



La fornitura di armi all'Ucraina: quali regole e quali cautele?

DI ALESSANDRA PIETROBON*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I provvedimenti adottati a livello europeo. – 3. Le misure di assistenza all'Ucraina e le regole europee sull'esportazione di armi. – 4. Il carattere condizionato delle forniture di materiale militare. – 5. Gli impegni internazionali degli Stati membri: i divieti di esportazione secondo l' *Arms Trade Treaty*. – 6. Il pericolo di diversione delle forniture. – 7. Il quadro giuridico in Italia: l'interpretazione dell'articolo 11 della Costituzione e la Carta delle Nazioni Unite. – 8. I provvedimenti adottati dall'Italia. – 9. Conclusioni.

1. La fornitura all'Ucraina di armi, munizioni e materiali di armamento, da parte dei Paesi occidentali, prosegue in modo costante, non più solo per rendere possibile la difesa del Paese ma anche, negli ultimi mesi, per supportare la controffensiva. I dati sulla qualità e quantità precisa dei materiali forniti sono per lo più secretati, ma è ufficiale la recente, controversa decisione degli Stati Uniti di fornire bombe a grappolo. Si tratta di armi dagli effetti indiscriminati e, per questo, vietate da una convenzione internazionale multilaterale, cui però non aderiscono né gli Stati Uniti, né la Russia, né l'Ucraina¹. Si paventa l'*escalation* del

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

¹ Cfr. *Convention on Cluster Munitions*, in *UNTS* vol. 2668. La Convenzione, conclusa ad Oslo nel 2008, è in vigore dal 2010. Sul recente utilizzo di queste armi, cfr. *Ukraine has begun deploying cluster bombs against Russian forces, says White House*, in *The Guardian*, 21 July 2023, <https://www.theguardian.com/world/2023/jul/21/cluster-bombs-ukraine-munitions-counteroffensive-russia>.

conflitto, su cui incombe il rischio nucleare, mentre già sono immani le perdite di vite umane e i danni per la popolazione civile, oltre che per il patrimonio culturale e ambientale del Paese.

Anche l'Unione Europea e gli Stati membri, subito dopo l'invasione, hanno prontamente deciso di contribuire alla fornitura di armi: non senza polemiche, almeno per quanto riguarda l'Italia. Qui il dibattito politico chiama in causa, in primo luogo, la norma fondamentale della Costituzione che sancisce il "ripudio della guerra": norma che, secondo l'interpretazione più rigorosa, dovrebbe far escludere la legittimità di qualsiasi supporto da parte dell'Italia ad un conflitto in corso, pur se volto a rendere possibile la legittima difesa di uno Stato vittima di aggressione.

Peraltro, tutto il quadro giuridico in cui avvengono tali forniture è particolarmente complesso. Le azioni che hanno ad oggetto armi e materiali per la difesa restano tuttora escluse dai settori di competenza propria dell'Unione Europea e, quindi, dopo essere state decise nell'ambito della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC) sono attuate dai singoli Stati membri. Si intrecciano, così, provvedimenti adottati a livello intergovernativo europeo e a livello nazionale, sulla base di norme giuridiche di diversa natura e contenuto. Tutti questi provvedimenti, poi, dovrebbero tenere conto anche degli impegni internazionali assunti da ciascuno Stato membro, tramite la partecipazione ad intese e convenzioni multilaterali in materia di esportazione e trasferimenti di armi².

Questo lavoro si propone di individuare i tratti essenziali di questo multiforme quadro giuridico, per cercare di verificare se la prassi attuale possa dirsi conforme alle regole esistenti, sia a livello internazionale ed europeo, sia a livello costituzionale³.

2. Subito dopo l'invasione russa, l'Ucraina fa richiesta di immediati aiuti militari agli Stati occidentali e all'Unione Europea. Il 28 febbraio 2022, il Consiglio dell'Unione adotta una prima decisione, che stanziava un finanziamento di 450.000.000 di euro, per la fornitura di «materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza»⁴. La decisione dichiara l'obiettivo di «rafforzare la capacità e la resilienza delle forze armate ucraine per difendere l'integrità territoriale e la sovranità dell'Ucraina e proteggere la popolazione civile dall'aggressione militare in corso»⁵. Dopo la prima, altre decisioni seguono – sempre «come richiesto dall'Ucraina» – per aumentare via via l'ammontare iniziale, fino alla cifra attuale di 3.120.000.000 euro⁶.

² Impegni che includono i vari accordi che vietano alcuni tipi di armi, dei quali non ci si occupa in questa sede, ma cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 7 ed., Torino, 2021, p. 206.

³ Non ci si occuperà qui, invece, della posizione degli Stati fornitori di armi con riguardo alle norme sulla neutralità nei conflitti armati.

⁴ Decisione PESC 2022/338 del Consiglio, del 28 febbraio 2022, *relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza*, in *GUUE*, L 60 del 28 febbraio 2022. Per primi commenti, cfr. M. VELLANO, *La guerra in Ucraina e le conseguenti decisioni dell'Unione Europea in materia di sicurezza e difesa comune*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 121 ss.

⁵ Cfr. decisione 2022/338, art. 1.

⁶ Ammontare raggiunto per effetto della decisione PESC 2023/230 del Consiglio, del 2 febbraio 2023, *che modifica la decisione (PESC) 2022/338 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per la fornitura alle forze armate ucraine di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza*, in *GUUE* L 32 del 3 febbraio 2023.

Il Consiglio dell'Unione delibera inoltre, con separata decisione, il finanziamento di una diversa misura di assistenza, per la fornitura alle forze armate ucraine di «attrezzature e forniture non concepite per l'uso letale della forza, quali dispositivi di protezione individuale, kit di pronto soccorso e carburante»⁷. Tramite successive modifiche, anche in questo caso l'ammontare del finanziamento iniziale (pari a 50.000.000 di euro) viene aumentato fino all'importo attuale di 380.000.000 di euro⁸. Da ultimo, un'ulteriore misura di assistenza interviene - su richiesta urgente dell'Ucraina - per far fronte alla grave carenza di munizioni, autorizzando la richiesta di contributi agli Stati membri fino ad un miliardo di euro⁹.

Nessuna di tali decisioni prevede che l'UE fornisca in modo diretto armi e materiali di armamento, bensì che essa supporti finanziariamente gli Stati membri, ciascuno dei quali provvede alle forniture, individuando sia i materiali da trasferire, sia le modalità di consegna¹⁰.

Per la parte finanziaria, la base giuridica dell'azione europea risale alla decisione PESC 2021/509 (di seguito: la decisione di base), che ha istituito lo *Strumento Europeo per la Pace* (SEP). Il SEP è un fondo autonomo, creato tramite contributi degli Stati membri e dotato di propria personalità giuridica¹¹. Le azioni sostenute dal SEP, intraprese nell'ambito della politica di sicurezza e difesa comune, possono essere di due tipi, vale a dire “missioni operative”, condotte da contingenti europei nel Paese di destinazione, oppure “misure di assistenza”: le azioni a favore dell'Ucraina, di cui qui si parla, sono rigorosamente del secondo tipo, dal momento che ogni presenza di contingenti europei in territorio ucraino deve essere evitata, per non compromettere la posizione di neutralità degli Stati membri. Il SEP può essere utilizzato per operazioni e misure decise a partire dal 1° gennaio 2021, così che le decisioni relative all'Ucraina hanno potuto fare riferimento a questo meccanismo sin dall'inizio, per varare il programma di misure di cui si è detto¹². Il SEP dispone di un fondo iniziale per finanziare interventi rapidi, costituito da contributi minimi degli Stati membri. Quando questo non sia sufficiente, le decisioni che danno avvio ad operazioni o misure di assistenza autorizzano la richiesta di ulteriori contributi, il cui ammontare a carico di ogni singolo Stato membro è stabilito secondo un criterio basato sul prodotto nazionale lordo di ciascuno.¹³

⁷ Decisione PESC 2022/339 del Consiglio del 28 febbraio 2022 *relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per sostenere le forze armate ucraine*, in GUUE L 61, del 28 febbraio 2023.

⁸ Cfr. art. 1 della Decisione PESC 2023/229, del Consiglio, del 2 febbraio 2023, *che modifica la decisione PESC 2022/339 relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace per sostenere le forze armate ucraine*, in GUUE L 32, del 3 febbraio 2023.

