



PIETRO PUSTORINO\* – ROBERTO VIRZO\*\*

## LA QUESTIONE DELLA QUALIFICAZIONE DELLE ATTIVITÀ MILITARI NELL'ORDINANZA DEL TRIBUNALE INTERNAZIONALE DEL DIRITTO DEL MARE RELATIVA AL CASO DELLA *DETTENZIONE DI TRE NAVI MILITARI UCRAINE*\*\*\*

SOMMARIO: 1. I fatti della controversia e l'ordinanza adottata dal Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS). – 2. L'ambito di applicazione *ratione materiae* delle dichiarazioni di non accettazione dei procedimenti arbitrali e giurisdizionali di risoluzione delle controversie rese in base all'art. 298, par. 1, lett. b) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS). – 3. La qualificazione di "attività militari" nella sentenza arbitrale relativa all'affare del *Mar Cinese Meridionale*. – 4. La distinzione tra attività militari e attività di esecuzione forzata nell'ordinanza dell'ITLOS del 25 maggio 2019. – 5. Profili controversi della ricostruzione effettuata dall'ITLOS in merito all'inesistenza di un'azione militare nel caso di specie. – 6. Conseguenze ricavabili dall'esame dell'ordinanza adottata dall'ITLOS sulla portata e gli effetti delle dichiarazioni *ex art.* 298, par. 1, lett. b) UNCLOS.

### 1. I fatti della controversia e l'ordinanza adottata dal Tribunale internazionale del diritto del mare (ITLOS)

Con ordinanza del 25 maggio 2019, resa nel caso della *Detenzione di tre navi militari ucraine*<sup>1</sup>, il Tribunale internazionale del diritto del mare<sup>2</sup> ha adottato, nel quadro della controversia in questione, alcune misure cautelari in parziale accoglimento della richiesta formulata dall'Ucraina il 16 aprile 2019, in base all'art. 290, par. 5, della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare<sup>3</sup> del 10 dicembre 1982<sup>4</sup>. Il Tribunale si è pronunciato, in sede cautelare, nelle more della

\* Professore ordinario di Diritto internazionale, Università LUISS Guido Carli.

\*\* Professore associato di Diritto internazionale, Università degli Studi del Sannio.

\*\*\* Il lavoro è frutto di riflessioni congiunte. Sono tuttavia da attribuire a Pietro Pustorino i paragrafi 1, 5 e 6 e a Roberto Virzo i paragrafi 2, 3 e 4.

<sup>1</sup> Tribunale internazionale del diritto del mare, *Detenzione di tre navi militari ucraine (Ucraina c. Federazione russa)*, ordinanza sulle misure cautelari del 25 maggio 2019, non ancora pubblicata. Per alcuni primi commenti si vedano J. KRASKA, *Did ITLOS Just Kill the Military Activities Exemption in Article 298?*, in [www.ejtalk.org](http://www.ejtalk.org), 27 maggio 2019; V. J. SCHATZ, *Ukrainische Matrosen bald auf der Heimreise?*, in [www.voelkerrechtsblog.org](http://www.voelkerrechtsblog.org), 28 maggio 2019; Y. ISHII, *The Distinction between Military and Law Enforcement Activities: Comment on Case Concerning the Detention of Three Ukrainian Naval Vessels (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures Order*, in [www.ejtalk.org](http://www.ejtalk.org), 31 maggio 2019.

<sup>2</sup> Da ora in poi Tribunale o ITLOS.

<sup>3</sup> Da ora in poi Convenzione o UNCLOS.

<sup>4</sup> La Convenzione è stata firmata a Montego Bay ed è entrata in vigore il 16 novembre 1994. Cfr. *United Nations Treaty Series*, 1994, vol. 1883, p. 3 ss. Gli strumenti di ratifica di tale Convenzione da parte della Federazione russa e dell'Ucraina sono stati depositati rispettivamente il 12 marzo 1997 e il 26 luglio 1999.

costituzione del tribunale arbitrale richiesto dall'Ucraina conformemente all'Annesso VII dell'UNCLOS. Lo Stato convenuto, con nota verbale del 30 aprile 2019 emessa dall'ambasciata russa presso la Germania, ha informato il Tribunale che non avrebbe partecipato alle udienze relative al procedimento concernente la richiesta di misure cautelari, contestando la competenza giurisdizionale del Tribunale in relazione alle dichiarazioni formulate da Russia e Ucraina con riguardo all'esclusione, dalle procedure di soluzione delle controversie, di quelle relative ad attività militari<sup>5</sup>. La Federazione russa si è tuttavia riservata di partecipare all'eventuale e successiva fase della procedura arbitrale<sup>6</sup> e ha dichiarato di voler presentare osservazioni scritte per chiarire la propria posizione in merito alle circostanze del caso di specie<sup>7</sup>. Le osservazioni sono state effettivamente presentate e sono contenute nel *Memorandum* del 7 maggio 2019<sup>8</sup>.

La controversia<sup>9</sup> ha origine dal fermo e dal successivo sequestro, avvenuti il 25 novembre 2018, di due navi militari ucraine (la "Berdyansk" e la "Nikopol") e di un rimorchiatore militare di appoggio (lo "Yani Kapu") nonché dei loro equipaggi da parte di autorità militari russe in relazione al tentativo delle imbarcazioni ucraine di attraversare lo Stretto di Kerch, che collega il Mar Nero al Mare di Azov<sup>10</sup>. I marinai ucraini sono stati successivamente sottoposti a procedimenti penali di fronte alle autorità giudiziarie russe.

Secondo l'interpretazione dell'Ucraina, le suddette condotte assunte dalla Federazione russa configurano, in relazione ai profili di merito della controversia, la violazione rispettivamente delle norme dell'UNCLOS che riconoscono l'immunità assoluta alle navi militari straniere, con relativa esenzione da ogni procedimento giudiziario o di altra natura nei confronti delle stesse navi e dei membri degli equipaggi<sup>11</sup>. Per tali ragioni, l'Ucraina ha chiesto il rilascio delle navi e dei rispettivi equipaggi nonché una piena riparazione ("full reparation") per i fatti illeciti attribuiti alla Federazione russa e infine appropriate garanzie e assicurazioni di non ripetizione degli illeciti. Nell'istanza presentata all'ITLOS, oltre a reiterare la richiesta di liberazione dei marinai ucraini e di rilascio delle proprie navi militari, l'Ucraina ha sollecitato

---

L'art. 290, par. 5 UNCLOS dispone: «Pending the constitution of an arbitral tribunal to which a dispute is being submitted under this section, any court or tribunal agreed upon by the parties, or failing such agreement within two weeks from the date of the request for provisional measures, the International Tribunal for the Law of the Sea or, with respect to activities in the Area, the Seabed Dispute Chamber, may prescribe, modify or revoke provisional measures in accordance with this article if it considers that *prima facie* the Tribunal which is to be constituted would have jurisdiction and that the urgency of the situation so requires. Once constituted, the tribunal to which the dispute has been submitted may modify, revoke or affirm those provisional measures, acting in conformity with paragraphs 1 to 4».

