

**Dipartimento di Scienze Politiche**

**Cattedra Diritto Internazionale**

***IL PARERE DELLA CORTE INTERNAZIONALE DI  
GIUSTIZIA SUL “MURO IN PALESTINA” E  
L’EVOLUZIONE DELLA LEGITTIMA DIFESA NEL  
DIRITTO INTERNAZIONALE***

**RELATORE**

Prof. *Roberto Virzo*

**CANDIDATO**

Matr. *069112*

ANNO ACCADEMICO

2013/2014

## Sommario

INTRODUZIONE.....	2
<b>I. L’AUTODIFESA NELLA DOTTRINA .....</b>	<b>7</b>
1. Considerazioni preliminari.....	7
2. La legittima difesa nell’art. 51 .....	9
3. La legittima difesa nelle principali sentenze .....	14
a. La sentenza <i>Nicaragua c. Stati Uniti</i> .....	14
b. La sentenza <i>Congo c. Uganda</i> .....	19
4. La questione del ricorso alla legittima difesa in caso di attacchi provenienti da entità non statuali .....	24
<b>II. IL PARERE CONSULTIVO 9 LUGLIO 2004 .....</b>	<b>29</b>
1. Considerazioni preliminari.....	29
2. Competenza e giurisdizione.....	30
3. Regole di diritto internazionale rilevanti .....	34
4. Critiche nelle opinioni separate .....	37
<b>III. L’ART. 51 NEL PARERE “UN MURO IN PALESTINA” .....</b>	<b>41</b>
1. Considerazione preliminari.....	41
2. Le opinioni separate dei giudici Higgins, Buergenthal e Kooijmans in merito alla <i>self-defence</i> .....	42
3. La minaccia terroristica per Israele .....	45
CONCLUSIONE.....	52
Indice della giurisprudenza .....	54
Bibliografia .....	54

## INTRODUZIONE

L'idea di un “muro” a difesa dei cittadini israeliani nasce insieme al movimento sionista agli inizi del XX secolo. Ze'ev Jabotinski, nazionalista ebreo di origine russa, fu il primo a teorizzarla in un articolo del 1923 intitolato *Sul muro di ferro: noi e gli arabi*, destinato ad aver grande influenza nella politica estera israeliana. Diverso, rispetto a quello odierno, è tuttavia il contesto storico in cui Jabotinski scriveva: uno Stato nazionale ebraico non esisteva ancora e all'interno del movimento sionista era vivo il dibattito circa i modi per realizzarlo in Palestina. Al cuore del problema vi era la presenza in questo territorio degli ex-sudditi ottomani: “la sposa è bella ma è sposata ad un altro uomo”, come si dice abbiano osservato due rabbini inviati sul luogo in occasione del primo congresso sionista di Basilea (1897)<sup>1</sup>.

Jabotinski si fece promotore della scuola revisionista, in opposizione al sionismo moderato e progressivo che si riconosceva in Chaim Weizmann, presidente dell'Organizzazione Mondiale Sionista dal 1920 e primo presidente israeliano. Costui presentava la nascita di uno Stato ebraico come un'impresa indolore, da compiere attraverso i canali diplomatici nelle cancellerie delle potenze occidentali e presso le corti dei regni arabi sorti dal collasso dell'Impero Ottomano. In questa visione idilliaca, i palestinesi non erano considerati un ostacolo al progetto nazionale, poiché si riteneva che essi sarebbero stati felici di vivere sotto la benevole amministrazione israeliana. I seguaci di Weizmann erano convinti che il popolo palestinese avrebbe barattato volentieri le sue pretese nazionali e identitarie con vantaggi economici, prosperità e benessere.

A questo ottimismo utopistico i seguaci di Jabotinski opponevano un realismo cupo e disincantato. Al contrario di Weizmann, Jabotinski non si faceva illusioni sul conto dei palestinesi: non “plebaglia”, ma vero popolo al pari degli ebrei e in competizione con esso per la realizzazione della propria autodeterminazione. I due popoli erano così destinati a giocare un gioco a somma zero, dove lo Stato nazionale era la posta in palio. Inevitabile era quindi per Israele il ricorso alla forza armata nella forma di un “muro di ferro” contro cui le rivendicazioni dei palestinesi si sarebbero infrante. Il compromesso non sarebbe potuto sorgere che dalla rassegnazione degli arabi e dall'abbandono di ogni ambizione di autonomia

---

<sup>1</sup> Avi Shlaim, *Il muro di ferro. Israele e il mondo arabo* (Bologna: Il ponte, 2003), 27.

territoriale. Solo allora si sarebbero potute negoziare con gli sconfitti alcune garanzie identitarie e nazionali per una dignitosa convivenza con gli ebrei trionfatori<sup>2</sup>.

Si può dire, in un certo senso, che la politica del muro di ferro abbia raggiunto lo scopo prefissato: uno ad uno gli Stati arabi si sono rappacificati con Israele<sup>3</sup>, e da ultimo anche l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina (OLP), rappresentante internazionale del popolo palestinese, con gli accordi di Oslo (1993) ha riconosciuto formalmente lo Stato israeliano<sup>4</sup>. Mentre però la visione di Jabotinski contemplava uno Stato che abbracciasse tutta Eretz Israel – la “terra promessa” – già dal *Piano di Partizione* adottato dalle Nazioni Unite con la ris. 181(II) del 1948 fu chiaro che le speranze dei nazionalisti intransigenti erano destinate ad essere deluse.

Dopo quasi cinquant'anni di guerra “fredda” e “calda” con gli arabi, i cittadini israeliani, stanchi di vivere perennemente con l'angosciante mentalità di assediati, hanno chiaramente mostrato di essere disponibili a una soluzione a due Stati secondo il principio “terra in cambio di pace” ribadito dalla ris. 242 (1967). I “falchi” della destra hanno dovuto rinunciare a qualsiasi velleità monostatale, al punto che Benjamin Netanyahu, per essere eletto premier alle elezioni del 1996, ha dovuto promettere a malincuore che non avrebbe rinnegato gli impegni internazionali<sup>5</sup>.

Il “muro” di cui ci occuperemo è quindi ben lontano dal bastione di “baionette ebre” preconizzato da Jabotinski, sia nella sua natura materiale e non ideologica, sia per gli interessi che si ripromette di tutelare. In evidente contrasto con l'idea dei revisionisti, esso rappresenta un implicito riconoscimento dello *status quo* territoriale e la rinuncia al sogno di una Grande Israele, in cambio di uno Stato israeliano di dimensioni più contenute ma anche più sostenibili<sup>6</sup>.

Il sionismo revisionista sopravvive tuttavia nella filosofia che sottende i mezzi adottati da Israele per raggiungere i suoi scopi. La costruzione del muro, assieme al ritiro dalla striscia di Gaza voluto dal governo Sharon nel 2005, se da una parte rappresenta una sorta di riconoscimento alla soluzione a due Stati, dall'altra inaugura una nuova fase della strategia degli israeliani oltranzisti: l'unilateralismo. L'indirizzo politico “terra in cambio di pace” è

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, 37-38.

<sup>3</sup> L'Egitto nel 1979 e la Giordania nel 1994; con Libano e Siria sono invece in vigore due cessate il fuoco imposti dall'ONU.

<sup>4</sup> BBC News, “History of Mid-East peace talks”: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-11103745>.

<sup>5</sup> Shlaim, *Il muro di ferro*, 616.

<sup>6</sup> Ami Pedahzur, *The Triumph of Israel's Radical Right* (New York: Oxford University Press, 2012), 165.

sostituito dal più pragmatico “terra in cambio di sicurezza”, seppellendo così definitivamente il processo di pace fondato sulla progressiva convergenza delle due parti verso un compromesso condiviso. Israele (o per lo meno alcuni suoi ambienti politici) starebbe insomma cercando di imporre una sua soluzione a due Stati senza considerare la volontà dei palestinesi, attraverso la creazione di situazioni territoriali di fatto ricamate attorno gli esclusivi interessi israeliani<sup>7</sup>.

Senza nulla togliere all’importanza della *Realpolitik* nel conflitto arabo-israeliano, non sarà questo l’argomento della presente tesi. Verrà posto invece il seguente quesito di natura giuridica:

può una barriera di 670 km che si discosta significativamente dal confine provvisorio internazionale (*Green Line*) essere considerata una misura coerente con il diritto alla legittima difesa, come concepita nell’art. 51 della Carta ONU e nel diritto consuetudinario?

Sebbene il fine di Israele – tutelare i suoi cittadini da una minaccia terroristica a bassa ma continuata (e mortale) intensità – sia legittimo e anzi doveroso, sorgono seri dubbi circa la legalità dei mezzi impiegati. L’art. 43 dei Regolamenti dell’Aia non riconosce alla potenza occupante gli stessi diritti del sovrano territoriale, pertanto le alterazioni arrecate al territorio occupato non possono avere carattere permanente e non possono produrre aggravamenti ingiustificati delle condizioni di vita della popolazione<sup>8</sup>. Per questo motivo, la X<sup>a</sup> Sessione Speciale dell’Assemblea Generale ha deciso nel 2003 di interrogare la Corte internazionale di giustizia (CIG) sulle conseguenze legali del muro per Israele e per la comunità internazionale. La Corte ha risposto con il parere denominato *Conseguenze legali della costruzione di un muro nel territorio palestinese occupato*<sup>9</sup>. In esso, fra le altre cose, si è occupata del principio di legittima difesa, chiedendosi se il governo israeliano potesse appellarsi all’art. 51 per escludere l’illiceità della situazione posta in essere. Il concetto di autodifesa è da sempre legato a doppio filo con quello di aggressione, ragion per cui i giudici hanno dovuto prendere in esame il tipo di attacco da cui Israele sosteneva di difendersi. Che cosa tuttavia le potenze

---

<sup>7</sup> Shlomo Ben Ami, *Palestina, la storia incompiuta: la tragedia arabo-israeliana* (Milano: Corbaccio, 2007), 421-444.

<sup>8</sup> Christopher Greenwood, «The administration of occupied territory in international law», 244-247 & Antonio Cassese, «Powers and duties of an occupant in relation to land and natural resources», 423; in *International law and the administration of occupied territories: two decades of Israeli occupation of the West bank and Gaza strip*, di Emma Playfair (Oxford: Clarendon Press, 1992).

<sup>9</sup> *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports 136 (2004).

vincitrici della Seconda Guerra Mondiale, negoziando il Capitolo VII della Carta, abbiano inteso con il concetto di “armed attack”, è argomento che negli anni è stato assai dibattuto.

La nozione di quali azioni diano diritto ad agire in autodifesa è così poco definita nella Carta ONU che alcuni autori<sup>10</sup> sono giunti alla conclusione che l’art. 51 opera un rinvio al diritto consuetudinario e all’*opinio iuris* vigente nella comunità internazionale. Si possono delineare grosso modo tre tipologie di aggressione:

1. aggressione diretta tradizionale, come definita nelle lettere *a)*, *b)*, *c)* e *d)* della definizione di aggressione contenuta nella ris. 3314 (XXIX) dell’Assemblea Generale. Si tratta di un’invasione di forze di terra, bombardamenti di infrastrutture, blocchi di porti e, più in generale, di qualsiasi intervento condotto dalle forze armate di uno Stato sul territorio di un altro Stato senza che questi vi abbia acconsentito;
2. aggressione indiretta, riconducibile alla lettera *g)* della stessa risoluzione. Secondo Sciso<sup>11</sup> è costituita da “atti ostili che lo Stato compie per interposta persona servendosi di strategie ‘occulte’ [per cui] non sussiste un rapporto immediato e inequivocabilmente rilevante fra condotta dello Stato e lesione dei diritti di un altro Stato”;
3. aggressione indiretta da parte di un attore internazionale non territoriale, la cui condotta non sia imputabile a un altro Stato.

Il secondo tipo di aggressione è stato ricondotto al primo attraverso il concetto di legame organico fra Stato e gruppo insurrezionale, ipotizzando l’applicabilità dell’autodifesa qualora il primo eserciti un *significativo grado di controllo* sul secondo<sup>12</sup>. Più incerta è invece la legalità della legittima difesa contro attacchi del terzo genere<sup>13</sup>, nel cui insieme deve essere inscritta la situazione di Israele. Per parte sua, la CIG si è pronunciata contro la possibilità di invocare l’art. 51.

Il presente lavoro proporrà una confutazione di questa pronuncia, basata sul fatto che la *communis opinio* internazionale sembra essere diversa rispetto a quella riscontrata dalla Corte.

---

<sup>10</sup> Elena Sciso, «Legittima difesa ed aggressione indiretta secondo la Corte di giustizia internazionale», *Rivista di diritto internazionale* LXX (1987), 628.

<sup>11</sup> Elena Sciso, «L’aggressione indiretta nella definizione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite», *Rivista di diritto internazionale* LXVI (1983), 255.

<sup>12</sup> Natalino Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, 9° ed. (Torino: G. Chiappichelli, 2009), 362.

<sup>13</sup> Per un elenco ragionato di alcuni tipi di attacco armato non statale vedi: Ian Brownlie, «International Law and the Activities of Armed Bands», *International Comparative Law Quarterly* VII, n. 4 (1958), 712.

In effetti, già molte e autorevoli voci si sono levate contro il parere<sup>14</sup>; la stessa prassi degli Stati ha dato adito a dubbi sulla consistenza di esso con la realtà delle relazioni internazionali.

Fondamentali a prova di ciò saranno innanzitutto le opinioni di alcuni giudici della Corte – Higgins, Buergenthal e Koijmans – mostratisi particolarmente tiepidi verso il modo in cui è stato affrontato il problema dell'effettiva necessità delle misure prese da Israele contro una minaccia terroristica oggettivamente grave<sup>15</sup>. Saranno altresì importanti le risoluzioni 1368 e 1373 (2001), citate solo *en passant* dalla CIG, ma che hanno certamente un punto di contatto con il caso israeliano nel riconoscere in un'aggressione a matrice terroristica una minaccia alla pace contro cui possa essere esercitata la legittima difesa<sup>16</sup>. Il caso *Congo c. Uganda*, deciso nel 2005, proverà invece che anche la Corte non è più certa delle sue precedenti conclusioni, ma ha concesso almeno il beneficio del dubbio alla legittimità del principio di autodifesa contro attacchi indiretti non riconducibili a Stati. Infine, vedremo che la Conferenza di diritto internazionale nel 2007 ha stabilito che l'*opinio iuris* è ormai mutata dai tempi del parere sul muro e che sono ora da ritenersi legittime azioni di autodifesa contro porzioni territoriali di Stati in cui operano attori internazionali non connessi all'ospite involontario.

Forti di queste prove fattuali e normative, nell'ultimo capitolo verrà esposta qual è la vera causa dell'illegittimità delle misure prese da Israele: l'art. 51 non risulta inapplicabile tanto perché la minaccia non sussiste, quanto perché la costruzione di un muro di quelle dimensioni non può in alcun modo considerarsi proporzionata al pericolo da cui Israele cerca di tutelarsi.

---

<sup>14</sup> James A. Green, *The International Court of justice and self-defence in international law* (Portland, OR (USA): Hart, 2009), 46.

<sup>15</sup> Roberto Virzo, «Il parere consultivo del 9 luglio 2004 relativo alle "conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati"» *La Comunità Internazionale* LX, n. 3 (2004), 553.

<sup>16</sup> Sergio Marchisio, *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*, 2° ed. (Il Mulino, 2012), 217.

# I. L'AUTODIFESA NELLA DOTTRINA

## 1. Considerazioni preliminari

Si premetta da subito che alla base del rifiuto della Corte di considerare legittimo il muro alla luce dell'autodifesa vi è la convinzione che tale principio risulti applicabile solo qualora l'aggressore sia uno Stato. Poiché Israele “did not claim that the attacks against it [were] imputable to a foreign State”<sup>17</sup>, non sarebbe conseguentemente ipotizzabile l'applicazione dell'art. 51 della Carta ONU. Non si può negare tuttavia che questa interpretazione abbia lasciato insoddisfatta buona parte della dottrina.

La questione dei limiti e delle modalità di applicazione dell'art. 51 è tuttora fortemente dibattuta nel diritto internazionale. Alla radice della controversia ci sarebbe, secondo alcuni autori<sup>18</sup>, la mancata attuazione del sistema di sicurezza collettiva, che avrebbe dato origine all'esigenza di garantire il divieto dell'uso della forza in modi originariamente non previsti dalla Carta.

Un'altra ragione è da ricercarsi nel progressivo allargamento del contenuto del “diritto naturale” (*inherent right*) all'autodifesa, al fine di includere anche situazioni che non corrispondono all'idea originaria di essa. La difesa preventiva, la reazione ad aggressioni indirette o l'impiego della forza contro potenze occupanti<sup>19</sup> sono tutte fattispecie per cui si è cercato di invocare come giustificazione – a torto o a ragione – l'art. 51. La prima parte del presente capitolo cercherà di gettare luce proprio su queste zone d'ombra.

Sull'evoluzione del concetto di autodifesa hanno pesato due importanti sentenze. La prima è *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (27 giugno 1986)<sup>20</sup>, in cui gli Stati Uniti sostennero che le loro azioni di disturbo e assistenza logistica alle formazioni dei *contras* contro il Nicaragua erano state compiute nell'esercizio del diritto di autodifesa collettiva a favore di El Salvador. La seconda è *Case concerning armed activities on the territory of the Congo*

<sup>17</sup> ICJ (2004) Reports 136, par. 139.

<sup>18</sup> Antonio Cassese, «Article 51», in *La Charte des Nations Unies*, di Jean-Pierre Cot e Alain Pellet, 3° ed (ECONOMICA 2005), 1358-1359.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 14 (1986).



(*Democratic Republic of Congo v. Uganda*) (19 dicembre 2005)<sup>21</sup>, in cui l'Uganda cercò di giustificare la sua presenza in territorio congolese oltre il tempo autorizzato affermando di agire in autodifesa contro bande di insorti operanti lungo il confine.

Entrambi i pronunciamenti hanno prodotto un'evoluzione nell'interpretazione dell'art. 51 rispetto al concetto di aggressione indiretta. Sul punto si era espressa per la prima volta l'Assemblea Generale nel 1974 con una risoluzione che contemplava l'assistenza materiale a movimenti insurrezionali da parte di uno Stato fra le definizioni di aggressione<sup>22</sup>. La sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti* fu la prima occasione in cui la nozione di aggressione indiretta fu affrontata in via giurisprudenziale, senza tuttavia che la Corte si esprimesse a favore della legittima difesa (ma vedremo che l'opinione è stata criticata<sup>23</sup>). Al contrario, nel caso *Congo c. Uganda* la Corte ha evitato di sviluppare l'argomento ritenendo di non avere di fronte un numero sufficiente di prove a dimostrazione del fatto che il Congo fosse il mandante delle azioni di guerriglia contro l'Uganda<sup>24</sup>. I giudici Simma e Kooijmans hanno sollevato qualche perplessità circa la decisione della Corte di soprassedere.

