



La guerra a Gaza: profili di diritto internazionale

di Carlo Focarelli*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. È internazionalmente lecito l'attacco di Hamas? – 3. È internazionalmente lecita la reazione di Israele? – 4. Conclusione.

1. Premessa

I «profili» di diritto internazionale del conflitto arabo-israeliano sono innumerevoli: trattarli tutti, o anche solo i principali, in questa sede andrebbe ben oltre i fini di un editoriale. Mi limiterò perciò ai più attuali nel momento.

Due avvertenze prima di iniziare:

- 1) i fatti sui quali fondare qualsiasi ragionamento giuridico sono incerti, e spesso discutibili o contestati dalle parti in causa, quindi occorre molta cautela nel trattarli come «veri» o «certi» *in assoluto*;
- 2) è impossibile stabilire chi dei due contendenti nell'attuale conflitto israelo-palestinese abbia «ragione» o «torto» *in assoluto*, al giurista spetta affrontare i singoli problemi e valutarli uno a uno alla luce delle norme esistenti senza patteggiare per nessuno: può ben darsi che, dal punto di vista giuridico, *ciascuna* delle parti abbia ragione per qualche aspetto e, al contempo, torto per qualche altro.

Propongo di procedere sulla base di due ipotesi di partenza, e cioè che:

- 1) esiste un piano ONU, c.d. «due popoli, due Stati» con appositi confini;

* Professore ordinario di Diritto internazionale, Dipartimento di Scienze politiche, Università degli Studi Roma Tre.



- 2) esiste un conflitto armato tra Israele e Palestina e, in particolare, un'occupazione militare israeliana internazionalmente illecita sui c.d. «territori palestinesi occupati» (TPO) dal 1967.

Sono ipotesi discutibili, ma *internazionalmente accreditate* (ONU, Comitato internazionale della Croce Rossa, ecc.). Si potrebbe ad esempio sostenere che il piano «due popoli, due Stati» sia anacronistico; oppure (o insieme) che, quanto meno dal 2005 quando Israele ha ritirato le sue truppe di terra da Gaza non vi sia più «occupazione militare», punto sul quale torneremo. Qui è importante premettere delle ipotesi di partenza o di sfondo perché l'intero dibattito sul conflitto arabo-israeliano, sin dalle sue origini, abbonda di incertezze e, in qualsiasi analisi (quanto meno giuridica) le conseguenze o le conclusioni dipendono da quali ipotesi di partenza si assumono (tra le *tante* possibili, tutte incerte, anche se con gradazioni diverse). In altre parole, se si cambiano le ipotesi di partenza cambiano anche le conclusioni; ovvero, le conclusioni che trarrò dipendono dalle ipotesi di partenza che sto accogliendo: sarebbero *diverse* se, per qualsiasi motivo, le ipotesi di partenza fossero altre. Le due ipotesi sono semplicemente «ragionevoli», ma non ne escludono altre, in un discorso che qui è circoscritto all'essenziale.

Ciò premesso, propongo di esaminare due problemi specifici, quelli che mi sembra siano i più attuali e urgenti, senza dilungarmi su questioni più generali o risalenti nel tempo:

- 1) è lecito per il diritto internazionale l'attacco di Hamas del 7 ottobre 2023?
- 2) è lecita per il diritto internazionale la reazione di Israele in corso?

Date le due premesse, segue che il quadro giuridico di riferimento è essenzialmente, benché non esclusivamente (include, ad esempio, anche le norme sui diritti umani valevoli in tempo di pace), il c.d. «diritto internazionale umanitario» (DIU) (c.d. *jus in bello*), da distinguersi dallo *jus ad bellum*, cioè dalle norme del diritto internazionale «di pace» che vietano in principio, appunto in tempo di pace, il *ricorso* alla forza armata. Il DIU inizia ad applicarsi nel momento in cui sorge un «conflitto armato», che può essere «internazionale» (tra



due o più Stati) o «non-internazionale» (*ogni altro* conflitto, tipicamente, ma non solo, i conflitti «interni» a *uno* Stato), e consiste in un gran numero di norme riconducibili perlopiù alle numerose Convenzioni dell’Aja del 1899 e del 1907 (c.d. «diritto dell’Aja» sulla condotta delle ostilità) e alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 completate dai due Protocolli di Ginevra del 1977 (c.d. «diritto di Ginevra» sulla protezione delle vittime della guerra, come i malati, feriti, civili, prigionieri di guerra, ecc.).

Conviene precisare che per «occupazione militare» si intende la situazione in cui *durante* un conflitto internazionale (cioè quando il conflitto non si è ancora concluso) uno dei due belligeranti controlla effettivamente parte del territorio del nemico senza aver ancora acquisito la sovranità su quel territorio. In tali circostanze l’occupante ha una serie di diritti e di obblighi internazionali, tra i quali spicca quello di mantenere l’ordine nel territorio occupato.

Se questo è il quadro giuridico di riferimento principale, anticipo subito che la mia risposta alle due questioni è che sia l’attacco di Hamas, sia la reazione israeliana – pur ammissibili in principio, anche se su base diversa – sono illecite in concreto (su base diversa). Vediamo perché.

2. È internazionalmente lecito l’attacco di Hamas?

In principio, il popolo palestinese (*ammesso che Hamas operi per esso*, ulteriore ipotesi discutibile ma verosimile) ha diritto all’autodeterminazione c.d. «esterna» in quanto è un «popolo sottoposto a occupazione straniera» e ha diritto a diventare Stato indipendente. Il punto è assolutamente pacifico, così come è pacifico che, correlativamente, Israele abbia l’obbligo di non impedire alla Palestina di diventare uno Stato, cioè un’entità politica indipendente e sovrana con controllo esclusivo sulla propria comunità territoriale. È noto che Israele, fino a oggi, ha invece impedito tale risultato al popolo palestinese in palese violazione



del diritto internazionale, come infinite volte ribadito da risoluzioni delle Nazioni Unite (Assemblea generale, Consiglio di sicurezza, ecc.) e non solo.

Può il resistente all'occupazione straniera tentare di liberarsene con la lotta armata? L'opinione assolutamente dominante, anche nella prassi delle Nazioni Unite, è affermativa, con poche eccezioni dottrinali. E ancora: chi resiste con le armi all'occupante è «terrorista» *per il diritto internazionale*? Non necessariamente, come vedremo: è anzitutto un «combattente per l'autodeterminazione» che può usare la lotta armata contro chi illecitamente occupa il suo territorio. Potrebbe essere «terrorista», come vedremo, in *specifiche* ipotesi. Altro è chiedersi se sia «terrorista» *per un particolare Stato*, ad esempio per Israele: può ovviamente esserlo, ma qui ci chiediamo cosa preveda il diritto internazionale e non il diritto di questo o di quel singolo Stato (Israele, Stati Uniti, ecc.): che un'organizzazione sia qualificata come «terrorista» da qualcuno non implica che lo sia per altri e ciò che è vero dal punto di vista di un singolo Stato non lo è necessariamente anche per il diritto internazionale, che è il diritto comune agli Stati *nel loro complesso*.

Se in principio, dunque, l'attacco di Hamas (ammesso, ripeto, che Hamas abbia agito per conto del popolo palestinese) è internazionalmente lecito, *in concreto* esso è internazionalmente illecito. Infatti, è vero che la resistenza all'occupazione può essere anche armata, ma è anche vero che ci sono dei limiti che, nello scontro armato (di per sé ammesso), non possono essere superati. Premesso che il quadro giuridico di riferimento è il DIU, questi limiti anzitutto derivano dal DIU stesso. Quali sono? Il DIU consiste essenzialmente in tre principi, cui sono riconducibili un gran numero di norme specifiche (che qui omettiamo per brevità): distinzione, proporzione, precauzione. *Distinzione* significa che i belligeranti devono distinguere tra obiettivi militari e civili e che possono colpire solo i primi. *Proporzionalità* significa che eccezionalmente possono essere colpiti anche civili se «proporzionati» al vantaggio *militare* conseguito o conseguibile. Per intendersi: se un belligerante bombarda una piazza con 5000 civili fra i quali si trova un solo militare l'attacco è internazionalmente illecito, mentre se bombarda una piazza con 5000



militari e un solo civile l'attacco è internazionalmente lecito (la vittima civile viene chiamata allora «danno collaterale»). *Precauzione* significa che il belligerante che intende attaccare deve prima avvertire la popolazione civile e deve scegliere tra più obiettivi militari quello il cui attacco probabilmente causerà meno vittime civili.

Stando ai suddetti parametri, non c'è dubbio che l'attacco di Hamas li abbia violati tutti. Ma, oltre al DIU, esiste un altro limite all'azione bellica, e cioè le norme sui c.d. «crimini internazionali» (crimini di guerra, crimini contro l'umanità, ecc.). La loro peculiarità è che comportano la responsabilità penale *personale* di chi li ha commessi (dal semplice soldato o miliziano al Capo di Stato), giudicabile da tribunali interni o internazionali (come, oggi, la Corte penale internazionale (CPI)). Anche su questo fronte nessuno dubita che siano stati superati i limiti di esercizio della violenza bellica: l'attacco di Hamas ha comportato diversi crimini internazionali, ad esempio attacchi indiscriminati, attacchi diretti ai civili, attacchi lanciati al solo fine di diffondere il terrore, presa di ostaggi, stupro, ecc.

È da notare che il crimine di «diffusione del terrore fra la popolazione civile» («Sono vietati gli atti o minacce di violenza, il cui scopo principale sia di diffondere il terrore fra la popolazione civile», così l'art. 51(2) e l'art. 13(2) rispettivamente del I e del II Protocollo di Ginevra del 1977), riconosciuto come crimine di guerra dal Tribunale ONU per i crimini commessi nella ex Jugoslavia a partire dalla sentenza *Galić* del 2003 (§ 133), è un atto di «terrorismo» *specifico*: mentre si può sostenere che l'attacco di Hamas è «terroristico» in questa *specifica* accezione, non si può dire, stando al diritto internazionale, né che Hamas come tale sia un'organizzazione terroristica né che sia terroristico qualsiasi reato che Hamas commetta, e ciò a prescindere dal punto di vista di singoli Stati (ad esempio Israele). Nel diritto internazionale infatti, nonostante qualche isolata opinione contraria, *manca* una definizione *generale* di «terrorismo»; e manca proprio perché i «combattenti per l'autodeterminazione» (che taluni Stati considerano «terroristi» dal *proprio* punto di vista) per il diritto internazionale non sono affatto terroristi, purché agiscano nei limiti anzidetti.



Pertanto, date le premesse, e a parte la possibile violazione di altre norme internazionali, per il diritto internazionale l'attacco di Hamas è internazionalmente illecito.

3. È internazionalmente lecita la reazione di Israele?

Anche qui conviene distinguere i due aspetti «in principio» e «in concreto». *In principio*, Israele ha diritto a difendersi e proteggere i propri cittadini, quindi di reagire all'attacco subito. Resta da vedere a che titolo Israele stia esercitando il suo diritto di difendersi. La posizione di Israele, ricavabile da varie dichiarazioni di suoi organi o portavoce, si può riassumere nei seguenti punti:

- 1) Israele non occupa più Gaza dal 2005 (c.d. *disengagement*);
- 2) Israele non riconosce la Palestina come Stato;
- 3) Israele ha subito un attacco e risponde a titolo di legittima difesa;
- 4) Hamas è un gruppo terrorista e genocida contro Israele;
- 5) tutti i cittadini di Gaza sono responsabili dell'attacco di Hamas;
- 6) la reazione israeliana è conforme al DIU: i civili sono «danni collaterali» rispetto agli obiettivi militari;
- 7) la reazione israeliana non è genocidio, perciò la Convenzione ONU del 1948 sulla prevenzione e repressione del crimine di genocidio non si applica.

Alcune di queste dichiarazioni sono state contestate, anche con buone ragioni.

Sul punto 1), molti ritengono che il ritiro delle truppe di terra di Israele nel 2005 non abbia fatto cessare la situazione di «occupazione militare» israeliana sui TPO, dato che Israele ha notoriamente il controllo dei confini (terrestri, marittimi, aerei) della Striscia di Gaza e le norme applicabili non circoscrivono l'occupazione alla presenza di terra. Sebbene non universalmente condivisa (qualcuno, ad esempio, ritiene che dopo il *disengagement* Gaza sia «sotto asse-



dio» piuttosto che «sotto occupazione»), l'opinione che Israele sia attualmente «occupante» è, come si è detto, ampiamente accreditata internazionalmente e per questo è stata assunta come ipotesi di partenza: se non lo fosse, il discorso cambierebbe con possibili diverse conclusioni, ma sta di fatto che lo è.

Sul punto 2), la tesi in base alla quale la Palestina non sia uno «Stato» è probabilmente ancora fondata e *proprio a causa dell'occupazione israeliana* che impedisce alla Palestina di diventare uno Stato, cioè un'entità politica effettiva e indipendente sul suo territorio. Va registrato che negli ultimi anni la Palestina è stata «riconosciuta» come Stato da numerosi Stati, organizzazioni e organi internazionali. Tuttavia, il «riconoscimento» di per sé non crea la statualità (conta cioè il *controllo effettivo* del territorio); l'Assemblea generale ONU ha riconosciuto alla Palestina lo *status* di «Stato osservatore non-membro», il che può indurre in inganno e far pensare che la Palestina goda nell'ONU dello *status* di «Stato» ma in realtà *non è membro* (solo gli «Stati» possono essere membri dell'ONU) e lo *status* di «osservatore» è attribuito anche ad entità palesemente non statali; la CPI considera la Palestina uno «Stato» ai sensi del suo Statuto, senza che ciò significhi che la Palestina lo sia «al di fuori» dello Statuto stesso, cioè per *tutti* gli Stati della comunità internazionale. È da notare che, tuttavia, quanto detto fin qui vale a prescindere se la Palestina sia o no uno Stato, perché il diritto di autodeterminazione è concesso al *popolo* palestinese, dove per «popolo» si intende una comunità territoriale che ancora non è uno Stato ma aspira a diventarlo.

Sul punto 3), si discute se Israele, pur avendo senz'altro il diritto di difendersi, possa invocare la «legittima difesa» (art. 51 Carta ONU). Per legittima difesa si intende, almeno tradizionalmente, la reazione armata a un attacco armato altrui *proveniente da uno Stato*, ma l'attacco che Israele ha subito *non proviene da uno Stato* (a meno che non si voglia ritenere che Hamas abbia agito, anziché per il *popolo* palestinese in quanto tale, per conto *dell'Autorità palestinese* o dello «Stato della Palestina», ammesso che esista, il che però dai più viene escluso dati i rapporti di ostilità tra il Governo palestinese e Hamas). D'altra



parte, intendendo così la legittima difesa, Israele verrebbe ad ammettere paradossalmente che *esiste* uno Stato della Palestina dal quale l'attacco sarebbe partito, mentre, come detto, Israele nega che tale Stato esista.

Israele in realtà invoca la legittima difesa in un'accezione meno tradizionale (c.d. «legittima difesa contro attori non-statali»), secondo cui uno Stato potrebbe reagire ad attacchi lanciati «dall'esterno» anche da organizzazioni non-statali, o comunque di cui non sia certo che abbiano agito per conto dello Stato dal cui territorio l'attacco è partito. Questa forma di legittima difesa è accolta da alcuni (ad esempio dagli Stati Uniti, oltre che da Israele) e negata da altri: la Corte internazionale di giustizia non l'ha mai avallata esplicitamente e, quando se ne è discusso in occasione del conflitto israelo-libanese nel 2006, gli Stati l'hanno tutt'al più ammessa solo a patto che la reazione sia diretta esclusivamente contro le basi dalle quali l'attacco è partito.

Alla luce di tali considerazioni, la reazione di Israele non è legittima difesa o, semmai, è legittima difesa contro attori non-statali ma condotta ben oltre il suddetto limite. Ma, a parte questo, c'è un'altra ragione che esclude la tesi israeliana che si tratti di legittima difesa: come la Corte internazionale di giustizia ha affermato nel parere sulla *Costruzione del muro* nel 2004 (§ 139), un occupante non può invocare la legittima difesa contro attacchi provenienti dal territorio che sta occupando, proprio perché in realtà è proprio l'occupante che ha il diritto-dovere di garantire l'ordine pubblico in quel territorio e, se del caso, di reprimere gli illeciti ivi commessi. È vero che Israele nega di essere occupante ma, come si è accennato, la sua tesi è scarsamente fondata e, se vale l'ipotesi di fondo che la situazione è tuttora di occupazione militare, allora Israele non può invocare la legittima difesa a sostegno del suo diritto di difendersi.

Trattandosi di occupazione militare alla quale si applica il DIU, il titolo di Israele per difendersi deve derivare dunque dal DIU: in effetti, il DIU prevede che l'occupante, appunto, possa e debba mantenere l'ordine pubblico nei territori occupati. È a tale titolo dunque che Israele si sta «difendendo» e *può* farlo.



Ma se è così, allora valgono per Israele gli stessi limiti che valgono per Hamas, e cioè i tre principi del DIU e le norme sui crimini internazionali, questione alla quale torno tra un momento.

Sul punto 4), a proposito della natura «terroristica» di Hamas si è già detto.

Sul punto 5), sempre sul presupposto che la situazione sia di occupazione militare, il DIU vieta esplicitamente che l'occupante possa esercitare «punizioni collettive» contro la popolazione locale: la dichiarazione israeliana che considera «tutti» gli abitanti della Striscia di Gaza responsabili dell'attacco di Hamas – ciò che giustificerebbe la reazione israeliana contro tutti indistintamente quale «punizione collettiva» – il che poi giustificerebbe la reazione israeliana contro tutti indistintamente quale «punizione collettiva», è vietata.

Sul punto 6), la tesi israeliana secondo cui le vittime civili della reazione sarebbero «danni collaterali» in conformità con il DIU, *al quale Israele dichiara di volersi attenere*, è, giorno dopo giorno, sempre più difficile da sostenere e sempre più contestata, specialmente se si considera che l'invasione di terra della Striscia di Gaza *consente* di distinguere sul terreno obiettivi militari e civili, limitando al massimo le vittime civili, anche nel caso di uso come «scudi umani», in cunicoli sotterranei, ecc. Al momento, il numero delle vittime civili della reazione israeliana è esorbitante e tende a crescere, anche perché a quanto pare Israele «genera» automaticamente a ritmo ultraveloce e poi colpisce obiettivi (ritenuti) militari con meccanismi di intelligenza artificiale (sistema *Habsora*, «Il Vangelo»), senza che sia stata data prova degli obiettivi/vantaggi militari conseguiti e conseguibili.

Sul punto 7), la Corte internazionale di giustizia (CIG), adita come è noto dal Sudafrica, nel gennaio 2024 ha dichiarato la «plausibilità» dell'accusa di genocidio rivolta dal Sudafrica a Israele, ordinando a Israele di adottare ogni misura idonea a impedire che vengano commessi atti di genocidio, ma non il cessate il fuoco, assumendo che in principio Israele ha diritto di difendersi (nei limiti, come detto, consentiti dal diritto internazionale). Che il genocidio sia «plausibile», in questa prima fase del procedimento giudiziario, salvo dare una risposta defini-



tiva positiva o negativa nella sentenza di merito che verrà, vuol dire che la Corte non ha escluso che lo sia (senza però neanche stabilire che lo sia): ciò è stato generalmente interpretato come una «vittoria» almeno momentanea del Sudafrica e di chi patrocina la causa palestinese. Secondo la CIG dunque è «plausibile» che Israele non stia prevenendo, come deve a termini della Convenzione ONU di cui è parte, atti di genocidio e che, tra l'altro, il popolo palestinese sia un «gruppo nazionale, etnico, razziale o religioso» protetto appunto dalla Convenzione.