<sup>5</sup> Cfr. *infra*, par. 2.

<sup>6</sup> Tuttavia, la stessa Federazione russa non ha cooperato con l'Ucraina nella procedura di nomina degli arbitri. Ai sensi dell'art. 3 dell'Annesso VII, lo Stato attore si è pertanto rivolto al Presidente dell'ITLOS, il quale, il 10 luglio 2019, dopo consultazioni con le parti, ha provveduto a completare la composizione del tribunale arbitrale. Cfr. il Press Release dell'ITLOS datato 1 agosto 2019, disponibile online.

<sup>7</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 8 nel quale è riportato il contenuto della nota verbale adottata dalla Russia.

<sup>8</sup> Cfr. il *Memorandum of the Russian Federation regarding its position on the circumstances of the case No. 26*, disponibile online.

<sup>9</sup> Sulla evidente sussistenza di una controversia fra i due Paesi in tema di interpretazione e applicazione dell'UNCLOS, ex art. 288, par. 1, della Convenzione, si vedano le osservazioni dell'ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 37 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*, par. 31. Secondo la versione ucraina, le imbarcazioni erano dirette al porto di Berdiansk, nel mare di Azov.

<sup>11</sup> *Ibidem*, paragrafi 22 e 38. In particolare, l'Ucraina ha invocato la violazione degli articoli 32, 58, 95-96 della Convenzione.

come ulteriore misura cautelare la sospensione dei procedimenti giudiziari a carico dei membri degli equipaggi<sup>12</sup>.

L'ITLOS ha disposto, accogliendo la richiesta presentata dall'Ucraina, il rilascio immediato delle tre navi ucraine e dei 24 membri dei vari equipaggi, richiedendo il ritorno delle navi e degli individui in Ucraina<sup>13</sup>; ha inoltre prescritto a Russia e Ucraina, da un lato, di astenersi dall'assumere condotte che possano aggravare o estendere la portata dei termini della controversia in esame<sup>14</sup>, dall'altro di sottoporre al Tribunale un rapporto, *ex art.* 95, par. 1, del Regolamento di procedura dell'ITLOS, sulla conformità alle misure cautelari disposte<sup>15</sup>. Il Tribunale non ha invece accolto la richiesta ucraina di sospendere i procedimenti giudiziari di natura penale avviati nei confronti dei marinai ucraini di fronte ai tribunali russi<sup>16</sup>.

2. *L'ambito di applicazione ratione materiae delle dichiarazioni di non accettazione dei procedimenti arbitrari e giurisdizionali di risoluzione delle controversie rese in base all'art. 298, par. 1, lett. b) della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)*

Come si è accennato, nelle dichiarazioni che, al momento della ratifica dell'UNCLOS, tanto la Federazione Russa<sup>17</sup> quanto l'Ucraina<sup>18</sup> hanno depositato *ex art.* 298 della Convenzione sono elencate, tra le altre, «disputes concerning military activities» e «disputes in respect of

<sup>12</sup> Cfr. la *Request of Ukraine for the prescription of provisional measures under article 290, paragraph 5, of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, del 16 aprile 2019, par. 22.

<sup>13</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 118 e dispositivo, par. 124, parte 1, lettere a)-b).

<sup>14</sup> *Ibidem*, par. 120 e dispositivo, par. 124, parte 1, lett. c).

<sup>15</sup> L'ITLOS ha anche autorizzato il Presidente del Tribunale a richiedere rapporti e informazioni ulteriori alla suddetta relazione di conformità alle misure cautelari da esso adottate: *ibidem*, par. 121 e dispositivo, par. 124, parte 2.

<sup>16</sup> *Ibidem*, par. 119.

<sup>17</sup> Questo il testo integrale della parte della dichiarazione: “The Russian Federation declares that, in accordance with article 298 of the United Nations Convention on the Law of the Sea, it does not accept the procedures, provided for in section 2 of Part XV of the Convention, entailing binding decisions with respect to disputes concerning the interpretation or application of articles 15, 74 and 83 of the Convention, relating to sea boundary delimitations, or those involving historic bays or titles; disputes concerning military activities, including military activities by government vessels and aircraft, and disputes concerning law-enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction; and disputes in respect of which the Security Council of the United Nations is exercising the functions assigned to it by the Charter of the United Nations”.

La dichiarazione russa è stata già oggetto di esame nell'affare dell'*Arctic Sunrise* (*Paesi Bassi c. Federazione Russa*) da parte dell'ITLOS, nell'ordinanza sulle misure cautelari del 22 novembre 2013, par. 45, in *ITLOS Reports*, 2013, p. 241 e del Tribunale arbitrale istituito in base all'Annesso VII UNCLOS nella decisione sulla competenza del 25 novembre 2014, par. 69, <https://pcacases.com/web/sendAttach/1325>. In entrambe le pronunce i due tribunali hanno ritenuto inapplicabile alla controversia dell'*Arctic Sunrise* la parte della dichiarazione relativa alle controversie concernenti gli atti di esecuzione forzata in quanto, ai sensi della seconda parte dell'art. 298, par. 1, lett. b), l'eccezione concerne «enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction excluded from the jurisdiction of a court or a tribunal under article 297, paragraph 2 or 3».

<sup>18</sup> Questo il testo integrale della dichiarazione “Ukraine declares, in accordance with article 298 of the Convention, that it does not accept, unless otherwise provided by specific international treaties of Ukraine with relevant States, the compulsory procedures entailing binding decisions for the consideration of disputes relating to sea boundary delimitations, disputes involving historic bays or titles, and disputes concerning military activities”.

which the Security Council of the United Nations is exercising the functions assigned to it by the Charter of the United Nations».

È opportuno ricordare che le dichiarazioni in questione consentono di escludere dal ricorso obbligatorio ai procedimenti giudiziari o arbitrali indicati nella Convenzione soltanto talune tipologie di controversie e che, di conseguenza, le parti contraenti che decidono di renderle devono muoversi entro i limiti stabiliti dall'art. 298<sup>19</sup>. Alle parti contraenti è quindi precluso di ampliare o modificare la portata e gli effetti delle loro dichiarazioni, includendovi categorie di controversie non previste in tale articolo<sup>20</sup>.