⁹ Cfr. art. 2 della decisione PESC 2023/927, del Consiglio, del 5 maggio 2023, *relativa a una misura di assistenza nell'ambito dello strumento europeo per la pace al fine di sostenere le forze armate ucraine mediante la fornitura di munizioni*, in GUUE L 123 dell'8 maggio 2023.

¹⁰ Autorità di riferimento, per tutti gli Stati membri, è il rispettivo Ministero della Difesa.

¹¹ Cfr. decisione PESC 2021/509 del Consiglio, del 22 marzo 2021, *che istituisce un fondo europeo per la pace*, in GUUE L 102 del 24 marzo 2022. Il SEP sostituisce gli strumenti finanziari creati in passato per provvedere a singole missioni umanitarie, disegnando una disciplina organica della materia. Le misure *operative* sono, ad esempio, le missioni di soccorso umanitario o di altro tipo di cui all'art. 43 TUE, le misure *di assistenza* sono inquadrate nell'ambito dell'art. 28 TUE.

¹² *Ivi*, art. 73. La decisione di base (cfr. art. 59.5) prevede che le decisioni sulla fornitura di armi e altro materiale militare non possano disporre, insieme, anche misure di altro genere: cosa che spiega la presenza della pluralità di decisioni di cui si è detto nel testo.

¹³ Cfr. art. 26.5 della decisione di base. Questa è stata modificata nel 2023 per rendere più flessibile e più rapido il meccanismo di finanziamento: cfr. decisione PESC 2023/577, del Consiglio, del 13 marzo 2023, *che modifica la decisione PESC 2021/509 che istituisce lo strumento europeo per la pace*, in GUUE L 75 del 14 marzo 2023.

Ricapitolando: il meccanismo finanziario si attiva tramite una decisione assunta nell'ambito della PESC, con cui il Consiglio – se necessario - autorizza la richiesta di contributi agli Stati membri. Ciascuno degli Stati membri, di propria iniziativa, provvede al trasferimento all'Ucraina di armi e materiali per la difesa. Successivamente, il SEP dovrebbe corrispondere agli stessi Stati membri una parte delle spese sostenute. La complessità del meccanismo si giustifica solo riflettendo alle peculiari condizioni giuridiche di partenza: in primo luogo, l'art. 41.2 TUE che esclude il finanziamento da parte del bilancio dell'Unione per le «operazioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa». Inoltre, l'Unione non potrebbe acquisire e trasferire direttamente essa stessa i materiali oggetto della decisioni, dal momento che la sua competenza al riguardo è fortemente limitata dall'art. 346 TFUE, secondo cui «ogni Stato membro può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano a alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico». Si tratta di una delle rare norme rimaste ad oggi inalterate rispetto al Trattato di Roma del 1957: gli Stati membri se ne avvalgono per considerare riservate senz'altro alla propria competenza tutte le azioni che abbiano ad oggetto armi e materiali di armamento, anche se non correlate a loro specifiche esigenze di difesa nazionale¹⁴.

Le decisioni per l'attivazione del SEP richiedono l'unanimità, ma uno Stato membro che non fosse d'accordo può, con apposita dichiarazione, astenersi rispetto ad una singola, determinata operazione o misura di assistenza, senza tuttavia impedirne l'adozione. In tal caso, allo Stato che si astiene viene richiesto di versare ugualmente contributi corrispondenti a quelli che sarebbero dovuti per l'iniziativa cui non partecipa, contributi che vengono allora destinati alla realizzazione di altre operazioni o misure di assistenza.

In questo quadro giuridico, la decisione di fornire armi all'Ucraina testimonia la totale coesione fra gli Stati membri, che in materia di politica estera è tutt'altro che scontata: tanto che la Presidente della Commissione europea ha definito la pronta e unanime attivazione del SEP un episodio “spartiacque” nella storia dell'Unione europea¹⁵.

3. Il settore della produzione e del commercio di armi, come voluto dall'art. 346 TFUE, non è tuttora soggetto alle norme che disciplinano il mercato unico, a quelle sulla politica commerciale esterna o sulla concorrenza fra imprese. Ogni Stato, dunque, continua a regolare queste materie a livello nazionale. Per compensare almeno in parte l'assenza di regole comuni, alla fine degli anni '90 gli Stati membri stabilirono un Codice di condotta per le esportazioni di armi verso Paesi terzi, allo scopo di gestire tali operazioni secondo criteri uniformi, inizialmente concepiti come non vincolanti. Visto il buon successo ottenuto, dopo dieci anni il Codice di condotta viene recepito nella posizione comune 2008/944 (di seguito: la posizione comune), atto adottato all'unanimità nell'ambito PESC e dotato, questa volta, di carattere

¹⁴ L'individuazione, nello specifico, dei materiali compresi in questa dicitura non rileva ai fini di questo lavoro, pertanto i termini “prodotti per la difesa”, “materiale bellico”, “materiali di armamento” e simili sono qui utilizzati come sinonimi.

¹⁵ Il 27 febbraio, la Presidente della Commissione europea Ursula Von der Leyen dichiarò: «For the first time ever, the European Union will finance the purchase and delivery of weapons and other equipment to a country that is under attack. This is a watershed moment». European Commission, *Statement by President von der Leyen on further measures to respond to the Russian invasion of Ukraine*, 27 February 2022. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_1441 consultato l'8 maggio 2023.

vincolante. In tal modo, l'osservanza dei criteri suddetti diviene un obbligo per gli Stati membri, che sono ora giuridicamente tenuti ad applicarli nel valutare le richieste di licenze all'esportazione di armi, ma la decisione resta sempre di competenza dei singoli Stati¹⁶.

Fra i criteri da applicare prima di autorizzare un'esportazione, merita qui attenzione particolare il n. 3, per cui la licenza deve essere negata quando la fornitura di tecnologia e attrezzature militari potrebbe avere l'effetto di «prolungare o di aggravare conflitti armati in corso, o anche situazioni di tensione nel Paese di destinazione finale». La norma dovrebbe far escludere le esportazioni di armi verso qualsiasi zona di conflitto, a prescindere dalle ragioni alla base del medesimo e senza distinzione fra le posizioni delle parti belligeranti¹⁷. Quindi, dovrebbero essere rifiutate licenze di esportazione di armi e materiale militare non solo verso la Russia, ma anche verso l'Ucraina, dal momento che la fornitura di tali materiali, inevitabilmente, prolunga e aggrava il conflitto¹⁸.

Pertanto, le decisioni che impegnano l'Unione a finanziare la fornitura di materiale bellico all'Ucraina non sono in linea con il criterio 3 della posizione comune.¹⁹ Eppure, in nessuna delle decisioni si fa menzione di una deroga alla posizione comune: come giustificare tale difformità, sul piano dei rapporti fra le fonti?

Formalmente, le decisioni sulle misure di assistenza e la posizione comune non regolano la stessa materia: come si è visto, sono sempre gli Stati membri - e non la UE - a dover applicare i criteri fissati dalla posizione comune, nell'autorizzare la fornitura di armi, mentre le decisioni PESC riguardano solo l'utilizzo del SEP. Tuttavia, è ovvio che il sostegno finanziario non potrebbe essere attribuito a forniture non effettuate nel rispetto del diritto dell'Unione. E' quindi da ritenere che le decisioni sulle misure di assistenza debbano avere l'effetto implicito di sospendere - per il solo caso dell'Ucraina - l'applicazione del criterio n. 3, stabilito dalla posizione comune. Non emerge, del resto, alcun problema dal punto di vista dei rapporti fra le fonti del diritto UE, perché la posizione comune e le successive decisioni PESC qui considerate sono atti di pari natura e grado, di modo che la norma successi della posizione comune, la

¹⁶ Posizione comune PESC 2008/944, del Consiglio, dell'8 dicembre 2008, *che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari*, in *GUUE* L 335 del 13 dicembre 2008. Gli Stati membri devono ogni anno riferire sul complesso delle esportazioni di armi autorizzate, così come sulle licenze negate indicando –in tal caso - i motivi del rifiuto, ovvero quale dei criteri fissati dalla posizione comune, nel caso concreto, non sia soddisfatto. L'applicazione da parte degli Stati membri non è sempre trasparente, ma spicca la decisione della Corte d'Appello di Inghilterra e Galles che ha annullato una licenza di esportazioni di armi dal Regno Unito verso l'Arabia Saudita, cfr. L. ZUCCARI, *Gli obblighi di valutazione dello Stato esportatore di armi verso zone di conflitto secondo la Corte d'Appello del Regno Unito*, in *Riv. dir. int.*, 2020, p. 551 ss.