Nell'ultimo paragrafo si cercherà infine di considerare il fenomeno del terrorismo, salito dolorosamente alla ribalta con l'attentato dell'11 settembre 2001. Mentre fino ad allora le azioni prese in autodifesa contro aggressioni terroristiche erano apparse più simili a rappresaglie punitive<sup>25</sup>, in questo tragico episodio per la prima volta il richiamo all'art. 51 è sembrato perfettamente commisurato all'entità dell'aggressione subita dagli Stati Uniti. La possibilità di invocare la legittima difesa contro aggressioni provenienti da entità non statuali sembra essere ormai stata pienamente accolta dalla comunità internazionale, in contrasto con quanto ritenuta dalla CIG nel parere sotto esame. A conclusione del capitolo si vedrà infatti che l'Istituto di diritto internazionale riunito nella Sessione di Santiago nel 2007 ha raggiunto un accordo sulle modalità di impiego dell'autodifesa in questo frangente.

---

<sup>21</sup> *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, ICJ Reports 168 (2005).

<sup>22</sup> *Definition of aggression*, Risoluzione AG 3314 (XXIX) del 14 dicembre 1974. È comunque opinione accettata che la risoluzione non vada letta in relazione all'art. 51 ma piuttosto all'art. 39, il quale conferisce al Consiglio di Sicurezza il potere "[to] determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or *act of aggression*". Vedi: Elena Sciso, «L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite», *Rivista di Diritto Internazionale* LXVI (1983), 272-274.

<sup>23</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta»(1987), 630-631.

<sup>24</sup> ICJ Reports 168 (2005), par. 146.

<sup>25</sup> Christine Gray, *International law and the use of force*, 3° ed. (Oxford University Press, 2008), 118.

## 2. La legittima difesa nell'art. 51

La legittima difesa è un principio relativamente recente nel diritto internazionale. La sua nascita viene fatta risalire al formarsi del divieto di ricorrere alla forza armata nella soluzione delle controversie internazionali, riconosciuto come norma appartenente allo *ius cogens* nel pronunciamento *Nicaragua c. Stati Uniti*<sup>26</sup>. Mentre fino alla prima metà del XX sec. era opinione comune che esistesse un illimitato diritto degli Stati a ricorrere alla guerra, con la nascita della Società delle Nazioni (1919), e ancor più con il patto Kellog-Briand (1923), essa non fu più considerata strumento legittimo di politica internazionale. In questo mutato quadro nacque la norma consuetudinaria di autodifesa quale principale eccezione al generale divieto di ricorso alla forza nella soluzione delle controversie internazionali<sup>27</sup>.

La *ratio* per cui i delegati degli Stati alla Conferenza di San Francisco decisero di codificare nella Carta il diritto all'autodifesa fu il timore che, qualora il meccanismo di sicurezza collettiva previsto nel Capitolo VII della Carta si inceppasse per il veto di un membro permanente, uno Stato aggredito si ritrovasse incapacitato a difendersi legalmente. In questo quadro la legittima difesa avrebbe costituito una clausola a limitazione del potere esclusivo del Consiglio di Sicurezza nello stabilire e contrastare violazioni della pace internazionale<sup>28</sup>. Si cercò inoltre di riconoscere il ruolo delle organizzazioni regionali attraverso l'istituto della legittima difesa collettiva. Il risultato fu l'art. 51:

“Nothing in the present Charter shall impair the inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurs against a Member of the United Nations, until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security. Measures taken by Members in the exercise of this right of self-defence shall be immediately reported to the Security Council and shall not in any way affect the authority and responsibility of the Security Council under the present Charter to take at any time such action as it deems necessary in order to maintain or restore international peace and security.”

---

<sup>26</sup> Reports 14 (1986), par. 190.

<sup>27</sup> Con la firma della Carta di San Francisco assieme all'autodifesa fu introdotta la seconda eccezione alla proibizione della forza armata: l'uso della forza autorizzato dal Consiglio di Sicurezza in base al Capitolo VII. Vedi: Sean D. Murphy «Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U.N. Charter», *Harvard International Law Journal* XVIII, n. 1 (2002), 44.

<sup>28</sup> Benedetto Conforti e Carlo Focarelli, *Le Nazioni Unite*, 8° ed. (Padova: CEDAM, 2012), 217-220.

La norma consuetudinaria non si identifica tuttavia con l'art. 51 ma ha mantenuto una sua autonoma evoluzione. Secondo l'opinione condivisibile di Sciso<sup>29</sup>, attraverso l'espressione "inherent right" l'articolo della Carta opera un rinvio al diritto generale per disciplinare i criteri del ricorso all'autodifesa e chiarire cosa debba intendersi per "aggressione armata" (*armed attack*). Di conseguenza, considerando l'*opinio iuris* prevalsa dall'ultimo secolo, è da ritenere che essa possa provenire non solo dalle forze armate di uno Stato ma anche da gruppi armati non immediatamente inquadrabili nell'organizzazione politico-militare statale e tuttavia agenti secondo le sue direttive, qualora gli atti compiuti siano di una gravità tale da equivalere ad un'aggressione condotta da forze regolari<sup>30</sup>. Si tratta della c.d. aggressione armata indiretta, tema che sarà ripreso nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*.

Il diritto internazionale generale propone anche due criteri di validità per valutare la legittimità della difesa: la proporzionalità e la necessità. A essi alcuni autori ne aggiungono un terzo, quello dell'immediatezza<sup>31</sup>:

- a) necessità – deve essere "instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation"<sup>32</sup>. Lo Stato deve dimostrare inoltre che non avrebbe potuto respingere o arrestare l'aggressione senza ricorrere all'uso difensivo della forza<sup>33</sup>;
- b) proporzionalità – gli elementi caratterizzanti tale criterio sono: 1) la razionalità logica della connessione fra misure intraprese e scopo prefisso (*rational means test*); 2) l'invasività delle misure scelte per gli interessi degli individui che si trovano coinvolti nella risposta armata in autodifesa (*least injurious means test*); 3) il rapporto fra danno collaterale e vantaggi che da esso derivano dalle misure per l'amministrazione militare (proporzionalità *strictu sensu* o *proportionate means test*)<sup>34</sup>. In generale, la

<sup>29</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta» (1987), 628.

<sup>30</sup> Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 406.

<sup>31</sup> *Ibidem*, 405; Marchisio, *L'ONU* (2012), 35. Green invece ritiene che ve ne siano solo due, necessità e proporzionalità, e che il terzo, immediatezza, sia solo un aspetto della necessità. Green, *ICJ and self-defence* (2009), 102.

<sup>32</sup> Queste le parole del Segretario di Stato Daniel Webster usò in occasione dell'incidente della *Caroline* (1837). Vedi: Ronzitti, *Diritto internazionale*, 406; Brownlie, «Activities of armed bands» (1958), 732.

<sup>33</sup> Christopher Greenwood, «Self-Defence», in *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, di Rudiger Wolfrum (2011), par. 27.

<sup>34</sup> Si tratta del test a cui il giudice Barak della Corte Suprema Israeliana ha sottoposto il tracciato della barriera difensiva nel caso *Alfei Menashe*. Vedi: Giulia Pinzauti, «La Corte Suprema di Israele ritorna sulla questione del "muro": il caso *Alfei Menashe*.» *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, 107-108; Geoffrey R. Watson, «The "Wall" Decisions in Legal and Political Context», *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005), 20.

proporzionalità deve essere stabilita rispetto le misure necessarie a controbattere all'attacco subito, e non rispetto alla forza dell'attacco subito<sup>35</sup>;

- c) immediatezza – con tale criterio s'intende dare un preciso vincolo temporale all'esercizio dell'autodifesa. Tuttavia, se è innegabile che “una successiva e tardiva reazione da parte dello Stato leso si configuri più come un'azione di rappresaglia”<sup>36</sup>, è anche vero che la valutazione riguardo il lasso di tempo fra aggressione e reazione deve essere operata con una certa elasticità. Fatto salvo l'obbligo di tentare tutte le vie pacifiche per ottenere riparazione prima di ricorrere alla forza in legittima difesa, è ovvio che se fosse fatto divieto allo Stato aggredito di avvalersi di questo strumento come *extrema ratio* “si finirebbe per premiare l'aggressore, che vedrebbe consolidati i frutti della sua azione illegale”<sup>37</sup>.

L'intento originario dei negoziatori della Carta ONU era creare un sistema di sicurezza collettiva nell'idea che “la force légitime doit contrer la force illégitime”<sup>38</sup>. Tale meccanismo corrisponde al Capitolo VII della Carta, in particolare agli artt. 43 e 47 – creazione di una forza militare a disposizione del Consiglio di Sicurezza e istituzione di uno Stato Maggiore internazionale. Quando il sopraggiungere della guerra fredda rese queste disposizioni politicamente inattuabili, la vaghezza del riferimento all'“inherent right” aprì la strada a un acceso dibattito fra sostenitori di un'interpretazione espansiva dell'art. 51 e coloro che invece ritenevano che il diritto di autodifesa avrebbe dovuto essere “narrowly construed” in quanto semplice eccezione all'art. 2(4) della Carta<sup>39</sup>. Due punti chiave nel confronto sono stati la legittima difesa preventiva e la risposta ad aggressioni indirette.

Per quel che riguarda l'autodifesa preventiva, il problema consiste principalmente nel rapporto che lega art. 51 e art. 2(4) della Carta. Quest'ultimo legge:

“All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.”

<sup>35</sup> Green, *ICJ and self-defence* (2009), 88-89.

<sup>36</sup> Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 406.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Christian Dominicé, «La sécurité collective et la crise Golfe», *Il European Journal of International Law/Journal européen de droit international* 2 (1991), 105.

<sup>39</sup> Gray, *Use of force* (2008), 87.

Se fosse possibile individuare una perfetta simmetria fra i due articoli, allora si potrebbe anche presumere che l'autodifesa sia esercitabile non solo in caso di uso illegale della forza, ma anche qualora esso sia solo minacciato (*threat*). Considerata la capacità distruttiva dei moderni armamenti nucleari, un esercizio efficace e sensato dell'autodifesa dovrebbe avvenire prima e non dopo l'attacco. Questo ragionamento giustificerebbe così l'ammissibilità della difesa preventiva, poiché la sua portata "s'[est] élargie parallèlement au progrès des capacités de l'homme de faire des ravages parmi ses propres ennemis"<sup>40</sup>.

Volendo criticare questa dottrina, è stato fatto notare che ammettere la legalità della difesa preventiva avrebbe l'effetto di scardinare completamente il principio dell'interdizione dell'uso della forza armata, poiché al concetto di "minaccia" possono essere fatte risalire molte azioni ostili non equivalenti ad un attacco armato<sup>41</sup>. Inoltre, la constatazione che "the reluctance to invoke anticipatory self-defence is itself clear indication of the doubtful status of this justification for the use of force", rende preferibile il rigetto di una simile interpretazione dell'art. 51.

È in ogni caso possibile immaginare che una particolare visione della legittima difesa preventiva potrà essere in futuro accettata, sembrando non del tutto infondate le ragioni a suo sostegno. Essa potrebbe prevedere una distinzione fra due diversi tipi di difesa preventiva. Da una parte la "preventive self-defence", ossia un intervento militare preventivo *strictu sensu*, volto a fronteggiare una minaccia né imminente né vicina; dall'altra la "preemptive self-defence", ovvero il diritto di intervenire in via precauzionale contro una minaccia prossima nel tempo e nello spazio. La prima accezione andrebbe rifiutata mentre la seconda potrebbe essere accolta, a patto che si attenga ad alcune ben definite regole<sup>42</sup>.

Oltre al bisogno di prevenire l'aggressione, si è cercato di espandere il concetto di aggressione armata anche ad aggressioni indirette mediante azioni militari clandestine condotte per conto o con il sostegno di uno Stato. Mentre infatti l'art. 51 originariamente copriva la reazione ad attacchi su vasta scala quali invasioni<sup>43</sup>, "la pratique internationale a montré que l'agression militaire consiste presque toujours en des infiltrations [et] à organiser,

---

<sup>40</sup> Cassese, *Article 51* (2005), par. 5.

<sup>41</sup> *Ibidem*, par. 7.

<sup>42</sup> Cassese, *Article 51* (2005), par. 7. Queste sarebbero: 1) l'esistenza di prove credibili dell'attacco; 2) che l'attacco sia massiccio; 3) che la risposta preventiva sia proporzionata; 4) la non esistenza di "secondi fini" nell'esercizio dell'autodifesa (e.g. un intervento politico); 5) che la difesa preventiva sia sottoposta al giudizio di opportunità del Consiglio di Sicurezza.

<sup>43</sup> Brownlie, «Activities of armed bands» (1958), 731.

assister,...financer ou tolérer des activités subversives ou terroristes”<sup>44</sup>. In seguito alla sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti* si è affermata anche in via giurisprudenziale l’opinione che l’aggressione armata possa comprendere l’invio riconducibile a uno Stato di forze irregolari, qualora esse compiano “atti di una tale gravità da equivalere ad un vero e proprio attacco armato compiuto da forze regolari”<sup>45</sup>. La Corte tuttavia non riconosce il semplice sostegno finanziario o logistico a gruppi armati come causa atta a invocare la legittima difesa e derubrica questo genere di illecito da “attacco armato” ad “uso minore della forza”<sup>46</sup>.

In realtà tale opinione non può essere considerata del tutto consistente né con la dottrina del tempo né con la sua successiva evoluzione. Quando si cerca di ricostruire l’*opinio iuris* sulla legittima difesa attraverso l’esame di alcuni trattati di assistenza reciproca come il Patto NATO o il Patto di Varsavia<sup>47</sup>, nulla sembra giustificare che fosse viva all’interno della comunità internazionale di allora la convinzione che l’autodifesa fosse da escludere nel caso di supporto esterno a bande armate. Appare più ragionevole ritenere che un’aggressione indiretta, attribuibile direttamente o meno a uno Stato, possa dare diritto a una risposta militare difensiva qualora: 1) l’azione condotta da irregolari equivalga ad un’aggressione da parte di truppe regolari; e 2) lo Stato conduca le operazioni nel rispetto dei criteri di necessità e proporzionalità<sup>48</sup>.

Si aggiunga che ormai il dibattito della dottrina si è spostato dall’aggressione indiretta imputabile a Stati, a un’aggressione condotta da parte di entità non statuali e non agenti in nome di uno Stato. Il problema è stato sollevato dopo l’attacco terroristico dell’11 settembre contro gli Stati Uniti, quando nelle ris. 1368 e 1373 il Consiglio di Sicurezza ha esplicitamente richiamato il diritto naturale all’autodifesa degli Stati, pur senza specificare alcun obiettivo verso cui esso fosse da riconoscere. Ancora più problematici del terrorismo internazionale sono alcuni fenomeni recenti come quello del *cyberwarfare*<sup>49</sup>, inimmaginabile prima degli anni ’90.

A conclusione possiamo dire che il successo dell’art. 51 è dovuto soprattutto al fallimento del sistema di sicurezza collettiva previsto dalla Carta ONU. La tutela della pace e della sicurezza internazionale è stata affidata a organizzazioni regionali che hanno supplito

<sup>44</sup> Cassese, *Article 51* (2005), par8.

<sup>45</sup> *Ibidem*; Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 404. Ricordiamo che questa idea era già contenuta nell’art. 3(g) della ris. 3314 (XXIX).

<sup>46</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta» (1987), 631.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 10.

<sup>48</sup> *Opinione Separata del giudice P. H. KOIJMANS*, ICJ Reports 136 (2004), par. 31.

<sup>49</sup> Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 398; Greenwood, *Self-defence* (2011), par. 14.

all'assenza di una forza internazionale. Si è visto come l'idea di legittima difesa sia stata ampliata – a volte anche forzosamente – dagli Stati al fine di includere nuove tipologie di aggressione.

Questa tendenza, se da una parte è giustificata dalle circostanze storiche, le quali sembrano vedere un progressivo ridursi dei conflitti convenzionali fra Stati in favore di operazioni paramilitari condotte da enti non statuali, dall'altra non può che generare qualche apprensione. Ammettere la possibilità di applicare la legittima difesa anche a fattispecie quali attacchi terroristici non imputabili a uno Stato significa autorizzare una reazione da parte dello Stato aggredito contro un altro Stato senza che quest'ultimo abbia commesso alcun illecito<sup>50</sup>.

Il timore di abusi nell'esercizio dell'autodifesa si è dimostrato ampiamente giustificato da alcuni eventi quali l'invasione dell'Afghanistan da parte dell'Unione Sovietica nel 1979, le operazioni di Israele contro il Libano nel 1975, e negli ultimi anni l'invasione dell'Iraq da parte di Stati Uniti e Gran Bretagna nel 2003. Nonostante l'illegittimità di queste azioni, la comunità internazionale non è stata capace di approvare alcuna sanzione poiché è sempre mancata la volontà politica di imporre a una superpotenza il rispetto dell'interpretazione più condivisa<sup>51</sup>.

### **3. La legittima difesa nelle principali sentenze**

#### **a. La sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti***

Alle radici della controversia fra i governi di Nicaragua e Stati Uniti vi sono le azioni clandestine condotte in territorio nicaraguense dagli statunitensi fra 1983 e 1984. Le relazioni fra i due paesi si erano deteriorate quando, dopo la cacciata del presidente Anastasio Somoza nel 1979, il Fronte di Liberazione Nazionale Sandinista (FLNS) si era impadronito del potere e, almeno secondo l'amministrazione statunitense, aveva cominciato a promuovere azioni insurrezionali nei paesi confinanti di Honduras, Costa Rica ed El Salvador. Formazioni di guerriglieri conosciute come *contras* emersero dalle componenti anti-Somoza che non si riconoscevano nei Sandinisti, ricevendo il supporto della presidenza Reagan.

---

<sup>50</sup> Enzo Cannizzaro, «La legittima difesa nei confronti di entità non statali nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Congo c. Uganda», *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXIX, n. 1 (2006), 121.

<sup>51</sup> Cassese, *Article 51* (2005), par. 16.

Di fronte alle interferenze statunitensi nella sua politica interna, il Nicaragua chiese l'intervento della CIG per giudicare le pretese violazioni da parte degli Stati Uniti della proibizione dell'uso della forza e del principio di non intervento, della sovranità territoriale del Nicaragua e di alcune norme di diritto umanitario<sup>52</sup>. L'amministrazione americana tuttavia non accettò di comparire nel processo, sostenendo che alla Corte mancasse la giurisdizione per applicare al caso l'art. 51 della Carta ONU e l'art. 21 della Carta OAS (*Organization of American States*), in base ai quali gli Stati Uniti sostenevano di aver agito in Nicaragua. Questa posizione tuttavia è stata però respinta dalla Corte<sup>53</sup>.

I fatti imputati agli Stati Uniti ricadono tutti sotto la definizione di aggressione indiretta contenuta nella ris. 3314 (XXIX). Questi secondo il Nicaragua sarebbero<sup>54</sup>:

- a) il minamento delle acque prospicienti i porti di El Bluff, Corinto e Puerto Sandino;
- b) le azioni di sabotaggio di infrastrutture industriali condotte sotto supervisione statunitense;
- c) la dipendenza delle milizie *contras* dagli Stati Uniti nella forma di addestramento, finanziamento ed equipaggiamento.

