

La decisione dell'Unione europea di fornire alle forze armate ucraine armamenti concepiti per l'uso letale della forza e le relative implicazioni giuridiche

Michele Vellano (Professore ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Torino) – 7 marzo 2022

SOMMARIO: 1. I presupposti dell'adozione della Decisione (PESC) 2022/338. – 2. I contenuti della Decisione. – 3. Il fondamento giuridico della Decisione. – 4. Prospettive ravvicinate ed evolutive.

1. Il 28 febbraio 2022 è stata formalmente adottata e pubblicata in GUUE L 60 la decisione (PESC) 2022/338 del Consiglio (di seguito, la Decisione) relativa a una misura di assistenza per la fornitura alle forze armate dell'Ucraina di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso letale della forza. Il giorno precedente, la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, nel corso di una conferenza stampa condotta insieme all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza Josep Borrell, ha dichiarato: “Per la prima volta, l'Unione europea finanzia l'acquisto e la consegna di armi e altre attrezzature a uno Stato che è sotto attacco”. “Si tratta di un momento di svolta”, ha aggiunto.

La Decisione in questione è la diretta conseguenza dell'aggressione dell'Ucraina da parte delle forze armate della Federazione russa iniziata, su ordine del suo Presidente Vladimir Putin, il 24 febbraio scorso. Le implicazioni giuridiche di diritto internazionale di questa azione non saranno affrontate in questo commento che si concentrerà, invece, su un aspetto specifico, ma vedremo quanto rilevante, che attiene al diritto dell'Unione europea.

La Decisione sulla fornitura di armi letali è stata preceduta e accompagnata dall'adozione di misure restrittive aventi ad oggetto sanzioni di tipo non militare. In questo caso, si tratta di provvedimenti che sono in linea con quelli assunti nel 2014, a seguito della presa di controllo della Crimea da parte della Federazione russa, basati sul regolamento (UE) 269/2014, a sua volta fondato sull'art. 215 TFUE. Le sanzioni odierne sono decisamente più rilevanti rispetto a quelle adottate in passato e riguardano ambiti differenti. In alcuni casi investono profili finanziari, come quelle che hanno come conseguenza l'estromissione di alcune banche russe dall'accesso al circuito dei pagamenti internazionali SWIFT e intervengono sulle riserve di valuta, detenute all'estero, della Banca centrale della Federazione russa. Altre hanno per destinatari persone fisiche, a vario titolo

implicate nell'apparato governativo della Federazione russa, a cominciare dal suo Presidente Vladimir Putin e dal suo Ministro degli Esteri Sergey Lavrov. Infine, e si tratta di una novità, alcune misure intervengono per autorizzare la messa *off-line* dei siti di media come Russia Today e Sputnik, imputando loro di diffondere *fake news* sull'attuale situazione in Ucraina. Le misure sanzionatorie in questione sollevano, a loro volta, profili giuridici rilevanti e problematici, specialmente quelle che colpiscono il patrimonio personale di persone fisiche e quelle che intervengono sull'attività di diffusione di notizie *on line*. Sono profili, almeno riguardo alle prime, già ampiamente indagati e analizzati dalla dottrina (si veda, di recente, S. POLI, *Le misure restrittive e la tutela dei diritti dei singoli*, in M.E. BARTOLONI e S. POLI (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2021, p. 315 ss.) e sui quali è già intervenuta anche la Corte di giustizia UE (sentenza del 17 dicembre 2018, causa C-530/17 P, *Mykola Yanovych Azarov*). Contemporaneamente a queste misure, ne sono state adottate altre con le quali l'Unione europea ha organizzato una risposta all'emergenza dei profughi ucraini, tra le quali l'attivazione del Meccanismo unionale di protezione civile e l'attribuzione della protezione temporanea automatica per gli sfollati provenienti dall'Ucraina. Le misure sanzionatorie e quelle finalizzate ad affrontare le drammatiche conseguenze della guerra per la popolazione dell'Ucraina non sono oggetto del presente approfondimento.

2. Passiamo, dunque, ad analizzare i contenuti della Decisione sulla fornitura di armi letali e le sue considerevoli implicazioni giuridiche.