¹⁷ Il criterio deve applicarsi «a tutti i Paesi destinatari senza distinzione»: cfr. Consiglio dell'Unione europea, *Manuale d'uso della posizione comune 2008/944 PESC del Consiglio, che definisce norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari*, 2019, COARM 153 – PESC 683, disponibile in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XG0228\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023XG0228(01)). Il *Manuale d'uso* fornisce indicazioni agli operatori sull'interpretazione dei criteri di cui alla posizione comune.

¹⁸ Il criterio 4 successivo, invece, impone di escludere le esportazioni verso paesi che, con la loro condotta, producano un serio rischio per il mantenimento della pace. A differenza del caso precedente, questo criterio serve a prevenire un conflitto, quando questo non sia in corso, ma il suo verificarsi sia temuto come probabile. In base a tale regola, pertanto, la esportazione di armi verso la Russia si sarebbe dovuta vietare anche prima dell'inizio dell'invasione, alla luce delle minacce e della politica russa.

¹⁹ Quanto agli altri criteri potenzialmente rilevanti, il n. 2 riguarda il rispetto del diritto umanitario e dei diritti umani ed è formulato con riferimento alla possibilità che le armi possano essere utilizzate per la repressione interna e coincide sostanzialmente con quanto previsto dall'art. 7 dell'ATT: cfr. *infra*, par. 5. Anche del rischio di diversione delle forniture si dirà *infra*, par. 6.

decisione di base non sembra volerne recepire necessariamente tutto il contenuto normativo²⁰. E, in effetti, la sospensione del criterio 3 - necessariamente implicita, come si è detto, nelle decisioni relative alle misure di assistenza - non contraddice di per sé i *principi* cui si ispira la posizione comune. Nel preambolo di ciascuna decisione, infatti, si afferma che «gli Stati membri hanno il diritto di trasferire mezzi di autotutela, in conformità al diritto di autotutela riconosciuto dalla Carta delle Nazioni Unite»²¹. Tutte le decisioni che avviano o modificano le misure di assistenza hanno cura di precisare che la ragione delle misure adottate deriva dalla «aggressione ingiustificata e non provocata dell'Ucraina» e che fanno seguito «alla richiesta dell'Ucraina». E' così sottolineata la corrispondenza delle misure ai principi fondamentali della Carta delle Nazioni Unite: è impossibile negare che un'aggressione vi sia stata e, pur in assenza di accertamento da parte del Consiglio di sicurezza, l'Assemblea generale si è pronunciata in tal senso a grande maggioranza²².

4. Le forniture da parte degli Stati membri verso l'Ucraina sono continue e molto cospicue.²³ Tuttavia, né la decisione di base né le successive decisioni sulle diverse misure di assistenza autorizzano trasferimenti di armi e materiali vari di armamento senza condizioni. La prima vuole che l'atto che istituisca una misura di assistenza debba specificare «il beneficiario, gli obiettivi, la portata e la durata della misura stessa e dell'assistenza da fornire»²⁴. Non basta: è necessario che siano indicati «i controlli e le garanzie richiesti al beneficiario» e che siano previste disposizioni specifiche «in materia di sorveglianza e valutazione»²⁵. Allo scopo, è necessaria la conclusione di apposito, preventivo accordo con il beneficiario, in cui devono essere fissate le condizioni fondamentali per l'utilizzo «corretto ed efficiente» dei materiali forniti, così come i connessi oneri di manutenzione, per garantire il funzionamento dei materiali per il loro intero ciclo di vita. Inoltre, il beneficiario stesso deve garantire che i mezzi e materiali non siano «abbandonati o trasferiti (...) a persone o entità diverse da quelle individuate nell'accordo al termine del loro ciclo di vita o alla scadenza o alla cessazione della misura di assistenza»²⁶.

Deve essere altresì prevista la sospensione o, se del caso, la cessazione della misura di assistenza, per l'eventualità in cui il beneficiario non osservi le disposizioni dell'accordo, oppure si renda responsabile di violazione degli obblighi che ad esso incombono in virtù del diritto internazionale, «in particolare del diritto internazionale dei diritti dell'uomo e del diritto internazionale umanitario»²⁷.

²⁰ Cfr. art. 56.3 della decisione di base.

²¹ Cfr. considerando n. 12.

²² Cfr. A/RES/ES -11/1, del 18 marzo 2022, *Aggression against Ukraine*.

²³ Le quantità e qualità esatte dei materiali forniti sono informazioni spesso segrete, l'organizzazione di esperti indipendenti Forum Arms Trade al momento riporta alcuni dati: cfr. *Arms Transfers to Ukraine*, al sito <https://www.forumarmstrade.org/ukraine-countries.html#Italy>.

²⁴ Inoltre, la decisione deve indicare un responsabile della gestione della misura, che nei casi qui in esame è l'Alto Rappresentante per la politica estera dell'UE.

²⁵ Cfr. decisione 2021/509, cit., art. 59.2. Secondo lo stesso articolo, le misure che prevedano forniture di materiali militari letali non possono comprendere altre misure di assistenza (art. 59.5): è dunque questa la ragione della molteplicità di decisioni varate dal Consiglio.

²⁶ *Ivi*, art. 62. Il responsabile deve fornire una relazione dettagliata, due volte l'anno, sulla efficacia e l'impatto della misura, sulla gestione e l'utilizzo dei mezzi e sul contesto del conflitto (art. 63).

²⁷ *Ivi*, art. 64.

Le decisioni qui in esame, che stabiliscono o prorogano le misure di assistenza, fanno tutte doverosamente riferimento a necessari accordi con il beneficiario: tuttavia, di tali accordi non si trova traccia. E' ben possibile che il loro contenuto venga secretato, ma della loro stipulazione dovrebbe pur darsi conto, dato che questa condiziona la stessa possibilità di utilizzo del SEP, secondo quanto previsto dalla decisione di base. E' verosimile che l'urgenza non abbia dato modo di attendere la formazione di accordi preventivi: tuttavia, la menzione della loro avvenuta conclusione non manca solo nella prima decisione – assunta pochi giorni dopo l'invasione russa - ma anche in tutte le seguenti.²⁸ In teoria, si tratta di omissione che potrebbe inficiare la legittimità delle decisioni che stabiliscono le misure di assistenza, posto che queste stesse dichiarano di essere soggette alla decisione di base. E questa, peraltro, esclude che le forniture di armi possano essere oggetto di misure urgenti²⁹. In pratica, l'esclusione del controllo di legittimità della Corte UE sugli atti PESC farà mancare un accertamento su questo punto.

5. Gli impegni internazionali dell'Italia in materia di esportazione e commercio di armi non derivano solo dalla posizione comune dell'Unione europea, ma anche dal trattato delle Nazioni Unite sul commercio di armi (*Arms Trade Treaty*: ATT). Si tratta di accordo le cui norme risultano spesso di difficile interpretazione e, in alcuni casi, si tratta di ambiguità non casuale: segno della difficoltà dei negoziati che hanno preceduto l'adozione del testo, in cui gli Stati partecipanti hanno sovente preteso di introdurre notevoli elementi di discrezionalità per l'applicazione delle regole più stringenti³⁰.

Di questo accordo, in vigore dal 2014, sono parte tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ma non quest'ultima in quanto tale. La posizione comune del 2008 è stata parzialmente modificata, nel 2019, proprio per tenere conto degli obblighi che gli Stati membri hanno assunto con la partecipazione al nuovo accordo³¹. Invece, i protagonisti del conflitto in corso, non hanno aderito all'ATT, mentre gli Stati Uniti, dopo aver firmato, hanno dichiarato che non procederanno alla ratifica³².

L'ATT fu concepito quale strumento volto a contrastare l'enorme traffico clandestino di armi che, a livello globale, alimenta la criminalità organizzata. La strategia prevista da questo trattato fa leva – proprio come la posizione comune – sul controllo delle esportazioni,

²⁸ In questo caso, non pare si possa individuare alcuna deroga alla necessità dell'accordo, che anzi è ribadita dalle decisioni che rinviavano appunto ad accordi futuri.

²⁹ L'art. 58 della decisione di base prevede la possibilità di misure urgenti, quando la situazione lo richieda, «in attesa di una decisione su una misura di assistenza». Tuttavia, le misure urgenti «non includono la fornitura di materiale di cui all'art. 5 par. 3»: vale a dire di «materiali o piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza» (cfr. art. 58.5).