A fronte di siffatte limitazioni, finiscono per assumere rilievo le pronunce di tribunali e corti internazionali attinenti alle eccezioni stabilite – ma non definite – nello stesso art. 298 UNCLOS.

Tra queste ultime, devono annoverarsi quelle riguardanti le attività militari. Invero il par. 1, lett. b), prima parte della norma in esame prevede la facoltà di sottrarre al ricorso ai procedimenti a esito vincolante della Convenzione «disputes concerning military activities, including military activities by governmental vessels and aircraft engaged in non-commercial service» senza tuttavia chiarire cosa debba esattamente intendersi per “attività militari”<sup>21</sup>. Peraltro, neanche nelle disposizioni dell'UNCLOS che hanno a oggetto le navi militari o le navi di proprietà o al servizio di uno Stato si rinviene una definizione di dette attività<sup>22</sup>.

Ebbene, sulla eccezione in parola, hanno avuto occasione di pronunciarsi, sino a ora, il Tribunale arbitrale costituito per l'affare del *Mar Cinese Meridionale (Filippine c. Cina)*<sup>23</sup> e, appunto, ITLOS nel caso della *Detenzione di tre navi militari ucraine*.

### 3. La qualificazione di “attività militari” nella sentenza arbitrale relativa all'affare del Mar Cinese Meridionale

Nella sentenza del 12 luglio 2016 relativa all'affare del *Mar Cinese Meridionale*, il Tribunale arbitrale costituito in base all'Annesso VII della Convenzione è intervenuto sulla “military

<sup>19</sup> Sull'art. 298 UNCLOS, si vedano, tra gli altri, A. CANNONE, *Il Tribunale internazionale del diritto del mare*, Bari, 1991, p. 94 ss.; N. KLEIN, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea*, Cambridge, 2005, p. 227 ss.; R. VIRZO, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, Padova, 2008, p. 73 ss.; A. SERDY, *Article 298*, in A. PROELSS (ed.), *United Nations Convention on the Law of the Sea. A Commentary*, München, Oxford, Baden-Baden, 2017, p. 1918 ss.; A. CALIGIURI, *L'arbitrato nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, Napoli, 2018, p. 155 ss.; Z. KEYUAN, Q. YE, *Interpretation and Application of Article 298 on the Law of the Sea Convention in Recent Annex VII Arbitrations: An Appraisal*, in *Oc. Dev. Int. Law*, 2017, p. 331 ss.

<sup>20</sup> In tal senso, con riferimento alla dichiarazione della Federazione russa, il Tribunale arbitrale istituito nel caso dell'*Arctic Sunrise*, sentenza del 25 novembre 2014, cit. par. 69: «In the view of the Tribunal, the Declaration cannot exclude from jurisdiction of the procedures in Section 2 of Part XV of the Convention “every dispute” that concerns “law-enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction”. It can only exclude disputes “concerning law enforcement activities in regard to the exercise of sovereign rights or jurisdiction” which are also “excluded from the jurisdiction of a court or tribunal under article 297, par. 2 or 3».

<sup>21</sup> Sulle origini dell'eccezione in parola e sulla mancata definizione di attività militare si vedano M. W. JANIS, *Dispute Settlement in the Law of the Sea Convention: The Military Activity Exception*, in *Oc. Dev. Int. Law*, 1977, p. 51 ss. e N. KLEIN, *Dispute Settlement*, cit., p. 279 ss.

<sup>22</sup> Cfr. articoli 29-32, 95-96, 102, 107, 110-111, 224, 236 UNCLOS.

<sup>23</sup> Tribunale arbitrale costituito in base all'Annesso VII UNCLOS, *Mar Cinese Meridionale*, sentenza del 12 luglio 2016, in *Int. Leg. Mat.*, 2016, p. 805 ss.

activity exemption” in due punti<sup>24</sup>. In entrambi si è reso necessario interpretare la dichiarazione mediante la quale la Cina si è avvalsa della possibilità di non sottoporre ad arbitrato o a regolamento giudiziario anche le categorie di controversie previste dall’art. 298, par. 1, lett. b) UNCLOS<sup>25</sup>.

Nel primo punto, il Tribunale arbitrale ha potuto facilmente classificare come “civilian” determinate attività di “land reclamation” poste in essere dalla Cina dato che le stesse autorità di Pechino, a più riprese, avevano affermato che – sebbene condotti con l’impiego di personale militare – i lavori di prosciugamento e conseguente espansione edilizia effettuati nell’area del Mischief Reef, contesa con le Filippine, perseguivano unicamente obiettivi civili<sup>26</sup>.

Nel secondo punto, il Tribunale arbitrale ha anzitutto statuito che «Article 298(1) b applies to ‘disputes concerning military activities’ and not to ‘military activities’ as such»<sup>27</sup>. Per il Tribunale arbitrale, la precisazione assume particolare rilievo ai fini della portata *ratione temporis* dell’eccezione giacché quest’ultima, come è evidente, non è invocabile dinanzi a un organo arbitrale o giurisdizionale che ne ha già escluso l’applicabilità in relazione a una data controversia e ciò anche se nel corso del procedimento vengono avviate, artatamente o meno, operazioni militari. Il Tribunale arbitrale ha aggiunto che l’art. 298, par. 1, lett. b), non può neanche «[to] limit its ancillary jurisdiction to prescribe provisional measures in respect of military activities taking place in relation to a dispute that does not, itself, concern military activities»<sup>28</sup>.

Oltre a tale premessa, il Tribunale arbitrale – che dal punto di vista della tecnica redazionale sembra qui ricorrere ad uno stile più asciutto rispetto ad altre parti della sua amplissima sentenza<sup>29</sup> – si è limitato ad affermare che l’eccezione contemplata dall’art. 298, par. 1, lett. b) riguarda l’ipotesi in cui le forze militari o paramilitari degli Stati controvertenti siano schierate in opposizione l’una all’altra. Nel caso di specie, si è verificato che intorno alla barriera corallina del Second Thomas Shoal «Chinese Government vessels have attempted to prevent to resupply and rotation of the Philippines troops on at least two

<sup>24</sup> Per un’analisi dei punti della sentenza arbitrale che rilevano ai nostri fini, si veda A. CALIGIURI, *L’arbitrato*, cit., pp. 165-169.