Iniziamo con l'osservare che la Decisione in questione ha, con riferimento all'Ucraina, un precedente recente nella decisione (PESC) 2021/2135, assunta dal Consiglio il 2 dicembre 2021, che ha autorizzato il ricorso allo strumento europeo per la pace (di seguito, SEP), in inglese *European Peace Facility*, per migliorare e rafforzare le capacità operative delle forze armate ucraine in "crises or emergency situations". In quel caso il finanziamento è stato per un importo di 31 milioni di euro, nell'arco di 36 mesi, per l'acquisto di materiale per unità militari mediche (compresi ospedali da campo e unità logistiche) e assistenza in ambito cyber. È significativo rilevare che, attraverso provvedimenti analoghi e contestuali, sono state stanziare risorse per forniture militari a favore anche della Georgia, della Repubblica Moldava e del Mali. Si tratta, non a caso, degli Stati che si trovano maggiormente sotto l'attenzione e la pressione, diretta o indiretta, della Federazione russa.

Inoltre, va ricordato che la Decisione del 28 febbraio è stata accompagnata dall'adozione della decisione (PESC) 2022/339, finalizzata alla fornitura all'Ucraina di equipaggiamento protettivo per 50 milioni di euro.

Il SEP, a cui si attinge per finanziare l'odierna fornitura di armi letali e di equipaggiamento protettivo all'Ucraina, è stato istituito il 22 marzo del 2021, con decisione (PESC) 2021/509, per la programmazione 2021-2027 e ha una dotazione complessiva di 5 miliardi e mezzo di euro. È un fondo

finanziato dagli Stati membri, fuori dal bilancio dell'Unione europea, con lo scopo di prevenire i conflitti, costruire la pace e rafforzare la sicurezza internazionale. Questo strumento finanziario ha preso il posto di analoghi e plurimi fondi, quali l'*Athena Mechanism* e l'*African Peace Facility*. L'istituzione del SEP è stata accompagnata dall'adozione di *General guidelines and proposed priorities for assistance measures during the inception period (2021-2023)*, le quali contengono le indicazioni da rispettare nello stanziare risorse finanziarie che portino alla fornitura di materiale militare a Stati terzi anche alla luce di quanto stabilito nella Posizione Comune del Consiglio 2008/944/PESC. Lo strumento è organizzato in due sezioni distinte. La prima, con base giuridica costituita dagli artt. 42(4) e 43(2) TUE, finanzia i costi comuni delle missioni e operazioni di pace realizzate dall'Unione europea nell'ambito della Politica di sicurezza e difesa comune (PSDC). La seconda finanzia azioni a favore di terzi Stati o organizzazioni universali o regionali, sulla base di quanto stabilito dagli artt. 28 e 30 TUE, con lo scopo di (a) rafforzare le capacità militari e di difesa e (b) supportare gli aspetti militari delle operazioni di pace. La gestione del SEP è affidata a un apposito Comitato (il *Facility Committee*) composto dai rappresentanti di ciascuno Stato membro e presieduto dal rappresentante che detiene, in quel semestre, la presidenza del Consiglio dell'Unione europea.

La Decisione in esame assume, come ha sottolineato la Presidente della Commissione europea, caratteri assolutamente particolari e di forte discontinuità rispetto al passato. La circostanza che la discontinuità si sia prodotta in tempi rapidissimi - la Decisione è stata adottata a quattro giorni dall'inizio degli eventi bellici - conferma, ancora una volta, che l'Unione europea è in grado di progredire celermente nel suo processo decisionale e di integrazione per lo più solo se sottoposta a eventi eccezionali (vedi la recente pandemia) e contingenti, in questo caso di gravità assoluta (si rinvia a P. MANZINI, M. VELLANO (a cura di), *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, Milano, 2021). La fretta può, però, far sorvolare sugli aspetti più strettamente giuridici e questo non è necessariamente un bene.

La particolarità della Decisione in questione non risiede evidentemente nell'entità del cospicuo stanziamento economico erogato: 450 milioni di euro che costituiscono poco meno del 10% dell'intera disponibilità del SEP per il periodo 2021-2027 e che, tenendo conto del contemporaneo stanziamento di 50 milioni di euro per materiale protettivo, esauriscono la dotazione per l'anno in corso. A questo riguardo è facile prevedere che gli Stati potrebbero essere successivamente chiamati a rifinanziare il fondo.