³⁰ Sui complessi negoziati si riferisce dettagliatamente, con riferimento a ciascun articolo dell'accordo, in A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER, *The Arms Trade Treaty: A Commentary*, Oxford, 2016. La materia incide su consistenti interessi economici e politici degli Stati, che sono stati quindi molto restii ad assumere obblighi stringenti, tanto che non mancano voci molto scettiche quanto agli effetti che l'accordo potrà produrre: cfr. G. SUCHAN, *Why You Shouldn't Expect Too Much (or Anything) from an ATT*, in *AJIL*, 2009, p. 339.

³¹ Cfr. decisione PESC del Consiglio, del 14 settembre 2019, *che modifica la posizione comune 2008/944 PESC che definisce le norme comuni per il controllo delle esportazioni di tecnologia e attrezzature militari*, in *GUUE L* 239 del 17 settembre 2019.

³² Il Presidente Trump richiede precisamente il ritiro della firma, cfr. *President Trump "Unsigns" Arms Trade Treaty After Requesting Its Return from the Senate*, in *113 AJIL* (2019), p. 813.

prevedendo che ciascuno Stato parte subordini i trasferimenti di armi ad un'autorizzazione, le cui condizioni minime sono dettate dallo stesso ATT. Benché tali condizioni corrispondano in larga parte ai criteri già propri della posizione comune del 2008, la disciplina del più recente accordo multilaterale non è perfettamente sovrapponibile a quella europea. Questo comporta che gli Stati dell'UE siano tenuti ad applicare cumulativamente sia la disciplina multilaterale, sia quella europea. Le decisioni UE sull'assistenza all'Ucraina, peraltro, fanno doverosamente «salvi gli impegni internazionali» degli Stati membri.

L'ATT si applica a tutti i casi di trasferimenti di armi e materiale bellico. I trasferimenti a titolo gratuito non sono espressamente considerati, ma sarebbe evidentemente contrario a buona fede il sostenere che l'accordo non si applichi alle donazioni di armi: un tale limite finirebbe per offrire agli Stati parte una fin troppo agevole via d'uscita, per sottrarsi all'applicazione del trattato, quando questa risultasse politicamente o economicamente “scomoda”³³.

L'accordo impone agli Stati parte di vietare senz'altro l'esportazione di armi in alcune situazioni, descritte dall'art. 6. Si tratta, in primo luogo, del caso in cui il Paese di destinazione sia colpito da un embargo sulle armi, deciso dalle Nazioni Unite. L'applicazione di questa norma risulta automatica, una volta che il Consiglio di sicurezza abbia adottato l'embargo³⁴.

Le norme che indicano i restanti casi in cui l'autorizzazione deve parimenti essere negata (*shall be denied*) lasciano, invece, un margine ben maggiore all'interpretazione. Infatti, si prevede che la licenza di esportazione debba essere rifiutata quando lo Stato, cui viene richiesta, sia a *conoscenza (knowledge)* del fatto che i materiali forniti sarebbero usati (*would be used*) per commettere genocidio, crimini contro l'umanità o violazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra, attacchi diretti contro i civili o contro obiettivi civili³⁵. L'autorizzazione deve essere negata anche qualora i crimini temuti non siano (ancora) in corso, poiché deve evitarsi che la fornitura richiesta possa contribuire al loro compimento³⁶. Dal punto di vista applicativo, il *livello di rischio* che gli illeciti indicati siano commessi e il *livello di conoscenza* di tale rischio – in capo allo Stato potenziale esportatore - sono elementi che difficilmente si prestano ad una misurazione oggettiva e possono, quindi, dare luogo a valutazioni difformi degli Stati parte.

Mentre l'art. 6 impone di vietare l'operazione quando vi sia un'alta probabilità che le armi possano contribuire alla commissione di crimini internazionali particolarmente gravi, il

³³ In questo senso, cfr. L. LUSTGARTEN *The Arms Trade Treaty. Achievements, Failings, Future*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2015, p. 578.

³⁴ Cfr. art. 6.1 dell'ATT. Le misure obbligatorie di embargo adottate sulla base dell'art. 41 della Carta NU – che ne è la base giuridica usuale - sono già di per sé vincolanti per tutti gli Stati membri delle NU, pertanto la norma di cui si parla nel testo potrebbe apparire pleonastica. La norma dell'ATT trova corrispondenza nel criterio n. 1 della posizione comune UE, in entrambi i casi il riferimento è a misure obbligatorie, restando quindi escluso il caso in cui l'embargo sia solo raccomandato dal Consiglio di Sicurezza.

³⁵ Perché sussista il divieto, la conoscenza dei crimini deve esservi al momento della decisione sul rilascio dell'autorizzazione: cfr. S. CASEY-MASLEN, A. CLAPHAM, G. GIACCA, S. PARKER, *Art. 6: Prohibitions*, in A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER *The Arms Trade Treaty*, cit., p. 204.

³⁶ A differenza dell'elemento psicologico nel caso di assistenza o complicità nella commissione di un illecito – che si configura quando un illecito sia effettivamente commesso e consiste nella consapevolezza di contribuire all'illecito – la conoscenza cui si riferisce l'art. 6 si realizza anche in anticipo rispetto all'illecito stesso: «... no act need occur; it is enough that the potential transfer would be used for the commission of an act in the future. The obligation on the State party is to act to prohibit a transfer so that the act does not occur at all»: *ivi*, p. 204. Il tipo di conoscenza può variare a seconda dell'illecito considerato, comprendendo ad esempio nel caso di genocidio, oltre alla conoscenza dell'elemento oggettivo del crimine, anche la conoscenza del dolo specifico.

seguito art. 7 riguarda situazioni in cui si configuri un rischio apprezzabile - ma non altrettanto elevato - del verificarsi non solo di quei crimini ma anche, in generale, di violazioni gravi del diritto umanitario e dei diritti umani³⁷. In questo caso, il rilascio dell'autorizzazione resta possibile, ma la decisione deve essere adottata con particolare prudenza, dopo un attento esame della situazione nel Paese di destinazione.

Le modalità specifiche di questa indagine sono lasciate al diritto interno, ma l'ATT esige che essa venga condotta in modo oggettivo ed imparziale (*non-discriminatory*). L'art. 7 prevede - a titolo esemplificativo - la possibilità (non l'obbligo) di procedere a richieste di informazioni allo Stato destinatario della fornitura, circa l'uso previsto per le armi e, se opportuno, circa lo stato di addestramento delle sue forze armate. Sarebbe inoltre doveroso un accertamento sulle misure in atto per impedire che le armi possano essere deviate dalla destinazione ufficiale, per venir dirottate verso il mercato clandestino o consegnate a gruppi armati irregolari o criminali. *Last but not least*, lo Stato esportatore dovrebbe esaminare il pregresso livello di rispetto del diritto umanitario e dei diritti umani, da parte dello Stato di destinazione³⁸.

Se del caso, il trasferimento di armi deve essere affiancato da misure intese a garantire la collaborazione dello Stato ricevente, allo scopo di contenere il rischio di uso improprio dei materiali forniti. L'art. 7 prevede che lo Stato esportatore predisponga con la controparte delle *confidence building measures* o dei programmi di utilizzo concordati. In situazioni di conflitto sarebbe indispensabile individuare, in particolare, misure idonee a evitare o ridurre al minimo perdite e danni per la popolazione civile, la cui protezione è sempre uno dei settori di maggiore debolezza del diritto umanitario. Già in epoca precedente la guerra ora in corso, il Comitato internazionale della Croce Rossa ammoniva: «there is a urgent need to close the gap that subsists between the duty to ensure respect of IHL in arms transfer decisions and the actual transfer practices of too many States».³⁹

Nel caso in cui le misure prudenziali, pur diligentemente richieste ed esperite, non appaiano sufficienti e permanga un rischio preponderante (*overriding risk*) che le armi e i materiali possano essere usati (*could be used*) per commettere o facilitare la commissione di gravi violazioni del diritto umanitario o dei diritti dell'uomo, l'autorizzazione deve essere negata⁴⁰.

³⁷ Gli Stati Uniti, che non sono parte dell'ATT, applicano a loro volta un simile criterio alle decisioni di esportazioni di armi, del quale la politica attuale del Presidente Biden, richiede un'applicazione più rigorosa che in passato. Il trasferimento di armi da parte degli Stati Uniti non potrà avvenire quando il possibile uso dei materiali forniti in violazione dei diritti umani e del diritto umanitario sia "more likely than not", tenuto conto della situazione nel luogo di destinazione. La precedente politica del Presidente Trump era meno restrittiva, per non penalizzare l'industria nazionale di produzione di armi, di cui Stati Uniti restano i principali esportatori di armi a livello mondiale. L'attuale politica assume che la stessa sicurezza nazionale degli Stati Uniti sarà rafforzata «by greater respect worldwide for human rights and international law, including international humanitarian law»: cfr. *President Biden Issues Conventional Arms Transfer Policy That Emphasizes Human Rights Considerations*, in 117 *AJIL* 2023, p. 501.

