



LJMU Research Online

Daniele, L and Mariniello, T

'L'operazione militare israeliana "Guardiano delle mura" tra antinomie giuridiche e cicli di violenza armata. Note per un'interpretazione sistematica del crimine di guerra di attacco 'deliberato' a strutture civili'

<http://researchonline.ljmu.ac.uk/id/eprint/19020/>

Article

Citation (please note it is advisable to refer to the publisher's version if you intend to cite from this work)

Daniele, L and Mariniello, T (2021) 'L'operazione militare israeliana "Guardiano delle mura" tra antinomie giuridiche e cicli di violenza armata. Note per un'interpretazione sistematica del crimine di guerra di attacco 'deliberato' a strutture civili'. Quaderni di SidiBloq. 8.

LJMU has developed [LJMU Research Online](#) for users to access the research output of the University more effectively. Copyright © and Moral Rights for the papers on this site are retained by the individual authors and/or other copyright owners. Users may download and/or print one copy of any article(s) in LJMU Research Online to facilitate their private study or for non-commercial research. You may not engage in further distribution of the material or use it for any profit-making activities or any commercial gain.

The version presented here may differ from the published version or from the version of the record. Please see the repository URL above for details on accessing the published version and note that access may require a subscription.

For more information please contact researchonline@ljmu.ac.uk

<http://researchonline.ljmu.ac.uk/>

L'operazione militare israeliana 'Guardiano delle mura' tra cicli di violenza armata e antinomie giuridiche.

Note per una reinterpretazione sistematica del crimine di guerra di attacco diretto a strutture civili.

Luigi Daniele*
Triestino Mariniello**

*There were no militants in or near my house and
no rockets or rocket launchers there.
I still don't know why they bombed my house
and killed my wife and children and my sister and her children.
What sin did they commit?
Abu Hattab, 9 dicembre 2021*

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. – 2. Gli espropri forzati di Sheikh Jarrah alla base dell'*escalation* militare. - 4. Tra una guerra e l'altra: la crisi umanitaria nella Striscia di Gaza. – 5. I principi consuetudinari di diritto internazionale umanitario a protezione dei civili nelle procedure di attacco. – 6. Il discrimine di 'incidentalità' tra attacchi indiscriminati e attacchi sproporzionati nel diritto internazionale umanitario. – 7. La costruzione *contra legem* delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari, tra 'scudi umani' e 'avvertimenti'. – 8. Il capovolgimento del discrimine di incidentalità: la distruzione della *Al Jalaa Tower*. – 9. Riflessioni conclusive: relativizzazioni etniche dei doveri di proteggere i civili e l'urgenza di uno scrutinio terzo ed imparziale.

PAROLE CHIAVE

Crimini di guerra, occupazione militare, Israele, Palestina, Corte penale internazionale, scudi umani, distinzione, proporzionalità, attacchi indiscriminati, attacchi sproporzionati, 'danno collaterale', incidentalità.

1. Considerazioni introduttive

«La più insensata e fallita operazione militare di sempre».¹ Così il quotidiano Haaretz ha definito l'ultima offensiva israeliana a Gaza, "Guardiano delle mura", accusando il Governo di Israele di aver perseguito una campagna di scarsa consistenza strategica, caratterizzata da gravi carenze dell'*intelligence* militare circa l'individuazione di obiettivi militari legittimi e di rilievo. Le Forze di difesa israeliane (IDF) avrebbero diffuso a scopi tattici, proprio per compensare tali carenze, false informazioni ai media stranieri sull'imminente invasione della Striscia con truppe di terra.² L'offensiva, secondo pareri attribuiti ad ufficiali delle stesse IDF,³ avrebbe indebolito il potenziale militare di Hamas in misura inferiore alle aspettative,⁴ distruggendo di converso numerose strutture civili fondamentali la popolazione civile di Gaza.

* Senior Lecturer, Nottingham Law School (NTU).

** Alexander von Humboldt Research Fellow, Humboldt University of Berlin. Reader in Law, Liverpool John Moores University. Membro del team di rappresentanza delle vittime di Gaza davanti alla Corte penale internazionale.

Gli autori sono grati a Lorenzo Gradoni e Giulia Pinzauti per i preziosi commenti ricevuti a proposito dei temi discussi nel post (che rappresenta i punti di vista dei soli autori).

¹ A. BENN, "This Is Israel's Most Failed and Pointless Gaza Operation Ever. It Must End Now", *Haaretz*, 18 maggio 2021, www.haaretz.com

² R. MELLEN, "Israel told the media it had ground forces in Gaza. Then it changed the story", *Washington Post*, 14 maggio 2021, www.washingtonpost.com

³ Y. KUBOVICH, "Senior Israeli Army Officials Raise Doubts Over Effectiveness of Gaza Operation", *Haaretz*, 21 maggio 2021, www.haaretz.com

⁴ Y. KUBOVICH, "Mortars, Rockets and Drones: A Look at Hamas' Arsenal", *Haaretz*, 5 maggio 2019, www.haaretz.com

L'*escalation* militare è stata inoltre accompagnata da una delle peggiori spirali di violenza che Israele abbia conosciuto negli ultimi decenni all'interno dei confini internazionalmente riconosciuti della *green line*,⁵ innescatasi tra nazionalisti e minoranze arabe israeliane e culminata in episodi di linciaggio di cittadini arabi e di attacco a sinagoghe.⁶

Gli illeciti e i possibili crimini internazionali susseguitisi a Gaza negli ultimi anni, oltre a trasformare civili e strutture civili in bersaglio di fatto prevalente delle ostilità e ad aggravare la drammatica crisi umanitaria nella Striscia, perpetuano uno scenario funzionale alla ripetizione ciclica delle spirali di violenza armata che, non a caso, conta "Guardiano delle mura" come quinta operazione militare con bombardamenti su larga scala della Striscia dal 2006.⁷

In questo contributo, dunque, proveremo dapprima ad analizzare gli sviluppi del conflitto da cui origina l'ultima *escalation*, proponendo alcuni elementi di inquadramento giuridico del contesto e delle ostilità, per poi discutere uno degli attacchi più controversi e dibattuti tra quelli lanciati dall'aviazione israeliana, alla luce dei possibili profili di rilevanza penale internazionale.

Contesto e ostilità, giova ripeterlo, non possono analizzarsi separatamente. Come affermato dalla Commissione di inchiesta delle Nazioni Unite istituita dopo l'operazione militare israeliana *Protective Edge*, "l'impatto delle ostilità a Gaza non può essere esaminato separatamente rispetto al blocco imposto da Israele".⁸ Lanci di razzi e bombardamenti su larga scala, infatti, fanno notizia, ma slegare il dibattito sulle *escalation* militari dallo scenario che le alimenta equivale a occultare l'impatto permanente e quotidiano dell'occupazione e del controllo militare dei territori, tanto in Cisgiordania quanto – in forma diversa (v. *infra*, par. 4) – nella Striscia di Gaza, sulla vita della popolazione civile che ne sconta maggiormente le conseguenze.

Questi aspetti dell'operazione militare contro la Striscia di Gaza vengono analizzati nei paragrafi successivi, offrendo dei rilievi da un lato in punto di fatto, ai fini di connettere la riflessione sulle crisi militari a quella sulle rispettive cause, radicate nella violenza istituzionale permanente che segue e precede le *escalation* stesse, e dall'altro in punto di diritto, ai fini della determinazione dell'elemento contestuale dei possibili crimini di guerra attualmente all'indagine della Corte penale internazionale (CPI).

Nella seconda parte, una volta ricostruito questo quadro di contesto, il contributo si concentra sulle criticità dell'offensiva dal punto di vista della legalità di mezzi e metodi di conduzione delle ostilità, nelle sue intersezioni col diritto internazionale penale dei crimini di guerra.

Inserendosi nell'ambito dell'intenso dibattito dottrinale che ha discusso la questione, l'analisi procede poi concentrandosi su uno specifico attacco, quello al palazzo dei media di Gaza City (*Al Jalaa tower*). Dopo aver ricostruito le principali critiche giuridico-internazionalistiche emerse in relazione a questo attacco, il contributo individua alcune carenze sistematiche che ad avviso degli autori ne hanno contraddistinto il dibattito e le argomentazioni, ed articola una proposta di reinterpretazione della fattispecie di crimini di guerra di attacco diretto a strutture civili alla luce del nesso sinallagmatico tra diritto internazionale penale e diritto internazionale umanitario.

In particolare, questa proposta ermeneutica prova a ridiscutere la funzione del concetto di 'incidentalità' del danno a civili e strutture civili con cui il diritto internazionale umanitario qualifica ciò che, nelle procedure di attacco, è soggetto a valutazioni di proporzionalità. L'incidentalità di tale danno viene riletta come preconditione fondamentale per l'operatività del principio di proporzionalità, in assenza della quale si ritiene che solo i principi di distinzione e precauzione possano ritenersi applicabili. Di conseguenza, si sostiene che sia proprio l'incidentalità del prevedibile danno a civili e strutture civili a valere come spartiacque tra le alternative qualificazioni di un attacco come sproporzionato, cioè dall'impatto collaterale eccessivo su civili e strutture civili, o viceversa indiscriminato, cioè diretto ad obiettivi militari e strutture civili senza distinzione. Tale discrimine ermeneutico dovrebbe valere tanto ai sensi del diritto internazionale umanitario, tanto ai sensi delle corrispondenti (anche se non coincidenti)

⁵ L. HAJJAR, 'Zionist Politics and the Law: The Meaning of the Green Line', *The Arab Studies Journal*, Vol. 2, n. 1 (1994), pp. 44–50.