<sup>25</sup> Tale dichiarazione, datata 25 agosto 2006 reca «The Government of the People’s Republic of China does not accept any of the procedures provided for in the Section 2 of Part XV of the Convention with respect to all categories of disputes referred to in paragraph 1 (a) (b) and (c) of the Convention».

<sup>26</sup> Sicché, secondo il Tribunale, tali attività non possono essere qualificate «military in nature when China itself has consistently resisted such classification and affirmed the opposite at the highest level. [...] As civilian activity, the Tribunal notes that China’s conduct falls outside the scope of Article 298(1)(b) and concludes that it has jurisdiction to consider the Philippines’ Submission». Cfr. Tribunale arbitrale istituito nel caso del *Mar Cinese Meridionale*, sentenza del 12 luglio 2016, cit., par. 1028.

<sup>27</sup> *Ibidem*, par. 1158.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Stante le molteplici e complesse questioni di diritto internazionale affrontate nella sentenza del 12 luglio 2016, quest’ultima è stata oggetto di numerosi commenti in dottrina. Tra i contributi che si prefiggono di effettuare un’analisi generale, si vedano V. P. COGLIATI-BANTZ, *The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People’s Republic of China)*, in *Int. Jour. Mar. Coast. Law*, 2016, p. 759 ss.; R. LE BOEUF, *Différend en mer de Chine méridionale (Philippines c. Chine), sentence arbitrale du 12 juillet 2016*, in *Ann. fr. droit int.*, 2016, p. 159 ss.; J.-H. PAIK, *South China Sea Arbitral Awards: Main Findings and Assessment*, in *Max P. YB. Un. Nat. Law*, 2016, p. 367 ss.; SH. WU, K. ZOU (eds.), *Arbitration concerning the South China Sea: Philippines versus China*, Farnham, 2016; J.-L. HEBERT, *The South China Sea Arbitration Award and Its Widespread Implications*, in *Oregon Review of International Law*, 2018, p. 289 ss.; S. JAYAKUMAR, T. KOH, R. BECHMAN, T. DAVENPORT, H. D. PHAN, *The South China Sea Arbitration: The Legal Dimension*, Cheltenham, 2018.

occasions»<sup>30</sup>. Il che rappresenta, secondo il Tribunale arbitrale, a «quintessentially military situation, involving the military and paramilitary forces on the other, arrayed in opposition to one another»<sup>31</sup>.

#### 4. La distinzione tra attività militari e attività di esecuzione forzata nell'ordinanza dell'ITLOS del 25 maggio 2019

Rispetto ai concisi paragrafi inerenti alle attività militari della sentenza arbitrale resa nel caso del *Mar Cinese Meridionale* e, soprattutto, a fronte di una previsione normativa della Convenzione ancora più scarna e lacunosa, è da apprezzare che nell'ordinanza del 25 maggio 2019 l'ITLOS, pur eludendo alcune questioni<sup>32</sup>, si sia soffermato in maniera approfondita quantomeno sulle circostanze che lo hanno indotto a escludere l'applicabilità dell'art. 298, par. 1, lett. b) UNCLOS. Del resto, nell'affare della *Detenzione di tre navi militari ucraine*, anche a causa delle posizioni ambigue assunte da entrambe le parti, proprio la questione preliminare della qualificazione come militare o meno delle attività controverse – sulla quale, peraltro, in caso di proseguimento del procedimento, potrebbe tornare il tribunale arbitrale investito del merito – presenta notevoli tratti di complessità.

Infatti, in primo luogo, con riferimento alle misure prese dalla Federazione russa nei confronti delle tre navi ucraine, le autorità di Mosca e di Kiev hanno espresso opinioni, oltre che differenti, contraddittorie.

Per un verso, la «Russia has repeatedly and consistently stated that its actions that provide the basis for Ukraine's claims were not military in nature»<sup>33</sup>, salvo poi invocarne il carattere militare nel citato *Memorandum* del 7 maggio 2019<sup>34</sup>. Per altro verso, specie se comparate con quelle sostenute dinanzi all'ITLOS, delle gravi incongruenze hanno contrassegnato anche le prime dichiarazioni ufficiali rese dalla parte attrice: ad esempio, in data 26 novembre 2018 l'Ucraina, nello *statement* presentato al Consiglio di sicurezza, ha paventato il ricorso alla legittima difesa come reazione alle misure coercitive russe e nella domanda di misure cautelari alla Corte europea dei diritti dell'uomo si è spinta a richiedere che «the members of the Ukrainian Navy taken by the Russian forces following an armed combat [...] should be treated by the Russian authorities as the prisoners of war and accorded the treatment, provided for in the Third Geneva Convention»<sup>35</sup>.

Tali incoerenze hanno reso inutilizzabili, in quanto non credibili<sup>36</sup>, le asserzioni delle due parti sulla natura delle misure adottate dalla Federazione russa e hanno indotto l'ITLOS a una condivisibile statuizione di carattere generale circa la preferenza per il metodo obiettivistico e il ridotto peso da attribuire a qualificazioni di tipo subiettivistico e unilaterale. Secondo i giudici di Amburgo, la distinzione tra attività militari e atti di

<sup>30</sup> Tribunale arbitrale istituito nel caso del *Mar Cinese Meridionale*, sentenza del 12 luglio 2016, cit., par. 1161.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Sulle quali vedi *infra*, § 5.

<sup>33</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 56.

<sup>34</sup> *Memorandum of the Russian Federation*, cit., paragrafi 24-34.

<sup>35</sup> Entrambe le dichiarazioni ucraine del 26 novembre 2018 sono riprodotte nel *Memorandum of the Russian Federation*, cit., par. 32, lettere a) ed e).

<sup>36</sup> È da ritenere che le posizioni infine sostenute dalle due parti siano meramente funzionali a fondare (per l'Ucraina) e a contestare (per la Federazione Russa) la giurisdizione dell'ITLOS e del Tribunale arbitrale ex Annesso VII UNCLOS.

esecuzione forzata (distinzione su cui ci soffermerà nel prosieguo del paragrafo) non può essere fondata «solely on the characterization of the activities in question by the parties to a dispute. This may be a relevant factor, especially in case of the party invoking the military activities exception. However, such characterization may be subjective and at variance with the actual conduct»<sup>37</sup>.

In secondo luogo, l'analisi degli avvenimenti che si sono succeduti non ha consentito qualsivoglia semplificazione della valutazione giuridica delle condotte tenute dalle parti. Come si è osservato, nell'affare del *Mar cinese meridionale*, il Tribunale arbitrale ha dedotto, senza necessità di ulteriori argomentazioni, che in presenza di contrapposizione in mare di schieramenti di forze militari e paramilitari si verifica una “quintessentially military situation”. Per contro, nella controversia relativa alla *Detenzione di tre navi militari ucraine* la situazione appare meno lineare e anzi con riferimento ad essa occorre determinare «whether the arrest and detention took place in the context of a military operation or a law enforcement operation»<sup>38</sup>.