³⁸ Molti sono i punti critici nell'interpretazione dell'art. 7, di cui non è tuttavia possibile dare conto qui: cfr. *Art. 7: Export and export Assessment*, in A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER, *The Arms Trade Treaty*, cit., p. 244 ss.

³⁹ Cfr. ICRC *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts, Report*, Geneva, October 2015, disponibile al sito della Croce Rossa Internazionale: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>.

⁴⁰ Il concetto di *overriding risk*, che individua un rischio-soglia molto elevato, per far scattare il divieto di autorizzazione fu uno dei punti più dibattuti durante i negoziati, in cui molti avrebbero preferito un riferimento ad

6. Il rischio di diversione delle forniture di armi è, sul piano pratico, uno degli aspetti più pericolosi e più difficili da fronteggiare. Si tratta della eventualità che i materiali - la cui esportazione sia regolarmente autorizzata - possano essere deviati, durante il transito, verso una destinazione diversa da quella dichiarata oppure riesportati, dal luogo ufficiale di arrivo, verso destinazioni critiche. Può altresì accadere che, una volta giunte nel Paese importatore, le forniture siano impiegate per un uso diverso da quello previsto, o trafugate (per effetto di furti, rapine o di corruzione) per alimentare il mercato clandestino e, di qui, arrivare in mano a bande armate irregolari, criminalità organizzata o terroristi. Non occorre dire che, nel caso di esportazioni verso zone di conflitto, il pericolo di diversione aumenta in modo esponenziale, per la difficoltà di controllo in una situazione già compromessa da una guerra in corso. E il pericolo non scompare dopo la fine dei combattimenti: al contrario, le armi non più utilizzate prendono la strada del mercato clandestino, alimentando altri conflitti o attività criminali⁴¹.

Preoccupazioni importanti sono già emerse anche con riguardo all'Ucraina⁴².

La posizione comune UE, con il criterio 7, inserisce la valutazione del pericolo di diversione fra i motivi di possibile rifiuto dell'autorizzazione all'esportazione, esigendo quindi che gli Stati membri, valutino in ciascun singolo caso se sussista «il rischio che attrezzature militari siano sviate all'interno del Paese acquirente o riesportate a condizioni non ammissibili». Si richiede quindi che sia accertata la capacità del Paese destinatario di esercitare un controllo efficace ad impedire lo sviamento delle armi o della tecnologia militare - fra l'altro - verso «organizzazioni terroristiche o singoli terroristi»⁴³. Ove tale valutazione non avesse un esito tranquillizzante, la licenza di esportazione deve essere negata.

E' difficile credere che al momento attuale, in Ucraina, tali pericoli di diversione - inevitabilmente ingigantiti dalla situazione di conflitto - possano essere eliminati o affrontati in modo adeguato. A rigore, dunque, le esportazioni dovrebbero essere vietate sulla base del criterio 7. Tuttavia, si è già visto come la posizione comune resti sostanzialmente sospesa per effetto delle recenti decisioni PESC relative alle misure di assistenza all'Ucraina: pertanto, quanto osservato riguardo alla non applicazione del criterio 3, può valere anche con riguardo al criterio 7, qui in esame.

Ma che dire degli impegni assunti in materia tramite il trattato l'ATT, che assume fra i propri scopi principali proprio il contrasto alla diversione delle forniture di armi? Questo accordo, va rilevato, non prevede possibilità alcuna di sospensione o deroga per situazioni di necessità, urgenza o simili.

un - meno elevato - *significant risk*. Si osserva che la formulazione attuale «makes it far too easy for a State to approve a transfer whilst claiming compliance with the Treaty because the risk of some evil, though undeniably present, is not of the great magnitude required»: cfr. L. LUSTGARTEN *The Arms Trade Treaty*, cit., p. 596.

⁴¹ Cfr. le dichiarazioni del magistrato Nicola Gratteri, in un'intervista rilasciata on line a *Il Fatto Quotidiano*, il 27 maggio 2022: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/06/01/ucraina-gratteri-a-la7-a-fine-guerra-circoleranno-tante-armi-pericolose-nel-mercato-nero-quelle-che-inviando-non-sono-tracciabili/6612091/>.

⁴² *One year into Russian invasion concern grows about flow of weapons into Ukraine*, <https://www.rfi.fr/en/international/20230224-one-year-into-russian-invasion-concern-grows-about-flow-of-weapons-into-ukraine>.

⁴³ Cfr. criterio 7 della posizione comune. Va considerata inoltre «la capacità tecnica del paese destinatario di utilizzare la tecnologia e le attrezzature».

Nell'ATT il rischio di diversione non è considerato alla stregua dei possibili motivi di diniego dell'autorizzazione (di cui agli artt. 6 e 7) ma è oggetto, con l'art. 11, di norme assai più specifiche e dettagliate. Ne risulta un insieme di regole per cui ciascuna operazione di trasferimento di armi non produce effetti circoscritti all'ambito del mero rapporto fra esportatore ed importatore, ma finisce per generare un dovere di controllo per tutti gli Stati parte, pur se di intensità e natura diversa, a seconda del loro ruolo nell'operazione.

Naturalmente, è lo Stato che intende procedere ad un'esportazione di armi ad assumere la maggiore responsabilità, poiché il trattato gli attribuisce il dovere di accertare la presenza di un rischio di diversione e di adoperarsi se del caso per mitigarlo, prendendo le misure appropriate. A titolo esemplificativo, l'art. 11.2 suggerisce la richiesta di documentazione supplementare, di certificati o di "rassicurazioni" da parte dello Stato di destinazione. Nel caso la situazione lo richieda, lo Stato di esportazione deve considerare l'instaurazione di "confidence building measures" con lo Stato importatore o concordare con quest'ultimo "programmi congiunti". Se questo non bastasse a ridurre in modo significativo il rischio di diversione, l'autorizzazione non dovrebbe essere concessa⁴⁴.

Una volta che il trasferimento di armi sia stato autorizzato, tutti gli Stati *coinvolti* hanno il dovere di adottare misure (*shall take measures*) per contrastare il pericolo di diversione. Questo riguarda non solo lo Stato che rilascia l'autorizzazione e quello di destinazione, ma anche gli Stati di transito delle merci, quelli di bandiera della nave o dell'aeromobile (se questi mezzi sono utilizzati per il trasporto) e financo lo Stato nella cui giurisdizione operi l'eventuale *broker*, intermediario nell'operazione⁴⁵. L'ATT non specifica quali siano le misure da adottare, spetta a ciascuno Stato individuare, caso per caso, quelle più adeguate, secondo la propria legge nazionale: ma resta fermo che, in base a questa norma, nessuno degli Stati coinvolti nell'esportazione di armi potrà – in parole povere – lavarsene le mani, senza venir meno agli obblighi imposti dal trattato.

Un obbligo molto preciso, invece, sussiste per qualsiasi Stato parte che venga a scoprire una diversione: questo dovrà adottare misure appropriate che, a titolo di esempio, sono indicate come «alerting potentially affected States Parties, examining diverted shipments (...) and taking follow-up measures through investigation and law enforcement»⁴⁶. Inoltre, ogni Stato Parte che venga in possesso di informazioni rilevanti, è "incoraggiato" a condividerle con gli altri: tali informazioni possono riguardare, ad esempio, «illicit activities including corruption, international trafficking routes, illicit brokers, sources of illicit supply, methods of concealment common points of dispatch, or destinations used by organized groups involved in diversion»⁴⁷. La condivisione di informazione è poi "incoraggiata" anche dall'art. 15, nell'ambito del più ampio dovere di cooperazione, che impone ad ogni Stato parte di adoperarsi per garantire l'effettivo funzionamento del trattato.