Per certi versi anche la circostanza che venga finanziata la fornitura di materiali e piattaforme concepiti per l'uso letale della forza, sebbene rara in passato, non costituisce in assoluto una novità, anche se il combinato disposto dell'entità della somma stanziata e la sua destinazione per l'acquisto di armi letali, ci fa comprendere come l'impatto militare sia considerevole e le conseguenze operative (anche in termini di danni

collaterali e vittime) siano potenzialmente molto rilevanti. Ciò che costituisce davvero una novità e pone i problemi, anche di carattere giuridico, più seri è, in realtà, che la fornitura avviene a favore di uno Stato parte di un conflitto armato internazionale in corso con un altro Stato, ossia nel corso di un evento bellico classico (o, come qualcuno ha notato, tipico del secolo che ci siamo, o credevamo di esserci, lasciati alle spalle). La specificazione di che cosa esattamente sia costituita la fornitura, pur interessando principalmente l'ambito strettamente militare, non è, a sua volta, completamente priva di implicazioni giuridiche. Infatti, la categoria di materiale e piattaforme militari concepiti per l'uso della forza militare si può suddividere almeno in tre sottocategorie principali: (a) le armi destinate ad attività di difesa (tipicamente missili anticarro o antiaereo), (b) le armi destinate all'attacco (tipicamente i carri armati) ovvero (c) le armi destinate ad entrambe le attività a seconda dei casi (le armi leggere come fucili, mitragliatori, ecc.). A parte vanno considerati gli aerei militari, a loro volta dotati di armamento solo difensivo ovvero contemporaneamente offensivo e difensivo. Nel nostro caso la distinzione tra le differenti sottocategorie di armamenti è, come vedremo, estremamente importante. Infine, la circostanza che il conflitto avvenga in Europa, in prossimità dei confini esterni dell'Unione europea, costituisce un elemento certamente rilevante da un punto di vista geostrategico, economico e persino emotivo, ma non necessariamente giuridico.

La Decisione istituisce una "misura di assistenza" a favore dell'Ucraina, definita quale "beneficiario", con l'obiettivo di contribuire a rafforzare la capacità e la resilienza delle forze armate ucraine per difendere l'integrità territoriale e la sovranità statale e proteggere la popolazione civile dall'aggressione militare in corso. La durata della misura di assistenza è di 24 mesi. Il rilascio della fornitura è condizionato alla conclusione di un apposito accordo tra l'Alto rappresentante e l'Ucraina per garantire il rispetto del diritto internazionale e, in particolare, il diritto internazionale dei diritti umani e il diritto internazionale umanitario anche in osservanza dei contenuti dell'art. 62, paragrafo 2, della decisione 2021/509 istitutiva del SEP e delle linee guida che ne hanno accompagnato la messa in opera. Inoltre, ai sensi dell'art. 6 della Decisione, l'Alto rappresentante dovrà sorvegliare il puntuale rispetto degli obblighi assunti attraverso l'accordo.

Di rilievo la disposizione dell'articolo 5 della Decisione in base alla quale, "gli Stati membri consentono nel loro territorio, incluso lo spazio aereo, il transito di materiale militare, compreso il relativo personale". La consegna alle forze armate ucraine sarà, infatti, una fase estremamente delicata e non tutti gli Stati confinanti intendono renderla possibile sul loro territorio (sulla base delle notizie disponibili, si è espressa a favore la Polonia, ma non altrettanto hanno fatto l'Ungheria, la Romania e la Repubblica slovacca). Non è ancora chiaro se la consegna avverrà a cura delle forze armate dello Stato membro dell'Unione europea confinante o a cura della NATO, mentre appare pacifico che saranno prese in consegna da rappresentanti delle forze armate ucraine. È appena il caso di notare che le

forze armate russe potrebbero prendere di mira la consegna con attacchi armati potenzialmente letali e ciò potrebbe coinvolgere militari NATO, specialmente se accompagnassero le armi, oltre confine, sul territorio ucraino.

3. Soffermiamoci, a questo punto, ad analizzare l'effettiva sussistenza di una corretta base giuridica della Decisione in considerazione del diritto primario dell'Unione europea e la sua compatibilità rispetto al diritto internazionale.

