmente preposti.

Il nuovo corso voluto dal Procuratore ha già prodotto risultati concreti in termini di riorganizzazione e ridefinizione di strutture, strategie e strumenti del suo Ufficio: ad es., sono stati nominati un secondo *Deputy Prosecutor* e venti *Special Advisers* che coadiuvano la Procura anche su questioni tematiche o geografiche (crimini di guerra, diritto internazionale, diritto islamico, persecuzioni di genere, genocidio, Darfur, etc.); sono stati istituiti due fondi fiduciari per strumenti tecnologici, supporto psicosociale e capacità specializzate in crimini sessuali, di genere e contro i minori; è stato avviato il rafforzamento della presenza sul campo della Corte per arricchire la conoscenza situazionale, rafforzare l’*outreach*, l’*engagement* e la cooperazione con le comunità e autorità interessate e accedere tempestivamente a informazioni e prove (entro il 2023 saranno aperti quattro *field offices* a Kiev, Khartoum, Caracas e in Bangladesh e oltre 65 membri vi saranno distaccati). Inoltre, per gestire e analizzare l’enorme mole di dati correlata ai crimini internazionali, si ricorrerà in modo più sistematico e integrato a tecnologie più evolute e sicure (intelligenza artificiale, *clouds*, *machine-learning tools*, etc.) nel quadro di una più generale strategia di digitalizzazione della giustizia sulla falsariga di quanto sta già avvenendo nell’UE.

3.1 La cooperazione tra Eurojust e la Corte penale come rinnovato modello operativo di “polizia giudiziaria” internazionale

La strategia del Procuratore di rafforzare la capacità della Corte penale di perseguire i crimini, fattasi più che mai pressante con il conflitto ucraino, sta trovando una sponda preziosa proprio nell'UE. La cooperazione strutturata che si sta sviluppando potrebbe diventare un futuro modello di riferimento per esercitare la giustizia sui crimini di ogni specie e a qualunque latitudine offrendo un porto sicuro alle pretese punitive della Corte penale e delle giurisdizioni nazionali competenti. Esaminando strumenti e mezzi ad oggi approntati, e per domani previsti, dall'UE emerge così una ulteriore e importante tendenza del diritto internazionale contemporaneo che introduce e consolida meccanismi di cooperazione che, messi a sistema e recepiti anche fuori dal sistema europeo, faciliteranno, nei limiti di una Comunità comunque anorganica e paritaria, il consolidamento strutturale, la procedimentalizzazione e la digitalizzazione dell'esercizio internazionale delle funzioni di polizia giudiziaria in materia di crimini internazionali.

Nel contesto europeo un ruolo determinante era già svolto da Eurojust ma la complessità delle indagini sulla situazione ucraina ha evidenziato la necessità di rafforzare il sostegno, il coordinamento e la cooperazione tra le autorità nazionali che Eurojust già forniva sulla base del regolamento (UE) 2018/1727 del PE e del Consiglio. Genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra erano già inclusi tra le forme gravi di criminalità che, se transnazionali, rientrano nella competenza di Eurojust (nel 2021 insieme al *Genocide Network*, rete europea di cooperazione specializzata in crimini internazionali, Eurojust supportò 16 casi, di cui 7 nuovi, istituì una SIC e organizzò sei riunioni di coordinamento che *inter alia* consentirono alla Corte di Coblenza nel 2022 di condannare all'ergastolo per crimini contro l'umanità un funzionario siriano, arrestato in Germania nel 2019, responsabile della morte di 27 oppositori politici) ma dinanzi ai crimini in Ucraina le Istituzioni dell'UE, con procedura d'urgenza, ne hanno ampliato le funzioni operative per sostenere le azioni di contrasto «anche preservando, analizzando e conservando le prove relative a tali crimini e ai reati connessi e consentendo lo scambio di tali prove o mettendole in altro modo a disposizione diretta delle autorità nazionali competenti e delle autorità giudiziarie internazionali, in particolare la Corte penale internazionale» (art. 4, par. 1, lett. j, del regolamento 2018/1727 come emendato a maggio 2022).

Le modifiche hanno riguardato anche l'archivio automatizzato di Eurojust. Si è istituito in parallelo all'esistente sistema automatico di gestione dei fascicoli un separato sistema automatico di gestione e conservazione dei dati sugli autori e le vittime dei crimini internazionali (categorie di dati ampliate per includere registrazioni audio e video, fotografie e immagini satellitari). Si è dunque costituita la nuova banca dati CISED (*Core International Crimes Evidence Database*), operativa dal 23 febbraio 2023 e alimentata dagli Stati membri e da quelli terzi con un magistrato di collegamento presso Eurojust (ad oggi dieci, tra cui Ucraina, Regno Unito e Stati Uniti), che con nuove specifiche tecnico-informatiche (ad es., CISED indicizza dati ed eventi secondo parametri di tempo e di luogo così migliorandone l'analisi operativa) supera l'obsolescenza dell'esistente *case management system* di Eurojust, consente di raccogliere, conservare e analizzare una quantità massiccia di dati in modo efficiente e sicuro e aumenta qualità, rapidità ed efficienza di indagini e azioni penali. La CISED rappresenta quindi un nuovo e importante strumento di esercizio della

giustizia (documentare i crimini in modo adeguato e sicuro è la premessa necessaria per azioni penali efficaci a livello nazionale e internazionale) applicabile non solo ai crimini commessi in Ucraina ma a qualunque futura situazione.

In tale ottica, sia Eurojust che il Procuratore della Corte penale sono consapevoli del rilevante contributo che in una logica multilivello anche i privati possono fornire alla raccolta di informazioni e prove. A settembre 2022, dunque, hanno congiuntamente pubblicato una serie di linee-guida (da aggiornare in base alle *best practices* che si svilupperanno) indirizzate alle organizzazioni della società civile per documentare i crimini internazionali e ogni altra violazione dei diritti umani in maniera tale che i dati raccolti siano poi utilizzabili in sede penale dalle autorità procedenti (previo vaglio delle proprie autorità nazionali questi soggetti potranno anche alimentare la CIED). Le linee-guida indicano ad es. come raccogliere il consenso informato di vittime e testimoni, interagire con le persone vulnerabili evitandone la rivittimizzazione e raccogliere e catalogare dati audio-video e informazioni documentali e digitali.

Nell'ottica di digitalizzare la giustizia e la cooperazione internazionale penale si pone anche la proposta di regolamento UE, già approvata in via provvisoria a dicembre 2022, che introduce una piattaforma di collaborazione per le SIC. Alla piattaforma accederanno, oltre ai membri delle SIC e alle competenti Agenzie e organismi dell'UE (Europol, Eurojust, OLAF, etc.), anche ogni «international body, tribunal, or mechanism established to investigate and prosecute serious crimes of concern to international community as whole, namely crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and related criminal offences that affect international peace and security» (art. 3, lett. 5A, del proposto regolamento). La Corte penale, partecipando alla SIC Ucraina, avrà così a disposizione un altro utile strumento.

La cooperazione senza precedenti tra Eurojust e la Corte penale prospetta un rinnovato modello operativo che, come detto, potrà costituire un riferimento per ogni altro simile scenario atteso che la giustizia penale priva di un adeguato sistema di cooperazione internazionale perde efficienza aumentando così il rischio di impunità dei responsabili. Un rischio particolarmente elevato proprio per la Corte penale il cui *framework* istituzionale e relazionale è ben diverso da quello esistente e sviluppabile all'interno di organizzazioni di integrazione regionale come l'UE. Le sinergie in atto migliorano l'operato e l'efficienza della Corte penale in Ucraina ma soprattutto possono divenire un modello di riferimento anche per altri contesti di integrazione regionale, a cominciare da quello africano. La tragedia di questo conflitto va dunque "sfruttata" per generare, sotto l'egida della Corte penale, un virtuoso effetto imitativo che consenta nel lungo periodo di istituire o rafforzare le strutture e le procedure di cooperazione internazionale in altri contesti regionali così da edificare progressivamente una rete globale, non solo intergovernativa ma multilivello, che permetta di condurre indagini e azioni penali effettive sui crimini internazionali determinando un reale salto di qualità.

4. L'operatività imbrigliata della Corte penale sul crimine di aggressione

L'invasione russa dell'Ucraina *prima facie* integra i tratti dell'aggressione sia come illecito statale che come crimine individuale. Le operazioni militari corrispondono ad alcuni degli «atti di aggressione» indicati dall'art. 8 *bis*, par. 2, dello Statuto della Corte penale e già elencati nella risoluzione 3314 (XXIX) del 1974 con cui l'AG definì l'illecito statale di aggressione. Inoltre, portata e sistematicità dell'azione militare russa sono tali da superare anche la soglia di attivazione della correlata responsabilità individuale per il crimine di aggressione. Pur con diversa terminologia, infatti, sia la risoluzione 3314 che l'art. 8 *bis*, par. 1, stabiliscono che un grave atto di aggressione (una «guerra di aggressione» nel linguaggio della risoluzione e una «manifesta violazione della Carta ONU per carattere, gravità e portata» in quello dello Statuto) impegni, oltre alla responsabilità internazionale dello Stato, anche quella personale di chi, essendo «in grado di esercitare effettivamente il controllo o di dirigere l'azione politica o militare di uno Stato» (si parla al riguardo di *leadership crime*), abbia pianificato, preparato, iniziato o eseguito una aggressione così grave.