L'ITLOS, nell'ordinanza del 25 marzo 2019, è pervenuto a quest'ultima conclusione. Accogliendo nella sostanza le argomentazioni addotte sul punto dall'Ucraina<sup>39</sup>, il Tribunale ha chiarito, in via preliminare, che ai fini della distinzione tra operazioni militari e atti di esecuzione forzata non è dirimente la tipologia di navi coinvolte in siffatte attività, essendo anzi piuttosto frequente che navi militari e navi al servizio di uno Stato per operazioni di polizia siano impiegate – talvolta collaborando – nell'assolvimento di medesime funzioni<sup>40</sup>.

La logica conseguenza è che il passaggio in transito negli stretti (così come il passaggio inoffensivo nel mare territoriale) da parte di una nave militare non costituisce di per sé un'operazione militare<sup>41</sup>. D'altronde, sempre nel *Memorandum* depositato presso l'ITLOS, la Federazione russa ha tentato di far derivare tale natura, più che dal mero passaggio, da un documento rinvenuto a bordo della “Nikopol” che lo Stato convenuto ha considerato costituire la prova di una «non-permitted “secret” incursion» nello Stretto di Kerch da parte delle tre navi ucraine. Tuttavia l'argomento è parso tutt'altro che persuasivo<sup>42</sup> stante l'improbabilità di un transito in maniera segreta nello Stretto di collegamento tra il Mare di Azov e il Mar Nero, perennemente vigilato dalle autorità russe, specie a partire dal 2015 quando sono stati avviati i lavori di costruzione del ponte di Crimea<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 65.

<sup>38</sup> *Ibidem*, par. 67.

<sup>39</sup> *Ibidem*, par. 58.

<sup>40</sup> *Ibidem*, par. 64.

<sup>41</sup> *Ibidem*, par. 68.

<sup>42</sup> Si aggiunga che all'ITLOS non sono stati neanche forniti elementi sufficienti a valutare l'eventuale natura militare delle attività delle navi ucraine. Come osserva il giudice Jesus nella dichiarazione annessa all'ordinanza del 25 maggio 2019, par. 20, «[i]t may well be that the Ukrainian warship engaged in acts that could be qualified as military activities. In the context of these proceedings on provisional measures, however, neither were we given enough information to reach that *prima facie* conclusion, especially by the Russian Federation, which chose not to appear before this Tribunal in these proceedings to determine whether the activities of the Ukrainian warships, while passing through the territorial sea, were indeed military activities. That is a role reserved for the Annex VII arbitral tribunal, as the tribunal on the merits (...)».

<sup>43</sup> Come è noto dal settembre 2016 è pendente dinanzi a un Tribunale arbitrale costituito in base all'Annesso VII UNCLOS l'affare relativo ai *Diritti degli Stati costieri nel Mar Nero, nel Mare di Azov e nello Stretto di Kerch (Ucraina c. Federazione Russa)*, che verte anche sulla costruzione del Ponte di Crimea, peraltro terminata nel 2018, <https://pca-cpa.org/en/cases/149/>. In argomento, si veda V. J. SCHATZ, D. KOVAL, *Russia's*

Sicché, al fine di far rientrare le misure implicanti l'uso della forza oggetto della controversia in esame nella categoria di operazioni militari o in quella di atti di esecuzione forzata, l'ITLOS ha ritenuto di maggiore pertinenza altre informazioni fornite a riguardo dalle parti. Più precisamente, esso ha considerato rilevante che le autorità russe avevano disposto la sospensione del passaggio in transito nei confronti delle tre navi ucraine sostenendo che a causa di una tempesta imperversata in quei giorni nell'area non fosse garantita la sicurezza della navigazione; che le navi ucraine avevano deciso di disattendere detta richiesta, venendo tuttavia bloccate dalla guardia costiera russa nei pressi di un'area di ancoraggio; che, a circa otto ore dal fermo temporaneo, le navi ucraine avevano deciso di rinunciare al passaggio nello Stretto di Kerch e avevano tentato di riprendere in senso opposto la navigazione; che la guardia costiera russa, dopo aver intimato alle navi ucraine di rispettare il fermo, aveva iniziato l'inseguimento, lanciando taluni colpi di avvertimento; che, successivamente, la guardia costiera russa aveva impiegato la forza armata in modo mirato, danneggiando una delle navi inseguite, ferendo alcuni militari e riuscendo a fermare e a sequestrare le tre imbarcazioni; che nei procedimenti giudiziari instaurati dinanzi ai tribunali russi è stato contestato ai ventiquattro militari ucraini arrestati il reato di sconfinamento territoriale e che, sul piano internazionale, la Federazione russa ha invocato l'art. 30 UNCLOS avente a oggetto, com'è noto, l'inosservanza da parte di una nave da guerra delle leggi e dei regolamenti dello Stato costiero<sup>44</sup>. E poiché «[t]he aforementioned circumstances of the incident on 25 November 2018 suggest that the arrest and detention of the Ukrainian naval vessels by the Russian Federation took place in the context of a law enforcement operation»<sup>45</sup>, l'ITLOS ha concluso che la forza non è stata impiegata nell'ambito di una operazione militare.

Orbene, si può ritenere che, nel complesso, l'ordinanza offra un significativo contributo all'interpretazione dell'art. 298, par. 1, lett. b), prima parte UNCLOS. Invero, dalla lettura combinata della stessa con la sentenza arbitrale del 12 luglio 2016 emerge che la qualificazione unilaterale di un'attività come militare da parte dello Stato autore di una dichiarazione eccettuativa resa conformemente a detta disposizione non è sufficiente a sottrarre alla competenza di un tribunale o di una corte prevista dall'UNCLOS le controversie riguardanti tale attività. Né la conseguente qualificazione di tipo oggettivo può fondarsi sulla constatazione che una data attività sia stata posta in essere da una nave militare<sup>46</sup>. Occorre invece tenere conto di una pluralità di fattori<sup>47</sup> come ad esempio la finalità dell'operazione, il momento<sup>48</sup> e le ragioni del ricorso alla forza.

---

*Annexation of Crimea and the Passage of Ships Through Kerch Strait: A Law of the Sea Perspective*, in *Oc. Dev. Int. Law*, 2019, p. 275 ss.