La Decisione trova dichiaratamente il suo fondamento giuridico nell'art. 28, paragrafo 1, e l'articolo 41, paragrafo 2 TUE, entrambi espressamente richiamati nelle sue premesse. In base all'art. 28: "Quando una situazione internazionale richiede un intervento operativo dell'Unione, il Consiglio adotta le decisioni necessarie. Esse definiscono gli obiettivi, la portata e i mezzi di cui l'Unione deve disporre, le condizioni di attuazione e, se necessario, la durata". L'art. 28 TUE va letto in combinato disposto con l'art. 21 TUE e, in particolare, con le lett. b) e c) del suo secondo comma, in base alle quali l'Unione europea definisce e attua politiche comuni e azioni (...) al fine di "b) consolidare e sostenere la democrazia, lo Stato di diritto, i diritti dell'uomo e i principi del diritto internazionale" e "c) preservare la pace, prevenire i conflitti e rafforzare la sicurezza internazionale conformemente agli obiettivi e ai principi della Carta delle Nazioni Unite, nonché ai principi dell'Atto finale di Helsinki e agli obiettivi della Carta di Parigi, compresi quelli relativi alle frontiere esterne". Più in particolare, il fondamento specifico della Decisione assunta parrebbe collocarsi nel fine legittimo di "sostenere i principi del diritto internazionale" e di "rafforzare la sicurezza internazionale" "alle frontiere esterne" dell'Unione.

In base all'art. 41, secondo paragrafo, TUE "le spese derivanti da operazioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa" sono sottratte al bilancio dell'Unione europea. Proprio in considerazione di quest'ultima circostanza lo stanziamento finanziario per le armi destinate all'Ucraina è correttamente imputato al SEP e dunque, trova presupposto nella precedente decisione (PESC) 2021/509, anch'essa espressamente richiamata nei considerando iniziali della Decisione.

Venendo alla compatibilità della Decisione ai sensi del diritto internazionale, l'impianto complessivo dell'atto in esame parrebbe improntato a trovare giustificazione nell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, in base al quale, come è noto, "nessuna disposizione del presente statuto pregiudica il diritto naturale di autotutela individuale o collettiva, nel caso che abbia luogo un attacco armato". Infatti, come si è ricordato in precedenza, nella Decisione si fa espresso riferimento all'obiettivo di rafforzare la capacità e la resilienza delle forze armate ucraine per difendere l'integrità territoriale e la sovranità dell'Ucraina. Tale supposto fondamento rischia, però, di provare troppo, perché chiama in causa l'istituto della autotutela collettiva, ossia il caso in cui uno o più Stati, non direttamente attaccati, intervengano a tutela dello Stato attaccato. Come noto, proprio su

tale presupposto giuridico, sono scritti, rispettivamente, l'art. 5 del Trattato del Nord Atlantico istitutivo della NATO e l'art. 42, paragrafo 7 del TUE che vi fanno, infatti, entrambi espresso richiamo. L'Unione europea, però, attraverso la Decisione in esame non intende attivare un meccanismo di autotutela collettiva e, anzi, al pari della NATO, rimarca la differenza tra l'Ucraina e uno Stato membro dell'Unione europea (e/o della NATO). L'Unione europea, dunque, intende richiamarsi all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite unicamente con riferimento alla legittimità della autodifesa individuale.

Si noti, allora, come ci si ponga, con la Decisione in esame, su un piano pericolosamente formalistico: si compie, per un verso, un'operazione tipica di sostegno militare, quale quella che potrebbe essere intrapresa nel caso di invocazione dell'art. 5 del Trattato del Nord Atlantico e dell'art. 42, paragrafo 7 TUE, mentre, per altro verso, si insiste sul fatto che l'Unione europea non intende essere coinvolta nella guerra in atto come co-belligerante. Il sottile (e pericoloso) discrimine passerebbe attraverso la natura delle armi fornite (di difesa), la nazionalità di chi le utilizzerà (le forze armate ucraine) e l'obiettivo perseguito (la legittima difesa nel corso di un'aggressione in atto allo scopo – anche - di rafforzare la sicurezza internazionale alle frontiere esterne dell'Unione). Come è facile cogliere, sulla base di questa labile distinzione, la politica e la strategia militare potrebbero prendere il sopravvento sulle regole giuridiche e, soprattutto, le scelte prese potrebbero prestarsi a interpretazioni soggettive certamente non coincidenti. Si consideri, in particolare, che lo Stato che ha causato il conflitto e che lo porta avanti non senza difficoltà, ossia la Federazione russa, potrebbe qualificare la fornitura di armi come un atto apertamente ostile e/o cercare di impedirlo con un'azione militare mirata al momento in cui esso si realizzerà. La prassi del passato, che legittimerebbe la fornitura di armi a Stati belligeranti da parte dello Stato terzo neutrale rispetto al conflitto in atto, non ci sembra pienamente risolutiva nel caso in esame, tenuto conto della specificità del conflitto in corso e degli Stati che vi prendono parte (uno dei due è una potenza nucleare) (in proposito, si vedano le recenti considerazioni di K. AMBOS, *Will a state supplying weapons to Ukraine become a party to the conflict and thus be exposed to countermeasures?*, in *EJIL:Talk!*, 2 March 2022).