La Corte ha ritenuto fondate tutte le accuse, sebbene riguardo l'ultimo punto non abbia potuto ritenere dimostrato più di una "partial dependency on the United States authorities" dei *contras*. In mancanza di un legame organico fra bande armate e Stato ritenuto mandante, le azioni dei guerriglieri non possono equivalere a un intervento diretto da parte delle forze armate statunitensi<sup>55</sup>.

Nella prima parte della sentenza gli Stati Uniti sono quindi riconosciuti responsabili *prima facie* di aver violato la proibizione dell'uso della forza, codificata nella Carta ma appartenente anche al diritto consuetudinario, come stabilito proprio in quest'occasione<sup>56</sup>. La

<sup>52</sup> Queste includono: 1) non aver segnalato il minamento di alcuni porti in violazione dell'VIII Convenzione dell'Aia (1907); 2) aver incoraggiato la commissione di violazioni del diritto umanitario attraverso la distribuzione ad opera della CIA di due manuali di guerriglia, *Psychological Operations in Guerrilla Warfare* e *Freedom Fighter's Manual*. ICJ Reports 14 (1986), par. 215-220.

<sup>53</sup> Gli Stati Uniti, nella dichiarazione di accettazione della giurisdizione della Corte, avevano applicato una riserva con cui ne rifiutavano la giurisdizione su dispute originate da trattati multilaterali, "unless all parties to the case affected by the decision are also parties to the case before the Court". Poiché El Salvador, membro dei trattati ONU e OAS al pari di Stati Uniti e Nicaragua, sarebbe stato necessariamente toccato dalle conclusioni della Corte senza essere parte del processo, gli Stati Uniti ritenevano che la Corte non potesse pronunciarsi sui due articoli. La Corte ha riconosciuto la non applicabilità dei due trattati, ma ha ritenuto di poter applicare le norme consuetudinarie dell'interdizione all'uso della forza e della legittima difesa poiché "the Court is in no way bound to uphold customary rules in so far as they differ from the treaty rules which it is prevented by the United States reservation from applying". ICJ Reports 14 (1986), par. 36-56 e 172-182.

<sup>54</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 80-81 e 112.

<sup>55</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 108; Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 362-363.

<sup>56</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 191-195.



Corte si chiede allora se il principio di autodifesa possa intervenire ad esclusione dei fatti illeciti commessi dal rispondente.

Secondo la versione degli Stati Uniti, essi avrebbero agito in virtù del principio di autodifesa collettiva quando il Nicaragua si era reso responsabile di aggressioni indirette ai danni dei vicini El Salvador, Honduras e Costa Rica. In particolare, nei confronti del primo dei tre paesi, al governo sandinista sono imputati il contrabbando di armi e la conduzione di operazioni militari clandestine attraverso il confine. La Corte è quindi chiamata a giudicare se nel caso di specie le azioni di cui il Nicaragua è accusato siano avvenute e se, in caso di risposta affermativa, abbiano dato diritto all'intervento statunitense.

Essa traccia per prima cosa le condizioni che renderebbero legittimo l'esercizio dell'autodifesa. In primo luogo, è necessario che la reazione difensiva sia stata preceduta da un'aggressione armata di una certa intensità. Green ritiene che tale intensità, a partire dalla quale uno Stato può rispondere militarmente, sia stata prospettata proprio in occasione di questa sentenza. Un attacco armato infatti si configura sempre allo stesso tempo sia come "uso della forza" (e.g. incidenti di frontiera), sia come "intervento" (e.g. assistenza logistica e finanziaria a bande armate). I tre casi non differiscono fra loro per la natura dell'illecito, che è sempre una violazione della norma – anche consuetudinaria – dell'art. 2(4), ma per la loro gravità<sup>57</sup>. La soglia d'intensità (*gravity threshold*) dalla cui Corte è disposta a riconoscere un attacco armato autorizzante l'autodifesa è che le operazioni condotte dal Nicaragua, "because of [their] *scale and effects*, would have been classified as an armed attack rather than a mere frontier incident, had [they] been carried out by regular armed forces"<sup>58</sup>.

Oltre al verificarsi di un attacco armato di sufficiente gravità, la legittima difesa collettiva richiede il rispetto di altri due criteri *a priori*: deve essere lo Stato in cui si viene in soccorso ad aver constatato l'attacco, e deve aver espressamente richiesto l'intervento in autodifesa collettiva dello Stato soccorritore<sup>59</sup>. Nel corso dell'azione invece si richiede che lo Stato agente in difesa rispetti i criteri consuetudinari di necessità e proporzionalità.

<sup>57</sup> Green, *ICJ and self-defence* (2009), 34-37.

<sup>58</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 195. Secondo Green la Corte avrebbe tracciato la *gravity threshold* non solo per combattenti irregolari ma anche per quelli regolari. Anche le azioni militari di Stati dovrebbero quindi raggiungere una certa intensità per autorizzare lo Stato aggredito a rispondere in autodifesa. *Ibidem*.

<sup>59</sup> Vedi anche Cassese, *Article 51* (2005), par. 12 : "De toute façon, il faut qu'il existe un lien précédent (par exemple un traité entre les deux Etats...ou...une requête explicite de la part de la victime de l'agression)".

Le condizioni qui elencate hanno lo scopo di impedire che dell'istituto dell'autodifesa si abusino, invocandolo anche contro semplici violazioni del principio di non intervento<sup>60</sup>. Alla luce delle prove presentate, la Corte ritiene che le azioni compiute dal Nicaragua siano da ascrivere più a questo genere d'illecito che non a quello della violazione del principio di non aggressione. Dei due fatti imputati al governo sandinista, il traffico d'armi e le incursioni armate contro i vicini, il primo è accertato solo fino al 1981 e non è riconducibile con sicurezza a una politica intenzionalmente perseguita; le seconde invece, per la loro bassa intensità, non possono essere considerate equivalenti a un attacco armato *ex art. 3(g)* della definizione aggressione del 1974<sup>61</sup>.

La pronuncia della Corte è stata criticata soprattutto in questo punto, dove le azioni illecite compiute dal Nicaragua sono equiparate a *uso minore della forza* (e.g. uno sconfinamento territoriale o un indebito intervento politico) invece che ad aggressione indiretta<sup>62</sup>. Sciso contesta innanzitutto la lettura operata dalla Corte sull'art. 3(g), sostenendo che non viene prestata la dovuta attenzione alla possibilità di aggressione indiretta attraverso il coinvolgimento sostanziale (*substantial involvment*) di uno Stato<sup>63</sup>. Così facendo si trascura la possibilità che uno Stato effettui un'aggressione attraverso gruppi agenti in stretto contatto con esso soltanto perché manca un legame organico fra l'entità e il sovrano territoriale<sup>64</sup>.

Si consideri inoltre che chiedersi se l'aggressione indiretta costituisca un illecito internazionale rispetto al principio di non intervento o piuttosto al principio di non aggressione è questione di lana caprina, poiché essa sottende una violazione dell'uno come dell'altro. Nel primo caso rappresenta una violazione nell'*obiettivo* che si propone, nel secondo caso nei *mezzi* che sono impiegati<sup>65</sup>. È difficile quindi escludere l'invocabilità dell'autodifesa nel caso di attacchi indiretti, sulla base che essi sono da ascrivere all'inosservanza del primo principio e non del secondo.

Se sull'esclusione dell'aggressione è sorto qualche dissenso, più condivise sono state le altre conclusioni della Corte. Innanzitutto la condotta dei tre Stati vittime non sembra confermare la tesi che essi fossero consapevoli di un'aggressione armata ai loro danni. Solo El

<sup>60</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 249.

<sup>61</sup> *Ibidem*, par. 230-231.

<sup>62</sup> Gray, *Use of force* (2008), 132.

<sup>63</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta» (1987), 634.

<sup>64</sup> Sciso, «Aggressione indiretta nella risoluzione AG», 261. La stessa autrice aveva affermato che la condizione necessaria e non sufficiente perché il coinvolgimento dello Stato costituisca un'aggressione indiretta è la volontà dello Stato (elemento psicologico del *dolo*) ad essere coinvolto anche tramite la mera acquiescenza nelle attività illegali di bande armate.

<sup>65</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta» (1987), 633.

Salvador, in una tardiva dichiarazione datata 15 agosto 1984, riconosceva di essere vittima di un'aggressione e invocava l'aiuto degli Stati Uniti sulla base dell'*Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance*<sup>66</sup>. In secondo luogo l'amministrazione statunitense non ha mai informato il Consiglio di Sicurezza delle misure di autodifesa prese, in rispetto delle provvisori dell'art. 51 della Carta. Sebbene la norma distinta di diritto consuetudinario non richieda la loro osservanza, l'amministrazione statunitense cade in contraddizione appellandosi alla legittima difesa collettiva contenuta nell'articolo<sup>67</sup>.

La non conformità della reazione americana ai principi di necessità e proporzionalità costituisce un'"additional ground of wrongfulness"<sup>68</sup>. La Corte rileva come El Salvador fosse riuscito a domare i disordini già nel gennaio 1981, rendendo quindi superfluo l'interessamento degli Stati Uniti. Inoltre, di fronte ad una serie di azioni armate di dubbia rilevanza condotte in sostegno degli insorti salvadoregni, pare difficile considerare proporzionata una reazione caratterizzata da minamenti e distruzione di installazioni portuali e industriali.

Nelle considerazioni finali la Corte stabilisce che "the plea of collective self-defence against an alleged attack on El Salvador, Honduras and Costa Rica, advanced by the United States to justify its conduct toward Nicaragua cannot be upheld"; di conseguenza gli Stati Uniti hanno violato il principio di non aggressione sia attraverso le loro azioni, sia attraverso l'assistenza prestata ai *contras*<sup>69</sup>. È evidente però una certa incoerenza della Corte, che in una sentenza impostata sull'affermazione forte del divieto dell'uso della forza indiretta esclude categoricamente l'invocabilità del principio dell'autodifesa proprio contro questo genere di azioni<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 126-233. È comunque condivisibile l'opinione di Gray per cui la Corte non ha ritenuto questo fatto "decisive as to legality", ma piuttosto l'ha interpretato semplicemente come una conferma che nessun attacco fosse avvenuto. Lo stesso si dica per il mancato avvertimento del Consiglio di Sicurezza riguardo le misure di *self-defence*. Vedi Gray, *Use of force* (2008), 138-140.

<sup>67</sup> *Ibidem*, par. 236; la Corte cita il resoconto della 2187° riunione del Consiglio di Sicurezza (S/PV.2187). Si aggiunga che la mancata partecipazione al procedimento denota una certa debolezza della posizione del Rispondente dal punto di vista del diritto internazionale. Vedi: Richard A. Falk, «Toward Authoritativeness: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005), 48.

<sup>68</sup> Gray, *Use of force* (2006), 106.

<sup>69</sup> ICJ Reports 14 (1986), par. 238.

<sup>70</sup> Sciso, «Legittima difesa e aggressione indiretta» (1987), 639.

## **b. La sentenza *Congo c. Uganda***

Dopo *Nicaragua c. Stati Uniti* la Corte è tornata sul problema dell'aggressione indiretta con una seconda sentenza denominata *Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)* nel 2005. In quest'occasione, se è vero che nessun sostanziale progresso nell'interpretazione dell'art. 51 è stato compiuto, si lascia tuttavia intravedere uno spiraglio per l'estensione del concetto di aggressione ad azioni armate da parte di enti non riconducibili a Stati. Non si può fare a meno di notare come la Corte non ribadisca con la stessa fermezza le conclusioni *ex par.* 139 del parere *un muro in Palestina*, ridimensionando apparentemente il requisito del legame organico fra perpetratori dell'aggressione e Stato nei confronti di cui si pretende di esercitare la legittima difesa. L'impressione di un parziale ripensamento è confermata nelle opinioni separate dei giudici Kooijmans e Simma, dove i due hanno espresso il loro rammarico nei confronti della Corte per essersi lasciata sfuggire "the opportunity...to clarify the state of the law on a highly controversial matter which is marked by great controversy and confusion"<sup>71</sup>.

Gli antefatti della sentenza risalgono al 1997, anno dell'ascesa al potere in Congo di Laurent-Désiré Kabila appoggiato da Ruanda e Uganda. Poiché l'esercito congolese era incapace di controllare il territorio orientale del paese, Kabila autorizzò l'UPDA (*Ugandan People Defence Army*) a dispiegarsi in queste zone al fine di prevenire le attività dei ribelli anti-ugandesi. La cooperazione fra le forze armate dei due paesi fu poi formalizzata con il *Protocollo sulla sicurezza lungo il confine comune*, firmato nel maggio 1997<sup>72</sup>.

Quest'alleanza si ruppe nel maggio 1998 quando, insieme a Ciad e Sudan, il Congo secondo il governo ugandese cominciò a sostenere i ribelli dell'ADF (*Allied Democratic Forces*). Con due dichiarazioni (27 luglio e 8 agosto), il presidente Kabila terminò la collaborazione prima con il Ruanda e poi con l'Uganda. Intanto quest'ultimo intensificava la sua presenza militare in Congo dal 2 agosto, data che per il Congo segna l'inizio dell'invasione mentre per l'Uganda rappresenta l'inizio di una guerra civile. Le ostilità continuarono fino alla firma dell'accordo di Lusaka nel luglio 1999; con l'accordo di Luanda del settembre 2002 fu concordato un piano per il ritiro progressivo dell'UPDA, completato poi nel giugno 2003.

<sup>71</sup> *Opinione separata del giudice B. SIMMA*, ICJ Reports 168 (2005), par. 8.

<sup>72</sup> La Corte nella sentenza ritiene tuttavia che la legittimità della presenza di unità militari ugandesi rimanga fondata sul consenso dell'avente diritto antecedente l'intesa, il quale poteva essere ritirato in qualsiasi momento e senza procedure formali. Sulla questione del consenso vedi: Ronzitti, *Dritto internazionale* (2009), 368

La semplice ricostruzione degli eventi basta a notare come la situazione politica della regione dei Grandi Laghi fosse estremamente complessa dal punto di vista del diritto e della politica internazionali. Come molti altri Stati del continente, il Congo è affetto dalla “piaga endemica” dell’instabilità politica, come la definisce il giudice Kooijmans<sup>73</sup>, la quale ha certamente implicazioni negative per la sicurezza degli Stati vicini. È stato compito della CIG decidere nella sentenza se in quell’occasione queste implicazioni fossero tali da autorizzare l’invocazione della legittima difesa.

La vicenda giudiziaria inizia nel giugno 1999, quando il governo del Congo denuncia certe attività armate dell’Uganda in territorio congolese in violazione dell’art. 2(4) della Carta ONU. Oltre l’aggressione armata, il governo congolese accusa l’Uganda per la violazione del diritto umanitario e dei diritti umani della popolazione, nonché per lo sfruttamento illegale delle risorse naturali del territorio occupato.

Per prima cosa la Corte cerca di individuare il momento cui far risalire il preteso esercizio dell’autodifesa da parte dell’Uganda. Questi afferma di aver agito con il consenso del governo congolese fino all’11 settembre, data dell’emanazione del documento *Position of the High Command on the Presence of the UPDF in the DRC* (Democratic Republic of the Congo) il quale definisce gli obiettivi dell’operazione *Safe Haven* “[to] secure Uganda’s legitimate security interests”<sup>74</sup>. La Corte tuttavia ritiene che le azioni condotte contro alcune località nella regione dell’Ituri in agosto, per la loro intensità, non possano essere altrimenti giustificate che secondo il richiamo all’autodifesa<sup>75</sup>. Questa osservazione trova riscontro nelle parole del Ministro della Difesa e del Comandante delle forze ugandesi di stanza in Congo, motivo per cui nella sentenza non sono fatte distinzioni fra gli eventi accaduti prima e dopo l’agosto 1998<sup>76</sup>.

Appurato il momento da cui far cominciare l’azione di autodifesa, la Corte illustra a quali condizioni intende verificare l’applicabilità di questo principio agli eventi in discussione:

“[T]he Court will not examine whether each individual military action by the UPDF could have been characterized as action in self-defence, unless it

<sup>73</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 168 (2005), par. 5-7: “...régimes under constant threat from armed movements operating from the territory of neighboring States, whose governments sometimes support these movements [or] tolerate them because they do not have the means to control or repel them.”

<sup>74</sup> ICJ Reports 168 (2005), par. 109.

<sup>75</sup> Per l’esclusione del consenso del sovrano territoriale vedi: Roberto Virzo, «La sentenza del 19 dicembre 2005 nell’affare delle “attività militari sul territorio del Congo (Repubblica democratica del Congo c. Uganda)”», *La Comunità Internazionale* LXII, n. 1 (2007), 189-190.

<sup>76</sup> ICJ Reports 168 (2005), par. 114-117.

can be show, as a general proposition, that Uganda was entitled to act in self-defence [...]”<sup>77</sup>.

I giudici con ciò vogliono subordinare il loro giudizio rispetto ai singoli episodi alla verifica delle circostanze fattuali invocate dall’Uganda contro il Congo. I fatti imputati a quest’ultimo sono l’adesione a un patto tripartito con Sudan e ADF ai danni dell’Uganda, più l’armamento, l’addestramento e il supporto di alcuni gruppi anti-ugandesi sul suo territorio. Sulla base delle prove fornitele, la Corte si convince che

“it has not been presented with evidence that can be safely relied on in a court of law to prove that there was an agreement between the DRC and the Sudan to participate or support actions against Uganda”<sup>78</sup>.

Sebbene abbia respinto la tesi ugandese, la Corte si dichiara tuttavia convinta che una serie di azioni paramilitari contro strutture civili e villaggi di confine siano realmente avvenute. Lo stesso Congo conferma che questi attacchi hanno avuto luogo e nega solo di esservi coinvolto, attribuendo tutta la responsabilità all’ADF. La Corte a questo punto dovrebbe decidere circa la liceità di un’operazione di autodifesa condotta sul territorio di un altro Stato in risposta ad attacchi compiuti da bande armate, senza che sia possibile stabilire un legame organico fra queste ultime e lo Stato<sup>79</sup>.

Essa fa innanzitutto notare che la lettera dell’art. 51 non è stata rispettata nella misura in cui l’Uganda non ha comunicato le misure prese al Consiglio di Sicurezza<sup>80</sup>. In secondo luogo, gli attacchi che l’Uganda ha subito non sono imputabili al Congo come preteso da esso ma solo all’ADF. Pertanto:

"the attacks did not emanate from armed bands...sent by [or] on behalf of the DRC, within the sense of art. 3(g) of General Assembly resolution 3314 (XXIX)"<sup>81</sup>.

Simma presenta il procedimento logico con cui la Corte è giunta alla conclusione di astenersi attraverso un’efficace schematizzazione<sup>82</sup>: 1) l’Uganda ha giustificato le sue azioni attribuendo la responsabilità degli attacchi al Congo e invocando il principio di autodifesa

<sup>77</sup> *Ibidem*, par. 118.

<sup>78</sup> *Ibidem*, par. 130.

<sup>79</sup> Cannizzaro, «Legittima difesa contro entità non statali» (2006), 121.