⁴⁴ Mentre l'ATT non è chiaro sul punto, la posizione comune precisa che lo Stato esportatore deve considerare e gestire con misure adeguate il rischio di sviamento non solo nella fase che precede la fornitura, ma anche con riferimento al periodo successivo alla consegna a destinazione, Gli Stati dell'UE dunque, non sono liberati del dovere di sorveglianza con la consegna della merce, pure se questa interpretazione potrebbe essere sostenuta in base al solo ATT (sul punto, cfr. S. CASEY-MASLEN, A. CLAPHAM, G. GIACCA, S. PARKER, *Art. 11 Diversion*, in A. CLAPHAM, S. CASEY-MASLEN, G. GIACCA, S. PARKER *The Arms Trade Treaty*, cit., p. 356).

⁴⁵ *Ivi*, p. 354.

⁴⁶ Art. 11.4.

⁴⁷ Art. 11.5.

Dovendo far salvi gli interessi di ciascuno Stato parte alla propria sicurezza e difesa, l'ATT non arriva a stabilire un vero e proprio obbligo di condividere informazioni essenziali. Tuttavia, il dovere di cooperazione richiede che lo Stato parte in possesso di elementi utili non assista passivamente a situazioni di rischio, ma si adoperi per farvi fronte in modo effettivo, nell'interesse comune. E' vero che l'evitare o impedire la diversione non può vedersi come un obbligo di risultato e, del resto, il puntuale rispetto di un simile obbligo, in molti casi, sarebbe praticamente impossibile. Al tempo stesso, però, il dovere fondamentale di buona fede nell'interpretazione ed esecuzione del trattato impone alle Parti di non limitarsi a porre in essere forme di cooperazione solo nominale, per cercare invece di creare condizioni per un controllo effettivo.

7. L'Italia ha deciso in tempi molto rapidi di contribuire alla fornitura di materiale militare all'Ucraina. Tuttavia, dal punto di vista politico, rimane acceso il dibattito fra quanti – sposando una linea pacifista - ritengono non opportuna e anzi controproducente la fornitura di armi, perché questa ha inevitabilmente l'effetto di prolungare il conflitto, aggravando le sue tragiche conseguenze. A livello governativo, prevale invece l'opinione che considera imprescindibile il supporto militare all'Ucraina, ad evitare la sua stessa scomparsa come Stato sovrano e a bloccare ogni intento neo-imperialista della Russia.

Al dibattito politico corrisponde la rinnovata, speculare discussione giuridica sull'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione, in cui dovrebbero convivere il “principio pacifista” ed il “principio internazionalista”, che molti vedono tuttavia come non conciliabili. L'interpretazione pacifista, che fa leva sulle intenzioni originarie dei Costituenti, considera la fornitura di armi ad un Paese belligerante come radicalmente incompatibile con il principio fondamentale del ripudio della guerra⁴⁸. La lettura pacifista più radicale porta a giustificare un'azione militare da parte dell'Italia unicamente per la difesa dei confini nazionali, nel caso fosse il nostro Paese ad essere sotto attacco, ma non per portare soccorso ad altri Paesi⁴⁹. Ne risulta esclusa ogni possibilità di contribuire ad una guerra in corso fra altri Stati, anche mediante la fornitura di armi.

L'opinione che privilegia il “principio internazionalista”, invece, ritiene che lo stesso art. 11, nel consentire la partecipazione dell'Italia alle NU quale “ordinamento che assicura la pace e la giustizia fra le nazioni”, recepisca necessariamente i principi dello Statuto della stessa organizzazione, per ammettere dunque la legittimità delle azioni militari intraprese in conformità alla Carta quali, in primo luogo, le azioni in legittima difesa individuale o collettiva. La legittima difesa collettiva presuppone unicamente la richiesta di aiuto, da parte dello Stato che subisce l'attacco: non riguarda solo gli Stati che siano congiuntamente vittima di un attacco

⁴⁸ In questo senso, ad esempio G. AZZARITI, *La pace attraverso il diritto. Una conferenza internazionale per la sicurezza tra le nazioni*, in G. AZZARITI (a cura di) *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra? Atti del seminario di Roma, 1° aprile 2022*, Napoli, 2022, p. ; C. DI FLORIS, *Il principio costituzionale pacifista, gli obblighi internazionali e l'invio di armi a Paesi in guerra*, *ivi*, p. 29 ss.

⁴⁹ In questo modo, tuttavia, la copertura costituzionale data dall'art. 11 potrebbe riguardare solo parte dell'art. 51 della Carta, vale a dire legittima difesa individuale dello Stato, che la stessa Costituzione dichiara dovere sacro del cittadino. In base a questa lettura, potrebbe dunque essere controversa la partecipazione dell'Italia alla NATO, ma sul punto cfr. N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., p. 120 ss.

e prescinde dall'esistenza di precedenti accordi di difesa⁵⁰. In quest'ordine di idee, anche un intervento militare italiano a fianco all'Ucraina – se richiesto da quest'ultima - non sarebbe in contrasto con l'art. 11 della Costituzione. Se ne deduce che – a maggior ragione – non possa non essere legittima la “semplice” fornitura di armi⁵¹.

Non è questa la sede per analizzare gli aspetti di diritto costituzionale. Tuttavia, poiché le opposte opinioni sopra brevemente descritte fanno riferimento alla Carta NU, qualche considerazione è opportuna rispetto all'interpretazione di quest'ultima. In particolare, preme sottolineare come il riferimento alla legittima difesa di cui all'art. 51 della Carta non possa essere utilizzato in modo isolato poiché, come per tutti i trattati, ogni norma va interpretata tenendo conto dell'intero testo dell'accordo, alla luce del suo oggetto e del suo scopo. A questo fine, il preambolo è parte integrante del testo e questo non lascia dubbi sul fatto che, sia pure con diverse parole, anche la Carta NU sancisca il ripudio della guerra, essendo l'evitarne il ripetersi la sua stessa ragione di esistere, per risparmiare all'umanità un nuovo “flagello” e indicibili sofferenze alla future generazioni: questo vale il divieto assoluto di uso della forza di cui all'art. 2.4. La legittima difesa può certo essere il necessario, inevitabile punto di partenza della risposta ad un attacco armato, ma è considerata dallo stesso art. 51 come una fase provvisoria: l'uso della forza, anche da parte dello Stato aggredito, è consentito solo fino a che il Consiglio di sicurezza non sia in grado di occuparsi della questione⁵².

Questo non avverrà, nel caso presente, per ovvi motivi. Resta da chiedersi se la paralisi del Consiglio di sicurezza possa in tal caso ampliare senza limiti l'eccezione all'uso della forza, mettendo a tacere il divieto di cui all'art. 2.4 a tempo indeterminato. Questo potrebbe essere vero se il Capo 7 fosse una sorta di sistema normativo separato nell'ambito della Carta, ma così non è: anche l'art. 51 va letto avendo presente l'intero testo della Carta, alla luce dei suoi scopi e obiettivi, fra i quali il primo è di far cessare la guerra. Dopo l'azione difensiva immediata, dunque, la Carta impone agli Stati di cercare con ogni mezzo la soluzione in grado di riportare la pace, anche al di là degli interessi dei Governi, per il bene dei *popoli delle Nazioni Unite*, coloro che nel Preambolo della Carta si dichiarano i fondatori dell'Organizzazione.⁵³ E' un dovere fondamentale *erga omnes*, che deve essere visto come ancora più stringente proprio nei casi in cui il Consiglio di Sicurezza non abbia la possibilità di funzionare.

A questa lettura della Carta, può conseguire un'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione che non porti ai risultati diametralmente opposti di cui poc'anzi si diceva. Tuttavia,

⁵⁰ Cfr. A. RANDELZHOFFER-G.NOLTE, *Art. 51*, in B. SIMMA, D. KAHN, G. NOLTE, A. PAULUS, *The Charter of the United Nations*, 3 ed., 2012, vol. II, p. 1420.

⁵¹ In questo senso le conclusioni, ad esempio, di P. ROSSI, *La compatibilità con la Costituzione italiana e il diritto internazionale dell'invio di armi all'Ucraina*, in *SIDI Blog*, 8 marzo 2022, in <http://www.sidiblog.org/2022/03/08/la-compatibilita-con-la-costituzione-italiana-e-il-diritto-internazionale-dellinvio-di-armi-allucraina/>.

⁵² In questo senso, cfr. C. FLORIS, *Il principio costituzionale pacifista*, cit., p. 40, che osserva come non rientri nell'art. 51 «il diritto di ogni singolo Stato a intervenire *urbi et orbi* per dirimere con le armi un conflitto: *permanentemente* e senza alcuna copertura ONU».