<sup>44</sup> Ai sensi di tale articolo «[i]f any warship does not comply with the laws and regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance therewith is made to it, the coastal State may require it to leave the territorial sea immediately».

<sup>45</sup> Tribunale internazionale del diritto del mare, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 74.

<sup>46</sup> D'altronde, è appena il caso di ricordare che l'eccezione contemplata dall'art. 298, par.1, lett. b) prima parte UNCLOS non riguarda le controversie relative a questa categoria di navi in generale bensì, come si è più volte osservato, «disputes concerning military activities, including military activities by government vessels and aircrafts».

<sup>47</sup> Si veda altresì ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, dichiarazione del giudice Kittichaisaree, par. 4: «(...) I can image that some quintessential examples of military activities include military exercise at sea, military intelligence-gathering activities at sea, military confrontation at sea in the context of an inter-State political or military conflict, as well as any consequential military action at sea taken by another State against such activities. Certain incidents may comprise a mixture of both military and law-enforcement aspects. Therefore, each case must be *objectively* determined primarily in the light of the nature and intent of the activities in

Senonché, proprio nell'applicazione al caso di specie della qualificazione di un'attività come militare alla luce delle circostanze pertinenti, l'ITLOS ha dato scarso rilievo ad alcuni fattori, incluso quello delle tensioni in atto tra Ucraina e Federazione Russa (che ha soltanto richiamato genericamente), mentre è parso ignorarne altri.

5. *Profili controversi della ricostruzione effettuata dall'ITLOS in merito all'inesistenza di un'azione militare nel caso di specie*

Le conclusioni dell'ITLOS circa la qualificazione dell'azione avvenuta il 25 novembre 2018 quale azione di esecuzione forzata o di polizia sono sostanzialmente da condividere. Riteniamo tuttavia che con riferimento ai profili che seguono queste conclusioni non siano ben argomentate e difettino quindi di adeguata motivazione.

Nell'analisi della questione preliminare inerente al carattere militare o meno dell'operazione condotta nello Stretto di Kerch, è anzitutto da ritenere che l'ITLOS avrebbe dovuto valutare anche altri elementi fattuali e, soprattutto, non limitarsi a osservare che il contesto degli avvenimenti del 25 novembre 2018 fosse caratterizzato da “tensioni” persistenti tra Federazione russa e Ucraina<sup>49</sup>, senza soffermarsi in modo specifico sulla natura di tali tensioni e senza valutarne l'eventuale incidenza sulla qualificazione delle misure coercitive oggetto della controversia.

Occorre preliminarmente osservare che – oltre alla ipotesi in cui in considerazione del massiccio impiego di mezzi e personale militare, del significativo ricorso alla forza e dei gravi effetti pregiudizievoli per una o più delle parti coinvolte, non vi siano dubbi circa la qualificazione dell'azione come avente natura militare – può accadere che, nel quadro di una medesima operazione, vengano svolte contemporaneamente attività militari e di polizia. È questa l'ipotesi prospettata dal giudice Kittichaisaree nella sua dichiarazione allegata all'ordinanza, secondo cui «[c]ertain incidents may comprise a mixture of both military and law enforcement aspects»<sup>50</sup>. In questo caso, occorre verificare se sia possibile, ai fini dell'eventuale esclusione delle controversie in tema di attività militari, suddividere in

---

question, taking into account the relevant circumstances and context in which the activities take place». Sulla ipotesi della commistione tra operazioni militari e di esecuzione forzata che possono caratterizzare un dato incidente, richiamata in tale paragrafo della dichiarazione del giudice Kittichaisaree, si veda, *infra*, § 5.

<sup>48</sup> Soprattutto se si considera la sequenza delle azioni poste in essere dalla guardia costiera russa nella fase dell'inseguimento e del fermo delle navi ucraine, si può osservare come il Tribunale – pur non potendolo richiamare dato che in quel caso la nave battente bandiera di Saint Vincent e le Grenadine era di natura mercantile (ma v. la citata dichiarazione del giudice Kittichaisaree annessa all'ordinanza, par. 4) – non si sia discostato da quanto affermato in un significativo paragrafo della sentenza che aveva reso circa vent'anni prima nell'affare della *Motovedetta “Saiga” (n. 2)*: «These principles have been followed over the years in law enforcement operation at sea. The normal practice used to stop a ship at sea is first to give an auditory or visual signal to stop, using internationally recognized signals. Where this does not succeed a variety of actions may be taken, including the firing of shots across the bows of the ship. It is only after the appropriate actions fail that the pursuing vessel may, at least resort use force». Cfr. Tribunale internazionale del diritto del mare, *affare della Motovedetta “Saiga” (n. 2)*, (*Saint Vincent e le Grenadine c. Guinea*), sentenza del 1° luglio 1999, par. 156, in *ITLOS Reports*, 1999, p. 62. Sulla giurisprudenza dell'ITLOS in materia di misure di esecuzione forzata, si veda X. HINRICHS OYARCE, *Enforcement Measures at Sea with Reference to the Case Law of the International Tribunal for the Law of the Sea*, in *Il diritto marittimo*, 2018, p. 613 ss.

<sup>49</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 69.

<sup>50</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, dichiarazione del giudice Kittichaisaree, cit., par. 4.

modo chiaro le due tipologie di attività. Qualora ciò non sia possibile, il criterio che riteniamo più adeguato a risolvere la questione interpretativa in esame è quello della prevalenza degli aspetti militari o di polizia in una data operazione, che implica a nostro parere l'“attrazione” dell'azione presa in esame in una delle due distinte categorie. In altre parole, laddove, in una data operazione, siano “maggioritari” gli aspetti militari o di polizia e non sia possibile distinguere in modo chiaro le due tipologie di attività, appare corretto qualificare l'operazione in questione alla luce dell'attività da ritenere prevalente nel caso di specie.

Un'ulteriore ipotesi ha riguardo alla possibile “escalation” di una specifica operazione, nel caso in cui, in particolare, la condotta statale abbia inizialmente le caratteristiche di un'azione di polizia e si trasformi successivamente in un'azione militare. È quanto sarebbe accaduto, secondo l'interpretazione del giudice Gao<sup>51</sup>, nel caso di specie, poiché, a partire dalla fase dell'inseguimento delle navi ucraine da parte della marina militare russa, azione quest'ultima coordinata – occorre precisarlo – con forze aeree (in particolare un elicottero), vi sarebbe stato un ricorso alla forza di natura ed effetti tali – quali il danneggiamento di una delle navi militari e il ferimento di tre marinai ucraini – da configurare una vera e propria azione militare.