Pur considerata l'«offesa suprema contro la morale internazionale e l'autorità sacra dei Trattati» dall'art. 227 del Trattato di Versailles e «il supremo crimine internazionale» dalla sentenza del Tribunale di Norimberga, l'aggressione ha però spesso incontrato forti resistenze da parte degli Stati (in particolare di quelli più inclini a usare la forza armata nelle relazioni internazionali) che hanno ritardato il consolidamento della definizione dell'illecito statale e del crimine individuale, impedito la sua generale e automatica applicabilità nel sistema della Corte penale e orientato il CDS a usare con «parsimonia» tale qualificazione, seppur prevista dall'art. 39 della Carta (neanche l'invasione irachena del Kuwait del 1990 fu considerata tale).

La progettata istituzione della Corte penale sembrò – a molti – l'occasione giusta per superare finalmente le lacune e ambiguità della definizione e il frammentario esercizio della pretesa punitiva (di fatto, realizzatasi a Norimberga e Tokyo solo nel quadro di una giustizia dei vincitori sui vinti).

Sembrò a molti ma non a tutti e, soprattutto, non a certi Stati.

Alla Conferenza di Roma del 1998 che adottò lo Statuto della Corte, il crimine di aggressione fu inserito ma non si trovò l'accordo sulla definizione (raggiunto poi nel 2010 dall'Assemblea degli Stati parte, ASP, di Kampala) e fu comunque stabilito un regime giurisdizionale più restrittivo di quello previsto per gli altri crimini e una procedura *ad hoc* per l'entrata in vigore degli emendamenti sui crimini, incluso quello di aggressione (non per tutti gli Stati parte raggiunta la soglia dei 7/8 delle ratifiche ma solo per quelli che ratificano o accettano l'emendamento), così limitando l'azione della Corte penale verso gli Stati parte ed escludendola del tutto verso gli Stati terzi come Russia, Cina e Stati Uniti (cf. F. Lattanzi, *Un tribunale speciale per i crimini commessi dai "Russi" in Ucraina?*, in *formiche.net*, 20 febbraio 2023).

La giurisdizione della Corte sui crimini di guerra, contro l'umanità e genocidio sussiste, secondo il criterio generale dell'art. 12, par. 2, dello Statuto, se il crimine è commesso da *chiunque* (compresi i cittadini di Stati

terzi) sul territorio di uno Stato parte o di uno Stato terzo che, come l'Ucraina, abbia accettato la giurisdizione *oppure* se il crimine è commesso *ovunque* (anche nel territorio di uno Stato terzo) da un cittadino di uno Stato parte o terzo che abbia accettato la giurisdizione. Essendo i due criteri di territorialità e nazionalità attiva alternativi e non cumulativi, la giurisdizione della Corte nella situazione ucraina è dunque certa per queste categorie di crimini. Con riguardo al crimine di aggressione, invece, l'interpretazione che sembra essere prevalsa tra gli Stati parte – in base al combinato disposto dello Statuto, degli emendamenti introdotti a Kampala (art. 15 *bis*, par. 4-5) e della risoluzione ICC-ASP/16/Res.5 del 2017 di attivazione della giurisdizione sull'aggressione – esclude sempre la giurisdizione sugli Stati terzi e la estende ai soli Stati parte che abbiano ratificato o accettato i relativi emendamenti di Kampala (ad oggi 44, tra cui l'Italia, su 123) con la conseguenza che anche verso gli Stati parte la Corte ha giurisdizione solo se l'aggressore e l'aggregito rientrano tra i 44 Stati (i criteri di territorialità e nazionalità attiva sono qui applicati cumulativamente).

Va però segnalato come una parte della dottrina e alcuni Stati interpretino diversamente questo ambiguo combinato disposto e ritengano che la giurisdizione, pur da escludersi comunque sugli Stati terzi, sussista invece sugli Stati parte secondo il criterio generale e che dunque sia sufficiente che uno solo tra aggressore e aggregito sia vincolato dagli emendamenti sull'aggressione, ferma restando l'ulteriore facoltà per lo Stato vincolato di non accettare la giurisdizione facendo l'*opt-out* di cui all'art. 15 *bis*, par. 4 (cf. ancora F. Lattanzi, *op. cit.*, in particolare § 3, lett. *b-c*). Quale che sia l'interpretazione più conforme al dettato dello Statuto emendato, in ogni caso è certo sia il difetto di giurisdizione della Corte nei confronti della Russia che, in generale, l'intento di alcuni Stati parte e terzi di neutralizzare, nella maggiore misura possibile sin dal 1998, l'operatività e l'applicabilità del crimine di aggressione.

Dovendosi escludere, per il veto che la Russia apporrebbe, che sia il CDS a rinviare alla Corte la situazione ucraina ai sensi del capitolo VII della Carta (in tal caso la giurisdizione si stabilirebbe nei confronti di qualunque Stato come già avvenuto per Libia e Sudan), solo le necessarie modifiche statutarie potrebbero equiparare le condizioni di esercizio della giurisdizione sull'aggressione a quelle previste dall'art. 12 per tutti gli altri crimini, eliminare la procedura specifica di entrata in vigore degli emendamenti e porre fine all'esclusione assoluta di cui gli Stati terzi beneficiano solo per questo crimine. Al di là della complessità di introdurre modifiche (per di più retroattive se si volesse estendere la giurisdizione alla situazione ucraina) che riguarderebbero diverse disposizioni e richiederebbero tempi lunghi, vi è però che alcuni Stati parte e qualche Stato terzo non sembrano inclini a estendere il raggio d'azione della Corte sull'aggressione né ora per l'Ucraina, né domani per ogni altra situazione, forse temendo una futura contestazione del crimine in relazione a qualche loro operazione militare.

In altre parole, diversi Stati non considerano la Corte penale come il foro più idoneo a perseguire l'aggressione russa all'Ucraina e intendono agire fuori dal sistema della Corte nonostante la contrarietà manifestata dal suo Procuratore che, per evitare la frammentazione della giustizia penale internazionale e garantirne invece il consolidamento, ha rimarcato come proprio la Corte sia il foro più adatto e, da ultimo alla Conferenza di Londra

del 20 marzo 2023 che ha riunito i Ministri della Giustizia di diversi Stati per supportare, anche finanziariamente, le attività della Corte in Ucraina, ha invitato gli Stati parte a colmare rapidamente le lacune statutarie che ad oggi glielo impediscono piuttosto che ricercare soluzioni extra-sistemiche, non casualmente omettendo qualunque riferimento alla possibile creazione di un tribunale speciale per l'aggressione.

5. Perseguire il crimine di aggressione fuori della Corte penale: il problema della internazionalità sistemica di certi tribunali internazionali o ibridi

Nonostante il monito del Procuratore, alcuni Stati insieme all'UE continuano a esplorare le opzioni per perseguire il crimine di aggressione fuori dal sistema della Corte. Incaricata dal Consiglio europeo, la Commissione europea a novembre 2022 ha proposto l'istituzione di un tribunale speciale internazionale e indipendente fondato su un trattato multilaterale o di una corte specializzata integrata nel sistema giudiziario ucraino con giudici internazionali. In entrambi i casi l'UE considera «essenziale» lo «strong backing» dell'ONU e gli Stati *like-minded*, quasi tutti occidentali, cercano di ottenerlo con un intenso lavoro diplomatico. Essendo impossibile ricevere supporto dal CDS, diventa allora importante e necessario quello dell'AG per garantire al tribunale un adeguato grado di internazionalità che è poi, secondo noi, la questione più dirimente tra tutte.

Valutare l'internazionalità di un tribunale è complesso perché la prassi da Versailles in poi ha evidenziato una serie di modelli e soluzioni talmente eterogenei da rendere difficile e controversa ogni classificazione.

Basti pensare che il Tribunale di Norimberga è considerato, da alcuni, un organo propriamente internazionale espressione della pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole* (si rimarca che il Patto di Londra, stipulato tra le quattro Potenze vincitrici, fu comunque *endorsed* da alcuni Stati) e invece, da altri, un organo comune delle Potenze vincitrici equiparabile per natura a un tribunale statale dato che gli Alleati esercitavano le potestà fondamentali di governo, tra cui quella giurisdizionale, in una Germania debellata (si rimarca qui che il Patto di Londra ebbe natura intergovernativa più che internazionale): nella prima ipotesi il grado di internazionalità sarebbe elevato mentre nella seconda si ridurrebbe al solo fatto che la creazione fu opera di alcuni Stati mediante un trattato internazionale.

Anche la distinzione tra tribunali «truly international» e tribunali misti o ibridi, ossia quelli il cui «apparato istituzionale e/o il cui diritto applicabile si sostanziano in un insieme di elementi in parte a carattere interno ed in parte a carattere internazionale» (U. Leanza-I. Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 472), pur diffusa e sostanzialmente accolta, non elimina ogni incertezza sulla esatta collocazione della singola istanza giurisdizionale di volta in volta costituita. Ad es., la *Special Court for Sierra Leone* (SCSL) è considerata da alcuni come un tribunale ibrido (perché *inter alia* istituita da un trattato tra ONU e Sierra Leone e competente anche su certi reati previsti dal Codice penale sierraleonese) mentre la Corte stessa

si autodefinì come «truly international» perché, seppur diversa dai Tribunali per la ex Jugoslavia (ICTY) e il Ruanda (ICTR) creati da una risoluzione del CDS e di questi organi sussidiari, fu «expression of the will of the international community» in quanto fondata su un trattato stipulato dall'ONU (e quindi secondo la Corte da tutti gli Stati membri) e voluta dal CDS (che avviò il processo costitutivo nel 2000 con la risoluzione 1315 chiedendo al Segretario generale di negoziare l'accordo con la Sierra Leone, poi approvato dal CDS, per creare una «independent special court») al fine di adempiere un «international mandate» quale parte integrante della «machinery of international justice» (SCSL Appeals Chamber, *Prosecutor v. Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, 31 maggio 2004, §§ 38-39). A tal riguardo, si è dunque distinto talvolta tra *international tribunals* (quelli istituiti dal CDS) e *internationally established tribunals* (come la SCSL).

Al di là delle diverse interpretazioni e classificazioni di queste e altre esperienze di giustizia internazionale, si evince come il grado di internazionalità o di ibridazione di ogni tribunale dipenda, variando, dall'esistenza e caratterizzazione di numerosi fattori (chi lo istituisce, crimini e reati di competenza, fondamento giuridico, diritto applicabile, procedura di nomina dei giudici, composizione dello staff, canali di finanziamento, l'essere, e in che modo e misura, incardinato in un sistema giudiziario nazionale, etc.). Complessivamente considerati, questi fattori o «indicia», per dirla con la SCSL, determinano in misura variabile la legittimazione del tribunale a rappresentare la pretesa punitiva di una Comunità internazionale *as a whole* che ha giuridicizzato tra i propri valori fondamentali la repressione dei crimini internazionali e ha consolidato modelli operativi (impennati in linea di principio sull'ONU e i suoi organi principali) e categorie giuridiche (*jus cogens*, obblighi *erga omnes*, responsabilità penale personale) che quel valore mirano a proteggere.

A nostro avviso, questa legittimazione rappresentativa, che qui chiameremo *internazionalità sistemica*, è importante perché traduce in termini teorico-generalisti l'assetto strutturale e il modo di essere della Comunità contemporanea, costituisce il parametro decisivo per valutare le modalità di esercizio della giustizia penale nel correlato *international discourse* e influisce sulla credibilità ed effettività del conseguimento degli obiettivi di fare giustizia e garantire la pace. Senza evocare scenari costituzional-globalisti, inconcepibili per logica e struttura nell'ambiente socio-giuridico internazionale, Picone ha ricostruito i tratti di una Comunità ancora anorganica la cui coscienza giuridica collettiva si è però evoluta fino a «verticalizzare» alcune funzioni dell'ordinamento mediante sistemi proceduralizzati quali, ad es., il sistema di sicurezza collettiva dell'ONU. In questo assetto sistemico, il CDS diventa allora un «organo materiale» della Comunità che, interpretandone l'*eadem sentire*, correla pace e giustizia nella misura in cui istituisce tribunali penali a elevata internazionalità sistemica che, sanzionando le gravi violazioni degli obblighi *erga omnes* stabiliti dai divieti inderogabili di commettere crimini internazionali, contribuiscono a ristabilire e mantenere pace e sicurezza internazionale (i virgolettati sono di Picone nelle opere citate).

Al di là dell'adesione o meno a questa ricostruzione della struttura e fisionomia della Comunità e del diritto internazionale contemporanei, a nostro avviso convincente, diversi tribunali penali internazionali e la CIG

nel caso *Yerodia* del 2002 hanno richiamato in vario modo l'importanza dell'internazionalità sistemica per giustificare, *inter alia*, la propria stessa esistenza, il diniego delle immunità agli imputati e i diversi effetti dei mandati internazionali di arresto rispetto a quelli nazionali. Anche il CDS ha sempre rivendicato la capacità dei suoi tribunali di fare giustizia e garantire la pace in ragione della loro internazionalità sistemica e l'AG nella risoluzione ES-11/6 del 23 febbraio 2023, nel chiedere una «comprehensive, just and lasting peace» per l'Ucraina, ha proprio enfatizzato la necessità «to ensure accountability for the most serious crimes under international law [...] through appropriate, fair and independent investigations and prosecutions at the national and international level», così richiamando espressamente la necessaria correlazione tra internazionalità sistemica dei meccanismi giurisdizionali e *accountability* penale dato che è dalla prima che in ultima analisi dipendono indipendenza, imparzialità, credibilità e capacità operativa di tali meccanismi e, in particolare, dell'eventuale futuro meccanismo per il crimine di aggressione.

6. La necessità di coinvolgere l'Assemblea generale nella creazione di un tribunale per il crimine di aggressione

L'istituzione di un tribunale penale internazionale da parte del CDS con una risoluzione (come avvenne nel 1993 per l'ICTY e nel 1994 per l'ICTR) sarebbe la soluzione migliore in termini di internazionalità sistemica: garantirebbe massima indipendenza e imparzialità, il rispetto dei più elevati standards in materia di *fair trial* e obbligherebbe tutti gli Stati membri dell'ONU a cooperare pienamente con il tribunale. L'art. 41 della Carta legittimerebbe il tribunale quale misura non implicante l'uso della forza che il CDS può adottare nell'esercizio dei poteri, estensivamente interpretati, che gli derivano dal capitolo VII. Tale opzione è però utopica: la risoluzione istitutiva richiederebbe anche il voto favorevole o l'astensione della Russia che, pur parte in causa, avrebbe il diritto di votare e porre il veto.

Con riguardo all'AG, l'altro organo principale competente in materia di pace e sicurezza internazionale, è da escludersi che in base alla Carta abbia il potere di istituire direttamente un tribunale penale e, in ogni caso, che possa obbligare gli Stati a farlo. Ciò non toglie che l'AG possa concorrere a diverso titolo nell'istituzione di un tribunale penale. Come avvenuto per le *Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia* (ECCC), l'AG con una risoluzione potrebbe raccomandare al Segretario generale di negoziare con l'Ucraina il trattato istitutivo del tribunale, così innescando un processo costitutivo che poi si concluderebbe e si fonderebbe sul trattato tra ONU e Ucraina. Anche l'internazionalità sistemica di un siffatto tribunale sarebbe elevata essendo l'ONU parte al trattato e l'AG, espressione della Comunità internazionale *as a whole* data la composizione plenaria e l'ampia maggioranza necessaria per adottare la risoluzione, attivamente coinvolta nel processo di costituzione.

L'incertezza di fondo sta però nel conseguimento della maggioranza. Trattandosi di «questione importante» (art. 18, par. 2, della Carta), la risoluzione dovrebbe richiedere il voto dei due terzi degli Stati presenti e votanti (129) sebbene in passato l'AG abbia deciso su questioni importanti

anche a maggioranza semplice (97). Ad oggi, però, ogni volta che l'AG – convocata in sessione speciale di emergenza sull'Ucraina dal CDS per ovviare al suo stallo deliberativo sin dal 27 febbraio 2022 (la convocazione è questione procedurale e i Membri permanenti non hanno il diritto di veto) – ha deliberato su certe conseguenze più “operative” per la Russia si sono raggiunte maggioranze più esigue (sospensione dal Consiglio dei diritti umani, aprile 2022: 93 favorevoli, 24 contrari, 58 astenuti, 18 non votanti; riparazione dei danni provocati dal conflitto, novembre 2022: 94-14-73-12) di quelle formatesi nelle risoluzioni che si limitavano a condannare la Russia riaffermando principi consolidati e, sulla carta, condivisi da tutti (condanna dell'aggressione, marzo 2022: 141-5-35-12; richiesta di garanzie umanitarie, marzo 2022: 140-5-38-10; condanna dei referendum a Luhansk/Donetsk e riaffermazione dell'integrità territoriale ucraina a difesa dei principi della Carta, ottobre 2022: 143-5-35-10; richiesta di una pace onnicomprensiva, giusta e duratura, febbraio 2023: 141-7-32-13).

Considerati questi dati in rapporto al contenuto delle risoluzioni, non è così scontato che si formi una maggioranza dei due terzi, o una maggioranza semplice ma comunque significativa, qualora l'AG venisse chiamata a votare su un tema così sensibile e ricco di conseguenze come l'avvio del processo costitutivo di un tribunale penale sul crimine di aggressione saldamente ancorato al sistema ONU e proprio per questo, secondo la giurisprudenza dei precedenti tribunali, anche legittimato a ignorare persino l'immunità personale degli imputati. Molti Stati, non solo del *Global South*, potrebbero essere restii a fissare un precedente applicabile in linea di principio a qualunque futuro uso della forza presuntivamente aggressivo e fondato sul diniego dell'immunità personale dei Capi di Stato, di governo e dei Ministri degli Affari esteri (la c.d. *troika* o i c.d. *Big Three*) solo perché una maggioranza dell'AG lo ha voluto.