⁶ O. HOLMES, 'Far-right Jewish groups and Arab youths claim streets of Lod as Israel loses control', in *The Guardian*, 15 maggio 2021, www.theguardian.com

⁷ Tra il completamento e la pubblicazione di questo contributo nuovi bombardamenti hanno colpito la Striscia di Gaza nell'ambito dell'operazione 'Breaking Down' a partire dal 5 agosto 2022, seguiti da lanci di razzi da parte dei gruppi armati palestinesi. Il bilancio dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani a seguito del cessate il fuoco è di 48 vittime, esclusivamente palestinesi, inclusi almeno 22 civili e 17 bambini. Cfr. "Bachelet alarmed by number of Palestinian children killed in latest escalation, urges accountability", 11 agosto 2022, v. www.ohchr.org

⁸ *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*, 24 giugno 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4, par. 24.

fattispecie di diritto internazionale penale, come proveremo ad argomentare con l'ausilio delle categorie penalistiche dell'elemento soggettivo del reato per meglio distinguerne *ratio* e confini,

2. Gli espropri forzati di Sheikh Jarrah alla base dell'*escalation* militare.

Il diritto internazionale umanitario concerne anzitutto il *casus belli* dell'ultima *escalation*: gli espropri forzati a danno dei palestinesi del quartiere di Gerusalemme est di *Sheikh Jarrah*. La vicenda di Sheikh Jarrah è infatti risalente, ma il suo snodo fondamentale più recente si determina nell'ultimo decennio.⁹ L'organizzazione di coloni Nahalat Shimon,¹⁰ infatti, ha proposto nel 2008 alle autorità israeliane un piano per la distruzione delle case palestinesi, lo sgombero dei 500 palestinesi residenti nell'area e la costruzione di un quartiere ebraico di 200 unità abitative.¹¹ Un progetto che – a giudizio della principale organizzazione non governativa a tutela della multiethnicità e pluriconfessionalità di Gerusalemme – si inserisce nel quadro di una mobilitazione delle organizzazioni di coloni al fine di circondare di insediamenti la “città vecchia”.¹²

L'ordine di sgombero da parte delle autorità israeliane nei confronti di otto famiglie palestinesi a Sheikh Jarrah ha scatenato un'ondata di proteste in tutta la Cisgiordania.¹³ Il 2 maggio, una corte israeliana ha rigettato il ricorso presentato dalle famiglie di Sheikh Jarrah e ha disposto che le loro abitazioni sarebbero state ‘ereditate’ dai coloni.¹⁴ La reazione immediata di Israele alle proteste divampate in tutto il territorio palestinese è stata quella di inasprire i profili repressivi del regime di occupazione ed intensificare le varie misure oppressive a cui sono regolarmente sottoposti i palestinesi. Mentre ai palestinesi veniva impedito di accedere alla zona di Sheikh Jarrah per manifestare la loro solidarietà ai residenti, i coloni israeliani venivano autorizzati ad entrare nel quartiere per festeggiare lo sgombero delle famiglie palestinesi.¹⁵ In questo contesto caratterizzato da una violenta repressione, le forze israeliane non hanno esitato ad aprire il fuoco nei confronti dei manifestanti uccidendo diversi civili palestinesi.¹⁶

E' a seguito delle tensioni che hanno accompagnato questi espropri, assieme a quelle verificatesi nell'area della Moschea di Al-Aqsa, che Hamas ha comunicato ad Israele l'*ultimatum* precedente agli ultimi attacchi,¹⁷ scaduto il quale i gruppi armati palestinesi hanno lanciato i primi razzi da Gaza. Immediatamente, Israele ha avviato i primi attacchi aerei sulla Striscia di Gaza, che sono proseguiti con l'operazione “Guardiano delle Mura”.¹⁸

A proposito delle vicende di Sheikh Jarrah, occorre ricordare che, mentre rimangono profili di discussione circa l'attribuzione ad Israele dei numerosi obblighi internazionali derivanti dal diritto dell'occupazione in relazione alla sola Gaza, nessun dubbio, invece, circonda lo status della Cisgiordania, inclusa Gerusalemme est. La comunità internazionale, è ormai noto, ha intimato la cessazione dell'occupazione e delle annessioni israeliane in questi territori. Da ultimo il Consiglio di Sicurezza, nella risoluzione n. 2334 del 2016, condannava fermamente la costruzione e l'espansione degli insediamenti e le correlate - a proposito di *Sheikh Jarrah* – «confische, demolizioni di abitazioni e sgomberi» di civili Palestinesi susseguitesi negli anni.¹⁹ La risoluzione sottolineava, inoltre, la «insostenibilità dello *status quo*» per la soluzione del conflitto, richiamando i paesi terzi a «distinguere, in tutti i rilevanti rapporti, tra i territori dello Stato di Israele e i territori occupati a partire dal 1967» e, soprattutto, intimando ad Israele di smantellare gli insediamenti «costruiti a partire dal marzo 2001». Politica degli insediamenti ritenuta, in linea con la *Advisory Opinion* della Corte internazionale di giustizia del 2004 sulla costruzione del muro, una «flagrante violazione» della Quarta Convenzione di Ginevra del 1949, «priva di valore giuridico». ²⁰

La mole di risoluzioni concordanti sul tema,²¹ in effetti, semplicemente riafferma alcuni principi fondamentali del diritto internazionale dell'occupazione, tra cui l'art. 49, VI cpv. della citata Quarta Convenzione di Ginevra,

⁹ Diakonia, *Timeline. From displacement and dispossession in Sheikh Jarrah to Hostilities*, marzo 2021, v. www.diakonia.se.

¹⁰ Adalah, *Dispossession and Eviction in Jerusalem. The cases and stories of Sheikh Jarrah*, dicembre 2009, v. www.adalah.org.

¹¹ Ir Amim, *Evictions and Settlement Plans in Sheikh Jarrah: The Case of Shimon HaTzadik*, 25 giugno 2009, v. www.ir-amim.org.il.

¹² Ir Amim, *New Map Release: Settlement Ring around the Old City, 2019*, 13 febbraio 2019, v. www.ir-amim.org.il/.

¹³ T. BACONI, “Sheikh Jarrah and After”, *London Review of Books*, 14 May 2021, v. www.lrb.co.uk/.

¹⁴ E. JUNDI, “Sheikh Jarrah: Can a new ‘popular solidarity’ save the neighbourhood from evictions?”, *Middle East Eye*, 7 November 2021, v. www.middleeasteye.net/.

¹⁵ O. ZIV, “In Sheikh Jarrah, Palestinian youth are leading the struggle to defend their homes”, *+972 Magazine*, 5 May 2021, www.972mag.com/.

¹⁶ A. HAREL, *Analysis: And Then Hamas Did Two Unexpected Things*, in *Haaretz*, 11 maggio 2021, www.haaretz.com.

¹⁷ Oliver Holmes and Peter Beaumont, “Israeli police storm al-Aqsa mosque ahead of Jerusalem Day march”, *The Guardian*, 10 May 2021.

www.theguardian.com; The Guardian, “Israeli police clash with Palestinian protesters at al-Aqsa mosque – video”, 10 May 2021, www.theguardian.com.

¹⁹ UN Security Council, *Security Council resolution 2334(2016) [on cessation of Israeli settlement activities in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem]*, 23 December 2016, S/RES/2334.

²⁰ CIG, Parere Consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Rep 136, par. 120.

²¹ Cfr. UNSC Risoluzioni 242 (1967), 338 (1973), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 476 (1980), 478 (1980), 1397 (2002), 1515 (2003), e 1850 (2008), v. www.un.org/securitycouncil/content/resolutions.

che vieta alla potenza occupante di «trasferire parte della propria popolazione civile in territorio occupato». Questo divieto non solo ha natura consuetudinaria, ma la sua violazione è: 1) ai sensi dell'art. 85, par. 4, lett. a del primo Protocollo aggiuntivo alle Convenzioni del 1977, una grave violazione del sistema di protezione delle Convenzioni e 2) ai sensi dell'art. 8(2)(b)(viii) dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale,²² un caso paradigmatico di crimine di guerra, consistente nel «trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della potenza occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati o la deportazione o il trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o all'esterno di tale territorio».

Gli espropri forzati di *Sheikh Jarrah*, infatti, hanno suscitato dapprima la condanna dell'Alto Commissario per i Diritti Umani delle Nazioni Unite, che ne ha richiesto ad Israele il blocco immediato, sottolineandone l'illegalità e la possibile rilevanza penale internazionale. Successivamente, lo stesso Segretario Generale ha esortato Israele a fermare gli espropri e le demolizioni.²³

In maniera ancora più articolata, quelle che parti della stampa italiana hanno sbrigativamente derubricato a cd. 'disputa sulle case' ²⁴ ha spinto i rappresentanti di circa 500 palestinesi che vivono a *Sheikh Jarrah* e 191 organizzazioni per i diritti umani di tutto il mondo a sottoscrivere una denuncia diretta al Procuratore della CPI, chiedendo immediate indagini, nel quadro di quelle già autorizzate ed ufficialmente in corso, sugli espropri forzati come condotte rilevanti di crimini di guerra ai sensi dello Statuto di Roma.²⁵

Questo trattato, così come tutta l'esperienza storica della giustizia penale internazionale contemporanea, è esclusivamente incentrato sul perseguimento di responsabilità degli individui, incluse alte cariche di Stato, ma non degli Stati in sé, profilo che – di converso - impegna il diritto internazionale generale relativo agli illeciti imputabili agli Stati come soggetti giuridici. Tuttavia, la norma dello Statuto di Roma che criminalizza il trasferimento di civili della potenza occupante in territorio occupato, cioè il citato art. 8(2)(b)(viii), si contraddistingue, rispetto a tutte le altre fattispecie di crimini di guerra, per l'espressa menzione di una condotta dello Stato occupante, rafforzando il nesso tra crimine internazionale dell'individuo e illecito statale: quella – appunto – di *transfer*, penalmente rilevante sia se attuata direttamente dallo Stato stesso, sia se realizzata *indirettamente*.²⁶

Tale peculiarità spinge a ritenere che il bene giuridico tutelato da questo crimine abbia effettivamente una consistenza autonoma rispetto a quelli tutelati dalle altre fattispecie, includendo autodeterminazione, identità culturale dei gruppi e dei territori sottoposti ad occupazione straniera, ed abbracciando in definitiva la protezione dalla denazionalizzazione, come processo prodromico di colonizzazione e annessione.

3. Tra una guerra e l'altra: la crisi umanitaria nella Striscia di Gaza

Il 2022 marca il quindicesimo anno di embargo e blocco dei confini (*blockade*) di Gaza da parte di Israele.²⁷ Le autorità israeliane hanno imposto una chiusura della Striscia di Gaza dal 2007, anno in cui Hamas vinse le elezioni. Eccezion fatta per un numero limitato di casi, i palestinesi residenti della Striscia non possono lasciare Gaza, la cui popolazione è di fatto priva di libertà di movimento all'interno del territorio palestinese e di uscita dall'angusto territorio della Striscia. Un territorio, vale la pena di ricordarlo, in cui circa due milioni di persone, di cui due terzi appartenenti a famiglie di profughi palestinesi del 1948, vivono in 365 chilometri quadrati, facendo di Gaza uno dei territori con la più alta densità abitativa del mondo.²⁸ Le gravi conseguenze del blocco sulle condizioni di vita e sui diritti fondamentali degli abitanti della Striscia sono state oggetto di una vasta mole di *report* e denunce di associazioni per i diritti dell'uomo, sia palestinesi, che internazionali ed israeliane, concordi nel designare la situazione come vera e propria catastrofe umanitaria.²⁹ Come riportato dalla Commissione di inchiesta delle

²² Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale (come emendato nel 2010), adottato il 17 luglio 1998, in vigore dal 1 luglio 2002, UNTS 2187, R.N. 38544, www.icc-cpi.int/.