Se dunque in principio Israele può difendersi dall'attacco subito, sia pure non necessariamente sulla base delle sue stesse dichiarazioni appena commentate, sta di fatto che in concreto, come detto, la reazione deve svolgersi entro dei limiti, cioè il DIU e le norme sui crimini internazionali. Valgono anche per Israele, infatti, come per Hamas, le norme del DIU, il quale si applica *egualmente* a tutti i belligeranti, sia chi ha condotto l'attacco sia chi lo ha subito, e ciò perché lo scopo del DIU è proteggere i civili in quanto *persone umane* a prescindere dal belligerante cui «appartengono» (da cui il termine «umanitario»).

Israele non ha solo diritti, ma anche obblighi derivanti dal DIU, compreso il diritto-dovere di difendersi reprimendo i responsabili dell'attacco di Hamas, ed è soggetto ai tre principi di cui abbiamo discusso a proposito dell'azione di Hamas. In particolare, con riguardo al principio di proporzionalità, per molti Israele sta causando vittime civili palesemente sproporzionate rispetto ai vantaggi militari conseguiti (al momento, per quanto se ne sa, piuttosto scarsi). La reazione è perciò sproporzionata, ma, si noti, non nel senso che è un'azione sproporzionata in legittima difesa (per quest'ultima vale infatti il requisito della proporzionalità *rispetto all'attacco subito*), bensì nel senso della *sproporzione delle vittime civili* rispetto agli obiettivi militari. L'altro limite, che vale anche per Israele, è dato dalle norme sui crimini internazionali, e sembra che Israele sia responsabile di tali crimini, ad esempio di «riduzione alla fame» (*starvation*) mentre di fatto «assedia» (il termine è stato usato dalle stesse autorità israeliane) la Striscia di Gaza, compreso «plausibilmente» il genocidio, come la CIG ha dichiarato.



4. Conclusione

Date per vere o accettabili le due premesse iniziali, e cioè che Israele occupa i TPO in violazione del piano ONU e del diritto internazionale (più altre, ad esempio che Hamas abbia agito per conto del popolo palestinese), la conclusione è che entrambe le azioni sono illecite per il diritto internazionale.

A questo punto ci si potrebbe chiedere cosa possa fare il diritto internazionale di fronte a illeciti di entrambe le parti. Poco, *ma non nulla*. Il diritto internazionale, come il diritto in genere, funziona più o meno a seconda di quanto noi vogliamo ed esigiamo che funzioni. Non fa miracoli «per forza propria», perché la sua forza è quella degli esseri umani che in concreto lo difendono contro chi spinge nella direzione opposta. Al momento, esistono tribunali internazionali che stanno raccogliendo prove e stanno esprimendosi: la loro voce è debole, come peraltro quella di molte altre autorità statali e internazionali, ma può legittimare posizioni che altrimenti resterebbero «arbitrarie» o «di parte»: ad esempio, gli Stati o l'Unione Europea possono adottare legislazioni e altre misure proprio sulla base della posizione «meno di parte» dei tribunali internazionali e la stessa protesta diventa più «legittima» ove supportata da atti internazionali provenienti da organi più obiettivi e accettati universalmente anziché basarsi solo su ragioni «di parte». È un quadro ben diverso dalla logica ottocentesca, che considerava le guerre come «fisiologiche» per il «ricambio» del diritto e che dava per scontato l'esito della guerra, quale che fosse, come il «nuovo» diritto.

L'impressione, al momento in cui si scrive, è che Israele, o forse meglio l'attuale governo israeliano, voglia (come ogni belligerante) vincere il conflitto e imporre all'ONU e a tutti il fatto compiuto: un ritorno, almeno in parte, alla logica ottocentesca che oggi (a mio avviso giustamente) incontra sempre più resistenze e proteste, comprese, da ultimo, quelle della Santa Sede, alla quale peraltro Israele ha risposto in maniera decisa e secca.