Gli Stati più attivi nel voler perseguire il crimine di aggressione, tra cui l'Ucraina che ritiene essenziale inserire nella futura bozza di risoluzione il riferimento a un «international mechanism» e non a un «simple mechanism of responsibility for committing the crime of aggression» (Andrii Smyrnov, *Deputy Head of the Presidential Office* ucraino, intervista al *Kyiv Post*, 16 marzo 2023), sono impegnati nei corridoi del Palazzo di Vetro a costruire una maggioranza ma dopo i dibattiti sull'Ucraina di febbraio 2023 in CDS e in AG si sono forse convinti che difficilmente una risoluzione avrebbe il supporto necessario (al momento discussione e votazione di una bozza non sono ancora in calendario). Anche il riferimento alla necessità di «ensure accountability [...] through appropriate, fair and independent investigations and prosecutions at [...] international level», inserito nella risoluzione ES-11/6 dell'AG nonostante la contrarietà di alcuni Stati, non lascia ben sperare attesa la genericità del testo, il mancato riferimento espresso alla possibile creazione di un tribunale per il crimine di aggressione e il chiaro monito di istituire, in ogni caso, un meccanismo comunque dotato di adeguata internazionalità sistemica.

7. Il difetto di legittimazione di un tribunale speciale, internazionale o ibrido, esterno al sistema ONU

I rischi correlati a una risoluzione dell'AG sul tribunale penale per l'aggressione, la cui mancata adozione si tramuterebbe per i proponenti in un boomerang politico dagli effetti imprevedibili, orientano alcuni Stati che partecipano alla *United for Justice Conference* verso una soluzione esterna al sistema ONU.

Come anticipato, le opzioni richiamate dalla Commissione europea prospettano la creazione di un tribunale internazionale speciale indipendente, cioè esterno al sistema giudiziario ucraino e fondato su un trattato multilaterale (lo *Special Tribunal for the Crime of Aggression*, STCA, nel linguaggio della Commissione), oppure di una corte specializzata, definita «ibrida» dalla Commissione, integrata nel sistema ucraino con giudici internazionali (in dottrina si è proposto il nome di *Extraordinary Ukrainian Chamber for Aggression* per evocare le ECCC e le *Extraordinary African Chambers*, incardinate dal 2013 al 2017 nell'apparato giudiziario senegalese per perseguire i crimini internazionali commessi in Ciad dall'ex Presidente Hissène Habré).

In entrambi i casi la Commissione considera «essenziale» lo «strong backing» dell'ONU. Se il tribunale non fosse però creato dall'attivazione congiunta dell'AG e del Segretario generale (non fosse cioè *UN-established*), l'auspicato «strong backing» dell'ONU rischierebbe di ridursi nel migliore dei casi a un *endorsement* dell'AG, magari pure *a posteriori*, di un meccanismo (già) creato da una minoranza di Stati fuori dal sistema. Premesso che anche una risoluzione di *endorsement* potrebbe non avere la maggioranza, in ogni caso questo tipo di *UN-backing* sarebbe tutt'altro che *strong* dal punto di vista dell'internazionalità sistemica.

A nostro avviso, qualunque meccanismo esterno al sistema ONU non potrà mai avere quella internazionalità sistemica necessaria a esprimere la pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole* e una ratifica *ex post* dell'AG poco aggiungerebbe al riguardo. Se perseguire il crimine di aggressione, come ribadito dal Consiglio europeo speciale di febbraio 2023, è una questione «of concern to the international community as a whole», è dunque necessario che lo strumento effettivamente esprima questa dimensione comunitaria. Un tribunale internazionale o ibrido voluto e creato da 30-40 Stati di matrice occidentale non potrebbe dirsi rappresentativo della coscienza giuridica dell'intera Comunità internazionale come ci sembra dimostrino implicitamente l'auspicio e il tentativo dell'UE e di alcuni Stati *United for Justice* di ottenere comunque uno *strong backing* per un tribunale che questi Stati (a marzo 2023 il Ministro degli Affari esteri ucraino ha riferito che la coalizione conta ora 33 Stati – tutti europei o comunque occidentali, come Canada, Stati Uniti, Australia e Giappone, tranne il Guatemala – e che il tiepido *favor* iniziale per il tribunale ha ora lasciato invece il campo alla definizione dei suoi parametri) potrebbero comunque istituire stipulando semplicemente un trattato con l'Ucraina o tra loro solamente (si è proposta anche l'ipotesi di un trattato tra Ucraina e UE o Consiglio d'Europa, sulla falsariga delle EAC fondate su un accordo tra Senegal e Unione africana, ma in tal caso andrebbe valutato se tra le competenze delle due organizzazioni rientri anche la creazione di tribunali penali internazionali).

La partecipazione dell'Ucraina al trattato e la scelta del tipo di tribunale, tra l'altro, dipendono anche dalla Costituzione ucraina i cui artt.

124 e 125, anche dopo gli emendamenti introdotti per consentire la ratifica dello Statuto della Corte penale, potrebbero impedire l'operatività di un meccanismo giurisdizionale riconosciuto come «straordinario» o «speciale» e dunque vietato dall'art. 125. Al di là dei profili costituzionali, comunque rilevanti, fino ad oggi il governo ucraino si è orientato con ferma decisione verso l'istituzione di un tribunale speciale internazionale e non ibrido. La preferenza va ricondotta principalmente alla maggiore legittimazione di cui un simile tribunale godrebbe, anche in termini di indipendenza e imparzialità, rispetto a un tribunale ibrido. Secondo il *Deputy Head* del Presidente Zelensky, infatti, è necessario che la sentenza sia emessa da un tribunale rappresentativo del «civilized world», quale solo può essere un tribunale internazionale, e non da una corte ibrida che, incardinata nel sistema giudiziario ucraino, trasmetterebbe l'errata percezione di decidere su un «mere conflict between two countries» (cf. la citata intervista al *Kyiv Post*). Inoltre, un tribunale internazionale potrebbe più logicamente essere stabilito fuori dall'Ucraina (la sede potrebbe essere L'Aja non solo per la tradizione giudiziaria della città e l'attivismo dei Paesi Bassi ma anche per la presenza *in loco* di strumenti e organismi, Eurojust e ICPA su tutti, più utili alle indagini e ai processi), altresì alleggerendo la pressione sul sistema giudiziario e politico ucraino.

8. L'orientamento degli Stati United for Justice, a eccezione dell'Ucraina, per la creazione di una corte ibrida nel sistema giudiziario ucraino e il primo elefante nella stanza (la Corte penale)

Nonostante le pressioni ucraine per istituire un tribunale speciale internazionale, altri Stati *United for Justice* (come Francia, Regno Unito, Germania e Stati Uniti) sembrano però orientarsi per un modello di tribunale ibrido essendo «scettici» sulla soluzione del tribunale internazionale per il timore, riferito dal *Deputy Head* ucraino nell'intervista al *Kyiv Post*, di stabilire un precedente che in futuro potrebbe essere invocato con riguardo alle proprie operazioni militari.

Anche gli Stati Uniti, dopo aver a lungo tenuto una posizione elusiva prospettando ambigualmente sia l'ipotesi di un tribunale internazionale modello Norimberga, fondato su un trattato tra gli Stati *United for Justice*, che addirittura la possibilità di non perseguire in alcun modo il crimine di aggressione, hanno recentemente manifestato espresso supporto per una «internationalized national court», vale a dire un «internationalized tribunal rooted in Ukraine's judicial system, but that also includes international elements in the form of substantive law, personnel, information sources, and structure». Il futuro tribunale potrebbe comunque avere la sede anche «elsewhere in Europe, at least at first, to reinforce Ukraine's desired European orientation, lend gravitas to the initiative, and enable international involvement, including through Eurojust» (Beth Van Schaack, Ambassador-at-Large for Global Criminal Justice, US Department of State, 27 marzo 2023).

La preferenza statunitense per soluzioni *ad hoc* (internazionali o ibride che poi siano) non sorprende dato che da Norimberga in poi la politica americana le ha sempre perseguite, quando possibile anche partecipate a

vario titolo dal CDS (ICTY, ICTR, SCSL, etc.), in luogo di soluzioni universali e permanenti come la Corte penale. Le ragioni di tale preferenza possono essere molteplici.

Un tribunale *ad hoc* esclude il coinvolgimento della Corte penale e, se il CDS è in stallo, anche dell'ONU e dell'AG, così restando sotto la gestione politica dei suoi creatori (nel discorso alla *United for Justice Conference*, l'*Attorney-General* non ha mai menzionato la Corte penale e l'ONU a riprova che la riforma dello Statuto della Corte in tema di aggressione e l'esigenza di uno *strong backing* dell'ONU sono importanti per alcuni Stati europei e l'UE ma non per gli Stati Uniti), ed è modellabile in funzione delle esigenze concrete potendolo sia internazionalizzare che nazionalizzare. Inoltre, le soluzioni *ad hoc* sono più giustificabili in nome di quell'eccezionalismo, già invocato per legittimare la *global war on terror* e il riconoscimento del Kosovo, che mitiga il rischio di stabilire precedenti per il futuro. E, *last but not least*, la soluzione fa bene il paio con quel giustizialismo internazionale statunitense, strumento della concezione wilsoniana di promozione e difesa globale della democrazia e dei diritti umani, che attribuisce agli Stati Uniti, in quanto «champions of the rights of mankind» chiamati a rendere «the world [...] safe for democracy» (così W. Wilson quando chiese al Congresso il 2 aprile 1917 di entrare in guerra), il diritto/dovere di intervenire a difesa (anche) di tutte le «civilized nations» contro i «rogue States» che formano «the axis of evil» (così G. W. Bush, *The National Security Strategy of the United States*, 2002) o, forse più appropriatamente visti gli attori in campo, contro «the evil Empire» (così R. Reagan riferendosi all'URSS in un discorso del 1983). Senza tralasciare poi il tipico processo di identificazione tendenziale tra valori, *desiderata* e obiettivi dello Stato egemone e/o unilateralista e quelli del resto della Comunità allo scopo di riconfigurare la volontà di uno o di pochi come la volontà di tutti. Evocare poi Norimberga, come gli Stati Uniti fanno con riferimento al perseguimento dell'aggressione contro l'Ucraina, garantisce un maggiore impatto retorico e mediatico per il tribunale dato che facilita negli utenti del *mainstream* globale l'assimilazione tra le due situazioni e i due sistemi (quello nazista e russo) con ogni possibile beneficio per il correlato *international discourse* politico dell'Occidente.

Prendendo le distanze dalla richiesta ucraina di creare un tribunale speciale internazionale (alla Conferenza di Londra, nel rispondere a una domanda il Primo Ministro britannico, Dominic Raab, pur comprendendo «the importance of [a special tribunal] to the people of Ukraine», ha però evidenziato che «it is a much more complicated question to deal with»), anche il Regno Unito ha suggerito a gennaio 2023, tramite il proprio *Foreign Secretary*, la creazione di un tribunale ibrido (una «specialised court integrated into Ukraine's national justice system with international elements») sostenuto da «sufficient international support» che, lavorando in parallelo rispetto alle indagini della Corte penale e delle Procure ucraine sugli altri crimini, ne integri (*complement*) l'operato senza indebolirlo (*undermine*).

Il richiamo alla necessità di integrare il lavoro altrui senza indebolirlo illumina il primo elefante nella stanza, cioè la Corte penale. Perseguire l'aggressione con un meccanismo *ad hoc* indebolirebbe l'unica giurisdizione permanente che, pur competente, è impossibilitata ad agire per la scelta, a

suo tempo voluta anche da alcuni Stati occidentali, di restringerne il regime giurisdizionale. Il paradosso di dover creare un tribunale *ad hoc* per svolgere le funzioni di una Corte cui sono state legate le mani determinerebbe l'infelice combinazione di due tribunali che procedono in parallelo sulla stessa situazione per crimini e fattispecie correlate, anche in termini di prove e imputati, con inevitabile dispendio di risorse umane e finanziarie e pericolosa frammentazione di atti e procedimenti.

Di questi problemi è consapevole anche il Ministro degli Affari esteri tedesco che, a gennaio 2023 in un discorso per il centenario della *Academy of International Law*, ha ammesso che la creazione di un tribunale internazionale andrebbe «very much to the detriment» della Corte penale e che dunque l'opzione migliore, ancora una volta per rafforzare e non indebolire la Corte, sarebbe quella di una corte ibrida che derivi «its jurisdiction from Ukrainian criminal law» e sia integrata da elementi internazionali (sede all'estero, supporto finanziario straniero e internazionale, giudici e procuratori internazionali, etc.) per rafforzarne imparzialità e legittimazione.

La fondatezza della correlazione tra *detriment* e modello di tribunale, internazionale o ibrido, può essere discutibile ma, a nostro avviso, il cuore giuridico del problema è un altro e sta nel grado di internazionalità sistemica del costituendo tribunale, quale che poi sia. È da questo grado che dipende in maniera inversamente proporzionale il *detriment* per la Corte penale. Una soluzione *ad hoc* ma ad alta internazionalità sistemica che affronti subito la situazione, resa «speciale» per dirla con il Ministro tedesco più che altro dal fatto che dinanzi a una aggressione *prima facie* la Corte ha le mani legate dagli stessi Stati che la istituirono, ma venga anche integrata dal contestuale sviluppo della seconda *action* suggerita dalla Germania, cioè la riforma dello Statuto per equiparare il regime procedurale sull'aggressione a quello degli altri crimini, almeno testimonierebbe una strategia di crescita della giustizia penale internazionale e allora, e solo per questo, l'odierno *detriment* arrecato alla Corte sarebbe per così dire il male minore perché comunque compensato dalla sua futura piena operatività. La pragmatica e apprezzabile lungimiranza del duplice *course of action* proposto dalla Germania svanirebbe però se fosse fondata la suggestione secondo cui, dietro al *favor* per la corte ibrida, non ci sarebbe altro che la volontà di alcuni Stati (e soprattutto di Stati Uniti e Regno Unito) di evitare il pericoloso precedente di un tribunale internazionale *ad hoc* e i propositi di riforma della Corte (J. Trahan, *Why a "Hybrid" Ukrainian Tribunal on the Crime of Aggression Is Not the Answer*, 6 febbraio 2023, justsecurity.org).

In altre parole, gli Stati vedrebbero nel meccanismo ibrido la "pilotina" migliore per evitare sia Scilla (il precedente di un tribunale internazionale *ad hoc*) che Cariddi (una Corte penale pienamente operativa sul crimine da aggressione). È però anche possibile, per non pensare sempre male (sebbene spesso si indovini...), che la scelta del tribunale ibrido intenda lanciare un segnale agli Stati vittime di aggressione che la loro giustizia interna, adeguatamente supportata e ibridata dalla Comunità internazionale, può perseguire anche il crimine dei crimini contro Stati più potenti dal punto di vista militare e politico.

9. Il secondo elefante nella stanza: l'immunità personale della troika russa

Le variabili che determinano ogni Stato della coalizione *United for Justice* a sostenere una delle varie opzioni sono talmente numerose (e ne abbiamo individuate solo alcune) e talvolta così politiche o politicizzate che diventa difficile in una situazione così fluida fare previsioni o individuare schemi di condotta sufficientemente chiari e omogenei. Da un punto di vista strettamente giuridico, la scelta tra le diverse opzioni dovrebbe dipendere essenzialmente da due variabili tra loro correlate: l'internazionalità sistemica del tribunale e l'applicabilità delle immunità e, in particolare, di quella personale di cui i *Big Three* beneficiano fino a quando in carica.

Della prima variabile – l'internazionalità sistemica – si è già detto e qui giova solo ribadire che senza un saldo ancoraggio al sistema ONU, possibile solo se il tribunale sia *established* e non *backed* dall'ONU, qualunque tribunale internazionale o ibrido creato dagli *United for Justice* non sarà adeguatamente rappresentativo della volontà punitiva della Comunità internazionale *as a whole* per quanto gli Stati *United for Justice* pensino o pretendano di parlare anche per tutti gli altri.

La seconda variabile dipende dal fatto che un tribunale privo di adeguata internazionalità sistemica non potrebbe disconoscere le immunità, inclusa quella personale, di cui beneficia la *troika*. L'applicabilità delle immunità ai *Big Three* accusati di crimini internazionali è una questione dibattuta nel diritto internazionale contemporaneo e nel caso ucraino è il secondo elefante nella stanza dopo la Corte penale.

La giurisprudenza e gli Statuti dei tribunali penali internazionali affermano che tutte le immunità vanno negate proprio perché tali tribunali rappresentano la pretesa della Comunità internazionale *as a whole* di punire i crimini internazionali da *chiunque* commessi. In linea di principio, la statuizione è corretta ma al netto di una precisazione. Da Norimberga in poi, i tribunali hanno quasi sempre proceduto nei confronti di individui che *non* potevano più beneficiare dell'immunità personale in quanto cessati dalla carica. Le uniche eccezioni sono costituite dai procedimenti della SCSL contro Charles Taylor (il mandato di arresto fu emesso a marzo 2003 e Taylor cessò di essere il Capo di Stato della Liberia ad agosto 2003), dell'ICTY contro Slobodan Milosevic (il mandato di arresto fu emesso a maggio 1999 e Milosevic lasciò il potere a ottobre 2000) e della Corte penale contro gli allora Capi di Stato del Sudan, Omar al-Bashir, e della Libia, Muhammad Gheddafi, e l'attuale Presidente della Federazione russa, Vladimir Putin.

Nella citata decisione (cf. §§ 44-53), in particolare, la SCSL ritenne in modo chiaro e significativo che l'immunità personale del Presidente liberiano non fosse applicabile proprio perché il tribunale era «truly international» in quanto creato dal CDS ai sensi del capitolo VII della Carta e dunque espressione della volontà punitiva della Comunità internazionale *as a whole*.

Mentre Taylor e Milosevic furono consegnati ai tribunali internazionali dopo che erano cessati dalla carica e Gheddafi fu assassinato prima che il mandato di arresto potesse essere eseguito, nel caso al-Bashir (il più rilevante per il nostro discorso perché identico al caso Putin) gli Stati parte (Giordania, Uganda, Sud Africa, Ciad, etc.) che ebbero la concreta

possibilità di eseguire i mandati di arresto, trovandosi il Presidente sudanese sul proprio territorio, si rifiutarono di farlo – disattendendo le richieste del Procuratore, delle Camere preliminari e di altri Stati parte, come quelli europei, che lo avrebbero invece arrestato – ritenendo che un Capo di Stato in carica, sulla base del diritto internazionale consuetudinario, continuasse a beneficiare dell'immunità personale anche quando ricercato per crimini internazionali (gli Stati terzi non hanno l'obbligo di cooperare con la Corte dando esecuzione ai mandati di arresto e si ritenne che la risoluzione del CDS di *referral* alla Corte della situazione in Darfur non avesse stabilito anche tale obbligo).

Alcuni Stati riconobbero l'immunità poiché il Sudan (come la Russia) non era uno Stato parte mentre altri ritennero che l'art. 27 dello Statuto (che statuisce l'irrilevanza di ogni *official capacity* incluse quelle della *troika*) si applicasse solo verticalmente, cioè all'interno dello Stato parte e dunque solo agli *State officials* di quello Stato, e non anche orizzontalmente, ossia agli *State officials* di altri Stati (in altre parole, l'art. 27 obbligherebbe lo Stato ad arrestare solo i propri *officials* e non anche quelli di altri Stati). Sebbene le Camere preliminari della Corte abbiano sempre respinto tali interpretazioni, deferendo talvolta questi Stati all'ASP e/o al CDS (rimasto sempre inerte) e negando l'immunità personale per il carattere internazionale dei mandati e del tribunale e/o per la revoca implicita della stessa contenuta nel *referral* del CDS ai sensi del capitolo VII della Carta, il mancato arresto del Presidente al-Bashir ad opera di alcuni Stati parte e terzi e la probabilità che queste stesse dinamiche e interpretazioni divergenti si ripropongano per il richiesto arresto del Presidente Putin (il Dipartimento di giustizia irlandese ha annunciato che lo arresterebbe se mettesse piede in Irlanda mentre l'Ucraina ha chiesto al Sud Africa, ai tempi già censurato dalla Corte penale e dalle proprie Corti per il mancato arresto di al-Bashir, di eseguire il mandato qualora il Presidente Putin partecipasse al vertice BRICS ivi in programma ad agosto) suggeriscono tre riflessioni sul mandato di arresto della Corte penale per crimini di guerra e su un futuro mandato di arresto di un eventuale tribunale per il crimine di aggressione.

In primo luogo, la prassi sul diniego dell'immunità personale dei *Big Three* in caso di crimini internazionali, sebbene orientata in tal senso, non è ancora, secondo noi, sufficientemente uniforme e diffusa; in secondo luogo, il presupposto necessario per negare l'immunità personale è comunque l'adeguata internazionalità sistemica del tribunale emittente, fermo restando che anche la Corte penale, la cui internazionalità non è certo in discussione, ha incontrato difficoltà; in terzo luogo, la questione della legittimazione internazionale di un tribunale resta distinta e non automaticamente coincidente con la questione del diniego dell'immunità personale degli imputati.

Ragionando su quest'ultimo aspetto, alcuni ritengono che sia un tribunale internazionale che uno ibrido (a patto che applichi il diritto internazionale e presenti altri elementi di internazionalità), se creati da un trattato tra ONU e Ucraina su raccomandazione dell'AG, potrebbero rimuovere l'immunità personale degli imputati (K. J. Heller, *The Jordan Appeal Supports a Hybrid Tribunal Denying Personal Immunity*, 6 febbraio 2023, opiniojuris.org). Altri invece circoscrivono tale possibilità ai soli tribunali internazionali istituiti da un trattato tra ONU e Ucraina su raccomandazione

dell'AG escludendo sia i tribunali ibridi (anche se istituiti con la stessa modalità) che quelli creati da coalizioni di Stati o da altre organizzazioni con il solo *backing* esterno dell'AG (J. Trahan, *op. cit.*). Al di là delle specifiche e diverse interpretazioni, ci sembra comunque che la dottrina concordi nel condizionare il diniego dell'immunità personale della *troika* russa a un saldo ancoraggio al sistema ONU del tribunale sul crimine di aggressione.

Non si vede dunque come un tribunale istituito dai soli Stati *United for Justice* sulla base di un trattato esterno al sistema ONU, al più supportato da un *endorsement* dell'AG, possa ignorare l'immunità personale di una *troika* in carica quando la stessa Corte penale ha incontrato, a torto o a ragione, difficoltà. Più in generale, poi, qualunque modello fondato su tali premesse non sarebbe assimilabile alle precedenti esperienze giurisdizionali di derivazione ONU (ICTY, ICTR, ECCC, SCSL, etc.) perché, come detto, il punto dirimente non sta nel tipo di modello astratto in sé (*international, internationally established, hybrid, etc.*) ma nel grado di internazionalità sistemica che il modello scelto in concreto possiede in funzione dell'essere più o meno rappresentativo della volontà della Comunità internazionale *as a whole*. Per tali ragioni, un tribunale sul modello di Norimberga oppure una corte ibrida nel sistema giudiziario ucraino rappresenterebbero più che altro l'esercizio in comune di pretese giurisdizionali nazionali *in nome* (usurato o meritato) della Comunità internazionale piuttosto che l'esercizio di una giurisdizione *truly international da parte* di quella Comunità.

E di tutto ciò sono ben consapevoli sia l'UE (che ritiene essenziale il coinvolgimento dell'ONU proprio per superare il principio dell'immunità come ha espressamente riconosciuto la Commissione europea) che la Germania il cui Ministro degli Affari esteri ha ammesso che una corte ibrida in Ucraina comunque «would not be able to prosecute the troika» a causa delle immunità di cui i *Big Three* continuerebbero a beneficiare.

10. La riforma dello Statuto della Corte penale per garantirle piena operatività sul crimine di aggressione

Tra gli Stati *United for Justice*, come si è visto, l'individuazione del migliore meccanismo per perseguire il crimine di aggressione dipende da numerose variabili politiche e giuridiche che incidono sulle preferenze individuali, anche per la necessità di ciascuno di individuare la soluzione più utile *anche* alla propria ragion di Stato.

I limiti a suo tempo imposti alla Corte penale, anche da alcuni Stati che oggi fanno parte degli *United for Justice*, hanno prodotto una situazione scabrosa anche agli occhi dell'opinione pubblica internazionale e la cui risoluzione, già difficile in prospettiva, diventa di fatto impossibile nell'immediato per la situazione ucraina. La paralisi della Corte, unica istanza a elevata internazionalità sistemica (l'istituzione fu il punto di arrivo di un lungo e partecipato *international discourse* sulla giustizia penale iniziato dopo Norimberga; lo Statuto fu negoziato da circa 150 Stati e 123 ne fanno oggi parte; la Corte è funzionalmente coordinata con il CDS e offre ampie garanzie di indipendenza e imparzialità) e deputata in via generale al perseguimento del crimine di aggressione, impone la ricerca di soluzioni alternative e *ad hoc* che, se non ancorate saldamente al sistema ONU, non

potranno mai avere la necessaria legittimazione per esprimere la pretesa punitiva della Comunità internazionale *as a whole*.

La pragmatica strategia tedesca di un duplice *course of action* (costituire subito un tribunale *ad hoc* e riformare il prima possibile lo Statuto della Corte), prefigurata anche dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa nella risoluzione 2482 di gennaio 2023 (tribunale speciale internazionale con giurisdizione retroattiva al 2014 e diniego dell'immunità personale e riforma dello Statuto che *inter alia* attribuisca all'AG il potere di *deferral* ora riservato al solo CDS), è per certi versi, come detto, il male minore dinanzi alla necessità di trovare una via d'uscita. È però tutt'altro che certo che la riforma della Corte possa andare in porto.

Oltre a nemici storici come Stati Uniti, Israele e Russia, la Corte deve infatti affrontare anche la fronda interna degli Stati parte (alcuni occidentali) che, oggi come a Kampala, non vogliono un unico regime giurisdizionale per tutti i crimini e non intendono cambiare posizione solo perché folgorati sulla via di Damasco dall'invasione russa dell'Ucraina. Certi silenzi britannici e francesi sulla riforma dello Statuto (e certi silenzi statunitensi sul rafforzamento dei poteri della Corte che questa comporterebbe) potrebbero essere indicativi al riguardo e il rischio è che l'aggressione russa venga alla fine considerata non un *alert* sulla necessità di cambiare il prima possibile il regime giurisdizionale della Corte ma un caso eccezionale dovuto a un *rogue State* da affrontare con strumenti *ad hoc* e, soprattutto, senza dover intaccare l'operatività imbrigliata della Corte. Non sorprende dunque che il Ministro tedesco si sia detto «aware that many of our partners, of our closest friends, too, take a critical view» sulla riforma dello Statuto e sia speranzoso di raggiungere ora la maggioranza che mancò prima a Roma e poi a Kampala.

Sulla riforma in tema di aggressione e sulla capacità della Corte di condurre *investigations* e *prosecutions* rapide ed efficaci per gli altri crimini internazionali, sarà comunque decisiva la posizione degli Stati Uniti non solo per il loro peso politico, e le pressioni che sanno esercitare sugli Stati parte, ma anche per le informazioni e le prove utili alla Corte che sono in grado di raccogliere attraverso i loro apparati militari, di sicurezza e di *intelligence*. L'aperta e aggressiva ostilità degli Stati Uniti verso la Corte penale, che risale alla Conferenza di Roma del 1998 quando la proposta di esentare in via permanente i cittadini statunitensi dalla giurisdizione della Corte fu respinta, complica però ogni dinamica di riforma e cooperazione.