4. Volgendo, infine, lo sguardo a un futuro prossimo, di cui è molto difficile prevedere gli accadimenti, pare indispensabile vagliare ogni successiva decisione, che sarà posta all'ordine del giorno del Consiglio dell'Unione europea, con estrema attenzione, senza mai perdere di vista le implicazioni giuridiche e le conseguenze fattuali che essa possa determinare. Questa necessità è ulteriormente rafforzata dalla circostanza che dalla fase decisionale in materia di difesa comune è, come noto, del tutto escluso il Parlamento europeo e il vaglio di legittimità garantito dalla Corte di Giustizia, tanto più quando viene fatto ricorso, come in questo caso, a uno strumento finanziario extra-bilancio UE.

Due sono, a tale riguardo, le questioni delicate che già si scorgono all'orizzonte. La prima è la richiesta formulata dall'Ucraina, tanto alla NATO quanto all'Unione europea, di istituire una *no-fly zone* o, in subordine, di fornire aerei militari e la seconda è la domanda, in questo caso solo all'Unione europea, di adesione.

Per quanto riguarda la prima, una risposta positiva esporrebbe gli Stati membri dell'Unione europea ad una *escalation* militare in cui il punto di arrivo, altamente probabile se non certo, sarebbe un conflitto prima convenzionale e, in un secondo momento, nucleare con esiti catastrofici per tutti gli Stati coinvolti (compresa l'Ucraina). Basti a tale proposito sottolineare che in base all'art. 6 del Trattato del Nord Atlantico, per attacco armato, agli effetti di attivare l'obbligo di difesa collettiva ai sensi dell'art. 5 del medesimo trattato, si intende un attacco armato non solo contro il territorio di una delle Parti contraenti ma anche contro le forze, le navi o gli aeromobili di una delle Parti contraenti. La fornitura di aerei militari all'Ucraina, in aggiunta o in alternativa all'istituzione di una *no-fly zone*, costituirebbe un atto altrettanto pericoloso in termini di potenziale reazione della Federazione russa perché segnerebbe un coinvolgimento degli Stati membri della NATO ben più stringente di quanto sia stato fino ad ora. Anche l'ipotesi, da ultimo emersa, di autorizzare attacchi di aerei militari ucraini, nel frattempo riparati all'estero, a partire dal territorio degli Stati interessati esporrebbe questi ultimi ai medesimi rischi di coinvolgimento diretto nel conflitto in corso.

Per quanto concerne la domanda di adesione, quest'ultima pienamente legittima, andrebbe presa nella dovuta considerazione attraverso l'apposito processo che disciplina, in base al diritto dell'Unione europea, questo delicato processo, a cominciare dalla formale approvazione della qualifica di Stato candidato. Un'anticipazione e un accorciamento dei tempi, soprattutto in una fase di belligeranza in atto, sarebbero oggettivamente difficili da giustificare da un punto di vista giuridico e costituirebbe una scelta puramente politica (per altro subordinata a un procedimento di ratifica che coinvolge 27 Stati). Una conseguenza di tale opzione, anche ipotizzando l'irrealistica eventualità di un processo di adesione lampo, pare non essere stata sufficientemente colta nel dibattito di questi giorni congestionati. Come noto e in precedenza già ricordato, in base all'art. 42, settimo comma, TUE "qualora uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite". Si tratta di un obbligo pattizio che lega gli Stati membri dell'Unione europea in modo persino più stringente rispetto a quello contenuto nell'art. 5 del Trattato del Nord Atlantico, là dove dispone che ciascuna Parte contraente assisterà la Parte o le Parti così attaccate "intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata". Nel secondo testo, infatti, si scorge una relativa discrezionalità a favore della Parte contraente nell'individuare l'azione che giudicherà necessaria,

discrezionalità che non sembra ammessa dall'art. 42, comma 7, TUE. L'ingresso dell'Ucraina, o eventualmente della Georgia o della Repubblica Moldava, solo nell'Unione europea e non nella NATO, pare, dunque, una soluzione portatrice di conseguenze oltremodo impegnative per gli Stati europei, certamente più impegnative che per gli Stati Uniti.