²³ Segretario Generale, *Statement attributable to the Spokesperson for the Secretary-General - on recent developments in Jerusalem*, 9 maggio 2021, www.un.org.

²⁴ F. CAFERRI, "Dalla disputa sulle case ai razzi su Tel Aviv: come nasce la crisi", *La Repubblica*, 12 maggio 2021, www.repubblica.it.

²⁵ Center for Constitutional Rights, *Letter: 190 Organizations Urge ICC Prosecutor to Investigate Forced Evictions of Palestinian Families in Sheikh Jarrah, East Jerusalem*, 23 aprile 2021, www.ccrjustice.org; Al-Haq, "Sheikh Jarrah Families Send Letter to the International Criminal Court Calling for Urgent Investigation of their Imminent Forced Displacement, Endorsed by 190 Organisations", 24 aprile 2021, www.alhaq.org.

²⁶ M. KEARNEY, "On the Situation in Palestine and the War Crime of Transfer of Civilians into Occupied Territory", in *Criminal Law Forum*, n.28, 2017, pp. 1-34.

²⁷ Per una disamina dei problemi giuridici, v. E. Benvenisti, "The International Law of Sieges and Blockades: Gaza as a Case Study", in *Int'l L. Stud* 97, 2021, pp. 969-994.

²⁸ Palestinian Central Bureau of Statistics, *The International Day of Refugees, in Badil*, www.badil.org.

²⁹ Si veda, *inter alia*, Report of the Secretary General, "Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem" (2015) UN Doc A/HRC/28/45. V. anche ICRC, "Gaza Closure: Not Another Year!", 14 giugno 2010, www.icrc.org; UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, "Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency Situation Report", 22 luglio 2014, www.ochaopt.org.

Nazioni Unite sulla Flotilla, la situazione nella Striscia di Gaza, ben prima della guerra del 2014, era “deplorable”, “insostenibile” e “totalmente inaccettabile nel ventunesimo secolo”.³⁰

Tra le conseguenze del blocco spiccano e si cumulano diverse crisi. Anzitutto, la crisi energetica, aggravata dai bombardamenti, che sottrae il 76% dell’energia elettrica necessaria a far fronte ai bisogni essenziali della popolazione, che può utilizzare elettricità solo per 4 - 6 ore al giorno.³¹ Accanto ad essa, la crisi dell’educazione scolastica, tra sovraffollamento e mancanza di strutture, personale e risorse, accompagnata da una crisi del benessere psicofisico della popolazione, soprattutto dei minori, testimoniata dalla gravità dei traumi infantili diffusi, con l’ONU che a settembre 2014 stimava in 373.000 il numero di bambini e minori di Gaza affetti da disordini post-traumatici e in necessità di assistenza psicologica.³² Si segnala, a tal proposito, la conferma da parte dell’organizzazione non governativa *Norwegian Refugee Council* dell’uccisione nei bombardamenti di Gaza di dodici bambini che l’organizzazione stava assistendo in percorsi di recupero da traumi.³³ Ancora, il collasso del settore sanitario, con enormi difficoltà di gestione della pandemia e delle patologie ordinarie.³⁴ Il tutto in un quadro di complessivo collasso economico causato del blocco, la cui pressione sull’economia di Gaza secondo la *United Nation Conference on Trade and Development* ammonta a 16.7 miliardi di dollari in dieci anni, e che richiederebbe 838 milioni di dollari l’anno di aiuti per sollevare la popolazione della striscia dalla soglia di povertà.³⁵

Di simile avviso il Comitato Internazionale della Croce Rossa, che fin dal 2010 denuncia l’impossibilità di fronteggiare la situazione disperata (“*dire situation*”) di Gaza tramite aiuti umanitari, sottolineando come l’unica soluzione sostenibile appaia la rimozione del blocco.³⁶

Sul piano giuridico, rileva notare che il Segretariato Generale dell’ONU si è espresso in diverse occasioni ed inequivocamente sull’illegalità internazionale del blocco di Gaza.³⁷

Dapprima, nel *Report sulla situazione dei diritti umani nel territorio palestinese occupato* del 2013, Il Segretario Generale ha affermato che appariva evidente da dichiarazioni ufficiali di funzionari israeliani che il blocco fosse stato imposto per esercitare pressioni sui gruppi armati palestinesi presenti nella Striscia. Tuttavia, si evidenziava come a pagare le conseguenze di tale politica fosse la popolazione civile, ingiustamente colpita e sottoposta a gravi privazioni (“*hardships*”) per atti commessi da terzi, in violazione dell’art.33 della quarta Convenzione di Ginevra del 1949 (cui corrisponde analoga norma consuetudinaria), che proibisce punizioni collettive.³⁸ Nell’analogo *Report* del marzo 2015 per la ventottesima sessione del Consiglio per i Diritti Umani, il Segretariato Generale ha dunque concluso che il blocco “contravviene al diritto internazionale”, richiedendone ad Israele la totale rimozione (“*full lifting*”).³⁹

4. L’occupazione della Striscia di Gaza e la natura del conflitto armato ‘Guardiano delle Mura’.

Il rapporto tra *blocco* e status internazionale di Gaza è oggetto di dibattito a seguito del ritiro delle truppe israeliane dall’interno del territorio nel 2005, tenuto conto del fatto che Israele ha difatti mantenuto il controllo dello spazio aereo e delle acque territoriali di Gaza, nonché della quasi totalità dei confini di terra, incluso il controllo sul transito di persone e merci, sulle telecomunicazioni, l’acqua, l’elettricità, la rete fognaria, l’anagrafe dei residenti della Striscia, il mercato monetario ed il sistema doganale.⁴⁰

Ad un anno di distanza dal *ritiro*, questi profili di controllo dei confini e di esercizio *de facto* dell’autorità da parte di Israele sul territorio di Gaza spinsero proprio la Corte suprema israeliana, allora presieduta da Aharon Barak, nel cd. *Targeted Killing Case*, a concludere nel senso dell’applicabilità del diritto internazionale umanitario che regola l’occupazione militare alla Striscia.⁴¹ La Corte mutò poi orientamento nel 2008, nel cd. *Power Cuts Case*, in cui

³⁰ UN Human Rights Council “Report of the International Fact-Finding Mission to Investigate violations of international law, including international humanitarian and human rights law, resulting from the Israeli attacks on the flotilla of ships carrying humanitarian assistance”, A/HRC/15/21, 27 Sept. 2010, at 275.

³¹ Al Mezan Center for Human Rights, *Al Mezan warns that the population of the Gaza Strip suffers from a 76 percent deficit in electrical supplies, due to ongoing attacks by Israeli forces*, 16 maggio 2021, www.mezan.org.

³² OCHA, *Occupied Palestinian Territory: Gaza Emergency Situation Report*, 4 settembre 2014, www.ochaopt.org.

³³ Norwegian Refugee Council, *Eleven children receiving NRC trauma care killed in their homes by Israeli air strikes*, 18 maggio 2021, www.nrc.no.

³⁴ S. DEVI, *COVID-19 surge threatens health in the Gaza strip*, in *The Lancet*, 8 maggio 2021.

³⁵ UNCTAD, *Economic costs of the Israeli occupation for the Palestinian people: the Impoverishment of Gaza Under Blockade*, 15 dicembre 2020, unctad.org.

³⁶ ICRC, *Gaza closure: not another year*, 14 giugno 2010, www.icrc.org.

³⁷ Si veda, *inter alia*, Consiglio per i diritti umani, *Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/HRC/28/45 del 5 marzo 2015, par. 34 e 74; Consiglio per i diritti umani, *Human rights situation in the Occupied Palestinian Territory*, UN Doc. A/HRC/24/30 del 22 agosto 2013, par. 22.

³⁸ Consiglio per i diritti umani, 22 agosto 2013, supra note 32, par. 22.

³⁹ Consiglio per i diritti umani, 5 marzo 2015, supra note 32, par. 34 e 74.

⁴⁰ UN Human Rights Council, ‘Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories: Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict’, 25 September 2009; UN Doc A/HRC/12/48, paras. 277-278.

⁴¹ Corte suprema Israele, 14 dicembre 2006, HCJ 769/02, par. 18.

concluse che Israele rimaneva vincolata al rispetto del diritto dei conflitti armati e ai doveri di protezione dei civili da esso stipulati, tra cui consentire il passaggio di beni essenziali ed elargire permessi di transito per questioni di necessità, anzitutto mediche. Tali obblighi, tuttavia, venivano inquadrati come spettanti ad Israele come stato parte di un conflitto armato in corso, più che come attuale potenza occupante.⁴²

Proprio alla luce del controllo effettivo esercitato dalle autorità israeliane sulla Striscia, vi è un ampio consenso tra le organizzazioni internazionali sul fatto che, nonostante il ritiro delle proprie truppe nel 2005, Israele continui ad mantenere lo status di potenza occupante della Striscia.⁴³ Come dichiarato dal Presidente del Comitato Internazionale della Croce Rossa (ICRC), “Sebbene la forma e il grado di questa occupazione militare siano variati, Israele ha sempre mantenuto un controllo effettivo” sulla Striscia di Gaza.⁴⁴ Sulla stessa lunghezza d’onda, il Relatore Speciale delle Nazioni Unite sulla situazione dei diritti umani nei territori palestinesi occupati dal 1967 ha statuito che “Le argomentazioni secondo cui Israele avrebbe cessato la sua occupazione di Gaza nel 2005 in seguito all’evacuazione degli insediamenti e al ritiro delle truppe, non tengono conto del fatto che Israele mantiene un controllo effettivo su Gaza attraverso il controllo dei confini esterni, dello spazio aereo, delle acque territoriali, dell’anagrafe della popolazione, delle entrate fiscali e delle funzioni governative. L’efficacia di questo controllo è sottolineata dalle regolari incursioni militari e dagli attacchi missilistici”.⁴⁵