Dal 1998 in poi, infatti, gli Stati Uniti hanno sempre rivendicato la necessità di doversi difendere da una Corte considerata politicizzata e dunque una «minaccia» per la sovranità, la democrazia e la sicurezza nazionale (per tutti, si veda *Protecting American Constitutionalism and Sovereignty from International Threats*, discorso di J. Bolton, allora Consigliere per la sicurezza nazionale del Presidente Trump, alla *Federalist Society* di Washington D.C., settembre 2018). Una difesa imperniata dal 2002 sull'*American Servicemembers' Protection Act* (ASPA) che, al fine di boicottarne l'operatività, vieta *inter alia* all'intero apparato federale e statale di fornire alla Corte qualunque «supporto» (definito in termini molto ampi così da includere qualunque tipo e forma di assistenza) e autorizza il Presidente a usare la forza (sic!) per liberare cittadini statunitensi (o, se richiesto, anche di Stati alleati, membri o meno della NATO) eventualmente detenuti o imprigionati dalla Corte a L'Aja (dove si trova la struttura detentiva) o dagli

Stati parte sul proprio territorio per conto della Corte (legge sarcasticamente chiamata *The Hague Invasion Act*). Una difesa dalla Corte che nel 2020 si è spinta a congelare i beni e vietare l'ingresso negli Stati Uniti del Procuratore e del personale della Corte (*Executive Order 13928* del Presidente Trump poi revocato nel 2021 dall'Amministrazione Biden) poiché una Camera preliminare aveva autorizzato l'avvio delle indagini anche nei confronti del personale statunitense per presunti crimini di guerra e contro l'umanità commessi in Afghanistan.

Nello stesso tempo, però, gli Stati Uniti hanno sempre ritenuto che la Corte, una volta neutralizzata nei propri confronti, potesse essere utile nel perseguire i crimini altrui. Cercando di gestire il dilemma di difendere i propri cittadini dalla Corte e nel contempo di aiutarla a perseguire tutti gli altri, già nell'ASPA fu introdotto il *Dodd Amendment* che, al netto di alcune limitazioni, non applica i divieti di supporto e cooperazione ivi previsti qualora la giustizia della Corte si rivolga contro «Saddam Hussein, Slobodan Milosevic, Osama bin Laden, other members of Al Qaida, leaders of Islamic Jihad, and other foreign nationals accused of genocide, war crimes or crimes against humanity» (nel 2010 il Dipartimento di giustizia inserì anche la Corte tra le istanze di giustizia internazionale beneficiarie del *Dodd Amendment* e l'Amministrazione Obama adottò una politica di supporto in base a valutazioni da effettuare caso per caso).

A nostro avviso, le indagini della Corte sulla situazione in Ucraina, e il mandato di arresto contro il Presidente Putin, potrebbero rappresentare per gli Stati Uniti, e anche per qualche altro Stato occidentale come il Canada (il cui Ministro degli Affari esteri ha ammesso a inizio marzo 2023 che nel lungo termine l'obiettivo è quello di provocare un *regime change* in Russia), una ghiotta occasione anche per regolare certi "conti geopolitici", probabilmente apertisi quando l'arrivo al potere di Putin interruppe o comunque ricondizionò il processo di avvicinamento della Russia di Eltsin all'Occidente europeo, e dare così una spallata decisiva a *questa* Russia e al correlato quadro globale delle relazioni internazionali. Una spallata per la quale potrebbe già bastare il mandato di arresto emesso per crimini di guerra, una volta eseguito prima o poi, nei confronti del Presidente Putin senza doversi necessariamente anche imbarcare nella creazione di un tribunale per l'aggressione (soprattutto se internazionale) o, in ottica futura, nella ancor più invisibile riforma della Corte penale.

Intanto, e gestendo il solito dilemma alla luce della mutata situazione, gli Stati Uniti tengono un atteggiamento di formale distacco dalla Corte, ora non citandola (come nel discorso dell'*Attorney-General* alla Conferenza di Leopoli), ora non supportandone esplicitamente le attività (subito dopo l'emissione del mandato di arresto per il Presidente Putin il portavoce del *National Security Council* evidenziò solo la necessità di supportare l'*accountability* per i crimini di guerra, quello del Dipartimento di Stato precisò che le decisioni statunitensi sui crimini in Ucraina «are separate from the ICC's independent decisions on matters before it» mentre il Rappresentante permanente all'ONU, Linda Thomas-Greenfield, non vi fece neanche cenno durante la riunione del CDS sull'Ucraina del 17 marzo 2023 nonostante il Rappresentante permanente russo, Vassily Nebenzia, pochi minuti prima lo avesse definito «illegitimate, invalid and null and void»), sebbene le recenti dichiarazioni dell'Ambassador-at-Large for Global

Criminal Justice sembrerebbero marcare una discontinuità rispetto al passato nella misura in cui alla Corte è stato riconosciuto un «posto importante nell'ecosistema della giustizia internazionale» e gli Stati Uniti hanno espresso «supporto» per le sue indagini in Ucraina, ora ribadendo che, pur ritenendo «justified» il mandato di arresto, la Corte «is not recognized internationally by us» (*Remarks by President Biden Before Marine One Departure*, 17 marzo 2023, [whitehouse.gov](https://www.whitehouse.gov/)), ora sviluppando, perlomeno ad oggi, rapporti *diretti* di collaborazione e supporto investigativo solo con la Procura generale ucraina e la SIC Ucraina.

Nel frattempo però gli Stati Uniti, per cogliere quella ghiotta occasione, stanno giuridicamente ridefinendo il quadro delle possibili interazioni con la Corte. A dicembre 2022 il Congresso ha così modificato il *Dodd Amendment* per consentire all'Esecutivo di fornire assistenza alla Corte penale anche con riguardo alle «investigations and prosecutions of foreign nationals related to the Situation in Ukraine» e di permettere, ma solo in questo caso, lo svolgimento di attività investigative della Corte negli Stati Uniti (che restano invece vietate per ogni altra situazione). Spetta ora all'Esecutivo decidere se, come e quanto cooperare con la Corte sull'Ucraina. Sebbene non vi siano ancora indicazioni certe, sembra che il dibattito in seno all'Amministrazione Biden si stia orientando favorevolmente in tal senso anche in ragione della pressione *bipartisan* esercitata dal Congresso (e ferma restando comunque l'opposizione del Pentagono secondo cui la condivisione di prove con la Corte stabilirebbe un precedente pericoloso in quanto invocabile in futuro per *investigations* e *prosecutions* contro cittadini statunitensi).

Le possibili aperture statunitensi verso la Corte non riguardano comunque il perseguimento del crimine di aggressione. In questo caso, la prospettiva statunitense, eventualmente, non intende andare oltre il ristretto confine, chiuso anche per l'AG, della coalizione *United for Justice* e non prevede alcun ruolo per la Corte né ora per l'Ucraina, né in futuro per altri casi. Ogni proposito di riforma dello Statuto non potrà dunque fare i «conti senza l'oste statunitense» a meno che gli Stati riformisti, tra cui molti Stati europei, non decidano di affrancarsi dai consigli e dagli orientamenti sul punto dello storico alleato d'oltreoceano.

11. Una giustizia dell'Occidente e il terzo elefante nella stanza (gli Stati Uniti)

L'attivismo giudiziario sui crimini internazionali commessi in Ucraina, incluso quello di aggressione, che ha caratterizzato il primo anno di guerra pone anche una questione di legittimazione *lato sensu* politica nella misura in cui è promosso da Stati che appartengono quasi tutti ai gruppi regionali dell'AG *Eastern European* e *Western European and other States* o che comunque afferiscono al campo politico occidentale (39 su 43 nel rinvio collettivo alla Corte penale; tutti gli intervenienti nel procedimento *Ucraina v. Russia* dinanzi alla CIG; tutti gli Stati *United for Justice* tranne il Guatemala).

Anche alla luce del diverso approccio al conflitto e alla giustizia internazionale che caratterizza altre regioni e continenti (ad es., Sud America, Africa e Asia) e altri importanti Stati (ad es., Brasile, India e Sud

Africa), più orientato a dialogare che a sanzionare (solo gli Stati occidentali le adottano) e invocare l'*accountability* della Russia, emerge inevitabilmente la percezione che la ricerca di giustizia in Ucraina appartenga all'Occidente più che all'intera Comunità internazionale. Il confronto poi tra l'attivismo odierno e l'immobilismo passato (soprattutto in riferimento all'invasione anglo-americana dell'Iraq) rafforza la percezione, anche tra i commentatori europei, di un *double standard* di matrice occidentale (cf. K. Ambos, *Ukraine and the Double Standard of the West*, in *Journal of International Criminal Justice*, settembre 2022: «the Western approach to the Russian aggression is by no means universally accepted» e la pretesa di voler difendere «a rules-based order [...] fails to fully convince given the inconsistencies in the West's approach to international criminal law»).

Il coinvolgimento pressoché esclusivo dei soli Stati occidentali è un dato oggettivo e anche il Ministro degli Affari esteri tedesco, condividendo il *concern* di chi sostiene che l'Occidente «only care about this war because it is in Europe» e che un tribunale sull'aggressione sarebbe solo «another special solution for European issues», ha rimarcato l'importanza «to bring partners on board with this process [la creazione del tribunale] in particular from other regions of the world».

Non è però un compito facile quello che attende il Ministro tedesco. Convincere gli altri che la sete occidentale di giustizia non è connotata geopoliticamente e si fonda in buona fede sul principio che la “legge è uguale per tutti” diventa complesso quando *inter alia* salgono *on board* anche gli Stati Uniti, ossia il terzo elefante nella stanza dopo la Corte penale e l'immunità personale. Non è infatti il miglior biglietto da visita per cercare supporto nel *Global South* l'avere al fianco uno Stato che considera la Corte penale una «minaccia» per la propria democrazia e sicurezza, si riserva di usare la forza ovunque per liberare un proprio cittadino detenuto in esecuzione di un mandato di arresto internazionale e rifiuta quel principio di complementarità che, attribuendo alle giurisdizioni nazionali la “primazia” dell'azione penale e riservando alla Corte solo un ruolo eventuale in caso di accertata *inability* o *unwillingness* dello Stato procedente, finisce per diventare sia la cartina al tornasole della reale volontà di uno Stato di fare giustizia *anche* nei confronti dei propri *nationals* che un efficace tranquillante giuridico per quegli Stati che temono “interferenze” e “minacce” di procuratori e giudici internazionali “politicizzati” (la Corte non può infatti intervenire se uno Stato sia *able and willing* nell'esercitare l'azione penale verso i propri *nationals*).

E se a tutto ciò aggiungiamo che, dinanzi al mandato di arresto contro Putin, gli Stati Uniti hanno espresso «support» per l'*accountability* di un Presidente di uno Stato terzo allo Statuto sebbene, *as a matter of law*, rifiutino da sempre la giurisdizione della Corte sugli Stati terzi in forza del criterio territoriale e che evocare Norimberga significa richiamare un simbolo – a torto o a ragione – della giustizia del vincitore sul vinto, l'opera di convincimento per il Ministro tedesco di turno diventa ancora più difficile tanto quanto lo è sgombrare il campo dal sospetto di essere una giustizia a senso unico, magari anche a carattere eccezionale per non creare precedenti (come fu detto per l'intervento militare della NATO del 1999 e il riconoscimento del Kosovo da parte statunitense) sebbene l'eccezionalismo, ammesso e non concesso che sia concepibile *tout court* come istituto giuridico,

non rafforzi mai i sistemi giuridici ma sempre li indebolisca in termini di tenuta giuridica e li delegittimi in termini di credibilità e affidamento.

Invariate queste premesse, e con un tribunale speciale internazionale o ibrido per il crimine di aggressione fondato su un trattato tra alcuni Stati esterno al sistema ONU, sarebbe difficile non riscontrare anche nella realtà quella percezione diffusa tra gli altri Stati di una giustizia a senso unico e di un *double standard* di matrice occidentale che poco contribuirebbero a livello sistemico e nel lungo periodo a rafforzare l'impianto del diritto e della giustizia penale internazionale, oltre che il senso di un agire condiviso della Comunità internazionale *as a whole* a tutela dei propri valori fondamentali.

12. De-occidentalizzare la quest for justice in Ucraina, allontanare i sospetti di double standard e promuovere la giustizia della Comunità internazionale as a whole

L'attivismo giudiziario degli Stati occidentali, però, potrebbe anche sgombrare il campo dagli altrui sospetti e percezioni malevole se fondasse la propria credibilità e legittimazione politica e giuridica, nel breve termine, su un tribunale per l'aggressione voluto dall'AG e saldamente ancorato al sistema ONU e, nel lungo termine, su una riforma dello Statuto della Corte che le consenta di operare nei confronti di *qualunque* aggressore.

Soddisfare queste due condizioni innescherebbe un più ampio processo di benefico sviluppo del diritto e della giustizia penale internazionale e di rafforzamento dei valori fondamentali della Comunità internazionale e delle categorie logico-giuridiche che li tutelano (*jus cogens*, obblighi *erga omnes* e crimini internazionali).

In questa prospettiva, il fatto che la *quest for justice* ad oggi sia di matrice marcatamente occidentale e dunque provenga da una componente rappresentativa ma non maggioritaria della Comunità, potrebbe essere un falso problema se si considera che, in fondo, le evoluzioni sistemiche e fisiognomiche del diritto internazionale (si pensi al settore dei diritti umani) sono quasi sempre indotte inizialmente da un gruppo più o meno ristretto di Stati *like-minded* per poi coinvolgere anche tutti gli altri. Integrando infatti le due condizioni indicate, la questione giustizia si "de-occidentalizzerebbe" nei suoi tratti sostanziali e operativi e il problema di chi o di quanti Stati la sollecitino diventerebbe irrilevante dinanzi a un esercizio della giustizia *appropriate, fair and independent* (per dirla con l'AG) nei confronti di *tutti* gli Stati. Per questo, e nell'interesse proprio di quegli Stati occidentali che in buona fede chiedono giustizia, un eventuale tribunale per l'aggressione non dovrà essere una riedizione, internazionale o ibrida, del Tribunale di Norimberga e la Corte penale dovrà essere al più presto messa in condizione di perseguire qualunque aggressore.

I sistemi dell'ONU e della Corte penale sono le sole architetture istituzionali di pace, giustizia e sicurezza che rappresentano credibilmente la Comunità internazionale *as a whole* e che possono affrontare queste crisi. Le paralisi del CDS possono trovare una medicina preziosa, e credibile, nell'AG fermi restando i diversi poteri dei due organi. Paradossalmente la tragedia umanitaria e lo snodo politico senza ritorno della guerra possono determinare una crescita notevole del diritto internazionale che potrebbe

uscirne con un sistema di giustizia e cooperazione internazionale, anche in materia penale, più articolato e rafforzato. La giustizia del futuro, fondata su quelle categorie logico-giuridiche che più esprimono le dinamiche di una base sociale comunitaria (*jus cogens*, obblighi *erga omnes* e crimini internazionali), potrebbe diventare più partecipata, se supportata dal sistema dell'ONU, ed essere alimentata da innovativi e rafforzati schemi e strumenti di cooperazione internazionale, diffusi a livello globale tramite le organizzazioni regionali e ispirati ai modelli utilizzati dal Procuratore della Corte e da Eurojust in Ucraina, così delineando una sorta di polizia giudiziaria internazionale.

Il Tribunale di Norimberga fu il primo momento effettivo di giustizia internazionale e, seppur offuscato dal senso di una giustizia del vincitore sul vinto, costituì per il diritto internazionale, rispetto al poco o nulla precedente, un passo in avanti verso i tribunali consiliari degli anni Novanta, le altre istanze internazionali e ibride e, infine, la Corte penale.

Oggi, dinanzi a un conflitto armato così grave e dai risvolti politici così sistemici, è giunto il momento di fare un altro passo in avanti traghettando la giustizia penale internazionale dall'età adolescenziale a quella matura. L'esigenza di giustizia si è infatti consolidata nella coscienza giuridica della Comunità internazionale tanto quanto le categorie logico-giuridiche che la attualizzano tramite nozioni, procedure e meccanismi di diritto internazionale penale, sostanziale e procedurale, e di cooperazione giudiziaria e di polizia.

Per raggiungere la maturità, la giustizia penale internazionale non dovrà più pagare il prezzo di ritrosie e ostilità e, combinando l'azione delle organizzazioni regionali e della Corte penale, dovrà perseguire i crimini internazionali, inclusa l'aggressione, a qualunque latitudine.

Solo così avremo una giustizia esercitata *da parte* dell'intera Comunità internazionale e non *da una parte* sola. Solo così quella giustizia sarà *fair, appropriate e independent*. Solo così quel lessico concettuale e quegli strumenti operativi che legano valori fondamentali, Comunità contemporanea e giustizia internazionale, le cui paternità sono ancora europee (più che occidentali), diventeranno un linguaggio e un armamentario globale e dunque *truly international*. E solo così l'odierno attivismo occidentale sarà stato retrospettivamente il primo passo verso una rinnovata e rafforzata dimensione di giustizia e non invece un caso isolato, indicativo di un deleterio e divisivo senso unico.

La Conferenza di Roma e gli emendamenti di Kampala furono occasioni perse sia per dare alla Corte penale quella piena operatività sul crimine di aggressione che non avrebbe costretto oggi alcuni Stati *United for Justice* a cercare voti in AG, sia per dimostrare che qualunque crimine e criminale sono uguali davanti alla legge internazionale. Il conflitto in Ucraina ha offerto una nuova tragica opportunità per colmare quella lacuna, rafforzare il complessivo impianto della giustizia internazionale e, in ultima analisi, dimostrare che le uniche differenze tra Bucha, Falluja e Kunduz stanno nella nazionalità delle vittime e nella geolocalizzazione delle scene dei crimini e non anche nella nazionalità dei criminali.

La strada che si profila davanti è dunque quella giusta sebbene sia ancora incerto fin dove arrivi e quanti e quali Stati vorranno percorrerla fino in fondo. Non seguirla o prendere scorciatoie in ossequio ai *double standards*

significherebbe superare una linea rossa oltre la quale, quasi certamente, non vi sarebbero più altre opportunità di crescita per il diritto e le relazioni internazionali ma solo muri ancor più alti, divisioni ancor più profonde e violenza bellica ancor più endemica.

Paolo Bargiacchi
Facoltà di Scienze Economiche e Giuridiche
Università degli Studi di Enna “Kore”
paolo.bargiacchi@unikore.it