Ciò premesso, è logico che, in materia di qualificazione di una determinata azione come avente natura militare, l'eventuale accertamento dell'esistenza di un conflitto armato internazionale fra le parti della controversia in esame avrebbe agevolato il compito dell'ITLOS, sebbene occorra precisare che, anche in costanza di conflitto armato internazionale, è ben possibile ricorrere ad azioni di polizia nei confronti di beni e cittadini di Stati parti del conflitto.

Sotto tale profilo, la valorizzazione da parte dell'ITLOS di quanto affermato dalla Federazione russa nel richiamato *Memorandum* secondo cui è da escludere che la vicenda oggetto della controversia sia da considerare «as an armed conflict for the purposes of international humanitarian law»<sup>52</sup>, costituisce soltanto un elemento di valutazione e non può essere ritenuto un fattore decisivo ai fini dell'esame della natura dell'azione avvenuta nello Stretto di Kerch, ciò proprio in ragione della richiamata necessità, sottolineata dallo stesso Tribunale, di condurre una valutazione “obiettiva” degli elementi della controversia, senza quindi affidarsi a posizioni assunte in via unilaterale<sup>53</sup>.

Ciò che sorprende nella lettura dell'ordinanza adottata dal Tribunale è che esso non si soffermi affatto sulla possibile sussistenza di un conflitto armato fra Ucraina e Federazione russa in relazione non soltanto all'annessione della Crimea da parte della Federazione russa nel 2014, ma anche alle perduranti tensioni nella parte orientale dell'Ucraina, al confine con la Russia, con il noto e significativo sostegno russo alle regioni indipendentiste di Donetsk e Lugansk<sup>54</sup>. Al riguardo, il Tribunale avrebbe dovuto, a nostro parere, operare una scelta: provvedere autonomamente all'accertamento dell'esistenza di un conflitto armato fra i due Paesi parti della controversia, oppure affidarsi a quanto già

<sup>51</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, opinione separata del giudice Gao, par. 23 ss.

<sup>52</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., par. 44 e *Memorandum of the Russian Federation*, cit., par. 33, lett. b).

<sup>53</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>54</sup> In relazione a tale sostegno, vanno inquadrate le recenti misure adottate dalla Federazione russa volte a facilitare l'acquisizione della cittadinanza russa da parte dei cittadini ucraini residenti in diverse regioni dell'Ucraina dell'Est, in evidente contrasto con il principio di non ingerenza negli affari interni dell'Ucraina. Il punto è ben sviluppato in questa *Rivista* da A. BUFALINI, *Cittadinanza russa offresi nel Dombass: quali limiti dal diritto internazionale*, 2019, p. 550 ss., in particolare pp. 560-563.

accertato al riguardo da altri organi giudiziari di natura internazionale, pur aventi competenze assai diverse dall'ITLOS. In relazione a questa seconda alternativa, il Tribunale avrebbe potuto richiamare l'attività recentemente svolta, ad esempio, dalla Corte penale internazionale con riferimento alla situazione in Ucraina. In particolare, l'ufficio del procuratore, nei rapporti sulle attività d'esame di natura preliminare, adottati rispettivamente il 14 novembre 2016 e il 5 dicembre 2018, ha affermato l'esistenza di un conflitto armato internazionale tuttora in corso fra Russia e Ucraina in relazione all'annessione della Crimea e di Sebastopoli<sup>55</sup> e un ulteriore conflitto armato internazionale fra i due Paesi sorto in relazione al coinvolgimento russo a favore delle citate entità secessioniste nell'Ucraina dell'Est<sup>56</sup>.

Peraltro, anche nell'ipotesi in cui avesse escluso l'esistenza di uno o più conflitti armati fra Russia e Ucraina, l'ITLOS avrebbe egualmente potuto interrogarsi sulla rilevanza di un "contesto conflittuale", pur di livello inferiore a quello richiesto per accertare la sussistenza di un conflitto armato, utile a qualificare l'azione russa nei confronti dell'Ucraina nello Stretto di Kerch.

Va ulteriormente precisato che una condotta statale, pur isolata nel tempo e nello spazio, può assumere le caratteristiche di un'operazione militare al di fuori dell'esistenza di un conflitto armato o di un generico "contesto conflittuale". Della suddetta e assai rilevante situazione fattuale non vi è traccia nell'ordinanza dell'ITLOS.

Ed invero, secondo la giudice Lijnzaad, la fattispecie in esame riguarderebbe proprio una divergenza in merito all'interpretazione del diritto dei conflitti armati. Lijnzaad ha aggiunto che le questioni relative alle norme sostanziali applicabili e al loro coordinamento con la disciplina stabilita dall'UNCLOS «go well beyond the *prima facie* analysis of a request for provisional measures»<sup>57</sup>, con l'effetto che tali questioni potranno essere affrontate solo dal tribunale arbitrale da istituire in base all'Annesso VII all'UNCLOS.

Occorre infine segnalare un'ulteriore carenza nell'*iter* argomentativo del Tribunale. Si è detto infatti che l'art. 298 UNCLOS consente di escludere dal ricorso obbligatorio ai procedimenti giudiziari o arbitrari indicati nella Convenzione anche le controversie «in respect of which the Security Council of the United Nations is exercising the functions assigned to it by the Charter of the United Nations». Ebbene, nell'ordinanza del Tribunale non si rinvergono riferimenti alle competenze effettivamente esercitate dal Consiglio di sicurezza nel caso di specie o in situazioni collegate alla crisi fra Russia e Ucraina.

A quest'ultimo riguardo, va osservato che il Consiglio di sicurezza si è ad esempio occupato specificamente della questione relativa all'incidente avvenuto nello Stretto di Kerch nella riunione del 26 novembre 2018, nel corso della quale il delegato ucraino ha affermato che "Russia committed an act of open military aggression against Ukraine by targeting, firing on and capturing three military vessels", richiamando il testo dell'art. 3, par. 1, lett. d), della nota risoluzione dell'Assemblea generale del 14 dicembre 1974, n. 3314

<sup>55</sup> OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, *Report on Preliminary Examination Activities*, del 14 novembre 2016, disponibile online, par. 158, ove si legge che il diritto dei conflitti armati internazionali si applica nel caso di specie a partire dall'annessione della Crimea «to the extent that the situation within the territory of Crimea and Sevastopol factually amounts to an on-going state of occupation». Le conclusioni cui è pervenuto sul punto l'ufficio del procuratore sono ulteriormente richiamate in ID., *Report on Preliminary Examination Activities*, del 5 dicembre 2018, par. 68.