Nel Report del 2015 “Diritto internazionale umanitario e sfide dei conflitti armati contemporanei”, anche l’ICRC “ha assunto come propria la posizione che il ritiro delle truppe israeliane non abbia modificato l’esistenza di un’occupazione a Gaza.”⁴⁶ La persistente configurabilità di Gaza come territorio ancora occupato è stata rilevata nel 2014 dal Procuratore della Corte penale internazionale, nel Report ex art. 53(1) dello Statuto di Roma (“Comoros Report”) sui possibili crimini internazionali commessi durante l’abbordaggio della *Mavi Marmara* da parte dell’esercito israeliano, in cui si affermava che la visione prevalente nella comunità internazionale circa l’autorità che Israele continua ad esercitare sulla Striscia supporta la conclusione che essa equivalga a controllo effettivo del territorio, soddisfacendo dunque i requisiti richiesti per la configurabilità dell’occupazione dall’art. 42 del Regolamento annesso alla IV Convenzione dell’Aia sulle leggi e gli usi della guerra terrestre.⁴⁷ Più recentemente, nel 2020, l’Ufficio della Procura della CPI ha ribadito che sia la Cisgiordania quanto Gaza sono ancora sotto occupazione.⁴⁸

A partire dal 2008, dunque, anche in letteratura si è determinato un ampio e serrato dibattito sulla possibilità di considerare Gaza ancora occupata ai sensi del diritto internazionale. L’orientamento che la Striscia di Gaza sia ancora occupata è condiviso anche da ampia parte della dottrina.⁴⁹ Dinstein considera Israele ancora potenza occupante a Gaza sulla base dell’“integrità del territorio della Cisgiordania e della Striscia; il continuo controllo da parte di Israele degli elementi fondamentali dell’amministrazione della vita nella Striscia di Gaza; e l’insistenza di Israele sulla sua capacità di “riprendere militarmente” qualsiasi parte della Striscia di Gaza.”⁵⁰ In questo dibattito

⁴² Corte suprema Israele, 30 gennaio 2008, HCJ 9132/07, par. 11 e 12.

⁴³ Si veda, inter alia, UN General Assembly (UNGA) Resolution 64/92, Applicability of the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, of 12 August 1949, to the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the other occupied Arab territories (19 Jan. 2010) UN Doc A/Res/64/92; UNGA Resolution 64/94, Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem (19 Jan. 2010) UN Doc A/Res/64/94, (UNGA Resolutions to be read jointly); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory (Advisory Opinion), 9 July 2004, ICJ 136, ¶¶ 78, 101; UN, Department of Public Information, Statement by the Special Advisers of the Secretary-General on the Prevention of Genocide, Mr. Adama Dieng, and on the Responsibility to Protect, Ms. Jennifer Welsh, on the Situation in Israel and in the Palestinian Occupied Territory of Gaza Strip, 24 July 2010, available at www.un.org/en/preventgenocide/adviser/pdf/24.07.2014%20Special%20Advisers%20Statement%20on%20the%20situation%20in%20Israel%20and%20the%20occupied%20Gaza%20strip.pdf;

⁴⁴ P. Maurer, ‘Challenges to International Humanitarian Law: Israel’s Occupation Policy’, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, 888, 1504-1505.

⁴⁵ A/62/275, 2007. Si veda anche UN Human Rights Council, “Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1” 22 June 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4.

⁴⁶ *Power of Humanity. 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent*, 8-10 dicembre 2015, 32IC/15/11

⁴⁷ Procuratore della Corte penale internazionale, *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia (Article 53(1) Report)*, 6 novembre 2014, par. 27. Per un’analisi critica di questa decisione del Procuratore, si veda T. MARINIELLO, *Judicial Control over Prosecutorial Discretion in the Rome Statute*, in *International Criminal Law Review*, 2019, p. 979 ss.

⁴⁸ Procuratore della Corte penale internazionale, *Situation in the State of Palestine*, 22 gennaio 2020, par. 5, 35.

⁴⁹ Si veda, tra gli altri, S. Weil, V. Azarova, *The 2014 Gaza war: Reflections on jus ad bellum, jus in bello, and accountability*, in ...; S. DARCY, J. REYNOLDS, *An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2010, p. 211 ss. Contra, Y. SHANY, *Faraway, So Close: The Legal Status of Gaza after Israel’s Disengagement*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2005, p. 369 ss; D. Li, ‘The Gaza Strip as laboratory: Notes in the wake of disengagement’ (2006) 35(2) *J Palestine St* 38; and N. Stephanopoulos, ‘Israel’s Legal Obligations to Gaza after the Pullout’ (2006) 31 *Yale J Int L* 524.

⁵⁰ Dinstein, Y., 2009, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge; Cambridge University Press, paras 661–78

sullo status di Gaza, si è pertanto progressivamente affermato il cd. “approccio funzionale”⁵¹ al diritto internazionale dell’occupazione militare, inteso a valorizzare come elemento decisivo dell’applicabilità di tale regime giuridico il controllo effettivo delle forze straniere su un territorio, anche in assenza di truppe dislocate all’interno del territorio stesso.⁵² In particolare, secondo Filiu, il ritiro delle truppe israeliane ha semplicemente modificato la forma dell’occupazione senza alterarne la natura sostanzialmente oppressiva. In particolar modo, le forze di sicurezza israeliane hanno dato vita ad una sorta di occupazione a distanza, che consente loro di risparmiare sui costi militari, umani e finanziari che deriverebbero dal controllo militare diretto del territorio, ma allo stesso tempo continuare a stabilire chi e cosa può entrare e uscire da Gaza e quando (con la stretta collaborazione dell’Egitto al valico meridionale di Rafah).⁵³

Per uno studio che si pone l’obiettivo di analizzare i possibili crimini di guerra commessi a Gaza nel 2021, lo status della Striscia di Gaza come territorio occupato rileva in particolar modo in merito alla determinazione della natura del conflitto armato ‘Guardiano delle Mura’ e delle fattispecie che possano costituire crimini di guerra. Ai fini dello Statuto di Roma, i crimini di guerra si identificano come tali quando sono commessi nel contesto di un conflitto armato e sono associati ad esso.⁵⁴ Ai sensi dell’art. 8 dello Statuto di Roma, stabilire se si tratti di un conflitto internazionale o non-internazionale risulta fondamentale per la corretta configurazione delle condotte che costituiscano crimini di guerra, classificati dall’articolo a seconda della tipologia di conflitto in cui vengano commessi. Il secondo paragrafo dell’articolo 2 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 chiarisce che esse sono applicabili “in tutti i casi di occupazione totale o parziale del territorio di un’Alta Parte contraente, anche se questa occupazione non incontra resistenza militare alcuna”.⁵⁵ Concordemente, gli Elementi dei crimini della CPI specificano che “[l]’espressione ‘conflitto armato internazionale’ include l’occupazione militare”. In merito alla situazione delle isole Comore, lo stesso Ufficio della Procura della CPI ha riconosciuto che i presunti crimini di guerra sono stati commessi nell’ambito di un conflitto armato internazionale.⁵⁶

Pertanto, avendo definito la natura giuridica del conflitto a Gaza del maggio 2021, procederemo ad analizzare quegli atti che secondo lo Statuto della CPI possono costituire crimini di guerra se commessi nell’ambito di un *conflitto armato internazionale*.

5. Le recenti ostilità a Gaza: un banco di prova per le indagini della CPI.

Come si è anticipato nella prima parte di questa riflessione, il diritto internazionale umanitario detta i parametri di legalità di mezzi e metodi di conduzione delle ostilità da parte delle forze militari protagoniste dell’ultima *escalation* nel conflitto in Medio Oriente. E’ proprio in questo quadro che vanno segnalate le più gravi e reiterate violazioni da parte delle forze combattenti nel conflitto in esame. Violazioni, inoltre, tanto più gravi quanto più si consideri il tema dei cd. *reverberating effects* dell’uso di esplosivi in aree densamente popolate,⁵⁷ termine con cui si designano gli effetti indiretti dei bombardamenti sulle infrastrutture civili (reti idriche, elettriche, telefoniche), con conseguenze umanitarie cumulative ed esponenziali (comunicazioni, strutture sanitarie di primo soccorso, impianti di depurazione),⁵⁸ di cui Gaza appare un perfetto esempio.⁵⁹

⁵¹ K.J. HELLER, *Symposium on the Functional Approach to the Law of the Occupation*, in *Opiniojuris*, 23 aprile 2012, <http://opiniojuris.org/>, A. GROSS, *The Writing on the Wall. Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge, 2017, pp. 52 ss.

⁵² T. FERRARO, “Determining the beginning and end of an occupation under international humanitarian law”, in *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, n. 885, 2012, p. 133 ss. V. anche T. FERRARO, L. CAMERON, ‘Article 2: Application of the Convention’, in ICRC, *Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, Cambridge University Press, 2016, par. 307-312.

⁵³ J. P. FILIU, ‘The Twelve Wars on Gaza’, *Journal of Palestinian Studies*, vol. 44, n. 1, 2014, p. 56 ss. V. anche, a proposito della negazione del diritto umano a lasciare il territorio, O. G. Skribeland, ‘Revisiting and Further Exploring the Human Right to Leave’, *EJIL:Talk!*, 9 settembre 2022, www.ejiltalk.org/.

⁵⁴ Articolo 8 dello Statuto di Roma.

⁵⁵ V. Art. 2, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (First Geneva Convention), adottata il 12 agosto 1949, in vigore dal 21 ottobre 1950, 75 UNTS 31.

⁵⁶ CPI, Situazione sulle navi registrate di Comore, Grecia e Cambogia - Rapporto sull’articolo 53(1), 6 novembre 2014, para. 19.

⁵⁷ Cfr., *inter alia*, M. ZEITOUN – M. TALHAMI, *The Impact of Explosive Weapons on Urban Services: Reverberating Effects across Space and Time*, in *International Review of the Red Cross* (2016), 98 (1), p. 53 ss; I. ROBINSON - E. NOHLE, *Proportionality and Precautions in Attack: The Reverberating Effects of Using Explosive Weapons in Populated Areas*, in *International Review of the Red Cross*, 2016, p. 107 ss.

⁵⁸ Sulla necessità di inclusione - a causa di tali conseguenze - delle vittime indirette degli scontri nelle stime sui costi umani dei conflitti cfr. M. JAWAD *et al.*, *Estimating Indirect Mortality Impacts of Armed Conflict in Civilian Populations: Panel Regression Analyses of 193 countries, 1990–2017*, *BMC Medicine*, 2020, p. 266 ss.; B. O. DAPONTE, *Why Estimate Direct and Indirect Casualties from War? The Rule of Proportionality and Casualty Estimates*, in *Statistical Methods for Human Rights*, in J. ASHER, D. BANKS, AND F. J. SCHEUREN (eds.), New York, 2008, p. 51 ss.; A. HAGOPIAN, *et al.* *Mortality in Iraq associated with the 2003–2011 war and occupation: findings from a national cluster sample survey by the university collaborative Iraq Mortality Study*, in *PLoS Medicine*, 2013; C. L. MURRAY, G. KING, *et al.*, *Armed Conflict as a Public Health Problem*, in *BMJ*, 2002, p. 346 ss.

⁵⁹ V. Palestinian Central Bureau of Statistics, *Estimated Population in Palestine Mid-Year by Governorate, 1997-2021*.

Uno dei tratti essenziali dello *Jus in bello* è il carattere vincolante nei confronti di tutte le forze che siano contrapposte in un conflitto armato, indipendentemente dai propositi politici da esse rispettivamente perseguiti, ed indipendentemente dalla conformità o difformità di tali propositi rispetto al diritto internazionale.⁶⁰ Nelle sue componenti di rango consuetudinario, inoltre, prescrive obblighi applicabili tanto agli attori dei conflitti di carattere interstatale, che a quelli di conflitti di altra natura. Sono tendenzialmente irrilevanti, in questo senso, le posizioni sulla statualità della Palestina, o sulla natura del controllo militare israeliano di Gaza.⁶¹

Ed infatti, a conferma di quanto ipotizzato durante il primo stadio del coinvolgimento della Corte penale internazionale, la Procura, nella richiesta alla Camera Preliminare di confermare la giurisdizione della Corte in riferimento alla situazione in Palestina, del gennaio 2020, ha sostenuto di avere ragionevoli motivi di ritenere che il crimine di guerra consistente nel «dirigere intenzionalmente attacchi contro la popolazione civile come tale, o contro singoli civili che non partecipino direttamente alle ostilità», o «contro obiettivi civili» (ex artt. 8(2)(b)(i) ed (ii) dello Statuto di Roma)⁶² fosse stato commesso da membri di Hamas.⁶³

Tuttavia, tale crimine - di converso - non è ipotizzato dalla Procura a carico delle *Israel Defence Forces* (IDF), sospettate invece - almeno fino ad oggi - di aver commesso, tra gli altri, crimini di guerra di cui all'art. 8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma, consistenti in attacchi diretti ad obiettivi militari legittimi, ma lanciati nella consapevolezza che avrebbero causato sproporzionate perdite di civili.⁶⁴

Alla luce dei bombardamenti delle scorse settimane, tuttavia, e per le ragioni che proveremo ora a dimostrare, riteniamo che la Procura della CPI debba invece considerare l'addebito del crimine di guerra di attacco diretto e intenzionale ad obiettivi civili anche a carico delle IDF, includendo accertamenti in tal senso nell'ambito dell'indagine in corso. Diversi fattori contribuiscono a questa convinzione.

6. I principi consuetudinari di diritto internazionale umanitario a protezione dei civili nelle procedure di attacco.

Anzitutto, va sottolineato che il principio di distinzione tra obiettivi militari e strutture civili del diritto internazionale umanitario non può essere correttamente interpretato se letto isolatamente, poiché parte di una triade inscindibile di principi che include accanto ad esso i principi di precauzione e proporzionalità.⁶⁵

Il principio di precauzione richiede: 1) che durante ogni fase delle ostilità le forze militari facciano tutto ciò (*everything*) che sia praticamente possibile (*feasible*) per verificare che gli obiettivi da attaccare siano di natura militare; 2) osservino tutte le precauzioni praticabili (*take all the feasible precautions*) nella scelta dei mezzi e metodi di attacco, allo scopo di evitare, o in ogni caso di ridurre al minimo perdite civili, o ferimento di civili, o danno a strutture civili (per sintesi, '*civilian harm*') che possano qualificarsi come collaterali (*incidental* - si noti che l'attributo è riferito a tutti e tre i tipi di impatto sui civili elencati); 3) cancellino un attacco qualora, nello sviluppo dinamico

⁵⁹ V. A. N. FARZAN et al., *How conflict, blockades and history have shaped the geography of Gaza*, Washington Post, 14 maggio 2021. Già nel 2010 il Comitato Internazionale della Croce Rossa affermò "[t]he hardship faced by Gaza's 1.5 million people cannot be addressed by providing humanitarian aid. The only sustainable solution is to lift the closure", v. ICRC, *Gaza closure: not another year!*, 14 giugno 2010; v. anche Euro-Med Human Rights Monitor, *Suffocation and Isolation. 15 Years of Israeli Blockade on Gaza*, gennaio 2021.

⁶⁰ R. KOLB, *Origin of the twin terms jus ad bellum and jus in bello*, in *International Review of the Red Cross*, 1997, p. 554 ss.; J. GARDAM, *Proportionality and force in international law*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 391 ss.; J. MOUSSA, *Can jus ad bellum override jus in bello? Reaffirming the separation of the two bodies of law*, in *International Review of the Red Cross*, 2008, p. 963 ss.; alle origini delle posizioni che discutono la tenuta di tale separazione, v. H. LAUTERPACHT, *Rules of warfare in an unlawful war*, in G. A. LIPSKY (ed.), *Law and Politics in the World Community (Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law)*, Berkeley, 1953, p. 89 ss.

⁶¹ Secondo alcuni, non più occupata dopo il ritiro delle truppe di terra israeliane del 2006, v. Y. SHANY, *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. the Prime Minister of Israel* in *Israel Law Review*, 2009, p. 101 ss. *Contra, inter alia*, D. LI, *The Gaza Strip as laboratory: Notes in the wake of disengagement*, in *Journal of Palestine Studies*, 2006, p. 38 ss.; and N. STEPHANOPOULOS, *Israel's Legal Obligations to Gaza after the Pullout*, 31 *Yale Journal of International Law*, 2006, p. 524 ss.; nello stesso senso, si è affermato: "Israel remains an occupying Power in respect of Gaza. Arguments that Israel ceased its occupation of Gaza in 2005 following the evacuation of its settlements and the withdrawal of its troops take no account of the fact that Israel retains effective control over Gaza by means of its control over Gaza's external borders, airspace, territorial waters, population registry, tax revenues and governmental functions. The effectiveness of this control is emphasized by regular military incursions and rocket attacks", A/62/275, 2007; UN Human Rights Council, *Report of the detailed findings of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council Resolution S-21/1*, 22 giugno 2015, UN Doc A/HRC/29/CRP.4.

⁶² Statuto di Roma della Corte penale internazionale del 1998.

⁶³ CPI, Pre-Trial Chamber I, *Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction in Palestine*, 22 gennaio 2020, ICC-01/18, par. 94.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ V. J. M. HENCKAERTS and L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, (Cambridge: CUP, 2005), p. 3 ss. W. H. BOOTHBY, *The Law of Targeting*, Oxford, 2012; P. A. L. DUCHEINE, M. N. SCHMITT, F. P. B. OSINGA (Eds.), *Targeting: The Challenges of Modern Warfare*, 2016; I. HENDERSON, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack Under Additional Protocol I*, 2009; OETER, *Methods and Means of Combat*, in D. FLECK (ed.), *Handbook of International Humanitarian Law*, II ed., Oxford, 2008, p. 201 ss.

delle circostanze di fatto: a) si comprenda (*becomes apparent*) che l'obiettivo non è, in realtà, un obiettivo militare, o b) si comprenda che l'attacco causerebbe danni sproporzionati a civili.⁶⁶

L'identificazione di questa sproporzione, rilevante anche ai fini della configurabilità del corrispondente crimine di guerra, è affidata al principio di proporzionalità.⁶⁷

Il principio proibisce attacchi potenzialmente idonei a causare (*which may be expected to cause*) un insieme (*a combination*) di (*incidental*) perdite civili collaterali, ferimento di civili e danni a strutture civili, di entità tale che risulterebbe eccessiva rispetto al concreto e diretto vantaggio militare previsto.⁶⁸

La complessa valutazione prognostica che il principio richiede a coloro che siano in posizione di decidere degli attacchi è assai discussa in dottrina,⁶⁹ a causa dell'ampia gamma di problemi etici, giuridici e probatori che solleva. Il principio, infatti, ammette e considera potenzialmente legittimi attacchi con un 'danno collaterale'⁷⁰ eventualmente elevato in termini di vittime civili e danno a strutture civili, purché esso sia di entità inferiore al vantaggio militare previsto, da identificarsi sul piano strettamente tattico. E' evidente, quindi, quanto la criticità applicativa di questo principio sia il bilanciamento tra due 'beni giuridici' antagonisti, circostanziali e di difficile commensurabilità. Da qui l'interminabile dibattito tra gli studiosi.⁷¹

Nel suo contenuto essenziale, tuttavia, il principio contiene di sicuro una chiara prescrizione – come suggerito da Pertile - di "non eccessività"⁷² degli attacchi, da intendersi come parametro "ampio, ma non indeterminato",⁷³ o quanto meno – rispetto alle ostilità oggetto di questo commento – non del tutto indeterminato.

Le ostilità di questi anni a Gaza, dunque, vanno analizzate alla luce di questi principi.

Già nel 2014, nell'operazione 'Protective Edge', i bombardamenti dell'esercito israeliano causarono la morte di 2131 palestinesi. Secondo le Nazioni Unite (si noti che i dati della Commissione Indipendente d'Inchiesta sono cauti rispetto alle stime ancor più allarmanti delle organizzazioni non governative)⁷⁴ 1462 vittime dei bombardamenti risultarono essere civili, di cui 551 tra bambini e minori, e 299 donne.⁷⁵

In altre parole, a proposito di danno "collaterale", quasi due terzi delle vittime dell'operazione *Protective Edge* furono civili. Ora, per quanto sia chiaro che il principio di proporzionalità non imponga un divieto categorico di lanciare attacchi che causino vittime civili, va sottolineato quanto ogni volta il diritto dei conflitti armati menzioni forme di impatto sui civili considerate ammissibili, esso designi sempre queste forme di impatto come *incidental* (tre volte nel solo art. 57 del primo Protocollo aggiuntivo del 1977).⁷⁶

⁶⁶ Art. 57, Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609. SANDOZ, SWINARSKI, ZIMMERMAN (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, ICRC, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 681 ss.; J-F. QUÉGUINER, *Precautions Under the Law Governing the Conduct of Hostilities*, in *International Review of the Red Cross*, 2006, p. 798 ss.

⁶⁷ N. MELZER, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*, Ginevra, 2016, p. 101 ss. J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge, 2005, p. 64 ss.

⁶⁸ Art. 51(5)(b) Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, del 1977; M. BOTHE, K. J. PARTSCH, W. A. SOLF, *New Rules For Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 1982, p. 360 ss. W. FENRICK, *The Rule of Proportionality and Protocol in Conventional Warfare*, in *Military Law Review*, 1982, p. 219 ss.; R. KOLB, R. HYDE, *An Introduction to the International Law of Armed Conflicts*, Oxford, 2008, p. 131 ss.

⁶⁹ *Inter alia*, A. HAQUE, *Law and Morality at War*, Oxford, 2017, p. 175 ss. J. D. OHLIN, L. MAY, C. FINKELSTEIN (eds.), *Weighing lives in war*, Oxford, 2017, p. 131 ss.

⁷⁰ V. F. ROSEN, *Collateral damage: A candid history of a peculiar form of death*, Hurst, 2016.

⁷¹ A titolo di esempio v. R. BARTELS, "Dealing with the Principle of Proportionality in Armed Conflict in Retrospect: The Application of the Principle in International Criminal Trials", *Israel Law Review* 46 (2), 2013, pp. 271 ss.; Y. DINSTEIN, "Remarks: Interpretive Complexity and the International Humanitarian Law Principle of Proportionality", *American Society of International Law Proceedings* 108, 2014, pp. 82 ss.; W.J. FENRICK, "Applying IHL Targeting Rules to Practical Situations: Proportionality and Military Objectives." *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 27, 2009, pp. 271 ss.; J. GARDAM, "Proportionality and Force in International Law." *American Journal of International Law* 87 (3), 1993, pp. 391 ss.; I. HANDERSON, *The Contemporary Law of Targeting: Military Objectives, Proportionality and Precautions in Attack under Additional Protocol I*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009; ICRC, *The Principle of Proportionality in the Rules Governing the Conduct of Hostilities Under International Humanitarian Law*, *International Expert Meeting*, June 22–23, 2016, Quebec, www.icrc.org/; S. OETER, "Methods and Means of Combat", in *The Handbook of International Humanitarian Law*, T. Gill e D.Fleck (a cura di), II ed., Oxford University Press, 2008, pp. 119 ss.

⁷² M. PERTILE, *A proposito di un appello su Gaza – Una risposta a Lorenzo Gradoni*, *Quaderni di SIDIBlog*, 2014, p. 56 ss.

⁷³ "In certain situations it is evident that the expected incidental harm will be excessive in relation to the military advantage, and in others it is evident that it will not be. To use some examples referred to in military manuals, bombing an isolated fuel tanker in the middle of a densely populated city would be excessive, while an airstrike against an ammunition depot beside a farmer ploughing a field would not be. 'Excessive' is a wide but not indeterminate standard. Provided they do what is required to collect information on which to base their assessment, and conduct the assessment in good faith and in a manner that is reasonable, belligerents have 'a fairly broad margin of judgment';⁵⁴ in the words of the ICRC Commentary to the Additional Protocols of 1977, to determine whether the expected incidental harm would be excessive." E. Gillard, *Proportionality in the Conduct of Hostilities. The Incidental Harm Side of the Assessment*, 2018, Chatham House, Royal Institute of International Affairs, p. 22 ss.

⁷⁴ Institute for Middle East Understanding, *50 Days of Death & Destruction: Israel's "Operation Protective Edge"*, 10 settembre 2014.

⁷⁵ V. Report della Commissione d'Inchiesta Indipendente sul conflitto a Gaza nel 2014. In sintesi, Ufficio per il Coordinamento degli Affari Umanitari, *Key Figures on the 2014 hostilities*, 23 giugno 2015.

⁷⁶ Art. 57, par. 2(c), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

7. Il discrimine di ‘incidentalità’ tra attacchi indiscriminati e attacchi sproporzionati nel diritto internazionale umanitario.

Ma cosa intende il DIU quando qualifica l’impatto sui civili di un attacco come incidentale? E che importanza assume questa qualificazione *sub specie iuris*?

L’incidentalità, nelle norme in esame, designa le conseguenze di un attacco sui civili che siano qualificabili come *collaterali*, sul piano logico, in un triplice senso:

- rispetto al risultato principale perseguito (dal punto di vista volitivo);
- rispetto al risultato principale prevedibile (dal punto di vista cognitivo della rappresentazione dei rischi);
- rispetto al risultato principale in astratto (sul piano oggettivo), di natura militare, che deve quanto meno essere distinto e preponderante rispetto a quello, incidentale e secondario, di impatto sui civili.

Solo dopo aver tracciato questa linea di demarcazione è possibile valutare se il danno, preventivamente individuato come incidentale/collaterale (secondo parametri teleologicamente orientati dal bilanciamento del DIU tra principi di protezione dei civili e considerazioni di necessità militare) sia anche ammissibile, in quanto proporzionale al legittimo vantaggio tattico perseguito, o di converso proibito, in quanto eccessivo rispetto al vantaggio stesso.

Questo discrimine va poi necessariamente trasposto sul piano del diritto internazionale penale, poiché solo tramite esso è individuabile la distinzione tra la fattispecie di crimini di guerra di attacco intenzionale a civili, o strutture civili (articoli 8(2)(b)(i), e 8(2)(b)(ii) dello Statuto di Roma), da un lato, e di attacco sproporzionato (art. 8(2)(b)(iv) Statuto di Roma), dall’altro. I primi, infatti, criminalizzano la condotta di chi intenzionalmente prenda di mira civili o strutture civili.⁷⁷ Il secondo punisce invece la condotta di chi, mirando ad un obiettivo militare legittimo, lanci l’attacco nella consapevolezza di causare un danno eccessivo a civili o strutture civili, in quanto sproporzionato rispetto al vantaggio militare, ma pur sempre collaterale/incidentale.⁷⁸

Di conseguenza, se: a) l’entità del *civilian harm* di insieme è largamente preponderante rispetto all’obiettivo militare, sul piano oggettivo, più b) il grado di prevedibilità della sproporzione delle vittime civili o del danno prevalente a strutture civili diventa vicino o pari alla certezza, allora c) può dirsi che tali conseguenze principali su civili e strutture civili siano sostanzialmente *perseguite*, in quanto non più ‘collaterali’ e in quanto previste con certezza.

La norma di riferimento, allora, diventa la proibizione di attacchi indiscriminati, cioè diretti contro obiettivi civili e militari senza distinzione, nella consapevolezza (dirimente ai fini dell’inquadramento internazionale-penalistico) di un impatto principale sui civili, e richiedendo dunque di far ricorso al crimine di guerra di attacco intenzionale a strutture civili (v. *infra*, par. 8).

8. La costruzione *contra legem* delle strutture civili di Gaza come obiettivi militari: tra ‘scudi umani’ e ‘avvertimenti’.

In questo senso riteniamo che ‘Guardiano delle mura’ dimostri – con delle novità rispetto alle precedenti offensive – che le concezioni operative e le regole di ingaggio dell’aviazione israeliana a Gaza ignorino questo discrimine, ed anzi sviluppino argomentazioni che, non tenendone conto, svuotano di senso le rilevanti categorie del diritto internazionale. Sembra essere proprio questa la posta in gioco di diversi ordini del discorso dell’esercito israeliano, in primis del peculiare e ridondante richiamo delle IDF all’utilizzo di ‘scudi umani’ da parte di Hamas e dei gruppi armati palestinesi.

Il diritto internazionale consuetudinario vieta questa pratica,⁷⁹ ma utilizza il concetto di scudi umani in riferimento a contesti circostanziati e all’utilizzo volontario, da parte di forze combattenti, di civili al fine di rendere una determinata postazione o unità militare inattaccabile, se non al prezzo di colpire i civili stessi. A conferma di tale inquadramento la correlata fattispecie nel diritto internazionale penale, con lo Statuto di Roma (Statuto CPI) che punisce la pratica come crimine di guerra all’art. 8(2)(xxiii).

⁷⁷ Rispettivamente “*Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities*” e “*Intentionally directing attacks against civilian objects, that is, objects which are not military objectives*”.

⁷⁸ “*Intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated*”.

⁷⁹ Tra gli altri, v. ancora J.M. HENCKAERTS, L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, op. cit., p. 336 ss.

Gli elementi di questa fattispecie richiedono che l'autore "si sia spostato, o abbia in altro modo tratto vantaggio dalla posizione di uno o più civili", al fine di "schermare un obiettivo militare da attacchi", o al fine di favorire o impedire in tal modo operazioni militari.⁸⁰

Al contrario, il discorso delle IDF utilizza il concetto di scudi umani distorcendone i contorni giuridici, cioè mobilitandolo in modo non circostanziale, indeterminato e complessivo, in chiave di caratterizzazione generale di Hamas e – in buona sostanza – nella prospettiva funzionale di ascrivere le responsabilità per le vittime civili dei bombardamenti direttamente al nemico bombardato, composto da terroristi inclini ad "uccidere i propri civili (*killing their own civilians*)".⁸¹

Il discorso sugli scudi umani ha prodotto persino in Italia forme non troppo velate di squalificazione razziale della popolazione della Striscia, con titoli a sei colonne su padri che utilizzano "come scudi umani" i "propri figli".⁸²

Al di là degli oltranzismi unilaterali, le argomentazioni che svuotano di senso i precetti del diritto dei conflitti armati emergono anche da diverse dichiarazioni ufficiali israeliane, tra cui quelle contenute nel Report del Ministero degli Esteri di Israele sull'operazione 'Piombo Fuso' del 2008-2009, in cui si afferma: "In molti casi le IDF non potevano rinunciare a [distruggere] obiettivi militari legittimi senza minare la propria missione e mettere a repentaglio i propri soldati e civili. In quelle circostanze, il risultato dell'approccio di Hamas è stato quello di rendere difficile, e talvolta impossibile, per le forze dell'IDF evitare danni ai civili e alle strutture civili".⁸³

Anche in queste posizioni ufficiali, le vittime civili degli attacchi escono dagli orizzonti di rischio che chi pianifica e lancia gli attacchi ha l'obbligo giuridico di valutare (ed evitare), e diventano una conseguenza dell'approccio del nemico attaccato, spingendo *de facto* verso le forze attaccate (dal punto di vista circostanziale dello *ius in bello*) il dovere di proteggere i civili.

Inoltre, le IDF segnalano l'utilizzo frequente di avvertimenti⁸⁴ alla popolazione civile che un determinata struttura sarà attaccata (tra gli 'avvertimenti' a detta dell'esercito figura anche il cosiddetto 'roof-knocking').⁸⁵

Di recente, tra gli avvertiti, insieme a 300 famiglie, anche il direttore dell'Al Mezan Centre for Human Rights di Gaza, Issam Younis, informato telefonicamente dall'esercito israeliano dell'imminente attacco di due strutture scolastiche nelle immediate vicinanze della propria abitazione.⁸⁶

Quando il diritto internazionale umanitario parla di 'warnings',⁸⁷ lo fa a seguito delle numerose articolazioni del principio di precauzione che impongono gli obblighi citati pocanzi. Solo dopo aver verificato che un determinato obiettivo sia effettivamente di natura militare, dopo aver scelto tra i mezzi e metodi di attacco possibili quelle tattiche e quegli armamenti di precisione tali da minimizzare perdite di civili e danni a strutture civili, ha senso parlare di avvertimenti a coloro che, nonostante queste misure, rimanessero comunque in una situazione di rischio.