<sup>80</sup> Non rispettare questa provvisione non rende illegittimo il richiamo alla *self-defence* in sé, tuttavia l’omissione getta ombra sulla reale convinzione dello Stato di stare esercitando questo diritto. Vedi: Gray, *Use of force* (2008), 90.

<sup>81</sup> ICJ Reports 168 (2005), par. 146.

<sup>82</sup> Op. Sep. SIMMA, ICJ Reports 168 (2005), par. 6-7.

contro questo Stato; 2) la Corte alla luce delle argomentazioni fornite non ritiene provata l'esistenza di un legame (organico o meno) fra governo congolese e attività di guerriglia; 3) la pretesa di agire nel quadro dell'autodifesa non può essere sostenuta. Dato che sono state confutate le basi legali e fattuali presentate dall'Uganda a sostegno del suo diritto all'autodifesa, la Corte non ritiene necessario – poiché non richiestole – addentrarsi nel merito circa “whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces”<sup>83</sup>.

Nel complesso, si ha l'impressione che la risposta della Corte sia stata una decisione di non decidere, la quale tuttavia diversamente dai casi *Nicaragua c. Stati Uniti* e *un muro in Palestina* non sembra chiudere la porta alla possibilità di permettere forme di reazione armata nei confronti di attacchi condotti da un'entità non statale<sup>84</sup>. Questa sensazione è stata condivisa dai giudici Kooijmans e Simma, i quali hanno espresso l'opinione che la Corte sarebbe dovuta andare oltre quanto le era stato chiesto e dare soluzione al problema dell'esercizio del art. 51 contro attacchi provenienti da entità non statuali<sup>85</sup>. Invece, poiché l'Uganda nella sua posizione non ha sostenuto di aver esercitato la legittima difesa nei confronti di bande armate indipendenti, la Corte non si è sentita in dovere di rispondere alla domanda “whether, even if not attributable to the DRC, such activities could have been repelled by Uganda through engaging these groups also on Congolese territory”<sup>86</sup>.

I due giudici concordano con la Corte nel sostenere implicitamente che non si possa equiparare la mera incapacità di controllare attività militari illegali sul proprio suolo a un atto di aggressione. Tuttavia questa sentenza aveva fornito l'occasione di aggiornare (*fine-tune*) alla prassi contemporanea il criterio per far lecitamente appello all'art. 51, stabilito vent'anni prima nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*<sup>87</sup>. La sentenza del 1986 infatti aveva imposto una soglia piuttosto restrittiva all'articolo, sostenendo che solo un attacco armato definito come “grave use of force” e imputabile ad uno Stato desse diritto all'autodifesa<sup>88</sup>. Kooijmans fa ora notare che la lettera dell'art. 51 si limita a porre come condizione la presenza di un *armed attack* senza dire che esso debba essere riconducibile a uno Stato. Le due risoluzioni del Consiglio di Sicurezza del 2001 sembrano confermare che, al fine di fronteggiare efficacemente il fenomeno del terrorismo, la comunità internazionale abbia esteso la nozione

<sup>83</sup> ICJ Reports 168 (2005), par. 147.

<sup>84</sup> Cannizzaro, «La legittima difesa nei confronti di entità non statali» (2006), 121.

<sup>85</sup> Virzo, «Sentenza 19 dicembre 2005» (2007), 192.

<sup>86</sup> Op. Sep. SIMMA, ICJ Reports 168 (2005), par. 7.

<sup>87</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 168 (2005), 25.

<sup>88</sup> Green, *Use of force*, 33-41; la definizione è ricavata dal par. 191 della sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*.

di autodifesa anche ad attacchi caratterizzati da “the almost complete absence of government authority in the whole or part of the territory of a State” da cui essi provengono<sup>89</sup>. A rigor di logica infatti, come osserva Simma<sup>90</sup>, un attacco armato rimane un attacco armato sia in presenza che in assenza di uno Stato mandante, perciò sarebbe irragionevole ammettere l’esercizio dell’autodifesa solo contro un’aggressione convenzionale, e non già anche contro aggressioni di entità non statuali condotte con modalità terroristiche<sup>91</sup>.

Qualora si dovesse accettare che questa evoluzione del diritto internazionale abbia realmente avuto luogo, la legittimità dell’azione in autodifesa intrapresa dall’Uganda ai danni del Congo dovrebbe essere posta di fronte allo stesso esame per giudicare la reazione difensiva contro forze militari irregolari ma aiutate da uno Stato. Il metro di giudizio va ricercato nei criteri di necessità e proporzionalità, i quali sin dal caso *Caroline* costituiscono uno standard minimo universalmente accettato per valutare la liceità della legittima difesa<sup>92</sup>. In base ad essi, Kooijmans ritiene che le azioni condotte contro villaggi e aeroporti in territorio congolese fra giugno e agosto 1998 possano essere considerate consistenti con il diritto dell’Uganda a difendersi. Viceversa, l’invio di un battaglione aerotrasportato presso il lontano aeroporto di Kisangani il 1 settembre “grossly overstepped the limits set by customary international law for the lawful exercise of the right of self-defence”<sup>93</sup>. In quest’ultimo caso l’intervento armato è equivalso, per la sua intensità e la sua durata, a una grave violazione dell’art. 2(4) della Carta. Seguendo questa linea di pensiero la Corte avrebbe potuto dare risposta al quesito dell’aggressione indiretta priva di elementi statuali senza modificare le sue conclusioni e senza dare l’impressione di sentirsi “uncomfortable” a esprimersi su una questione della massima importanza nelle moderne relazioni internazionali<sup>94</sup>.

---

<sup>89</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 168 (2005), par. 30.

<sup>90</sup> Op. Sep. SIMMA, ICJ Reports 168 (2005), par. 12.

<sup>91</sup> Ruth Wedgwood, «The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense», *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005), 58. Semmai si può ipotizzare un’applicazione particolarmente rigida del criterio di proporzionalità rispetto al territorio, per cui sarebbero legittime le azioni difensive nei confronti delle sole zone da cui operino gli insorti, a meno che la loro condotta non sia riconosciuta formalmente o *de facto* dal sovrano territoriale. Vedi Antonio Cassese, «Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law», *European Journal of International Law* XXII, n. 5 (2001), 999.

<sup>92</sup> Green, *ICJ and self-defence* (2009), 153-155.

<sup>93</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 168 (2005), par. 34.

<sup>94</sup> Op. Sep. SIMMA, ICJ Reports 168 (2005), par. 15.



#### **4. La questione del ricorso alla legittima difesa in caso di attacchi provenienti da entità non statuali**

Nei decenni successivi la firma della Carta ONU permase molta incertezza riguardo quale reazione fosse adeguata in risposta ad aggressioni da parte di entità non statuali. L'unico punto fermo nel diritto internazionale era l'opinione che aggressioni a carattere politico (quindi non mere azioni di razzia) fossero da considerare come "offence against the law of nations" e richiedessero quindi una risposta diversa da un'azione di polizia internazionale<sup>95</sup>. Questa credenza ha trovato per la prima volta riscontro pratico nella risposta statunitense ai dirottamenti di New York e Washington dell'11 settembre 2001. L'operazione *Enduring Freedom* rivolta contro l'Afghanistan, sospettato di dare rifugio all'organizzazione terroristica Al Qaeda, fu giustificata con il richiamo al principio di legittima difesa contro entità non statali. La posizione americana ricevette l'avvallo della comunità internazionale attraverso le due risoluzioni 1368 e 1373 del Consiglio di Sicurezza, adottate sulla scia degli attacchi.

Nella prima, risalente al giorno immediatamente successivo l'attentato, l'aggressione subita dagli Stati Uniti fu considerata una vera e propria minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale e nel preambolo venne ricordato esplicitamente il principio di autodifesa individuale e collettiva. La successiva risoluzione 1373, pur essendo rivolta a tracciare le misure che ogni Stato membro dell'ONU doveva adottare per impedire il finanziamento e la protezione delle organizzazioni terroristiche operanti sul suo territorio, ribadì il diritto all'autodifesa e l'esigenza di combattere con ogni mezzo la minaccia posta dal terrorismo internazionale.

Nonostante queste due risoluzioni siano state ritenute il fondamento legale dell'azione militare condotta dagli Stati Uniti, sarebbe un errore ritenere che esse abbiano autorizzato l'uso della forza armata in autodifesa. Come fa notare Franck<sup>96</sup>, l'esatta formula impiegata nelle due risoluzioni è "[r]ecognizing the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter". Allo stesso modo in occasione delle guerre di Corea (1950) e del Golfo (1991) il Consiglio di Sicurezza invitò gli stati membri ad accorrere in difesa collettiva di Corea del Sud e Iraq, senza "autorizzare" – nel significato proprio della

---

<sup>95</sup> Brownlie, «Activities of armed bands» (1958), 735.

<sup>96</sup> Thomas M. Franck, «Terrorism and the right of self-defense», *The American Journal of International Law* XCV, n. 4 (2001), 839.

parola – le operazioni militari<sup>97</sup>. Poiché il diritto all'autodifesa è naturale (*inherent*), esso non necessita alcun organo internazionale che si fraponga nella verifica delle prove dell'attacco armato (*credible evidence*) e l'identità dello Stato alla cui condotta si fa risalire l'aggressione indiretta (*attacker's identity*)<sup>98</sup>.

Le azioni degli Stati Uniti sono state accettate dalla comunità internazionale compresi i paesi mediorientali, ma hanno suscitato numerose polemiche nel dibattito dottrinario, soprattutto in virtù della giurisprudenza contenuta nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*. Una critica prevedibile è quella – già abbondantemente discussa – dell'azionabilità della legittima difesa solo in caso di aggressione da parte di uno Stato. Senza ripetere quanto detto, ci limitiamo qui ad aggiungere una considerazione storica. Il principio dell'autodifesa è tradizionalmente fatto risalire all'incidente della *Caroline* del 1837, in cui una nave battente bandiera americana che trasportava armi destinate a ribelli canadesi fu assalita e data alle fiamme da militari britannici in territorio americano. Come alcuni autori hanno fatto notare<sup>99</sup>, questo caso depone tutt'altro che a favore della tesi statualista. Al contrario, la Gran Bretagna giustificò le sue azioni facendo appello al principio di autodifesa non perché considerasse gli Stati Uniti responsabili delle azioni compiute dai marinai della *Caroline*, ma perché l'oriteneva necessario al fine di bloccare il traffico di armamenti<sup>100</sup>.

Oltre a ciò, un'interpretazione letterale dell'art. 51 nel passo in cui prescrive che la legittima difesa sia ammissibile “until the Security Council has taken measures necessary to maintain international peace and security” potrebbe portare a pensare che l'intervento armato in Afghanistan dovesse cessare con l'adozione delle misure prese nelle due risoluzioni. In realtà questa posizione è difficilmente sostenibile, giacché sono le stesse risoluzioni a richiamare nel preambolo il principio di legittima difesa. Inoltre, ipotizzare un'applicazione automatica delle condizioni dettate dall'art. 51 porterebbe a un risultato manifestamente assurdo e in contrasto con la *ratio* dell'articolo. Giustamente viene osservato<sup>101</sup> che le misure prese dal Consiglio di Sicurezza devono essere efficaci nel porre fine alla minaccia terroristica

<sup>97</sup> Tuttavia nel secondo caso il Consiglio con la ris. 678/1990 volle ricondurre in seno alle Nazioni Unite le azioni compiute dagli Stati. Conforti-Focarelli, *Nazioni Unite* (2012), 278.

<sup>98</sup> Anche Gray osserva che, benché l'art. 51 riconosca al Consiglio di Sicurezza un ruolo cruciale di supervisione sull'attuazione della legittima difesa da parte dello Stato, non richiede che esso si pronunci sulla sua legalità. Vedi: Gray, *Use of force* (2008), 88.

<sup>99</sup> Greenwood, «Self-defence» (2011), par. 17; Dominicé, «Crise du Golfe» (2011), 103; Murphy, «Concept of "Armed Attack" in Article 51» (2002), 50.

<sup>100</sup> Il caso della *Caroline* ha assunto una certa rilevanza anche in riferimento alla cd. autodifesa preventiva qualora l'aggressione o atto equiparato sia imminente. Vedi: Greenwood, «Self-Defence» (2011) par. 45; Franck, «Terrorism and Self-Defence» (2001), pag 840.

<sup>101</sup> Greenwood, «Self-defence» (2011), par. 33.

e ristabilire la pace. Nel caso di specie, le decisioni del Consiglio nella ris. 1373, pur avendo l'obiettivo di colpire alla radice la capacità di offesa dei gruppi terroristici, "clearly were not intended by themselves to deal decisively with the threat to international peace and security posed by Al Qaeda"<sup>102</sup>.

L'ultimo argomento avanzato contro la campagna militare statunitense è l'incapacità di provare che il governo dei talebani stesse appoggiando segretamente le azioni di Al Qaeda. In effetti, nelle due risoluzioni è fatta menzione del principio di autodifesa ma non è specificato verso chi questo diritto possa essere esercitato. In più le uniche prove di una connessione fra Afghanistan e terroristi sono quelle presentate dagli Stati Uniti al Consiglio NATO<sup>103</sup>. Più sopra abbiamo riportato la posizione di Franck riguardo le implicazioni della legittima difesa come diritto naturale dello Stato aggredito, ovvero la non necessità dello Stato di ricevere l'autorizzazione di un organo internazionale. Se questo punto di vista può essere accettato, seppur *cum grano salis*, ora lo stesso autore si spinge troppo oltre. Questi infatti afferma che lo Stato attaccato e i suoi alleati possono esercitare "their own, sole judgment in determining whether an attack has occurred and where it originated" senza che al Consiglio di Sicurezza spetti valutare *ex ante* le prove fornite. Altrimenti – sostiene – l'autodifesa sarebbe fatta dipendere anziché dal diritto all'autopreservazione, dall'abilità dello Stato "to convince the fifteen members of the Security Council that it has indeed correctly identified its attacker"<sup>104</sup>.

Benché il filo logico del ragionamento tenga, esso sembra estendere il concetto di autodifesa molto oltre l'*opinio iuris* corrente. Negare la necessità di una valutazione delle prove esterna allo Stato che invoca la legittima difesa<sup>105</sup> significa in ultima analisi attribuire ad esso un eccessivo potere discrezionale di determinare *target*, tempistiche, durata e mezzi ammissibili del intervento<sup>106</sup>, cosa che finirebbe sicuramente per legittimare abusi dell'art. 51<sup>107</sup>.

---

<sup>102</sup> Franck, «Terrorism and self-defence» (2001), p. 841-842.

<sup>103</sup> *Ibidem*.

<sup>104</sup> *Ibidem*.

<sup>105</sup> *Ibidem* "the right of a State to defend itself against an attack is not subordinated in law to a prior requirement to demonstrate to the satisfaction of the Security Council that it is acting against the party guilty of the attack."

<sup>106</sup> Cassese, «Terrorism is disrupting some legal categories» (2001), 997.

<sup>107</sup> Un esempio di questi potenziali abusi è rappresentato dall'invasione dell'Iraq nel 2003. Quando in un primo tempo il presidente G. W. Bush cercò di giustificare l'attacco invocando l'autodifesa preventiva nel suo ultimatum del 17 marzo 2003 (c.d. *dottrina Bush*), questi accusò l'Iraq di possedere armi di distruzione di massa che costituivano una chiara minaccia alla sicurezza degli Stati Uniti. Tralasciando il problema dello *status* legale della difesa preventiva, è da notare che al governo iracheno veniva chiesta una *probatio diabolica*: non erano gli Stati Uniti a giustificare l'invasione, ma l'Iraq a dover dimostrare di non aver armi chimiche per non subire

Al di là delle legittime preoccupazioni che implica l'idea di allargare l'autodifesa anche a fattispecie di attacchi del tutto indipendenti da un ente territoriale, di fronte alla possibilità del ripetersi di atti terroristici come quello dell'11 settembre – cosa accaduta nel marzo 2004 a Madrid e nel luglio 2005 a Londra – questa interpretazione sembra essere il male minore. Va da sé tuttavia che l'esercizio della legittima difesa in questo frangente dovrebbe essere subordinato a regole quanto più definite possibile, seppur nei limiti consentiti dalla flessibilità richiesta quando si ha a che fare con modalità di attacco indefinibili quali gli attentati terroristici.

Cannizzaro in un suo articolo<sup>108</sup> pone due strade percorribili al fine di ampliare il concetto di autodifesa: o si allarga la definizione di aggressione anche ad azioni compiute da gruppi terroristici senza legami con lo Stato sovrano, oppure si attribuisce la responsabilità del fatto illecito allo Stato anche nei casi in cui esso non sia direttamente collegato all'azione. Sebbene la seconda lezione sia la più vicina alla passata concezione dell'art. 51, la prima è probabilmente preferibile, poiché ammette esplicitamente la possibilità che attori internazionali non territoriali si rendano responsabili di aggressioni contro Stati. Accogliendo questa posizione, possiamo prevedere tre casistiche<sup>109</sup> che giustificherebbero il ricorso alla legittima difesa contro un'entità non-statale:

1. l'entità agisce come organo *de facto* di uno Stato;
2. l'entità e lo Stato operano un controllo congiunto sulla zona da cui opera l'entità – in questo caso il sovrano territoriale è responsabile di tolleranza e connivenza nei confronti dell'organizzazione terroristica<sup>110</sup>;
3. l'entità ha il controllo del territorio – in questo caso l'azione militare si rivolge non allo Stato ma contro il territorio controllato dall'entità. Il diritto ad agire è subordinato alla condizione che il sovrano territoriale sia “genuinely unwilling or unable...to prevent the group...from using force against the victim State” e che l'autodifesa sia proporzionata all'obiettivo di contrastare i terroristi, senza colpire la popolazione o le infrastrutture dello stato innocente<sup>111</sup>.

---

un'aggressione illecita. Cfr. “President Says Saddam Hussein Must Leave Iraq Within 48 Hours”, <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/03/20030317-7.html>.

<sup>108</sup> Cannizzaro, «La legittima difesa nei confronti di entità non statali» (2006), 121.

<sup>109</sup> *Ibidem*, 122.

<sup>110</sup> Ciò sarebbe in linea anche con quanto affermato da Franck quando afferma che “a State is responsible for the consequences of permitting its territory to be used to injure another State”. Franck, «Terrorism and self-defence» (2001), p. 840.

<sup>111</sup> Green, *ICJ and self-defence* (2009), 158-159.

È questa la conclusione raggiunta dall'Istituto di Diritto Internazionale nella sua Sessione di Santiago nel 2007 con la risoluzione *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law*, con la quale si è cercato di opporre un argine di diritto allo strisciante "nichilismo legale" percepibile nelle parole del presidente Bush nel suo messaggio al Congresso del 20 gennaio 2004<sup>112</sup>. Nel preambolo della risoluzione conclusiva viene fatta esplicita menzione del problema del terrorismo e si afferma l'intenzione di porvi soluzione. Nel dispositivo, dopo aver stabilito che l'art. 51 regola anche le reazioni ad attacchi non riconducibili a Stati "as a matter of principle", esso opera una distinzione fra due possibili ipotesi, simile a quella esposta da Cannizzaro.

Nel primo caso si suppone che l'entità non statale autrice dell'attacco abbia chiari legami con uno Stato. È opinione dei giuristi che qui la legittima difesa possa essere esercitata nei confronti dello Stato in sé. Nel secondo caso invece si presenta la situazione di un'entità non statale che agisce contro la volontà dello Stato ove opera, senza che questi possieda la capacità materiale di impedire le sue attività. Qui l'esercizio dell'autodifesa sarebbe applicabile non nei confronti dello Stato – il quale è a tutti gli effetti innocente – ma limitatamente alla zona ove operano i terroristi. Il criterio di proporzionalità deve essere misura non solo della giusta quantità di forza impiegata per porre fine all'aggressione, ma anche dell'ampiezza degli obiettivi tattici e strategici che si prefigge lo Stato vittima con l'esercizio dell'autodifesa<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> Falk, «Towards Authoritativeness» (2005), 50.

<sup>113</sup> Cassese, «Terrorism is disrupting some legal categories» (2001), 999. Come esempio l'autore riporta il caso dell'Afghanistan, in cui la destituzione del governo talebano non era proporzionata agli scopi perseguiti in base all'art. 51 – eliminare la minaccia posta da Al Qaeda.

## II. IL PARERE CONSULTIVO 9 LUGLIO 2004

### 1. Considerazioni preliminari

La storia del parere trae origine dalla X<sup>a</sup> Sessione Speciale di Emergenza dell'Assemblea Generale, convocata per la prima volta il 24 aprile 1997 sulla base della ris. 377A(V) *Uniting for Peace* del 1950, dopo che il Consiglio di Sicurezza aveva respinto due progetti di risoluzione su certi insediamenti israeliani con il veto degli Stati Uniti. Dopo la sua prima riunione, la Sessione è stata convocata nuovamente altre undici volte, l'ultima il 14 ottobre 2003 su richiesta della Lega degli Stati Arabi, allorché un progetto di risoluzione che condannava la costruzione del muro nel territorio palestinese occupato era stato respinto in sede di Consiglio di Sicurezza a causa dell'opposizione degli Stati Uniti<sup>114</sup>.

Durante la seduta del 27 ottobre 2003 la Sessione ha adottato la ris. ES-10/13, con cui veniva chiesto ad Israele di interrompere la costruzione della barriera e il Segretario Generale veniva incaricato di preparare un rapporto, poi presentato il 24 novembre. In seguito, durante la riunione dell'8 dicembre, la Sessione ha approvato la ris. ES-10/14, contenente la richiesta di un parere consultivo alla CIG:

what are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying Power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?<sup>115</sup>

La Corte ha accettato di fornire il parere. Gli Stati membri dell'ONU sono stati quindi invitati a inviare le loro posizioni scritte<sup>116</sup> e i loro rappresentanti sono stati ascoltati fra il 23 e il 25 febbraio 2004. Il parere è stato infine rilasciato il 9 luglio.

<sup>114</sup> Cfr. 4842<sup>nd</sup> Meeting of the Security Council; la seduta era stata convocata su richiesta presidente di turno della Lega Araba con lettera datata 9 ottobre 2003, con cui si poneva all'attenzione del Consiglio una risoluzione che dichiarava illegale la costruzione del muro.

<sup>115</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 9.

<sup>116</sup> Anche la Palestina, benché non fosse riconosciuta dall'intera comunità internazionale come Stato, fu autorizzata a presentare la sua posizione in virtù dello status speciale di osservatore riconosciuto dall'Assemblea Generale (ICJ Reports 136, par. 3). Solo nel novembre 2012 l'Assemblea Generale ha passato

Avendone esposti gli antefatti, si procederà ora a un esame del parere il quale, per fini di chiarezza espositiva, sarà trattato separatamente in tre sezioni.

- Nella prima saranno affrontate le questioni di *propriety* e *jurisdiction* inerenti alla ris. ES-10/14, sollevate da Israele di fronte alla Corte nel suo *written statement*.
- Nella seconda si passeranno rapidamente in rivista le regole di diritto umanitario rilevanti, contenute nella IV Convenzione dell'Aja e nella IV Convenzione di Ginevra, e quelle concernenti i diritti umani, codificate nelle due Convenzioni del 1966 sui diritti civili politici e su quelli economici, sociali e culturali. Si procederà quindi a un'analisi delle norme di diritto internazionale che Israele ha violato nel costruire la barriera. Infine, saranno esposte le decisioni finali e gli effetti giuridici per Israele, gli Stati membri della comunità internazionale e le NU.
- A conclusione saranno presentate le critiche formulate dai giudici Higgins, Buerghental e Kooijmans. Si ritiene tuttavia più indicato ai fini della coerenza logica del presente lavoro rinviare al Capitolo conclusivo per quanto riguarda le osservazioni che i tre giudici fanno sul principio di autodifesa.

## 2. Competenza e giurisdizione

L'opinione si apre con un *excursus* sulla storia del procedimento. La Corte si chiede subito se essa sia autorizzata a esercitare la sua giurisdizione e se esistano ragioni per cui dovrebbe negare il pronunciamento avvalendosi del suo potere discrezionale. Essa ricorda che, in base all'art. 65(1) del suo Statuto, essa è autorizzata a rilasciare un parere consultivo qualora ciò le venga chiesto da un organo dell'ONU *ex art. 96(1) della Carta*. La Corte ricorda altresì che, secondo la sua precedente giurisprudenza<sup>117</sup>, deve sussistere un legame fra il parere richiesto e l'attività dell'Assemblea Generale, in questo caso stabilito dall'art. 11(2) della Carta, che riconosce all'organo "competence on questions relating to the maintenance of international peace and security"<sup>118</sup>.

---

una risoluzione che riconosce alla Palestina lo *status* di Stato Osservatore non Membro. Vedi: ris. GA/11317 "General Assembly Votes Overwhelmingly to Accord Palestine 'Non-Member Observer State' Status in United Nations".

<sup>117</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 16.

<sup>118</sup> *Ibidem*, par. 17.

Il *written statement* di Israele contiene sei obiezioni di giurisdizione e competenza su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi. Il governo israeliano si rifiuta di riconoscere la giurisdizione della Corte ed evita accuratamente di discutere la questione nella sua sostanza<sup>119</sup>. Israele si mostra anche molto preoccupato dalla sbrigatività con cui l'Assemblea Generale e la Corte sembrano riconoscere alla Palestina l'attributo di Stato (*statehood*), "a status that has been highly contentious amongst UN Members for many years"<sup>120</sup>. Le preoccupazioni di Israele non sono del tutto infondate, poiché effettivamente l'art. 35(1) dello Statuto della CIG riconosce *locus standi* in un procedimento agli "Stati parti del presente Statuto"<sup>121</sup>.

Per prima cosa Israele contesta la sussistenza del "requisito soggettivo" necessario alla competenza della Corte, vale a dire la necessità che la richiesta di opinione provenga da un organo autorizzato in base alla Carta ONU<sup>122</sup>. Nel caso corrente, l'Assemblea Generale avrebbe agito *ultra vires*, poiché l'art. 12(1) della Carta le proibisce di adottare risoluzioni su materie che sono sotto esame da parte del Consiglio di Sicurezza. L'Assemblea non sta agendo in base alla ris. *Uniting for Peace*, e ciò è confermato dal fatto che il 19 novembre 2003, a soli 19 giorni dall'adozione della ris. ES-10/14, il Consiglio aveva adottato la ris. 1515 con la quale approvava la *Roadmap* proposta dal Quartetto<sup>123</sup>. La Corte risponde che innanzitutto la richiesta per un parere consultivo non ricade sotto la definizione di "raccomandazione" ex art. 12(1); in secondo luogo che l'interpretazione dell'articolo citato si sta evolvendo nella direzione di permettere all'Assemblea di agire in parallelo (*deal in parallel*) su materie concernenti il mantenimento della pace internazionale e della sicurezza<sup>124</sup>.

È anche respinta la denuncia d'irregolarità procedurali nella convocazione della Sessione, sulla base del fatto che essa è stata riconvocata ben dodici volte su problemi diversi da quello trattato nella sessione originale del 1997. La Corte ritiene che il carattere continuato (*rolling*

<sup>119</sup> «Written Statement of the Government of Israel on Jurisdiction and Propriety» (30 gennaio 2004), 14.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 25.

<sup>121</sup> Israele userà nel suo *statement* sempre il termine "Palestina" racchiuso fra virgolette, a ribadire che nel suo utilizzo non si annida nessuna volontà di riconoscere l'esistenza di uno "Stato palestinese".

<sup>122</sup> Virzo, «Il parere 9 luglio 2004» (2005), 549.

<sup>123</sup> «Written Statement of Israel on Jurisdiction and Propriety» (2004), 72. La *Roadmap* è stata un accordo quadro proposta dal "Quartetto" (Stati Uniti, Unione Europea, Russia e Nazioni Unite) sulla base di una dichiarazione del presidente George W. Bush nel 2002. Essa prevedeva una tabella di marcia corredata di precisi obiettivi e scadenze che avrebbe portato ad un accordo finale fra i due Stati dopo che le esigenze di sicurezza di Israele fossero state garantite. Il piano tuttavia non è mai stato realizzato. BBC News, "History of Mid-East peace talks": <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-11103745>.

<sup>124</sup> Per un'analisi critica a questa interpretazione dell'evoluzione dell'art. 12(1) della carta vedi: Enzo Cannizzaro, «Sui rapporti fra Consiglio di Sicurezza e Assemblea Generale nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale», *Rivista di Diritto Internazionale* (2004), 1066-1067.



*character*) della Sessione non sia in contrasto con la ris. *Uniting for Peace*, dal momento che le condizioni per la sua validità sono: 1) che il Consiglio sia stato bloccato dal veto di uno dei membri permanenti, e 2) che la situazione appaia essere “one in which there appears to be a threat to the peace”<sup>125</sup>.

L’ultima argomentazione di Israele contro la giurisdizione della Corte è la mancanza di chiarezza con cui la risoluzione sarebbe stata formulata. La Corte esclude che ciò possa costituire un *vulnus* insanabile e si arroga il diritto di chiarificare e interpretare autonomamente il quesito posto dall’Assemblea<sup>126</sup>. È parimenti respinta la tesi secondo cui l’astrattezza della domanda posta o il suo aspetto politico costituiscano elementi capaci di pregiudicare la facoltà della Corte ad esprimersi.

Avendo dimostrato di possedere la giurisdizione del caso, la Corte passa a esaminare i motivi per cui Israele ritiene che essa dovrebbe esercitare la sua facoltà di discrezione (*discretionary power*) e astenersi dal pronunciarsi. La Corte ritiene opportuno puntualizzare che in via di principio essa non dovrebbe rifiutarsi di dare il suo parere, poiché la risposta rappresenta la sua partecipazione alle attività dell’Organizzazione come principale organo giudiziario delle NU<sup>127</sup>.

1. La prima obiezione è che Israele considera il muro come un aspetto particolare della disputa bilaterale che lo vede contrapposto all’OLP, per la quale non ha accettato la soluzione attraverso sentenza. In qualsiasi modo la Corte si esprima, essa non potrà evitare di risolverne un elemento fondamentale della disputa, contravvenendo così al suo principio di non pronunciarsi qualora la risposta equivalga a decidere circa un contenzioso internazionale senza che le sia stata riconosciuta la giurisdizione. La Corte non può assolutamente permettere che il meccanismo del parere consultivo diventi un modo per circonvenire il consenso degli Stati, in particolar modo su una questione che chiama in causa il diritto all’autodifesa<sup>128</sup>. La Corte non ha problemi a riconoscere questo

---

<sup>125</sup> ICJ Reports 136 (2004), 19.

<sup>126</sup> ICJ Reports 136 (2004), 22.

<sup>127</sup> “Given its responsibilities as the principal judicial organ of the United Nations, the Court should in principle not decline to give an advisory opinion”, ICJ Reports 136 (2004), 24. Vedi art. 92 della Carta: “The International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations. It shall function in accordance with the annexed Statute, which is based upon the Statute of the Permanent Court of International Justice and forms an integral part of the present Charter.”

<sup>128</sup> “The principle that the Court must remain ‘faithful to the requirements of its judicial character’, highlighted in the Western Sahara case, goes to the proposition that the Court must not permit the advisory mechanism to become an abuse of process by which the scheme of the Statute on consensual jurisdiction is circumvented”. «Written statement of Israel», 95; Michla Pomerance, «The ICJ’s Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial», *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2002), 31.

principio, da lei stessa delineato nel caso *Western Sahara* (1975)<sup>129</sup>. Tuttavia non condivide l'opinione di Israele che questa disputa sia puramente bilaterale, poiché concerne le Nazioni Unite nella misura in cui la costruzione del muro rappresenta una minaccia alla pace internazionale. Va inoltre ricordato che il coinvolgimento delle Nazioni Unite nella questione palestinese risale al *Piano di Partizione* del 1948<sup>130</sup>.

2. La seconda obiezione in favore dell'astensione dall'esercizio della giurisdizione da parte della Corte è che un suo pronunciamento potrebbe avere un impatto negativo sui negoziati fra Israele e Palestina circa l'implementazione della *Roadmap*. La Corte riconosce la possibilità che il processo di pace sia influenzato dalla sua pronuncia ma poiché gli effetti del suo intervento non sono chiari, non intende declinare la sua giurisdizione.
3. La terza argomentazione invocata da Israele è l'appartenenza della disputa sul muro a un contesto molto più vasto (*greater whole*), per cui il responso della Corte alla domanda non potrebbe essere che parziale. A quest'osservazione la Corte risponde di essere cosciente dell'esistenza di un quadro più vasto e che ne terrà conto nel trarre le sue conclusioni.
4. Un altro argomento avanzato da Israele è quello per cui la Corte non avrebbe di fronte a sé informazioni sufficienti a rendere un parere corretto ed equilibrato, poiché Israele non ha fornito le informazioni di cui è in possesso. Ciò che i giudici hanno di fronte sono solo dati inaffidabili e parziali, compreso il rapporto del Segretario Generale il quale "cannot, in any way, be said to present a balanced picture of the relevant United Nations documents salient in this case"<sup>131</sup>. La Corte tuttavia non ha condiviso queste accuse di parzialità.
5. La successiva obiezione del governo israeliano riguarda il fine ricercato dall'Assemblea con la ris. ES-10/14: essa ha già dichiarato di ritenere "in contradiction to relevant provision of laws"<sup>132</sup> il muro, non si capisce perciò che utilizzo potrebbe fare dell'eventuale parere. La Corte ritiene di non potersi sostituire all'Assemblea Generale

<sup>129</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 26.

<sup>130</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 71.

<sup>131</sup> «Written statement of Israel», 17. I documenti considerati dalla Corte sono:

- i. il rapporto del Segretario Generale del 24 novembre 2003 richiesto dall'Assemblea Generale nella ris. ES-10/13, con la memoria di aggiornamento del 19 gennaio 2004;
- ii. il rapporto sul rispetto dei diritti umani (E/CN.4/2004/6) e sull'alimentazione (E/CN.4/2004/10/Add.2) nella Palestina degli inviati speciali John Dugard e Jean Ziegler;
- iii. le memorie presentate dagli Stati, fra cui quella di Israele.

<sup>132</sup> *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory* ES-10/13 (2003).

nel dare valutazioni di utilità, giacché Assemblea e CIG hanno funzioni distinte all'interno delle NU.

6. Infine, Israele ritiene che la Palestina non abbia alcun diritto a invocare l'illegalità del muro, quando è stata proprio la sua incapacità di adempiere all'obbligo di contrastare il fenomeno terroristico a renderne necessaria la costruzione. L'Autorità palestinese non è né in buona fede, né si presenta di fronte alla Corte con le "mani pulite" (*clean hands*)<sup>133</sup>. La Corte però fa notare che è l'Assemblea Generale, e non la Palestina, a richiedere la sua opinione.

### 3. Regole di diritto internazionale rilevanti

Stabilito che non ci sono vincoli preliminari che ostano al suo intervento, i giudici della Corte esaminano le norme di diritto internazionale generale, diritto umanitario e in materia di diritti umani ritenute pertinenti.

Riguardo al diritto generale, la Corte richiama l'attenzione sull'art. 2(4) della Carta, relativo alla proibizione dell'uso della forza, citando la ris. 2625 (XXV) sulla definizione di aggressione dell'Assemblea Generale, nonché il principio di autodeterminazione dei popoli. Le norme in materia di diritti umani invece sarebbero quelle contenute nei due Patti del 1966. Sebbene Israele abbia negato la loro applicabilità in tempo di guerra<sup>134</sup>, la Corte ha obiettato che la protezione dei diritti umani non cede al sopraggiungere del diritto umanitario, ma si relaziona ad esso in termini di *lex generalis* (diritti umani) – *lex specialis* (diritto umanitario)<sup>135</sup>.

Infine, le norme di diritto umanitario rilevanti vanno ricercate nelle Regole annesse alla IV Convenzione dell'Aia del 1907, ritenute dalla Corte dichiaratorie del diritto consuetudinario, e nella IV Convenzione di Ginevra del 1949. Tuttavia Israele contesta l'applicabilità *de iure* della seconda poiché la West Bank non appartiene al territorio di una delle parti in conflitto (*High Contracting Power*) secondo quanto previsto nell'art. 2(2) del

<sup>133</sup> «Written statement of Israel», 114.

<sup>134</sup> Non è una guerra combattuta, tuttavia "occupation is not conditional on continued armed conflict or an active state of hostilities...[it] is an act of war itself". Oxford Public Interest Lawyer (OXPIIL), *Legal Consequences of Israel's Construction of a Separation Wall in the Occupied Territories* (University of Oxford, 2004), 10.

<sup>135</sup> Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 546. Sarebbero pertanto ammesse alcune limitazioni della libertà di movimento in un territorio occupato per garantire in esso la sicurezza. Vedi: Wedgwood, «Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense» (2005), 55; Michael J. Dennis «Occupation, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military», *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005), 133.

secondo trattato. La Corte, alla luce dei lavori preparatori, respinge quest'opinione affermando che per l'applicabilità della Convenzione sono sufficienti due condizioni: 1) che ci si trovi in presenza un conflitto armato; 2) che in esso siano coinvolte due parti contrattuali. L'obiettivo dell'art. 2(2) non è infatti restringere l'applicabilità della Convenzione, ma di renderla operante anche qualora un territorio sia stato occupato senza incontrare resistenza. Alcuni autori<sup>136</sup> fanno inoltre notare come sarebbe illogico restringere l'applicazione della Convenzione, poiché le norme di diritto umanitario sono più idonee a disciplinare situazioni di *occupatio bellica* protratta nel tempo che le norme sui diritti umani, volte a disciplinare la relazione di lungo periodo fra autorità legittima e comunità stanziata sul territorio.

Avendo tracciato i principi e le regole di diritto internazionale rilevanti, la Corte passa a stabilire se e quali di queste norme la condotta di Israele avrebbe violato.

Per quanto riguarda il diritto di autodeterminazione dei popoli, la Corte ritiene la costruzione del muro in violazione del diritto internazionale nella misura in cui essa equivale a un'annessione *de facto*. Nonostante le perentorie rassicurazioni di Israele riguardo alla temporaneità della barriera<sup>137</sup>, è fondato il pericolo che essa possa creare un *fait accompli* attraverso l'alterazione permanente della composizione demografica del territorio occupato<sup>138</sup>. Il tracciato approvato dal governo israeliano include oltre l'80%<sup>139</sup> dei coloni israeliani risiedenti negli insediamenti, dichiarati illegali dal Consiglio di Sicurezza con la risoluzione 446/1979 perché contrari all'art. 49(6) della IV Convenzione di Ginevra<sup>140</sup>.

Per quanto riguarda invece i diritti umani e il diritto umanitario, è opinione della Corte che Israele abbia violato gli artt. 46 e 52 delle Regole dell'Aia, i quali impongono alla potenza occupante di assicurare uno standard di vita adeguato nel territorio sotto suo controllo, e l'art. 53 della IV Convenzione di Ginevra, che proibisce distruzione e requisizione della proprietà privata. Impedendo la libertà di movimento e l'accesso al lavoro, alla salute e all'educazione, il muro sarebbe anche in violazione dell'art. 12(1) del Patto sui diritti civili e politici, nonché

---

<sup>136</sup> Giulia Pinzauti, «Aspetti problematici della legittimità del "muro" in Palestina: il caso *Beit Sourik*», *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXVIII, n. 2 (2005), 463.

<sup>137</sup> «Written statement of Israel», 5.

<sup>138</sup> Così ad esempio anche: Pedahzur, *Triumph of right*, p. 167.

<sup>139</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 184.

<sup>140</sup> "The Occupying Power shall not deport or transfer parts of its own civilian population into the territory it occupies". Per Cassese gli insediamenti israeliani non rispondono a esigenze militari ma rappresentano un tentativo surrettizio di penetrazione politica. Vedi: Cassese, «Power and duties of an occupant» (1992), 432.

degli obiettivi delineati nel Patto sui diritti economico-sociali e nella Convenzione sui Diritti del Bambino<sup>141</sup>.

Dopo aver elencato le norme infrante, la Corte si chiede se la necessità militare non possa essere invocata a esclusione dell'illecito internazionale. Gli artt. 49 e 53 della IV Convenzione di Ginevra contengono riserve del genere qualora le circostanze lo rendano necessario; tuttavia la Corte non ritiene che questo sia il caso di Israele. Nel diritto consuetudinario esistono infatti condizioni rigidamente definite (*strictly defined conditions*) per l'azionabilità dello stato di necessità che non sono riscontrabili nelle misure prese da Israele<sup>142</sup>. Le violazioni dei diritti civili ed economico-sociali invece non sarebbero giustificate né nei fini né alla luce del principio di proporzionalità.

Se il muro non può essere giustificato sulla base del principio di necessità, può forse esserlo in base al diritto naturale all'autodifesa riconosciuto dall'art. 51 della Carta ONU. La Corte tuttavia ritiene irrilevante ai fini del caso sia questo articolo sia le ris. 1369 e 1373 (2001) del Consiglio di Sicurezza poiché, l'aggressione da cui Israele cerca di difendersi non origina da un altro Stato, ma da un territorio che è sotto il suo controllo. Nelle parole della Corte infatti

“Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack *by one State against another State*”;

ne consegue quindi che

“the article 51 of the Charter has no relevance in this case”<sup>143</sup>.

Stabilito che Israele ha violato alcune norme di diritto internazionale, la Corte passa a esaminare le conseguenze di dette violazioni per lo Stato israeliano, per gli altri Stati e per le NU.

Israele è tenuto a porre immediatamente fine alla costruzione del muro, smantellare le parti già costruite e riparare ai danni causati alla popolazione palestinese, ristabilendo per quanto possibile la situazione *ex ante*. Deve inoltre rispettare le norme di diritto internazionale

<sup>141</sup> Per un'analisi specifica dei diritti violati da Israele vedi: Oxford Public Interest Lawyer (OXPI) 2004.

<sup>142</sup> Nel *Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati* della Commissione di diritto internazionale tali condizioni sono definite come la presenza di un grave ed imminente pericolo che minaccia un interesse essenziale dello Stato. Vedi: Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 368-369; ICJ Reports 136 (2004), par. 140.

<sup>143</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 139.

infrante, vale a dire il principio di autodeterminazione palestinese e le norme di diritto umanitario e sui diritti umani.

Le azioni di Israele hanno ripercussioni anche sugli altri Stati membri della comunità internazionale, perché alcune delle norme violate possiedono carattere *erga omnes*. Inoltre, a parere della Corte, l'art. 1 comune alle Quattro Convenzioni di Ginevra impegnerebbe gli Stati firmatari "to respect and ensure respect for the present Convention in all circumstances"<sup>144</sup>, anche qualora non siano parti del conflitto.

Le Nazioni Unite sono invece invitate a considerare quali azioni vadano prese per terminare la situazione di illegalità causata dal muro. La Corte termina l'opinione chiedendo agli Stati di rinnovare gli sforzi per la fine del conflitto arabo-israeliano, nel rispetto della *Roadmap* approvata dal Consiglio di Sicurezza.

#### 4. Critiche nelle opinioni separate

I giudici Higgins, Buerghental e Kooijmans hanno in una certa misura preso le distanze dalle conclusioni contenute nella sentenza. Il primo ha votato a favore di tutti i paragrafi del dispositivo, ma seguendo un ragionamento differente da quello della Corte. Il secondo invece ha votato contro tutte le proposizioni, ritenendo che la Corte non avesse di fronte a sé abbastanza dati per potersi pronunciare sull'effettiva necessità del muro. Infine, l'ultimo dei tre si è opposto al punto 3(D) sulle conseguenze legali per gli altri Stati. Come premesso, saranno esaminate in questa sede solo le obiezioni che non si riferiscono all'autodifesa, rimandando al Capitolo III per esse.

Nella prima parte della sua opinione Higgins, mentre fa propria la posizione della Corte circa la giurisdizione, si sofferma a esaminare le ragioni che hanno escluso l'esercizio del potere di discrezionalità. Il giudice in particolare non condivide il tentativo di assimilare il presente caso al precedente parere *Conseguenze giuridiche per gli Stati della presenza dell'Africa del Sud in Namibia (Sud-ovest africano) nonostante la ris. 276 (1970)*<sup>145</sup>. Al contrario, per Higgins non c'è relazione poiché quell'opinione, a differenza della presente, era stata preceduta da diversi pronunciamenti della Corte; tutti gli obblighi internazionali inoltre

<sup>144</sup> *Ibidem*, par. 158.

<sup>145</sup> Tale somiglianza era già stata suggerita da Dugard, il quale aveva prospettato l'utilizzo del "diritto del Namibia" per definire lo status territoriale della Palestina e i diritti umani applicabili. John Dugard, «Enforcement of human rights in the West Bank and the Gaza Strip», in *International law and the administration of Occupied Territories*, di Emma Playfair, (Oxford: Clarendon press, 1992), 470.

ricadevano solo sul Sudafrica<sup>146</sup>. L'opinione più pertinente sarebbe invece quella del caso *Western Sahara (1975)*, concernente una disputa fra più attori internazionali<sup>147</sup>. Per evitare di risolvere una controversia senza il consenso delle parti, la Corte dovrà pronunciarsi solo a condizione che l'opinione sia d'aiuto all'Assemblea Generale all'interno di una disputa fatta oggetto di "long-standing institutional interest" da parte delle NU; e che l'Assemblea si serva del parere solo nella misura in cui esso sia di ausilio all'esercizio delle sue funzioni.

Riguardo invece la ricostruzione degli eventi che hanno portato all'edificazione del muro, il giudice è costretto a notare quanto sia difficile esprimersi riguardo "one element within a multifaceted dispute"<sup>148</sup>. Si deve constatare che, benché la Corte si dichiari cosciente di avere di fronte a sé una disputa appartenente a un "greater whole" e prometta di tenerne conto, di fatto poi non lo fa mai. La ricostruzione storica non è "neither balanced nor satisfactory" e la Corte ignora completamente che l'obbligo a osservare scrupolosamente il diritto umanitario incombe tanto su Israele quanto sulla Palestina<sup>149</sup>. Per questo motivo la Corte avrebbe dovuto ribadire nel dispositivo che le parti, al fine della soluzione ultima del conflitto, erano tenute a rispettare i reciproci obblighi, quali erano stati stabiliti negli accordi di Oslo e successivi – per la Palestina, riconoscere il diritto alla sicurezza di Israele; per Israele, riconoscere il diritto di autodeterminazione del popolo palestinese.

Nemmeno la formulazione del paragrafo 3(A) del dispositivo, relativo alla violazione del diritto internazionale, trova il giudice pienamente d'accordo. Dal momento che nella ris. ES-10/13 non compare nessun riferimento alle specifiche norme violate, sarebbe stato opportuno che la Corte avesse chiarito quali delle norme trovate rilevanti Israele ha infranto e quali no. Il richiamo ai due Patti del 1966 inoltre è, a parere del giudice Higgins, azzardato, poiché essi contengono norme programmatiche la cui valutazione andrebbe lasciata alle commissioni predisposte *ad hoc*.

Nell'opinione separata viene anche criticato il nesso logico-causale fra esistenza di un ostacolo alla realizzazione dell'autodeterminazione e violazione del detto principio. Per

---

<sup>146</sup> *Opinione Separata del giudice R. HIGGINS*, ICJ Reports 136 (2004), par. 2. In questo caso il Sudafrica amministrava la Namibia dal 1920 in qualità di potenza mandataria della Società delle Nazioni; benché il mandato fosse decaduto, il Sudafrica non si era ritirato e l'Assemblea Generale, cui spetta la responsabilità sui mandati, non aveva il potere di approvare risoluzioni cogenti.

<sup>147</sup> Il Sahara Occidentale era stato una colonia spagnola su cui Marocco e Mauritania avanzavano pretese di sovranità in virtù di antichi legami tribali; al contrario, l'Algeria sosteneva il Fronte Polisario nel rivendicare l'indipendenza della regione. La CIG nel suo parere del 1975 aveva stabilito che i legami con Marocco e Mauritania non erano sufficienti a ritenere fondata la spartizione fra i due Stati.

<sup>148</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 14.

<sup>149</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 16-18. Pomerance elenca tutte le forzature storiche commesse dalla CIJ. Vedi: Pomerance, «Crumbling wall» (2002), 37.

Higgins il muro non può essere considerato un serio impedimento all'esercizio di tale diritto, poiché

“if the wall had never been built, the Palestinians would still not yet have exercised their right to self-determination... That territory [la West Bank] is no more, or less, under occupation because a wall has been built that runs through it”<sup>150</sup>.

Infine Higgins spiega che, anche se ha votato a favore del paragrafo 3(D), relativo alle conseguenze per gli Stati, ritiene che il richiamo ad obblighi *erga omnes* incombenti sugli Stati sia usato a sproposito. Il concetto si riferisce piuttosto al fatto che nel diritto internazionale esistono particolari norme per le quali, in ragione della loro importanza, “all states have a legal interest in their protection”<sup>151</sup>. Più semplicemente il giudice ritiene essere evidente da sé che gli Stati siano soggetti agli obblighi di non riconoscimento e non assistenza di fronte ad una situazione ritenuta illegale.

Mentre la sua collega condivide nella sostanza le conclusioni del parere pur criticandone il ragionamento, il giudice Buergenthal dissente dalla decisione presa dalla Corte di non declinare la sua competenza in ragione dell'assenza di una congrua base fattuale (*requisite factual base*). Ciò non significa però che egli non condivida alcune posizioni della Corte riguardo all'applicabilità del diritto umanitario, o che ignori le sofferenze inflitte al popolo palestinese da Israele con la costruzione del muro. D'altro canto, è deluso dal fatto che la Corte non prenda mai seriamente in considerazione la minaccia terroristica cui lo Stato israeliano è sottoposto come possibile causa escludente del fatto illecito.

Buergenthal respinge l'argomento secondo cui Israele sarebbe “causa del suo male” perché ha mancato di presentare le informazioni richieste. Questa posizione avrebbe potuto essere sostenuta solo se “the Court had before it a contentious case where each party has the burden of proving its claims”<sup>152</sup>, ma in un procedimento consultivo il ruolo dello Stato “convenuto” è quello di *amicus curiae*, non già di imputato<sup>153</sup>. Nel caso presente Israele non

<sup>150</sup> *Ibidem*, par. 30.

<sup>151</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 36-37. “...there are certain rights in which, by reason of their importance all States have a legal interest in their protection”. Sul punto anche Ronzitti, il quale definisce gli obblighi *erga omnes* “obblighi che esistono nei confronti della comunità internazionale nel suo insieme” Ronzitti, *Diritto internazionale* (2009), 176.

<sup>152</sup> *Dichiarazione del giudice T. BUERGENTHAL*, ICJ Reports 136 (2004), par. 10.

<sup>153</sup> Sean D. Murphy, «Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005), 72. D'altro canto non si può fare a meno di vedere nella mancata partecipazione di Israele al procedimento una certa debolezza della sua posizione dal punto di vista del diritto internazionale. Vedi: Falk, «Towards Authoritativeness» (2005), 48.



aveva quindi nessun obbligo giuridico di partecipare al procedimento perché non esistevano “parti” legali propriamente dette.

Il giudice Kooijmans ha votato contro il paragrafo 3(D) sulle conseguenze per gli altri Stati. È suo parere che obblighi per Stati terzi possano scaturire solo da atti degli organi dell’ONU (come era infatti accaduto nell’opinione sulla *Namibia*), mentre nel presente caso l’unico atto è stato commesso da Israele. Inoltre, egli non trova convincente il ragionamento seguito dalla Corte e ritiene il dispositivo debole (*weak*) nella misura in cui non si capisce cosa richieda agli Stati.<sup>154</sup>

Per di più, anche Kooijmans ritiene parziale la premessa storica della Corte, che avrebbe dovuto dare più spazio al contesto generale. Manca qualsiasi cenno alle rivendicazioni di sovranità della Giordania sulla West Bank fra 1949 e 1988, fatto questo che avrebbe confermato l’applicabilità della IV Convenzione di Ginevra dal momento che questo Stato è a tutti gli effetti una *high contracting party*. Seguendo lo stesso ragionamento del giudice Higgins, riconosce che la costruzione del muro eccede le misure cui Israele è autorizzato in virtù del diritto alla sicurezza, finendo per ostacolare il diritto all’autodeterminazione dei palestinesi. Tuttavia bisogna anche riconoscere che “the realization of this right is more dependent upon political agreement than on the situation *in loco*”<sup>155</sup>. Sebbene la Corte non debba lasciare che il suo giudizio sia influenzato dalla storia politica, è altresì vero che “the Court...does not function in a void”<sup>156</sup> e che riferimenti più precisi alla storia avrebbero permesso di citare gli atti di terrorismo dai quali Israele è da tempo afflitto.

Sulla competenza, Kooijmans non nasconde di temere che il pronunciamento della Corte venga indebitamente politicizzato (*unduly politicized*); tuttavia anche l’eventuale decisione di non rispondere sarebbe soggetta allo stesso rischio. L’unico modo in cui la Corte può districarsi da questo dilemma è rispondere “by limiting itself to its judicial function”<sup>157</sup>. Il giudice concorda poi con la Corte sia quando essa dice che una disputa bilaterale può contemporaneamente interessare tutta la comunità internazionale, sia quando ritiene che l’assenza del materiale informativo israeliano non precluda il pronunciamento.

Nel merito della sentenza, il giudice concorda con la posizione di Higgins circa la differenza fra ostacolo al diritto di autodeterminazione e sua violazione. Ritiene altresì che le misure prese in base al principio di necessità militare – in particolare la scelta del tracciato del

---

<sup>154</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 136 (2004), par. 3.

<sup>155</sup> *Ibidem*, par. 6.

<sup>156</sup> *Ibidem*, par. 12.

<sup>157</sup> *Ibidem* par. 21

muro – siano “manifestly disproportionate to interests which Israel seeks to protect”<sup>158</sup>. Infine il motivo per cui ha votato contro il punto 3(D) del dispositivo è che la Corte non aveva bisogno di indicare le conseguenze legali per gli Stati terzi. La violazione di una norma *erga omnes* non implica l’insorgere di obbligazioni per altri Stati. Inoltre, anche ammesso che ciò possa succedere, è difficile capire che cosa implichi “the duty not to recognize an illegal fact”<sup>159</sup>, dal momento che tutti gli Stati hanno già condannato (o per lo meno non hanno avvallato) la costruzione del muro con la ris. ES-10/13. Anche “[the] obligation to ensure compliance by Israel with humanitarian law embodied in the [IV Geneva] Convention” sembra priva di un risvolto pratico, poiché gli Stati non potrebbero fare altro che presentare le loro *démarches* diplomatiche.<sup>160</sup>

### **III. L’ART. 51 NEL PARERE “UN MURO IN PALESTINA”**

#### **1. Considerazione preliminari**

Con il capitolo conclusivo si analizzerà la questione dell’autodifesa per Israele nel particolare, cercando di evidenziare gli aspetti più opinabili delle conclusioni della Corte. Nel primo paragrafo saranno nuovamente esaminate le posizioni dei tre giudici Higgins, Buergenthal e Kooijmans. I tre sembrano condividere il malcontento per la parzialità dell’analisi della Corte, la quale affronta solo le violazioni di Israele senza valutare quelle compiute da parte palestinese. Le sue conclusioni, oltre che di parte, sono incomplete – questo anche a causa del rifiuto di Israele di presentare osservazioni nel merito – e non permettono una credibile valutazione della necessità delle misure prese. Concordi infine sono i tre giudici

<sup>158</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 136 (2004), par. 34.

<sup>159</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 163.

<sup>160</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 136 (2004), par.50.

nel ritenere dubbio che Israele non possa invocare la legittima difesa contro una minaccia proveniente da un territorio che controlla ma che non le appartiene, a opera di attori internazionali che agiscono con metodi incompatibili con il diritto umanitario.

Nel secondo paragrafo affronteremo invece la questione del terrorismo palestinese contro Israele. Sarà necessario compiere un'analisi più approfondita della sua natura, poiché le sue peculiarità la rendono affatto dissimile dal terrorismo dell'11 settembre. Cercheremo di capire anche se Israele possa invocare in linea di massima l'autodifesa contro attacchi terroristici che cumulativamente superano la soglia di gravità prescritta dal caso *Nicaragua c. Stati Uniti*<sup>161</sup>. Infine, esamineremo i motivi per cui anche qualora il diritto alla legittima difesa fosse stato riconosciuto allo Stato israeliano, il muro non avrebbe comunque superato i test di necessità e proporzionalità derivati dal diritto consuetudinario.

## **2. Le opinioni separate dei giudici Higgins, Buergenthal e Kooijmans in merito alla *self-defence***

Higgins è il primo giudice a esprimere delle riserve con un'opinione separata, osservando che “nothing in the text of art. 51...stipulates that self-defence is available only when an armed attack is made by a State”<sup>162</sup>. Questa interpretazione è stata piuttosto avanzata dalla Corte stessa un ventennio prima nel caso *Nicaragua c. Stati Uniti*, la quale per quanto vada considerata come un'interpretazione giurisprudenziale del contenuto della norma, non sembra riflettere tutte le casistiche di aggressione presentate dalla prassi recente. In ogni caso, anche accettando il detto della Corte, resterebbe da chiarire come Israele debba comportarsi nei confronti di attacchi provenienti da un territorio sicuramente “other than Israel”, in cui lo Stato è considerato da tutta la comunità internazionale potenza occupante<sup>163</sup>.