⁵³ Questa lettura trova riscontro nella dottrina della *responsibility to protect* (cfr. J. Barkholdt, I. Winkelmann, *Responsibility to Protect*, in *MPEPIL*, disponibile in <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1464?rskey=Ib8PHS&result=1&prd=MPIL>). Nello stesso ordine di idee, la prassi delle *smart sanctions* rivela la preoccupazione, anche a livello di NU, di evitare alla popolazione le privazioni che potrebbero derivare dalle sanzioni economiche tradizionali di portata generale, per colpire invece solo le persone responsabili della violazione della pace o di gravi violazioni dei diritti umani.

la differenza potrebbe restare irriducibile proprio con riguardo al tema qui in esame, posto che solo la lettura internazionalista ammette la partecipazione dell'Italia a misure di legittima difesa collettiva, mentre la lettura pacifista più radicale la esclude.

8. Il giorno seguente l'invasione il Governo italiano, considerata la «straordinaria necessità e urgenza, connessa alla grave crisi internazionale in atto» autorizza con decreto legge la cessione, a titolo gratuito, sia di «mezzi ed equipaggiamenti militari *non letali* di protezione, sia di mezzi, materiali ed equipaggiamenti militari» alle Autorità governative dell'Ucraina⁵⁴. Successivamente, il Ministro della Difesa provvede con propri decreti – di concerto con il Ministro affari esteri e quello dell'Economia - a disporre quali siano i materiali oggetto di cessione e quali le modalità dei trasferimenti⁵⁵. La precisa natura e quantità dei beni trasferiti all'Ucraina non è nota, perché il relativo elenco è classificato⁵⁶. In teoria, la fornitura dovrebbe riguardare armi da difesa: in pratica, è difficile stabilire un confine così netto fra i tipi di armi e, nell'attuale fase di controffensiva, è inevitabile che all'esercito ucraino siano necessarie anche armi di altra capacità.

Ciascun decreto dichiara di derogare sia ad alcune norme del codice sull'ordinamento militare, sia alla legge 185 del 1990, che contiene la disciplina nazionale sulle esportazioni di armi.⁵⁷ Quest'ultima legge, peraltro, già prevede che l'esportazione di armi sia consentita qualora avvenga «in conformità ai principi dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite»⁵⁸. Pertanto, la attuale fornitura di armi all'Ucraina sarebbe potuta avvenire legittimamente sulla base della legge 185. Quale, allora, il senso della deroga? E' presumibile si tratti di motivi legati all'urgenza della situazione, che rendono la deroga opportuna per semplificare le operazioni, vista la complessità delle procedure che sarebbero altrimenti richieste dalla legge 185.

Nel preambolo, la legge di conversione del primo decreto legge ed i successivi decreti di attuazione fanno riferimento al SEP e alle decisioni emanate dall'Unione europea, con le quali si pongono in continuità e conformità. Non si fa menzione, invece, dell'ATT: eppure è necessario assicurare la compatibilità della normativa interna con questo accordo, vincolante per l'Italia. La stessa “dimenticanza”, peraltro, risalta nelle decisioni europee, pur se di questo si potrebbe trovare una (troppo) formalistica spiegazione nel fatto che l'Unione non è parte dell'accordo. In ogni caso, la sospensione, ad opera delle decisioni europee, di alcuni criteri stabiliti dalla posizione comune non può valere a giustificare il mancato rispetto - da parte dell'Italia - delle corrispondenti norme dell'ATT. Come si è detto, infatti, la posizione comune

⁵⁴ Cfr. art. 2 e 2 *bis* del decreto legge n. 14, del 25 febbraio 2022, *Disposizioni urgenti sulla crisi in Ucraina* (23 A00779). Il decreto è poi convertito in legge, con alcune modifiche, dalla Legge 5 aprile 2022 n. 28.

⁵⁵ Così già a partire dal secondo decreto legge n. 16, del 28 febbraio 2022.

⁵⁶ Alcuni osservatori riportano informazioni sulle forniture effettuate dai diversi Paesi, non è chiaro se tali elenchi possano considerarsi completi (nel senso che alcune forniture potrebbero non essere rese note) o aggiornati: cfr. ad esempio le informazioni fornite da *Forum on the Arms Trade*, al link <https://www.forumarmstrade.org/ukrainearms.html>.

⁵⁷ Secondo il codice sull'ordinamento militare, l'amministrazione può procedere solo a «permutate o vendite di mezzi e materiali obsoleti ma non ancora fuori uso» (art. 310), mentre le cessioni a titolo gratuito di materiali di armamento sono escluse (art. 311).

⁵⁸ Cfr. legge 9 luglio 1990, n. 185, *Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento*, in *GU* del 14 luglio 1990, n. 163; cfr. A. CIERVO, *Critica delle armi. L'articolo 11 della Costituzione, la legge 185/1990 e l'invasione dell'Ucraina da parte della Federazione russa*, in G. AZZARITI (a cura di) *Il costituzionalismo democratico*, cit., p. 195.

e l'ATT vanno applicati in modo cumulativo. Inoltre, la norma fondamentale nel diritto dei trattati esclude che lo Stato parte di un accordo possa invocare norme del proprio diritto interno per giustificare il mancato rispetto di un trattato⁵⁹.

Resta necessario chiedersi, quindi, se la normativa italiana sia conforme a quanto richiesto dall'ATT. Non risultano adottate misure di cautela per contenere il rischio di diversione delle forniture di armi, una volta giunte in Ucraina: mentre, come si è visto, questo è uno degli scopi principali dell'ATT, il cui art. 11 esige che gli Stati parte operino secondo un criterio di *due diligence*, considerando (almeno) le misure che lo stesso articolo indica, a titolo di esempio.

Vi è poi la necessità di giustificare l'autorizzazione alla fornitura di armi alla luce dei criteri stabiliti dall'art. 7 dello stesso ATT, ove si richiede che lo Stato esportatore rifiuti la licenza qualora accerti un rischio che le armi fornite possano essere utilizzate «per commettere o facilitare violazioni del diritto umanitario e o dei diritti umani» da parte dello Stato di destinazione. La norma, quindi, richiede che ogni decisione di consegnare armi ad un Paese straniero sia adottata nel presupposto che - verosimilmente - il destinatario *non* commetterà tali violazioni e lo stesso art. 7 sottolinea come tale criterio vada applicato «in modo obiettivo ed imparziale».

Purtroppo, si hanno riscontri quotidiani di come il rispetto del diritto umanitario nel conflitto in Ucraina sia gravemente compromesso e della situazione la principale responsabile è la Russia. Nondimeno, il rischio di violazioni da parte ucraina non può essere escluso a priori, tanto più in una fase di controffensiva che - se pure dovesse svolgersi integralmente in territorio ucraino - comporterà un numero crescente di feriti e prigionieri di guerra, insieme a crescenti esigenze di tutela della popolazione civile⁶⁰. Pericolo aumentato certamente dalla nuova disponibilità delle bombe a grappolo.

Non vi è forse mai stato un conflitto in cui le violazioni del diritto umanitario e dei diritti umani siano state compiute sempre e solo da una delle parti. Tanto è vero che il diritto umanitario è basato, fra gli altri, su di un principio fondamentale di uguaglianza, che ne esige l'applicazione in modo indifferenziato a tutti i belligeranti, di modo che la tutela prevista per le persone protette deve essere allo stesso modo garantita anche a coloro che siano dalla parte dello Stato aggressore.

In base a quanto ora detto, in verità, sarebbe difficile considerare compatibile con l'art. 7 dell'ATT qualsiasi fornitura di armi a qualsiasi Paese in conflitto. Tuttavia, lo stesso articolo ammette anche una diversa, meno radicale interpretazione. Si potrebbe sostenere, infatti, che quanto determina l'obbligo di vietare l'esportazione - secondo l'art. 7 - non sia tanto la presenza in sé di una situazione di rischio di violazione grave del diritto umanitario o dei diritti umani, quanto la consapevolezza di una (consistente) probabilità che proprio quelle armi di cui si

⁵⁹ Cfr. art. 27 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: il riferimento al diritto interno deve leggersi come comprensivo delle norme che abbiano origine nel diritto dell'Unione europea.