Informare, come nel caso citato, centinaia di civili di imminenti attacchi a strutture scolastiche nei pressi delle loro abitazioni, non sembra avere molto a che fare con gli avvertimenti di cui parla l'art. 57 del Primo Protocollo del 1977, ⁸⁸somigliando più ad una minaccia di violazioni di garanzie fondamentali, essa stessa proibita dall'art. 75, par. 2(e) dello stesso trattato.⁸⁹

⁸⁰ Corte penale internazionale, *Elements of Crimes, Official Records of the Assembly of States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court, First session, New York, 3-10 September 2002* 2002, p. 30.

⁸¹ ISRAEL DEFENSE FORCES, *Human Shields Explained*, 18 maggio. Si veda in merito la dettagliata e documentata analisi di N. GORDON, N. PERUGINI, *Human Shields. A History of People in the Line of Fire*, University of California Press, 2020, pp. 170 ss. e 190 ss, e ID., *The politics of human shielding: On the resignification of space and the constitution of civilians as shields in liberal wars*, in *Environment and Planning D: Society and Space*, 34, 1, 2066, pp. 168-187.

⁸² M. VENTURA, *La verità? Israele difende i propri figli, Hamas li usa come scudi umani*, Panorama, 19 novembre 2012.

⁸³ Israeli Ministry of Foreign Affairs, *The Operation in Gaza, Factual and Legal Aspects*, Report luglio 2009, par. 154 (traduzione degli AA.)

⁸⁴ R. Otto, "Neighbours as Human Shields? The Israel Defense Forces' 'Early Warning Procedure' and International Humanitarian Law", in *IRRC*, No. 856, December 2004, pp. 771-786.

⁸⁵ V. I. MANN, *Roof Knocking and the Problem of Talking with Bombs*, 31 marzo 2015; J. DILL, *Israel's Use of Law and Warnings in Gaza*, 30 luglio 2014.

⁸⁶ "Now in Gaza, my family and more than 300 families (around 2.5k) are evacuating our homes. The Israeli army informed and will attack two elementary schools (*Al Aqsa* and *Al Buraq*) next to where I live in a very civilian densely populated area" ha dichiarato Younis il 17 maggio 2021.

⁸⁷ Art. 57, par. 2(c), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

⁸⁸ V. SANDOZ, SWINARSKI, ZIMMERMAN (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., 1987, par. 2225.

⁸⁹ Ivi, par. 3056 a 3058, "This prohibition is actually concerned with intimidation; a similar formula was used in Article 40 of the Protocol. Measures of intimidation are prohibited by Article 33 of the fourth Convention. In its draft the ICRC had proposed to also include a prohibition on physical or moral coercion, particularly when applied in order to obtain information; similar clauses exist for prisoners of war (Article 17, Third Convention) and for protected civilians (Article 31, fourth Convention). According to the Rapporteur of Committee III the prohibition of torture together with the more general prohibition on causing harm to life, health and physical and mental well-being, was considered sufficient to omit a reference to coercion. It might be added that in this field individuals are also protected by paragraph 4(f) which says that no one may be compelled to confess guilt. Similarly Committee III considered it unnecessary to include separately a prohibition of intimidation, harassment and threats aimed at forced movement or migration of individuals or groups of the population in occupied territories; sub-paragraph (e) of this paragraph covers such situations".

A ben vedere, quindi, proprio questi avvertimenti sembrano inserirsi nel quadro di una traslazione dei rischi degli attacchi per la popolazione civile, sulla condotta dei civili stessi,⁹⁰ in una sorta di indebita responsabilizzazione del civile in procinto di essere bombardato, funzionale alla deresponsabilizzazione di chi decide ed ordina i bombardamenti.⁹¹

9. Il capovolgimento del discrimine di incidentalità e la sua rilevanza penale internazionale: la distruzione della *Al Jalaa Tower*.

Ma il punto di frattura più netto di quel discrimine di incidentalità che abbiamo identificato, ci sembra sia ben rappresentato (a titolo di esempio) dal recente bombardamento della *Al-Jalaa Tower*, menzionato in apertura.

L'esercito israeliano ha bombardato, radendola al suolo, una struttura civile di tredici piani e decine di unità abitative ed uffici,⁹² che ospitava le redazioni di diverse agenzie di stampa internazionali.⁹³

Le Forze di difesa israeliane hanno rivendicato la legittimità di questo attacco affermando che l'edificio contenesse 'assets' militari dell'intelligence di Hamas, incluso equipaggiamento (presumibilmente elettronico) che avrebbe avuto la funzione di ostacolare le operazioni militari delle stesse IDF. Dai comunicati dell'esercito emerge chiaramente l'assenza di combattenti o militanti di Hamas dall'edificio stesso, ed anzi si evince che anche oggetti di rilievo militare fossero stati rimossi dai militanti prima dell'attacco.⁹⁴

L'esercito, quindi, mobilitando gli ordini del discorso analizzati, afferma di aver avvertito con largo anticipo i civili dell'imminente attacco, e designa gli uffici dei media come 'scudo umano' utilizzato da Hamas.

Nell'immagine allegata dalle IDF al comunicato sull'attacco, però, preceduta dal titolo "assets dell'intelligence militare di Hamas" (come a voler presentare una prova fotografica delle asserzioni e un'individuazione del segmento dell'edificio designato come 'base operativa' di Hamas) si osserva invece l'intero edificio evidenziato in rosso.⁹⁵

Ancor più chiaramente e gravemente, nelle precedenti comunicazioni, le IDF hanno affermato che l'utilizzo da parte di Hamas di "aree residenziali" e "alti edifici", "trasformati (*turned*)" in "roccaforti militari", rende tali oggetti "obiettivi militari legittimi".⁹⁶

Anche in questo caso, si parte da una norma di diritto internazionale, per distorcerne il senso e neutralizzarne l'applicabilità. E' vero, infatti, che nel diritto internazionale la distinzione tra strutture civili protette e obiettivi militari legittimi è di carattere circostanziale. Una struttura civile può perdere l'immunità dagli attacchi qualora sia utilizzata a fini militari e solo per la durata di tale utilizzo.⁹⁷ L'utilizzo a fini militari della struttura civile deve però essere tale da consentire di considerare la struttura stessa come un obiettivo militare.⁹⁸ Si pensi all'esempio di un gruppo armato che prenda il controllo di un edificio residenziale e lo utilizzi come postazione per lanciare attacchi, causando la fuga dei civili che vi risiedevano. In questo caso sarebbe legittimo attaccare i combattenti attivi in tale edificio, poiché in termini di proporzionalità il danno alla struttura sarebbe giustificato dal vantaggio di eliminare i combattenti stessi.

In questo caso, tuttavia, la *Al-Jalaa Tower* sfugge completamente a tale inquadramento. Si tratta infatti di una struttura civile usata al momento dell'attacco in modo largamente prevalente da giornalisti destinatari di protezioni internazionali specifiche⁹⁹ e da civili, priva di qualsiasi *active combatant* al suo interno, in cui – in una lettura permissiva delle norme – il legittimo obiettivo militare potrebbe essere al limite uno tra le molte decine di locali chiaramente separate all'interno dell'edificio stesso, quello appunto contenente gli oggetti di rilievo militare del nemico.

⁹⁰ V. J.P. KOT, "Israeli Civilians versus Palestinian Combatants? Reading the Goldstone Report in Light of the Israeli Conception of the Principle of Distinction", *Leiden Journal of International Law*, 24, 2011, 961 ss. e V. AZAROVA, in commento a J. KU, *Joint Declaration Charging Legal Violations in Israel's Gaza Offensive*, 1 agosto 2014, *Opinio Juris*, <http://opiniojuris.org>.

⁹¹ A proposito delle teorie di etica militare funzionali a tale traslazione del rischio, v. *infra*, paragrafo 9.

⁹² Attacco ripreso, tra le altre, della AFP News Agency, *Israel flattens Gaza building hosting AP*, *Al Jazeera in air strike*, 15 maggio 2021.

⁹³ J. FREDERMAN, *Shocking and horrifying: Israel destroys AP office in Gaza*, Associated Press, 16 maggio 2021; Al Jazeera, *'Give us 10 minutes': How Israel bombed a Gaza media tower*, 15 maggio 2021.

⁹⁴ V. ISRAEL DEFENSE FORCES, 15 maggio 2021, <https://twitter.com/IDF/>.

⁹⁵ ISRAEL DEFENSE FORCES, *strikes multi-story building which contained military assets belonging to Hamas military intelligence*, 15 maggio 2021.

⁹⁶ V. ISRAEL DEFENSE FORCES, 15 maggio 2021, <https://twitter.com/IDF/>.

⁹⁷ M. HENCKAERTS and L. DOSWALD-BECK, *Customary International Humanitarian Law*, op. cit., p. 34 ss.

⁹⁸ Ivi, p.30-32.

⁹⁹ B. SAUL, *The international protection of journalists in armed conflict and other violent situations*, in *Australian Journal of Human Rights*, 2008, p. 99.

Ciò che allarma della visione delle IDF - che non a caso è stata aspramente criticata da numerosi autori¹⁰⁰ - è che alla luce delle stesse, in tutta evidenza, l'immunità dagli attacchi delle strutture civili cade non più e non solo in virtù dalla presenza di combattenti attivi, in procinto di o quanto meno intenzionati ad attaccare, ma ormai anche solo sulla base dalla giacenza di oggetti del nemico.

Affermare che tali oggetti, collocati in un segmento eventualmente minimo e non identificato di una struttura civile, rendono la struttura civile nella sua interezza – inclusi tutti gli appartamenti civili che essa ospiti – un obiettivo militare, equivale sostanzialmente ad una dismissione tout court delle categorie del diritto internazionale umanitario, tramite una indebita 'sineddoche' interpretativa del concetto di obiettivo militare, che abolisce la relazione logica tra parte e tutto.

Ad ulteriore riprova dell'inammissibilità di tale ricostruzione, si pensi al dato normativo di DIU per cui, se si bombardassero centinaia di appartamenti civili disposti orizzontalmente sul campo, invece che verticalmente in torri di decine di piani, al fine di colpire uno solo tra essi contenente un obiettivo militare legittimo, ci si troverebbe di fronte ad una chiara violazione del diritto internazionale consuetudinario, ovvero quella di *area bombardment*, consistente in attacchi aerei o di qualsiasi altro tipo che "trattino come un singolo obiettivo militare un numero di obiettivi chiaramente separati e collocati all'interno di città, villaggi, centri abitati o aree contenenti simili concentrazioni di civili e strutture civili".¹⁰¹

L'esercito israeliano genera, al contrario, un dispositivo argomentativo che permette di individuare tutto ciò che di natura civile circonda un qualsiasi oggetto di qualsiasi rilievo militare, in obiettivo militare attaccabile interamente.

A questo punto, il principio di proporzionalità è del tutto fuori gioco, poiché:

1) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili, sul piano volitivo, poiché a tali obiettivi viene arbitrariamente negato proprio il carattere civile, al fine di attaccarli e distruggerli integralmente; 2) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili, sul piano cognitivo/prognostico, poiché le prevalenti perdite civili e/o la prevalente distruzione di strutture civili sono previste con certezza; 3) cade la collateralità del danno complessivo inflitto a civili e strutture civili sul piano oggettivo, poiché diviene impossibile distinguere un risultato 'principale' di natura militare e un risultato 'secondario' di civilian harm.

Il discrimine del DIU tra attacco sproporzionato e attacco indiscriminato, quindi, cade integralmente.

Allo stesso modo, cade il simmetrico discrimine internazionale-penalistico necessario alla configurabilità degli attacchi puniti dall'art.8(2)(b)(iv) dello Statuto di Roma, ovvero quelli caratterizzati dalla consapevolezza dell'autore che l'attacco stesso causerà un danno a civili e obiettivi civili chiaramente eccessivo rispetto al vantaggio militare perseguito, ma pur sempre 'incidentale'

Questi attacchi delle IDF sono, pur ammettendo la natura di legittimo obiettivo militare del singolo segmento individuato come tale, attacchi diretti intenzionalmente contro obiettivi militari e civili senza distinzione, nella consapevolezza di un impatto largamente prevalente su strutture civili.

Dal punto di vista della fattispecie penale rilevante, di conseguenza, essi esigono che si faccia ricorso al crimine di cui all'art. 8(2)(b)(ii) dello Statuto di Roma, che punisce il "lanciare intenzionalmente attacchi contro strutture civili, cioè strutture che non siano obiettivi militari". Poiché manca un'esplicita e specifica criminalizzazione degli attacchi indiscriminati in questo trattato, infatti, interpretare tale fattispecie come inapplicabile a tutte le ipotesi in cui vi sia qualche oggetto di interesse militare in un complesso che unisce numerose abitazioni civili in un'unica struttura equivarrebbe a lasciare una vasta gamma di attacchi proibiti dal DIU sprovvisti di un profilo sanzionatorio, recidendo il combinato disposto tra norme di DIU e fattispecie di diritto internazionale penale e, in definitiva, creando uno spazio di anomia negli interstizi tra i due piani normativi complementari.

In questo senso torna attuale anche la giurisprudenza del Tribunale Penale Internazionale per l'ex-Jugoslavia (ICTY), che in più occasioni (ovvero nelle sentenze sui casi Kordić e Čerkez, Naletilić e Martinović, Jelisić, Blaskić, e Galić) aveva ribadito – sia in primo grado, che in appello – che persino la presenza di combattenti nemici attivi

¹⁰⁰ V. A. HAQUE, *The IDF's Unlawful Attack on Al Jalaa Tower*, Just Security, 27 maggio 2021; A. GROSS, *The 2021 Gaza War and the Limits of International Humanitarian Law*, Just Security, 1 giugno 2021; A. GURMENDI, *The Rabbit Hole, from Antwerp to Gaza*, Opiniojuris, 19 maggio 2021; in senso parzialmente concorde A. SARI, *Israeli Attacks on Gaza's Tower Blocks*, Lieber Institute – WestPoint Articles of War, 17 maggio 2021; *contra* M. SCHMITT, *Legal Protection of the Media in Armed Conflict: Gaza*, 18 maggio 2021.

¹⁰¹ Art. 51(5)(a), Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949, relative alla Protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali), 8 giugno 1977, 1125 UNTS 609.

all'interno di gruppi composti prevalentemente da civili non rendeva tali gruppi ('predominantly civilian in nature') obiettivi militari legittimi.¹⁰²

Tanto più in virtù di questo standard consolidato, che appare trasponibile al piano della determinazione della natura militare o civile di un obiettivo-struttura, riteniamo che l'indagine della Procura della CPI debba estendersi ad accertamenti sul crimine di guerra di attacco intenzionale diretto a strutture civili anche a carico dell'esercito israeliano.

10. Riflessioni conclusive: relativizzazioni etniche dei doveri di proteggere i civili e l'urgenza di uno scrutinio terzo ed imparziale.

Ciò appare tanto più urgente, quanto più si consideri l'affermarsi di visioni e teorie dell'etica militare dell'esercito israeliano volte a respingere le implicazioni morali degli obblighi internazionali consuetudinari del diritto dei conflitti armati, nonché a costruire esplicitamente canoni morali alternativi.

Imbattendosi negli scritti del Professor Asa Kasher, ad esempio, si legge (la traduzione – il più possibile letterale – è nostra): “Non c'è esercito al mondo che metterebbe in pericolo i propri soldati per evitare di colpire i vicini di un nemico o di un terrorista che siano stati avvertiti. Quando Israele non ha un controllo effettivo su un territorio, *la responsabilità morale di distinguere tra terroristi e non combattenti non è sulle sue spalle* [corsivo aggiunto]. Gaza non era sotto il nostro controllo effettivo. Pertanto, *non è necessario mettere solo a tal fine* [quello di distinguere tra civili e terroristi] a rischio le vite delle truppe in tali circostanze. Se si osservano non combattenti in un territorio in cui non si ha un controllo effettivo e dopo una serie di avvertimenti di cui si sappia che sono stati efficaci, allora la vita delle truppe viene prima di tutto. In sintesi, *Israele dovrebbe tutelare la vita dei propri soldati rispetto a quella dei vicini* [civili] *ben avvertiti di un terrorista* quando opera in un territorio su cui non ha controllo effettivo, perché in tali territori *non ha una responsabilità morale di separare individui pericolosi e individui innocui*, al di là dell'avvertire in modo efficace. *I malati possono sventolare bandiere bianche, possono farlo anche i loro parenti. La persona che ha paura che la sua casa venga saccheggiata non crea con il suo strano comportamento una ragione per mettere a repentaglio la vita dei soldati. La persona che non sa dove andare è un mito* [corsivi aggiunti]”.¹⁰³

Ancora, nell'analisi di Kasher e Yadlin su ‘*Assassination and Preventive Killing*’, a proposito del danno collaterale consentito negli omicidi mirati di terroristi, si legge: “lo stato deve dare la preferenza a salvare la vita di un *singolo cittadino* anche se il danno collaterale causato nel corso della sua protezione è numericamente molto *più alto*”. Essi aggiungono, ancor più chiaramente: “quando si considera un solo atto di prevenzione mirata del terrorismo mediante l'uccisione del terrorista, esiste la possibilità che il numero delle vittime *collaterali* sia *molto più alto del numero dei cittadini* [corsivi aggiunti] messi a rischio da quel singolo atto di terrore e salvati”.¹⁰⁴

La differenziazione radicale nella meritevolezza di tutela della vita dei civili sulla base della nazionalità appare quindi esplicita. Alla luce di quanto sostenuto fino ad ora, quindi, l'estensione dell'ambito di indagine della CPI anche al possibile crimine di guerra di attacchi diretti intenzionalmente ad obiettivi civili da parte delle IDF appare ancora più auspicabile, in particolare di fronte al consolidarsi delle citate concezioni tattiche, in cui la prossimità dei civili ‘stranieri’ al nemico diventa occasione di sviluppo di un'etica militare che ne revoca in dubbio lo statuto di protezione, in conflitto frontale coi precetti del diritto internazionale analizzati.

Anche la CPI, tuttavia, non è che una delle istituzioni internazionali chiamata, nei limiti del proprio ruolo, ad intervenire con urgenza, ed assai più incisivamente che in passato, sulla questione. I perduranti illeciti internazionali discussi, che lasciano inalterato uno scenario di oppressione sistematica, esigono un intervento dei governi nazionali che non si limiti a sottolineare la necessità di una più proporzionata conduzione delle ostilità. Anche l'Italia, nei rilevanti consessi internazionali, sarebbe chiamata ad opporsi ai processi di colonizzazione ed annessione in cui *escalation* militari e stragi di civili rischiano di normalizzarsi come dialettica cui si ricorre ciclicamente, o peggio come *policy* di controllo dei territori. Richiamare tutti gli attori alla vincolatività *erga omnes* del diritto internazionale

¹⁰² ICTY, *Kordić and Čerkez*, Trial Chamber, Judgement, 26 febbraio 2001, par. 180; *Naletilić and Martinović*, Trial Chamber, Judgement, 31 marzo 2003, par. 235; *Jelisić*, Trial Chamber, Judgement, 14 dicembre 1999, par. 54; *Blaskić*, Appeals Chamber, Judgement, 29 luglio 2004, par. 115; *Galić*, Appeal Chamber, Judgement, 30 Novembre 2006, par. 137.

¹⁰³ A. KASHER, *A Moral Evaluation of the Gaza War – Operation Cast Lead*, Jerusalem Center for Public Affairs Brief, 4 febbraio 2010 (traduzione degli AA.).

¹⁰⁴ A. KASHER, A. YADLIN. "Assassination and preventive killing." *The SAIS Review of International Affairs* 25.1, 2005, p. 43 (traduzione degli AA.).

consuetudinario e cogente, incluso il diritto all'autodeterminazione dei popoli,¹⁰⁵ sarebbe un dovere istituzionale minimo della politica, dovere che nel nostro paese è la stessa Costituzione repubblicana ad imporre all'esecutivo.

¹⁰⁵ Israele, proprio durante le prime fasi del conflitto in Ucraina, ha ribadito di non riconoscerne lo status di norma di *ius cogens*: “With regards to its status as a *peremptory norm*, Israel believes it is highly questionable whether the right to self-determination meets the standards for being recognized as a *jus cogens norm*” (International Law Commission, Seventy-third session, Ginevra, 18 April–3 June and 4 July–5 August 2022, *Peremptory norms of general international law (ius cogens)*, Comments and observations received from Governments, A/CN.4/748).