Sembra che la Corte adotti due pesi e due misure trattando con la Palestina: da una parte viene considerata “sufficiently an international entity” da poter essere invitata a presentare le sue dichiarazioni nel procedimento; dall'altra non lo è per farsi carico della responsabilità

---

<sup>161</sup> Si tratta della c.d. *teoria dell'accumulazione degli eventi*. Vedi: Green, *ICJ and self-defence* (2009), 42-44.

<sup>162</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 33.

<sup>163</sup> Anche Scobbie riconosce che la West Bank è senza dubbio un territorio distinto da Israele; tuttavia la Palestina non è neppure uno Stato, poiché l'occupazione israeliana non lo permette. Per questo autore sarebbe quindi strano accettare che Israele possa invocare la legittima difesa contro una situazione che esso stesso ha provocato. Scobbie, «Words My Mother Never Told Me» (2005), 82-83.

degli attacchi illegali subiti da Israele<sup>164</sup>. Al contrario, anche alla luce delle accuse di connivenza dell’Autorità palestinese con i gruppi terroristici perpetratori degli attacchi che Israele ha presentato<sup>165</sup>, sarebbe stato opportuno considerare più approfonditamente quanta parte della minaccia terroristica possa essere imputata all’amministrazione palestinese come aggressione indiretta.

La critica di Buergenthal parte invece – come si è detto – dalla generale insoddisfazione per le prove di cui la Corte si è avvalsa nel suo giudizio. Dalla base fattuale del procedimento, per il giudice è impossibile stabilire al di là di ogni dubbio che la costruzione del muro non rappresenti un misura appropriata di autodifesa rispetto alle necessità militari e ai bisogni di sicurezza di Israele. Di nuovo, è il caso di riconoscere a Israele che ciò che esso scrive nella sua dichiarazione<sup>166</sup> non è privo di fondamento: mentre la Corte dovrebbe prendere in esame entrambe le posizioni sull’effettiva necessità militare della barriera, essa si affida esclusivamente ai documenti fatti pervenire dalla Palestina. Di fatto all’interno del parere “the nature of these cross-*Green Line* attacks and their impact on Israel and its population are never really seriously examined”, rendendo così “not legally well founded” le conclusioni della Corte<sup>167</sup>. Una considerazione più attenta della natura e della portata degli attacchi contro Israele non necessariamente condurrebbe a una netta presa di posizione nei confronti della legalità o dell’illegalità del muro. Al contrario secondo Buergenthal non sarebbe assurdo pensare che “some segments of the wall...meet that test [di necessità e proporzionalità] and others do not”<sup>168</sup>.

Passando a criticare l’interpretazione dell’art. 51 della Corte, il giudice propone l’argomentazione di Franck più sopra esposta, ossia che nulla all’interno dell’articolo sembra testimoniare che chi l’ha scritto intendesse limitarlo alle sole entità statuali. Non è stata questa infatti l’intenzione del Consiglio di Sicurezza nell’approvare le due risoluzioni del 2001. Ritornando sul punto già avanzato da Higgins che lo *status* della Cisgiordania può forse essere dibattuto a livello internazionale<sup>169</sup>, ma che sicuramente tale territorio non appartiene a

<sup>164</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 34.

<sup>165</sup> Israele accusa le forze di sicurezza dell’Autorità palestinese di tollerare e addirittura assistere il gruppo dei “martiri di Al-Aqsa”; si arriva ad ipotizzare addirittura un legame con l’allora presidente Yasser Arafat. Vedi: «Written statement of Israel», 51.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> Dich. BUERGENTHAL, ICJ Reports 136 (2004), par. 3.

<sup>168</sup> *Ibidem*, par. 5.

<sup>169</sup> Nel novembre 2012 alla Palestina è stato riconosciuto attraverso la ris. 67/19 dell’Assemblea Generale delle Nazioni Unite lo *status* di Stato Osservatore non membro. Ad oggi lo Stato della Palestina è riconosciuto dalla maggioranza dei paesi, con le significative eccezioni degli Stati Uniti e dei membri più importanti dell’UE. Vedi: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-13701636>.

Israele, il giudice ricorda che la *Green Line* costituisce un confine provvisorio riconosciuto sia dalla Corte sia della comunità internazionale. È quindi fondamentale priva di significato la tesi che la minaccia con cui si confronta Israele “originates within, and not outside, that territory”<sup>170</sup>.

La Corte è criticabile anche nella superficialità con la quale affronta le pretese di esigenza militare e sicurezza nazionale, non tanto nelle conclusioni che raggiunge – le quali potrebbero pure essere condivisibili – ma nel modo in cui vi perviene. I giudici si dichiarano semplicemente “non convinti” (*not convinced*) della necessità e proporzionalità del muro, tuttavia sorvolano sul perché “the alleged defences of military exigencies, national security or public order are not applicable to the wall”. Come osserva Pinazuti<sup>171</sup> nel commento nel commento alla sentenza *Beit Sourik*, la Corte avrebbe potuto dichiarare l’illegalità della costruzione della barriera anche senza ignorare le pur ragionevoli esigenze di sicurezza israeliane attraverso una seria e ponderata analisi dei due criteri standard della legittima difesa.

L’ultima opinione separata è quella del giudice Kooijmans, la quale, sebbene breve nel trattare il tema dell’autodifesa, è particolarmente rilevante ai fini del presente capitolo. Sarà questo giudice infatti che nel parere *Congo c. Uganda* esprimerà il rammarico che la Corte in quell’occasione abbia aggirato il problema di un’aggressione non attribuibile ad uno Stato.

Kooijmans rileva la portata innovativa delle due risoluzioni 1368 e 1373 facendo notare che esse ricordano il diritto di autodifesa senza fare nessuna menzione dell’oggetto verso cui tale diritto è rivolto. Infatti il linguaggio di queste risoluzioni, come nota Murphy, non indica il convincimento del Consiglio di Sicurezza che “terrorist acts must first be imputed to a state so as to trigger the right of self-defense under Article 51”<sup>172</sup>. Un’aggressione quale quella terroristica costituisce certamente una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, da affrontare con gli strumenti e secondo le modalità previste dal Capitolo VII della Carta ONU. Anche Franck<sup>173</sup> osserva che il Consiglio di Sicurezza ha voluto agire sulla base degli articoli 41 e 42, i quali prevedono rispettivamente misure “forcible” e “non forcible” per porre fine alle minaccia. Poiché l’art. 51 si trova nello stesso Capitolo della Carta, è ragionevole supporre che lo scopo sia il medesimo; pertanto “[i]f the Council can act against Al Qaeda, so can an attacked State”, almeno fino a quando il Consiglio non avrà adottato misure in grado di

<sup>170</sup> ICJ Reports 136 (2004), par. 139.

<sup>171</sup> Pinzauti, «Il caso *Beit Sourik*» (2005), 462.

<sup>172</sup> Murphy, «Ipse Dixit from ICJ?», 2005, 67.

<sup>173</sup> Franck, «Terrorism and self-defence» (2001), 840.

ripristinare la sicurezza per lo Stato. Invece che fare chiarezza riguardo al riconoscimento della legittima difesa ad uno Stato vittima di attacchi terroristici, il parere della Corte contribuisce ad aumentare l'incertezza<sup>174</sup>.

Tornando all'opinione separata, è certamente corretto per Kooijmans concludere che le due risoluzioni introducono “[a] completely new element...not excluded by the terms of art. 51”, dal momento che rendono oramai superata l'idea, accettata negli ultimi cinquant'anni, che un attacco, per dare diritto alla legittima difesa, debba provenire da uno Stato<sup>175</sup>. Sfortunatamente “the Court has regrettably by-passed this new element...which marks a new approach to the concept of self defence”<sup>176</sup>.

### 3. La minaccia terroristica per Israele

Nel corso della sua storia Israele ha dovuto fronteggiare un rischio per la sua sicurezza che si è presentato sotto due modalità, lucidamente individuate dallo storico Avi Shlaim nel suo libro sul conflitto arabo-israeliano<sup>177</sup>. In passato gli israeliani hanno dovuto affrontare soprattutto la minaccia alla *basic security*, ossia all'esistenza stessa del loro Stato cui gli arabi negavano il diritto a esistere. Dopo le guerre arabo-israeliane del 1948, 1956, 1967 e 1973 e la normalizzazione dei rapporti con quasi tutti gli Stati della regione, si può dire che ormai lo Stato israeliano non debba più temere questo pericolo. Permane tutt'oggi invece un problema di *day-to-day security*, costituito dalla minaccia posta dal terrorismo palestinese alla sicurezza quotidiana dei cittadini israeliani.

Sarebbe però semplicistico e sbagliato credere che Israele possa invocare l'autodifesa contro i terroristi come gli Stati Uniti hanno invocato questo diritto all'indomani dell'attacco alle Torri Gemelle. Occorre ricordare la natura proteiforme del fenomeno terroristico, per la

<sup>174</sup> Virzo, «Il parere consultivo 9 luglio 2004», (2005), 554.

<sup>175</sup> “While the notion of “armed attack” in 1945 no doubt was closely associated with the idea of armies crossing borders, the *Nicaragua* Court recognized in the 1980s that an armed attack could arise in other ways, such as the sending of armed groups into a state. Today, our appreciation of these non-traditional means of engaging in an armed attack must also comprehend the pernicious methods of terrorist organizations”. Murphy, « Concept of “Armed Attack” in Article 51» (2002), 51.

<sup>176</sup> Per altri versi tuttavia la posizione del giudice resta profondamente ancorata all'interpretazione tradizionale dell'autodifesa. Subito dopo infatti, nel par. 36, il giudice ripropone come argomento decisivo a propendere per la non applicabilità dell'art. 51 il fatto che l'attacco origina “within a territory which is under control of the [victim] State”. Si ricorderà che questa interpretazione era stata criticata da Higgins e Buergenthal.

<sup>177</sup> Shlaim, *Il muro di ferro*, 108.

quale gli eventi dell'11 settembre sono destinati a fare caso a sé, senza poter costituire un precedente valido *erga omnes*<sup>178</sup>.

Se quindi la minaccia posta dal terrorismo per Israele presenta bassa intensità ma persistenza nel tempo, l'effetto cumulativo degli attacchi non deve comunque essere sottovalutato. Secondo le fonti ufficiali israeliane, oltre 20.000 fatti di sangue, costati la vita a 916 israeliani, si sarebbero verificati dall'inizio della Seconda Intifada (2000) all'anno della pronuncia della Corte,<sup>179</sup>. I responsabili diretti di questi crimini sono da individuare in quattro organizzazioni terroristiche basate sul territorio palestinese: la Brigata dei Martiri di Al-Aqsa, il Fronte Popolare di Liberazione della Palestina, Hamas, e la Jihad Islamica della Palestina.

È opportuno ribadire che per questi gruppi è da escludere qualsiasi paragone con movimenti armati in lotta per l'autodeterminazione. Come si può dedurre dall'art. 18(2) del progetto di convenzione globale sul terrorismo (attualmente in discussione), è la condotta nel teatro di guerra a fare dell'insorgente un combattente di liberazione piuttosto che un terrorista<sup>180</sup>. Nel caso presente, i gruppi palestinesi si servono di tecniche belliche assolutamente incompatibili con lo *ius in bello*, le quali mirano a colpire la popolazione civile attraverso assassinii, pugnamenti improvvisi, imboscate contro mezzi di trasporto pubblico e attentati suicidi. In particolare questi ultimi, pur rappresentando un'esigua minoranza degli attacchi (10% del totale) rispondono per oltre l'80% delle vittime e si verificano nel 70% dei casi ad ovest della *Green Line*, fuori dal territorio occupato<sup>181</sup>.

Questi fatti non solo escludono che i terroristi possano appellarsi al diritto di resistenza armata, poiché “[they] violate [the] foundational principle of international humanitarian law... that civilians can never be the object of deliberate attacks”, ma legittimano Israele a prendere misure adeguate per contrastare le loro azioni. Se infatti all'occupante è richiesto dal diritto internazionale di fare le veci del sovrano territoriale, allora gli deve essere anche riconosciuto

<sup>178</sup> Cassese, *Article 51* (2005), par. 10. L'autore riporta che il delegato francese al Consiglio di Sicurezza, ambasciatore Levitte, ebbe a dichiarare che “6.000 personnes tuées par des avions civils devenues des missiles n'est plus un acte de terrorisme mais une véritable agression armée”.

<sup>179</sup> «Written Statement of Israel», 40.

<sup>180</sup> Roberta Barberini, «La definizione internazionale di terrorismo», *Questione giustizia*, n. 6 (2012), 1356-1357. Cassese cita la ris. 40/61 dell'Assemblea Generale in cui per la prima volta è operata una distinzione fra terrorismo e lotta per l'autodeterminazione; Cassese, «Terrorism is disrupting some legal categories» (2001), 997.

<sup>181</sup> Israele fra gli episodi più drammatici per numero e tipologie di morti Israele ne ricorda due particolarmente significativi del pericolo contro cui il muro è stato predisposto. Il primo, l'esplosione di un attentatore suicida alla discoteca *Dolphinarium* di Tel Aviv avvenuta il 1 giugno 2001, costò la vita a 21 giovani, molti dei quali non ancora maggiorenni. Il secondo, l'attentato di Pasqua al ristorante del Park Hotel di Netanya avvenuto il 27 marzo 2002; l'attentatore si fece esplodere nella sala in cui si trovavano 250 commensali, uccidendone 30 e ferendone 140. «Written statement of Israel», 55-60.

“the right and duty of the sovereign to prevent cross-border attacks by local inhabitants, and to protect its security forces as well”<sup>182</sup>. Si potrebbe anche aggiungere che l’art. 43 delle Regole dell’Aia, imponendo alla potenza occupante l’obbligo “[to] ensure, as far as possible, public order and safety”, lo autorizza a prendere le opportune misure per impedire che le azioni terroristiche provochino danni alle infrastrutture e morti all’interno del territorio controllato.

Il pericolo terroristico cui Israele è esposto, sebbene diverso da quello dell’11 settembre, appare dunque abbastanza grave da essere equiparato a un attacco armato che legittima la risposta in legittima difesa. Il terrorismo palestinese sembra infatti costituire un “consistent pattern of violent terrorist action rather than [...] just isolated or sporadic attacks”, condizione questa indicata da Cassese per parlare di attacco armato ai sensi dell’art. 51<sup>183</sup>. In favore della liceità dell’autodifesa torna comodo ricordare anche la teoria dell’accumulazione degli eventi, la quale ha incontrato consistente sostegno nella dottrina. Essa ha presentato l’idea che “a number of small-scale uses of force falling below the level of an armed attack can collectively amount to an attack” che oltrepassi la soglia posta in *Nicaragua c. Stati Uniti* per attivare l’autodifesa<sup>184</sup>. Volendo procedere invece per confutazione, non può essere accolta la tesi esposta dalla CIG che la catena di attentati non si possa considerare un attacco armato poiché essa “originates within, and not outside, [the Israeli] territory”. Come ricorda Murphy<sup>185</sup>, Israele ha affermato nella posizione presentata alla Corte di ritenere che le quattro organizzazioni terroristiche intrattengano contatti esteri con i governi di Siria, Libano ed Iran, in maniera forse non troppo dissimile dai legami che intercorrevano fra Al Qaeda e il governo talebano nel 2001. Non solo la dottrina ma anche la prassi sembra ormai aver accolto la possibilità della legittima difesa per Israele. È quanto sembra emergere dalla dichiarazione rilasciata dal Quartetto il 26 settembre 2003<sup>186</sup> con cui i membri “recognize Israel’s legitimate right to self-defence in the face of terrorist attacks against its citizens”, benché aggiungano di nutrire “great concern for the actual and proposed route of Israel’s West Bank fence” poiché essa appare compromettere un accordo finale sui confini dello Stato palestinese.

È su queste basi di diritto e di fatto che il Ministero della Difesa israeliano ha invocato esplicitamente il principio dell’autodifesa come codificato nella Carta, sostenendo che “[t]he

<sup>182</sup> Wedgwood, «Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense» (2005), 59.

<sup>183</sup> Antonio Cassese, «The International Community's “Legal” Response to Terrorism», *International and Comparative Law Quarterly* XXXVII, n. 3 (1989), 596.

<sup>184</sup> Green, *ICJ and self-defence* (2009), 42-44.

<sup>185</sup> Murphy, «Ipse Dixit from ICJ?», (2005), 68-69.

<sup>186</sup> S/2003/951 del 7 Ottobre 2003, seguita allo stallo nell’implementazione della *Roadmap*.



Security Fence...is one of these preventive measures undertaken in accordance with Israel's inherent right of self-defense and according to article 51 of the UN Declaration"<sup>187</sup>. Alla luce di quanto detto, ci pare che il richiamo all'autodifesa come principio generale sia tutt'altro che fuori luogo. È invece possibile contestare a Israele che gli attacchi terroristici cui sostiene di aver risposto "were not grave enough to trigger a right to self-defence", o che "[its] response was unnecessary or disproportionate"<sup>188</sup>. Non viene messo in discussione il diritto di Israele a prendere le necessarie misure difensive, anche qualora esse pongano alcuni ostacoli alla libertà di movimento degli abitanti delle zone occupate<sup>189</sup>; sono piuttosto le misure scelte in questo particolare caso a generare dubbi di conformità rispetto agli standard del diritto consuetudinario: le necessità di sicurezza israeliana non avrebbero potuto forse essere ugualmente tutelate con un muro costruito solo a ovest della *Green Line*, evitando così di includere quasi il 17% del territorio palestinese e di arrecare eccessive sofferenze ai palestinesi intrappolati nella zona israeliana?<sup>190</sup>

Bisogna a questo punto considerare la costruzione del muro alla luce dei due criteri guida nel diritto consuetudinario. In merito alla necessità sono emerse due posizioni contrapposte: da una parte le considerazioni della CIG, dall'altra quelle della Corte Suprema israeliana nelle due sentenze *Beit Sourik* e *Alfei Menashe*. In entrambi i casi, la Corte Suprema si è trovata a dover giudicare il tracciato scelto dal Comando militare israeliano per il muro, il quale attraversando alcuni villaggi palestinesi richiedeva l'esproprio di beni privati appartenenti ai residenti.

Il primo caso risale al 30 giugno 2004, prima del pronunciamento della CIG<sup>191</sup>. In esso la Corte Suprema, se da una parte ha riconosciuto le esigenze di sicurezza nazionale cui la barriera risponde, dall'altra ha imposto al comandante militare di adeguare il tracciato previsto al principio di proporzionalità. Come abbiamo visto, completamente diversa è stata la posizione della CIG, che invece ha ritenuto infondato qualsiasi richiamo alla necessità militare per giustificare l'appello all'autodifesa. Pinzauti, nella sua analisi del rapporto fra i due casi, propende per la valutazione data dalla CIG, pur rimproverando ai giudici dell'Aia di

<sup>187</sup> Ministry of Defense, "Israel's Security Fence": <http://www.securityfence.mod.gov.il/Pages/ENG/questions.htm> (consultato il giorno giugno 13, 2014). Occorre però ricordare che questa particolare accezione di autodifesa (*preventive self-defence*) è lungi dall'essere stata accolta nel diritto internazionale.