<sup>56</sup> Cfr. OFFICE OF THE PROSECUTOR OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, Report del 14 novembre 2016, cit., par. 169 e ID., Report del 5 dicembre 2018, par. 72.

<sup>57</sup> ITLOS, ordinanza del 25 maggio 2019, cit., dichiarazione del giudice Lijnzaad, par. 8.

(XXIX), sulla definizione di aggressione<sup>58</sup>. È inoltre sin troppo noto che il Consiglio di sicurezza si sia più volte occupato della crisi fra Russia e Ucraina conseguente all'annessione della Crimea, in relazione alla quale esso non ha potuto deliberare nel merito per opposizione della Federazione russa, mentre una ferma posizione di condanna è stata espressa al riguardo dall'Assemblea generale dell'ONU<sup>59</sup>. Occorre precisare che, con riguardo alle competenze esercitate dall'ITLOS, non rileva l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte internazionale di giustizia secondo cui è legittima, ai sensi della Carta dell'ONU, l'attività svolta dall'Assemblea generale su questioni di cui si sta occupando o si è già occupato il Consiglio di sicurezza, ciò perché, in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, “while the Security Council has tended to focus on the aspects of such matters related to international peace and security, the General Assembly has taken a broader view, considering also their humanitarian, social and economic aspects”<sup>60</sup>. Infatti, come è evidente, qui non si discute dei limiti di intervento “parallelo” dell'Assemblea generale su questioni di competenza primaria del Consiglio di sicurezza *ex art. 24, par. 1, della Carta dell'ONU*, bensì dell'esegesi, da parte dell'ITLOS, della dichiarazione di uno Stato parte dell'UNCLOS avente lo scopo di escludere le controversie oggetto di esame da parte del Consiglio di sicurezza.

È presumibile ritenere che il Tribunale non si sia soffermato sul punto perché, nel più volte richiamato *Memorandum* del 7 maggio 2019, la Federazione russa non ha invocato espressamente l'eccezione contemplata dal par. 1, lett. c) dell'art. 298 ed inclusa in entrambe le dichiarazioni rese dalle parti. Tuttavia, l'ITLOS avrebbe potuto accennare autonomamente alla questione in esame, anche alla luce della plausibilità di una presentazione di tale eccezione da parte della Federazione russa nell'ambito della procedura arbitrale *ex* Annesso VII UNCLOS.

#### 6. Conseguenze ricavabili dall'esame dell'ordinanza adottata dall'ITLOS sulla portata e gli effetti delle dichiarazioni *ex art. 298, par. 1, lett. b) UNCLOS*

Bisogna infine pur rapidamente interrogarsi sugli effetti generali della decisione dell'ITLOS nel caso di specie, con particolare riguardo al profilo relativo alla mancata applicazione della dichiarazione russa più volte richiamata.

Dall'analisi dell'ordinanza dell'ITLOS, sembrerebbe evincersi che le dichiarazioni rese dalla Federazione russa e dall'Ucraina siano inapplicabili in relazione ad attività a “bassa intensità” militare, anche se poste in essere nel corso di un conflitto armato. Non riscontrandosi nell'ordinanza argomentazioni specifiche a sostegno di questa tesi, posto che l'ITLOS, come si è detto, ha invece qualificato come “non militari” le attività russe nello

<sup>58</sup> Cfr. il *meeting record*, n. 8410, della riunione del 26 novembre 2018, S/PV.8410, p. 12. Va inoltre rilevato che, nella medesima riunione, sia il delegato polacco (*ivi*, p. 5), sia il delegato olandese (*ivi*, p. 9), hanno qualificato come incidente di carattere militare la vicenda avvenuta nello Stretto di Kerch.

<sup>59</sup> Cfr. la risoluzione dell'Assemblea generale del 27 marzo 2014, n. 68/262. In proposito, va precisato che il testo della suddetta risoluzione ricalca in larghissima parte quello presentato in precedenza al Consiglio di sicurezza e bloccato dal veto russo.

<sup>60</sup> Cfr. il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del 9 luglio 2004 sulle *Conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato*, in *I.C.J. Reports*, 2004, pp. 149-150, par. 27. Considerazioni analoghe sono svolte dalla Corte nel parere consultivo del 22 luglio 2010 sulla *Conformità al diritto internazionale della dichiarazione unilaterale di indipendenza relativa al Kosovo*, *ivi*, 2010, p. 418 ss., par. 36 ss.

stretto di Kerch, si può tuttavia ipotizzare che l'effetto sopra riferito sia da ricondurre a due ragioni: la prima "interna" al sistema dell'UNCLOS e finalizzata a estendere il più possibile l'applicazione del regime normativo stabilito dalla Convenzione, ivi compreso l'articolato meccanismo di soluzione delle controversie in tema di interpretazione e applicazione dell'UNCLOS. Se le conclusioni della decisione qui esaminata venissero applicate, come è verosimile, alle analoghe dichiarazioni di altri Stati parti dell'UNCLOS<sup>61</sup>, ne conseguirebbero effetti assai rilevanti sul piano della più ampia applicazione della Convenzione. La seconda ragione è "esterna" al sistema dell'UNCLOS e attiene al significativo e apprezzabile contributo dell'ITLOS alla soluzione di importanti controversie internazionali, la cui mancata risoluzione potrebbe aggravare ulteriormente i conflitti o le tensioni fra i Paesi parti delle controversie. Da questo punto di vista, il Tribunale sembra assumere, pur nel rispetto formale delle norme dell'UNCLOS e con le precisazioni che precedono circa le carenze argomentative del suo ragionamento, una funzione che va oltre quanto stabilito dalla Convenzione e che mira alla prevenzione dell'aggravamento di conflitti e crisi internazionali fra Paesi parti di tale sistema pattizio<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> Per l'elenco degli Stati che hanno utilizzato il meccanismo di cui all'art. 298, par. 1, lett. *b*), con riferimento all'esclusione delle attività militari dalla procedura di soluzione delle controversie in materia di interpretazione e applicazione dell'UNCLOS, cfr. la citata opinione separata del giudice Gao, par. 11.

<sup>62</sup> In fase di impaginazione del presente scritto, le autorità di Mosca hanno rilasciato i ventiquattro membri degli equipaggi delle navi ucraine arrestati il 25 novembre 2018. Il rilascio è avvenuto il 7 settembre in attuazione di uno scambio di prigionieri tra la Federazione russa e l'Ucraina, in ordine al quale è stato espresso vivo apprezzamento dal Segretario generale delle Nazioni Unite, António Guterres. Cfr. <https://news.un.org/en/story/2019/09/1045842>.