⁶⁰ La guerra di propaganda è sempre aperta e, delle vicende che comportano violazioni del diritto umanitario, i belligeranti spesso forniscono versioni diametralmente opposte, il conflitto in corso non fa eccezione. Ha dato luogo ad ampio dibattito il rapporto di Amnesty International, dell'agosto 2022, che riferiva di una esposizione dei civili a rischi eccessivi da parte degli ucraini. Ne sono seguite - sembra - ulteriori indagini, a seguito delle quali l'organizzazione ha ammesso di aver utilizzato termini ambigui. La vicenda rivela comunque la difficoltà di ottenere notizie certe: cfr. *The New York Times*, 27 aprile 2023, *Unreleased Report Finds Faults in Amnesty International's Criticism of Ukraine*, Charlie Savage.

autorizza la fornitura possano essere utilizzate per commetterle. In questo ordine di idee, la discrezionalità degli Stati fornitori risulta molto più ampia, perché è poco probabile che possa esservi (o essere dimostrata) una tale consapevole previsione, in uno scenario caotico in cui le armi sono fornite in contemporanea da tanti diversi Paesi, alle stesse forze armate, di modo che sarebbe difficile prevedere quali in concreto potrebbero divenire il mezzo diretto per *facilitare* o *commettere* le specifiche violazioni che l'ATT intende evitare.

Al contrario, nell'ipotetico caso in cui vi fosse la consapevolezza di poter contribuire - attraverso una specifica fornitura di armi - a violazioni del diritto umanitario e dei diritti umani, si sarebbe in presenza di una chiara violazione dell'ATT. Per di più, si aprirebbe la possibilità di considerare lo stesso Stato fornitore - in base alle norme sulla responsabilità degli Stati - come imputabile per aiuto o complicità nelle violazioni del diritto umanitario o dei diritti umani che venissero commesse. E chi avesse deciso le forniture, in una tale ipotesi, potrebbe dover rispondere degli eventuali crimini a titolo individuale, in base al diritto penale internazionale⁶¹.

9. L'Unione Europea non assume un ruolo diretto nella fornitura di armi e materiali militari all'Ucraina, benché - mediante il SEP - supporti finanziariamente gli Stati membri che provvedono a tali forniture. La responsabilità per il trasferimento di armi fa capo, quindi, a ciascuno degli Stati membri: a questi spetta di assicurare la conformità di ciascuna fornitura ai propri impegni internazionali.

L'Italia, al pari degli altri Stati membri dell'UE, è parte del trattato ATT, che esige da ciascuno Stato fornitore di armi l'adozione di cautele specifiche, sia per la tutela del diritto umanitario e dei diritti umani nel Paese di destinazione, sia per contrastare il pericolo di diversione delle forniture. Gli stessi Stati fornitori, pertanto, hanno l'interesse ad esigere dal destinatario impegni formali circa il rispetto effettivo di tali diritti e circa il contrasto alla diversione, per non incorrere in un addebito di mancato rispetto della *due diligence*.

Al momento, non si ha tuttavia notizia di *confidence building measures* o di *joint programmes* richiesti o concordati con l'Ucraina. L'Italia e gli altri Stati membri dovrebbero invece esigere informazioni dettagliate e rassicurazioni formali circa il rispetto del diritto umanitario, dei diritti umani e circa i mezzi adottati per contrastare il pericolo di diversione delle forniture. A testimoniare la propria *due diligence*, gli Stati fornitori, anche tramite l'Unione Europea, potrebbero invitare l'Ucraina ad aderire quanto prima possibile all'ATT, in modo tale da definire chiaramente i suoi impegni in materia.

Anche se difficilmente potrebbe cambiare le vicende della guerra, la richiesta di impegni formali non deve apparire superflua. Tale richiesta potrebbe valere infatti a dimostrare sul piano giuridico il rispetto, da parte degli Stati fornitori di armi, dei propri obblighi derivanti dall'ATT, nei confronti degli altri Stati parte dello stesso accordo: alcuni fra questi non hanno preso posizione riguardo al conflitto in corso e non deve escludersi che possano, in futuro, denunciare vere o presunte violazioni⁶².

⁶¹ Cfr. N.H.B. JØRGENSEN, *International Responsibility for Aiding or Assisting International Crime in the Context of the Arms Trade Treaty*, in 108 *AJIL*, 2014, p. 722 ss.; S. CASEY-MASLEN, A. CLAPHAM, G. GIACCA, S. PARKER, *Art. 6: Prohibitions*, cit., p. 204 ss.

⁶² Gli Stati Uniti - pur non essendovi tenuti dall'ATT, cui non partecipano - richiedono una serie di garanzie all'atto del trasferimento di armi all'Ucraina, di cui come noto sono i principali fornitori. A questo risponde una

Di riflesso, quanto ora osservato rende possibile un'ultima considerazione, quanto alla legittimità costituzionale delle norme interne che dispongono le forniture di armi. Tali norme, come si è visto, non risultano in contrasto con l'art. 11 della Costituzione, a meno che questo non sia interpretato nella versione "pacifista" più radicale.

E' però ipotizzabile una diversa questione di legittimità costituzionale, delle stesse norme, per contrasto con l'art. 117, in cui si prevede che la potestà legislativa debba esercitarsi «nel rispetto degli impegni internazionali e del diritto comunitario». Si è visto come, allo stato attuale – sia lecito dubitare che l'Italia tenga nella dovuta considerazione gli obblighi derivanti dall'ATT, per la possibile mancanza della *due diligence* richiesta sia per assicurare il rispetto del diritto umanitario, sia per ridurre il rischio di diversione delle forniture. Se questo fosse vero – e se non si dovesse rimediare, provvedendo a richiedere all'Ucraina gli impegni formali di cui si è detto - si potrebbe configurare una violazione dell'ATT e, di riflesso, una questione di legittimità costituzionale della legge che dispone la fornitura di armi, senza le necessarie cautele, per contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

Ove pure avvenisse in modo pienamente conforme al diritto internazionale, la fornitura di armi all'Ucraina non può comunque essere la sola, né la principale iniziativa degli Stati per fronteggiare il conflitto. Questo, come si è detto, risulta chiaro dalla stessa Carta NU: ove di questa non ci si limiti a considerare il solo Capo VII, non si può ammettere che la conseguenza di una violazione del divieto di uso della forza – nei casi in cui il Consiglio di sicurezza non possa provvedere - sia unicamente la giustificazione dell'uso della stessa forza da parte degli Stati membri, in legittima difesa collettiva, fino ad un "naturale" esaurimento dei conflitti. La stessa partecipazione alle Nazioni Unite comporta anche il *dovere* per ciascuno Stato membro di porre in essere ogni tentativo possibile per ripristinare la pace. Il Consiglio di sicurezza, infatti, ha la responsabilità principale, ma non la responsabilità esclusiva per il mantenimento della pace, tanto è vero che, quando agisce, lo fa in nome degli Stati membri, così come precisa l'art. 24⁶³. Dunque, nel caso in cui il sistema di sicurezza collettivo non possa funzionare, gli Stati membri non sono per questo legittimati ad assistere in modo passivo all'*escalation* di un conflitto. Inoltre, poiché il divieto di aggressione è sancito da una norma generale *erga omnes*, la cui violazione riguarda tutta la comunità internazionale, tutti gli Stati sono tenuti a cooperare per ottenere la cessazione dell'illecito⁶⁴. In altre parole, quando vi sia un conflitto in corso, si dovrebbe assistere ad uno sforzo "corale" globale per ottenere la fine dei combattimenti. Invece, fino ad oggi gli interventi della diplomazia per la pace in Ucraina sono stati sporadici, tanto che neppure una tregua è stata possibile.

determinazione degli ucraini a collaborare, onde non perdere successive forniture, ma si riportano vari episodi di trafugamento di armi e la situazione sul campo è quanto meno di grande incertezza, cfr. *The New York Times*, 12 maggio 2023, *Ukrainian Soldiers Risk Their Lives to Keep Weapons from the Black Market*, di Lara Jakes, in <https://www.nytimes.com/2023/05/12/world/europe/ukraine-weapons-tracking-corruption.html>. L'*Arms Export Control Act* degli Stati Uniti esige il monitoraggio sulle armi americane cedute all'estero, cfr. sul punto la nota del Dipartimento di Stato *End-Use Monitoring of US –Origin Defence Articles*, in <https://www.state.gov/end-use-monitoring-of-u-s-origin-defense-articles/>. Per loro prassi, gli Stati Uniti non consentono la ri-esportazione di armi da loro fornite verso Paesi diversi da quello di prima destinazione, cfr. *U.S. Plan to Counter Illicit Diversion of Certain Advanced Conventional Weapons in Eastern Europe*, in <https://www.state.gov/u-s-plan-to-counter-illicit-diversion-of-certain-advanced-conventional-weapons-in-eastern-europe/>.

⁶³ Cfr. art. 24.

⁶⁴ Come risulta dall'art. 41 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato.