

La Corte penale internazionale e la guerra in Ucraina: luci ed ombre

*Cuno J. Tarfusser**

Sommario: 1. La Corte penale Internazionale e la sua “mission” - 2. I meccanismi di attivazione della Corte e le in connessione con l’indagine in Ucraina- 3. I c.d. crimini internazionali: Quali sono in cosa consistono e quali sono quelli ragionevolmente commessi in Ucraina - 4. Le indagini in corso: l’acquisizione delle prove e l’esito atteso e prevedibile - 5. ...e poi? - 6. Conclusioni: quali luci e quali ombre.

1. La Corte penale Internazionale e la sua “mission”

“Consapevoli che tutti i popoli sono uniti da stretti vincoli e che le loro culture formano un patrimonio da tutti condiviso, un delicato mosaico che rischia in ogni momento di essere distrutto; memori che nel corso di questo secolo, milioni di bambini, donne e uomini sono stati vittime di atrocità inimmaginabili che turbano profondamente la coscienza dell’umanità; riconoscendo che crimini di tale gravità minacciano la pace, la sicurezza ed il benessere del mondo; affermando che i delitti più gravi che riguardano l’insieme della comunità internazionale non possono rimanere impuniti e che la loro repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale; determinati a porre termine all’impunità degli autori di tali crimini contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini; rammentando che è dovere di ciascun Stato esercitare la propria giurisdizione penale nei confronti dei responsabili di crimini internazionali; ribadendo gli scopi ed i principi della Carta delle Nazioni Unite ed in modo particolare il dovere di tutti gli Stati di astenersi

*Magistrato. Procuratore della Repubblica di Bolzano (2001 - 2009), Giudice della Corte penale internazionale (2009 – 2019) di cui era anche Vicepresidente e dal 2020 sostituto Procuratore Generale della Repubblica di Milano.

dal ricorrere all'uso della minaccia o della forza contro l'integrità territoriale o l'indipendenza politica degli altri Stati o in contrasto, in qualsiasi altro modo, con gli scopi delle Nazioni Unite; evidenziando a tale riguardo che nessuna disposizione del presente Statuto può essere interpretata nel senso di autorizzare uno Stato Parte ad intervenire in un conflitto armato o negli affari interni di un altro Stato; determinati ad istituire, a tali fini e nell'interesse delle generazioni presenti e future, una Corte penale internazionale permanente e indipendente, collegata con il sistema delle Nazioni Unite competente a giudicare sui crimini più gravi motivo di allarme per l'intera comunità internazionale; evidenziando che la Corte penale internazionale istituita ai sensi del presente Statuto è complementare alle giurisdizioni penali nazionali; risolti a garantire in modo duraturo il rispetto e l'applicazione della giustizia internazionale”.

Ho voluto trascrivere integralmente il “preambolo” allo Statuto di Roma¹, il trattato internazionale firmato a Roma il 17 luglio 1998 che ha posto le basi giuridico-pattizie della Corte Penale Internazionale (CPI), per far ricordare a coloro che oggi hanno più di 40-45 anni e per far percepire a coloro che ne hanno meno, quale fosse, solo 24 anni fa!, il “clima geopolitico” che ha permesso alla “Comunità internazionale” di trovare il consenso intorno alla tanto straordinaria, quanto rivoluzionaria idea dell’istituzione di un organismo giudiziario sovranazionale permanente, competente a giudicare, seppur in via complementare, i “*delitti più gravi che riguardano l’insieme della comunità internazionale*”, ovvero i quattro così detti “crimini internazionali”.

“Ricordare”, dicevo, a chi è ormai maturo e “far percepire” a chi è ancora giovane in quanto, purtroppo ormai da diversi anni, di quel “clima geopolitico”, fortemente influenzato dalla caduta del muro di Berlino (*pars pro toto*) e caratterizzato da apertura al mondo, da internazionalizzazione, da multiculturalismo, da solidarismo, da liberalismo, è rimasto ben poco. Oggi non solo prevalgono chiusura, sovranismo, nazionalismo e autoritarismo, ma riaffiorano prepotentemente folli mire espansionistiche che pensavamo fossero ormai solo materia di studio degli storici.

¹https://files.studiperlapace.it/spp_zfiles/docs/romastat.pdf

Di fronte a questo mutato scenario geopolitico è lecito chiedersi quale sia oggi il ruolo, quale la “mission” della Corte penale internazionale.

Ritengo di poter rispondere che, se la “mission” dettata dal preambolo è invariata, è però indubbio che la Corte penale, seppure autonoma rispetto alla “Comunità internazionale”, risente dell’aumentata conflittualità in seno alla stessa e percepisce il pericolo di strumentalizzazione cui è esposta e cui deve assolutamente sottrarsi.

Se questo pericolo è una costante per la CPI, proprio in considerazione dell’oggetto della sua attività giudiziaria, lo è a maggior ragione e per ovvi motivi in relazione alle indagini per l’accertamento dei crimini internazionali commessi nel contesto della guerra di aggressione della Federazione russa all’Ucraina. Vi si deve sottrarre non tanto per non perdere (ulteriormente) credibilità, ma per acquisire quella autorevolezza, per appropriarsi di quel ruolo di importante *player* nello scacchiere internazionale che la Comunità Internazionale del 1998 le ha voluto affidare.

2. I meccanismi di attivazione della Corte e le indagini in Ucraina

Dei tre meccanismi di attivazione² previsti dallo Statuto per attivare la Corte consentendo al Procuratore presso la Corte, Karim Khan QC³, di annunciare il 2 marzo 2022 e quindi avviare le indagini “nella situazione⁴ dell’Ucraina” (“*investigation into the situation of the Ukraine*”), ad operare in concreto è stato quello della richiesta di uno Stato Parte⁵ previsto dall’art. 13, lettera a) dello Statuto. Peraltro, non uno ma 39 Stati Parte hanno fatto la segnalazione prevista dalla norma (successivamente se ne sono aggiunti degli altri).

² Tre sono i meccanismi di attivazione (*triggering mechanism*) della Corte. (i) La richiesta di uno Stato Parte (Artt. 13, a. e 14, SR), (ii) la risoluzione del Consiglio di Sicurezza della Nazioni Unite (Art. 13, b, SR), e (iii) l’iniziativa del Procuratore presso la Corte, se e nella misura in cui è autorizzato dal giudice (Art. 13, c. e 15 SR)

³ QC è l’acronimo di *Queen’s Counsel*, un titolo onorifico assegnato dal Monarca del Regno Unito ad una ristretta cerchia di Barristers che hanno conseguito particolari meriti.

⁴ “Situazione” è il termine tecnico statutario (v. artt. 13, 14, 15, 18 e 19 RS) con cui si indica un territorio (normalmente coincidente con un Paese) in cui vengono svolte le indagini.

⁵ Ad oggi, luglio 2022 gli Stati Parte, ovvero gli Stati che hanno ratificato lo Statuto di Roma sono 123 su complessivi 193 Stati sovrani riconosciuti dalla Comunità Internazionale

La sola segnalazione degli Stati Parte, per quanto numerosi, non era però sufficiente a legittimare il Procuratore ad avviare delle indagini per la semplice ragione che queste avrebbero gioco forza dovuto svolgersi sul territorio dell'Ucraina, Paese che non ha ratificato lo Statuto e quindi non è uno Stato Parte. A questo difetto di giurisdizione *ratione loci* ha però ovviato un'interpretazione che giudico molto generosa dell'art. 12, 3. SR, in base al quale anche uno Stato non Parte è soggetto della giurisdizione della CPI se l'accetta con apposita dichiarazione.

Ben due dichiarazioni in tal senso erano già state depositate presso la Cancelleria ("*Registry*") della CPI, entrambe originate dal Parlamento della Repubblica Ucraina. La prima del 9 aprile 2014, avente per oggetto "*gli autori ed i complici dei crimini commessi tra il 21 novembre 2013 e il 22 febbraio 2014 su territorio dell'Ucraina*", la seconda datata 8 settembre 2015 avente per oggetto "*alti ufficiali della Federazione Russa e i capi di due organizzazioni terroristiche per crimini contro l'umanità e di guerra commessi sul territorio dell'Ucraina dal 20 febbraio 2014*".

L'interpretazione generosa cui ho fatto cenno riguarda la ritenuta ultrattività di dette dichiarazioni anche a distanza di 7 – 8 anni durante i quali l'Ucraina avrebbe avuto tutto il tempo, se solo lo avesse voluto, di ratificare lo Statuto di Roma. Senza voler ulteriormente approfondire la questione relativa a questo aspetto, mi limito a rinviare, se di interesse, ad un mio commento pubblicato su giurisprudenza penale, in cui ho svolto alcune riflessioni su questa e su altre criticità dell'indagine.⁶

Certo è che, criticità o meno, le indagini sono in pieno corso sin dal marzo scorso.

3. I c.d. crimini internazionali: 3.1 Quali sono 3.2 in cosa consistono e 3.3 quali sono quelli ragionevolmente commessi in Ucraina

Le domande cui rispondere possono essere così sintetizzate: quali sono i "crimini internazionali", in cosa si caratterizzano e quali tra questi crimini sono stati e continuano ad essere commessi sul territorio.

⁶<https://www.giurisprudenzapenale.com/2022/03/16/le-indagini-della-corte-penale-internazionale-into-the-situation-of-ucraine-alcune-criticita/>

La risposta a queste domande è molto più complessa e difficile di quanto si possa pensare semplicemente leggendo i giornali o guardando la televisione che, facendo riferimento a “rapporti indipendenti” redatti da “organizzazioni indipendenti” (dove il problema sta nell’aggettivo “indipendente”), riferiscono genericamente e senza avere ben chiari i concetti, di crimini di guerra e contro l’umanità commessi dai russi, alcuni parlano addirittura di genocidio.

3.1 Innanzitutto e in estrema sintesi: quali sono i “crimini internazionali” e cosa caratterizza il loro essere “internazionale” rispetto a crimini che internazionali non sono⁷.

Se è noto a tutti che i crimini internazionali sono quattro, ovvero il genocidio (Art. 6 SR), il crimine contro l’umanità (Art. 7 SR), il crimine di guerra (Art. 8 SR) e il crimine di aggressione (Art. 8 bis SR), non altrettanto noto è cosa li distingue tra di loro e cosa li caratterizza rispetto a condotte criminali (omicidio, tortura, violenza sessuale, ecc) che “internazionali” non sono.

3.2 La risposta è nel terzo elemento costitutivo, oltre a quello oggettivo e a quello soggettivo propri di tutti i reati, richiesto dai crimini internazionali. Questo terzo elemento è il cd “elemento contestuale”.

L’elemento contestuale nel crimine di guerra è la guerra. La violazione in tempo di guerra delle norme che regolano la guerra a tutela delle vittime della guerra, il cd “diritto internazionale umanitario” consistente nelle convenzioni di Ginevra e di Den Haag, dà luogo al crimine di guerra.

Nel crimine contro l’umanità l’elemento contestuale consiste nell’attacco esteso o sistematico contro una popolazione civile in esecuzione o a sostegno di un programma di uno Stato o di un’organizzazione, mentre nel genocidio consiste nel dolo specifico volto a distruggere, in tutto o in parte, un gruppo nazionale, etnico, razziale, religioso o linguistico.

⁷ Mi scuso sin d’ora per questo approccio didattico, ma nel corso della mia ultradecennale attività, non solo di giudice internazionale, di relatore in convegno e di docente universitario in Italia e all’estero, ma anche di semplice interlocuzione con numerosi giuristi, mi sono imbattuto in una vastissima non conoscenza anche solo dei principi basilari del diritto penale internazionale. Ho quindi deciso di non dare (quasi) nulla per scontato.

3.3. Fatta questa premessa, mi sembra più che ragionevole sostenere che sul territorio dell'Ucraina vengono commessi crimini internazionali. Non solamente dal febbraio 2022, giorno dell'aggressione russa, ma sin dal 2014 quando il conflitto armato è iniziato seppur non assumendo ancora carattere internazionale. Non solo dai russi, ma anche da parte ucraina che vanno parimenti investigati. Altrettanto ragionevole è che molte condotte possano essere qualificate quali crimini contro l'umanità. Certo è però anche che nel contesto di questa guerra non si può parlare, difettando l'elemento contestuale, di genocidio come hanno fatto, tra gli altri, non so se perché mal consigliati o per propaganda, il Presidente statunitense Biden e quello ucraino Zelenski.

Un discorso a parte merita il crimine di aggressione. Non vi è dubbio che la condotta posta in essere dall'esercito della Federazione russa è perfettamente sussumibile nell'art. 8 bis SR secondo cui *“per atto di aggressione s'intende l'uso della forza armata da parte di uno Stato contro la sovranità, l'integrità territoriale o l'indipendenza politica di un altro Stato, o in qualunque altro modo contrario alla Carta delle Nazioni Unite”*. Il problema quindi non è sostanziale, bensì processuale. Infatti, nello stesso momento in cui la Comunità Internazionale ha trovato l'accordo compromissorio per la definizione della condotta del crimine di aggressione, ha però anche introdotto una norma processuale, l'art. 15 bis SR, che ne depotenzia ogni effetto. Al quinto comma della citata norma si legge infatti che *“con riferimento a uno Stato non Parte del presente Statuto, la Corte non esercita il proprio potere giurisdizionale su un crimine di aggressione quando quest'ultimo è commesso da cittadini di tale Stato o sul suo territorio.”* In altre parole, dopo aver gettato il sasso, hanno immediatamente nascosto la mano.

4. Le indagini in corso: l'acquisizione delle prove e l'esito atteso e prevedibile anche in termini di responsabilità

Molti sono i motivi per cui le indagini della CPI per l'accertamento di crimini internazionali sono particolarmente complesse e difficili. Basti pensare al fatto che solitamente si svolgono a conflitto in corso (*ongoing conflict*), basti pensare al clima di ostilità di almeno una parte confliggente

verso le indagini e gli investigatori, basti pensare alla difficoltà di raccolta e, soprattutto di assicurazione, delle prove, basti pensare alla difficoltà con cui si riescono a trovare testimoni per il pericolo cui questi si espongono se rendono testimonianza. Per non parlare dell'ambiente politico, sociale, culturale ed ambientale che, da un lato non è familiare a coloro che le indagini le svolgono, dall'altro non accetta una giustizia che considera "imposta" dall'esterno.

Se queste difficoltà investigative le trasferiamo nello scenario bellico ucraino, la difficoltà maggiore è indubbiamente quella della raccolta e dell'assicurazione delle prove. Di prove genuine e attendibili, si intende. Questa attività, fondamentale in vista di un possibile successivo utilizzo processuale, è connotata dal rischio che deriva dai "partner" cui gli investigatori internazionali devono giocoforza affidarsi, ovvero le autorità ucraine e quindi una parte belligerante che, non solo ha un preciso interesse all'esito delle indagini, ma che deve essere essa stessa investigata per eventuali crimini di guerra commessi. L'ulteriore rischio è quello di cadere vittima della guerra di propaganda che viene indubbiamente da entrambe le parti in conflitto.

Per minimizzare questi rischi sarebbe quindi auspicabile che la Procura presso la Corte, dotata di un'ampissima discrezionalità investigativa, individui alcuni pochi precisi ed eclatanti fatti di violazione del diritto internazionale umanitario su cui concentrare l'attività investigativa e di acquisizione delle prove per poi portare questi pochi fatti, all'attenzione della camera preliminare della Corte penale internazionale. Importante è, a mio avviso, rifuggire dalla tentazione di voler accertare ogni e qualsiasi crimine internazionale con il rischio di non accertare nulla e di venire meno alla propria "mission" che non è quella di "scrivere la storia" ma quella di "porre termine all'impunità degli autori di tali crimini".

Paradossalmente meno problematica è a mio avviso l'individuazione del responsabile o dei responsabili dei crimini che verranno eventualmente accertati. Infatti, le numerose dichiarazioni pubbliche rilasciate dai vertici politici e militari di entrambe le parti belligeranti rappresentano, a mio avviso, delle vere e proprie confessioni stragiudiziali che ricadono in pieno negli artt. 25 e 27 dello Statuto di Roma in tema di responsabilità.

5. ...e poi?

Se fino al momento della “giurisdizionalizzazione” dell’attività di indagine che avviene con la richiesta da parte della Procura alla Camera Preliminare (*Pre Trial Chamber*) dell’emissione di un mandato di cattura (o di comparizione) a carico di una o più persone ritenute responsabili di determinati fatti considerati crimini internazionali, il procedimento può anche prescindere dalla collaborazione degli Stati, nel momento in cui si deve procedere all’esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali (mandato di cattura, ma anche, ad esempio, mandati di perquisizione e sequestro) la cooperazione degli Stati è imprescindibile. La Corte, infatti, non ha alcun potere esecutivo o coercitivo. Non ce l’ha rispetto agli Stati Parte e men che meno rispetto agli Stati che Parte non sono.

La materia della cooperazione e dell’assistenza giudiziaria è regolata in maniera tanto capillare quanto contorta e di non sempre facile interpretazione dagli artt. da 86 a 102 dello Statuto.

Quindi, se uno Stato Parte deve cooperare con la Corte (“*shall cooperate fully with the Court*”) e ogni Stato non Parte dello Statuto può collaborare con la Corte a titolo di “cortesia diplomatica”, si è facili profeti nel prevedere che la Federazione russa non collaborerà nell’esecuzione di provvedimenti giudiziari della Corte, magari di cattura, che potrebbero colpire i vertici politici e/o militari della Federazione stessa. Analogo atteggiamento sarà prevedibilmente adottato dall’Ucraina nel caso di provvedimenti che dovessero riguardare un esponente ucraino.

Il procedimento giudiziario della Corte può quindi spingersi al massimo fino al rinvio a giudizio (*Confirmation of charges before trial* - Art. 61 SR), fermandosi quindi alle soglie del dibattimento per il quale è prevista obbligatoriamente la presenza dell’imputato (“*The accused shall be present during the trial*” - art. 63 SR), mentre nulla dice sul punto per la fase di convalida delle accuse davanti alla Camera preliminare⁸.

⁸ A favore della celebrazione delle udienze preliminari contro imputati latitanti (il Presidente del Sudan Omar Al Bashir, in particolare, ma anche di Joseph Kony, capo della LRA ugandese ed altri) mi sono battuto durante il mio mandato senza però riuscire a fare breccia nei miei colleghi della Divisione preliminare (*Pre-trial Division*).

A questo punto l'attività della Corte può esclusivamente limitarsi a "monitorare" da lontano i movimenti delle persone colpite da mandato di cattura che, a loro volta, godrebbero di uno spazio di manovra limitato al proprio paese. Infatti, ogni qual volta decidessero di lasciarlo rischierebbero l'arresto, poco importa se la destinazione è uno Stato Parte o meno.

6. Conclusioni - quali luci e quali ombre

Mi rendo conto che il quadro della Corte penale internazionale, della sua attività in genere e nel contesto della guerra di aggressione della Russia all'Ucraina, che ho cercato di brevemente delineare, è una sorta di ottovolante fatto di un susseguirsi di alti e bassi, di speranze e delusioni e di ottimismo e pessimismo.

Me ne rendo conto anche perché per quasi undici anni queste sensazioni le ho vissute passando da momenti di euforia e speranza a momenti di delusione e di sconforto.

Ciononostante non ho dubbi sul fatto che a prevalere sono le luci sulle ombre, quella più forte e brillante essendo la stessa esistenza della Corte su cui solo il giorno prima della firma del trattato di Roma nessuno avrebbe scommesso. Ebbene, è ormai da vent'anni⁹ che la Corte, pur con tutti i suoi problemi, esiste ed opera ed è solo di qualcosa che esiste si può parlare e criticare ma, soprattutto è solo qualcosa che esiste che può essere sviluppato migliorato.

E se una luce dopo il tunnel può essere immaginata, questa è data dalla speranza che la "Comunità Internazionale" che uscirà da questo tunnel riacquisti forte e chiara la consapevolezza che chiusura, sovranismo, nazionalismo e autoritarismo sono inesorabilmente perdenti e ritorni sulla via dell'internazionalizzazione, del multiculturalismo, del solidarismo e di un liberismo regolato nello spirito che aveva caratterizzato gli anni a cavallo dello scorso millennio senza il quale la Corte penale internazionale non sarebbe mai nata.

⁹ Lo Statuto di Roma è entrato in vigore il 1° luglio 2002, alla ratifica del sessantesimo Stato (art. 126 SR)