<sup>188</sup> Murphy, «Ipse Dixit from ICJ?» (2005), 69.

<sup>189</sup> Il punto è infatti poco controverso all'interno del diritto internazionale. Vedi: Wedgwood, «Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense» (2005), 55.

<sup>190</sup> Falk, «Towards Authoritativeness» (2005), 50.

<sup>191</sup> Per un confronto complessivo dei punti di contatto e i punti di differenza fra le due sentenze vedi: Watson, «The "Wall" Decisions in Legal and Political Context» (2005), 21-25.

non aver ricordato nelle loro conclusioni che “la protezione della vita dei suoi cittadini è per Israele uno scopo legittimo e che anche la costruzione della barriera avrebbe potuto essere un mezzo legittimo se fosse [stata] realizzata lungo la Green Line o fuori dal territorio occupato”<sup>192</sup>.

La sentenza *Alfei Menashe* presenta una sua importanza particolare poiché è stata rilasciata il 15 settembre 2005, a pochi giorni dal parere della CIG, con il quale ha dovuto quindi confrontarsi. La Corte Suprema ha ricordato innanzitutto che il pronunciamento della sua controparte internazionale, per quanto autorevole, non costituiva *res iudicata* poiché Israele non aveva acconsentito alla sua giurisdizione. In secondo luogo, pur reputando valido il procedimento logico operato dalla CIG (la “base normativa”), essa ne ha rifiutato la base fattuale – cioè la gravità della minaccia e l’appropriatezza del muro ad affrontarla – su cui tale procedimento si impostava. Insieme a Pinzauti<sup>193</sup>, bisogna di nuovo concedere alla Corte israeliana che la CIG si è mostrata superficiale nell’analizzare le ragioni di Israele, ignorando i gravi fatti seguiti alla Seconda Intifada e motivando le sue conclusioni semplicemente sostenendo che le prove presentatele “non la convincevano” della necessità della barriera. Al contrario, per il Ministero degli Esteri israeliano ci sarebbero ottime ragioni per ritenere la barriera una misura perfettamente adeguata alla minaccia fronteggiata. I dati indicano che gli attentati suicidi sono scesi da 17, provocanti la morte di 89 persone fra aprile e dicembre 2002, a 8 attentati con 51 morti fra gennaio e novembre 2003, dopo che parte della barriera era stata costruita, cifre queste che spingono Israele a ritenere il muro un’adeguata misura difensiva<sup>194</sup>.

Meno disaccordo fra le Corti sembra esserci rispetto al criterio di proporzionalità, nella misura in cui i tre giudici dissenzienti hanno preso in considerazione nelle loro opinioni separate la legittimità dell’autodifesa. Sul rispetto di questo criterio, entrambe le parti si sono mostrate scettiche, seppur nel caso della prima la contrarietà sia stata limitata a specifiche porzioni del muro<sup>195</sup>.

Nella sentenza *Beit Sourik* la Corte Suprema israeliana ha accolto il ricorso degli abitanti palestinesi contro sei ordini di esproprio emessi dal comandante militare, dichiarandoli nulli perché “disproportionate” rispetto ai fini di sicurezza che si proponevano; nel caso *Alfei*

<sup>192</sup> Pinzauti, «Il caso *Beit Sourik*» (2005), 463.

<sup>193</sup> Pinzauti, «il caso *Alfei Menashe*» (2006), 110.

<sup>194</sup> Report of the Secretary-General prepared pursuant to GA resolution ES-10/13 2003, 8.

<sup>195</sup> Watson, «The "Wall" Decisions in Legal and Political Context» (2005), 24; in cui sono evidenziati tutti i punti di contatto e di disaccordo fra le due Corti.

*Menashe* invece la Corte Suprema ha ordinato la deviazione della barriera secondo un nuovo percorso, in quanto era sua opinione che il comandante militare non avesse fatto tutto il possibile per ridurre al minimo l'impatto del muro sugli abitanti di alcuni villaggi palestinesi.

Similmente, tutti e tre i giudici dissenzienti della CIG hanno posto in questione la legittimità del muro, poiché la sua costruzione non appare chiaramente proporzionata agli interessi che Israele cerca di tutelare. Higgins, sebbene non abbia condiviso una negazione così forte dell'autodifesa come quella nel parere, ha ritenuto che il muro non rispettasse né il criterio di proporzionalità né quello di necessità, poiché esso arreca un grave danno alle condizioni di vita della popolazione palestinese innocente<sup>196</sup>. Il giudice ha deciso di votare insieme alla maggioranza perché non era convinta che “non forcible measures (such as the building of a wall) fall within self-defence under art. 51”. Non tutte le misure difensive per quanto efficaci possono essere equiparate ad una manifestazione del diritto all'autodifesa. I due termini non sono interscambiabili, poiché il concetto di *self-defence* ha delle implicazioni giuridiche a livello internazionale che lo rendono non riducibile al significato ordinario della parola “difesa”<sup>197</sup>.

L'opinione di Buergenthal è invece molto vicina a quella della Corte Suprema. Come si è visto egli ritiene di non aver abbastanza informazioni per esprimersi in favore o contro la necessità del muro. Tuttavia si mostra pronto ad ammettere che “the wall is causing deplorable suffering to many Palestinians” e ritiene possibile che, alla luce di maggiori prove, solo alcune porzioni del muro siano giustificabili secondo proporzionalità<sup>198</sup>.

In ultimo, Kooijmans condivide la visione della Corte riguardo la non dimostrata necessità del muro alla luce delle esigenze militari e di sicurezza nazionale; tuttavia egli ritiene che il muro avrebbe dovuto essere sottoposto comunque al test di proporzionalità in quanto “the concepts...have always been intimately linked in international humanitarian law”. Questo avrebbe provato che, anche qualora fosse stato ammissibile il richiamo all'autodifesa rispetto alla necessità, il muro non avrebbe superato il test di proporzionalità poiché “manifestly disproportionate to interests that Israel seeks to protect”<sup>199</sup>.

Vogliamo concludere osservando che, anche ammessa l'efficacia del muro come deterrente per gli attacchi terroristici, essa pare limitata al solo pericolo immediato. Cassese<sup>200</sup>

<sup>196</sup> Op. Sep. HIGGINS, ICJ Reports 136 (2004), par. 37.

<sup>197</sup> Scobbie, «Words My Mother Never Told Me» (2005), 77-84.

<sup>198</sup> Dich. BUERGENTHAL, ICJ Reports 136 (2004), par. 2-3.

<sup>199</sup> Op. Sep. KOOIJMANS, ICJ Reports 136 (2004), par. 34.

<sup>200</sup> Cassese, « “Legal” response to Terrorism» (1989), 606-607; Cassese, «Terrorism is disrupting some legal categories» (2001), 1001.

invece fa notare come la lotta al terrorismo debba abbracciare un orizzonte temporale di lungo periodo, liberandosi dalla tirannia delle contingenze *hic et nunc*. Se il governo israeliano vuole garantire ai suoi cittadini la sicurezza di medio periodo, esso non può prescindere dall'impiego di "peaceful measures" come trattati bilaterali e multilaterali firmati con l'Autorità Palestinese, capaci di dare una soluzione stabile al lungo conflitto arabo-israeliano. Infine, nel lungo periodo è necessario abbandonare la visione ristretta della "pace negativa" – mera assenza di guerra – per perseguire la "pace attiva", attraverso il sanamento delle questioni socio-economiche che impediscono la convivenza pacifica fra israeliani e palestinesi.

Sfortunatamente, la realizzazione del muro sembra incapace di conciliare esigenze di breve e lungo periodo, costituendo una sorta di profezia auto-avverantesi<sup>201</sup>. La necessità del muro verrà meno solo quando il pericolo terrorista scomparirà in seguito alla normalizzazione dei rapporti fra Israele e uno Stato palestinese riconosciuto; tuttavia la conclusione di un accordo di pace organico è impedita dal muro stesso, poiché presenta ai palestinesi un *fait accompli* inaccettabile. E così il terrorismo continua.

---

<sup>201</sup> Watson, «The "Wall" Decisions in Legal and Political Context» (2005), 26.

## CONCLUSIONE

È stato posto al cuore di questa tesi il parere del 9 luglio 2003. Al suo interno ci si è concentrati su una questione ben precisa: la costruzione di una barriera artificiale può essere considerata una misura consistente con gli obiettivi di autodifesa che Israele persegue?

Già dall'introduzione si era dichiarato il disaccordo con le conclusioni della Corte, sostenendo che essa ha mal interpretato l'*opinio iuris* della comunità internazionale. Per confermare questa tesi, il primo capitolo è stato dedicato a un esame approfondito dell'art. 51 stesso e della sua evoluzione nella dottrina, nelle sentenze della Corte e nella prassi degli Stati, presentando i criteri che sottendono l'esercizio dell'autodifesa e il suo rapporto con l'art. 2(4) della Carta ONU in merito alla risposta ad un'aggressione illecita.

L'esame delle sentenze *Nicaragua c. Stati Uniti* e *Congo c. Uganda* ha invece mostrato come la posizione della Corte in merito a quali aggressioni diano diritto all'autodifesa si sia fatta sempre più elastica nell'arco di vent'anni, fino a far intravedere la possibilità che essa diventi invocabile anche dinanzi atti di aggressione slegati dalla volontà di uno Stato.

La ragione del parziale ripensamento della Corte è certamente da ricercarsi nella recrudescenza del fenomeno terroristico, capace di arrecare danni agli Stati comparabili a quelli di una vera aggressione armata. La questione della reazione in legittima difesa ad attacchi non statuali dovrebbe considerarsi ormai risolta (si spera) dalla risoluzione dell'Istituto di Diritto Internazionale del 2007.

Una volta compreso il contesto dottrinario del principio di legittima difesa, è stata presentata l'opinione dei giudici chiamati a esprimersi sul caso palestinese. Il secondo capitolo è stato quindi dedicato a un'analisi riassuntiva capace di dare una visione di insieme del caso giudiziario, confrontando la posizione della Corte con quella di Israele e dei tre giudici parzialmente dissenzienti. La risposta data nell'opinione consultiva è netta: le misure adottate da Israele non possono essere considerate come legittima difesa perché manca un attore statale nei confronti del quale possa essere esercitato questo diritto.

Tenendo a mente queste considerazioni, nel capitolo conclusivo sono state confrontate le posizioni dei giudici e la convinzione comunitaria internazionale, ricostruita nel primo capitolo. Particolare peso è stato assegnato alle opinioni separate dei giudici Higgins, Buergenthal e Kooijmans, in quanto esse hanno tutte delineato il vizio fondamentale della posizione della Corte, vale a dire un'analisi troppo sbrigativa del criterio di necessità militare

e della prassi giuridica internazionale contemporanea. A conclusione del capitolo si è cercato di fornire un apprezzamento della minaccia alla sicurezza di Israele; si è così stabilito che lo Stato israeliano ha sì diritto ad invocare l'art. 51, ma non per giustificare la costruzione del muro, in quanto esso non rispetta né il principio di proporzionalità (certamente) né il principio di necessità (probabilmente).

Nonostante si sia condotta un'analisi rigorosa dei documenti ritenuti più significanti al fine di trarre da esse prove a supporto della tesi, siamo coscienti che la nostra è solo un'opinione aperta a confutazione. Appare invece evidente come, dalla scrittura dell'art. 51 a oggi, si sia allargato il divario fra idea originale e idea contemporanea della legittima difesa. La realtà fattuale presentata dal mondo delle relazioni internazionali non sembra riconoscersi nell'interpretazione giuridica data dalla Corte nelle sentenze del 1986 e del 2003. I giudici dell'Aia hanno applicato nelle loro decisioni passate un'idea di attacco armato indiretto senza dubbio coerente con la concezione del secolo scorso – come confermato dalla definizione di aggressione dell'Assemblea Generale del 1974 – ma che ha finito porre significativi limiti alla capacità del principio di autodifesa di adattarsi alle mutate circostanze geopolitiche.

Per fronteggiare aggressioni armate di un tipo completamente inedito, quali sono i dirottamenti di aerei di linea e gli attentatori suicidi, la comunità internazionale ha adottato un nuovo modo di concepire l'autodifesa, compatibile con le minacce di sicurezza poste dal terzo millennio: ne sono testimonianza le molte volte citate ris. 1368 e 1373. Di fronte all'ormai appurato mutamento dell'*opinio iuris* avvenuto sull'onda dell'attentato dell'11 settembre, è possibile che in un ipotetico futuro pronunciamento sull'invocabilità di questo principio contro aggressioni non tradizionali la Corte giunga a conclusioni radicalmente differenti da quelle contenute nel parere sul *muro in Palestina*.

## Indice della giurisprudenza

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).*

ICJ Reports 14 (1986).

*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda).*

ICJ Reports 168 (2005).

*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) -*

*Opinione Separata del giudice B. SIMMA.* ICJ Reports 168 (2005).

*Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda) -*

*Opinione Separata del giudice P. H. KOOIJMANS.* ICJ Reports 168 (2005).

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.*

ICJ Reports 136 (2004).

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory - Opinione*

*Separata del giudice P. H. KOOIJMANS.* ICJ Reports 136 (2004).

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory - Dichiarazione*

*del giudice T. BUERGENTHAL.* ICJ Reports 136 (2004).

*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory - Opinione*

*Separata del giudice R. HIGGINS.* ICJ Reports 136 (2004).

## Bibliografia

Barberini, Roberta. «La definizione internazionale di terrorismo.» *Questione giustizia*, n. 6 (2012):

1347-1360.

Ben-Ami, Shlomo. *Palestina, la storia incompiuta : la tragedia arabo-israeliana*. Traduzione di

Francesco Roncacci. Milano: Corbaccio, 2007.

Brownlie, Ian. «International Law and the Activities of Armed Bands.» *International Comparative Law*

*Quarterly* VII, n. 4 (1958): 712-735.

- Cannizzaro, Enzo. «La legittima difesa nei confronti di entità non statali nella sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Congo c. Uganda*.» *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXIX, n. 1 (2006): 120-122.
- Cannizzaro, Enzo. «Sui rapporti fra Consiglio di Sicurezza e Assemblea Generale nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.» *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXVII, n. 4 (2004): 1065-1067.
- Cassese, Antonio. «Article 51.» In *La Charte des Nations Unies*, di Jean-Pierre Cot e Alain Pellet. ECONOMICA (3° ed.), 2005.
- Cassese, Antonio. «Powers and duties of an occupant in relation to land and natural resources.» In *International law and the administration of occupied territories : two decades of Israeli occupation of the West bank and Gaza strip*, di Emma Palyfair, 419-442. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Cassese, Antonio. «Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law.» *European Journal of International Law* XXII, n. 5 (2001): 993-1001.
- Cassese, Antonio. «The International Community's "Legal" Response to Terrorism.» *International and Comparative Law Quarterly* XXXVII, n. 3 (1989): 589-608.
- Conforti, Benedetto, e Carlo Focarelli. *Le Nazioni Unite*. VIII. Padova: CEDAM, 2012.
- Dennis, Michael J. «Occupation, Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military.» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005): 119-141.
- Dominicé, Christian. «La sécurité collective et la crise du Golfe.» *European Journal of International Law* II, n. 2 (1991): 85.
- Dugard, John. «Enforcement of human rights in the West Bank and the Gaza Strip.» In *International law and the administration of Occupied Territories*, di Emma Playfair, 461-488. Oxford: Clarendon press, 1992.
- Falk, Richard A. «Toward Authoritativeness: The ICJ Ruling on Israel's Security Wall.» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005): 42-52.
- Franck, Thomas M. «Terrorism and the right of self-defense.» *The American Journal of International Law*, 2001: 839-843.



- Gray, Christine. *International law and the use of force*. III. Oxford University Press, 2008.
- Green, James A. *The International Court of justice and self-defence in international law*. Portland, OR (USA): Hart, 2009.
- Greenwood, Christopher. «Self-Defence.» In *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*, di Rudiger Wolfrum. 2011.
- Greenwood, Christopher. «The administration of occupied territory in international law.» In *International law and the administration of occupied territories : two decades of Israeli occupation of the West bank and Gaza strip*, di Emma Playfair, 241-266. Oxford: Clarendon Press, 1992.
- Marchisio, Sergio. *L'ONU: il diritto delle Nazioni Unite*. II. Il Mulino, 2012.
- Murphy, Sean D. «Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005): 62-76.
- Murphy, Sean D. «Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U.N. Charter.» *Harvard International Law Journal* XVIII, n. 1 (2002): 41.
- Oxford Public Interest Lawyer (OXPIIL). *Legal Consequences of Israel's Construction of a Separation Wall in the Occupied Territories*. University of Oxford, 2004.
- Pedahzur, Ami. *The Triumph of Israel's Radical Right*. New York: Oxford University Press, 2012.
- Pinzauti, Giulia. «Aspetti problematici della legittimità del "muro" in Palestina: il caso Beit Sourik.» *Rivista di Diritto Internazionale* LXXXVIII, n. 2 (2005): 441-463.
- Pinzauti, Giulia. «La Corte Suprema di Israele ritorna sulla questione del "muro": il caso Alfei Menashe.» *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006: 105-119.
- Pomerance, Michla. «The ICJ's Advisory Jurisdiction and the Crumbling Wall between the Political and the Judicial.» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2002): 26-42.
- Ronzitti, Natalino. *Introduzione al diritto internazionale*. III. Torino: G. Giappichelli, 2009.
- Sciso, Elena. «L'aggressione indiretta nella definizione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite.» *Rivista di Diritto Internazionale* LXVI (1983): 253.
- Sciso, Elena. «Legittima difesa ed aggressione indiretta secondo la Corte di giustizia internazionale.» *Rivista di Diritto Internazionale*, LXX (1987): 627-640.

Scobbie, Iain. «Words My Mother Never Taught Me In Defense of the International Cour.» *The American Journal of International Law*, 2005: 76-88.

Shlaim, Avi. *Il muro di ferro. Israele e il mondo arabo*. Bologna: Il ponte, 2003.

Virzo, Roberto. «Il parere consultivo del 9 luglio 2004 relativo alle "conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati"» *La Comunità Internazionale* LX, n. 3 (2004): 546-555.

Virzo, Roberto. «La sentenza del 19 dicembre 2005 nell'affare delle "attività militari sul territorio del Congo (Repubblica democratica del Congo c. Uganda)"» *La Comunità Internazionale* LXII, n. 1 (2007): 187-195.

Watson, Geoffrey R. «The "Wall" Decisions in Legal and Political Context.» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005): 6-26.

Wedgwood, Ruth. «The ICJ Advisory Opinion on the Israeli Security Fence and the Limits of Self-Defense.» *The American Journal of International Law* XCIX, n. 1 (2005): 52-61.